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 16 周年
(2008 年 2 月 15 日—2024 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、马玉栀、赵阳

目　录

一、审判动态 2

重庆法院 2023 年度民事审判十大典型案例……创：2024-03-27　重庆市高级人民法院 2

【焦点访谈】高额彩礼何时……024-03-27　最高人民法院 10

这一份“亲情养成计划”，努力让探望之路……2024-03-30　上海高院 13

婚内签订离婚协议书并约定大额赔偿，起诉离婚时是否有效？……2024-04-01　山东高法 16

《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（二）（征求意见稿）》向社会公开征求意见的公告……024-04-07　最高人民法院 18

《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（二）（征求意见稿）》十大看点……2024-04-09　法暖家事 一中院家事审判 22

离婚诉讼过程中，常出现一方阻碍另一方探望子女的情形，严重时甚至抢夺、隐匿子女。如何保障未成年人诉中的合法权益？上海徐汇区法院给出一个成功的方案—— 一份协议解决离婚诉中“见娃”难 ……

2024-04-10　人民法院报　本报记者　蒋梦娴　本报通讯员　张冬梅　张硕洋 24

2023 年度调解案例丨横琴调解室涉外婚姻家事纠纷调解案……2024-04-11　BnR 域外法查明广州中心　BNRMC26

最高人民法院关于在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作的意见……2024-04-15　最高人民法院 28

巧断一桩家务事 弥合半世母子……2024-04-15　人民法院报 32

最高人民法院 关于在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作的……2024-04-16　人民法院报 34

广州法院发布妇女儿童权益保护典型……2024-04-16　广州市中级人民法院 38

法治力量，守护未来与花开——人民法院依法保护妇女儿童权益综述……024-04-16　最高人民法院 42

关爱妇女儿童 呵护美好……2024-04-16　最高人民法院 46

珠海中院发布珠海法院保护妇女儿童权益十大典型案例……2024-04-16　珠海市中级人民法院 49

江西高院发布维护妇女儿童合法权益典型案例 离婚后也能申请人身安全保护令……2024-04-17　江西民事审判 54

意见发布后，安徽法院相继发出《关爱未成年人提示》……2024-04-17　安徽高院 60

全省首份！……2024-04-17　广东省高级人民法院 62

二、媒体典型案例 64

（一）赡养案例 64

继父起诉继女要求给付赡养费，能支持吗？……2024-04-16　人民法院报 64

（二）恋爱分手纠纷案例 65

恋爱期间的小额馈赠不是彩礼 北京一男士诉请分手女友返还“爱情消费”未获法院支持……2024-04-09　人民法院报 65

（三）侵权纠纷案例 67
剥夺近亲属祭奠权，应当承担侵权责任 ..... 2024-04-06 法治日报 67
（四）离婚财产分割案例 70
离婚时，残疾赔偿金能否作为夫妻共同财产进行分割？ ..... 2024-03-30 山东高法 70
妻子半年内游戏充值 15.8 万元 法院认定其中 14 万元属挥霍夫妻共同财产，判决补偿对方 7 万元 ...2024-04-12 人民法院报 73
（五）抚养权案例 74
听干货 | 离婚后子女抚养权的归属的原则 ..... 2024-04-06 法信 法信 74
（六）赠与撤销案例 79
孙子接受祖父母房屋赠与后逼迫老人搬离 河南邓州市法院：受赠人严重侵害了赠与人的合法权益，赠与合同撤销 ..... 2024-04-17 人民法院报 79
三、继承 81
未办理收养手续，女孩能否取得“养父”遗产分配权？|中国司法案例研究中心 ..... 2024-03-26 判例研究 81
通州法院依据新的《民事诉讼法》 审理首例指定遗产管理人案件 ..... 2024-03-27 北京市通州区人民法院 82
李琳：论以遗嘱设立居住权与狭义继承之区分及规范构造 ..... 原创：2024-03-29 清华法学 李琳 84
照顾长姐至临终，为何会被起诉不当得利？ ..... 2024-03-29 无锡市中级人民法院 张馨元 97
虽非法定继承人但尽较多扶养义务 重庆表姐弟俩继承“老表”房产获法院支持 ..... 2024-03-30 人民法院报 98
真狠！母亲出殡当天，哥哥要求妹妹签下放弃继承的证明 ..... 原创：2024-04-01 上海金山法院 亭林法庭 99
被误解的遗产“必留份” | 案件时讯 ..... 原创：2024-04-03 上海二中院 王款 102
如何守护你，我的祭奠权？ ..... 原创：2024-04-04 京法网事 张韵可 103
肖新喜：农村集体经济组织股权继承规则构建——以反思现行地方试点模式为切入点 |《环球法律评论》2024 年第 2 期 ..... 原创：2024-04-05 环球法律评论 肖新喜 106
妻子离世后，岳父母要求继承女婿父母留下的房产……法院判了 ..... 2024-04-05 北京青年报 118
亲兄弟为争家产打官司！徐汇法院跨区到杨浦开庭，只为一个人！ ..... 2024-04-07 上海法治报 认真工作的 120
无继承人情形下，谁来担任遗产管理人？ ..... 原创：2024-04-11 上海高院 李尚伟、李朋 121
普法在线 | 170 余万！见证遗嘱无效律所被判赔偿，律责险赔不了？ ..... 原创：2024-04-15 上海金融法院 孙倩 王倩 125
再婚就无法继承财产，这样的遗嘱有效吗？ ..... 2024-04-16 人民法院报 李 想 127
民政部门作为遗产管理人的现实困境与破解路径 ..... 2024-04-18 中国民政杂志 129
四、夫妻债务专题 135
债务人将财产无偿转让给妻子，债权人能行使撤销权吗？ ..... 2024-03-27 山东高法 135

五、房产、股权 137

（一）房产 137

持离婚析产调解书单方申请房产登记的审查 ……2024-03-28 鱼龙聊房 137

继承人入狱服刑，房产被莫名抵押？一波三折的房产过户之路如何画上句号……丨今晚九点半…… 2024-04-07 最高人民检察院 139

不动产转让合同认定无效后，其转移登记如何处理 ……原创：2024-04-10 中国不动产官微 田原 钟京涛 142

（二）股权 145

以案释法：离婚诉讼中的公司股权分割…… 2020-10-27 最高人民法院司法案例研究院 秦纳杰 145

六、社会新闻 148

废止！北京取消“离婚限购”…… 2024-03-27 中国新闻网 148

事关妇女权益！十部门联合发布通知！…… 2024-03-27 中国妇女报 148

全省妇女儿童权益保护典型案例重磅发布…… 2024-03-29 陕西高院 149

小案大道理丨因情感问题酒后挖前妻父母坟墓，法院支持精神损害赔偿 ……2024-03-31 密云法院 153

“私家侦探”跟踪、偷拍、蹲点？人民法院判了！…… 2024-04-01 上海高院 155

七、媒体视点 158

最高法发布意见 在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作…… 2024-04-16 人民法院报 158

八、学者、法官、检察官、律师、公证专题 159

（一）理论学术动态、学者视点 159

高维俭：我国少年法院创设问题之再研究：系统梳理、辩证分析及决策方案 | 中国应用法学…… 原创：2024-03-27 中国应用法学 高维俭 159

【名家论坛 | 段厚省 庄语滋】限制离婚诉讼中非法证据排除的正当性重述…… 原创:2024-03-27 河北法学杂志 段厚省 庄语滋 170

李锡鹤丨婚后所得归属法理探讨……原创：2024-04-01 华政民商 李锡鹤 183

华毓中、陈幸欢：婚恋纠纷限制死刑政策适用的法理审视与规范路径丨《民间法》第 32 卷…… 原创:2024-04-07 民间法编辑部 华毓中 陈幸欢 188

张夏子：《民法典》反性骚扰条款的制度检视与规范再造——以 2022 年修订的《妇女权益保障法》为分析背景…… 原创:2024-04-09 ZUEL 法商研究 张夏子 198

华政学报 | 刘敏 我国家事司法中婚姻家庭辅导教育的体系建构 ……原创：2024-04-11 华东政法大学学报 刘敏 209

关注未成年人司法保护 | 肖建国、李皓然：民事诉讼中儿童利益最大化原则研究…… 原创：2024-04-12 法律适用 肖建国、李皓然 220
王雷：《民法典》婚姻家庭编适用衔接问题研究 | 前沿…… 原创：2024-04-12 中国民商法律网 越纪坤摘编 234
李明舜：保障妇女合法权益是为了更好地促进男女平等 | 《民法典司法解释二（征求意见稿）》大家谈…… 2024-04-13 家事法苑 李明舜教授 237
李洪祥：关于《民法典司法解释二（征求意见稿）》第三条的基本观点 | 《民法典司法解释二（征求意见稿）》大家谈……2024-04-13 家事法苑 李洪祥教授 238
马忆南：对离婚经济帮助条款的看法 | 《民法典司法解释二（征求意见稿）》大家谈……2024-04-13 家事法苑 马忆南教授 240
华政学报 | 曾大鹏《民法典》居住权的三层构造之解释论…… 原创：2024-04-14 华东政法大学学报 曾大鹏 243
马新彦 | 我国继承法自主知识体系的守正与创新…… 原创：2024-04-16 中国法学 马新彦 253
龙翼飞：《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（二）（征求意见稿）》所涉离婚经济帮助条文的思考 | 前沿…… 2024-04-17 中国民商法律网 268
马忆南：对司法解释（二）同居析产纠纷条款的看法 | 《民法典婚姻家庭编司法解释二（征求意见稿）》大家谈 ……2024-04-17 家事法苑 马忆南 269

（二）律师视点 274

浩天西安婚姻家事专栏 | 家庭家教家风在基层社会治理中的价值功能…… 原创:2024-03-22 北京浩天西安律师事务所 赵婧 274
上海市律师协会：（试行）律师从事婚姻家事案件调解业务操作指引（2024）| 东方律师网 2024 年 03 月 27 日…… 2024-03-29 家事法苑 东方律师网 278
关于婚姻家事法律咨询的律师实务操作指引 | 附件：离婚法律咨询接待问题清单…… 2024-03-31 律媒智库 关注法治☞288
对《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（二）（征求意见稿）》的初步阅读理解…… 原创：2024-04-08 家族律评 贾明军 298
结婚加名的争议处理进一步明晰——学习《婚姻家庭编司法解释二》（征求意见稿）第四条…… 原创：2024-04-09 家族律评 袁芳 304
杨晓林 段凤丽:从一组婚后父母出资购房关联案例看统一裁判标准的必要性—兼论对民法典婚姻家庭编司法解释（二）征求意见稿第七条的评析…… 原创：2024-04-14 家事法苑 杨晓林 段凤丽 307
婚姻家庭编解释二征稿关于父母出资购房新裁判尺度的分析与建议…… 原创：2024-04-17 海坛特哥 刘茹洁 314
家事律师大家谈：最高法关于民法典婚姻家庭编解释二（征求意见稿）…… 原创：2024-04-16 时代家事法 时代家事法团队 318

（三）法官视点 327

锦旗背后的故事① | 离婚协议“没说清”引发争议 “小案不小办”实质解决难题…… 2024-03-26 北京市第一中级人民法院 327
温水“离”·断奶“离”·不敢“离”——家事婚姻“渐冻症”…… 2024-03-27 新吴法苑 329
全国首案背后，8 岁孩子的话令人泪目！…… 2024-03-31 广东省高级人民法院 331
TA 从未爱过我，是婚姻中的过错方吗？…… 原创：2024-04-01 上海一中法院 潘静波 333
赵奇 | 居住权在执行程序中的适用…… 原创：2024-04-03 人民司法杂志社 赵奇 335
陈宜芳 吴景丽 王丹 | 《关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》的理解与适用 ……原创：2024-04-08 人民司法杂志社 陈宜芳等 342
离婚损害赔偿制度的适用要点与裁判规则…… 原创：2024-04-11 人民法院报 黄慧婧 349
关注未成年人司法保护 | 王丹：抢夺、藏匿未成年子女法律问题研究……原创：2024-04-12 法律适用 王丹 352
关于《婚姻家庭编解释（二）征求意见稿》现实意义之思考 ……2024-04-14 人民法院报 361

（四）检察视点 366
最高人民检察院 中华全国总工会 中华全国妇女联合会 保障妇女儿童权益典型案例 ……2024-04-15 最高人民检察院 366

九、沙龙活动 382
讲坛综述 | 房绍坤：居住权适用中的若干问题 | 第 37 期 | 人大法学院婚姻家庭法研究所等主办…… 原创：2024-04-12 家事法苑 家事法苑团队 382

附件 390
“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则 390

【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、马玉栀、赵阳

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

重庆法院 2023 年度民事审判十大典型案例

原创：2024-03-27　重庆市高级人民法院
https://mp.weixin.qq.com/s/h18QvgZLoeRzAhcL1DNOnw

编者按

2023 年，重庆法院民事审判工作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，做实为大局服务、为人民司法，依法平等保护各类民事主体合法权益，积极助推基层社会治理，服务保障乡村振兴，大力弘扬社会主义核心价值观，为现代化新重庆建设提供有力司法服务和保障。为总结民事审判经验，充分发挥典型案例示范引领作用，特筛选“保交楼”政策落实落地等民事审判领域典型案例，予以发布。

目录

1	某建筑工程公司与重庆某健康产业公司建设工程合同纠纷案
2	梁某与侯某健康权纠纷案
3	牟某珍与瞿某笼、瞿某全、吴某红、某物业公司健康权纠纷案
4	龚小某、谷某某与蒋某不当得利纠纷案
5	徐某甲等与邬某贵、某保险公司等机动车交通事故责任纠纷案
6	刘某与吴小某等财产损害赔偿纠纷案
7	某农村承包经营户与某村民委员会侵害集体经济组织成员权益纠纷案
8	重庆某舞蹈公司与姚某、周某、陈某、郑某劳动争议案
9	陈某与某清洁服务部劳动争议案
10	肖某与某地产开发公司商品房预售合同纠纷案

一、某建筑工程公司与重庆某健康产业公司建设工程合同纠纷案

关键词　保交楼　复工复产　旧账挂账　诚实信用

典型意义

“保交楼、保民生、保稳定”是党中央、国务院作出的重大决策部署，对保障人民群众合法权益、维护社会大局稳定、推动房地产行业健康发展意义重大。本案中，在房地产企业出现重大债务危机、政府及相关职能部门采取各种措施全力推进“保交楼”的背景下，房地产企业作为发包人向承包人建筑施工企业发出“旧账挂账、新账不欠”的复工复产函后，承包人未对此提出异议并实际复工的，人民法院依法认定双方通过实际行为表明已对“旧账挂账”达成合意。在工程未完工的情况下，对承包人要求发包人履行复工前债务的诉讼请求，人民法院认定有违诚信、有悖“三保”政策、与双方合意不符，不予支持。本案的妥善处理，依法平衡了建筑施工企业与房地产企业的利益，加快推动了停工烂尾楼盘项目复工和建设交付工作，是重庆法院运用司法手段保障“三保”决策部署落实落地的生动实践。

基本案情

2020 年 10 月 21 日，某建筑工程公司与重庆某健康产业公司就重庆恒大健康城（双福项目）某地块主体及配套建设工程签订《施工合同》，约定由某建筑工程公司承包相关建筑、安装及配套工程等工作内容，总建筑面积约 19 万平方米。施工过程中，因重庆某健康产业公司未及时支付工程款等原因，案涉工程全面停工。应政府项目帮扶工作专班要求，2022 年 6 月 9 日、10 月 20 日，重庆某健康产业公司先后向某建筑工程公司发出《关于推进恒大健康城项目复工复产的函》《关于重庆恒大健康城项目推动“保交楼”的函》，两份函件均载明：按照挂旧账付新账的原则，专项资金只能用于复工复产产生的进度款或者末端支付，若对函有异议，请及时书面回复。某建筑工程公司接到该两份函件后，未提出异议，亦未回复，并于 2022 年 10 月 24 日逐步恢复施工。后某建筑工程公司起诉请求重庆某健康产业公司支付复工前工程进度款，赔偿停工、窝工损失，支付逾期付款违约金，并主张建设工程价款优先受偿权。

裁判结果

重庆市高级人民法院经审理认为，在房地产企业出现重大财务危机、政府职能部门全力推进“保交楼”的背景下，重庆某健康产业公司作为发包人向承包人某建筑工程公司发出两份复工复产函，具有正当性和合理性。该两份函件载明，对前期拖欠的工程款采用挂账方式进行处理，暂时不予支付，若对此有异议，请及时书面函告发包人。作为复工前“旧账如何支付，什么时候支付”这一影响承包人重大利益问题，某建筑工程公司理应高度重视，但其在收到上述复工函件后，未对“旧账挂账”提出异议，亦未回复该函件，而是逐步恢复施工。由此，应认定双方通过实际行为已经作出相应意思表示，符合采用其他形式实施的民事法律行为的成立条件，双方已就“旧账挂账”达成合意。现施工合同仍在履行中，工程未完工，亦未进行结算，遂判决驳回某建筑工程公司要求重庆某健康产业公司支付复工前“旧账”的诉讼请求。

二、梁某与侯某健康权纠纷案

关键词

正当防卫　刑法第二十条　民法典第一百八十一条

典型意义

正当防卫制度不仅是刑法制度，同时也是一种民法制度。刑法第二十条和民法典第一百八十一条均规定了正当防卫条款，将其作为法定免责事由。刑事诉讼中，防卫人在防卫过程中致加害人受伤，人民检察院认定其符合刑法上的正当防卫，依法作出不起诉决定。继刑法“第二十条”被唤醒后，本案审理法院准确把握民事法律正当

防卫认定标准，不苛求每一次防卫行为都如教科书般标准精确，走出“唯结果论”“过于强调手段对等”等惯性思维，依据民法典第一百八十一条认定防卫人不承担民事责任，与刑事诉讼携手，共同织密正当防卫人权益保护网，让正义“不委屈也可以求全”，坚决捍卫“法不能向不法让步”的法治精神。

基本案情

年逾五旬的侯某在路边摆摊卖水果。梁某等五人聚餐饮酒结束后，行至水果摊欲购买水果。在品尝过程中双方发生言语争执，梁某用塑料凳砸向侯某，随行人员又抽走侯某身后躺椅，致使侯某躲闪倒地，周围群众见状上前劝解，梁某等人离开。后梁某等人又折返回来继续找侯某理论，双方再次发生言语争执。梁某掀翻侯某的水果摊，并再次用塑料凳砸侯某，同行另一人也上前拳打侯某。侯某后退躲闪，并顺手拿起水果摊上的菜刀进行防御。梁某等人一拥而上，想要夺过菜刀，双方发生扭打。在扭打过程中，侯某的刀划伤梁某。随后梁某被送往医院治疗，伤情经鉴定构成九级伤残。经公安机关侦查后，检察机关认为侯某符合刑法第二十条第一款关于正当防卫的规定，依法作出不起诉决定书。梁某以侯某的行为构成侵权为由提起本案民事诉讼，请求判令侯某赔偿其医疗费、护理费、误工费、残疾赔偿金等损失共计 40 余万元。

裁判结果

重庆市九龙坡区人民法院经审理认为，年逾五旬的侯某独自面对梁某等青壮年的不法侵害时，在人数和体格上均明显处于劣势，且事发原因是梁某等人逞强耍横、有意挑衅，并对侯某进行反复殴打。侯某若不立即采取相当强度的反击，其人身和财产安全可能遭受更严重的损害。在此种紧迫情形下，不应苛求侯某保持相当程度的理智和灵活性，进而选择危害性相较于刀具更小的器械或者手段来反击防御。 因此，在忍无可忍且毫无退路的情况下，侯某选择持刀制止梁某等人的不法侵害，其行为具有防卫性质且未超过必要的限度，构成正当防卫，依法不应承担民事责任，遂判决驳回梁某的诉讼请求。梁某不服，提起上诉，重庆市第五中级人民法院经审理后判决驳回上诉，维持原判。

三、牟某珍与瞿某笼、瞿某全、吴某红、某物业公司健康权纠纷案

关键词

运动场所 注意义务 过错责任

典型意义

在合理时间、专门场所参与具有一定激烈性、对抗性竞技类体育运动的人员，其注意义务应限于合理范围，与其管理和控制能力相当，若要求其时刻避让擅入球场的他人，显然超出运动场所合理注意义务的一般要求。本案审理法院切实践行“使自陷险地者自负其责、让无过错者无需担责”的法治理念，依法对擅入球场被撞伤者的赔偿请求不予支持，生动彰显“法不强人所难”的权威与温度，对于充分保障行为自由，引导公众树立规则意识，助推体育强国、健康中国建设具有积极意义。

基本案情

牟某珍与瞿某笼（系未成年人）同为某小区居民，该小区内建有一座四周用拦网围住的篮球场，球场开放时间为每日 8 时至 21 时，仅有一门可供出入。某物业公司为该小区提供物业服务。2022 年 8 月 2 日 18 时许，瞿某笼在篮球场与他人打篮球时，于背身退步的过程中将横向穿越球场准备前往球场中心区域拾捡矿泉水瓶的牟某珍撞伤。牟某珍遂起诉请求瞿某笼及其监护人瞿某全、吴某红和某物业公司赔偿损失共计 12 万余元。

裁判结果

重庆市万州区人民法院经审理认为，涉案篮球场系独立的专用运动场所，篮球运动具有激烈的对抗性，参与运动的人员需倾注较多的注意力，不应要求其时刻避让擅入球场的他人。瞿某笼于球场开放时间在相对封闭的篮球场内打球，系正常的体育休闲行为，其在打球过程中背身退步亦属篮球运动中的常规动作。牟某珍作为完全民事行为能力人，在篮球场内正在进行篮球运动时应当预见进入球场中心区域具有相当的危险，但其在未进行任何提醒的情况下径行进入拾捡矿泉水瓶，超出了参与运动人员的合理预见范围，牟某珍应对自身损害自负其责。某物业公司负责篮球场场地和设施维护，与牟某珍的损害无法律上的因果关系。遂判决驳回牟某珍的全部诉讼请求。宣判后，牟某珍不服，提起上诉。重庆市第二中级人民法院经审理后判决驳回上诉，维持原判。

四、龚小某、谷某某与蒋某不当得利纠纷案

关键词

同居　转移遗产　不当得利

典型意义

同居一方在另一方去世后为谋取不当利益擅自转移其遗产，违背了公序良俗原则和基本道德准则，侵害了死者继承人的合法权益。本案审理法院在依法认定构成不当得利的同时，对事实婚姻认定、继承人以外其他主体继承权的确立、同居期间共同收益的确认等问题进行释法说理，有利于促进依法缔结婚姻，维护和谐家庭关系。

基本案情

龚某某于 2001 年 2 月 8 日与其前妻离婚，离婚后与蒋某共同生活在一起，但双方未登记结婚。2022 年 11 月 11 日，龚某某因疾病去世。2022 年 12 月 16 日，龚某某之女龚小某与蒋某就龚某某的部分遗产处理达成协议，用龚某某遗留房产 30%份额市场价值以及汽车对蒋某进行补偿。后龚小某与其祖母谷某某在办理龚某某的银行存款继承时，发现蒋某利用独自保管龚某某手机的机会，多次通过微信转账的方式转移遗产超百万元，遂起诉至人民法院要求蒋某返还该部分款项并支付资金占用损失。

裁判结果

重庆市大渡口区人民法院经审理认为，蒋某与龚某某系在 1994 年 2 月 1 日《婚姻登记管理条例》公布实施后，未办理登记结婚而以夫妻名义共同生活的男女，应按同居关系处理。蒋某未举示证据证明处理的款项为同居期间的共同收入，其亦非法定继承人，在没有遗嘱或相应依据的情况下，应与法定继承人共同协商处理龚某某的遗产。蒋某与龚某某虽未登记结婚，但二人共同生活多年，相互扶持照顾，于情于理龚某某所留遗产应对蒋某予以适当补偿。龚小某与蒋某协商，用龚某某遗留房产 30%份额市场价值以及汽车对蒋某进行补偿的行为，符合人伦情理。但此外蒋某又利用保管龚某某手机的机会，将案涉款项转给自己所有，没有合法依据，且超出了一般情理，构成不当得利。遂判决蒋某向谷某某、龚某返还不当得利款项 100 余万元及支付资金占用损失。一审判决后，蒋某不服，提起上诉。重庆市第五中级人民法院经审理后判决驳回上诉，维持原判。

五、徐某甲等与邬某贵、某保险公司等机动车交通事故责任纠纷案

关键词

被扶养人生活费　生活来源　残疾人权益保护

典型意义

残疾人是需要社会各界格外关心、关注的特殊困难群体，党和国家历来高度重视残疾人福利

保障工作。为切实解决残疾人特殊生活困难和长期照护困难，国务院及财政部、民政部、中国残联先后发文建立、健全残疾人两项补贴等制度。本案中，审理法院依法确认“残疾人两补”系具有国家性、社会性、政策性的社会公共福利，明确不得以残疾被扶养人已领取“残疾人两补”为由否认其被扶养人身份或减少赔偿数额，契合“残疾人两补”的制度初衷，充分体现人民法院对残疾人福利保障政策的积极落实和对残疾人群体的人文关怀。

基本案情

2022 年 5 月 30 日，刘某芳搭乘邬某贵驾驶的二轮摩托车，与龚某驾驶的登记为龚某琼所有的小型轿车发生碰撞，造成刘某芳当场死亡、邬某贵受伤、两车受损的交通事故。该事故经公安机关认定，由龚某承担主要责任，邬某贵承担次要责任，刘某芳不负事故责任。龚某驾驶的小型汽车在某保险公司投保了交强险和商业三者险，且事故发生在保险责任期间内。徐某甲与刘某芳系夫妻关系，二人生育两名子女徐某乙、徐某丙。其中徐某丙系一级智力残疾人，无劳动能力。事故发生前，徐某丙除每月领取低保 500 元、残疾人护理补贴 80 元、残疾人生活补贴 70 元外，无其他收入或生活来源。徐某甲、徐某乙、徐某丙共同向一审法院起诉请求由龚某、邬某贵、某保险公司支付死亡赔偿金、被扶养人生活费等合计 120 余万元。某保险公司辩称徐某丙每月实际领取低保及残疾人两补，属于有固定生活来源的人员，故对三原告主张的徐某丙的被扶养人生活费不予认可。

裁判结果

重庆市第二中级人民法院经审理认为，徐某丙属一级智力残疾人且无劳动能力，其所领取的最低生活保障金不属于一般性生活来源，其应作为刘某芳依法承担扶养义务的被扶养人。徐某丙所享有的残疾人生活、护理补贴是国家给予的救济和帮助，是一种国家性、社会性、政策性的福利，是为了逐步解决残疾人额外生活支出和长期照护支出偏重问题，有效保障残疾人生存发展权益、维护社会稳定、体现社会主义制度优越性的重要民生制度安排。而被扶养人生活费是侵权人对受害人死亡而导致被扶养人的扶养权利受到侵害的一种赔偿，二者并不冲突。遂判决在计算徐某丙的被扶养人生活费时，不应扣减“残疾人两补”。

六、刘某与吴小某等财产损害赔偿纠纷案

关键词

网络游戏账号　充值　虚拟财产保护

典型意义

网络游戏账号作为网络虚拟财产，集成了所有者投入的时间及金钱成本，具有相应的价值，应当受到法律保护。由于缺乏成熟统一的判断标准，网络游戏账号价值的认定是司法实践中的难点。本案中，审理法院依据网络虚拟财产的类型，结合游戏账号充值金额、网络游戏运行规则以及被封禁持续时间等因素合理认定案涉网络游戏账号的价值，既实现了个案定分止争与各方利益平衡，又回应了网络虚拟财产保护的现实需求，对于依法维护新时代下新类型财产权益具有积极示范意义。

基本案情

某网络游戏服务协议规定，不得将游戏账号以任何方式提供给他人使用。刘某使用其本人身份信息绑定的 QQ 账号作为游戏账号登录该游戏，并陆续通过现金、Q 币等方式为该游戏账号充值 1.8 万余元，用于购买游戏道具和抽奖消费，现该游戏账号的等级为 V8。2022 年 6 月，未成年人吴小某通过微信游戏群与刘某认识后，刘某在未了解吴小某是否成年的情况下便向其出借游戏账号。同月 24 日，吴小某在借用刘某游戏账号进行游戏

时因使用外挂软件导致该账号被禁封 3650 天。刘某遂起诉吴小某及其监护人请求赔偿损失。

裁判结果

重庆市丰都县人民法院经审理认为，因案涉游戏账号被封号长达 3650 天，考虑到游戏装备更新换代快等因素，到期解禁时该游戏账号也可能不再具有使用价值，故该游戏账号的损害是既成事实。对于该账号的价值，应根据网络游戏种类、游戏规则及充值金额、消费情况等因素予以综合认定。同时，刘某将游戏账号出借给吴小某亦违反了游戏服务协议，自身存在一定过错。遂在酌情认定游戏账号的价值后，判决由吴小某的监护人承担 70%的赔偿责任。一审宣判后，双方均未上诉，该判决已生效。

七、某农村承包经营户与某村民委员会侵害集体经济组织成员权益纠纷案

关键词

集体财产　村务公开　知情权　民主监督　乡村治理

典型意义

村务公开制度是保障村民委员会民主管理和村民民主监督的重要方式，村集体经济组织土地复垦资金属于集体财产，其收支情况应当向集体经济组织成员进行公开。本案通过司法裁判的方式充分肯定集体经济组织成员对本集体财产开支情况享有知情权，强调村民“自治”需以“法治”为前提，促进乡村依法落实村务公开制度，发挥群众民主监督作用，助推完善乡村治理机制，有效预防基层“微腐败”，为乡村治理走善治之路提供了有力法律指引。

基本案情

某农村承包经营户系某村集体的承包经营户。2011 年，该村进行土地复垦，其中，部分复垦土地系某农村承包经营户的承包地，部分复垦土地系该村组集体所有的土地。2012 年 11 月、2014 年 5 月，某村民委员会分别收到 2011 年村集体经济组织土地复垦资金 2 笔，共计 300 余万元。2013 年 1 月至 2015 年 10 月期间，某村民委员会使用上述资金共计 260 余万元，剩余 40 余万元。某农村承包经营户认为，其作为集体经济组织成员，自始至终不知道上述资金的收支情况，直至 2022 年在一起行政诉讼案件中才知晓有该笔资金，遂以某村民委员会侵害集体经济组织成员权益为由，提起诉讼要求在该村公告栏内公示 2011 年村集体经济组织土地复垦资金开支情况。

裁判结果

重庆市秀山土家族苗族自治县人民法院经审理认为，某农村承包经营户要求某村民委员会公示复垦费用开支情况，系依法行使集体经济组织成员知情权的行为。根据民法典第二百六十四条和村民委员会组织法第三十条之规定，村民委员会实行村务公开制度，应当向本集体成员公布集体财产的收入以及支出情况，接受村民的监督。某农村承包经营户的请求依法应予支持，遂判决某村民委员会在其公告栏中公示 2011 年村集体经济组织土地复垦资金开支情况。一审宣判后，双方均未上诉，该判决已生效。

八、重庆某舞蹈公司与姚某、周某、陈某、郑某劳动争议案

关键词

劳动争议　重大过失　赔偿损失

典型意义

随着信息技术的发展，电信网络诈骗亦花样翻新，尤其是运用人工智能技术深度合成 AI“换脸”“变声”等新型网络诈骗手段，更具隐秘性和欺骗性，亦对传统的企业管理模式带来新的挑战，劳动争议裁判规则亟待跟进和回应。本案涉

及劳动者在履职过程中存在重大过失遭受电信诈骗，导致用人单位经济损失，用人单位可否向劳动者主张赔偿、赔偿的限度和边界如何确定等问题。人民法院综合考虑用人单位在管理上的疏漏、劳动者过错程度大小、工资收入水平等因素，判决劳动者在其过错范围内承担相应赔偿责任，充分平衡劳动者和用人单位利益，不仅有助于引导用人单位积极优化管理体制机制，提升管理水平，同时也有利于引导劳动者勤勉尽责、增强防诈能力，有效应对损失风险。

基本案情

姚某、周某、陈某、郑某均系重庆某舞蹈公司员工，其中姚某、周某为办公室工作人员，陈某、郑某为财务工作人员。2021 年 3 月，姚某电子邮箱收到一封发件人名为“李某”（该公司集团董事长名）的电子邮件，内容为“为统一公司工作制度安排，现已建立新 QQ 办公专用群，收到邮件通知，即刻加入工作群”。姚某随后将该邮件内容转发周某。周某加入该群后，应群内备注名为“刘某”（该公司负责人名）的要求，通知会计陈某和出纳郑某入群。当天，郑某根据“刘某”的指示，通过重庆某舞蹈公司账户先后向不同案外人转账共计 895 万元。后重庆某舞蹈公司发现上述聊天群中“刘某”等公司高管人员均为虚假身份，遂向公安机关报案。经公安机关立案侦查后，重庆某舞蹈公司先后收到追回的被诈骗款项合计 50 万元，尚有 840 余万元未追回。重庆某舞蹈公司遂提起劳动争议仲裁并起诉请求姚某、周某、陈某、郑某赔偿损失 840 余万元。

裁判结果

重庆市渝中区人民法院经审理认为，因劳动者故意或者重大过失行为造成用人单位重大经济损失的，可以在适当保护劳动者的前提下，根据各方过错程度依法确定劳动者应当承担的赔偿责任。本案中，姚某、周某作为具有一定工作经验的领导或者办公室工作人员，在没有进行身份核实的情况下，将虚假人员的信息及要求向同事进行转发，并要求财务人员加入陌生 QQ 群，未尽到合理的审慎注意义务；陈某、郑某作为财务人员，违反财务会计制度，在没有进行身份核实以及未严格遵守财务审批流程的情况下向冒名人员提供的账号进行转款，致使重庆某舞蹈公司遭受重大经济损失。姚某、周某、陈某、郑某的上述行为均构成重大过失，依法应承担相应的赔偿责任。考虑到劳动关系特殊属性以及重庆某舞蹈公司存在管理疏漏，遂酌情认定姚某等四人对重庆某舞蹈公司损失的 10%按照各自过错程度分别承担相应赔偿责任。一审宣判后，双方均不服，提起上诉。重庆市第五中级人民法院经审理后判决驳回上诉，维持原判。

九、陈某与某清洁服务部劳动争议案

关键词

劳务外包　未订立书面劳动合同　二倍工资　赔偿金

典型意义

本案是纠治劳动用工领域隐蔽违法行为的典型案例。随着劳动关系相关法律规范的不断完善，拖欠工资等传统劳动争议逐渐减少，用人单位采取更为隐蔽方式侵犯劳动者合法权益的情形逐渐显现。本案中，个人独资企业与关联人员签订《劳务承包协议》，企图通过劳务外包将个人独资企业应承担的用工风险转嫁给他人，以规避和免除其作为用人单位应当承担的法律责任，是典型的劳动用工领域隐蔽违法行为。人民法院依法对该行为予以否定性评价，充分保障劳动者合法权益，对警示督促用人单位依法合规用工，促进劳动用工领域健康发展具有重要意义。

基本案情

某清洁服务部系个人独资企业，黎某为投资人。2022 年 1 月 1 日，某清洁服务部与黎某之妻宋某签订《劳务承包协议》，协议主要约定：某清洁服务部将劳务发包给宋某，某清洁服务部与宋某所安排的具体从事劳务服务的人员之间不存在劳动关系或者劳务关系，不需为其购买社会保险和支付任何费用、补偿、赔偿等，但对于宋某提供的人员，某清洁服务部对其工作不认可时可要求更换；在承包期内，宋某所聘人员所发生的劳务纠纷、工伤、病残和安全事故等应由宋某自行负责处理并承担赔偿责任，赔偿之后不得向某清洁服务部追偿等。2022 年 5 月 18 日至 2023 年 2 月 20 日期间，某清洁服务部多次向宋某转账支付款项，用途为“劳务费”“其他”等。2022 年 6 月 8 日，陈某通过招聘信息与宋某电话联系后到某清洁服务部从事水洗工工作，由宋某与陈某协商确定了工资待遇，但未订立书面劳动合同。2023 年 1 月 30 日，宋某告知陈某不用再上班后，陈某不再继续提供劳动。在陈某上班期间，宋某通过微信转账支付陈某工资合计 26627 元。陈某提供记载其工资的《收款收据》载明的客户名称为某清洁服务部。2023 年 6 月 12 日，陈某向劳动争议仲裁机构申请仲裁，请求裁决某清洁服务部支付未订立书面劳动合同的双倍工资差额 24500 元和违法解除劳动合同赔偿金 7000 元。劳动争议仲裁机构经审理后作出仲裁裁决，驳回陈某的仲裁请求。陈某不服，提起本案诉讼。

裁判结果

重庆市南川区人民法院经审理认为，某清洁服务部与宋某签订的《劳务承包协议》明确约定由宋某个人自行对聘请人员进行管理并承担责任，其主要目的是通过所谓的劳务外包方式将某清洁服务部应承担的用工风险转嫁给宋某。宋某聘请陈某入职、加以管理并按月发放工资的行为系代表某清洁服务部的职务行为。由于某清洁服务部未与陈某订立书面劳动合同，其应支付陈某二倍工资差额。某清洁服务部单方解除与陈某之间的劳动合同的行为违法，应当支付陈某赔偿金。遂判决某清洁服务部支付陈某未订立书面劳动合同的二倍工资差额和违法解除劳动合同赔偿金。某清洁服务部不服提起上诉，重庆市第三中级人民法院经审理后判决驳回上诉，维持原判。

十、肖某与某地产开发公司商品房预售合同纠纷案

关键词

“腰线层” 如实告知 赔偿损失 公平交易

典型意义

“腰线层”一般指为突出建筑物层次感，通过建设施工，在建筑物外立面形成的横向带状装饰。房屋位于“腰线层”，可能导致房屋可利用空间和采光面积减少，正常通风受阻，清洁难度加大，渗水概率增高等，对居住者的观感及居住体验等亦存在明显负面影响。房屋是否处于“腰线层”，属于对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的事项。开发商在销售处于“腰线层”房屋过程中，应遵循诚信原则，履行提示告知义务。若未尽到提示告知义务，应当赔偿购房者损失。本案裁判有利于督促开发商遵守诚信原则，将商品房的信息如实告知购房者，促进公平交易。

基本案情

2018 年 9 月 7 日，某地产公司与肖某签订《重庆市商品房买卖合同》，约定肖某所购商品房为清水房，建筑面积 147.18 平方米，总成交金额为 1506429 元，某地产公司应在 2020 年 3 月 20 日前交付房屋等。合同签订时，某地产公司未对案涉房屋处于“腰线层”进行告知。肖某于 2019 年 12 月 24 日对房屋进行验收，发现其所购房屋阳台栏杆上半部分为玻璃，下半部分为砌筑墙体，

实际位于“腰线层”，同楼栋其他楼层房屋的阳台栏杆通体为玻璃栏板，即玻璃栏板直达阳台地面，没有砌筑墙体。肖某提起诉讼，请求判令某地产公司将案涉房屋景观阳台栏杆恢复至同户型其他楼层统一标准，并支付“腰线层”瑕疵赔偿金30128.58 元（房屋总价的 2%）。

裁判结果

重庆市江北区人民法院经审理认为，案涉房屋位处“腰线层”，某地产公司应如实告知买受人，以便让买受人作出是否购买的选择。但其在缔约前的宣传介绍及缔约过程中均未对房屋与其他楼层房屋之间存在的差异作出必要的提示和合理的说明。该房屋阳台与同户型其他房屋相比存在差异，对肖某在居住使用过程中的观感明显产生不利影响。砌筑墙体与全玻璃栏板相比，也导致阳台可利用空间减少。某地产公司交付的房屋不符合肖某合理预期的通常标准，故应承担违约责任。肖某要求整改，因整改涉及规划许可并将导致小区楼栋整体外观受到影响，某地产公司客观上难以实施，遂判决某地产公司支付肖某房屋总价款 2%的损失。某地产公司不服提起上诉，重庆市第一中级人民法院经审理后判决驳回上诉，维持原判。

来源：市高法院民一庭、民四庭

编辑：吴辉、罗姗姗

审核：孙玉涛、田晓梅、苏国华

【焦点访谈】高额彩礼何时休

2024-03-27 最高人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/FjcRnwPng1TqPQeGKSZJOg

编 者 按

司法裁判不仅仅是个案的定分止争，更肩负着引领社会发展、推动法治进步的重要职责。面对社会生活中的难点、痛点，老百姓的揪心事、烦心事，人民法院如何积极发挥司法职能，明规则，促治理，顺民意，解民忧？即日起，最高人民法院新闻局推出“办案就是治理”专栏，集纳新闻媒体关注报道，讲述人民法院以案促治破难题的生动实践，敬请关注。

近年来，一些地方的彩礼金额越来越高，甚至有了流行的所谓标准。对于那些适龄男性而言，彩礼负担已经成为婚姻大事中的“不可承受之重”。为了给农村彩礼“降温”，中央文件多次提及推进高额彩礼的综合治理，很多地方也在探索用各种方式给高额彩礼“踩刹车”，减轻农民婚嫁负担。不久前，记者前往一些地区对高额彩礼现象进行走访调研。

在江西赣州一家商场内，记者遇到了一对年轻的情侣。男方家准备了十来万元的彩礼，而女方家要大概三十万元左右，因为彩礼问题双方准备分手了。

询问之下记者得知，小谢和小邹分别来自赣州的寻乌县和会昌县，是异地恋，也是初恋。在小邹的要求下，已经濒临分手边缘的两个人，在周末相约市区再见一面。

小邹：不能用钱衡量一个人，不是在嫁女儿，而是在卖女儿，嫁出去的女儿泼出去的水。其实在家里我一直没有太多话语权，只能尽量去争取。因为我还有两个弟弟，我爸爸生重病，所以我更多还是要为家庭考虑一点。

接受完记者的采访，两个年轻人就离开了商场，搭乘长途车各回各县了。几天后，记者在寻乌县再次见到小谢，他说他和小邹真的分手了，从赣州回来后再也没有联系过。

小谢：因为那边习俗，她们家要的彩礼那么高，我们这边给不了，所以只能是分开。我们因为这个事情交流过，相互也试探过，看家里什么反应。一沟通就吵架，不能心平气和聊。

今年 25 岁的小谢大学学的是体育专业，目前在当地县城一家体育培训机构做助理篮球教练，每个月工资 4000 多元。小谢说，他爸爸在广东打工，妈妈在本地打工，还有两个上学的妹妹，此前为了供自己读大学家里花了十多万元。现在面对 30 万元的彩礼，自己攒不到，家里拿不出，小邹的家人又不松口，于是两个年轻人就这样被裹挟在彩礼的漩涡之中。

小谢和小邹的故事只是当地高价彩礼现象的一个缩影，女方讨要高价彩礼的现象其实在当地非常普遍。翻看一些新闻报道事例记者发现，流行在民间的高价彩礼，有的使情侣分手，有的使家庭“因礼返贫”，还有的以婚恋之名行诈骗之实，甚至滋生出刑事案件的发生。

中国社科院社会发展战略研究院院长 张翼：增加夫妻双方矛盾以后，会导致婚姻破裂、离婚现象发生，离婚率居高不下；第二，往往导致两个亲家之间互不往来，原来存在的家庭网断裂了。

高价彩礼有多高？哪里的彩礼最高？谙熟这一规则的非“媒人”这个行当莫属。记者在江西赣州地区走访时发现，这里的婚介所数量众多，不少人在做专职或兼职红娘。线上线下，婚介行业非常火热。

江西赣州某婚介所工作人员：我们这边彩礼有点偏贵，在二十八万元到三十五万元之间，最多的彩礼三十八万元。

记者采访发现，这些将彩礼当作婚姻的“筹码”，甚至明码标价的做法，给当地适婚青年及其父母带来了沉重的经济负担。

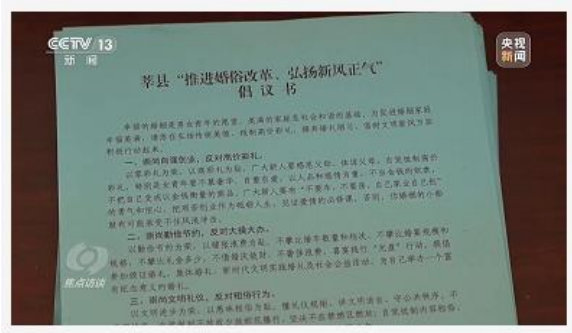
参照江西省统计局公布的数据，2023 年该省居民人均可支配收入 34000 余元，其中农民人均

可支配收入首次突破 2 万元，相较之下江西部分地区彩礼金额可达人均收入的五六倍乃至十几倍。在山东聊城莘县，同样的情况也出现在孟庄村的老孟一家，去年他孙子订婚，光彩礼就花了 30 万元左右。这个数字相当于鲁西南地区正常农村家庭两个劳动力外出打工几年的收入。

当地一位婚恋中介机构的工作人员告诉记者，老孟家的彩礼数额在当地很普遍，农村的彩礼要高于县城。

记者调查发现，高价彩礼现象多发于传统观念根深蒂固、经济欠发达地区，农村彩礼数额普遍高于城市，这是第一个特点；其次，“通过女儿出嫁为儿子换回彩礼”也是高价彩礼多发地区的一大显著特点。

中国社科院社会发展战略研究院院长 张翼：女方家有哥有弟，家里面希望通过女儿要的彩礼再去支付儿子女友家要的彩礼，通过婚嫁过程中的彩礼补足自己家庭的不足。县城以下基层社会的女生少，选择余地就大，彩礼是多少、家庭经济情况怎么样、县城有没有房，增加了婚姻选择中的非爱情因素。这两个方面结合起来共同把彩礼的价格往高推。



高价彩礼的另一大特点，就是治理难。例如 2020 年，山东莘县实施发布了“杜绝高价彩礼 从我做起”倡议书，倡议书内容纳入村规民约，全县 878 个村庄的妇联主席担任义务红娘，力图通过这些措施来治理高价彩礼现象，但成效并不明显。

彩礼多寡，看似小事家事，却是影响社会风气的大事。近年来，除了山东、江西等地陆续出台倡议，国家层面也频频出手。2019 年，中央关于三农工作的文件中首提治理“天价彩礼”，2020 年，民政部印发《关于开展婚俗改革试点工作的指导意见》，2022 年，八部门联合发布《开展高价彩礼、大操大办等农村移风易俗重点领域突出问题专项治理工作方案》。但从记者的采访看，高价彩礼在一些地方依旧存在。

中国社科院社会发展战略研究院院长 张翼：它取决于社会在婚嫁过程中所形成的习惯。我们做这个事情已经快二十年了，反对天价彩礼，倡导婚姻自由，婚姻自觉，希望婚姻在男女双方之间平等的基础上达成爱的结果，实际上到现在为止这个现象还没有消除。

让彩礼归于礼，除了有关部门倡导、公众移风易俗等措施外，法律的介入也必不可少。今年 2 月 1 日，《最高人民法院关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》正式施行，对返还彩礼的多种情形做了明确规定。其主要原因就是近年来因彩礼引发的婚姻家庭矛盾纠纷日益增多。例如在其公布的一起典型案例中，原告祁先生和被告李女士经人介绍认识，男方在支付女方家 10 万元彩礼后两人于 2022 年 4 月结婚，婚后两人经常吵架，李女士于 2022 年底提出离婚。

2023 年 11 月，法院经审理认为，双方虽已办理结婚登记，但共同生活时间较短，且共同生活期间无大额支出。综合考虑全案情况，酌定女方向男方返还三万元彩礼。

最高人民法院民一庭法官 王丹：让婚姻始于爱，让彩礼归于礼。一个婚姻，最重要的还是感情基础，双方的价值观。所以彩礼数额高低，既不能体现出感情，也不能体现出重要程度。高额彩礼不仅让婚姻埋下了隐患，而且会物化自己的子女。高彩礼不是面子，而是伤害自己子女的一把隐形的剑。

让婚姻始于爱，让彩礼归于礼，这是对美好婚姻的祝福，也是对社会文明的守护。如果彩礼是给姻缘定价，这样的婚姻注定不会圆满。婚俗领域的陈规陋习，背后交织着家庭观念、社会风俗等复杂因素，确实难以靠一纸禁令扭转，治理也不可能一步到位。深化婚俗改革，还需要拿出更多务实有效的举措，促进人们的观念更新，推动文明新风落地生根。

来源：央视新闻客户端

封面制图：张明翠丨编辑：李斯坦　巩立慧

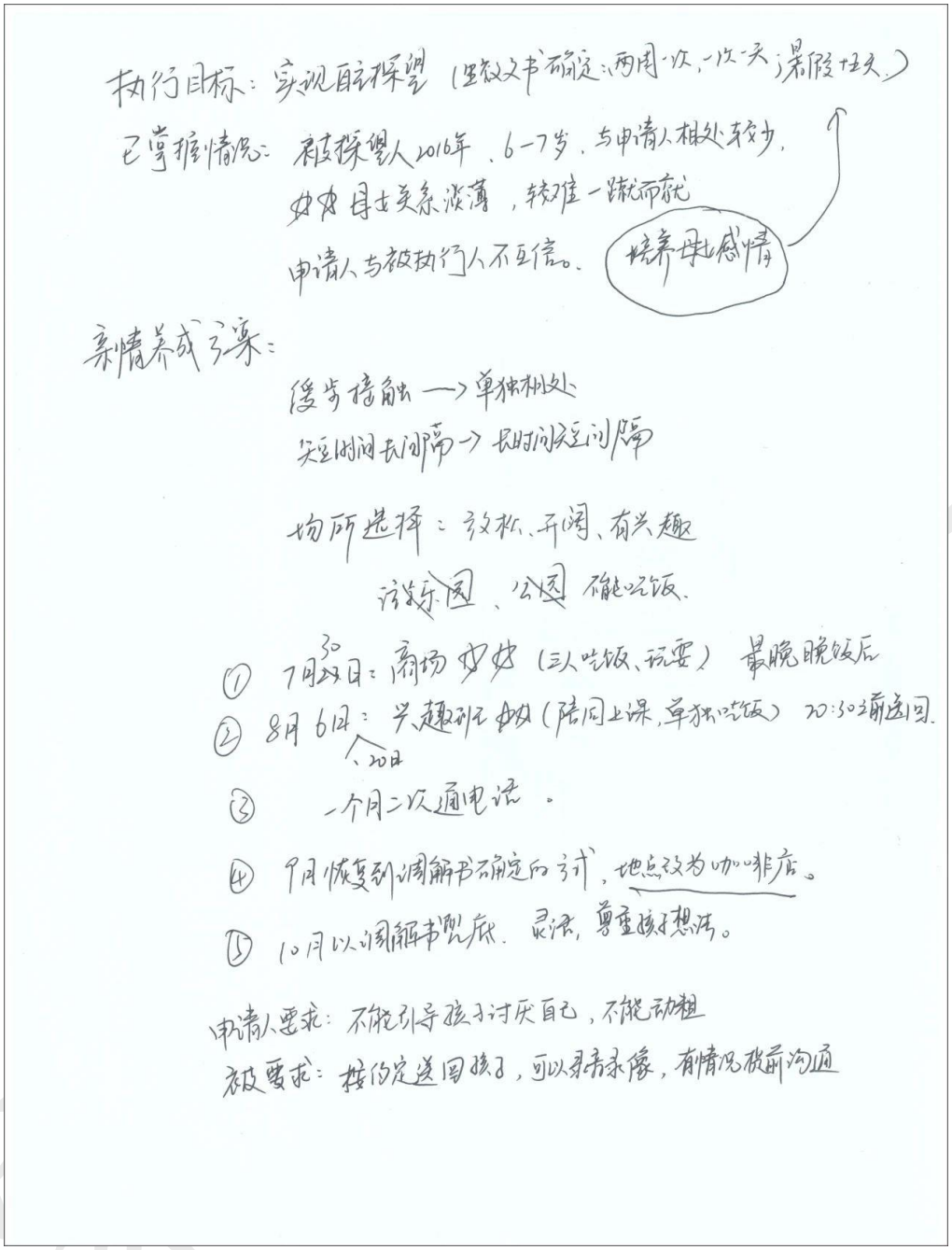
这一份“亲情养成计划”，努力让探望之路畅通无阻

2024-03-30　上海高院

https://mp.weixin.qq.com/s/MlL1d4kQVxWssLZyDdMtMw

离婚三年，六岁的女儿与母亲已成路人，母女间没有温存，剩下的只有回避和抵触，母亲对女儿的探望之路充满艰难险阻。**曾经的至亲，如今的陌路，横亘在母女间的鸿沟，要怎样才能填平？**

“帮助离异父母与孩子修复中断的亲情，消除孩子的排斥情绪，引导父母把聚焦点从‘离婚后遗症’的情绪表达转移到呵护孩子健康成长上来，以强制执行托底‘计划’落实，最终实现不需要法院参与的自主探望。**这，就是‘亲情养成计划’！**”上海市徐汇区人民法院（以下简称徐汇区人民法院）执行局副局长张玉标介绍道。



执行目标：实现有序探望（调解书确定：两周一次，一次一天；暑假任务）

已掌握情况：被探望人2016年，6-7岁，与申请人相处较少，
妞妞母女关系淡薄，较难一蹴而就
申请人与被执行人不互信。 培养母女感情

亲情养成方案：

逐步接触 → 单独相处
短时间长间隔 → 长时间短间隔

场所选择：放松、开阔、有兴趣
游乐园、公园 能吃饭。

① 7月30日：商场妞妞（三人吃饭、玩耍） 最晚晚饭后
② 8月6日、20日：兴趣班妞妞（陪同上课，单独吃饭） 20:30之前送回。
③ 一个月二次通电话。
④ 9月恢复到调解书确定的方式，地点改为咖啡店。
⑤ 10月以调解书履行。最后，尊重孩子想法。

申请人要求：不能引导孩子讨厌自己，不能动粗
被要求：按约定送回孩子，可以录音录像，有情况提前沟通

执行法官制定“亲情养成计划”（手稿）

针对孩子因与父母缺乏感情基础而排斥探望的情况，**徐汇区人民法院在探望权首次执行中以“亲情养成计划”为突破口**，努力解决长期以来探望权执行因双方情绪对抗、非理性表达导致的探望效果差、反复申请率高的困扰，为做实做好执源治理、畅通探望之路进行了一种有益的探索。

鸿沟：离异后久不相见，探望时形同陌路

刘士鹏、朱丽原系夫妻，生育一女刘苗苗（人物均为化名）。2019 年 10 月，刘士鹏、朱丽协议离婚，约定女儿刘苗苗由男方刘士鹏抚养，女方朱丽每月支付抚养费 2000 元。后朱丽诉至法院，要求变更抚养。经调解，双方未变更抚养，对探望

方式、抚养费自愿达成协议。调解生效后，因男方刘士鹏不配合探望，女方朱丽申请强制执行。

“他（被执行人）曾向法院提交了书面情况说明和视频材料，来证明女儿对母亲的恐惧和排斥。”**执行过程中，被执行人以女儿抗拒为由不予配合探望。执行一度陷入僵局。**

经查，刘士鹏、朱丽离婚前一直分居，离婚时女儿刘苗苗刚三岁三个月。执行立案时，母亲朱丽与女儿分离又过了三年半的时间。朱丽表示，因为被执行人不予配合，其间自己几乎没有见过女儿，女儿与母亲已经成为陌生人。

由此来看，虽然被执行人主观上可能存在以女儿为挡箭牌抗拒执行的动机，但客观上申请执行人与孩子之间确实缺乏感情基础。

“许多夫妻离异时早就矛盾重重，把探望孩子变成宣泄情绪的工具，完全忽视孩子自身的需求，使得抚养的一方放任或者煽动孩子对于另一方的疏远，并以孩子抗拒为由消极配合探望；不抚养的一方则过度依赖法院强制执行，并试图以惩戒手段实现既能探望孩子又能惩罚对方的目的。”徐汇区人民法院执行局法官助理刘侗侗分析道。

“在这种情绪状态下采取强制执行，虽然可以在形式上快速结案，但可能会导致后续探望特别是自主探望越来越无法实现，生效法律文书确定的权利甚至将成为‘纸面权利’。”

刘侗侗还提到，强制执行会导致离异双方在情绪对立的道路上越走越远，甚至其中一方可能以更加不适当的方式引导孩子的意愿，未来反复的申请将随之而来，“一案结、多案生”，未成年人的成长环境也将遭到破坏。

因此，必须探索出一个更好的执行方式来理清探望路上的层层障碍。

破局：统一离异夫妻“战线”，扫清“计划”实施障碍

探望权是一种可以持续、重复申请的权利，伴随孩子从儿童到成年的整个期间。

“首次执行的情况奠定了后续探望权实现的方向与基调，通过首次执行实现今后不需要法院参与的自主探望是最理想的选择。”张玉标对首次执行极其看重，“一定要精心梳理所有细节，谋定而后动。”

2023 年下半年，执行干警第一次约谈刘士鹏、朱丽来法院，**努力全面查清双方的矛盾根源、生活现状、心理状态等事实细节**，而这正是解决“探望难”的第一步。

执行法官约见被执行人
进一步了解双方的矛盾根源

法官与助理通过“背靠背”“面对面”的沟通，与当事人将心比心、言明利弊，引导当事人把关注的焦点从不理性的情绪表达，转移到共同关注孩子身心健康成长上来。在引导下，刘士鹏、朱丽逐渐认识到相互抗拒的危害，都同意放下芥蒂，把重心放到孩子身上。

“统一离异夫妻的‘战线’，就是扫清‘计划’的最大障碍。”刘侗侗对案件成功执行的信心越来越足。

功成：“亲情养成计划”培育亲情、助力执行

血缘是“亲”的基础，但不会自然产生浓厚的“情”，哪怕近如母女，也需要培养和浇灌。“要修复正常的母女情，势必要创造温馨的相处

环境，在时间和空间上拉近距离，找回丢失的亲情。”

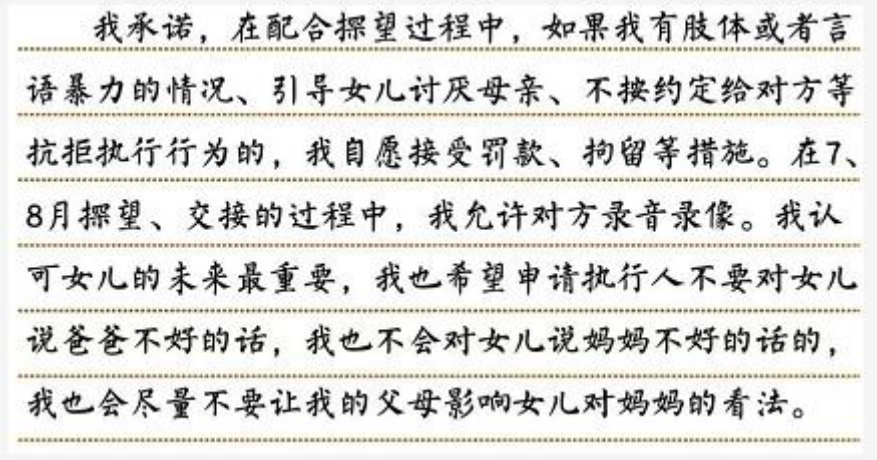
“亲情养成计划”为期三个月，主要围绕孩子的兴趣爱好、性格特点、心理需求等为父母双方确定探望交接时间、地点、方式的具体细节，提供包括同龄玩伴参与，影院、游乐场环境渲染，儿童玩具吸引等在内的沟通交流的途径，设定双方禁止谈论或做出的禁忌话题、不当引导及非理性行为，以强制执行托底“计划”落实。

执行法官与申请执行人确认
“亲情养成计划”的具体细节

“谢谢法院，要是没有你们帮忙，这些细节我压根想不到，太感谢了！”“计划”落成的当天，朱丽不住地向法官表示感谢。

经过三个月的“亲情养成”，孩子与母亲重建了感情，刘士鹏、朱丽也保持了正常的沟通，申请执行人确认本案执行完毕。

在此后的回访中发现，母女之间感情愈发亲密，当事双方沟通良好，甚至脱离调解书约定的方式，实现了更加灵活、高频的自主探望。



我承诺，在配合探望过程中，如果我有肢体或者言语暴力的情况、引导女儿讨厌母亲、不按约定给对方等抗拒执行行为的，我自愿接受罚款、拘留等措施。在7、8月探望、交接的过程中，我允许对方录音录像。我认可女儿的未来最重要，我也希望申请执行人不要对女儿说爸爸不好的话，我也不会对女儿说妈妈不好的话的，我也会尽量不要让我的父母影响女儿对妈妈的看法。

孩子父亲在笔录中表达了
对“亲情养成计划”的大力支持

来源丨上海市徐汇区人民法院
文字、摄影：张超
责任编辑：蒋梦娴
编辑：马雯珺
声明丨转载请注明来自“上海高院”公众号

婚内签订离婚协议书并约定大额赔偿，起诉离婚时是否有效？

2024-04-01 山东高法

https://mp.weixin.qq.com/s/SEGoA2Ro64Ljv-TNx1W8hw

鲁法案例【2024】190

案情简介

原告朱某与被告郝某于 2022 年 12 月 20 日登记结婚，婚后未生育子女。婚后双方感情不合，多次因家庭琐事发生争吵撕扯，并多次拨打 110。

2023 年 4 月 14 日，朱某与郝某签订《协议书》一份，协议书约定“如果男方在女方引产之日起半年内，向女方提出离婚，则向女方一次性支付赔偿款 15 万元。” 2023 年 4 月 18 日，朱某在医院做引产手术。

2023 年 8 月 7 日，郝某另行拟定《离婚协议书》，协议约定男方给予女方 2 万元，双方领取离婚证，签订此协议书后，双方再无瓜葛。郝某当天在该协议书上签字，朱某于 2023 年 8 月 15 日在该离婚协议书上签字并添注“同意离婚，但不同意 2 万元赔偿，男方应支付 15 万元赔偿”。双方协商不成，2023 年 12 月 7 日朱某向法院提起诉讼，要求与郝某离婚，并支付其补偿款 15 万元。郝某同意离婚，但不同意给朱某 15 万元补偿。

法院审理

法院经审理认为，《中华人民共和国民法典》第一千零七十九条规定，夫妻一方要求离婚的，可以由有关组织进行调解或者直接向人民法院提起离婚诉讼。人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如果感情确已破裂，调解无效的，应当准予离婚。本案中，原告朱某向法院提起离婚诉讼，被告郝某同意离婚，结合原被告婚后因感情不和经常发生争吵撕扯，公安机关多次出警的事实，本院认为原被告之间夫妻感情确已破裂，准许双方离婚。

本案争议的焦点为：被告郝某是否应当向原告朱某支付 15 万元补偿款。

法院认为，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>婚姻家庭编的解释（一）》第六十九条规定，当事人达成的以协议离婚或者到人民法院调解离婚为条件的财产以及债务处理协议，如果双方离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产及债务处理协议没有生效，并根据实际情况依照民法典第一千零八十七条和第一千零八十九条的规定判决。本案中，原被告签订的两份涉及财产处理的协议均以双方离婚为条件，但是由于双方离婚未成，且被告郝某在诉讼中对第一份离婚协议中“给予女方 15 万元补偿”的约定反悔，并变更了补偿数额，因此法院认定原被告双方签订的财产处理协议没有生效。

尽管上述协议没有生效，但是考虑到朱某在婚姻期间做过引产手术，郝某在两次协议中均有过补偿朱某的承诺以及朱某多次因纠纷拨打 110 求助等因素，法院酌情判定郝某向朱某补偿 3 万元。一审判决后，原被告均不服，提出上诉，二审法院经审理，驳回上诉，维持原判。

法官说法

《民法典》第 158 条规定：“民事法律行为可以附条件，但是根据其性质不得附条件的除外。附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效。”根据上述理论，附条件的离婚财产及债务处理协议，是指夫妻双方在婚姻关系存续期间达成的以离婚法律事实出现为条件的财产以及债务处理协议。若离婚登记这一条件不能实现，双方签订离婚协议的目的就不能实现，法院如果仍然认定双方协议有效，显然有悖于双方的缔约目的。本案中，双方当事人虽就婚姻存续期间的矛盾解决方式签订协议，但双方并未就争议解决达成最终一致意见，法院结合案情酌定郝某补偿朱某 3 万元并无不当。

法条链接

《中华人民共和国民法典》第一百五十八条 民事法律行为可以附条件，但是根据其性质

不得附条件的除外。附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。附解除条件的民事法律行为，自条件成就时失效。

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

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

有下列情形之一，调解无效的，应当准予离婚：

（一）重婚或者与他人同居；

（二）实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员；

（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改；

（四）因感情不和分居满二年；

（五）其他导致夫妻感情破裂的情形。

一方被宣告失踪，另一方提起离婚诉讼的，应当准予离婚。

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

《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>婚姻家庭编的解释（一）》第六十九条　当事人达成的以协议离婚或者到人民法院调解离婚为条件的财产以及债务处理协议，如果双方离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产以及债务处理协议没有生效，并根据实际情况依照民法典第一千零八十七条和第一千零八十九条的规定判决。

当事人依照民法典第一千零七十六条签订的离婚协议中关于财产以及债务处理的条款，对男女双方具有法律约束力。登记离婚后当事人因履行上述协议发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当受理。

供稿：李伟

来源：沂水法院

编辑：马聪聪

《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（二）（征求意见稿）》向社会公开征求意见的公告

2024-04-07　最高人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/C04pEROTcrmFYbCzwByhGA

为正确贯彻实施《中华人民共和国民法典》，统一法律适用，依法保护妇女、未成年人、老年人、残疾人的合法权益，维护婚姻家庭和谐稳定，推动家庭家教家风建设，本院结合审判实践起草了《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（二）（征求意见稿）》。为广泛听取社会各界意见，更好回应人民群众关切，现向社会公开征求意见。欢迎社会各界提出宝贵意见，并请在提出意见建议时说明具体理由。书面意见可寄往北京市东城区东交民巷 27 号，最高人民法院民事审判第一庭张灵若，邮编 100745；电子邮件请发送至电子邮箱 zgfmytlaw@163.com，本次征求意见截止日期为 2024 年 4 月 30 日。

特此公告。

中华人民共和国最高人民法院

二〇二四年四月七日

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（二）

（征求意见稿）

为正确审理婚姻家庭纠纷案件，根据《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国民事诉讼法》等相关法律规定，结合审判实践，制定本解释。

第一条【重婚原则上不适用效力补正】

以重婚为由请求确认婚姻无效的案件中，被告以提起诉讼时合法婚姻当事人已经离婚或者配偶已经死亡为由主张后一婚姻自此转为有效的，人民法院对该抗辩主张不予支持，但另一方有理由相信重婚一方的合法婚姻已经解除或者不存在婚姻的除外。

第二条【对当事人主张“假离婚”的处理】

夫妻登记离婚后，一方以双方意思表示虚假为由请求确认离婚无效的，人民法院不予支持。一方有证据证明双方意思表示虚假，请求确认离婚协议中有关财产及债务处理条款无效，并主张重新分割夫妻共同财产的，人民法院应依法予以支持。

夫妻一方的债权人有证据证明离婚协议中有关财产及债务处理条款存在民法典第五百三十八条、第五百三十九条规定情形，请求撤销相关条款的，人民法院应依法予以支持。

第三条【同居析产纠纷的处理】

双方均无配偶的同居关系析产纠纷案件中，对同居生活期间取得的财产，双方无协议约定且协商不成的，人民法院按以下情形分别处理：

（一）同居期间各自所得的工资、奖金、劳务报酬、知识产权收益，各自继承或者受赠的财产以及一方单独生产、经营、投资的收益等归各自所有；

（二）双方共同出资购置的财产或者共同生产、经营、投资的收益以及其他已经混同无法区分的财产，根据财产的具体情况，并综合考虑各自出资比例、贡献大小等事实，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则进行分割。

同居生活期间，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而请求另一方给予补偿，双方对此无协议约定且协商不成的，人民法院可以根据同居生活时间、负担相应义务投入的精力及对双方的影响、同居析产情况、双方经济状况以及给付方负担能力、当地收入水平等事实，确定补偿数额。

第四条【基于婚姻赠与房屋的处理】

婚前或者婚姻关系存续期间，一方将其所有的房屋变更登记至对方名下或者双方名下，离婚诉讼中，该方请求对方返还的，人民法院应当根据当事人请求，结合赠与房产目的，综合考虑婚姻关系存续时间、离婚过错、双方经济情况等事实，判决该房屋归一方所有，并参考房屋市场价格由获得房屋一方对另一方予以适当补偿，但双方有特别约定的除外。

前款规定情形下，赠与人有证据证明受赠人存在欺诈、胁迫或者民法典第六百六十三条规定等情形，请求撤销该约定的，人民法院应依法予以支持。

第五条【未成年人及夫妻一方直播打赏款项的处理】

不满八周岁的未成年人通过网络直播平台实施打赏行为，其法定代理人主张该民事法律行为无效，请求返还已打赏款项的，人民法院应依法予以支持。

八周岁以上不满十六周岁或者十六周岁以上不能以自己的劳动收入为主要生活来源的未成年人未经法定代理人同意，通过网络直播平台实施与其年龄、智力和精神健康状况不相适应的打赏行为，法定代理人不予追认并主张该民事法律行为无效，请求网络直播平台返还已打赏款项的，人民法院应依法予以支持。

夫妻一方通过网络直播平台实施打赏行为，有证据证明直播内容含有淫秽、色情等低俗信息引诱用户打赏，另一方主张该民事法律行为无效，请求网络直播平台返还已打赏款项的，人民法院应依法予以支持。

夫妻一方未经另一方同意，明显超出家庭一般消费水平打赏，严重损害夫妻共同财产利益，另一方以对方存在挥霍夫妻共同财产为由，请求在婚姻关系存续期间分割共同财产的，或者在离

婚分割夫妻共同财产时对打赏一方少分或者不分的，人民法院应依法予以支持。

第六条【违反公序良俗的赠与】

夫妻一方因重婚、与他人同居等违背公序良俗情形，将夫妻共同财产赠与或者以明显不合理低价转让他人，另一方主张合同无效请求返还的，人民法院应依法予以支持。

第七条【父母在子女婚后为其购房出资的认定】

婚姻关系存续期间，一方父母全额出资为夫妻购置房屋，没有约定或者约定不明的，离婚分割夫妻共同财产时，人民法院可以判决该房屋归出资人子女一方所有，并综合考虑共同生活及孕育情况、离婚过错、房屋价值等事实，由获得房屋一方对另一方予以适当补偿。

婚姻关系存续期间，双方父母出资或者一方父母部分出资为夫妻购置房屋，没有约定或者约定不明的，离婚分割夫妻共同财产时，双方均主张房屋所有权且一方不同意竞价取得的，人民法院可以根据出资来源及比例、共同生活及孕育情况、离婚过错、房屋产权登记情况等事实，判决房屋归一方所有，并由获得房屋一方对另一方折价补偿。

第八条【夫妻一方转让自己名下有限责任公司股权的效力】

夫妻一方转让登记在自己名下的有限责任公司股权，另一方以未经其同意侵犯夫妻共同财产权为由请求确认转让合同无效的，人民法院不予支持，但有证据证明转让人与受让人恶意串通损害另一方合法权益的除外。

第九条【企业登记的持股比例不是夫妻财产约定】

夫妻以共同财产投资有限责任公司，并均登记为股东，双方对该部分共同财产的归属没有约定或者约定不明，离婚时，一方请求按照企业登记的持股比例分割的，人民法院不予支持，并依照民法典第一千零八十七条规定处理。

第十条【夫妻一方放弃继承的效力】

夫妻一方以对方可继承的财产为夫妻共同财产、放弃继承损害夫妻共同财产利益为由主张对方放弃继承无效的，人民法院不予支持，但有证据证明放弃继承导致放弃一方不能履行法定义务的除外。

第十一条【人身安全保护令或人格权行为禁令可适用抢夺、藏匿未成年子女情形】

父母一方或者其近亲属等抢夺、藏匿未成年子女，另一方向人民法院申请人身安全保护令或者参照民法典第九百九十七条的规定申请采取责令行为人停止有关行为的措施的，人民法院应依法予以支持。

第十二条【抢夺、藏匿未成年子女的民事责任及抗辩事由处理】

父母一方或者其近亲属等抢夺、藏匿未成年子女，另一方以履行监护职责产生的权利受到侵害为由，请求行为人承担停止侵害、排除妨碍、赔偿损失等民事责任的，人民法院应依法予以支持。

抢夺、藏匿子女一方以对方存在赌博、吸毒、家庭暴力等严重侵害未成年子女身心健康情形，主张其抢夺、藏匿子女有合法理由的，人民法院应当告知其可通过申请撤销监护权、中止探望或者变更抚养关系等途径解决。

第十三条【优先由另一方直接抚养的情形】

离婚诉讼中，父母双方均要求直接抚养已满两周岁的未成年子女，一方有下列情形之一的，人民法院应当按照最有利于未成年子女的原则，优先考虑由另一方直接抚养：

（一）实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员；

（二）有赌博、吸毒等恶习；

（三）其他严重损害未成年子女权益的情形。

第十四条【处分未成年子女名下房产的效力】

父母以法定代理人身份处分用夫妻共同财产购买并登记在未成年子女名下的房产后，又以该

处分行为损害未成年子女利益为由向合同相对人主张合同无效的，人民法院不予支持。

第十五条【不负担抚养费约定的效力】

离婚协议中约定一方直接抚养未成年子女、另一方不负担抚养费，离婚后，直接抚养子女一方经济状况发生变化导致原生活水平显著降低或者子女生活、教育、医疗等必要合理费用确有显著增加，未成年子女起诉请求另一方支付抚养费的，人民法院应依法予以支持。

第十六条【子女成年后欠付抚养费的处理】

能够独立生活的成年子女请求父或者母给付其未成年或者不能独立生活期间抚养费的，人民法院不予支持。

离婚协议已对未成年子女或者不能独立生活的成年子女的抚养费明确约定或者不直接抚养子女一方通过其他方式承诺给付抚养费，离婚后，不直接抚养子女一方未按照约定或者承诺履行给付义务，如果子女尚未成年或者仍不能独立生活，子女起诉请求其支付欠付抚养费的，人民法院应依法予以支持；如果子女已经成年并能够独立生活，直接抚养子女一方起诉请求对方支付欠付抚养费的，人民法院应依法予以支持。

第十七条【“受其抚养教育”的认定】

对民法典第一千零七十二条中继子女受继父或者继母抚养教育的事实，人民法院应当综合考虑共同生活时间长短、继父母是否承担抚养费、是否实际进行生活上的照顾抚育等因素予以认定。

第十八条【离婚协议约定财产给予子女】

离婚协议约定将特定财产给予子女，离婚后，一方在财产权利转移之前请求撤销该约定的，人民法院不予支持，但另一方同意的除外。

一方不履行前款离婚协议约定的义务，另一方请求其承担继续履行或者因无法履行而赔偿损失等民事责任的，人民法院应依法予以支持。

离婚协议约定将特定财产给予子女，离婚后，一方有证据证明签订离婚协议时存在欺诈、胁迫等情形，请求撤销离婚协议中相关条款的，人民法院应依法予以支持。

第十九条【离婚经济补偿的认定和处理】

离婚时，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夫妻一方请求另一方给予补偿的，人民法院应当根据婚姻关系存续时间、负担相应义务投入的精力及对双方的影响、对家庭所做贡献程度、双方离婚时经济状况以及给付方负担能力、当地收入水平等事实，确定补偿数额。

第二十条【离婚经济帮助的处理】

离婚时，夫妻一方依靠个人财产和离婚时分得的财产仍无法维持当地基本生活水平，请求有负担能力的另一方给予适当帮助的，人民法院应依法予以支持。

一方因经济困难无房居住的，人民法院可以根据当事人请求，判决有负担能力的另一方采用下列方式予以帮助：

（一）一定期限的房屋无偿使用权；

（二）适当数额的房屋租金；

（三）通过判决设立一定期限的居住权；

（四）其他符合实际的方式。

第二十一条【附则】

本解释自 2024 年　　月　　日起施行。

民法典施行后的法律事实引起的民事案件，本解释施行后尚未终审的，适用本解释；本解释施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的，不适用本解释。

来源：最高人民法院新闻局

编辑：于淏淳

《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（二）（征求意见稿）》十大看点

2024-04-09 法暖家事 一中院家事审判
https://mp.weixin.qq.com/s/MRZM4auzDVcDUDNG-qQXhA

为正确贯彻实施《中华人民共和国民法典》，统一法律适用，依法保护妇女、未成年人、老年人、残疾人的合法权益，维护婚姻家庭和谐稳定，推动家庭家教家风建设，最高人民法院结合审判实践起草了《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（二）（征求意见稿）》（☚点击跳转）（以下简称《婚姻家庭编解释二征求意见稿》）。现已向社会公开征求意见。根据公布的征求意见稿内容本文导读以下十大看点：

看点一：

法律不认可“假离婚”，离婚无效不支持

《婚姻家庭编解释二征求意见稿》第二条【对当事人主张“假离婚”的处理】

夫妻登记离婚后，一方以双方意思表示虚假为由请求确认离婚无效的，人民法院不予支持。一方有证据证明双方意思表示虚假，请求确认离婚协议中有关财产及债务处理条款无效，并主张重新分割夫妻共同财产的，人民法院应依法予以支持。

夫妻一方的债权人有证据证明离婚协议中有关财产及债务处理条款存在民法典第五百三十八条、第五百三十九条规定情形，请求撤销相关条款的，人民法院应依法予以支持。

看点二：

同居析产纠纷中双方共同或混同的财产可按照照顾子女、女方和无过错方权益原则进行分割，一方可主张同居期间的家务劳动补偿

《婚姻家庭编解释二征求意见稿》第三条【同居析产纠纷的处理】

双方均无配偶的同居关系析产纠纷案件中，对同居生活期间取得的财产，双方无协议约定且协商不成的，人民法院按以下情形分别处理：

（一）同居期间各自所得的工资、奖金、劳务报酬、知识产权收益，各自继承或者受赠的财产以及一方单独生产、经营、投资的收益等归各自所有；

（二）双方共同出资购置的财产或者共同生产、经营、投资的收益以及其他已经混同无法区分的财产，根据财产的具体情况，并综合考虑各自出资比例、贡献大小等事实，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则进行分割。

同居生活期间，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而请求另一方给予补偿，双方对此无协议约定且协商不成的，人民法院可以根据同居生活时间、负担相应义务投入的精力及对双方的影响、同居析产情况、双方经济状况以及给付方负担能力、当地收入水平等事实，确定补偿数额。

看点三：

夫妻一方通过网络直播平台实施打赏，两类行为不可为

《婚姻家庭编解释二征求意见稿》第五条【未成年人及夫妻一方直播打赏款项的处理】

不满八周岁的未成年人通过网络直播平台实施打赏行为，其法定代理人主张该民事法律行为无效，请求返还已打赏款项的，人民法院应依法予以支持。

八周岁以上不满十六周岁或者十六周岁以上不能以自己的劳动收入为主要生活来源的未成年人未经法定代理人同意，通过网络直播平台实施与其年龄、智力和精神健康状况不相适应的打赏行为，法定代理人不予追认并主张该民事法律行为无效，请求网络直播平台返还已打赏款项的，人民法院应依法予以支持。

夫妻一方通过网络直播平台实施打赏行为，有证据证明直播内容含有淫秽、色情等低俗信息引诱用户打赏，另一方主张该民事法律行为无效，请求网络直播平台返还已打赏款项的，人民法院应依法予以支持。

夫妻一方未经另一方同意，明显超出家庭一般消费水平打赏，严重损害夫妻共同财产利益，另一方以对方存在挥霍夫妻共同财产为由，请求在婚姻关系存续期间分割共同财产的，或者在离婚分割夫妻共同财产时对打赏一方少分或者不分的，人民法院应依法予以支持。

看点四：

违反公序良俗的赠与无效

《婚姻家庭编解释二征求意见稿》第六条【违反公序良俗的赠与】

夫妻一方因重婚、与他人同居等违背公序良俗情形，将夫妻共同财产赠与或者以明显不合理低价转让他人，另一方主张合同无效请求返还的，人民法院应依法予以支持。

看点五：

夫妻一方婚内与受让人恶意串通转让股权损害另一方合法权益，转让合同无效

《婚姻家庭编解释二征求意见稿》第八条【夫妻一方转让自己名下有限责任公司股权的效力】

夫妻一方转让登记在自己名下的有限责任公司股权，另一方以未经其同意侵犯夫妻共同财产权为由请求确认转让合同无效的，人民法院不予支持，但有证据证明转让人与受让人恶意串通损害另一方合法权益的除外。

看点六：

抢夺、藏匿未成年子女，可适用人身安全保护令或人格权行为禁令

《婚姻家庭编解释二征求意见稿》第十一条【人身安全保护令或人格权行为禁令可适用抢夺、藏匿未成年子女情形】

父母一方或者其近亲属等抢夺、藏匿未成年子女，另一方向人民法院申请人身安全保护令或者参照民法典第九百九十七条的规定申请采取责令行为人停止有关行为的措施的，人民法院应依法予以支持。

看点七：

明确优先抚养情形

《婚姻家庭编解释二征求意见稿》第十三条【优先由另一方直接抚养的情形】

离婚诉讼中，父母双方均要求直接抚养已满两周岁的未成年子女，一方有下列情形之一的，人民法院应当按照最有利于未成年子女的原则，优先考虑由另一方直接抚养：

（一）实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员；

（二）有赌博、吸毒等恶习；

（三）其他严重损害未成年子女权益的情形。

看点八：

明确抚养费可追索，在子女已经成年并能够独立生活后，直接抚养子女一方可按照双方离婚约定或者承诺起诉请求对方支付欠付的抚养费

《婚姻家庭编解释二征求意见稿》第十六条【子女成年后欠付抚养费的处理】

能够独立生活的成年子女请求父或者母给付其未成年或者不能独立生活期间抚养费的，人民法院不予支持。

离婚协议已对未成年子女或者不能独立生活的成年子女的抚养费明确约定或者不直接抚养子女一方通过其他方式承诺给付抚养费，离婚后，不直接抚养子女一方未按照约定或者承诺履行给付义务，如果子女尚未成年或者仍不能独立生活，子女起诉请求其支付欠付抚养费的，人民法院应依法予以支持；如果子女已经成年并能够独立生活，直接抚养子女一方起诉请求对方支付欠付抚养费的，人民法院应依法予以支持。

看点九：

除欺诈、胁迫外，离婚协议约定财产给予子女不得撤销，无法履行时需承担损失赔偿

《婚姻家庭编解释二征求意见稿》第十八条【离婚协议约定财产给予子女】

离婚协议约定将特定财产给予子女，离婚后，一方在财产权利转移之前请求撤销该约定的，人民法院不予支持，但另一方同意的除外。

一方不履行前款离婚协议约定的义务，另一方请求其承担继续履行或者因无法履行而赔偿损失等民事责任的，人民法院应依法予以支持。

离婚协议约定将特定财产给予子女，离婚后，一方有证据证明签订离婚协议时存在欺诈、胁迫等情形，请求撤销离婚协议中相关条款的，人民法院应依法予以支持。

看点十：

对于离婚时一方因经济困难无房居住的，明确有负担能力一方的经济帮助方式

《婚姻家庭编解释二征求意见稿》第二十条【离婚经济帮助的处理】

离婚时，夫妻一方依靠个人财产和离婚时分得的财产仍无法维持当地基本生活水平，请求有负担能力的另一方给予适当帮助的，人民法院应依法予以支持。

一方因经济困难无房居住的，人民法院可以根据当事人请求，判决有负担能力的另一方采用下列方式予以帮助：

（一）一定期限的房屋无偿使用权；

（二）适当数额的房屋租金；

（三）通过判决设立一定期限的居住权；

（四）其他符合实际的方式。

作者：吴扬新

编辑：何宛珊

离婚诉讼过程中，常出现一方阻碍另一方探望子女的情形，严重时甚至抢夺、隐匿子女。如何保障未成年人诉中的合法权益？上海徐汇区法院给出一个成功的方案——一份协议解决离婚诉中“见娃”难

2024-04-10 人民法院报 本报记者 蒋梦娴 本报通讯员 张冬梅 张硕洋

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2024-04/10/content_238695.htm?div=-1

“法官，能不能帮我们做做工作，我的当事人想接孩子回家住几天，妈妈太想孩子了……”原告女方的代理律师诚恳地说。

“法官，不是我不让她看，是孩子他妈妈抢走孩子在先。我心里害怕，要是判决离婚，孩子以后跟他妈妈，我就再也看不到他了。”被告男方明确表示拒绝。

近日，上海市徐汇区人民法院审理一起离婚纠纷案时，原、被告面对孩子的探望问题各持己见。

诉中“见娃”难，法官这样做

案件中提及的孩子仔仔仅有一岁多，女方在仔仔八个月时因与丈夫感情不和，带着孩子共同搬出住所，男方因无法得知母子下落备受打击。之后，男方找到了仔仔并将其交给了孩子的祖父母照顾。此后的四个多月，女方想尽各种办法，但一直无法带走还处在哺乳期的孩子，就连探视也受到阻拦。

立案后，女方代理律师立马联系承办法官张冬梅，希望她帮忙做工作让女方见孩子一面，但男方表示拒绝。双方在子女抚养问题上矛盾激烈，这引起了张冬梅的注意。

“离婚诉讼并非一夜之间就能有结果，若夫妻双方一直僵持下去，孩子在哺乳期母爱缺失，对身心健康、性格养成可能造成不利影响。”同样作为母亲的张冬梅心想。

该怎么办呢？张冬梅想起家庭教育促进法里的相关规定。“根据家庭教育促进法，可对抢夺、隐匿未成年人子女的一方发放《家庭教育指导令》，这个案件情况完全符合相关情形。”张冬梅立即通知双方当事人来法院，并联系上海市阳光社区青少年事务中心（以下简称阳光中心）驻院社工。

发放《家庭教育指导令》，推动双方“破冰”

这一天，张冬梅组织当事人谈话，告知二人先前相互抢夺孩子的行为极为不妥，双方均表示接受。但在谈及是否能让母亲在诉讼期间先行把孩子接回家住一段时间时，父亲依然不肯松口。

“你是想未来对孩子有更多陪伴，还是只在乎当下？现在你的行为对你争取抚养权极其不利，也严重损害了孩子的利益，有必要让你来上上课了。”张冬梅严肃地对男方说。

“现向你发放徐汇区人民法院决定书……”张冬梅当庭向男方发放了家庭教育指导令，责令其接受家庭教育指导，并邀请女方到场共同接受指导。这是家庭教育促进法正式实施以来，徐汇区法院发出的首份《家庭教育指导令》。

次日，阳光中心社工姚燕闻在法院对双方当事人开展家庭教育指导，徐汇区妇联、徐汇区民政局共同参与。

姚燕闻首先向双方当事人介绍家庭教育指导的背景条款，并解读相关规定，然后分别与男女双方开展“背对背”沟通。倾听了双方的想法之后，姚燕闻帮助二人消除误会、疏导情绪，引导他们树立正确的亲子关系观念：“孩子是你们双方爱的结晶，是一个因共同期待而产生的独立个体，不是通过争夺就能获得归属的物品，孩子健康成长需要父母双方共同承担起家庭教育的主体责任。”

在组织双方共同填写孩童身心成长需求与照顾表单的同时，姚燕闻指导二人以儿童利益优先原则进行沟通，站在未成年人身心健康成长的角度释放善意，积极履行为人父母的监护职责。

与此同时，区妇联及区民政局的工作人员也做了男女双方的心理疏导工作。家庭教育指导结束后，男女双方对先前抢夺孩子的行为懊悔不已，表示愿意暂且搁置其他争议，好好沟通孩子的抚养事宜。

签订诉中抚养协议，母子终相见

“为了孩子的健康成长，必须尽早把抚养问题‘一揽子’解决掉。”家庭教育指导当天，张冬梅见二人关系有所缓和，建议双方在判决作出

之前，先自行将当前抚养、探望孩子的方式协调落实下来，仔仔父母均表示同意。

经过两个小时磋商，双方终于达成诉中抚养协议，将二人分居后各自直接抚养时间、探望频率、接送方式、是否支付抚养费等细节以书面协议形式确定下来，并约定双方自愿遵守协议中的相关约定，直至人民法院判决抚养权归属。据悉，这是上海市首份诉中抚养协议。

3 月 1 日，星期五，仔仔的父亲按照协议约定，将孩子送至母亲处。时隔四个月，母亲终于与孩子团聚。

“张法官，您好！经过您不懈努力、多次沟通协调，双方达成诉中关于孩子轮流抚养的协议，孩子的母亲和外婆激动得一夜未眠……她们多次表达了对法院、对张法官的感谢！”女方的代理律师在 12368 诉讼服务平台上给张冬梅留言，并发来了仔仔与母亲、外婆一家团聚的照片。

“宝宝很可爱，照顾好他。慢慢过渡不要急，也可给孩子爸爸发点照片，让他放心。”张冬梅回复。

张冬梅说，针对家事案件中当事人就未成年人抚养问题矛盾激烈的情况，本案创新探索解决机制：发放决定书——开展家庭教育指导（多方联合）——签订诉中抚养协议——案件回访。这不仅有助于后续案件的审理，而且有助于探望权执行案件的执源治理，在诉中及早纠正父母隐匿、抢夺、阻碍另一方探望孩子的错误观念。

“近年来，徐汇区法院就保护未成年人权益问题，已建立了涉诉未成年人心理干预机制、抚养费提存监管机制、检察院支持公益诉讼机制、探望监督机制等。下一步，徐汇区法院会继续联合团区委、区妇联、区民政局等单位落实好家庭教育工作，助力儿童友好城区建设工作。”徐汇区法院党组成员、副院长尹学新表示。

2023 年度调解案例丨横琴调解室涉外婚姻家事纠纷调解案

2024-04-11　BnR 域外法查明广州中心　BNRMC

https://mp.weixin.qq.com/s/KLv1e0hJTZZbqZtuZj0Epw

2023 年度调解案例

4 免使馆公证调解“一站式”化解涉外复合型纠纷

横琴调解室 ｜ 涉外婚姻家事纠纷

案情简介

Case Introduction

原告 A（珠海人士）与欧洲籍伴侣被告 B 于 2014 年在珠海涉外中心办理结婚登记，婚后两方因生活习惯方面有较大差异，文化理解存在分歧，于 2017 年开始分居生活，经考虑，原告 A 于 2023 年 11 月向横琴粤澳深度合作区人民法院（以下简称“横琴法院”）起诉，诉请解除与被告 B 的婚姻关系。

调解过程及结果

Process and Result

本案经横琴法院委派，考虑到本案纠纷当事人被告 B 是母语为英语的欧洲籍贯人士，双方均无聘请代理律师，融商中心一带一路国际商事调解中心指派横琴调解室澳门籍调解员许冰、内地调解员韦思达联合主持调解。在征询当事方的意见后，两位主办调解员使用全英语的方式主持调解，最大程度上使调解过程中各方沟通无障碍、无歧义。

双方当事人均具有较高的学历文化背景，对双方婚姻关系的解除也无较大争议，均同意适用

中华人民共和国国内法律来处理该纠纷，调解员前期先就双方在相关财产、子女抚养等重点问题上进行一一确认。这其中，调解员注意到：2014 年被告 B 在中国境内办理结婚登记手续时所使用的身份证明文件上的证件号码与当前在诉讼程序中提交的身份证件编号存在不一致的问题。这一情况对被告 B 的身份认定以及调解程序的进展可能产生重大影响，甚至可能会影响到双方婚姻关系的有效性及相关财产分割、继承权等法律问题。

为确保司法程序的公正性和有效性，调解员及时与被告 B 取得联系并告知被告 B 由于身份信息不一致所带来的潜在法律风险和后果，续而指引被告 B 可采取“同一人公证”（即证明不同证件上的两个身份指向同一人的公证）的方式来补充和完善其身份证明材料。通过提供旧版护照复印件、新版护照原件、可能涉及姓名或证件号码变更的相关官方证明文件等材料，经由具有相应资质的公证机构核实确认后出具公证书。

后了解到被告 B 即将返回欧洲，时间上难以满足常规的公证程序需求，但被告 B 表现出积极合作的态度，迅速向调解员提供了他在 2014 年登记结婚时使用的原始身份证明文件副本，并出示了一份近期向其所在国使领馆申请更换身份证明文件的官方回执，该回执清楚地记录了其证件号码变更的过程及其合理性。鉴于此种特殊情形，调解员遂立刻与主审法官进行了沟通，说明被告 B 的实际情况以及他所提供的有关身份变更的相关证明材料。调解员征询法官意见，因证照变更手续齐全过程清晰，法官通过当面见证当事人相貌与证件，确认了其身份，故决定在遵循法律原则的前提下灵活处理，免除原定的公证手续。调解员在调解笔录中对此特殊情况作出详尽记录，包括当事人提供的所有证据材料、法官的现场核验结果以及据此做出的免公证决定等内容。在当事人提交后的 7 日内，调解工作也顺利完成，双方同步向法院申请出具调解书。

典型意义

Significance

“同一人公证”是一种专门用于证明在不同国家或地区持有不同身份证件的个人实际上是同一人的法律程序。在这种情况下，申请人需要按照相关的国际公证要求，在其国籍国或相应领事馆完成一系列的身份核实手续，以获得一份正式的“同一人声明书”，并经过所在国公证机构公证及中国驻当地使领馆的认证，最终将该公证文件递交给法庭，用以补充和完善其在本案中的身份信息证据链，从而消除由于证件号码不匹配而产生的疑虑和法律障碍。

在本案进展过程中，为确保调解程序能够高效且顺利地推进至最终完成阶段，调解员与主审法官协同合作，灵活处理，充分发挥司法智慧，针对被告的具体情况，一方面严格遵循法律规定，另一方面又不拘泥于形式，允许豁免“同一人公证”的要求，积极探索更为合理、高效的解决路径。在保障公正公平的前提下，兼顾了司法效率，使得涉外纠纷能在短时间内得到妥善解决，实现了法律效果和社会效果的高度统一，体现了现代司法为民的宗旨、服务社会的价值追求。

融商中心调解员队伍储备多元化、专业化，不仅有两岸三地的法律从业者、不同区位文化的生活经验及多语种的全服务阵容。在每一个受理的纠纷中，都能最大程度上发挥调解程序为当事人带来优势，尤其是在处理涉外纠纷时，还能结合涉外审判的独特优势，诸如熟悉国际法规范、接轨国际司法实践、善用国际合作网络等，与法院、法官紧密协作，有力地支持了横琴新区乃至粤港澳大湾区法治环境的优化升级，促进了区域经济活动的和谐发展与国际间的友好合作。

一带一路国际商事调解中心

The BNR International Commercial Mediation Center

一带一路国际商事调解中心 2017 年度受理 3 件案件，2018 年 176 件，2019 年 1086 件，2020 年 2791 件，2021 年 3690 件，2022 年 7211 件，2023 年 13867 件。截至 2024 年 3 月，调解平台落地调解室 9 个，国内外调解室数量共 110 个，调解员 720+，中心共受理案件 3 万余件，调解成功率 60%。

扫码获取 2022 年度调解案例

最高人民法院关于在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作的意见

2024-04-15 最高人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/L9CyTxAnvUxRWQ5fXmQI3Q

法〔2024〕74 号

最高人民法院

关于在涉及未成年子女的离婚案件中

开展“关爱未成年人提示”工作的意见

为深入贯彻落实习近平法治思想，全面贯彻落实习近平总书记关于少年儿童工作重要指示批示精神，坚持依法能动履职，做深做实为人民司法，强化诉源治理，切实维护未成年人合法权益，根据《中华人民共和国民法典》、《中华人民共和国未成年人保护法》、《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》、《中华人民共和国家庭教育促进法》等法律规定，结合人民法院工作实际，制定本意见。

一、充分认识“关爱未成年人提示”工作的重大意义

1. 融合贯通涉未成年人民事、行政、刑事审判职能，全面加强未成年人司法保护，是人民法院的重要职责。在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作，对影响未成年人身心健康行为进行早期预防，将防治未成年人犯罪工作关口前移，是人民法院认真贯彻落实习近平法治思想、深入践行以人民为中心发展思想的必然要求，是坚持能动履职、强化诉源治理、加强未成年人犯罪预防工作的重要举措。

2. 推动司法保护与家庭保护、学校保护、社会保护、网络保护和政府保护有机衔接，推动全社会形成关心关爱未成年人的良好氛围，是贯彻落实最有利于未成年人原则的必然要求。在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作，对于督导父母当好合格家长，避免离婚纠纷对未成年人产生不利影响，促进未成年人身心健康具有重要意义。

二、明确目标任务

3. 引导离婚案件当事人正确处理婚姻自由与维护家庭稳定的关系，关心、关爱未成年子女，关注未成年子女健康成长的精神和物质需求。

4. 引导离婚案件当事人提升责任意识，依法履行监护职责，充分保护未成年子女合法权益，在离婚案件中以保障未成年子女健康成长为目的，妥善处理抚养、探望、财产等相关事宜。

5. 预防未成年人犯罪，最大限度防止漠视甚至侵害未成年人合法权益、伤害未成年人身心健康情形的发生，消除引发未成年人违法犯罪的各种消极因素，防患于未然。

6. 促进未成年人身心健康，为未成年人健康成长创造良好、和睦、文明的家庭环境，推动形成关心关爱未成年人的良好社会氛围。

三、把握工作原则

7. 坚持最有利于未成年人原则。在每一起涉及未成年人的案件中，充分尊重未成年人的人格尊严，适应未成年人身心发展的规律和特点，将特殊、优先、全面保护理念贯穿在案件办理及案后延伸工作的全过程。

8. 坚持德法共治原则。在涉及未成年子女离婚案件中，牢固树立新时代社会主义司法理念，大力弘扬社会主义核心价值观，注重对未成年子女人格、情感、安全利益的保护，保障未成年子女健康成长。

9. 坚持问题导向原则。立足于预防和解决司法实践暴露出的部分离婚案件当事人怠于关心、关爱未成年子女，漠视、侵害未成年子女合法权益，导致未成年子女身心受到伤害或者违法犯罪等问题，认真部署、推进工作。

10. 坚持能动履职原则。强化诉源治理，深挖未成年人犯罪及未成年人权益被侵害案件成因，溯源而治，将预防和矫治工作向前延伸，推进司法保护与其他五大保护融合发力。

11. 坚持因案制宜原则。根据案件实际情况，以当事人听得懂、能接受的语言，以便捷的方式、方法，有针对性地开展工作，讲清楚法律、道理，讲明白利害、后果，实事求是，务求实效，推进案件政治效果、法律效果、社会效果相统一。

四、突出工作重点

12. 开展“关爱未成年人提示”工作，应当依据民法典和相关法律规定，依托真实案例向离婚案件当事人提示和强调下列内容：

（1）父母对未成年子女有法定的抚养、教育、保护的义务，应当依法履行监护职责，否则应当承担法律责任；

（2）缺失父母的关心关爱，未成年子女身心健康会受到影响，严重时可能遭受侵害或者走上违法犯罪道路；

（3）解除婚姻关系应当谨慎。即使解除婚姻关系，也应当关注未成年子女心理健康和情感需求，听取有表达意愿能力未成年子女的意见，妥善处理抚养、探望、财产等相关事宜；

（4）父母任何一方均不得违背最有利于未成年人原则，以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权，否则可能承担不利后果；情节严重的，人民法院可予以罚款、拘留，构成犯罪的，还将依法追究刑事责任；

（5）离婚后，父母对子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。父母双方均应全面履行生效法律文书确定的支付抚养费、配合对方行使探望权等义务，相互协商配合，切实维护未成年子女合法权益。未成年子女造成他人损害的，父母双方应当依照民法典相关规定共同承担侵权责任。

13. 所选案例既可以体现当事人妥善处理离婚事宜后对未成年子女健康成长的积极效果，也可以揭示离婚后家庭关爱缺失、教育不到位对未成年子女产生的消极后果，以及阐释当事人未履行抚养、教育、保护义务应承担的法律责任等。

五、灵活开展工作

14. 各地人民法院可以根据实际情况，确定“提示”内容。以线上、线下等多种途径，通过口头告知、现场提示阅读、播放视频、制发“提示卡”或“提示手册”等多种形式，在立案、诉前调解、审理、执行等各阶段开展“关爱未成年人提示”工作。必要时可以结合家庭教育指导工作进行。

15. 在抚养纠纷、探望权纠纷、监护权纠纷、同居关系纠纷等涉及未成年子女的案件中，也可以参照离婚案件，开展“关爱未成年人提示”工作。

16. 上级人民法院应当加强对下指导，强化沟通协调和工作宣传，推动辖区工作深入开展，确保将最有利于未成年人原则和关爱未成年人精神贯彻落实到相关工作中。

附件：“关爱未成年人提示”模板

最高人民法院

2024 年 4 月 10 日

附件

“关爱未成年人提示”模板

父母是未成年子女的依靠。一方面，父母有抚养、教育、保护未成年子女的法定义务，不依法履行义务的，将承担法律责任；另一方面，父母是子女之源，舐犊情深，亲慈恩重。父母的抚育和关爱，直接关系到未成年子女的身心健康。

1. 父母因离婚产生纠纷，子女将面临心理上、生活上的巨大变化。夫妻之间一时产生矛盾，不等同于感情确已破裂。婚姻需要经营，感情可以修复，子女的健康成长是父母的期待，也是社会的希望！请三思而后行。

2. 即使要离婚，也请保持平静和理性。子女不应成为父母发泄、转移负面情绪的对象。在离婚过程中，请一定要关注子女的心理健康、情感需求，注重心理疏导，听取他们的意见，妥善处理抚养、探望、财产等相关事宜。

3. 如果父母不能给予足够的关心、关爱、陪护和疏导，未成年子女的身心健康会受到伤害，成长可能受到影响，严重时甚至走上违法犯罪道路或者遭受不法侵害。

4. 父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，父母双方对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务，直接抚养一方应当妥善抚养，不得作出不利于子女身心健康的行为，否则另一方有权请求变更抚养关系；不直接抚养的一方应当积极通过见面、书信、网络等方式关心子女的生活、学习、心理状况，并依法负担相应的抚养费，否则另一方有权申请人民法院强制执行。

5. 未成年子女需要父母的关爱，离婚后，双方应当妥善处理对子女的探望事宜。不直接抚养的一方应当依照协议、人民法院判决或者调解确定的时间和方式，在不影响未成年子女学习、生活的情况下探望未成年子女，另一方应当予以协助。

6. 父母任何一方均不得违背最有利于未成年人原则，以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权或者阻止对方探望，否则在确定、变更抚养关系等方面可能面临不利后果。任何一方拒不履行人民法院生效判决的，人民法院可以予以罚款、拘留，对构成犯罪的，还将依法追究刑事责任。

7. 父母应当依法履行对子女的监护职责，该职责不因离婚而免除。父母存在遗弃、虐待、家庭暴力等不履行监护职责或者侵害子女合法权益情形的，不仅可能承担被撤销监护人资格等民事责任，构成犯罪的，还将被依法追究刑事责任。未成年子女造成他人损害的，父母应当依照民法典相关规定共同承担侵权责任。

寸草春晖，血浓于水！父母应当肩负起对未成年子女抚养、教育、保护的法定义务。无论婚姻如何变化，都应当一如既往，尽心尽力，携手给未成年子女创造良好的生活成长环境，给予未成年子女最温暖的爱！

相关法律

《中华人民共和国民法典》

第二十六条　父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。

第一千零六十八条　父母有教育、保护未成年子女的权利和义务。未成年子女造成他人损害的，父母应当依法承担民事责任。

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。

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

《中华人民共和国未成年人保护法》

第十五条　未成年人的父母或者其他监护人应当学习家庭教育知识，接受家庭教育指导，创造良好、和睦、文明的家庭环境。

第十六条　未成年人的父母或者其他监护人应当履行下列监护职责：

（一）为未成年人提供生活、健康、安全等方面的保障；

（二）关注未成年人的生理、心理状况和情感需求；

（三）教育和引导未成年人遵纪守法、勤俭节约，养成良好的思想品德和行为习惯；

（四）对未成年人进行安全教育，提高未成年人的自我保护意识和能力；

（五）尊重未成年人受教育的权利，保障适龄未成年人依法接受并完成义务教育；

（六）保障未成年人休息、娱乐和体育锻炼的时间，引导未成年人进行有益身心健康的活动；

（七）妥善管理和保护未成年人的财产；

（八）依法代理未成年人实施民事法律行为；

（九）预防和制止未成年人的不良行为和违法犯罪行为，并进行合理管教；

（十）其他应当履行的监护职责。

第十七条　未成年人的父母或者其他监护人不得实施下列行为：

（一）虐待、遗弃、非法送养未成年人或者对未成年人实施家庭暴力；

（二）放任、教唆或者利用未成年人实施违法犯罪行为；

（三）放任、唆使未成年人参与邪教、迷信活动或者接受恐怖主义、分裂主义、极端主义等侵害；

（四）放任、唆使未成年人吸烟（含电子烟，下同）、饮酒、赌博、流浪乞讨或者欺凌他人；

（五）放任或者迫使应当接受义务教育的未成年人失学、辍学；

（六）放任未成年人沉迷网络，接触危害或者可能影响其身心健康的图书、报刊、电影、广播电视节目、音像制品、电子出版物和网络信息等；

（七）放任未成年人进入营业性娱乐场所、酒吧、互联网上网服务营业场所等不适宜未成年人活动的场所；

（八）允许或者迫使未成年人从事国家规定以外的劳动；

（九）允许、迫使未成年人结婚或者为未成年人订立婚约；

（十）违法处分、侵吞未成年人的财产或者利用未成年人牟取不正当利益；

（十一）其他侵犯未成年人身心健康、财产权益或者不依法履行未成年人保护义务的行为。

第十九条　未成年人的父母或者其他监护人应当根据未成年人的年龄和智力发展状况，在作出与未成年人权益有关的决定前，听取未成年人的意见，充分考虑其真实意愿。

第二十四条　未成年人的父母离婚时，应当妥善处理未成年子女的抚养、教育、探望、财产等事宜，听取有表达意愿能力未成年人的意见。不得以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权。

未成年人的父母离婚后，不直接抚养未成年子女的一方应当依照协议、人民法院判决或者调解确定的时间和方式，在不影响未成年人学习、生活的情况下探望未成年子女，直接抚养的一方应当配合，但被人民法院依法中止探望权的除外。

《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》

第十六条　未成年人的父母或者其他监护人对未成年人的预防犯罪教育负有直接责任，应

当依法履行监护职责，树立优良家风，培养未成年人良好品行；发现未成年人心理或者行为异常的，应当及时了解情况并进行教育、引导和劝诫，不得拒绝或者怠于履行监护职责。

《中华人民共和国家庭教育促进法》

第十四条　父母或者其他监护人应当树立家庭是第一个课堂、家长是第一任老师的责任意识，承担对未成年人实施家庭教育的主体责任，用正确思想、方法和行为教育未成年人养成良好思想、品行和习惯。

第二十条　未成年人的父母分居或者离异的，应当相互配合履行家庭教育责任，任何一方不得拒绝或者怠于履行；除法律另有规定外，不得阻碍另一方实施家庭教育。

第二十三条　未成年人的父母或者其他监护人不得因性别、身体状况、智力等歧视未成年人，不得实施家庭暴力，不得胁迫、引诱、教唆、纵容、利用未成年人从事违反法律法规和社会公德的活动。

来源：最高人民法院新闻局

编辑：杨书培

巧断一桩家务事 弥合半世母子情

2024-04-15　人民法院报

https://mp.weixin.qq.com/s/z1pVhL3NfRqU-Xx7ubn6zQ

人民法院报

[新闻·评论]

践行全过程人民民主　做深做实代表委员联络工作

抓前端治未病　促推诉源治理

民人小事

662户业主领到了“迟到”多年的房产证

巧断一桩家事务事　弥合半世母子情

始终把党规党纪“刻印在心”

山东省巨野县人民法院麒麟人民法庭法官 张静超

正月初十，鲁西南迎来了入冬以来第四场大雪，上班第二天，山东省巨野县人民法院麒麟人民法庭法官张静超便和助理一起来到辖区麒麟镇郭老太太家，这是她最放心不下的一位当事人。

郭奶奶和宗爷爷夫妻二人年近九旬，育有 11 名子女。因生活困难，长子宗某早早外出打工，手头宽裕后，便将家中破旧的房屋进行了翻新和扩建，宗爷爷遂将房屋所有权人由自己变更为宗某。宗爷爷去世后，这套房屋因拆迁而面临补偿，此时郭奶奶却一纸诉状告上法庭，要求大儿子宗某返还房屋。

案件受理后，张静超考虑到案子一旦处理不好，必然会给老人今后的日常生活和心理带来极大压力，因此她下决心一定要做到案结事了人和。

张静超第一次给宗某打电话的时候，宗某情绪非常激动，气愤又不解——自己出钱建的房子，过户时母亲也是知道并同意的，为啥现如今又闹到了法庭？

带着同样的疑问，张静超放下电话便驱车赶往郭奶奶家了解情况。起初，郭奶奶一言不发，张静超凭借女性特有的亲和力，与郭奶奶唠起了家常：“您这些个子女中，谁吃的苦最多？谁最孝顺啊？”

听到这里，郭奶奶再也忍不住，低头抹泪说：“以前家里穷，吃饭都困难，更别提孩子上学。老大参加工作早，吃的苦最多，受的委屈也最多。我到现在都还记得，天还没亮，他那小肩膀上扛着锄头出门的样子。”

张静超赶忙掏出纸巾帮郭奶奶擦去泪水，“那这房子咋回事啊，奶奶？”

“闺女，俺打心眼里不想打官司，可家里孩子多，老伴去世后子女都轮流照顾我，如果房子拆迁款只给大儿子，我没法向其他儿女交代，万一他们都不管不顾了，谁给俺养老送终？一大家子人让我领成这样，俺没法跟老头子交代啊！”

离开郭奶奶家，张静超又马不停蹄地赶到郭奶奶其他几个子女家里走访，最终了解到了这起案件的根源。宗某的弟弟妹妹们谈起大哥宗某，打心眼里感激敬佩，一致认可他对这个家的付出和担当。但父亲去世这么多年来，大家都轮流照顾母亲，均尽到了赡养义务，拆迁的房子和款项都给大哥一个人，心里都觉得说不过去。

时间已到中午，张静超顾不上吃饭，决定趁热打铁拨通宗某电话：“你有多久没去看老妈妈了？又有多久没陪她聊天了？”

电话那头，宗某久久没有回应。

“不要光看到母亲把你告到法庭的表象，她也很无奈，手心手背都是肉，你要理解母亲老年生活的不易及平衡子女利益的困难。作为长子，更要以孝为先，以免日后留下悔恨和遗憾，母子之间，只有血浓于水的亲情，哪有隔夜的仇恨？走吧，我跟你一起去看老太太！”张静超真诚地劝解道。

下午 2 点，刚一进门，宗某便扑倒在母亲跟前，“娘，我错了！”在张静超的主持下，宗某当场答应给母亲一套房子和 10 万块钱现金。

离开时，满头白发的郭奶奶双手合十不停地向张静超表示感谢。

司法审判工作，说到底就是一项“守民心”的工作。张静超经常挂在嘴边的一句话是：“我

们办的既是案件，更是别人的人生。基层法院更是这样，有些家长里短处理不当，一个家庭的亲情可能就因为一场官司而消融殆尽。”

来源：人民法院报
记者：闫继勇 | 通讯员：杨继伟 练勇
编辑：时雨萌 杨梦娇

最高人民法院
关于在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作的意见

2024-04-16 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2024-04/16/content_238923.htm?div=-1

法〔2024〕74 号

为深入贯彻落实习近平法治思想，全面贯彻落实习近平总书记关于少年儿童工作重要指示批示精神，坚持依法能动履职，做深做实为人民司法，强化诉源治理，切实维护未成年人合法权益，根据《中华人民共和国民法典》、《中华人民共和国未成年人保护法》、《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》、《中华人民共和国家庭教育促进法》等法律规定，结合人民法院工作实际，制定本意见。

一、充分认识“关爱未成年人提示”工作的重大意义

1. 融合贯通涉未成年人民事、行政、刑事审判职能，全面加强未成年人司法保护，是人民法院的重要职责。在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作，对影响未成年人身心健康行为进行早期预防，将防治未成年人犯罪工作关口前移，是人民法院认真贯彻落实习近平法治思想、深入践行以人民为中心发展思想的必然要求，是坚持能动履职、强化诉源治理、加强未成年人犯罪预防工作的重要举措。

2. 推动司法保护与家庭保护、学校保护、社会保护、网络保护和政府保护有机衔接，推动全社会形成关心关爱未成年人的良好氛围，是贯彻落实最有利于未成年人原则的必然要求。在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作，对于督导父母当好合格家长，避免离婚纠纷对未成年人产生不利影响，促进未成年人身心健康具有重要意义。

二、明确目标任务

3. 引导离婚案件当事人正确处理婚姻自由与维护家庭稳定的关系，关心、关爱未成年子女，关注未成年子女健康成长的精神和物质需求。

4. 引导离婚案件当事人提升责任意识，依法履行监护职责，充分保护未成年子女合法权益，在离婚案件中以保障未成年子女健康成长为目的，妥善处理抚养、探望、财产等相关事宜。

5. 预防未成年人犯罪，最大限度防止漠视甚至侵害未成年人合法权益、伤害未成年人身心健康情形的发生，消除引发未成年人违法犯罪的各种消极因素，防患于未然。

6. 促进未成年人身心健康，为未成年人健康成长创造良好、和睦、文明的家庭环境，推动形成关心关爱未成年人的良好社会氛围。

三、把握工作原则

7. 坚持最有利于未成年人原则。在每一起涉及未成年人的案件中，充分尊重未成年人的人格尊严，适应未成年人身心发展的规律和特点，将

特殊、优先、全面保护理念贯穿在案件办理及案后延伸工作的全过程。

8. 坚持德法共治原则。在涉及未成年子女离婚案件中，牢固树立新时代社会主义司法理念，大力弘扬社会主义核心价值观，注重对未成年子女人格、情感、安全利益的保护，保障未成年子女健康成长。

9. 坚持问题导向原则。立足于预防和解决司法实践暴露出的部分离婚案件当事人怠于关心、关爱未成年子女，漠视、侵害未成年子女合法权益，导致未成年子女身心受到伤害或者违法犯罪等问题，认真部署、推进工作。

10. 坚持能动履职原则。强化诉源治理，深挖未成年人犯罪及未成年人权益被侵害案件成因，溯源而治，将预防和矫治工作向前延伸，推进司法保护与其他五大保护融合发力。

11. 坚持因案制宜原则。根据案件实际情况，以当事人听得懂、能接受的语言，以便捷的方式、方法，有针对性地开展工作，讲清楚法律、道理，讲明白利害、后果，实事求是，务求实效，推进案件政治效果、法律效果、社会效果相统一。

四、突出工作重点

12. 开展“关爱未成年人提示”工作，应当依据民法典和相关法律规定，依托真实案例向离婚案件当事人提示和强调下列内容：

（1）父母对未成年子女有法定的抚养、教育、保护的义务，应当依法履行监护职责，否则应当承担法律责任；

（2）缺失父母的关心关爱，未成年子女身心健康会受到影响，严重时可能遭受侵害或者走上违法犯罪道路；

（3）解除婚姻关系应当谨慎。即使解除婚姻关系，也应当关注未成年子女心理健康和情感需求，听取有表达意愿能力未成年子女的意见，妥善处理抚养、探望、财产等相关事宜；

（4）父母任何一方均不得违背最有利于未成年人原则，以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权，否则可能承担不利后果；情节严重的，人民法院可予以罚款、拘留，构成犯罪的，还将依法追究刑事责任；

（5）离婚后，父母对子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。父母双方均应全面履行生效法律文书确定的支付抚养费、配合对方行使探望权等义务，相互协商配合，切实维护未成年子女合法权益。未成年子女造成他人损害的，父母双方应当依照民法典相关规定共同承担侵权责任。

13. 所选案例既可以体现当事人妥善处理离婚事宜后对未成年子女健康成长的积极效果，也可以揭示离婚后家庭关爱缺失、教育不到位对未成年子女产生的消极后果，以及阐释当事人未履行抚养、教育、保护义务应承担的法律责任等。

五、灵活开展工作

14. 各地人民法院可以根据实际情况，确定“提示”内容。以线上、线下等多种途径，通过口头告知、现场提示阅读、播放视频、制发“提示卡”或“提示手册”等多种形式，在立案、诉前调解、审理、执行等各阶段开展“关爱未成年人提示”工作。必要时可以结合家庭教育指导工作进行。

15. 在抚养纠纷、探望权纠纷、监护权纠纷、同居关系纠纷等涉及未成年子女的案件中，也可以参照离婚案件，开展“关爱未成年人提示”工作。

16. 上级人民法院应当加强对下指导，强化沟通协调和工作宣传，推动辖区工作深入开展，确保将最有利于未成年人原则和关爱未成年人精神贯彻落实到相关工作中。

附件：“关爱未成年人提示”模板

最高人民法院

2024 年 4 月 10 日

“关爱未成年人提示”模板

父母是未成年子女的依靠。一方面，父母有抚养、教育、保护未成年子女的法定义务，不依法履行义务的，将承担法律责任；另一方面，父母是子女之源，舐犊情深，亲慈恩重。父母的抚育和关爱，直接关系到未成年子女的身心健康。

1. 父母因离婚产生纠纷，子女将面临心理上、生活上的巨大变化。夫妻之间一时产生矛盾，不等同于感情确已破裂。婚姻需要经营，感情可以修复，子女的健康成长是父母的期待，也是社会的希望！请三思而后行。

2. 即使要离婚，也请保持平静和理性。子女不应成为父母发泄、转移负面情绪的对象。在离婚过程中，请一定要关注子女的心理健康、情感需求，注重心理疏导，听取他们的意见，妥善处理抚养、探望、财产等相关事宜。

3. 如果父母不能给予足够的关心、关爱、陪护和疏导，未成年子女的身心健康会受到伤害，成长可能受到影响，严重时甚至走上违法犯罪道路或者遭受不法侵害。

4. 父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，父母双方对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务，直接抚养一方应当妥善抚养，不得作出不利于子女身心健康的行为，否则另一方有权请求变更抚养关系；不直接抚养的一方应当积极通过见面、书信、网络等方式关心子女的生活、学习、心理状况，并依法负担相应的抚养费，否则另一方有权申请人民法院强制执行。

5. 未成年子女需要父母的关爱，离婚后，双方应当妥善处理对子女的探望事宜。不直接抚养的一方应当依照协议、人民法院判决或者调解确定的时间和方式，在不影响未成年子女学习、生活的情况下探望未成年子女，另一方应当予以协助。

6. 父母任何一方均不得违背最有利于未成年人原则，以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权或者阻止对方探望，否则在确定、变更抚养关系等方面可能面临不利后果。任何一方拒不履行人民法院生效判决的，人民法院可以予以罚款、拘留，对构成犯罪的，还将依法追究刑事责任。

7. 父母应当依法履行对子女的监护职责，该职责不因离婚而免除。父母存在遗弃、虐待、家庭暴力等不履行监护职责或者侵害子女合法权益情形的，不仅可能承担被撤销监护人资格等民事责任，构成犯罪的，还将被依法追究刑事责任。未成年子女造成他人损害的，父母应当依照民法典相关规定共同承担侵权责任。

寸草春晖，血浓于水！父母应当肩负起对未成年子女抚养、教育、保护的法定义务。无论婚姻如何变化，都应当一如既往，尽心尽力，携手给未成年子女创造良好的生活成长环境，给予未成年子女最温暖的爱！

■相关法律

《中华人民共和国民法典》

第二十六条　父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。

第一千零六十八条　父母有教育、保护未成年子女的权利和义务。未成年子女造成他人损害的，父母应当依法承担民事责任。

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。

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

《中华人民共和国未成年人保护法》

第十五条　未成年人的父母或者其他监护人应当学习家庭教育知识，接受家庭教育指导，创造良好、和睦、文明的家庭环境。

第十六条　未成年人的父母或者其他监护人应当履行下列监护职责：

（一）为未成年人提供生活、健康、安全等方面的保障；

（二）关注未成年人的生理、心理状况和情感需求；

（三）教育和引导未成年人遵纪守法、勤俭节约，养成良好的思想品德和行为习惯；

（四）对未成年人进行安全教育，提高未成年人的自我保护意识和能力；

（五）尊重未成年人受教育的权利，保障适龄未成年人依法接受并完成义务教育；

（六）保障未成年人休息、娱乐和体育锻炼的时间，引导未成年人进行有益身心健康的活动；

（七）妥善管理和保护未成年人的财产；

（八）依法代理未成年人实施民事法律行为；

（九）预防和制止未成年人的不良行为和违法犯罪行为，并进行合理管教；

（十）其他应当履行的监护职责。

第十七条　未成年人的父母或者其他监护人不得实施下列行为：

（一）虐待、遗弃、非法送养未成年人或者对未成年人实施家庭暴力；

（二）放任、教唆或者利用未成年人实施违法犯罪行为；

（三）放任、唆使未成年人参与邪教、迷信活动或者接受恐怖主义、分裂主义、极端主义等侵害；

（四）放任、唆使未成年人吸烟（含电子烟，下同）、饮酒、赌博、流浪乞讨或者欺凌他人；

（五）放任或者迫使应当接受义务教育的未成年人失学、辍学；

（六）放任未成年人沉迷网络，接触危害或者可能影响其身心健康的图书、报刊、电影、广播电视节目、音像制品、电子出版物和网络信息等；

（七）放任未成年人进入营业性娱乐场所、酒吧、互联网上网服务营业场所等不适宜未成年人活动的场所；

（八）允许或者迫使未成年人从事国家规定以外的劳动；

（九）允许、迫使未成年人结婚或者为未成年人订立婚约；

（十）违法处分、侵吞未成年人的财产或者利用未成年人牟取不正当利益；

（十一）其他侵犯未成年人身心健康、财产权益或者不依法履行未成年人保护义务的行为。

第十九条　未成年人的父母或者其他监护人应当根据未成年人的年龄和智力发展状况，在作出与未成年人权益有关的决定前，听取未成年人的意见，充分考虑其真实意愿。

第二十四条　未成年人的父母离婚时，应当妥善处理未成年子女的抚养、教育、探望、财产等事宜，听取有表达意愿能力未成年人的意见。不得以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权。

未成年人的父母离婚后，不直接抚养未成年子女的一方应当依照协议、人民法院判决或者调解确定的时间和方式，在不影响未成年人学习、生活的情况下探望未成年子女，直接抚养的一方应当配合，但被人民法院依法中止探望权的除外。

《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》

第十六条　未成年人的父母或者其他监护人对未成年人的预防犯罪教育负有直接责任，应当依法履行监护职责，树立优良家风，培养未成年人良好品行；发现未成年人心理或者行为异常的，应当及时了解情况并进行教育、引导和劝诫，不得拒绝或者怠于履行监护职责。

《中华人民共和国家庭教育促进法》

第十四条　父母或者其他监护人应当树立家庭是第一个课堂、家长是第一任老师的责任意识，承担对未成年人实施家庭教育的主体责任，用正确思想、方法和行为教育未成年人养成良好思想、品行和习惯。

第二十条　未成年人的父母分居或者离异的，应当相互配合履行家庭教育责任，任何一方不得拒绝或者怠于履行；除法律另有规定外，不得阻碍另一方实施家庭教育。

第二十三条　未成年人的父母或者其他监护人不得因性别、身体状况、智力等歧视未成年人，不得实施家庭暴力，不得胁迫、引诱、教唆、纵容、利用未成年人从事违反法律法规和社会公德的活动。

广州法院发布妇女儿童权益保护典型案例

2024-04-16　广州市中级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/6b8DTTQnRmwAPiKkJOv9RQ

为深入贯彻落实习近平法治思想，全面贯彻落实习近平总书记关于少年儿童工作重要指示批示精神，加强妇女儿童权益司法保障，推进婚姻家庭纠纷诉源治理工作，今天，广州法院发布保护妇女儿童权益典型案例四则。案例涵盖家庭教育指导、抚养、探望等内容，充分体现了广州法院用情断好百姓家务事，有效回应妇女儿童法治需求，积极营造全社会尊重妇女、关爱儿童、促进男女平等的良好氛围。

案例一

多元家庭教育指导帮助孩子心理恢复健康

基本案情

梁女士、陈先生于 2006 年 10 月登记结婚。婚后生育女儿依依和儿子彬彬（化名）。2020 年，双方因感情不和诉讼离婚，法院判决准予梁女士、陈先生离婚，女儿依依由陈先生携带抚养，儿子彬彬由梁女士携带抚养。

离婚后，梁女士就女儿抚养权问题向广州市白云区人民法院重新提起诉讼，请求判决依依变更为其抚养，陈先生每月支付抚养费 2000 元。

经法院审理查明，梁女士、陈先生离婚后，婚生女儿依依随梁女士共同生活至今。梁女士向法院提交女儿依依亲笔书信，表达因父母离婚问题受到严重困扰的心理感受，并想要跟随母亲继续生活的意愿。同时，依依到庭陈述，一直与母亲和弟弟生活，父母离婚后，其跟随母亲搬到附近租房住，父亲从来没有找过她。

白云法院依法判决依依由梁女士携带抚养；陈先生于每月二十日前支付依依当月抚养费 1200 元至其十八周岁止。判后，陈先生不服，向广州市法院提起上诉。广州市法院维持原判。

法院做法

（一）委托心理评估与疏导

本案审理中，白云法院委托某心理医院对依依、梁女士和陈先生分别进行了心理评估。某心理医院对依依出具心理评估档案，建议观察并帮助依依表达情绪，同时协助父母在教养上达成一致。某心理医院对梁女士、陈先生进行了心理咨询，建议父母双方放下过往婚姻关系中的恩怨，以孩子未来的健康成长为立场重建新的沟通，实现协同养育。依依第一次心理测评结果为中度抑郁，通过一段时间沟通与疏导，第二次做 SCL90 测评时，依依已经从中度抑郁恢复到正常状态，充分体现了家庭教育指导工作的意义。

（二）发出告诫书

白云法院作出本案判决同时，向梁女士和陈先生发出《家庭教育告诫书》，对梁女士、陈先生在实施家庭教育问题上未能互相配合履行家庭教育责任，侵害未成年人合法权益的行为，依法予以纠正，同时告诫梁女士、陈先生依法积极正确履行监护责任，正确实施家庭教育。

（三）委托专家指导

白云法院邀请家庭教育专家与当事人现场进行沟通，为取得更好效果，采用线上线下相结合的方式服务跟进该案。

（四）多元定期回访

依依年仅 14 岁，为在校初中生，正处于成长关键的青春期，白云法院委托社工定期上门进行回访，了解依依的学习、生活等情况。并为梁女士、陈先生建立了服务周期为半年的学习交流群，要求他们在群里打卡，学习《父母规》，潜移默化地学会更加理性和科学的方法教育和培养孩子。

案例二

家庭教育缺位，专业指导护苗成长

基本案情

广州市荔湾区人民法院以猥亵儿童、强奸罪判处被告人林某有期徒刑十五年。在该案中，被害人小萌（化名）提起了刑事附带民事诉讼，要求被告人赔偿医疗费、精神损害赔偿等费用。案件审理中，法院发现被害人的遭遇与其家庭环境存在密切关系。被害人母亲在其 5 岁时自行离家，失去联系，被害人自幼跟随其父亲生活，其父因缺乏正确的家庭教育观念，未能正确履行家庭教育职责，一定程度上导致了案件的发生。因此，法院对被害人父亲发出《家庭教育指导令》，并聘请了心理咨询师及社工为被害人及其父亲进行家庭教育指导。

法院做法

（一）利用司法能动的力量，尽早引入专业心理辅导人员的帮助

在审理案件过程中，法院积极与被害人就读的中学班主任老师联系，向其了解被害人在案发前后的在校表现及心理状态；向被害人父亲发出《家庭教育指导令》后，引导被害人父亲配合接受专业老师的家庭教育指导。经心理咨询师初步评估，被害人除有家庭教育缺位的情况，其自身可能还存在感统失调、认知偏差等不容忽视的问题。

经过 8 次的专业心理辅导及家庭教育指导，同时接受了多方的社会链接帮扶后，被害人反馈其增加了很多认识，交了新的朋友，感觉很多人会关心她，老师对她的态度也改变了，让她可以用更积极的态度来面对生活，并已逐渐走出犯罪行为带来的负面影响。2024 年 3 月 4 日，荔湾法院家事少年审判庭收到被害人父亲赠送的“感恩援助共前行，专业辅导暖人心”锦旗，其父亲反馈被害人的心理素质已有所提升，社会适应能力也明显增强，现已顺利投入到新学期的学习。

（二）以个案链接多方的社会帮扶资源，合力援助困境儿童及家庭

2023 年 11 月至 12 月期间，法院通过协调某街道党群活动中心，由心理咨询师及社工在该中心通过面谈、绘画治疗等形式对被害人及其父亲共进行了 8 次家庭教育指导及心理辅导，每期辅导均形成《心理辅导个案记录表》。经过多次主动的心理干预、引导，帮助被害人降低敏感反应，正确认识和对待自己，帮助被害人从个人体验中形成正确的认知。

在该案的家庭教育指导工作中，法院与心理老师联合，充分调动街道、未成年保护中心、社工机构等部门共同为被害人及家人提供多种形式的社会服务，包括在“微心愿”项目中为被害人达成拥有干净衣服的心愿，街道社工上门探访、赠送生日礼物，邀请被害人加入义工团体，参加由街道主办的社会志愿服务，联系街道的团委向其宣传加入团组织的方法等，引导被害人在公益服务中体会和感受社会的关怀，改善其生活质量及亲子关系。

法院在该案中及时介入多元社会帮扶资源，以不同的方式援助被害人一家，共同助力保护被害儿童的健康成长。

（三）联合学校，净化儿童成长的校园环境

法院积极与被害人就读的中学联系，并引入心理咨询师到校进行摸查。学校作为儿童成长的重要场所，有效的心理干预不能脱离学校的配合。法院将能动司法工作延伸至被害儿童所在的学校，及时提醒教职工关注因刑事案件、家庭背景等可能处于弱势或者特殊地位的学生，发现学生存在被孤立、排挤等情形的，应当及时干预，做到多方联合对被害儿童进行监管。

法院通过联合学校，共同助力净化儿童成长的校园环境。本案例针对“问题家长”发出家庭教育指导令后，在如何联动学校、如何落实、跟进家庭教育指导令方面有具体的创新实践，在保护儿童心理健康与促进家庭亲子关系方面取得良好的社会效果。

案例三

审执联动，一书一令一函解决探望难题

基本案情

肖女士与陈先生未婚生育一子小陈。小陈出生后由双方在陈先生父母家中抚养，小陈半岁时肖女士离开，小陈由陈先生及爷爷奶奶抚养至今。小陈三岁后，肖女士向法院提起抚养权变更诉讼，要求变更小陈由其抚养。一审中，经调查发现小陈在陈先生及爷爷奶奶的抚养下健康成长，并无影响其身心健康的不利因素，而肖女士工作及住所不稳定，自述患有抑郁症，案件审理过程中多次出现情绪失控的情形，从最有利于未成年人原则出发，一审判决小陈继续由陈先生抚养，肖女士有权一周探望一次。肖女士不服上诉，二审判决维持原判。

判决生效后，肖女士申请强制执行探望权，且多次电话向原经办人及执行法官哭诉陈先生及其家人不配合肖女士进行探望，藏匿小孩，对小孩灌输母亲的负面信息，且对肖女士本人进行辱骂。陈先生表示肖女士多次前往陈先生的居住地及工作场所对陈先生本人及其家人进行骚扰、辱骂及殴打，并扬言要威胁小陈的人身安全，其准备起诉肖女士支付抚养费及名誉权损害赔偿。双方之间已多次报警，但未能解决纠纷。

法院做法

鉴于肖女士、陈先生之间矛盾尖锐，为真正解开双方心结，做到案结事了，实现诉源治理、执源治理的良好效果，广州市番禺区人民法院经各方研讨，通过审执联动，联合妇联、村委等部门，通过家庭教育指导引导双方正确行使探望权。

（一）委托心理咨询及疏导

委托具有专业资质的心理咨询师分别对肖女士、陈先生及其父母进行心理咨询及疏导，找出双方矛盾的症结所在，告知双方争斗会对小陈的心理造成长期伤害，之后组织双方面对面进行会谈，引导双方从小陈的身心健康出发，放下过往恩怨，互相配合为小陈提供和睦友好的成长环境。经过心理疏导工作，双方均同意友好协商解决探望问题。

（二）一书一令一函开展家庭教育指导

向肖女士、陈先生二人发出《家庭教育责任告知书》，告知陈先生应关注小陈的身心健康及情感需求，配合肖女士探望，避免母爱在其成长过程中的缺位；告知肖女士自觉、合理、恰当行使探望权，正确处理与陈先生的关系，不应让成年人之间的矛盾影响小陈健康成长。

向肖女士、陈先生二人发出《家庭教育指导令》，责令二人接受家庭教育指导，并要求双方在 2024 年 3 月至 2024 年 8 月期间每月 30 日前向法院报告探望情况。

向小陈居住地村委发出《家庭教育指导委托函》，委托村委协助肖女士对小陈探望，可将具体探望情况向法院报告。

（三）现场指引明确探望方式

一审经办法官及执行法官联合心理咨询师在 2024 年 3 月底前往小陈居住地村委，现场指引肖女士完成一次探望，并结合探望情况对双方接下

来六个月的探望方式予以明确：肖女士于每周五下午四点前往小陈居住地村委，由小陈的爷爷奶奶将小陈从幼儿园接出送至村委，肖女士在村委对小陈进行半小时的探望，可携带玩具书籍不得携带食品，探望范围不得离开村委，全程由村妇女主任进行陪同引导，陈先生及其家人不得干扰探望，探望结束后将小陈接回，如此履行半年后再对探望情况、亲子关系等进行评估，决定是否延长探望时间，是否可以将小陈带回肖女士住处探望。

现肖女士已按照上述确定的探望方式完成一次探望，双方同意暂不提起其他诉讼，实现较好法律效果与社会效果。

案例四

家庭教育“组合拳”守护孩子健康成长

基本案情

张先生于 2021 年年末对李女士提起离婚诉讼，经法院调解，双方同意离婚，约定一双儿女归张先生抚养，李女士享有每周一次的探望权利。

然而，离婚后，李女士又向广州市花都区人民法院求助，称张先生将子女交由父母看管，因其与张先生的父母关系紧张，隔阂难消，其多次上门均被驱赶出来，无法正常接触、探视、教育子女。李女士的儿子小志原本成绩优异，父母离异后，性格大变，逃学，成绩一落千丈。李女士十分担心儿子，遂请求法庭协助其探视子女，让其可以对孩子履行监护、教育职责。

法院做法

（一）上门回访

花都法院联合当地妇联、司法所、社工站、家事调解员、家事调查员上门到张先生父母家进行回访，对双方离婚后的探望纠纷进行了调解，对张先生与其父母阻挠李女士探视子女的行为进行了口头训诫。张先生和其父母表示认识到错误，承诺不再阻挠李女士探视子女。

（二）文书督促

法院向张先生、李女士发出《家庭教育建议书》，督促双方妥善处理探望纠纷，关注孩子心理健康，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，依法配合对方履行监护和家庭教育职责。

（三）心理疏导

委托专业家事心理疏导员对小志进行心理疏导，引导孩子接受父母离异的事实，鼓励其积极向学，树立正确的世界观、人生观、价值观。心理疏导员反馈，孩子迫切需要母爱，希望母亲经常去探视，父母不要再有纷争，孩子表示会远离不良朋友，回去上学。

（四）跟踪帮扶

委托社工站的一名社工对小志进行为期半年的跟踪帮扶。由社工定期上门到小志家进行回访、观察、建立跟踪档案。后续社工反馈，李女士已可以正常探视子女，小志已重回校园，成绩回升，生活、学习均步入正轨。

下一步，广州法院将继续牢固树立妇女儿童权益保护理念，与妇联等综治单位加强协作配合，把涉妇女儿童案件的审判及司法延伸工作抓实抓细抓好，切实推动广州妇女儿童权益保护工作高质量发展。

来源丨广州市法院新媒体工作室

素材|少年家事庭

责编|张雅慧

编辑|汤楚茵

法治力量，守护未来与花开——人民法院依法保护妇女儿童权益综述

2024-04-16 最高人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/jTIkdJ6t_a44ZNjj2QNt7g

人民法院報

最高法发布意见
在涉及未成年子女的离婚案件中开展"关爱未成年人提示"工作

《求是》杂志发表习近平总书记重要文章
加强文化遗产保护传承 弘扬中华优秀传统文化

最高法举行二〇二四年第一季度司法审判数据分析研判会商 张军强调
以科学的数据研判促推审判工作高质量发展
把抓办案和抓管理融为一体

同心"护未"法治"暖心"

部分全国人大代表视察安徽法院

法治力量，守护未来与花开
——人民法院依法保护妇女儿童权益综述

上海琴办行政审判行政复议工作同党培训班

守护国家安全 人民法院在行动

“推进强国建设、民族复兴伟业，妇女是重要力量，儿童是未来生力军。”

习近平总书记用温厚有力的话语强调了妇女儿童群体的重要性。

法治始终是妇女儿童全面发展、幸福健康的强有力护盾。

党的二十大以来，在以习近平同志为核心的党中央坚强领导下，最高人民法院高度重视妇女儿童权益司法保护工作，转变家事审判理念、深入推进家事审判改革，加大对未成年人司法保护力度，持续推进反家庭暴力治理，延伸司法职能、加强法治宣传，努力让尊重妇女、关爱儿童在全社会蔚然成风，推动妇女儿童人生更加出彩、生活更加幸福。

汇聚合力、建设机制，织密保护之网

协力同心，方能共赴事功。

保护妇女儿童权益是一项系统工程，需要社会各界共同努力。

早在 2017 年，最高法即牵头建立包括 15 家单位共同参与的家事审判方式和工作机制改革联席会议制度，之后，各地法院陆续建立跨部门的联席会议制度。

众人拾柴火焰高。经过深化发展，目前家事纠纷多元化解工作格局已初步形成，不断织密织广的妇女儿童权益保护之网在全国铺展。

在广东，广州市中级人民法院通过与当地妇联成立妇女儿童权益诉讼保护与研究基地、发布全市一体化的家事审理规程、构建全省首个多功能的少年家事诉调中心、建设女童保护中心等一系列机制，帮助深陷纠纷的妇女儿童解决困难。

在四川，成都市武侯区人民法院积极与妇联、民政、司法、公安等部门联动，成立婚姻家庭辅导室、家事纠纷调解室，推动家事纠纷诉前化解，成立“一站式反家暴平台”，第一时间下发人身安全保护令，积极探索有力措施赋予保护令强大的可执行性。

在天津，天津市第一中级人民法院与市妇联联合签署《关于进一步加强妇女儿童权益保护的合作机制》，对曾遭遇家庭暴力的未成年人进行有效观护，做好心理健康服务，促进涉未成年人纠纷妥善化解。

……

今年是少年法庭诞生四十周年。进入新时代，少年审判工作怎样才能“四十不惑”？

加强少年审判机构及机制建设，推动涉少年刑事、民事、行政案件审判工作融合发展，促进源头治理、综合治理，是第一个答案。

许多涉少年刑事案件，初期多以涉少年民事纠纷的形式表现出来。由此可知，根源无不在于家庭、在于学校、在于社会。

“‘三审合一’不仅是办理未成年人案件的部门整合，更是司法理念的更新，体现着以未成年人为中心的一种新的内在的法律逻辑。”北京青少年法律援助与研究中心主任佟丽华曾在接受本报记者采访时表示。

2023 年 6 月，最高法党组经认真研究，决定将研究室、刑一庭、民一庭共同组成、分工负责的院“少年法庭工作办公室”职能整合，成立少年审判工作办公室，依托民一庭运行，建立专门、相对独立的工作机制，集中、统一负责全国少年审判工作监督指导，进一步强化少年审判的专业化建设。

“少审办”一经成立，立刻展现出勃勃生机：推动高级人民法院未成年人审判机制改革，举办调研座谈会加强对下指导，研究建立未成年人审判绩效考核体系，研究设立未成年人案件单独案号，完善未成年人案件统计指标体系……

一个自上而下的少年审判改革方向就此明确。

同年 11 月，河北省高级人民法院举行全省法院少年审判庭授牌仪式暨成立大会，标志着该省高、中两级法院实现了少年审判机构全覆盖，全省三级法院实现了少年审判工作机制全覆盖。

“是落实未成年人保护法的重大举措，是强化未成年人司法保护的必要举措，具有历史意义。”关于人民法院设立独立建制的少年专业审判机构，佟丽华给出了很高的评价。

强化保护、转变理念，构筑安全港湾

孩子的笑容，是社会最美的乐章。

妇女的力量，是国家与社会的“半边天”。

一年来，人民法院充分发挥审判职能、延伸司法职能，呵护纯真笑容，驱散天空阴霾。

严惩侵害未成年人权益犯罪——

2023 年，全国法院审结案件 4.1 万件 6.1 万人，同比增长 28.5%。对“姐弟坠亡案”被告人张波、叶诚尘，假借恋爱性侵多名幼女的倪笃群，线上“隔空猥亵”线下威逼强奸的王小山、孙保昌等，依法判处死刑。

健全司法保护法律法规体系——

最高法联合最高检、公安部等，出台《关于办理强奸、猥亵未成年人刑事案件适用法律若干问题的解释》，发布《关于办理性侵害未成年人刑事案件的意见》，并于同月联合全国妇联等召开新闻发布会，共同解读宣传有关司法文件，释放从严惩处性侵害未成年人犯罪信号，明确网络隔空猥亵系列复杂法律问题，表明严惩强奸、猥亵未成年人犯罪的鲜明态度；会同全国妇联发布《关于开展家庭教育指导工作的意见》，促进未成年人的父母或者其他监护人依法履行家庭教育职责，保障未成年人健康成长。

持续推进反家庭暴力治理——

最高法 2023 年先后发布两批反家庭暴力典型案例，推动落实人身安全保护令司法解释和《关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的意见》，进一步明确精神暴力也属于家庭暴力，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等裁判规则。全国法院全年发出各类人身安全保护令 5695 份，同比增长 41.5%。

2024 年，上海市徐汇区人民法院审理了一起离婚纠纷案，案件中涉及的未成年人仅有一岁多。女方因与丈夫感情不和，带着孩子共同搬出住所，男方无法得知母子下落。之后，男方找到孩子并带走交由自己父母照顾。此后的四个多月，女方一直无法带走还处在哺乳期的孩子，连探望也受到阻拦。

为化解激烈的抚养权矛盾，承办法官张冬梅向男方发放《家庭教育指导令》，并邀请女方共同接受指导，引导二人以未成年人利益优先原则进行沟通，积极履行为人父母的监护职责。最终，双方顺利达成诉中抚养协议。

这起案件，是人民法院妥善化解家事矛盾纠纷的一个缩影。

家庭不仅是社会稳定和发展的基础，也是妇女儿童情感依托和成长的港湾。

近年来，人民法院家事审判工作理念逐步由传统的侧重保护身份利益和财产利益，向充分考虑家庭成员人格利益、安全利益和情感利益转变，法官在家事案件审理中更加注重对妇女、未成年人、老年人和残疾人等弱势群体的差异性保护，更加注重家庭关系的修复。

今年 4 月 15 日，最高法发布《关于在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作的意见》，要求各地法院在审理涉未成年子女的离婚案件中，引导案件当事人提升责任意识，依法履行监护职责。

同日，江西省乐平市人民法院，安徽省马鞍山市雨山区人民法院，湖北省天门市人民法院，江苏省淮安市清江浦区人民法院、睢宁县人民法院，四川省成都市龙泉驿区人民法院、古蔺县人民法院等根据案件实际情况，第一时间落实意见要求，先后向离婚纠纷的当事人发出关爱未成年子女提示卡，帮助、教育和引导当事人提升责任意识，依法履行监护职责，关心、关爱未成年子女。

如何有力维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系？如何还家庭一个宁静祥和的港湾？人民法院的做法，正如 2024 年全国两会最高法工作报告所说——

“用情断好百姓家务事”。

重视引领、播种意识，照亮未来之路

2024 年，人民法院案例库上线。专门设置有“涉未成年人保护案例”模块。

一个案例胜过一打文件。法治精神、司法公正，通过一个个案例向全社会传递。

发布典型案例，是人民法院落实依法保护妇女儿童权益工作，充分发挥典型案例的评价、指引功能和警示、教育意义的重要举措。2023 年以来——

5 月 23 日，最高法发布湖北省孝感市中级人民法院、山东省潍坊市中级人民法院、河南省安阳市中级人民法院分别对强奸未成年人的罪犯倪笃群、王小山、孙保昌依法执行死刑的消息，彰显人民法院对性侵未成年人犯罪坚决依法严惩的鲜明立场，提醒广大未成年人提高自我保护意识，提醒家长、学校和社会重视对未成年人的法治教育、性教育和使用网络行为的引导和监督；

5 月 29 日，最高法联合全国妇联发布保护未成年人权益司法救助典型案例，涉及跨省刑事被害人救助、追索抚养费救助等，引导法院把保障未成年人合法权益精神内涵、基本理念融入办案全过程，更好地回应妇女儿童的法治需求；

11 月 25 日至 27 日，最高法发布包括未成年人保护专题在内的两批反家庭暴力典型案例，对施暴人或者潜在施暴人形成法律震慑，呼吁广大人民群众提高反家暴意识、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；

12 月 11 日，最高法联合民政部、全国妇联发布涉彩礼纠纷典型案例，依法遏制高额彩礼，引导人民群众树立正确的婚恋观，倡导形成文明节俭的婚姻习俗，引领全社会“让婚姻始于‘爱’，让彩礼归于‘礼’”。

未成年人食品安全关系未成年人身体健康和生命安全。多年来，人民法院严格落实未成年人食品安全司法保护，为未成年人筑起食品安全屏障。

今年 3 月 15 日，最高法发布涉及未成年人日常食品和校园就餐安全司法保护的典型案例，彰显人民法院依法严惩各类危害未成年人食品安全违法犯罪、依法维护未成年人合法权益的鲜明立场和坚定决心的同时，也促进了食品生产者、经营者以及公众进一步提升法律意识和食品安全意识，推动了全社会构建食品生产经营健康发展秩序。

“与国外的司法制度相比，中国的司法制度好在哪？”

“刚才，您提到正在制定关于网络暴力的文件。请问，万一我们自己遇到了，该怎样维权？更进一步说，我们应怎样正确使用网络呢？”

“法律规定父母对子女有监护的权利和义务，同时也规定了我们未成年人有很多自己的权利。这两种权利的边界在哪里？”

2023 年 9 月 5 日上午，北京二中的学生得到了一份特殊的“开学礼”。作为该校的法治副校长，最高人民法院院长张军第六次来到这里上课。课堂座无虚席，学生们认真聆听张军授课，纷纷举手发言。

人民法院深入推进中小学法治副校长聘任与管理，目前，全国已有 3.7 万名法官担任法治副校长。

2023 年 5 月，最高法在全国法院部署“法治护航 伴你成长”法治宣传教育月活动，各地法院通过模拟法庭、走进校园、法庭开放日等方式，延伸司法职能，加强法治宣传，增强青少年法治意识。

法治的种子，随着一次次“请进来”与“走出去”，深深播种在孩子们的心里，萌发着蓬勃的生命力。

法治是维护社会公正的基石，也是保障妇女儿童权益的重要力量。在守护未来与花开的路上，人民法院奋力前行，始终相信——

法治的阳光将普照每一个角落，公平正义的春风将吹拂每一个心灵。

来源：人民法院报

记者：姜佩杉丨编辑：杨书培 高倩倩

关爱妇女儿童 呵护美好生活

2024-04-16 最高人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/FKN2KuaBxYraDn3715iMqA

综 合

人民法院报

信息知读

司法新作为

上海一中院：关爱妇女儿童 呵护美好生活

法治力量，守护未来与花开

婚姻家事纠纷中，保障妇女、儿童权益具有一致性、一体性。上海市第一中级人民法院充分发挥家事审判、少年审判职能，着眼于纠纷实质性化解，积极引入第三方专业力量，深度参与诉源治理，创新构建多元化纠纷解决机制，将妇女儿童权益保护工作落到实处、落到细处。

善用指导令，引导父母正确教育

“法官，以前我说的话都不算，我要和妈妈一起生活，不想和爸爸一起，求求你了。”视频中，一个小男孩泣不成声地说着，是什么原因让他改变了主意？

在一起变更抚养关系纠纷中，法院依法征询孩子的意愿，母亲认为儿子肯定会选择与自己一起生活，但结果出乎意料，孩子告诉法官：“妈妈太强势，不尊重我，我愿意和爸爸一起生活。”第二天，母亲将上述视频交至法院，反复强调孩子最初的意愿非其本意。

一审法院判决变更抚养关系，由父亲抚养孩子。母亲不服，提起上诉，但仍未意识到其教育理念和方式方法的不足。

上海一中院未成年人与家事案件综合审判庭法官征询未成年人意见。姚燕闻 摄

上海一中院遂向其母亲发出家庭教育指导令，责令其接受家庭教育指导。经指导，母亲转变了教育理念，认同应当给予孩子更多的尊重和自我空间，希望仍由其直接抚养孩子，也愿意积极配合父亲探望孩子。基于母亲观念和态度的转变，最终双方就孩子抚养及探望问题达成调解协议。

父母是儿童教育的第一责任人。父母的教育理念和方式方法，对儿童品格的养成和树立有着最直接、最深远的影响。在涉未成年人纠纷、婚姻家事纠纷中，上海一中院对未成年子女的父母全面开展家庭教育指导，通过诉前排查摸底、诉中强化指导、案后回访反馈，推广全流程、闭环式家庭教育指导模式，建立法官指导、学校配合、专业人员参与、社会团体协同的联动机制，形成全角度、立体式、多元化家庭教育指导体系，传播正确教育理念，维护未成年人合法权益，保障未成年人健康成长。

一揽子解决，实质性化解纠纷

“法官，我们两个都是身患大病的老人，看病需要花很多钱。小两口离婚时，判给女方那么多钱，我们咽不下这口气。”

在一起赠与合同纠纷中，作为上诉人的两名老人情绪异常激动。原来，在儿子陈某与前儿媳杨某婚姻关系存续期间，为陈某与杨某共同购房，老人出资 170 万元。在陈某与杨某两人离婚诉讼中，法院认定该笔 170 万元系老人对小夫妻的赠与。老人起诉要求撤销赠与，一审法院判决驳回老人的诉讼请求。老人不服，提起上诉。

上海一中院未成年人与家事案件综合审判庭开庭审理一起赠与合同纠纷案。李皓祥 摄

“法官，小儿子跟我一起生活，过几天就是我小儿子的生日，我想把和他爸爸生活的大儿子接过来一起过生日，他们不回应我，这事没法调解了……”老人前儿媳杨某对法官说。

“法官，我们家确实遇到困难了，离婚判决后，女方申请执行，我实在凑不齐剩余的 40 万了。女方要看望大儿子，我没必要阻拦的。”陈某述说了自己的困难。

合议庭讨论后，决定以解决探望权纠纷和案件执行为切入点，一揽子化解 3 起纠纷。

为方便群众诉讼，合议庭前往上海一中院设在松江区的巡回审判点公开开庭审理。经合议庭调解，各方当事人就子女探望纠纷、执行纠纷、赠与合同纠纷达成一揽子解决方案。因离婚引发的 3 起纠纷，一并得到化解，兼顾了老年人权益保障、妇女儿童权益保护，实现了案结事了。

婚姻家事纠纷涉及身份、财产、子女抚养等多重法律关系，一旦涉诉，极易引发系列诉讼和衍生诉讼。近年来，上海一中院不断探索实质性化解纠纷的路径，法官力着眼于解决诉源矛盾、执源矛盾，“小事”不小看、“小案”不小办，说透“家长里短”，厘清“鸡毛蒜皮”，严控程序空转。此外，做足审判延伸，靠前一步、多走一步，通过巡回审判、典型案例、普法宣传、培训授课等举措，整合内外资源，推进诉源治理，全方位融入社会综合治理，从根本上解决群众身边的闹心事、愁心事、烦心事。

上海一中院未成年人与家事案件综合审判庭召开巡回审判暨以案释法交流会。李皓祥 摄

引入第三方，强化辅助体系

“法官，她就是觉得离婚时财产分少了，所以挑唆女儿不要见我，她就是在报复我……”

“法官，不是我不配合，是孩子不想见他，我总不能把孩子绑过来和他见面吧。”

这是一起普通的探望权纠纷。王某与黄某离婚时，约定女儿由母亲黄某抚养。离婚后，王某一直未能见到女儿，故诉至法院要求行使探望权。一审判决支持了王某的诉请，黄某不服，提起上诉。

二审中，双方相互指责、不肯妥协，并未意识到问题的根源。上海一中院委托青少年事务社工，就离异家庭父母如何沟通、如何与未成年子女相处，向双方提供了家庭教育指导，并委托社工对孩子进行意愿征询与心理疏导。

“已经两年多没见到他了，之前他来看我，总要和妈妈吵架，我不想见到他了。”女儿表示。

法官再次委托社工，在法官助理的陪同下，先后进行了三次探望监督，父女关系由淡漠转为熟络。法院与专业机构通力协作，扶一把、送一程，一直被“搀着”的亲情终于“恢复”，父女二人放下“拐杖”助力，开始了自主探望。王某与黄某也达成了探望调解，并顺利履行。

“见人难”是探望类纠纷裁判和执行中的突出问题。如何打破案件容易判、执行难的困境，上海一中院不断探索破解之道。通过提前介入，探索在案件审理中落实探望、在落实探望中审理案件的模式，有效解决了探望权行使的落实问题，为解决此类纠纷提供了新思路和新模式。

2023 年，上海一中院成立“阳光护苗站”，引入第三方专业力量全面参与涉未成年人案件的家事调查、心理疏导、探望监督、家庭教育指导、回访观护等工作，为法官查明事实、疏导矛盾提供专业化、个性化的支撑。建立跨专业、多行业的专家库，为审判工作提供多维度、有深度的智力支持。通过完善、强化审判辅助体系建设，上海一中院融汇、凝聚多方力量，形成合力，全方位提高妇女儿童权益司法保护水平。

来源：人民法院报

编辑：陶羽黛 辛九慧

珠海中院发布珠海法院保护妇女儿童权益十大典型案例

2024-04-16 珠海市中级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/vMwMqEeIYU-OCQjWS_owQQ

维护妇女儿童的合法权益，关乎千家万户幸福，关乎社会和谐稳定。近年来，珠海法院坚持以人民为中心，不断加大妇女儿童权益保护工作的力度，创新审判执行方式，深化纠纷多元化解，积极营造全社会尊重妇女、关爱儿童、促进男女平等的良好氛围。

为了发挥典型案例的教育引导作用，珠海中院从全市法院近年生效的案件中评选出“珠海法院保护妇女儿童权益十大典型案例”。

珠海法院保护妇女儿童权益十大典型案例

案例一：无视人身安全保护令被追究刑责——王乙拒不执行裁定罪案

案例二：通过抢夺、藏匿孩子无法获得抚养权——李某与杨某变更抚养关系纠纷案

案例三：父母无法履行监护责任时可依法变更监护人——曹某与钟某、严某申请变更监护人纠纷案

案例四：彩礼已转化为共同生活支出的无需返还——陈某与张某离婚纠纷案

案例五：未成年人犯罪应责令监护人接受家庭教育指导——赖某、李某盗窃罪案

案例六：发现侵害未成年人行为，相关组织和人员有强制报告义务——李某故意伤害罪案

案例七：教职员工实施性侵未成年人犯罪终身禁业——罗某猥亵儿童案

案例八：实施校园欺凌造成精神损害的，应承担精神损害赔偿责任——张某与李某等四人侵权纠纷案

案例九：家事调查助力法院查明案情、依法裁判——张某与李某等四人侵权纠纷案

案例十：柔性执法、联动执行化解探望权纠纷——张某与汪某探望权纠纷执行案

无视人身安全保护令被追究刑责

——王乙拒不执行裁定罪案

【基本案情】

王甲（女）与王乙于 2015 年登记结婚，同年生育一女，婚姻期间王甲放弃工作在家照顾家庭，王乙在醉酒后对王甲常有打骂。2019 年双方办理离婚登记，但仍同居生活。2023 年 8 月，因不堪忍受王乙的辱骂、殴打等家庭暴力行为，王甲搬离两人共同居所，带女儿外出租房居住，随后，王乙又到王甲工作场所殴打王甲致其受伤，公安机关对王乙处以七日行政拘留。2023 年 10 月王乙再次殴打王甲。经王甲申请，珠海市香洲区人民法院发出人身安全保护令，禁止王乙对王甲实施殴打、威胁等家庭暴力行为；禁止王乙骚扰、跟踪、接触王甲及女儿。

【裁判结果】

人身保护令发出后，王乙拒不履行裁定禁止事项，于 2023 年 11 月再次对王甲施暴，被公安机关行政拘留，其后仍不思悔改，不听劝阻，持续向王甲微信发送大量死亡威胁信息、刀具照片、农药物流信息。2023 年 12 月，香洲法院决定对王乙司法拘留十五日。同时以涉嫌构成拒不执行判决、裁定罪将案件移送公安机关立案侦查。2024 年 1 月，检察机关对王乙以涉嫌拒不执行裁定罪依法批准逮捕。2024 年 3 月，香洲法院以拒不执行裁定罪判处王乙有期徒刑八个月。

【典型意义】

这是全国首例因违反人身安全保护令被法院以拒执罪判处刑罚的案件。被告人在人民法院作出的人身安全保护令有效期内，违反裁定确定的禁止性义务，对其前妻实施殴打。在被公安机关行政处罚及被司法机关进行训诫、拘留后，仍继续发送威胁信息，已达到“情节严重”的程度，故应以拒不执行裁定罪定罪处罚。对违反人身安全保护令的行为科以刑事处罚，既能够震慑施暴者，维护司法权威，让施暴者知道人身安全保护令不是一纸空文；也能更好的保障家庭关系中弱势群体的合法权益，让受害人意识到人身安全保护令是能够实实在在保护自己的有效利器。

通过抢夺、藏匿孩子 无法获得抚养权

——李某与杨某变更抚养关系纠纷案

【基本案情】

李某（男）与杨某（女）婚后生育了儿子李某甲。后因双方感情不和，杨某提起离婚诉讼，法院判决准予杨某与李某离婚，儿子李某甲由杨某抚养，李某每月向杨某支付抚养费，李某可每周末探望儿子一天。在杨某提起离婚诉讼前，李某将儿子李某甲从杨某住处带到外市生活，并拒绝向杨某告知儿子的住处。离婚判决生效后，杨某多次要求李某将儿子带回给杨某，但李某置之不理。随后，李某提起诉讼，以儿子与李某及家人共同生活多时、已建立了深厚的感情、已经具备了脱离母亲生活的条件为由，要求变更儿子的抚养权归李某所有。

【裁判结果】

珠海市斗门区人民法院审理认为，抚养条件是否发生不利于被抚养人的重大变化是判断抚养关系是否需要变更的重要标准。生效判决已确定儿子李某甲由杨某抚养，但李某拒不履行生效判决确定的义务，未将儿子交由杨某直接抚养，致使杨某一直未能抚养儿子。李某通过擅自带离、藏匿孩子的方式拟营造出孩子与其共同生活并形成固有生活环境的事实以变更抚养权，实不可取。李某提交的证据不能证明杨某存在不尽抚养义务或不适合抚养儿子等情形，本案不具备法律规定变更抚养关系的条件，法院依法判决驳回李某的诉讼请求。

【典型意义】

抢夺、藏匿孩子是一种违法行为，想要通过“抢孩子”“藏孩子”的方式提高获得抚养权的概率，这样的行为属于违法行为，不会被法院支持。抢夺、藏匿孩子的行为不仅会将父母的矛盾公开化，对未成年子女造成严重心理阴影，也会让孩子缺乏父或母一方的关爱，没有办法获得稳定而具有安全感的生活环境，影响孩子的身心健康发展。离异家庭未成年子女的父母，应当妥善处理抚养孩子产生的纠纷，不能为了满足自己的情绪需求而损害子女的情感利益，从而给子女造成二次伤害。

父母无法履行监护责任时 可依法变更监护人

——曹某与钟某、严某申请变更监护人纠纷案

【基本案情】

钟某（男，内地居民）与严某（女，澳门居民）因感情不和协议离婚，在澳门上学的婚生子钟某甲、钟某乙（澳门居民，未成年人）由钟某抚养，严某负担抚养费。曹某系钟某甲、钟某乙的祖母。后钟某被他人打伤，致一级伤残，被法院确认为无民事行为能力人。曹某诉称，从 2007 年起，两孩子一直随曹某在珠海共同生活，严某自离婚后处于失联状态，曹某申请变更自己作为钟某甲、钟某乙的监护人。

【裁判结果】

横琴粤澳深度合作区人民法院审理认为，按照钟某与严某离婚协议约定，婚生子女应由钟某抚养并承担监护责任，但钟某因重伤已被法院宣告为无民事行为能力人，无法承担子女的抚养义务，且严某又处于失联状态。根据法律规定，未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由祖父母、外祖父母担任监护人。基于有利于未成年人的成长与教育考虑，判决钟某甲、钟某乙的监护人变更为曹某。

【典型意义】

监护权既是一种权利，更是法定的义务。现实生活中，不少父母因工作、离婚等原因怠于履行或不履行监护职责，导致监护人的角色长期处于缺位状态，不利于未成年子女的健康成长。本案曹某向法院提起变更监护权诉讼是为了解决学龄儿童入户珠海及上学问题。法律规定祖父母、外祖父母等申请变更监护人的前提条件是父母已经死亡或者没有监护能力。本案考虑到监护人角色一直缺位，曹某一直与未成年人共同生活，变更其为监护人显然能更好地抚养和照顾未成年孙子女，保护好未成年人的合法权利。

彩礼已转化为共同生活支出的 无需返还

——陈某与张某离婚纠纷案

【基本案情】

内地居民陈某与澳门居民张某于 2021 年 11 月相亲认识，于 2022 年 2 月结婚，陈某赠与张某现金 40000 元作为彩礼。婚后双方在内地与澳门共同生活居住，2022 年 6 月，陈某到法院起诉离婚并要求张某返还彩礼。陈某认可在澳门居住期间的房租、生活费均由张某支出，张某称彩礼已用于生活开支及支付陈某婚前所购房产的按揭贷款。

【裁判结果】

珠海市中级人民法院审理认为，张某为澳门居民，本案为涉澳离婚纠纷。根据我国涉外民事关系法律适用的规定，诉讼离婚适用法院地法律，本案可以适用内地法作为审理争议的准据法。陈某、张某在办理结婚登记后有夫妻之间相互扶助、共同维护家庭的经历。综合考虑给付彩礼后双方亦同居生活且登记结婚，以及在澳门共同生活期间的费用开支均为张某支付等情况，对张某关于彩礼已转化为共同花销的主张予以采纳。遂判决准予双方离婚，驳回陈某主张返还彩礼的诉请。

【典型意义】

彩礼是男方基于婚约承诺对女方的道德性赠与，是我国传统婚嫁风俗。本案中，人民法院根据公平原则及公序良俗原则，结合双方是否共同生活、彩礼的实际使用情况及当事人的经济水平等因素，依法认定彩礼已用于婚事筹办或共同生活支出的无需返还，有利于妥善平衡双方利益，弘扬健康文明的婚嫁风俗。

未成年人犯罪应责令监护人接受家庭教育指导

——赖某、李某盗窃罪案

【基本案情】

2022 年 2 月起，两未成年人赖某（2006 年出生）、李某（2007 年出生）在珠海市内多次盗窃电动车、电动车电池、摩托车及现金等，后被公安机关抓获。检察机关提起公诉，指控赖某及李某犯盗窃罪，两人均自愿认罪认罚。

【裁判结果】

珠海市金湾区人民法院审理认为，赖某、李某均为未成年人且认罪认罚，以盗窃罪分别判处赖某有期徒刑十个月，并处罚金人民币三千元；李某拘役五个月，缓刑十个月，并处罚金人民币二千元。同时，金湾法院向两名未成年被告人的监护人发出《家庭教育指导令》，责令监护人到珠海

市金湾区家庭教育指导中心接受教育指导，并要求家庭教育指导中心将指导情况及效果向法院书面报告。

【典型意义】

家庭教育不力或者疏于管教是未成年人出现严重不良行为或者犯罪的重要原因。家庭教育指导通过改变监护人教育方式，纠正不当教育行为，以父母转变推动孩子转变，重塑家庭支持体系，将涉罪未成年人帮教与监护人家庭教育指导相结合，改善家庭关系，解决未成年人家庭成员角色缺位问题，提高罪错未成年人矫治成效，帮助涉罪未成年人回归正途，为未成年人健康成长提供有力支撑。

发现侵害未成年人行为，相关组织和人员有强制报告义务

——李某故意伤害罪案

【基本案情】

2019 年李某和女儿与李某的男友张某及其两个女儿张某甲、张某乙一起居住生活。因缺乏基本的法律意识和正确的教育理念，2019 年底至 2021 年 11 月，李某多次殴打张某甲。2021 年 11 月 21 日，李某又以学校反映张某甲有早恋行为等为由，在住处殴打张某甲致其死亡。检察机关以故意伤害罪提起公诉。

【裁判结果】

珠海市中级人民法院通过公开开庭审理本案，邀请了妇联、团委、教育、民政等负有保护未成年人义务的相关单位工作人员以及各区学校代表旁听案件审理。庭审结束后审判长、公诉人向旁听人员以案释法，突出强调应强化对侵害未成年人行为的强制报告责任。

珠海市中级人民法院经审理认为，李某故意伤害他人身体致人死亡，构成故意伤害罪，综合考虑在案证据和犯罪情节，采纳了检察机关的量刑建议，判处李某有期徒刑八年。

【典型意义】

本案为有共同家庭生活关系的人员故意伤害未成年人致死的刑事案件，法院通过公开审判以案说法、以案释法，重点宣传树立强制报告意识、落实强制报告制度的重要性。通过该案推动了市教育局、市民政局、市卫生健康局分别出台落实侵害未成年人强制报告义务实施细则，并推动珠海市人大就侵害未成年人案件强制报告制度开展特区立法调研，织密预防、发现、制止、打击侵害未成年人违法犯罪网络，护航未成年人健康成长。

教职员工实施性侵未成年人犯罪终身禁业

——罗某猥亵儿童案

【基本案情】

罗某在担任珠海市某校教师期间，对未满十四周岁的未成年学生多次实施猥亵行为，案发后，公安机关将罗某抓获归案，罗某到案后如实供述了自己的犯罪行为。检察机关提起公诉，指控罗某犯猥亵儿童罪。

【裁判结果】

珠海市斗门区人民法院审理认为，罗某作为密切接触未成年人的教职员工，利用其职业便利，对在校学生实施猥亵，严重违背职业道德，给未成年人的身心健康造成严重伤害，应依法从严惩治。故以罗某犯猥亵儿童罪判处有期徒刑五年，并判令罗某终身禁止从事密切接触未成年人的工作。

【典型意义】

根据最高人民法院、最高人民检察院、教育部联合出台的《关于落实从业禁止制度的意见》，针对教职员工性侵害学生犯罪案件判令其从业禁止，

禁止其从事密切接触未成年人的工作，实现对特定职业犯罪分子的特殊预防，以“零容忍”的态度，用司法为未成年人保护搭建坚固的“隔离带”和“防火墙”，明确保护未成年人权益的底线，让严重违反职业道德、败坏师德者彻底远离祖国的明天，创造平安清朗的校园环境与社会环境。

实施校园欺凌造成精神损害的，应承担精神损害赔偿责任

——张某与李某等四人侵权纠纷案

【基本案情】

张某与李某、廖某、杨某、林某为同宿舍学生，因李某、廖某、杨某和林某在宿舍有拉帮结派的现象且分别与张某有矛盾，2021 年 10 月 21 日晚，李某等四人与张某在宿舍内发生了争吵，并对张某扇击耳光，导致张某出现头痛及恐慌、惧怕等抑郁状态，且不敢继续回校就读。后张某诉至法院，要求李某等四人赔偿其医药费、交通费、精神损害抚慰金等。

【裁判结果】

珠海市中级人民法院审理认为，李某、廖某、杨某、林某四侵权人为限制民事行为能力人，四人殴打张某造成张某的伤害，四人的监护人应承担赔偿责任。考虑到张某尚未成年且正值青春期，较为敏感，本次事件发生后造成其出现抑郁、恐惧状态，无法继续回校就读，故判令李某等四人的监护人向张某赔偿医药费、交通费等直接损失，并向张某赔偿精神损害抚慰金 4000 元。

【典型意义】

近年来，校园欺凌现象引起了全社会广泛关注。校园欺凌不仅对受害人造成身体上的伤害，同时也会造成受害人产生厌学、恐惧、抑郁等心理问题，严重影响受害人健康成长。本案中法院适当支持精神损害抚慰金的请求，让欺凌者切实承担对受害人精神损伤的赔偿责任，在一定程度上能抚慰受害者遭受欺凌后受到的心理伤害。

家事调查助力法院 查明案情、依法裁判

——李某与董某离婚纠纷案

【基本案情】

李某与董某婚后育有二女，李某以董某赌博、家暴子女等为由诉至法院要求离婚，并诉求两婚生女儿由其抚养。因董某在诉讼期间无法联系，为深入查明本案事实，法院在审理过程中委托家事调查员对双方的感情状况、工作与收入、两婚生女儿的生活学习情况等进行调查，并出具了家事调查报告。

【裁判结果】

珠海市斗门区人民法院审理认为，根据家事调查报告，董某在婚姻关系存续期间长期存在赌博行为，符合《中华人民共和国民法典》规定的应准予离婚的情形，同时从尊重子女的真实意愿以及按照最有利于未成年子女的原则，判决准予李某与董某离婚，两婚生女儿由李某抚养。

【典型意义】

本案系人民法院借力家事调查制度，妥善处理家事纠纷的典型案例。在被告缺席的情况下，人民法院委托家事调查员开展家事调查，实地了解当事人及其原生家庭的经济状况、生活情况、心理状态等案件相关事实，并出具书面调查报告，为人民法院查清案情，全面评估夫妻双方的感情、抚养条件等提供了重要参考，人民法院据此依法作出判决，切实保护妇女儿童的合法权益。

柔性执法、联动执行 化解探望权纠纷

——张某与汪某探望权纠纷执行案

【基本案情】

张某（女）与汪某于 2015 年结婚，2016 年生育儿子汪某甲。2021 年双方因感情不合诉讼离婚，经调解达成协议，解除婚姻关系，婚生儿子汪某甲由汪某抚养，张某可每周探望一次。调解书生效后，汪某拒绝履行协助义务阻扰张某探望汪某甲。2022 年 11 月，张某向法院申请强制执行。

【执行情况】

经珠海市香洲区人民法院执行法官了解，汪某甲在父母离婚后随爷爷奶奶生活，已入读全日制小学，张某和汪某在探望汪某甲的具体时间和方式上产生了严重分歧。执行法官从保护未成年人身心健康的角度出发，多次约谈双方，促成汪某配合张某行使探望权。法院联动与珠海市妇联联合设立的“抚养探望案件协助执行中心”，协调汪某甲所在学校让张某加入汪某甲班级家长微信群，从中了解班级日常动态和孩子在校情况，以充分保障张某对汪某甲的探望权与教育参与权。

【典型意义】

探望权执行关乎父母的情感利益和未成年人的健康成长，执行内容不仅指向探望行为本身，也包含了父母对子女生活学习情况的了解和参与。本案中，香洲法院秉持善意执行理念，用心化解双方积怨，促使双方达成切实可行的探望方案，在香洲法院与市妇联联合成立的“抚养探望案件协助执行中心”的协助下，与学校联动，共同参与调解缓和矛盾，最大程度保障未成年人的身心健康，维护生效法律文书的权威。

来源：民一庭

编辑：刘彤

江西高院发布维护妇女儿童合法权益典型案例 离婚后也能申请人身安全保护令！

2024-04-17 江西民事审判

https://mp.weixin.qq.com/s/SrVP3IWbeOLPOwZJ7TWH9Q

目录

1 创新运用督促令 赡养纠纷巧化解——宋某与吴乙等赡养纠纷案

2 离婚后也能申请人身安全保护令——吴某申请人身安全保护令案

3“两令”结合 助力查清夫妻共同财产——熊某与刘某离婚纠纷案

4 探索签署承诺书 破解探望权困境——姚某与杨某离婚纠纷案

5 养女继承权受法律保护——周某与王某遗嘱继承纠纷案

6 依法认定劳动关系 解决新就业形态女性劳动者的“烦薪事”——邹某与某传媒公司劳动争议案

7 具有集体经济组织成员资格的农村外嫁女 依法享有集体经济组织利益分配权——邹某与某村民小组侵害集体经济组织成员权益纠纷案

8 微信朋友圈发表贬损他人言论需担责——邹某甲与邹某乙名誉权纠纷案

9 遭遇职场性骚扰 起诉获得赔偿金——周某某与徐某某性骚扰损害责任纠纷案

10 司法救助纾困境 联动回访送温情——邓某司法救助案

案例一 创新运用督促令 赡养纠纷巧化解

——宋某与吴乙等赡养纠纷案

基本案情

宋某（女）现年 81 岁，共生育四名子女，自身患有多种疾病，生活自理能力受限。宋某现随长子吴甲在农村生活，由吴甲承担主要赡养义务。次子吴乙以 1988 年已签订《分家协议》为由，基本未履行赡养义务，长女吴丙、次女吴丁按传统习俗支付节礼费用，日常未履行赡养义务。宋某诉至法院，要求吴乙、吴丙、吴丁履行赡养义务。

办理情况

人民法院收到宋某起诉材料后，即时启动家事诉前调解程序，先行委托家事调查员对宋某赡养现状、各子女家庭条件、赡养意愿等情况进行诉前调查，依据调查情况制作《家事调查报告》，作为诉前调解的参考。调解过程中，法院向吴乙、吴丙、吴丁发出《履行赡养义务督促令》，从妥善安排老人生活居住、疾病治疗护理、日常生活照料、关心老人精神需求等方面，释明赡养老人是法定义务，宣讲敬老爱老的传统美德，促使吴乙、吴丙、吴丁主动认识到自己的错误，就赡养母亲宋某事宜达成一致，同意支付赡养费，并承诺会经常看望和关心母亲宋某。法院联动家事调查员每月进行案后回访，监督各子女全面履行赡养义务。

典型意义

近年来，人民法院积极坚持和发展新时代“枫桥经验”，探索创新家事审判方式，积极引入基层调解力量参与家事案件审理，着力构建“纠纷化解在萌芽，权利保障在诉前”的家事解纷机制。本案中，人民法院通过构建“法官+调查员”的家事案件审理模式，依托家事调查员开展诉前调查、调解、回访、宣教，并创新运用督促令制度，发出《履行赡养义务督促令》，使得矛盾纠纷得以圆满化解，既避免了家庭成员对簿公堂，又保障了老人多年缺位的赡养权益。此案的圆满解决，为防范和化解赡养纠纷提供了机制化的参考思路，有助于形成“老有所养，敬老爱老”的良好社会风尚。

案例二 离婚后也能申请人身安全保护令

——吴某申请人身安全保护令案

基本案情

申请人吴某（女）与被申请人段某原系夫妻，吴某起诉离婚后，段某曾与吴某发生激烈争吵并持刀砍伤吴某，致吴某轻伤一级。事后，段某被依法判处有其徒刑二年。双方于 2023 年 3 月经法院判决离婚。因段某将于 2023 年 9 月服刑期满，吴某担忧又将遭受暴力侵害，于 2023 年 8 月向法院申请人身安全保护令。

办理情况

人民法院经审查认为，段某在婚姻关系存续期间曾有严重的家暴行为，致使吴某身体健康遭受严重损害。虽二人已经法院判决离婚，不会再共同生活，但段某在服刑期间坚称与吴某感情尚好，砍伤系一时冲动，段某对吴某仍可能再次实施纠缠、骚扰等侵害行为。故法院根据吴某的申请，依法发出《人身安全保护令》，禁止段某对吴某实施骚扰、跟踪、暴力侵害等行为。段某出狱后，法官及时掌握保护令的执行情况和当事人生活现状，定期进行跟踪回访，并对段某开展法治教育，告知其违反人身安全保护令的法律后果。段某表示深刻认识到自身错误，愿意悔过自新，不再打扰吴某生活。

典型意义

新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》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。该条款明确了离婚后妇女在面临前夫侵害现实危险时，可以依法申请人身安全保护令。2023 年 8 月，江西省人大常委会出台《关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的决议》，进一步规范人身安全保护令申请、办理、执行，健全我省多部门协同工作机制，全面提升人身安全保护令实施效果。本案中，人民法院及时制发并执行人身安全保护令，为申请人吴某提供了坚实有力的司法保障，有助于引导婚恋关系结束后可能遭受侵害的妇女积极运用人身安全保护令维护自身合法权益，更好地预防和制止发生在家庭成员以外人员的不法行为。

案例三“两令”结合 助力查清夫妻共同财产

——熊某与刘某离婚纠纷案

基本案情

熊某（女）与刘某于 2000 年 1 月登记结婚。两人拥有多处房产，并参与创办了三家公司。2023 年 3 月，熊某以夫妻感情破裂为由，向法院起诉离婚，并要求依法分割夫妻共同财产。

办理情况

人民法院在审理过程中，发现双方当事人均同意离婚，但对夫妻共同财产存在较大分歧。为查清夫妻共同财产状况，法院向双方当事人发出《夫妻共同财产申报令》，责令如实申报夫妻共同财产，告知拒不如实申报的法律后果。同时，引导当事人申请《律师调查令》，对登记在对方名下的财产进行调查。通过“两令”结合，查清了当事人共同所有的房产、车辆、公司股份等财产信息。在此基础上，双方达成调解离婚并分割了共同财产。

典型意义

全面查清夫妻共同财产是离婚纠纷案件处理的关键。新修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》将离婚诉讼期间申报夫妻共同财产明确为法定义务。法院在本案中发出《夫妻共同财产申报令》，督促当事人主动、如实申报夫妻共同财产，鉴于当事人财产状况复杂、分歧较大，同时发出《律师调查令》，对当事人申报的财产情况进行调查核实。通过发挥“两令”作用，全面高效查清夫妻共同财产，助力法官明断“家务事”，为成功调解奠定基础，实现了公正与效率的统一。

案例四 探索签署承诺书 破解探望权困境

——姚某与杨某离婚纠纷案

基本案情

姚某（女）与杨某系夫妻，于 2020 年 3 月 30 日生育一子。后姚某以夫妻感情破裂为由提起离婚诉讼，要求婚生子由杨某抚养，其本人对婚生子享有探望权。

办理情况

人民法院在审理过程中，发现杨某长期不在家，姚某与杨某父母矛盾较为激烈，婚生子自出生后便一直随杨某父母生活，姚某多次欲探望均被拒绝，也无法当面与杨某协商离婚事宜。法院与杨某取得联系后，积极组织双方进行调解，姚某担心以后探望孩子受到阻拦，杨某则希望姚某不要过多打扰孩子生活，双方就探望权行使问题无法达成一致。针对该情况，承办法官耐心劝导，阐明亲子关系对子女健康成长的重要性，引导双方换位思考，共同为孩子创造和谐的成长环境。为进一步打消双方顾虑，在承办法官建议下，双方签署了《探望权履行承诺书》，对探望权行使作出约定。

典型意义

探望权的意义在于保障离婚后不直接抚养子女的一方能够定期与子女团聚，有利于弥合家庭解体对父母子女之间造成的感情伤害。当前，探望权的行使面临着直接抚养子女一方拒不配合探望、转移藏匿孩子等困境，导致不直接抚养子女一方不能与孩子维系感情，进而产生探望权纠纷。由于探望权的特殊性，执行存在困难时，强制执行不利于孩子身心健康，影响父母子女关系。本案中，人民法院引导当事人签署《探望权履行承诺书》，明确当事人如何行使探望权，以及违反承诺可能承担的法律后果，为当事人依法行使探望权提供指引，破解了探望权困境，有助于防范日后因探望权纠纷产生新的诉讼，助力矛盾纠纷的源头化解。

案例五 养女继承权受法律保护

——周某与王某遗嘱继承纠纷案

基本案情

周某某、王某某系夫妻，二人膝下无子女，遂收养周某为养女。2008 年，周某某、王某某立下遗嘱，将其名下旧屋一间赠予其侄子王某。2015 年，二人又将该旧屋以 10 万元价款出售给案外人。2016 年，周某某、王某某与养女周某及女婿张某签订赡养协议，约定二人名下所有财产由周某及女婿张某继承，周某及张某需履行赡养义务。后周某某、王某某分别于 2016 年、2020 年去世。王某认为案涉旧屋房款被周某非法获取，要求周某返还，双方协商不成，遂诉至法院。

办理情况

人民法院经审理认为，遗嘱人在订立遗嘱后，仍可通过法律允许的方式撤销其在原遗嘱中所作出的财产处分行为。周某某、王某某在生前将案涉房屋出售，原遗嘱内容应视为被撤销。同时，法院经向当地村委会工作人员及有关人员走访调查，证实养女周某对其养父母履行了积极赡养义务，并料理了二人后事，尽到了作为养女的责任。故判决驳回王某要求周某返还案涉旧屋房款的诉讼请求。

典型意义

继承权男女平等。然而受传统观念影响，女性特别是养女的合法继承权极易被忽视，甚至遭到侵害。对于养子女而言，在收养关系成立后即取得与养父母婚生子女相同的身份地位，依法应承担与婚生子女同等的义务，也应享有与婚生子女同等的权利。本案中，周某系周某某、王某某合法收养的养女，双方签订了赡养协议，周某对养父母履行了积极赡养义务，依法依约均享有继承其养父母遗产的权利。人民法院通过依法裁判，维护养女周某继承权的同时，也重申了继承权男女平等的法治观念。

案例六 依法认定劳动关系 解决新就业形态女性劳动者的“烦薪事”

——邹某与某传媒公司劳动争议案

基本案情

邹某（女）系某传媒公司网络主播。2020 年 1 月，邹某以某传媒公司未支付工资为由申请劳动仲裁，请求解除双方之间的劳动关系，并由某传媒公司支付工资、加班费等。劳动仲裁支持了邹某的请求。某传媒公司对仲裁裁决不服，认为其仅为邹某提供直播平台及接洽商业演出活动，双方是合作关系，不存在劳动关系，遂诉至法院请求认定与邹某不存在劳动关系。

办理情况

人民法院经审理认为，某传媒公司与邹某签订的合同虽然名为《主播经纪合同》，但从合同具体内容及实际履行来看，公司安排邹某在规定时间和地点进行直播、互动演艺、产品营销等活动，每月根据邹某的业绩发放保底工资和业绩提成，

邹某须遵守公司组织管理、休息休假、竞业限制等规章制度，双方存在较强的人身依附性，故认定双方存在劳动关系，判决驳回了某传媒公司的诉讼请求。

典型意义

近年来，互联网平台经济迅速发展，网约配送员、网约车驾驶员、互联网营销师、网络主播等新就业形态劳动者数量大幅增加。如何支持和规范发展新就业形态，切实维护新就业形态劳动者的合法权益，是司法实践面临的新课题。新就业形态劳动者与用人单位之间形成的是劳动关系还是其他法律关系，不能一概而论，应结合双方约定及实际履行情况予以认定。本案中，人民法院结合案涉《主播经纪合同》约定的工作内容、管理制度、报酬支付等，认为网络主播与用人单位之间具有人格、经济、组织等方面从属性，认定双方形成劳动关系，维护了新就业形态女性劳动者的合法权益。

案例七 具有集体经济组织成员资格的 农村外嫁女依法享有集体经济组织利益分配权

——邹某与某村民小组侵害集体经济组织成员权益纠纷案

基本案情

邹某（女）系某村民小组村民。上世纪 80 年代，邹某结婚后将户籍迁至夫家户籍地落户并居住生活，后经申请迁回原户籍落户并取得该村民小组的农村土地承包经营权，且按所承包土地面积履行义务。此后，邹某及其家人作为该村集体经济组织成员享受了村集体山价款分配权益，但自 2010 年起村民小组未再向邹某分配山价款。邹某与村民小组多次协商未果，遂诉至法院要求分配山价款。

办理情况

人民法院经审理认为，邹某虽因出嫁曾将户籍迁出原户籍地，但后又迁回原籍，迁回时间在村民小组集体山价款分配方案制定公布之前，且邹某在夫家户籍地未保留土地承包经营权，迁回后又重新取得村民小组集体经济组织土地承包经营权，在该集体经济组织承包土地生产、居住生活并承担相应义务，综合邹某户籍登记及农村土地承包经营权变更、生产生活现状，应认定其具有集体经济组织成员资格，依法享有该集体经济组织成员权益，故判决该村民小组向邹某分配山价款。

典型意义

农村外嫁女集体经济组织成员权益保护是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》第五十五条第一款规定，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。该条款明确规定了妇女依法平等享有集体经济组织收益分配的权利。本案中，人民法院通过依法审理，有效维护了邹某的集体经济组织成员权益，彰显了农村外嫁女权益受保护的价值观念，有助于消除农村妇女在集体经济组织成员资格方面所遭受的歧视，引导广大村民转变思想观念，促进男女实质平等。

案例八 在微信朋友圈发表 贬损他人言论需担责

——邹某甲与邹某乙名誉权纠纷案

基本案情

邹某甲（女）与邹某乙系朋友关系，后产生矛盾。2022 年 10 月，邹某乙在其微信朋友圈发布了一条动态，用低级恶俗、侮辱性语言评论邹某甲并用邹某甲的照片为配图。邹某甲发现后报警并起诉至法院，要求邹某乙赔礼道歉并赔偿精神损害抚慰金。

办理情况

人民法院在审理过程中，发现邹某乙法律意识淡薄，认为在自己的微信朋友圈可以随意发表言论不受法律约束。承办法官多次耐心与其沟通、释法析理，告知其在微信朋友圈用贬损性言辞侮辱、诽谤他人的行为，造成不当言论传播，侵害他人名誉权的，应当承担民事侵权责任。邹某乙虽认识到自己的错误但仍拒不到庭。法院遂判决邹某乙在其朋友圈中公开向邹某甲赔礼道歉，并赔偿邹某甲精神损害抚慰金 500 元，如不公开赔礼道歉法院将选择当地主流媒体刊登判决内容。

典型意义

《中华人民共和国民法典》第一千零二十四条规定，民事主体享有名誉权。任何组织或者个人不得以侮辱、诽谤等方式侵害他人的名誉权。随着互联网传播技术与通讯工具的日益发展，微信成为广泛使用的社交软件之一，微信朋友圈也成为人们日常分享和互动的网络平台。然而，部分网民法律意识淡薄，认为微信朋友圈属于“私人领地”，可以随心所欲发表言论不受限制。事实上，微信朋友圈并非“法外之地”，如在微信朋友圈发表侮辱、诽谤他人言论，侵害他人名誉的，依法应当承担侵权责任。本案彰显了司法对名誉权予以保护的鲜明态度和立场，有助于鼓励广大女性面对侮辱、诽谤等违法侵害时，勇于运用法律武器维护自身合法权益。同时，有助于引导网民树立网络空间不是“法外之地”的正确观念，自觉规范网络行为，共同维护网络秩序。

案例九 遭遇职场性骚扰 起诉获得赔偿金

——周某某与徐某某性骚扰损害责任纠纷案

基本案情

周某某（女）与徐某某系销售合作伙伴关系。2021 年 9 月，徐某某向周某某发送具有明显性暗示的微信信息，周某某制止后，徐某某仍多次向周某某发送骚扰信息。周某某诉至法院，要求徐某某赔礼道歉并赔偿精神损害抚慰金。

办理情况

人民法院经审理认为，徐某某利用工作之便，向周某某发送具有明显性暗示的微信信息，在周某某明确表示不满并制止后，仍连续发送多条骚扰信息，信息频率、内容、称呼均已超出一般工作关系范围，给周某某的正常生活造成了不良影响，应认定徐某某的行为构成性骚扰，遂判决其向周某某赔礼道歉，并支付精神损害抚慰金 5000 元。宣判后，双方均未提出上诉，徐某某在指定时间内履行了判决义务。

典型意义

职场性骚扰比一般性骚扰具有更强的隐蔽性和胁迫性，对妇女在职场中的人格尊严、劳动权、平等地位构成严重威胁和破坏，不少女性面对职场性骚扰常常“敢怒不敢言”。《中华人民共和国民法典》第一千零一十条规定，违背他人意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任。该条款明确了性骚扰侵权行为的构成要件及民事责任。本案中，人民法院通过依法判决，惩治了职场性骚扰行为，维护了职场女性的人格尊严和合法权益，有助于鼓励广大女性勇敢对职场性骚扰说“不”，提升广大女性的职场安全感。

案例十 司法救助纾困境 联动回访送温情

——邓某司法救助案

基本案情

2021 年 4 月，章某甲雇请邓某（女）等人为其农田抛秧，并安排章某乙驾驶章某甲所有的无牌三轮摩托车接送邓某等人，车辆行驶时掉入沟中，造成邓某等人受伤。经鉴定，邓某遗留肢体功能障碍的伤残等级为一级，脊柱损伤的伤残等级

为八级。后法院判决章某甲赔偿邓某 577404 元，执行过程中法院扣划了章某甲银行存款 56208 元，章某甲无其他可供执行的财产，导致剩余款项未能执行。邓某瘫痪在床，生活不能自理，且有一个未成年子女需要抚养，家庭生活非常困难，故向法院申请司法救助。

办理情况

人民法院经审查认为，邓某因交通事故致严重残疾，生活不能自理，而被执行人章某已无履行能力，剩余赔偿款无法执行到位，符合司法救助情形，遂决定给予邓某司法救助。司法救助金发放后，法院还联合爱心协会，邀请医护人员前往邓某家中回访、看望，为其检查身体，讲解日常护理和康复知识，送上消毒药品、生活物资及慰问金等，积极帮助解决其家庭生活、就医等方面的困难。

典型意义

邓某因交通事故致残生活陷入困境，而侵权人无能力履行剩余赔偿款的情况下，根据邓某的伤残等级和家庭困难情况，人民法院及时高效开展司法救助工作，加大救助力度，在救助金额上适度倾斜，还联合爱心协会邀请医院医护人员开展回访，形成救助合力，帮助邓某及其家庭摆脱生活困境。人民法院的相关举措，充分发挥党建引领作用，发挥国家司法救助制度扶危济困、救急救难的功能，切实帮助困难受害人解决急难愁盼的问题，有效维护了残疾妇女的合法权益。

来源江西法院

意见发布后，安徽法院相继发出《关爱未成年人提示》！

2024-04-17　安徽高院

https://mp.weixin.qq.com/s/K7iWK0ytDhgg6Sc8SXh96A

4 月 15 日，最高人民法院发布《关于在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作的意见》，对影响未成年人身心健康行为进行早期预防，将防治未成年人犯罪工作关口前移，维护未成年人合法权益。《意见》发布后，安徽各地法院相继发出《关爱未成年人提示单》，引导离婚案件当事人提升责任意识，正确处理婚姻自由与维护家庭稳定关系，促进未成年子女健康成长。

马鞍山市雨山区人民法院

4 月 15 日下午，雨山区法院家事（少年）审判庭针对一起离婚案件随案发出全省首份《关爱未成年人提示单》，督导父母当好合格家长，用有温度的司法守护“未”来。

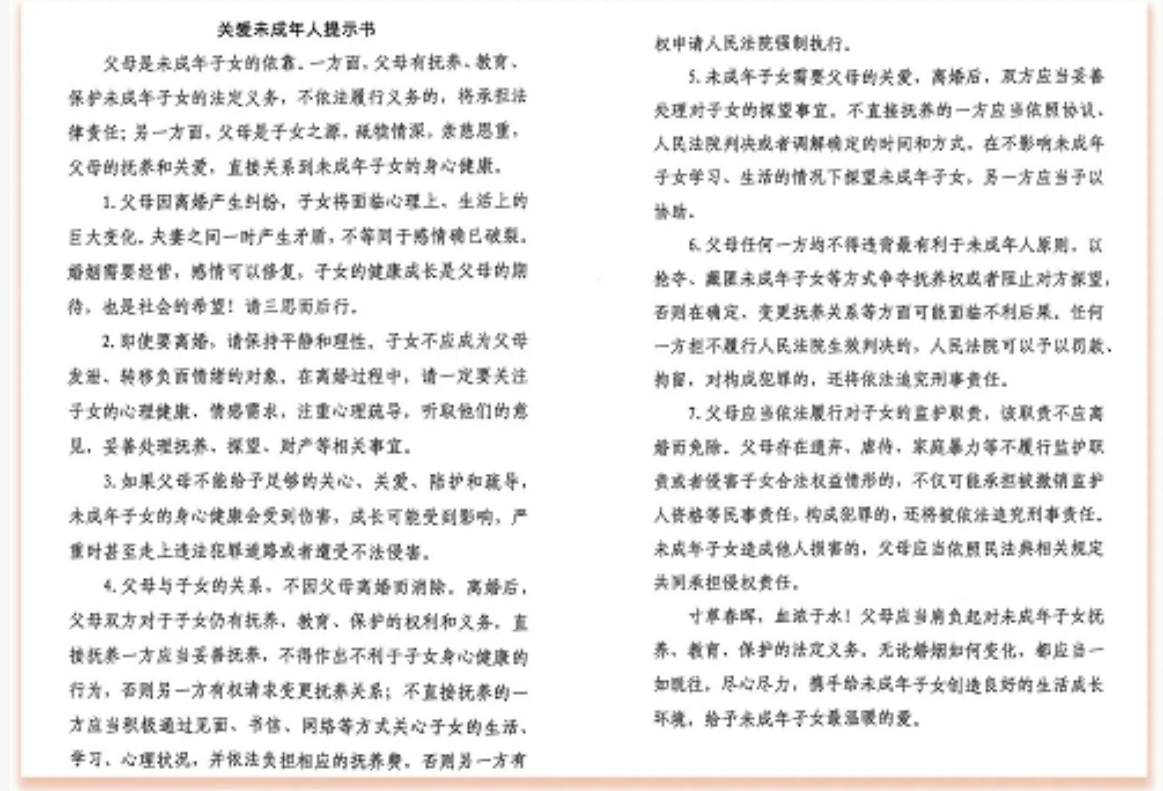
2014 年，小美与大海（均化名）登记结婚，二人于 2017 年生育一女，取名小青（化名）。2017 年开始，大海多次在外借债，并将家中房屋进行抵押。2018 年下半年至今，大海多次离家，对小美与婚生女小青不管不问，也未支付小青抚养费。现小美认为双方感情确已破裂，向法院诉请解除婚姻关系。

为引导离婚案件当事人正确处理婚姻自由与维护家庭稳定的关系，关心、关爱未成年子女，关注未成年子女健康成长的精神和物质需求，**雨山区法院向小美、大海分别送达了《关爱未成年人提示单》，帮助他们提升责任意识，依法履行监护职责，妥善处理抚养、探望、财产等相关事宜，并依托真实案例向二人提示和强调父母对未成年子女的法定义务和权利，以及违反法律要承担的不利后果等。**

全椒县人民法院

《关于在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作的意见》发布后，全椒县法院结合工作实际，制定《关爱未成年人提示》，在 **4 月 16 日开庭审理一起涉及未成年子女的离婚案件中，首次发出《关爱未成年人提示》，切实把最有利于未成年人原则和关爱未成年人精神贯彻落实到审判实践中。**

据悉，原、被告双方共同育有一子，因被告沉迷赌博，不能对家庭尽责，双方经常发生争吵，夫妻感情逐渐出现裂痕。关于子女抚养问题，在庭审中，原告表示自己工作繁忙，无暇照顾孩子；被告也以自身负债较多，经济状况较差为由拒绝抚养孩子。



关爱未成年人提示书

父母是未成年子女的依靠。一方面，父母有抚养、教育、保护未成年子女的法定义务，不依法履行义务的，将承担法律责任；另一方面，父母是子女之源，孤独情深，亲慈恩重，父母的抚养和关爱，直接关系到未成年子女的身心健康。

1. 父母因离婚产生纠纷，子女将面临心理上、生活上的巨大变化。夫妻之间一时产生矛盾，不等同于感情确已破裂。婚姻需要经营，感情可以修复，子女的健康成长是父母的期待，也是社会的希望！请三思而后行。

2. 即使要离婚，请保持平静和理性。子女不应成为父母发泄、转移负面情绪的对象，在离婚过程中，请一定要关注子女的心理健康，倾听需求，注重心理疏导，听取他们的意见，妥善处理抚养、探望、财产等相关事宜。

3. 如果父母不能给予足够的关心、关爱、陪护和疏导，未成年子女的身心健康会受到伤害，成长可能受到影响，严重时甚至走上违法犯罪道路或者遭受不法侵害。

4. 父母与子女的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，父母双方对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。直接抚养一方应当妥善抚养，不得作出不利于子女身心健康的行为，否则另一方有权请求变更抚养关系；不直接抚养的一方应当积极通过见面、书信、网络等方式关心子女的生活、学习、心理状况，并依法负担相应的抚养费。否则另一方有权申请人民法院强制执行。

5. 未成年子女需要父母的关爱，离婚后，双方应当妥善处理对子女的探望事宜。不直接抚养的一方应当依照协议、人民法院判决或者调解确定的时间和方式，在不影响未成年子女学习、生活的情况下探望未成年子女，另一方应当予以协助。

6. 父母任何一方均不得违背最有利于未成年人原则，以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权或者阻止对方探望，否则在确定、变更抚养关系等方面可能面临不利后果。任何一方拒不履行人民法院生效判决的，人民法院可以予以罚款、拘留，对构成犯罪的，还将依法追究刑事责任。

7. 父母应当依法履行对子女的监护职责，该职责不应离婚而免除。父母存在遗弃、虐待、家庭暴力等不履行监护职责或者侵害子女合法权益情形的，不仅可能承担被撤销监护人资格等民事责任，构成犯罪的，还将被依法追究刑事责任。未成年子女造成他人损害的，父母应当依照民法典相关规定共同承担侵权责任。

寸草春晖，血浓于水！父母应当肩负起对未成年子女抚养、教育、保护的法定义务。无论婚姻如何变化，都应当一如既往，尽心尽力，携手给未成年子女创造良好的生活成长环境，给予未成年子女最温暖的爱。

承办法官因案制宜，充分立足该案实际，结合《关爱未成年人提示》的内容，以当事人听得懂、能接受的语言，督导案件当事人做好合格家长，引导其充分提升责任意识，依法履行监护职责，保护未成年人合法权益，为未成年人健康成长营造良好、和睦、文明的家庭氛围。

未成年人是国家的希望与未来
安徽法院将充分发挥《意见》作用
引导离婚等涉未成年人案件中的
当事人提升责任意识
依法履行监护职责
充分保护未成年人合法权益

供稿：马鞍山市雨山区人民法院、全椒县人民法院
编辑：张玉芹

全省首份！

2024-04-17 广东省高级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/nXZ_dEKYkk62bj1c6yUSAw

“父母的抚育和关爱直接关系到未成年子女的身心健康，现在向你们发放《关爱未成年人提示卡》，提醒你们应当携手给未成年子女创造良好的生活成长环境，给予他们最温暖的爱。”

4 月 16 日，潮州饶平法院汫洲法庭在一宗离婚纠纷调解现场，向达成离婚调解协议的当事人林某夫妇发出《关爱未成年人提示卡》，督促双方履行好父母对未成年子女的抚养、教育、保护义务，及时回应子女情感需求。

据悉，这是 4 月 15 日最高人民法院发布《关于在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作的意见》后，广东法院发出的首份《关爱未成年人提示卡》。

林某夫妇于 2009 年 11 月登记结婚，先后育有一女一子，婚后双方矛盾显露，争吵不断，处于分居状态。

妻子林某遂以夫妻感情破裂为由诉至饶平法院，请求判令双方离婚，确定婚生子女的抚养事宜。

案件受理后，汫洲法庭承办法官林丽银了解到二人均认为感情完全破裂，同意离婚，但就两个小孩的抚养问题不能达成一致意见。

家事纠纷调解需要用“法”调处矛盾，也要用“情”解开心结。汫洲法庭遂启动“人大代表+法庭”矛盾纠纷联调机制，邀请熟悉社情民意的省人大代表沈禧娜参与调解。

“父母与子女之间的关系不因父母离婚而消除，离婚后父母双方对子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务。”

秉承未成年人权益保障最大化原则，林丽银从父母法定职责、社会家庭环境的影响、未成年人身心发展的角度向双方当事人释法明理。

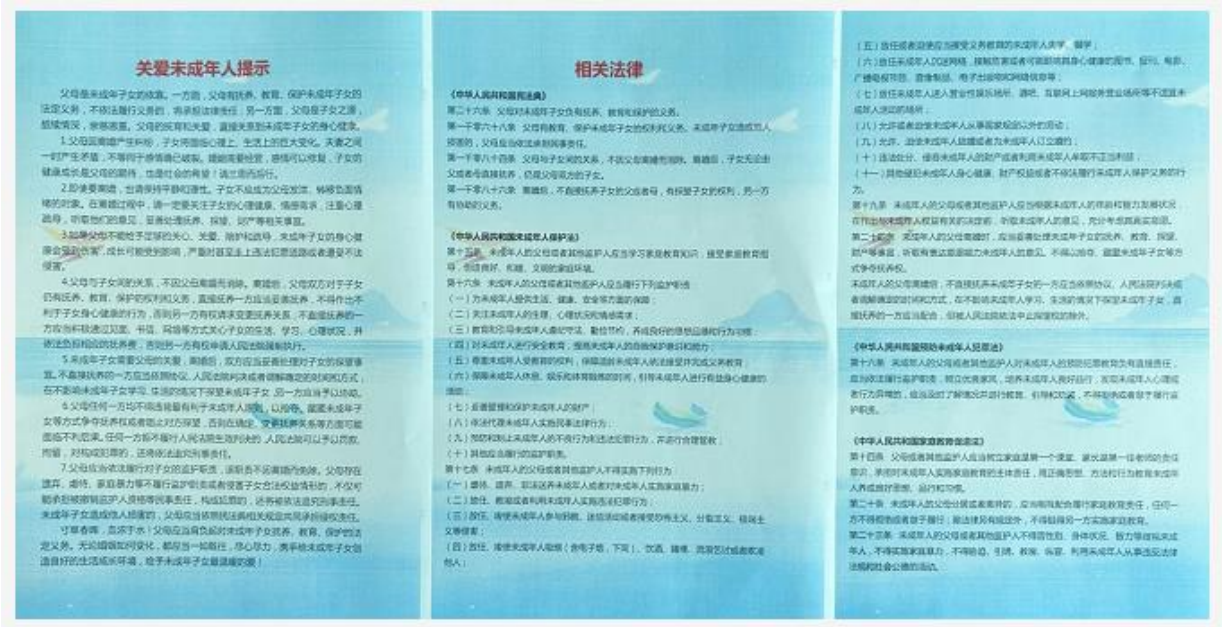
“你们虽然离婚了，但孩子仍然是你们共同的孩子，离婚后仍要保障对方的探视权，同时给予孩子更多关爱，共同抚育孩子健康成长。”

沈禧娜则通过与双方谈心交流，充分了解孩子的家庭、学习生活情况和内心真实意愿，并从道德方面予以情感疏导。

经过调解，双方逐渐打开心结，达成一致意见，同意离婚并各自抚养一个婚生子女。

“寸草春晖，血浓于水！父母应当肩负起对未成年子女抚养、教育、保护的法定义务。无论婚姻如何变化，你们要相互协商配合，共同关心、爱护好子女，当好合格家长，避免因离婚纠纷对孩子产生不利影响。”

在沈禧娜代表的见证下，法官当即向为当事人双方发放《关爱未成年人提示》，提示双方要尽到身为父母的责任担当。


关爱未成年人提示

相关法律

“我们将履行好监护职责，关注他们的心理健康和情感需求，共同守护孩子健康成长”。林某夫妇均表示。

2023 年以来，潮州法院与市妇联等部门共建工作机制，通过打造家庭教育指导基地、“法官妈妈”工作室、和美家事调解室等多元平台，凝聚妇女儿童权益保护工作合力，不断推进妇女儿童权益保护工作迈上新台阶。共审结涉及妇女儿童权益案件 1674 件，先后有 56.03%纠纷以调撤结案。

来源：潮州中院 饶平法院

审核：利玥漾

编校：余淑娴

采写：吴可荻 张蝶

二、媒体典型案例

（一）赡养案例

继父起诉继女要求给付赡养费，能支持吗？

2024-04-16 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2024-04/16/content_238917.htm?div=-1

本报讯 继父起诉继女要求给付赡养费，能支持吗？近日，天津市宁河区人民法院审结的一起继父起诉继女要求给付赡养费的案件给出了答案，由于继父与继女之间没有形成事实上的抚养教育关系，继父的诉请未能获得法院的支持。

2000 年 1 月 19 日，时年 12 岁的罗某随母亲再婚到继父家，不久继父被查出得了肺结核，罗某母亲害怕罗某被传染，遂将其送回到姥姥家。2004 年 5 月 19 日，罗某母亲与继父离婚。在罗某母亲与继父婚姻存续期间，罗某大部分时间都在姥姥家学习生活，只有在一些特殊情况下才会去继父家。在罗某母亲与继父离婚时罗某尚未成年，继父与罗某母亲离婚后未对罗某进行抚养教育。继父年迈，起诉继女要求其履行每月给付赡养费的义务。

宁河区法院审理后认为，本案的争议焦点为原、被告之间是否形成了事实上的抚养教育关系。《中华人民共和国民法典》第一千零七十二条第二款规定，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，适用本法关于父母子女关系的规定。因此，只有继父母对继子女进行了事实上的抚养教育义务后，成年后的继子女才对继父母有赡养义务。罗某在母亲与继父再婚后不久即被送回到姥姥家，且继父在与其母亲离婚后，未尽到将其抚养教育至成年的义务，由于继女与继父的共同生活时间较短，不能认定已形成法律上的“受其抚养教育”，因此双方未产生父母子女的权利义务关系，最终继父要求罗某给付赡养费的诉讼请求被依法驳回。（于伯军）

法官说法：

现实生活中，因父母再婚而形成的继父母继子女关系的现象比较普遍。虽然法律规定，继父母继子女的权利义务与父母子女相同，但这种关系的产生基于姻亲而非自然血亲，需要通过不断地培养感情才能形成超越血缘的亲情关系，而这一时间必定是一个长期持续的过程，其间只有继父母履行了对继子女的抚养教育义务，双方形成拟制血亲后，才具有与自然血亲的父母子女相同的权利义务关系，继父母继子女之间不仅有抚养教育和赡养扶助的义务，同时也有相互继承的权利。如果继父母和继子女仅是短暂的、断断续续的共同生活和抚养行为，则不宜认定形成了事实上的抚养教育关系，否则就会产生继父母和继子女之间权利义务上的不对等，对继父母和继子女的责任承担也会有失公允和偏颇。

（二）恋爱分手纠纷案例

恋爱期间的小额馈赠不是彩礼
北京一男士诉请分手女友返还“爱情消费”未获法院支持

2024-04-09 人民法院报
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2024-04/09/content_238650.htm?div=-1

本报讯 潘先生与汪女士于 2019 年相识，2020 年确认恋爱关系并同居。恋爱期间，潘先生为汪女士购买了名牌鞋等物品，并转账给其房租、生活费等。二人分手后，潘先生要求汪女士返还上述钱物未果，诉至法院。近日，北京市海淀区人民法院审理了该起涉彩礼纠纷案，认为潘先生与汪女士之间成立赠与合同关系，现有证据不能证明该赠与符合彩礼等法定可返还情形，判决驳回潘先生全部诉讼请求。

潘先生诉称，在双方恋爱期间，为了展示结婚的诚意和对汪女士的重视，为其购买了名牌鞋等礼品，并多次通过微信转账、汇款等方式，帮助其支付生活费和房屋租金。后汪女士以性格不合为由与潘先生分手，现已不再和潘先生联系。因和汪女士交往系以结婚为目的，对于为其购买的礼品及给付金钱，潘先生要求汪女士返还转账以及物品折价，共计 88217.06 元。

汪女士辩称，其与潘先生系在国外学习期间认识并恋爱同居。在双方结束恋爱关系后，潘先生以上门向其父母索要钱财的方式逼迫汪女士回到他身边，在索要未果时提起本案诉讼。潘先生购买礼物以及转账等行为均为自愿赠与行为，汪女士从未胁迫索要。二人同居期间所有日常开销均由汪女士承担，汪女士也曾为潘先生购买高端男士护肤品、鞋子等物品。

法院审理后认为，潘先生与汪女士恋爱期间无偿向汪女士转账以及购买物品，双方之间存在赠与合同关系。根据《中华人民共和国民法典》第六百六十三条规定，受赠人不履行赠与合同约定的义务的，赠与人可以撤销赠与。潘先生虽主张其以结婚为目的向汪女士赠与财物，该赠与合同为附条件合同，现该条件无法成就故要求返还赠与财物，但从法院调查的事实看，潘先生在本案中所主张返还的财物，系分多次小额转账或赠送礼物累加的数额，其中不乏有 1314、521、52.1、5.21 等具有特殊含义的数额款项及发生在 2 月 14 日等特殊日期款项，故上述财物赠送应当认定为其为维系感情表达爱意而发生的馈赠或扶助，并未在未婚男女以缔结婚姻关系为目的交付的彩礼范畴。结合上述情况，对潘先生关于案涉附条件赠与合同因条件不成就而申请撤销的主张，法院依法不予支持。

宣判后，双方当事人均未提起上诉。该判决现已生效。

（谢银艳）

■法官说法■

恋爱中的情侣为对方购买物品或者转账的情况较为普遍，一旦感情出现问题，因为在恋爱期间的购物或者转账行为引发纠纷的案例也并不少见。给付一方往往主张该行为系借贷性质或者附条件赠与性质，而收款一方则主张属于无条件赠与。在审理此类案件时，在双方无明确约定的情况下，法院会综合考虑财物价值大小、给付时间、方式，双方的经济往来情况以及经济能力等因素作出判断。

对此类纠纷的审理结果，通常存在以下几种情况：一是认定双方存在民间借贷关系。例如一方向另一方进行大额转账，虽未签订借条等书面材料，但从双方的沟通记录等证据中可以确认存在借贷合意的情形。二是认定属于附条件赠与。例如一方以缔结婚姻关系为目的向另一方赠与较大数额的财物。中国传统风俗中的彩礼即系此类情况。在双方未能最终缔结婚姻的情况下，给付财物一方可以主张撤销赠与，返还财物。三是认定属于一般性的无偿赠与。例如男女朋友恋爱期间多次小额转账、发红包，购买日常用品等，结合转账金额、时间、共同生活等事实，可以认定为无偿赠与。

2024 年 2 月 1 日起施行的《最高人民法院关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》第三条明确了彩礼与一般给付财物的区别，即下列情形给付的财物，不属于彩礼：一方在节日、生日等有特殊纪念意义时点给付的价值不大的礼物、礼金；一方为表达或者增进感情的日常消费性支出；其他价值不大的财物。本案正是符合上述一般给付财物的情形。本案中，男方为女方购买的物品价值未超出日常恋爱合理支出，且女方也提交了相应为男方购买物品的记录，结合双方共同生活的事实，上述购买物品的行为性质应认定为一般性赠与。至于男方的转账、发红包行为，系分多次小额转账，其中既有具有特殊含义的数额款项，也有发生在特殊日期的款项，亦应当认定为一般性赠与性质。

在此提醒，处于恋爱关系中的男女由于感情较好，容易在金钱往来、购买物品等事情上处理得较为随意，当感情出现问题，又会因为之前的财务问题产生纠纷，甚至对簿公堂。出于对恋人的爱意而向对方赠送财物是正常表达爱意的方式，但是也要视情况量力而行，莫要在感情浓厚时赠送超出经济承受范围的财物，在双方感情破裂时又后悔要求追回。当然，如果是出于借贷原因向对方转账，则应备注好用途，并注意留存证据；若是以缔结婚姻关系为目的附条件赠与的彩礼，则应留存相应大额转账记录。

（三）侵权纠纷案例

剥夺近亲属祭奠权，应当承担侵权责任

2024-04-06 法治日报
https://mp.weixin.qq.com/s/xS9_wGSXWMLN8XwKUyb9cg

文丨余向阳 樊雨兰 严琴

目前，我国现行法律皆无祭奠权的明文规定。除了民众普遍意识的争论，在学界和司法界也都存在着一种观点，即认为祭奠权纯属习俗道德规制范围而拒绝将其纳入法律调整范围。笔者认为，“祭奠”这一根植于中国传统的道德风俗理应进入法律规范的视野。“祭奠权”是人格权的一种，是民事主体基于近亲属关系产生的对死者进行祭奠的权利，作为逝者死亡最先知情的近亲属，负有通知其他亲属该事实的义务。由于生活矛盾隐瞒该事实且擅自处理逝者后事，违背民间殡葬善良习俗，致使另一方近亲属无法见到逝者的“最后一面”，造成不可逆的精神损害，侵犯了祭奠权，应当承担侵权责任。

基本案情及裁判结果

张某全系原告张某生、被告张某香之父，张某全于 2021 年 10 月 27 日去世。张某全去世后，被告张某香未通知原告张某生，就为张某全举办了葬礼并将遗体火化。2021 年 12 月 24 日，原告从他人处获悉其父张某全已经去世的消息后，找被告询问，得知父亲张某全已病故，但被告未告知张某全遗体状态及丧葬情况，遂以祭奠权被侵犯为由提请诉讼，引发本案纠纷。

江西省萍乡市安源区人民法院认为，本案争议的焦点是被告的行为是否侵犯了原告的人格权。祭奠是人类共同具有、为表达对已经逝去的亲人的哀思和怀念之情而举行的活动。祭奠作为一种情感的寄托方式，已经成为我国各民族之间普遍存在的风俗习惯，它体现的是对亲人的追思、对生命的尊重。本案中，原告张某生和亡者张某全是父子关系，被告张某香应该及时将张某全去世以及相关善后事宜告知原告，便于原告祭奠、吊唁，但被告未尽告知义务，其辩称根据父亲张某全的遗愿不要原告到场，但未提供证据证明，其行为在一定程度上侵害了原告的人格权益，故被告应当就未告知父亲去世一事向原告赔礼道歉并就其造成的精神损失承担相应的赔偿责任。

本案中，原告对父亲生活、身体情况一无所知，亦未采取积极的措施探望父亲，该行为对父子、兄妹感情造成了影响，原告对此也负有一定责任。

鉴于被告在庭审中已陈述父亲遗体的状态及安放的具体地点，对于原告请求法院判决被告告知其父亲遗体安放的具体地点及遗体状态的诉请，法院不再处理。关于原告主张的精神损害抚慰金，结合本案具体情况，原告主张过高，法院酌情支持精神损害抚慰金 1000 元。

一审判决后，双方均未提起上诉，判决已发生法律效力。

祭奠权的法律属性及应否受到法律保护

祭奠权到底是属于法内空间还是法外空间，实践中还是存在一定的争议。很多人在答辩中也直接提出：“现行民法典规定的人格权仅列举了生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像

权、名誉权、荣誉权、隐私权等权利，祭奠权并不在法律规定的人格权范围内，现行法律也无祭奠权相关的法律规定，原告的诉请没有任何法律依据。”①

也有案例从民事权利、民事活动判定逻辑加以分析：“民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务，片面追求自身权利，忽视他人权益，不尽基本义务，则有悖于权责统一的法律原则。孝顺父母，尊重长者是基本的道德伦理观念，对父母的赡养也是子女的法定义务。原告不主动联系二被告以探听母亲病情发展，而是坐等其他亲属主动告知其消息，表现出对自身享有的祭奠权存在明显的漠视，对祭奠权受到损害持放任态度，其自身行为对母亲去世给自己留下的遗憾负有不可推卸的责任。我国现行法律尚未明确规定在原告母亲去世后，二被告负有法定义务通知原告。而实现对故者的祭奠权，按照我国传统民俗习惯，原告虽在其母亲去世时未能参加葬礼进行祭奠，但仍能选择多种方式表达对母亲的缅怀，因此一审法院没有支持原告诉讼请求。”②

由此可以看出，祭奠权尚未成为一种类型化的法定权利，有的作为一般人格权进行处理，有的以法律无明文规定和有其他救济途径等为由驳回原告诉请。

但笔者认为，祭奠权是在我国传统的伦理观念和民间风俗习惯背景下，基于近亲属身份产生的权利，包含权利人对逝者追思、悼念的精神利益，符合我国民法典保护的公民人身权益范围，性质上属于人身权的一种。另外，笔者通过对中国裁判文书网进行搜索，发现对此基本形成主流意见：祭奠权应受法律保护。③

逝者去世后，近亲属享有瞻仰遗容、参加葬礼、敬献花圈等对逝者进行祭奠、吊唁的权利，且有商量安葬时间、安葬地点、墓碑署名权等权利，而在世近亲属之间负有相互通知的义务，保障近亲属对逝去亲人的吊唁权和祭奠权是我国行之已久的民间殡葬善良风俗，是社会基本伦理道德，亦是社会主义核心价值观所倡导的理念。本案中，张某生和张某香是逝者张某全的儿、女，基于该关系，在精神利益上产生了“祭奠”逝者的人格权益，且应自由地享有这种人格权益，不应受到限制和妨碍。这种权益虽然未像生命权、身体权、健康权等明确规定在民法典第九百九十条，但是该条第（二）款作了“除前款规定的人格权外，自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益”的规定，祭奠权益符合我国传统的民事习惯和公序良俗对人格尊严的要求，与其他人格权益的特质和内涵相符，即祭奠权可归类于该款中的其他人格权益。不论出于何种原因，与逝者存在近亲属关系的一方以限制、妨碍另一方行使祭奠权的形式造成对方精神痛苦或获取其他相关利益，这种行为违背了公序良俗，作为正当的民事利益，在遭受侵害时应当依法得到保护。在没有明确法律规定时，可以参照民法典第九百九十条第二款规定进行处理。

祭奠权的行使主体和权利顺位

根据前述论述，受害人祭奠权受到侵害后，可以民法典第九百九十条第二款开放性条款主张权利，那么祭奠权的行使主体如何界定？有无先后顺位？

从中国传统祭奠文化中可知，祭奠内容有治丧者通知亲属、朋友等见逝者“最后一面”、告知下葬时间及地点、墓碑署名、遗体骨灰等占有及处置等，体现了民间殡葬善良风俗、社会基本道德伦理观念，是社会全体成员在公共生活中普遍遵循的道德准则和行为规范，是传统民间习惯和社会公德的要求，也符合社会主义核心价值观所倡导的理念。我国民法典人格权独立成编，全面强化对人格权的保护及对人格尊严的维护，祭奠权作为具有身份性特征的人格权，属于绝对权，根据可预见性原则，让特定人享有祭奠权应能够

可预见。因此，与逝者有特定身份关系的自然人才能成为祭奠权的主体。那么具体如何认定呢？

通过查阅有关判决书后，发现行使祭奠权的主体一般为近亲属，逝者的近亲属之间互相主张权利，如本案中哥哥主张妹妹侵犯其祭奠权，隐瞒父亲死亡情况，导致其无法见到父亲的最后一面。笔者认为，祭奠权的主体不限于逝者的近亲属，还应该包括逝者直系非近亲属、逝者子女的配偶或者逝者配偶的父母、与逝者生前形成事实收养关系及其他有抚养、赡养关系的亲属。对于对身份要求最高的祭奠权，如遗体的处理、骨灰的安置、安葬墓穴及墓碑署名等，可参照我国民法典关于遗产顺序继承的规定，按照配偶、子女、父母为第一顺位，兄弟姐妹、祖父母、外祖父母为第二顺位，其他亲属为第三顺位进行确定。而对于身份关系要求低的祭奠权，如死亡信息的获取、“最后一面”的告别、扫墓等，可平等享有权利。

本案祭奠权的救济

从权利主体来看，祭奠的权利，是实现死者近亲属人格利益的重要体现，近亲属的身份虽然随着死者的死亡事实消灭，但是基于死者的内在人格或者精神利益，并未消失。就此而言，保护近亲属合法的祭奠权，实际是保护近亲属的精神利益。从权利客体来看，祭奠权的内容包括一系列权利义务，具体包括对死者死亡事实的知情权、对遗体进行告别的权利、妥善安葬死者的权利、对死者进行悼念的权利等，而祭奠权的义务包括通知死者近亲属死亡事实的义务、对遗体进行妥善保管的义务、不得妨害近亲属祭奠的义务等。上述权利客体系人格利益的体现，既然祭奠权是一种人格权，是一种基于近亲属与死者之间的身份关系而产生的人格利益，就不会因没有履行某种义务而丧失。

本案中，被告辩称原告在其父亲病重期间未履行赡养老人的义务，也未时常探望老人，但这并不能成为被告侵犯原告享有祭奠权的抗辩理由。因为在死亡事实发生后，最先知道死者死亡事实及特别是照顾死者生活的近亲属有义务通知其他权利人关于死者去世的消息，以使其他祭奠权人能够及时、顺利参加祭奠仪式，不能由于相互之间的矛盾而剥夺其他近亲属的祭奠权，这不仅违背了民间殡葬善良习俗和社会伦理道德，使其他近亲属从情理上无法接受，也破坏了亲情和睦。通知应采取通过一切可能采取的渠道和手段，穷尽所有方式方法方可免责。被告由于双方之间及原告与父亲之间的生活矛盾将父亲去世以及相关善后事宜予以隐瞒，私自将父亲的遗体火化，侵犯了原告的祭奠权，侵害了原告的人格权益，对原告的精神造成了一定的、不可逆的伤害，结合原、被告之间的关系及被告存在一定过错等因素，依照《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》第一条之规定，法院判决被告向原告赔礼道歉并赔偿原告精神损害抚慰金 1000 元。

注释

① 西安市雁塔区人民法院（2021）陕 0113 民初 22425 号民事判决书。

② 天津市南开区人民法院（2021）津 0104 民初 17585 号民事判决书。

③ 笔者在中国裁判文书网以“祭奠权”为关键词进行检索，共得到裁判文书 190 份，排除以程序问题回避实体问题处理的、与祭奠权没有实质联系的裁判文书和裁定书，共得到有效样本 127 份，基本全部认同了祭奠权利的存在，只是在结果处理上存在差异。

余向阳　江西省萍乡市中级人民法院审判委员会专职委员、高级法官

樊雨兰　江西省萍乡市安源区人民法院员额法官

严　琴　江西省萍乡市安源区人民法院员额法官

来源丨法治日报

编辑丨王芳　朱雨晨　岳铼

（四）离婚财产分割案例

离婚时，残疾赔偿金能否作为夫妻共同财产进行分割？

2024-03-30 山东高法

https://mp.weixin.qq.com/s/QMXRNfY3xxFO-M6pSg2vZg

鲁法案例【2024】186

■巨野法院：离婚时，残疾赔偿金能否作为夫妻共同财产进行分割？

原告王某与被告张某经人介绍认识，于 2008 年经政府登记结婚，婚后育有二子。2022 年某天，被告在外出时与机动车发生交通事故，肇事车辆的保险公司一次性赔偿被告医疗费、残疾赔偿金等各项损失 20 余万元。因原、被告婚后矛盾不断，原告于 2023 年诉至法院，要求与被告离婚，抚养婚生孩子，依法分割共同财产。经多次调解，原、被告对解除婚姻关系、孩子抚养达成一致意见，但对被告理赔的残疾赔偿金争执不下。

原告王某认为，被告在交通事故中得到的残疾赔偿金是在夫妻关系存续期间获取的，且发生交通事故时，原、被告夫妻关尚在维系中，该笔赔偿款应当作为夫妻共同财产进行分割。

被告张某认为，其发生交通事故后受伤，获取的十级伤残的赔偿金是肇事车辆对个人丧失部分劳动能力的补偿，应属于个人财产，原告不应分割。

法院审理认为，根据法律规定，残疾赔偿金是对受害人因伤致残后劳动能力丧失导致收入减少的赔偿。本案中，尽管该残疾赔偿金是被告在原、被告夫妻关系存续期间获取的，但是该笔赔偿具有身份性和专属性，不是夫妻共同财产，应为被告的个人财产，原告无权主张分割。经承办法官释法明理，原告不再主张分割被告的残疾赔偿金，双方在财产方面达成一致意见。

小案不小办

日照市东港区法院：田间地头办案忙，暖心司法护春耕

原告老罗将自家闲置的八亩土地流转给了被告小刘，双方签订了土地租赁合同，因未约定土地用途，小刘接收土地后，将涉案土地用作物流公司停车场，为便于停车，小刘用石渣土填埋涉案土地西边部分，并平整其他土地，加盖看护房，周围设置围栏，形成基本封闭院落。后国土部门知晓后，通知小刘整改，随即小刘撤离涉案土地，但未将受损土地恢复原状，严重影响老罗使用。双方发生纠纷后，一直未能协商解决，致使涉案土地撂荒，无奈老罗只能向法院提起诉讼。

老罗来到法庭后，向小刘明确表示“地得复耕，我还种粮，地被你们用控机弄坏了，给我恢复原样，沟地给我顺好……。”承办法官李治升耐心听取老罗的诉求，在初步了解案情、找准问题症结后，法官耐心地向被告小刘释法明理，阐明春耕的紧迫性，小刘原本强硬的态度有所转变。为

趁热打铁尽快解决纠纷，法官立即组织双方当事人前往涉案土地进行实地勘察，并督促被告小刘调派专业平整土地、打垄的车辆和设备，对受损土地进行修复，努力保证不耽误老罗的春耕生产，最终在法官的见证下，小刘完成了土地恢复。至此，一起土地纠纷案件得到妥善化解。

寿光法院：常态化开展集中执行行动

为最大限度兑现当事人合法权益，切实增强人民群众的司法获得感。3 月 28 日，寿光法院继续开展常态化集中执行行动。凌晨 5 点半，30 名执行干警、6 辆警车迎着清晨微光奔赴执行现场，依法对拒不配合法院执行行为，“拖、逃、赖、躲”的被执行人进行集中拘传拘留。

被告孙某从原告尹某处购买蔬菜，欠菜款 11443 元。尹某多次催要未果，诉至寿光法院。寿光法院判决孙某支付尹某菜款 11443 元。判决生效后，孙某一直未主动履行，尹某申请强制执行。

执行立案后，执行干警立即查询被执行人的银行、资金账户及不动产等，均未查控到可供执行财产，多次传唤被执行人，其均未到院调解。此次执行行动中，执行干警成功将在家睡觉的孙某拘传至法院。念及被执行人未吃早饭，回到法院后，执行干警给孙某准备了早饭，饭后又开展释法说理，讲明拒不履行的法律后果，被执行人认识到自己的错误，也感动于执行干警温情执法，当即凑齐 5000 元现金交付申请执行人，后续按月支付、年内付清。

本次集中执行共拘传被执行人 19 人，拘留 3 人，执行完毕案件 3 件，执行到位金额 34 万余元，达成和解案件 6 件，和解金额 27 万余元。

烟台中院：联合调解化纠纷 不误农时不负春

春耕临近，李某从张某处购买了一批农用物资，张某将货物交付后，李某却迟迟不结货款，眼见得要不回钱就没法购买农资继续耕种，张某三番五次趁李某下地干活时讨说法，一来二去把双方的农活都耽误了。看着事情得不到解决，张某一纸诉状将李某诉至法院。考虑到春耕在即，为便利当事人，招远法院将案子分流至离当事人最近的齐山法庭办理。

为打消双方的抵触情绪，最大限度减少纠纷对春耕的影响，承办法官杨蕴健决定联合齐山镇人民调解委员会快速化解纠纷。调解过程中，起初双方剑拔弩张，法官和调解员共同安抚双方情绪，并从法理和情理的角度进行了耐心地释法明理。待平复后，李某讲述了目前所遇到的困难，家庭收入不多，自己又刚做了眼部手术，经济压力比较大。考虑一次性全额支付 5 万元货款存在困难，双方彼此之间又是低头不见抬头见的乡里乡亲，最终双方达成分期还款协议。

“就这么解决了?不盖上法院的印章这心里不踏实。万一不给钱怎么办？”虽然调解协议达

成了，张某仍旧心有不安。为打消当事人顾虑，齐山法庭积极指导当事人申请司法确定，当事人当日申请、法院当日确认，为调解协议赋予了法律效力。被告方也表示愿意积极还款。

鲁法案例

鲁法案例【2024】187

蒙阴法院：借款保证有期间，行使权利莫拖延

2021 年 2 月 26 日，崔某因资金周转向张某借款人民币 10 万元，并出具借条一张，约定借期自 2021 年 2 月 26 日至 2022 年 2 月 26 日，王某为上述款项提供担保，并在借条中保证人的位置签字摁手印。借款到期后，原告张某多次催要，崔某均以各种理由拒绝归还。张某遂于 2023 年 5 月 16 日将崔某、王某诉至法院，要求崔某偿还借款本金、王某承担保证责任。

法院审理认为，被告王某作为保证人在借条上签字，依法应当对 10 万元借款承担保证责任，但未约定保证方式及保证期间，故王某的保证方式为一般保证，原告张某有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人王某承担保证责任。根据原、被告关于借款期限的约定，被告王某保证期间至 2022 年 8 月 25 日。根据《中华人民共和国民法典》第六百九十二条第一款“保证期间是确定保证人承担保证责任的期间，不发生中止、中断和延长”的规定，保证期间为除斥期间，不发生中止、中断和延长，故被告王某对涉案借款承担保证期间至 2022 年 8 月 25 日，原告张某没有在保证期间内对债务人提起诉讼或者仲裁，故被告王某的保证期间已过，依法免除保证责任，原告诉请被告王某对涉案借款承担保证责任，于法无据，本院不予支持。

鲁法案例【2024】188

高青法院：“知假买假”的打假人请求惩罚性赔偿是否能够得到支持？

2022 年 8 月 17 日，原告房某到被告高青某超市购得匡威牌苏打水一瓶和凉白开一箱，超市于同日为原告出具收款收据一份，载明“凉白开单价 20 元、苏打水单价 2.5 元”并加盖超市印章。涉案苏打水生产日期为 2021 年 8 月 15 日，保质期 12 个月。房某认为超市销售过期产品，违反了《食品安全法》第一百四十八条第二款的相关规定，原告请求法院判决被告赔偿原告 1 000 元，并承担本案的全部诉讼费用及为实现债权的费用。

法院审理认为，《中华人民共和国食品安全法》的立法目的是为了保证食品安全，保障公众身体健康和生命安全。本案中根据原告提供的微信付款记录、收款收据以及现场录像，可以证明原、被告之间已经形成买卖合同关系。关于原告要求赔偿 1000 元的诉讼请求，原告在录像过程中，对涉案苏打水的生产日期进行了着重录影，说明其在购买时明知苏打水的生产日期已经过期，且在录像保留证据的情况下未及时找原告退换，结合原告在多个法院提起多起类似诉讼，说明原告购买苏打水并不是日常消费并用于生活需要，以此牟利目的明显，原告亦未能举证证明其购买的苏打水对其造成损害，故不应属于《中华人民共和国食品安全法》所保护的对象。综上，法院对原告要求赔偿 1000 元的诉讼请求不予支持。

编辑：马聪聪

妻子半年内游戏充值 15.8 万元
法院认定其中 14 万元属挥霍夫妻共同财产，判决补偿对方 7 万元

2024-04-12 人民法院报
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2024-04/12/content_238775.htm?div=-1

本报讯 妻子在半年时间内将 15.8 万元用于游戏充值，离婚时，丈夫认为这笔钱应为夫妻共同财产，要求妻子返还。日前，浙江省舟山市中级人民法院对此案作出终审判决，在扣除合理费用后，认定其中 14 万元游戏充值费用属于妻子挥霍夫妻共同财产，酌定判决妻子给付丈夫 7 万元。

2018 年，小李与薇薇相识相恋，并于 2020 年 1 月登记结婚。小夫妻共同经营了一家宠物店，收入虽不高但是感情尚可。后来双方因琐事经常发生争执，导致感情逐渐疏远，2022 年 5 月起双方开始分居。

2022 年 8 月，薇薇以双方感情破裂为由，向舟山市普陀区人民法院提起离婚诉讼。庭审中，双方对离婚无异议，但小李主张薇薇通过某平台游戏充值合计 15.8 万元系其个人挥霍，应当返还一半。薇薇则认为该消费属于年轻人正常生活支出，不应当返还。

法院审理后发现，从 2021 年 11 月至 2022 年 5 月短短 6 个月内，薇薇为玩某款游戏，有高达 400 多笔的充值记录，其中支付金额为 488 元的有近百笔。

一审法院认为，薇薇的消费行为已明显超出正常生活消费范围，薇薇的该项消费构成挥霍夫妻共同财产，属于严重损害夫妻共同财产利益的行为，权益受到侵害一方可以向人民法院依法请求保护自身利益。因双方除实物财产外无其他财产可以分割，一审判决包括家电家具等十一项实物均归小李所有，同时应当支付对方相应折价款，由于薇薇存在挥霍夫妻共同财产的行为，故最终法院酌情确认小李无需支付 2.5 万元实物折价款给薇薇。小李不服，提起上诉。

舟山中院审理后认为，挥霍是指对夫妻共有的财产没有目的的、不符合常理的耗费致使其不存在或者价值减损。玩游戏属正当的娱乐活动，但不应超出合理范畴，故认定该费用是否属于挥霍，应综合考虑款项金额、家庭资产、日常收支、配偶方态度等情况。在婚后不到半年的时间内，薇薇为游戏充值合计支出 15.8 万元，远超过普通人的正常消费水平，该笔款项的耗费，并非合理的家庭日常生活需要，属于不当处理夫妻共同财产。一审法院处理挥霍共同财产的方式，虽支持了小李关于分割夫妻共同财产时要求薇薇少分或不分的请求，但该金额远低于已认定的薇薇挥霍金额的一半，与法律规定的本义相悖，应当予以纠正。最终，二审法院根据双方收入情况和家庭消费情况，在扣除合理开支后，酌情认定薇薇挥霍夫妻共同财产费用为 14 万元，最终确定薇薇补偿小李 7 万元。

（陈倩琳）

（五）抚养权案例

听干货 | 离婚后子女抚养权的归属的原则

2024-04-06 法信 法信

https://mp.weixin.qq.com/s/bMiXGHrvRnfIG-0-DcieCQ

由于离婚后父母不再共同生活，必然导致子女由父还是由母抚养的问题。如果父母能自行对子女直接抚养权协商一致，不管归哪一方直接抚养，或者由双方轮流抚养、共同抚养，法院一般都不会干涉。但如果父母对直接抚养权问题协商不成，就会产生子女直接抚养权归属的相关争议。对于离婚后子女抚养权的归属，儿童最大利益原则是解决抚养纠纷的基本价值取向。且该总原则在判决时是要通过很多具体情况来衡量的，而不是简单地由其中一两个因素决定。

法信码|A2.H24490

离婚后子女抚养权的归属的原则

法信 · 裁判规则

1. 在处理抚养权时，可根据案情征求未成年子女的意见，但孩子对抚养权的选择并非决定因素，应以最有利于未成年子女原则作为处理抚养权的首要原则——杨某强诉张某丽离婚纠纷案

案例要旨：在处理抚养权时，可根据案情征求未成年子女的意见，但孩子对抚养权的选择并非决定因素，应以最有利于未成年子女原则作为处理抚养权的首要原则。在处理二孩抚养权时，对于年龄差距不大的幼儿或坚决表示不愿分离的子女，从陪伴成长和相互帮助的角度出发，可将兄弟姐妹不分离作为裁判考量原则。

审理法院：北京市第一中级人民法院

案例来源：《中国少年司法》2020 年第 3 辑（总第 45 辑）

2. 夫妻离婚期间抢夺、藏匿子女并不能优先取得抚养权，人民法院会从最有利于未成年人出发，依法确定抚养权——刘某与王某离婚纠纷案

案例要旨：夫妻离婚期间抢夺、藏匿子女并不能优先取得抚养权，人民法院会从最有利于未成年人出发，依法确定抚养权，充分保障未成年人的合法权益。

审理法院：武汉市武昌区人民法院

案例来源：湖北省高级人民法院发布湖北法院贯彻实施民法典、维护妇女儿童合法权益十大典型案例

3. 人民法院在解决夫妻离婚后婚生子女抚养权问题时，应当充分发挥家事调查的积极作用，按照最有利于未成年子女的原则确定离婚后婚生子女抚养权归属——刘某与张某离婚纠纷案

案例要旨：为解决夫妻离婚后婚生子抚养权问题，人民法院应当创新家事审判方式，发挥家事调查的积极作用，委托妇联等部门对夫妻双方的原生家庭进行家事调查，根据双方的抚养能力和抚养条件等情况，按照最有利于未成年子女的原则，确定抚养权归属。

审理法院：荆门市东宝区人民法院

案例来源：湖北省高级人民法院发布湖北法院妇女儿童权益保护十大典型案例

4. 在离婚纠纷中应按照有利于未成年人的原则确定子女抚养权——张某诉王某离婚纠纷案

案例要旨：离婚时抚养权有争议的，应按照最有利于未成年人的原则，确定子女抚养权，既实质性化解了当事人之间的离婚纠纷，又有效保护了未成年人的合法权益。

案例来源：山东法院发布家事审判典型案例

5. 未满两周岁的子女应以母亲直接抚养为一般原则，但法院可根据双方实际情况按照最有利于未成年子女的原则判决——大力与小翠离婚纠纷案

案例要旨：未满两周岁的子女应以母亲直接抚养为一般原则，但根据母亲对抚养问题态度不佳，父亲愿意直接抚养子女且前期子女确由父亲抚养的实际情况，应根据有利于保护子女权益的原则，认定由父亲抚养子女。

审理法院：启东市人民法院

案例来源：江苏法院网，发布日期：2022 年 5 月 16 日

6. 按照最有利于子女的原则决定抚养权有利于依法保障妇女儿童的合法权益——陈某桃诉陈某波离婚纠纷案

案例要旨：未成年子女目前生活、学习均较稳定，如改变孩子目前的生活环境势必对孩子的生活、学习产生影响，而且父母双方条件相当，应从最有利于孩子成长的角度决定未成年子女抚养权，按照最有利于子女的原则决定抚养权有利于依法保障妇女儿童的合法权益。

审理法院：江西省萍乡市中级人民法院

案例来源：江西高级人民法院网，发布日期：2022 年 03 月 21 日

7. 处理抚养权时，应以最有利于未成年子女原则作为处理抚养权的首要原则——杨某强诉张某丽离婚纠纷案

案例要旨：法院在处理抚养权时，不能简单地以孩子的选择作为唯一决定性因素，还应以最有利于未成年子女原则作为处理抚养权的首要原则，根据案件具体情况，综合考虑父母双方在孩子成长中所具备的经济能力和精神利益等。

审理法院：北京市第一中级人民法院

案例来源：北京市第一中级人民法院网，发布日期：2020 年 12 月 8 日

法信 ·司法观点

一、按照“最有利于未成年子女的原则”确定父母离婚后子女由谁直接抚养

本条（《民法典》第 1084 条）规定的直接抚养只是与未成年子女一起生活的权利，不直接抚养子女的一方并没有失去对未成年子女的监护权，不管未成年子女归哪一方直接抚养，父母子女之间的权利义务都没有改变。具体来说，不直接抚养子女的一方有权探望子女、关心子女的成长。如果直接抚养子女的一方作出侵犯子女合法权益的行为，另一方也有权替孩子维权，甚至要求变更直接抚养权。不直接抚养孩子的一方，有义务

支付抚养费。父母离婚时，如果能自行对子女直接抚养权协商一致，不管归哪一方直接抚养，或者由双方轮流抚养、共同抚养，法院一般都不会干涉。但如果对直接抚养权问题协商不成，就产生一个问题，法院判断子女由哪一方直接抚养的主要依据和规则是什么。我们认为，儿童最大利益原则是解决抚养纠纷的基本价值取向。当然，这个总原则在判决时是要通过很多具体情况来衡量的，而不是简单地由其中一两个因素决定。

实践中，对于父母离婚未成年子女的抚养问题认定一般坚持以下原则：

一是两周岁以下的子女，原则上由母亲直接抚养，母亲有下列情形之一的，可由父亲直接抚养：患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，子女不宜与其共同生活的；有抚养条件不尽抚养义务，而父亲要求子女随其生活的；因其他原因，子女确无法随母亲生活的。

二是父母双方协议两周岁以下子女由父亲直接抚养，并对子女健康成长无不利影响的，可予准许。

三是对两周岁以上未成年的子女，父亲和母亲均要求由其直接抚养，一方有下列情形之一的，可予优先考虑：已做绝育手术或因其他原因丧失生育能力的；子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利的；无其他子女，而另一方有其他子女的；子女随其生活，对子女成长有利，而另一方患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，或者有其他不利于子女身心健康的情形，不宜与子女共同生活的。

四是父亲与母亲抚养子女的条件基本相同，双方均要求子女与其共同生活，但子女单独随祖父母或外祖父母共同生活多年，且祖父母或外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或外孙子女的，可作为子女随父或母生活的优先条件予以考虑。

五是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。因已满八周岁的子女已有一定的自主意识和认知能力，直接抚养权的确定与其权益密切相关，为更有利于未成年人的健康成长，应当尊重他们的真实意愿。

六是在有利于保护子女利益的前提下，父母双方协议轮流抚养子女的，可以准许。

（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 392~393 页）

二、对两周岁以下子女抚养权的归属需要进行综合判断

在司法实践中，当父母双方对未成年子女抚养问题发生争议时，法院应当进行调解，尽可能争取当事人以协议方式解决，在当事人双方自愿、合法的前提下，协商决定。如不能达成协议或达成的协议不利于子女健康成长的，由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。虽然绝大多数情况下，父母之间的协议会以子女利益为重，但也不能排除存在父母协议损害子女利益的情况。“子女利益最大化原则”是司法介入亲子关系的恰当路径，也是处理未成年子女抚养问题的基本准则。1989 年联合国大会通过的《儿童权利公约》正式确定了儿童最佳利益原则。该公约第 3 条第 1 款规定：“关于儿童的一切行动，不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。”儿童最大利益原则确立了儿童作为独立个体的权利主体地位。为了保障实现儿童的全面发展，该原则要求立法、司法、行政机关或其他社会机构不仅要考虑儿童的利益，而且要优先考虑他们的最大利益，体现了儿童权利立法保护的价值取向，也为在实践中解决儿童权益问题提供了法律原则。我国是《儿童权利公约》的签约国，司法审判活动应当贯彻公约的上述精神。可以说，在审理涉及亲子关系的婚姻家庭案件中，未成年子女利益最

大化原则已成为人民法院平衡各方当事人利益时不能忽略的一个原则。1

司法实践中，尽管父母达成了子女抚养协议，但如果存在不利于子女健康成长的因素，便不符合本条（《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 45 条）规定。也即是说，抚养协议不是确定子女抚养权的唯一依据，法官需要以“有利于子女的身心健康、保障子女的合法权益”作为前提和出发点，再结合各方的抚养条件、抚养能力综合考虑，妥善处理未成年子女抚养权的归属问题。具体而言，需充分考虑子女能够得到照顾、子女本身的健康状况、子女生活环境、教育环境、父母的收入情况等因素。裁判者在平衡父母双方权利与子女权利的基础上，需要审查抚养协议是否对子女健康成长存在不利影响，在坚持子女利益最大化原则的前提下作出裁判。

（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 420~421 页）

1. 注：参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，人民法院出版社 2015 年版，第 59 页。

法信 ·法律条文

1.《中华人民共和国民法典》

第一千零八十四条 【离婚后的父母子女关系】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。

2.《中华人民共和国未成年人保护法》（2020 年修订）

第二十四条 未成年人的父母离婚时，应当妥善处理未成年子女的抚养、教育、探望、财产等事宜，听取有表达意愿能力未成年人的意见。不得以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权。未成年人的父母离婚后，不直接抚养未成年子女的一方应当依照协议、人民法院判决或者调解确定的时间和方式，在不影响未成年人学习、生活的情况下探望未成年子女，直接抚养的一方应当配合，但被人民法院依法中止探望权的除外。

3.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》

第四十四条 离婚案件涉及未成年子女抚养的，对不满两周岁的子女，按照民法典第一千零八十四条第三款规定的原则处理。母亲有下列情形之一，父亲请求直接抚养的，人民法院应予支持：

（一）患有久治不愈的传染性疾病或者其他严重疾病，子女不宜与其共同生活；

（二）有抚养条件不尽抚养义务，而父亲要求子女随其生活；

（三）因其他原因，子女确不宜随母亲生活。

第四十五条 父母双方协议不满两周岁子女由父亲直接抚养，并对子女健康成长无不利影响的，人民法院应予支持。

第四十六条 对已满两周岁的未成年子女，父母均要求直接抚养，一方有下列情形之一的，可予优先考虑：

（一）已做绝育手术或者因其他原因丧失生育能力；

（二）子女随其生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利；

（三）无其他子女，而另一方有其他子女；

（四）子女随其生活，对子女成长有利，而另一方患有久治不愈的传染性疾病或者其他严重疾

病，或者有其他不利于子女身心健康的情形，不宜与子女共同生活。

第四十七条 父母抚养子女的条件基本相同，双方均要求直接抚养子女，但子女单独随祖父母或者外祖父母共同生活多年，且祖父母或者外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或者外孙子女的，可以作为父或者母直接抚养子女的优先条件予以考虑。

第四十八条 在有利于保护子女利益的前提下，父母双方协议轮流直接抚养子女的，人民法院应予支持。

家事法苑

（六）赠与撤销案例

孙子接受祖父母房屋赠与后逼迫老人搬离
河南邓州市法院：受赠人严重侵害了赠与人的合法权益，赠与合同撤销

2024-04-17 人民法院报
http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2024-04/17/content_238933.htm?div=-1

本报讯 （见习记者 刘熠博 通讯员 梁雅婷 文鹏）近日，河南省邓州市人民法院审结了一起赠与合同纠纷案件。70 多岁的李某、张某夫妇二人将孙子小李诉至法院，要求依法撤销与小李的房屋赠与协议，并返还赠与的房屋。法院经审理，判决撤销李某、张某与小李之间的赠与合同；小李于判决生效后十日内返还李某、张某赠与的房屋，并协助办理产权变更登记手续。

我国自古有“隔代亲”的传统，爷爷奶奶等作为长辈，将房屋赠与孙子、孙女已是屡见不鲜，为何法院会作出这样的判决呢？

2018 年，李某、张某之子大李因脑梗留下后遗症，生活不能自理，其妻程某经常与其发生矛盾，后大李回到李某、张某住所养病并居住至今，由李某夫妇照顾儿子的生活起居。为了缓解儿子一家人的矛盾，2020 年 8 月，李某、张某以赠与的方式将唯一住房无偿地赠与时年 13 岁的孙子小李，双方签订了《赠与协议》，并在邓州市自然资源和规划局完成备案和不动产变更登记手续。

2021 年，李某夫妇先后身患脑梗、心脏病等多种疾病，李某留下耳聋、痴呆等后遗症，生活全靠 71 岁的张某卖废品维持。而为了让李某夫妇搬离赠与的房屋，程某和小李多次到李某夫妇住所内吵闹、打砸，对李某夫妇进行侮辱性谩骂，还造成部分财物受损，导致多次报警。其中一次，程某被邓州市公安局以故意损毁财物予以行政拘留。无奈之下，李某夫妇将小李诉至法院，要求撤销赠与协议。

法院审理后认为，本案系赠与合同纠纷，争议焦点为：案涉房屋赠与合同应否予以撤销？

《中华人民共和国民法典》第六百六十三条中规定：受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：（一）严重侵害赠与人或者赠与人近亲属的合法权益；（二）对赠与人有扶养义务而不履行；（三）不履行赠与合同约定的义务。本案中，李某夫妇均年事已高，且患有多种疾病，其子大李近年因患脑梗行动不便及与妻子发生矛盾等原因，由李某夫妇照顾其生活起居。

李某夫妇 2020 年将案涉房屋赠与孙子小李，系基于缓和大李家庭矛盾的目的。虽然小李对李某夫妇没有法定的赡养义务，赠与合同中也未针对小李约定合同义务，但小李作为晚辈，理应发扬中华民族的传统美德，给予行动上的关心和情感上的温暖，但小李不仅未能体谅祖父母的良苦用心，反而和其母亲多次到祖父母住所内吵闹、打砸，造成部分财物受损。李某夫妇不仅经济上遭受损失，小李及其母亲的行为更是对李某夫妇精神上造成严重伤害，已经严重侵害了赠与人的合法权益。李某夫妇要求撤销房屋赠与符合情理和法律规定。法院遂作出上述判决。

小李不服提起上诉。南阳市中级人民法院经审理作出二审判决：驳回上诉，维持原判。

另李某夫妇一、二审时均表示，若小李以后能悔改，愿意通过立遗嘱的方式再将房屋赠与小李。

■法官说法■

近年来，长辈与子辈或孙辈关于房产的纠纷案件呈多发趋势。不少老人会选择绕过子女，把自己的财产特别是房产直接赠送给孙辈，作为一种亲情的延续。但在现实生活中，孙辈得到房产后因生活琐事将老人“扫地出门”的现象却时有发生，老人的居住养老问题频发。民法典虽然为老人通过法律途径要回赠与的房产提供了依据，但法院也需结合具体案情进行认定。

那在“祖传孙”的过程中，老人如何做才能平衡自己的财产权益和亲情呢？一是老人不能因“家丑不可外扬”而选择忍气吞声，应该通过合法途径维护自身权益；二是可以在处理房产时为自己设立居住权的协议，明确双方的责任和义务；三是晚辈要自觉传承中华民族优秀传统文化，感念父母养育之恩、感念长辈关爱之情，养成孝敬父母、孝敬长辈的良好品质。

家事法苑

三、继承

未办理收养手续，女孩能否取得“养父”遗产分配权？|中国司法案例研究中心

2024-03-26 判例研究

https://mp.weixin.qq.com/s/wCdFU2dbJzQc9RF6wMcsEA

编者按

收养关系是家庭关系的一种，是一种特殊的亲子关系，具有法律效力和重要的社会意义。收养关系的确立与解除，遗产的分配与继承，都需要依法进行，以维护各方的合法权益。近期，衡阳市蒸湘区人民法院审结了一起涉及收养关系与遗产继承的纠纷案件。基于此，本文以该案例为引，探讨收养关系和遗产分配的相关法律问题，以期带来一定思考。

案情回顾

男子曾某和女子李某于 1999 年登记结婚，婚后两人未生育子女。女孩小可（化名）于 2004 年出生，出生 3 天后便被曾某夫妇领养。2020 年，李某、曾某相继去世。曾某名下有一套 100 平米的房产，系其婚前个人房屋被拆除后的安置房。2021 年，该房产被过户至曾某母亲曾奶奶名下。小可将曾奶奶起诉至法院，请求取得“养父”曾某的遗产分配权。庭审中，曾奶奶表示，曾某夫妇和小可之间并未办理收养手续，小可不是两人的养女。她还提交了小可的出生证明、户口登记、《中学生素质发展报告册》、银行账户申请书、村委会开具的贫困证明材料等，以上证据均显示小可的父亲系李某大哥，而非曾某。小可辩称，收养事实有亲朋好友 30 余人可以作证，户口是为了方便上学才登记在李某大哥名下，学费、生活费都是曾某夫妇承担的。此外，她还提交了自己尚在襁褓时和曾某夫妇的合照（上书“女儿小可”），以及李某去世后的墓碑碑文照片（碑文“母李 xx 之墓……女儿小可”）。

衡阳市蒸湘区人民法院经审理认为小可与曾某夫妇收养关系不成立。 最终法院判决曾奶奶继承曾某该套房产，小可对曾某的该套房屋不享有遗产分配权。

（案例来源：“湖南高院”微信公众号）

案件评析

一、收养的成立

（一）实质条件

1. 被收养人方面。

未成年人有下列情形之一可以被收养：（1）丧失父母的孤儿；（2）查找不到生父母的未成年人；（3）生父母有特殊困难无力抚养的子女。

2. 收养人方面。

（1）无子女或者只有一名子女；（2）有抚养、教育和保护被收养人的能力；（3）未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病；（4）无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录；（5）年满三十周岁。

3. 送养人方面。

生父母送养子女的应当共同送养。生父母一方不明或者查找不到的可以单方送养。

（二）形式要件

收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。1999 年 4 月 1 日《收养法》施行以后形成的收养关系，应当办理收养手续，未办理收养手续的，不

成立收养关系，无权继承养父母遗产；如 1999 年《收养法》施行以前发生的收养行为，认定事实收养关系的情况下，养子女有权继承养父母遗产。

二、养子女可以继承遗产的范围

（一）养子女是否可以继承养父母的遗产。

1999 年 4 月 1 日《收养法》施行以后形成的收养关系，应当办理收养手续，未办理收养手续的，不成立收养关系，无权继承养父母遗产；如 1999 年《收养法》施行以前发生的收养行为，认定事实收养关系的情况下，养子女有权继承养父母遗产。

（二）送养子女是否可以继承生父母遗产。

1. 原则上，送养的子女不享有生父母的继承权。养子女与其生父母间虽然有着血缘关系，但是从法律上讲，从他们与养父母之间确立合法收养关系时起，生父母子女间就不存在抚养和赡养的义务以及继承权。因此，一般情况下，养子女只能继承养父母的遗产，不能继承生父母的遗产。

2. 例外情况，送养的子女对生父母尽到扶养义务较多的，可适当分得遗产。这里所说的扶养不是法律上必须履行的义务，而是出于道德心、自觉自愿提供的帮助。而遗产的分配则根据对死者生前扶养的具体情况和遗产的数额、其他继承人所尽的义务等方面进行分析和处理。

3. 收养关系解除后，送养的子女可以继承生父母的遗产。在收养关系解除后，被收养人还是未成年人的，那么被收养人作为第一顺序法定继承人有权继承父母的遗产；被收养人成年的，收养关系解除后，成年子女与生父母需协商确定是否恢复权利义务关系。只有恢复权利义务关系的，成年子女才可以作为第一顺序法定继承人继承生父母的遗产。

本案系继承纠纷，争议的焦点问题为小可与曾某夫妇之间是否成立收养关系。按照规定“收养关系自登记之日起成立”，要成立收养关系必须向县级以上人民政府民政部门办理收养登记手续，而曾某夫妇并未办理收养登记手续。此外，小可提供的襁褓照片无法确认是否是其本人，其他证据也只能证明曾某夫妇承担了学费、生活费，证据效力明显低于曾奶奶提供的户口、学籍信息等证据。因此小可与曾某夫妇收养关系不成立，对曾某的该套房屋不享有遗产分配权。因此，收养子女应当办理合法收养手续，不仅利于收养关系长久维持，也有利于给孩子提供更好的物质保障。

//结语//

收养关系的成立与解除、遗产的分配与继承等法律问题，关系到当事人的切身利益，我们应当充分重视并遵守法律规定，确保收养关系的合法性和合理性，从而保障各方当事人的权益得到有效保障。应当按照法律规定办理收养登记手续，这样不仅有利于构建稳定的家庭亲子关系和社会关系，还能避免财产继承等法律纠纷。

（本文仅代表作者个人观点）

通州法院依据新的《民事诉讼法》 审理首例指定遗产管理人案件

2024-03-27 北京市通州区人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/pIJkATWYO-JiKP5ZyIKCIw

近日，通州法院依法适用特别程序，审结一起申请指定遗产管理人纠纷案件。该案是《民法典》继承编新增遗产管理人制度后，通州法院首例指定村民委员会担任遗产管理人的案件。

01 案情简介

2019 年，张某与李某签订了《借款协议》，约定李某要向张某偿还 123 万元借款，如果李某无法到期还款，愿意将自己名下永乐店镇某某村的房屋折给张某，价格按折抵时市场价计算，并将自己的集体土地建设用地使用权证交给张某。

2020 年，李某因车祸去世，但 123 万借款尚未偿还，所以张某便先后两次将李某的母亲、妻子及女儿以及李某的两位姐姐起诉至通州法院要求她们在继承遗产的范围内偿还借款，但上述李某的继承人们陆续在审判程序、执行阶段均明确申明放弃继承李某的遗产。

明明李某有遗产，但张某的债权却迟迟无法实现，于是张某便向通州法院申请指定遗产管理人，申请由通州区永乐店镇某某村村委会作为李某的遗产管理人，清理李某的遗产并处理债权债务。

02 法院审理

审理中，张某表示自己申请指定遗产管理人就是希望有管理人来变卖李某名下的房屋后来偿还自己的借款；永乐店某某村村委会主任表示，李某确实为该村村民。

法院认为，继承开始后，没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。对遗产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遗产管理人。

本案中，李某的全部继承人均表示放弃继承遗产，而张某也提交了《借款协议》及生效法律文书证明二人之间存在债权债务关系，属于法律上规定的利害关系人，有权提起指定遗产管理人申请。

指定遗产管理人以有利于遗产管理为原则。法院结合李某生前住所地以及约定为借款担保房屋均在通州区永乐店镇某某村，并考虑村民委员作为最贴近村民的一级组织，全面了解村民的家庭情况，方便对被继承人遗产的管理与清算。

最终法院判决指定通州区永乐店镇某某村村民委员会为李某的遗产管理人。

03 法官提示

遗产管理制度是指在继承开始后遗产交付前，有关主体依据法律规定或相关机关的指定，以维护遗产价值和遗产权利人合法利益为宗旨，对被继承人的遗产实施管理、清算的制度。遗产管理人则是指对被继承人遗留的个人合法财产进行妥善保存和管理分配的主体。

当今社会，一方面，人口老龄化逐渐成为我国目前社会趋势，遗产继承案件也随之增多；另一方面，新时代经济快速发展，公民个人财富日益增多，遗产的范围与种类也愈发复杂，并且伴随着人与人之间频繁的交易活动，遗产流转的多元化也成为了趋势。因此，在继承开始后，由遗产管理人对遗产进行保管和管理，有利于使遗产在实际分割前保障遗产的完整性和安全性，避免遗产处于无人管理的状态或被占有遗产的人转移、隐匿、侵吞等，也有利于促进公平、有序地对遗产进行分配，实现各继承人对遗产的继承权。

根据《民法典》第 1145 条，遗嘱执行人、继承人、被继承人生前住所地的民政部门和村委会均可以在符合条件的情况下被指定为遗产管理人，其中，民政部门和村委会作为具有公信力的中立机构，具有替补性、兜底性的功能，在没有任何人作为遗产管理人的情况下担任遗产管理人，履行管理人职责。同时，民政部门及村委会与遗产继承不存在利害关系，并且二者作为最贴近公民的基层组织，承担社会救济、社区服务等工作，往往最为了解公民的家庭关系、财产状况等，有助于公正、快速、高效地解决被继承人的遗产问题，维护债权人及继承人的合法权益，也符合公共利益与社会效益。

04 法官说法

为与民法典规定的遗产管理人制度保持衔接，2024 年 1 月 1 日生效的新《民事诉讼法》在第十五章“特别程序”中新增第四节“指定遗产管理人案件”，为遗产管理人制度提供了更为详细的程序指引，增强了规则的可操作性，例如：该找哪个法院？如何写申请书？遗产管理人失职怎么办？如今的民事诉讼法中都有答案。

如何向法院申请指定遗产管理人？

根据《民事诉讼法》第 194 条，对遗产管理人的确定有争议，利害关系人可以向被继承人死亡时住所地或这主要遗产所在地基层人民法院申请指定遗产管理人；在向法院提起申请时，申请人应写明被继承人死亡的时间、申请事由以及具体要求，并附有被继承人死亡的相关证据。

其中，利害关系人是指与遗产具有直接利益关系的人，包括：遗嘱执行人、继承人、被继承人的债权人、受遗赠人等。同时，指定遗产管理人的案件适用于《民事诉讼法》中“因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖”的规定。

指定遗产管理人的根本目的是更好地管理遗产事务，因此由与遗产存在密切联系的法院管辖更合适，且此类纠纷与继承遗产纠纷往往密切相关，由相同的法院管辖有助于了解案情，更为便利、经济。

法院指定遗产管理人的原则是什么？

根据《民事诉讼法》第 195 条，人民法院受理申请后，应当审查核实，并按照有利于遗产管理的原则，判决指定遗产管理人。

遗产管理涉及继承人、债权人、受遗赠人等各方当事人的权利和利益，因此，人民法院在指定遗产管理人时，应当按照有利于遗产管理的原则，结合被继承人生前所立遗嘱等有关文件，尽量尊重被继承人的内心意愿，根据候选人的能力水平、公信力等来确定。

例如，在可查明的继承人中引入管养房屋方案“竞标”方式，让具有管养维护遗产房屋优势条件的部分继承人担任遗产管理人。

是否可以申请更换遗产管理人？

《民法典》第 1147 条明确规定了遗产管理人的职责：清理遗产并制作遗产清单，向继承人报告遗产情况，采取必要措施防止遗产毁损、灭失、处理被继承人的债权债务，按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产，实施与管理遗产有关的其他必要行为。

而根据《民事诉讼法》第 196 条，如果被指定的遗产管理人死亡、终止、丧失民事行为能力或者存在其他无法继续履行遗产管理职责情形的，人民法院可以根据利害关系人或者本人的申请另行指定遗产管理人。

如果遗产管理人违反遗产管理职责，严重侵害继承人、受遗赠人或者债权人合法权益的，利害关系人可以根据《民事诉讼法》第 197 条的向人民法院申请撤销其遗产管理人资格，并依法指定新的遗产管理人。

文字：魏冕

编辑：纪欣蕊

李琳：论以遗嘱设立居住权与狭义继承之区分及规范构造

原创：2024-03-29 清华法学 李琳

https://mp.weixin.qq.com/s/y1dGYHgMcCYA_FAheRZkYQ

清华法学 Tsinghua University Law Journal
Vol. 18, No. 2 (2024)

论以遗嘱设立居住权与狭义继承之区分及规范构造

李 琳 *

摘 要 遗嘱设立居住权与狭义继承存在着本质的区别。遗嘱设立的居住权不是遗产。遗嘱设立居住权的行为属于死因创设行为，是基于法律行为而发生的物权变动，本质上是遗嘱人在住宅上设定负担。故遗嘱设立居住权不能适用《民法典》第 230 条。基于居住权的无偿性，遗嘱设立的居住权保护应当劣后于被继承人债权人及交易安全的保护，同时应当被纳入到两阶段的遗产继承清算程序。居住权应当参照适用《民法典》第 368 条，在清算了遗产债务之后，经登记生效。在遗嘱人死亡后居住权登记前，居住利益人可以基于法定之债占有使用住宅并收取孳息，可以请求遗产管理人登记设立居住权，此请求权是债权请求权。同时居住利益人也可请求有过错的遗产管理人和继承人承担侵权责任，或请求处分住宅的继承人返还不当得利。

关键词 遗嘱 居住权 死因行为 登记生效 特定遗赠

一、问题的提出

《民法典》第 371 条规定了以遗嘱方式设立居住权的参照适用规则，但是参照适用什么规则，学界还有争议。其中争议最大的问题在于以遗嘱方式设立的居住权的生效要件及登记的效力。对于此问题主要有以下几种不同的见解：第一，认为应参照适用《民法典》第 368 条，遗嘱设立的居住权登记生效。[1] 第二，认为通过遗嘱设立居住权的，在遗嘱生效之时居住权即生效设立。[2] 第三，认为居住权在遗嘱人死亡后生效，第一阶段属于继承人等共有，而后第二阶

---

* 中国政法大学法律硕士学院讲师。

本文得到了中央高校基本科研业务费专项资金资助中国政法大学科研创新项目（100010822508）的支持。

[1] 参见杨立新、李怡雯：《民法典物权编对物权规则的修改与具体适用》，载《法律适用》2020 年第 11 期，第 26 页；崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社 2021 年版，第 346 页。

[2] 参见曾大鹏：《居住权的司法困境、功能嬗变与立法重构》，载《法学》2019 年第 12 期，第 62 页；房绍坤：《论民法典中的居住权》，载《现代法学》2020 年第 4 期；姜海峰：《物权法：规则与解释》，北京大学出版社 2022 年版，第 173 页；肖俊：《遗嘱设立居住权研究——基于继承法与物权法的交叉视角》，载《比较法研究》2023 年第 1 期，第 131-163 页。

一、问题的提出
《民法典》第 371 条规定了以遗嘱方式设立居住权的参照适用规则，但是参照适用什么规则，

学界还有争议。其中争议最大的问题在于以遗嘱方式设立的居住权的生效要件及登记的效力。对于此问题主要有以下几种不同的见解：第一，认为应参照适用《民法典》第 368 条，遗嘱设立的居住权登记生效。第二，认为通过遗嘱设立居住权的，在遗嘱生效之时居住权即生效设立。第三，认为居住权在遗嘱人死亡后生效，第一阶段属于继承人等共有，而后第二阶段遗产分割时需要登记。第四，明确区分遗嘱继承和遗赠，其中又分为两种不同主张。其一，遗嘱继承设立居住权的，采用登记宣示主义，遗赠设立居住权的，采用登记生效主义。其二，遗嘱继承设立居住权的，采取登记对抗主义，遗赠设立居住权的，采用登记生效主义。第五，认为无论通过遗嘱继承或遗赠设立，居住权都可以在继承开始时生效，但若是不登记，第三人可以依据登记公信力而取得无负担的所有权。而最高人民法院认为以遗嘱继承方式设立居住权的，不适用第 368 条的规定。依据《民法典》第 230 条，被继承人死亡后，继承人即取得居住权。通过遗赠设立居住权是否可以类推第 368 条的规定值得探讨。审判实务基本上是按照以遗嘱继承方式设立居住权适用第 230 条，以遗赠方式设立居住权则不适用第 230 条的原则裁判。

支持登记宣示主义的主要理由在于遗嘱继承属于非法律行为的物权变动，适用第 230 条的规定，即在继承开始时，被继承人的遗产当然转移于继承人，不需要继承人主张。而对于遗赠，根据对遗赠的立场不同，理由或为遗赠属于法律行为的物权变动而应采登记生效主义，或认为遗赠属于非法律行为的物权变动，因而在继承第一阶段采登记宣示主义。

但是，以上观点都存在一些难以解决的理论和实践的问题。如果采登记宣示主义将会产生严重的问题。首先，可能会严重损害交易安全和设定了居住权的住宅买受人的利益。除属于国家之外的不动产物权都应当公示才具有对抗效力，而遗嘱人死亡难以成为设立居住权的公示手段。其次，遗嘱人死亡未经清算就使得居住权生效，也可能严重损害遗嘱人的债权人之利益。如果采对抗主义，则是混淆了登记效力的分类标准。另外登记对抗使物权变动进入了不确定的状态。一个债权性的居住权并不能保护居住权人的利益，同时还会增加更多的纠纷。如果采登记生效主义，会产生与《民法典》第 230 条之关系协调问题以及如何保障遗嘱人的意思实现和居住利益人的利益等问题。有意思的是，在比较法上，居住权等用益物权往往只能以特定遗赠的方式设立，而不能以继承的方式设立。这背后的深层次理论值得深思。

以上问题之所以会产生，乃是由于学者的论证基本上默认将遗嘱设立居住权与狭义继承联系起来，默认遗嘱设立的居住权是遗产，同时遗嘱设立居住权是非基于法律行为发生的物权变动。这样就忽视了两个最基本的问题：第一，遗嘱设立的居住权是不是遗产；第二，遗嘱设立居住权的行为是什么性质的行为。对于这两个问题，绝大部分的学者都没有论述。即使个别学者有涉及，也仅仅是一笔带过，或者得出了不符合现代民法理论的结论。因此，有必要对这两个问题进行深入的研究。只有基于对这两个问题的正确回答，才能够正确判断遗嘱设立居住权应当适用的生效规则，最后研究如何保障居住权人的权益。

需要说明的是，学界对于继承、遗赠等概念的内涵还存在争议。我国法上的遗赠等概念也与以德国和法国为代表的大陆法系上的概念不同。为了统一概念，本文使用的继承概念，是指因人的死亡而由与其有一定亲属关系的生存人概括继受取得其财产的法律制度。而遗赠的概念有概括遗赠和特定遗赠之分。在特定遗赠中，受遗赠人原则上不承担遗产债务，因此在这个意义上，特定遗赠并不属于。由于特定遗赠不是继承，因此特定遗赠的财产也就不是遗产。

二、以遗嘱设立居住权与狭义继承之区分

（一）以遗嘱设立的居住权与遗产概念之区分

很少有学者论及以遗嘱设立的居住权与遗产之间的关系。绝大部分学者都是自然而然地将以遗嘱设立的居住权等同于遗产，只有个别学者认为其不是遗产。但是遗嘱设立的居住权是否是遗产关系到以遗嘱设立居住权行为是否应当适用遗产继承的规则，因此是必须解决的前提问题。

1. 与遗产内容要求之区分

在罗马法上，遗产（eredidas）具有概括性，包含了死者的所有财产权利（积极财产）和义务（消极财产）。但是在我国，关于遗产是否具有概括性还有争议。有学者根据原《继承法》第 3 条和《民法典》第 1122 条认为遗产只包括积极财产。但是学界通说认为，遗产的概念应当包括积极财产和消极财产，因此具有概括性。因为将消极财产列入遗产范围，可以正当化论证继承人所负的债务之清偿义务。

与遗产不同，遗嘱设立的居住权并不直接负担债务。比较法上来看，在意大利、德国、法国和我国台湾地区，遗嘱设立用益权（包括居住权）总是通过特定遗赠来完成。而特定遗赠的财产不直接负担债务。在我国法上，应为同理。首先，使居住权上负担债务违反遗嘱人保障居住权人利益的意图。因为立遗嘱人意欲确保其身故后居住权人对住宅取得对世性的物权，可以对抗第三人。否则可以签署租赁合同而不需要设立居住权。若是居住权上需要负担债务，则会造成居住权人无法对抗遗嘱人的债务人，使得遗嘱人意思落空。

其次，虽然居住权也可以用于商业运作，但是其最主要的价值是保障居住权人的生活。根据我国居住权无偿设立、不得转让和继承的规则，可以推断我国的居住权继受了罗马法以来人役权的制度，主要是为了保障特定人的居住利益。若使得居住权负担了遗产债务，则相当于违背了居住权无偿设立的原则和保障居住权人居住利益的制度价值。

再次，遗嘱设立居住权与继承遗产不同。前者是通过一个单方法律行为设立一个新的权利。而遗嘱继承并没有设立权利，只是指定继承人和分配财产，是转移财产的行为。这里的财产是概括财产，因此包含了消极财产在内。其财产转移主要是因为遗嘱人死亡的事实，而非法律行为，因此继承人需要以遗产为限负担消极财产。而遗嘱设立居住权是单方法律行为，不能为他人设定义务，因此设立的居住权上不能负有遗嘱人的债务。

最后，虽然《民法典》没有规定，但是我国的居住权性质上是人役权，不得转让和继承，无法变价，因此居住权没有以交易为基础而形成的市场价值。虽然有学者认为可以估价，但是这种估价是建立在空虚所有权交易和居住权人获得年金之上。而在住宅所有权的继承中，所有权人乃是无偿获得所有权，因此这种估价的意义值得怀疑。另外一个重要的问题是谁可以组织和进行估价，以及估价的因素是什么。这些都表明遗嘱设立的居住权难以获得市场价值，因此也无法作为责任财产。而限定继承的原则意味着居住权人只在接受财产的限度内清偿债务。若居住权负担债务，则其负担债务的份额难以确定。这也从事实上证明了遗嘱设立的居住权无法负担债务。

有学者也认识到了上述问题，但是试图通过遗产债务清偿上优待来解决这个问题。如果特定住宅之外的遗产足以清偿遗产债务，则无须动用设立了居住权的住宅。清偿债务时若要拍卖部分遗产，设立了居住权的住宅应列于后位。这种优待的理由，其一是遗嘱人希望居住权人获得一种纯粹的利益，而并不希望其承担起遗嘱的债务，其二是住宅所有权是未来真正的财产性利益，因此应当先由住宅所有权人清偿债务。然而，第一个理由正好论证了为什么遗嘱设立的居住权不负担债务。第二个理由则是完全混淆了居住权和负担居住权的住宅的所有权。后者当然属于遗产，应当为遗嘱人的债务负责。即使负担居住权的住宅被用以清偿了遗产债务，从而居住权难以存在，

也不能说是居住权负担了遗产债务。因为负担居住权的住宅所有权与居住权是两个独立的权利，其权利主体和内容都不同。实际上负担债务的是所有权，而居住权只是依附于其上而受到牵连。况且，在遗产清算时，居住权是否已经设立还不无疑问。因此即使“优待”设立了居住权的住宅所有权，也与居住权的性质没有关系，遗嘱设立的居住权也不属于遗产，而仅仅是遗产上的负担。

2. 与遗产时间要求之区分

《民法典》第 1122 条第 1 款规定：“遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。”按照对此条的解释，只能以遗嘱人死亡时的财产状况来确定遗产的状况。即遗产是在遗嘱人死亡时，其生前所有的财产和义务的总和。而遗嘱设立的居住权，是因为遗嘱人死亡而产生的权利，并不是“遗留”的财产。即使按照当然继承主义，最早也是在遗嘱人死亡时才能设立或者产生。如果区分了遗嘱继承和遗赠的生效要件，认为遗赠的居住权需要登记才设立，受遗赠人只有在遗产分割之时才得以请求执行遗赠，即遗赠设立的居住权需要在遗嘱人死亡后，遗产分割时才生效。而在遗产分割时，遗产已经确定。因此可以得出遗赠的居住权的生效会晚于遗嘱人死亡的时间，因此不是遗产。如果认为遗嘱继承设立的居住权是遗产的话，就会得出同一遗嘱中，遗赠设立的居住权不是遗产，而遗赠继承设立的居住权又是遗产的悖论。可见，无论是遗赠设立还是遗赠继承设立的居住权，都不符合遗产对于时间性的要求。

此外，虽然居住权是遗嘱人死亡而产生的后果，但是不能认为由于遗嘱人死亡而产生的权利和义务都是遗产。因为这些权利义务的产生，除了遗嘱人死亡的事实以外，还需要法律规定的其他事实。例如人身保险中被保险人死亡时，如果有受益人，赔付的保险金不能作为遗产。即使在没有受益人或者受益人不明确的情况下，保险人可以向被保险人的继承人给付保险金，但这里也不是遗产继承，继承人取得的不是属于被继承人自己的权利，而是因被继承人死亡的结果所产生的保险金受领权。

虽然根据《保险法》第 42 条规定，在没有受益人或者受益人不明确的情况下保险金可以作为遗产继承。但是应当认为这样的规定乃是为了保护债权人的政策性规定。而在学理上，无论是从保险金的本源还是保险保障实效发挥的角度看，保险金都与被保险人的遗产无涉。一则是保险事故发生后由受益人领取的财产性利益才可称之为保险金，而遗产则是被继承人生前就可确定之财产；二则是被保险人既不是保险合同的债权人，也不可能是受益权人，因此保险金不是被保险人的财产，自然也就不是其遗产。与此类似，遗嘱人死亡以后，原有的财产增加的，所增加的财产不能视为遗产，或者最多只能视为遗产的增值。因此，遗嘱设立的居住权不是遗嘱人生前的财产，不能将其列入遗产。

3. 与遗产主体要求之区分

根据遗产的定义，遗产应当是属于遗嘱人的财产。权利的主体是否是被继承人是判断某项权利是否是遗产的重要标准。例如，因受害人死亡而产生的死亡赔偿金不应当作为受害人的遗产。因为死亡赔偿金的权利人并不是死者，而是其近亲属。而精神损害赔偿金是否是遗产，需要依据精神损害赔偿的权利人来判断。若权利人是被继承人，则是遗产。若权利人是死者近亲属，则不是遗产。

而在遗嘱设立的居住权的情形，居住权的权利人并不是遗嘱人，而是继承人或者受遗赠人。而且，不同于作为遗产的财产，遗嘱人从来都不是居住权的权利人，但曾经是遗产的权利人。因为遗嘱设立的居住权是从无到有，而不是既存权利的转移。可见遗嘱设立的居住权与遗产在主体性上有着本质的区别。

（二）以遗嘱设立居住权行为性质与狭义继承性质之区分

不仅遗嘱设立的居住权不是遗产，而且遗嘱设立居住权行为本身也异于狭义继承的性质。狭义继承属于非基于法律行为发生的物权变动。已经有学者提出遗嘱只是居住权的设立方式。但是这种设立方式的性质是什么，该学者并没有论述。因此有必要从物权取得的原因和物权变动的原因两个方面进行深入的探讨。

1. 遗嘱设立居住权是创设继受取得

通说认为，物权的取得分为原始取得与继受取得。而继受取得又可以分为移转继受取得和创设继受取得。“所谓移转继受取得，是就原物权人既有的物权，不变更其性质而予以取得的现象。而所谓创设继受取得，是就他人的权利创设新的物权而予以取得的现象。”创设继受取得的典型就是在他人之物上设定用益物权或者担保物权等定限物权。定限物权的设定须以所有权为基础，其本身就构成所有人对其所有权的处分，故属于继受取得。但是所有人并不因定限物权的设定而丧失其所有权，因此所设立的权利与所有权乃是两个不同的权利，故不属于移转继受取得。

区分移转继受取得和创设继受取得之意义在于，在移转继受取得中，取得人的物权与前主的物权的性质并无不同。在创设继受取得中，取得人所取得的物权和前主的权利相比较，性质各异。在继承领域中，这两种的区分也具有重要的意义。

基于继承而取得被继承人的物权属于移转继受取得，因为继承人依其原状取得了被继承人既有的物权。这样的物权变动乃是既存的权利的转移，属于旧的法律秩序的延续。这种取得方式可以称之为“死因移转”。而以遗嘱为他人设定定限物权属于创设新的权利，属于创设了新法律秩序。这种取得方式可以称之为“死因创设”。

死因移转与死因创设最大的区分意义在于以下两点。首先，权利上是否存在原始权利负担不同。由于死因移转是将原来就存在的权利转移给他人，同时又是继受取得，因此他人接受的权利之上可能会负有遗产债务。而死因创设是创设了一个之前不存在的权利。根据现代的物权理论，即使认为死因创设的权利来自于原始权利的权能分离，被创设的权利仍然是一个新的独立权利，而并不是原始权利的一部分，遗嘱人也不能通过单方法律行为为他人设定一个负担遗产债务的权利，因而一个新设立的权利之上不会负担有遗产债务。

其次，对第三人的利益影响不同。死因移转是将原来就存在的权利转移给他人，因此对于第三人来说，权利变动主要是权利人的变动，而权利义务的内容并没有发生改变。同时，由于在死因移转中，原权利人已经不存在，因死因移转发生的物权变动即使没有公示，其对善意第三人权益的影响也较小，这也是《民法典》第 230 条的深层次原理。但是在死因创设中，遗嘱人可以为任何人创设新的权利，而且是绝对权。新增的权利人和权利内容会改变既存的权利义务关系，从而对第三人权益造成重大影响。因此，死因创设必须要考虑公示和第三人信赖保护的问题。

2. 遗嘱设立居住权是基于法律行为发生的物权变动

遗嘱设立居住权并不是非基于法律行为发生的物权变动。首先，遗嘱符合法律行为的构成要件，是法律行为，而且是单方法律行为而不是双方法律行为。遗嘱设立居住权的效力主要来自于遗嘱，因此应当也是单方法律行为。有少数学者主张遗嘱设立居住权行为是双方法律行为，但是并没有充分论证，其论证理由难以成立。同时，遗嘱设立居住权是死因行为而不是生前行为。这区别于死因赠与居住权。死因赠与居住权需要签订居住权设立合同，即双方在赠与人死亡前就达成了合意，属于双方法律行为，因此适用《民法典》第 368 条之规定。而法定继承是非基于法律行为发生的物权变动。

其次，遗嘱人的意思表示在物权变动之中所起的作用与在法定继承中所起的作用不同。作为死因行为，遗嘱设立居住权本质上是行为人对于

其财产就自己死后的事项予以安排。法律关系于死亡之时才基于死因处分而形成。虽然法律关系的形成与死亡密不可分，但是居住权设立的原因是遗嘱的设立行为，而不是当事人的死亡。相反，法定继承是典型的非因法律行为发生的变动，因为整个物权变动完全不需要被继承人的意思表示。因此死亡事件是物权变动的主要原因。但是在遗嘱设立居住权中，死亡不可能使得居住权设立。也就是说，居住权的设立根本的原因，是遗嘱人的意思表示。这在创设继受取得中表现得非常明显，因为死亡不可能创设一个权利。因此，遗嘱设立居住权的行为是基于法律行为而发生的物权变动。我国的通说认为，遗赠是基于法律行为而发生的物权变动，而继承是非基于法律行为发生的物权变动。故而遗嘱设立居住权并不是继承，而是属于特定遗赠。这就是德国、法国和意大利等国法上遗嘱设立居住权性质乃是特定遗赠之原因。

综上所述，遗嘱设立居住权与继承具有本质上的区别，遗嘱设立居住权应当更加注意保护善意第三人的信赖利益，属于基于法律行为发生的物权变动，而应当与继承适用不同的生效规则。

三、区分于狭义继承的遗嘱设立居住权生效规则

《民法典》第 230 条规定了继承时物权的变动规则，有其独特的规范目的。虽然学界对于遗赠能否适用第 230 条还有争议，但是在确认了遗嘱设立居住权具有“非继承性”后，其所适用的规则应当与第 230 条有所不同。根据遗嘱设立居住权背后特别的价值衡量和自身的性质，结合遗产清算和分配的过程，生效规则应当是：无论通过遗嘱继承还是遗赠设立居住权，都适用登记生效主义。

（一）遗嘱设立居住权与《民法典》第 230 条规范目的之抵牾

《民法典》第 230 条的规范目的乃是为了防止出现无主财产。因为被继承人死亡后主体资格消灭，而赋予遗产独立的法人人格没有必要，因而遗产会成为无主财产，从而引发秩序混乱。因此，第 230 条之意旨就是要实现物权在权利主体间的“无缝衔接”，从而避免死者财产成为无主财产导致社会秩序混乱。第 230 条可以克服登记生效要件主义过于严苛的弱点。同时继承时不动产物权的变动业已发生，存在的状态也十分明确，没有违反物权公示的要求，其后再为登记，也不碍交易安全。因为原权利人主体资格已经消灭，第三人的信赖利益不会受到过大的损害。

但是，第 230 条的适用应当严格限缩在死因移转的情形，而不能适用于死因创设的情形。因为死因创设情况并不符合第 230 条的规范目的，从而产生抵牾。首先，死因创设并不会出现无主财产的情况。死因创设乃是通过遗嘱为他人在自己的财产上创设一个权利。因此被创设的权利的主体已经确定。其次，死因创设会极大威胁交易安全，损害善意第三人的利益。遗嘱人将所有权遗赠第三人时，继承人处分遗赠财产的，善意买受人可以受到善意取得制度的保护。但是遗嘱设立居住权，继承人具有所有权，其为有权处分。由于我国没有采用公信力取得的制度，善意第三人不得请求去除所有权上之负担。因此，第 230 条的规范目与遗嘱设立居住权可谓南辕北辙。

若遗嘱设立居住权强行适用第 230 条，则可能产生以下的问题。第一，交易安全和设定了居住权住宅买受人的利益会受到严重损害。任何住宅上面都可能负担着没有公示的居住权。居住权排他性较强，居住权人通常可以终生占有使用住宅。而此时设立的居住权缺乏公示手段，善意买受人难以知晓住宅之上负担的居住权，从而购买了无法占有使用收益的虚位所有权。即使再交易，其交易价值也会极大贬损。即使善意买受人已经占有了住宅，居住权人也可以要求善意买受人返还原物，而且此请求权不受时效限制。但由于居住权生效并可对抗，善意买受人只能获得向出卖方主张违约责任的债权请求权，因此利益会受到

极大损害。更严重的是，无需公示的居住权可能会引发道德风险。继承人等可以伪造遗嘱来对抗善意买受人，从而引发一系列的纠纷。最高人民法院特别强调，为避免产生权属争议，继承人有必要及时办理登记。但是问题是这里办理登记的理由是什么？因为居住权不能处分，因此登记并不是为了处分的登记。最高人民法院实际上已经认识到了这个问题，强调登记乃是为了防止出现上述纠纷。

第二，在我国法上，设定了居住权的住宅也需要参与清算，为遗嘱人的债务负责。若住宅被用于清偿遗嘱人的债务，那么其上的居住权是否还存在？如果认为还存在，则住宅的交易价值必然严重受损。若继承人伪造遗嘱设立居住权，并串通第三人购买，则会发生逃避债务的道德风险。如果认为不存在，就有叠床架屋之嫌，为何不等到清算完成后再根据情况使得居住权生效？

即使区分遗嘱继承和遗赠，上述问题也会存在。关于第一个问题，因为遗嘱继承人的范围也较大，善意买受人不可能逐个核实情况。关于第二个问题，由于遗赠的是居住权，而不是住宅，住宅也需要参与到遗产清算中。即使住宅也被遗赠给了第三人，按照我国法，遗赠的财产也需要对遗嘱人的债务负责。产生上述问题的本质在于第 230 条背后体现的继承的价值衡量与遗嘱设立居住权中价值衡量不同。

（二）遗嘱设立居住权生效规则背后的价值衡量

现代继承法的立法目的是妥善处理死者遗留的财产关系，其中以继承权为中心的遗产继承是明线，以债权人利益保护为中心的遗产债务清偿是暗线，两者并行，共同实现对继承人利益与遗产债权人利益的保护。

要确立遗嘱设立居住权适用的生效规则，需要明确其背后隐藏的价值冲突，并且做出合理的价值衡量。遗嘱设立居住权的情形中，一般会涉及多方，即居住权人、遗嘱人的债权人与负担居住权住宅的买受人等之间的利益平衡。

如果认为遗嘱设立居住权在遗嘱人死亡后立即生效，那么可以很好地保护居住权人的利益。但是，很可能会损害遗嘱人的债权人与负担居住权住宅的买受人的利益。申言之，负担居住权的住宅构成遗嘱人的责任财产，对遗嘱人的债权人构成清偿的担保。若是遗嘱人死后居住权生效，则还未进入遗产清算和债务清偿阶段。而在住宅上设立居住权，会极大地减损住宅的交易价值。因为居住权是物权，具有对世性，同时需要对住宅持续地占有和使用，使得所有权成为空虚所有权，从而基本丧失了利用价值。事实上，在住宅上设立居住权的过程可以视为将所有权的权能分离出来单独设定一个权利的过程，也是将所有权的价值转移至居住权的过程。由于居住权不属于遗嘱人的财产，故而此过程意味着遗嘱人的责任财产的减少，从而损害遗嘱人的债权人的利益，不啻为承认遗嘱人可以有权处分债权人的财产。此外，遗嘱人还可以故意在其住宅上为他人设立居住权以逃避债务，从而造成道德风险。这会引发与在民事执行程序中，被执行人与他人串通就执行住宅签订租赁合同一样的问题。对债权人更为不利的是，由于遗嘱不是合同，债权人也无法诉诸债权人撤销权来撤销遗嘱。而居住权对于住宅的价值减损较租赁合同更为严重。而对于负担居住权住宅的善意买受人，没有公示但又具有物权效力的居住权会严重损害其信赖利益。同时，如前文所述，此信赖利益无法受到善意取得制度的保护。在邱某与董某某居住权执行案中，继承人已经将负担有居住权但未登记的房屋挂牌出售，幸于居住权人及时发现申请了强制执行登记居住权。若居住权人在房屋出售后才发现并申请强制执行，那么善意买受人买到的将是一个无法使用的房屋。

如果认为遗嘱设立居住权在遗嘱人死亡后立即生效，但是如果不登记不得对抗善意第三人，

同样可能会损害遗嘱人债权人的利益。因为只要债权人知道或者应当知道，其就无法对抗居住权人，同样会发生遗嘱人责任财产减少的问题。但是否知道遗嘱人在住宅之上设定了居住权似乎不应当影响其债权。登记对抗还会损害部分负担居住权住宅的买受人的利益，同时部分保护居住权人的利益。

如果认为遗嘱设立居住权在遗嘱人死亡后不立即生效，而是需要经过遗产清算、偿还债务并且经过居住权人请求并且登记之后才生效，则可以保护遗嘱人的债权人与负担居住权住宅的买受人的利益，但是可能会损害居住权人的利益。第一，住宅所有权人可能会处分住宅，导致居住权无法设立。第二，居住权人可能会丧失遗嘱人死亡后到居住权登记之前的居住利益或者收益。

在这些利益相关的各方中，谁应当更受到保护？在民法的价值衡量中，原则上无偿获得财产的人一般劣后于有偿获得财产的人。这在善意取得、债权人撤销权等制度中有明确的体现。而遗赠是无偿取得财产，因此其权利应当劣后于债权人。在遗嘱设立居住权中，相较于第三人，居住权人原则上也是无偿通过遗赠获得居住权，同理也应当劣后。在遗产不足以清偿全部遗产债务时，遗赠债务处于最劣后的清偿顺位。虽然民法典居住权制度的规范目的是保护弱势群体，但是遗嘱人可以自由设立居住权，不受制度目的之限制，因此不能一概对居住权人倾斜保护。况且对于居住权人，可以通过其他的规则来获得保护。

从价值衡量上来看，若是采取登记宣示主义，为了保护无偿获得居住权的居住权人的利益，而要严重损害遗嘱人债权人及负担居住权住宅的买受人的利益，严重损害交易安全和交易效率，这在价值衡量上来看并不公平。因此登记宣示主义不可采。而登记生效主义或者登记对抗主义在价值衡量上似乎可以被接受。

（三）遗嘱设立居住权生效规则与遗产继承程序之协调

虽然遗嘱设立居住权属于遗赠而不属于继承，但是负担居住权的财产属于遗产，因此遗嘱设立居住权与遗产继承具有重大联系。同时，我国学者对于遗赠是否可以直接产生物权效力存在争议。因此需要在遗产继承的过程中，考虑与继承及遗赠的物权转移规则相协调的前提下，确定遗嘱设立居住权的生效规则。

在我国，关于遗产所有权的移转时间主要有三种学说。最高人民法院在《民法典物权编理解与适用》中持“瞬间转化说”。但是考察《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）》（法释〔2020〕23 号，以下简称《继承编解释（一）》）第 35 条的规定，可以得出被继承人死亡时，继承人只是取得了主观意义上的继承权而不是遗产所有权。待遗产分割完毕后，继承人才能取得遗产的所有权。最高人民法院在《最高人民法院民法典继承编司法解释（一）理解与适用》（以下简称《继承编解释（一）理解与适用》）中认为上述第 35 条乃是采用了“过渡说”，同时认为虽然在继承开始后，遗产分割之前，继承人不享有遗产的所有权，但是遗产并不是无主物。继承人基于继承权，是继承法律关系的主体，遗产则是继承法律关系的客体。但是若采此解释，会产生《继承编解释（一）》第 35 条与《民法典》第 230 条之间关系的问题。在《继承编解释（一）理解与适用》中最高人民法院认为第 230 条发生效力的前提是接受继承。这就意味着，如果接受继承，继承人自继承开始时便获得物权。这会与继承人只有待遗产分割完毕后才能取得遗产所有权的观点相矛盾。因此，这里只能解释为最高人民法院认为遗产分割完毕后取得的遗产所有权溯及到了继承发生时生效。

而关于遗赠，根据《民法典》第 1125 条第 3 款，受遗赠人享有受遗赠权。根据《继承编解释

（一）》第 38 条的规定，受遗赠人在遗产分割前只有受遗赠的权利。但是受遗赠权是什么性质，遗赠所有权何时转移，学界有争议。在《继承编解释（一）理解与适用》中最高人民法院认为，受遗赠人表示接受遗赠只是确认了其对遗产管理人或继承人享有交付受遗赠财产的请求权，而不等于已经实际取得了对受遗赠财产的权利。进而受遗赠人要想取得受遗赠财产的权利，还应另行通过遗产分割等处理方式实现。可见，关于受遗赠权，最高人民法院采取了与继承权类似的观点，认为它们都是一种资格，而不是所有权。至于受遗赠权究竟是何种性质的权利，在此先按下不表。

以上的学说争议源自于比较法上遗产分割的宣告主义与移转主义两种立法例之区分。前者认为，遗产的共有人并不直接对共有财产本身具有所有权，而是对共有财产整体的某个份额（二分之一、三分之一等）具有权利。遗产分割仅仅具有确定份额价值，并将这种观念上的份额转换成具体财产的所有权的作用。在遗产分割后，个人的所有权溯及到继承开始时，因此共同共有视为自始不存在。也就是说，共同继承人直接从被继承人那获得财产。此为法国等国的立法例。后者认为，共同继承人对于组成共有财产中的具体财产直接具有所有权。因此在遗产分割时，发生了继承人之间具体财产的互换。在遗产分割后，各共同继承人对其应当获得的财产享有专属的所有权。此为德国和瑞士等国的立法例。宣告主义的优点在于简化共有财产的组织管理，共同共有人之间不会发生相互影响，但是不利于交易安全的保护。而移转主义有利于保护第三人的利益，但是共同共有人之间会发生相互影响。在实践中，这两种立法例都有其例外，区分其实并不是特别大，因此采取哪一种立法例主要是法技术选择的问题。结合《民法典》第 230 条和《继承编解释（一）》第 35 条及第 38 条，我国似乎采用了宣告主义。

不过无论采纳何种立法例，这两者都承认继承开始后，遗产需要经历共有之状态，还需要经过清算和清偿债务之阶段，最后通过遗产分割，继承人才得以获得具体所有权。故而认为继承开始后继承人瞬间就获得具体财产的所有权观点并不能真正解释遗产继承的过程。可见，继承的过程应当以遗产分割为基准划分为两个阶段。遗产分割之前的共有阶段以及遗产分割之后的单独所有阶段，这样才能够组织取得积极遗产和清偿被继承人债务两者间的关系。

据此，遗产继承的过程应当按照以下程序组织：第一阶段因遗嘱人死亡引发，遗产由被继承人所有移转为遗产继受人共同体共有。然后由遗产管理人主导进行遗产清算，清算完毕后，第二阶段的物权变动发生在遗产继受人之间，依法或依据遗嘱上的意思表示对遗产进行分割。即使继承人只有一个，不成立共同共有，在遗产分割前继承人也不能直接取得遗产所有权，而只有继承权。主观意义上的继承权是具有过渡性质的财产权利。由于民事主体资格的丧失，被继承人在死亡后不再是其财产的主体，其财产权利要转移给其他民事主体享有，在这一财产过渡过程中建立起来的法律关系就是继承法律关系，因而，继承权也是一种过渡性质的权利。

事实上，这背后的原理主要是遗产继承的性质是被继承人的责任财产分解和消灭以及剩余的积极财产与继承人的财产融合的过程。因此，遗产实际上是被继承人的责任财产，与继承人的责任财产不是同一性质的财产。在限定继承中，继承人自然不能直接对被继承人的责任财产行使所有权。只有在清算和偿还债务之后，被继承人的责任财产中还剩余的积极财产才能够并入继承人的责任财产。

可见，只要属于被继承人的责任财产，也就是说需要负担债务的财产，都应当首先由继承人共有，同时清算以及清偿债务。为了达成这一个目的，需要在被继承人死亡之后，其责任财产立即转移为继承人共有。这其实就是《民法典》第 230 条的意义。也就是说，第 230 条所谓的“因继承

取得物权”，乃是指继承开始后第一阶段，被继承人的责任财产过渡性地成为法定或者意定的权利人在继承权或者受遗赠权关系内的客体。而经过第二阶段的分割，权利人才可以获得特定财产的所有权。至于最后遗产分割的效力，应当根据不同情况来判断。这就是为什么有学者认为，居住权在继承开始时候就设立，根据第 230 条由继承人共有，然后通过第二阶段分割后转移给受遗赠人。上述的处理方式，对于死因移转行为可以解释，但是对于遗嘱设立居住权这种死因创设行为，则会出现难以解释的问题。第一，居住权因其人役性和不可转移性，不能由继承人等共同共有和由共有人转移至受遗赠人。第二，即使死因创设的是可以转移的用益权，所有权人与用益权人不能形成共同共有，因为共同共有要求共有人享有相同性质的权利，而所有权与用益权两者不是同一性质。第三，死因创设的权利并不是实质上的财产转移，而是对财产的负担。前文已述，遗嘱设立居住权并不符合《民法典》第 230 条的规范目的，因此不能适用第 230 条而发生第一阶段的转移。最后，死因创设的居住权并不是遗产，不负担债务，不属于遗嘱人的责任财产，自然不会参与第一阶段基于死亡的遗产变动。但是其会减损遗嘱人责任财产。根据任何人不能遗赠大于其财产的财产之原则（nemo liberalis nisi liberatus），只有在清偿了遗产债务之后，还剩余积极财产时，才可以执行遗赠。同时负担居住权的财产也需要参与清算，因此为了保护第三人，居住权不能够直接创设，需要在清偿完债务之后，受遗赠人才可以请求创设。第四，若只有一个继承人，如何发生居住权的概括共有，以及如何解释单一继承人第一阶段的权利与第二阶段分割后的权利之间的关系？

至此，还存在以下几个问题需要厘清：这种请求的权利性质是什么？遗嘱设立的居住权是需要登记才设立，还是登记后具有对抗效力？登记后居住权是否可以溯及至继承开始时生效？关于第一个问题，遗嘱设立居住权是死因创设行为，在请求设立居住权之前，居住权并不存在。而物权请求权必须以物权存在为前提。因此请求按照遗嘱设立居住权的权利属于债权。

关于第二个问题，遗嘱设立的居住权需要登记才设立。第一，登记对抗和登记生效的分类是以物权的类型与性质为基础的划分，物权类型的差异决定了不同的变动方式。而遗嘱设立居住权的现象与物权的类型无关。事实上合同设立居住权就采用了登记生效主义。第二，适用登记对抗没有法律的基础。因为遗嘱设立居住权不能适用第 230 条的规则，因此应当适用第 209 条第 1 款的规定。而第 209 条第 1 款中的原则是登记生效，只有在法律另有规定的情况下，才适用其他规则。遗嘱设立居住权并不存在法律另有规定的情况，因此也应当适用与不动产所有权变动的相同规则。第三，如果认为清偿了债务后，居住权不登记也生效，则死因创设行为缺少表现在外的设立标志，从而无法确定居住权何时设立，使得法律关系处于不确定之中。有人可能会认为，法国适用登记对抗制度也运行良好。但是法国的登记对抗制度具有特殊性。在法国，无论以何种方式设立居住权都需要制作公证文书并且登记。虽然没有登记的后果是不能对抗善意第三人，但是由于公证人有义务将公证文书送交登记，因此事实上设立居住权都会进行登记而具有对抗效力。但是在我国，法律并不要求不动产物权变动制作公证文书，因此事实上会发生较多生效但没有登记的情况，这与法国的情况完全不同。因此，遗嘱设立居住权应当适用第 209 条第 1 款不动产物权登记生效的一般规则。

关于第三个问题，法国法上采取宣示主义是为了减少共同共有对于单独权利的影响。因为信奉个人主义的《法国民法典》立法者对于共同共有抱有深刻的敌意。但是宣示主义的弊端是损害交易安全。如果遗嘱设立居住权登记生效后溯及至继承开始时，则居住权会被视为一直存在。若

所有权人在居住权设立之前交易了负担居住权的住宅，买受人难以得知将来可能会设立的居住权。而居住权被视为自始存在的话，则会严重损害买受人的利益，使得交易安全荡然无存。溯及既往的主要优点是可以保护居住权人利益，即可以从继承开始时收取孳息等。然而相比于交易安全，无偿取得居住权的权利人应当劣后于交易安全的保护。

另外有学者认为可以依据不动产登记簿的公信力取得不负担居住权的住宅。但问题是我国实证法上并没有规定此种取得方式。该学者也认为，《民法典》第 311 条仅针对无权处分行为规定所有权或其他物权的善意取得，无法直接将其作为消极信赖保护的规范工具。

综上所述，遗嘱设立居住权应当在遗产清算完成后，由受遗赠人请求设立，这种请求权是债权，同时居住权登记后方可生效并产生对抗效力。

四、登记生效主义下居住利益人之保障

继承开始后居住权登记之前，居住权还未设立，因此不存在。遗嘱中载明的享有居住权登记请求权的人还不能被称为居住权人，但是其确实享有居住权利益，因此可以被称为居住利益人。

如果遗嘱设立居住权采登记生效主义，那么势必会对居住利益人的利益造成影响，因此还需要研究如何保障居住利益人的合法利益。这些利益主要体现在三个方面：第一是继承开始后居住权登记之前，居住利益人与继承人之间法律关系处于何种状态；第二，对于居住利益人而言，需要尽快设立居住权，因此需要明确请求权的对象，即谁应当负有登记义务；第三是在登记义务人怠于履行登记义务的情况下，如何保护居住利益人的权益。

（一）继承开始后居住权登记之前的法律关系

由于居住权还未设立，故此时不存在物权法律关系。因此居住利益人不得以其居住利益对抗遗嘱人的债权人和相关住宅的继受人，以及继承人的债务人。但是不排除法官会根据案件具体情况，通过裁判方式直接设立居住权来保障弱势群体的利益。但是这并不是遗嘱设立居住权的范围。至于居住利益人能否对抗住宅的承租人，则要看谁先实际占有了住宅。

虽然不存在物权法律关系，但是遗嘱人在遗产上设定了负担，因此在居住权人与遗产管理人和继承人之间形成了法定之债关系。据此，居住利益人可以请求遗产管理人或继承人对居住权进行登记，同时占有使用相关的住宅甚至收取孳息。

（二）负担居住权登记义务的主体

以遗嘱设立居住权体现的是遗嘱人对于自己死后财产的安排。但是由于遗嘱人已经死亡，无法亲自执行自己的遗嘱，需要由遗嘱执行人代为执行。在继承开始后，存在遗嘱时，遗嘱执行人与遗产管理人在功能上等价。遗嘱执行人为遗产管理人，适用遗产管理人相关的规定。依据《民法典》第 1147 条第 5 项，遗产管理人应当按照遗嘱分割遗产。遗嘱中有遗赠的，遗产管理人应当按照遗赠执行遗赠。而遗赠设立居住权性质属于特定遗赠，因此也应当由遗产管理人即遗嘱执行人来执行。

根据《民法典》第 1133 条，遗嘱执行人可以由遗嘱人指定。但是若遗嘱人没有指定遗嘱执行人或者指定的遗嘱执行人拒绝或者不能担任的，法定继承人成为当然的遗嘱执行人。法定继承人为一人时，由其任遗嘱执行人；法定继承人有数人时，则共同担任遗嘱执行人，法定继承人也可以共同推举一人或者数人作为代表来执行遗嘱。在遗嘱人未指定遗嘱执行人，又无法定继承人或者有法定继承人但其无能力担任遗嘱执行人时，可以由遗嘱人生前住所地的基层组织或者民政部门充任遗产管理人，按照遗嘱来管理分割遗产。

继承法律制度是为了使得遗嘱人的终意处分得以最大限度地实现。明确遗产管理人或遗嘱执

行人负担居住权登记的义务，能够在完成遗产清算的基础上，促进居住权的登记，从而保护居住利益人的利益。但是，若遗嘱执行人怠于履行登记之义务，居住利益人应当获得相应的救济。

（三）违反登记义务的救济

若遗产管理人违反登记义务，应当承担相应的责任。责任的方式根据负担居住权的住宅是否已经被第三人合法取得而不同。

第一，若住宅没有被第三人合法取得，居住利益人可以请求遗产管理人进行登记。若遗产管理人无正当理由拒绝履行登记义务，法院可以判决强制其履行。若在强制履行后，居住利益人还有损失的，例如因没有登记而丧失了的居住利益，自可以依据《民法典》第 1148 条要求遗产管理人赔偿相应的损失。

第二，住宅已经被第三人合法取得。由于负担居住权的住宅已经成为了第三人的合法财产，登记义务因此履行不能，居住权自然无法设立。此时居住利益人可以有多种请求权选择。首先，可以依据《民法典》第 1148 条要求遗产管理人承担损害赔偿责任。虽然《民法典》第 1148 条要求遗产管理人主观过错为故意或者重大过失，但是若遗产管理人明知遗嘱存在设立居住权的安排，而故意或者怠于设立，则可以认为具有故意或者重大过失。损害赔偿的金额，应当等同于居住权的价值，也可以按照在住宅当地当时同样或者类似住宅的租金结合居住权的年限计算。只要达到保障居住权人可以获得与居住权设立时相同或者近似的居住利益即可。当然，可能会出现遗产管理人不可归责之情形，例如住宅已经被处分，而之后才发现遗嘱人设立居住权的遗嘱等，此时则无法追究遗产管理人之责任。

其次，若获得负担居住权住宅所有权的继承人也是遗产管理人，则适用上述遗产管理人之责任。若其不是遗产管理人，其责任基础不再是《民法典》第 1148 条。若该继承人知道或应当知道存在设定居住权之遗嘱，还将住宅处分，即使居住权还未设立，亦可依据《民法典》第 1165 条承担侵权损害赔偿之责任。因为，第《民法典》1165 条并未要求保护客体为绝对权。损害赔偿范围应当与上述遗产管理人之责任相同。

最后，获得负担居住权住宅所有权的继承人还可能依据《民法典》第 985 条承担不当得利返还之责任。由于居住权是对住宅所有权的负担，所有权人从遗嘱人处获得的只是空虚所有权，只有待到居住权消灭后，才得以回复完全所有权。空虚所有权的价值必然会低于完全所有权。而若所有权人处分了完全所有权，获得的是完全所有权的对价，这其中就包含了居住权部分。而按照遗嘱，所有权人无法享受居住权部分的利益。因而所有权人获得居住权部分的对价没有法律上的原因，从而构成不当得利，应当将居住权部分的对价返还至居住利益人。但是若第三人无偿得到住宅，则所有权人没有获得任何对价。这时，居住利益人可以依据《民法典》第 988 条要求第三人返还相应的得利。可见，即使获得负担居住权住宅所有权的继承人对于居住权无法登记没有过错，居住利益人也可以要求返还不当得利，从而保护其居住利益。上述侵权责任与不当得利责任可能发生竞合，根据我国采纳的请求权竞合说，居住利益人只能择一请求。

五、结论

遗嘱设立居住权本质上是遗嘱人在住宅上设立的负担。遗嘱设立的居住权并不是遗产。遗嘱设立居住权的行为是继受取得之中的创设继受取得，是基于法律行为而发生的物权变动。在遗嘱设立居住权中区分遗嘱继承与遗赠而异其适用规则没有意义。而因继承发生的物权变动是死因移转，是非基于法律行为而发生的物权变动，因此遗嘱设立居住权行为与继承有本质区别。《民法典》第 230 条的规范目的主要是为了在继承中防止出现无主物，故遗嘱设立居住权不能适用《民

法典》第 230 条。考虑到上述原因，以及遗嘱人的债权人、负担居住权住宅的买受人等第三方利益，结合两阶段的遗产继承清算程序，最终可以得出只有在清算了遗产债务之后，居住权人才能够请求遗产管理人登记设立居住权。因此遗嘱设立居住权应当参照适用《民法典》第 368 条规定登记生效。为保护居住利益人的利益，居住利益人可以请求遗产管理人登记设立居住权，也可以请求有过错的遗产管理人和继承人承担侵权损害赔偿责任，最后可以请求处分住宅的继承人返还不当得利，并且可以在居住权没有设立的情况下，基于法定之债占有使用住宅并收取孳息。但是从一个更宏观的角度来看，遗嘱设立居住权是比较特殊的特定遗赠，适用较为特殊的规则，其与一般遗赠的关系值得未来进一步研究。

照顾长姐至临终，为何会被起诉不当得利？

2024-03-29　无锡市中级人民法院　张馨元

https://mp.weixin.qq.com/s/ybXeCzMAa_d7MnrnPWSosw

01 案情简介

张爷爷和刘奶奶婚后未生育子女，收养了一位养女张某，三人一直生活在上海。刘奶奶姐妹六人，其为长姐，下有五个妹妹。

由于张爷爷被诊断为阿尔兹海默症，生活不能自理，2015 年 10 月，刘奶奶带他从上海回到老家，在刘奶奶的五妹和六妹家中轮流居住，由两人照顾。

2018 年 3 月，张爷爷去世，身后事由刘奶奶的六妹操办。

2022 年 9 月，刘奶奶去世，身后事由其五妹操办。

在老家生活期间，两位老人的银行卡由刘奶奶的三妹保管，前后共计代取现 64 万余元，用于支付两人所请保姆及日常开销、医疗等费用。

2023 年 2 月，刘奶奶的养女张某将刘奶奶的三妹告上法庭，要求其返还不当得利。

02 案件裁判

法院经审理认为，得利人没有法律依据取得不当利益的，受损失的人可以请求得利人返还取得的利益。

审理本案时，经法院调取相关银行流水、医疗费用查明，被告刘奶奶三妹作为刘奶奶的同胞姐妹，代为提现是为了支付张爷爷和刘奶奶的日常生活开销及医疗等费用，也是为了让刘奶奶的妹妹们能够更好地照顾两位老人，并未从中谋取不当利益。

况且，张某作为养女，本应照顾养父母晚年生活，而她不但不尽赡养义务，反而指责姨妈不当得利，在道德层面亦是受到谴责。

综上，法院认定张某的诉请没有法律及事实依据，且有违中华民族的传统美德，**依法判决驳回其诉讼请求。**

03 法官说法

赡养父母是每个子女应尽的义务，也是中华民族的传统美德，**子女履行赡养义务没有任何前提条件。**

本案中，张某在其父患病、其母年事已高的情况下，未能予以照顾。三位姨妈帮助其照顾双亲后，张某不但不心存感恩，不念亲情，反而将姨妈诉诸法院。张某的行为与社会主义核心价值观及传统美德相悖，亦得不到法律的支持。

本案的判决有力维护了帮扶亲人的良善行为，弘扬了诚信友善的核心价值观，也提醒子女要切实履行赡养义务，给予老年人经济上、生活上和精神上的全方位照料，为老人晚年生活营造和谐温暖的家庭氛围。

法条链接

《中华人民共和国民法典》

第一百二十二条 因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。

第九百八十五条 得利人没有法律根据取得不当利益的，受损失的人可以请求得利人返还取得的利益，但是有下列情形之一的除外：

（一）为履行道德义务进行的给付；

（二）债务到期之前的清偿；

（三）明知无给付义务而进行的债务清偿。

来源：宜兴法院

编辑：赵伟

审核：李思红

虽非法定继承人但尽较多扶养义务 重庆表姐弟俩继承“老表”房产获法院支持

2024-03-30 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2024-03/30/content_238389.htm?div=-1

本报讯（记者 刘洋 通讯员 杨琴 王凯旋）单身男子因病去世后留下房屋，没有法定继承人且未立遗嘱，房屋变成无主财产，应该归谁所有？近日，重庆市江北区人民法院审结一起继承纠纷案，判决案涉房屋由当事人刘某的表姐、表弟二人继承。

年过四十的刘某系独生子，一直未婚未育，其父母老李、老刘分别于 2013 年、2015 年去世，老李、老刘的父母亦早已过世。刘某母亲名下有一套农转非开发所得房屋，平时由刘某独自居住。2022 年 2 月，刘某突发疾病在家中晕倒，被其表姐小梅、表弟小波发现后，紧急送往医院住院治疗。在刘某住院期间，小梅、小波为刘某支付了医疗费、护理费等费用。2022 年 3 月，刘某因病情恶化去世。刘某去世后，小梅、小波共同为刘某处理了丧葬事宜。

小梅、小波认为，因刘某没有法定继承人，且未留有遗嘱，二人作为继承人以外的对被继承人扶养较多的人，有权分得遗产，遂起诉刘某遗产的指定管理人江北区民政局，请求法院判令其继承刘某的遗产，即刘某生前居住的房屋。

法院审理后认为，刘某的父母均先于其死亡，案涉房屋应由刘某继承。刘某生前未立有遗嘱和遗赠扶养协议，其未婚无子女，无法定继承人。根据本案的相关证据，可以认定小梅、小波作为刘某的表姐、表弟，对刘某履行了较多的扶养义务，遂判决案涉房屋由小波、小梅继承。目前，该判决已生效。

■法官说法

民法典第一千一百三十一条规定，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。第一千一百四十五条规定，继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者

继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。

本案中，小梅、小波对刘某并无法定扶养义务，但二人基于亲情观念，主动负责刘某的生养死葬，弘扬了帮扶困弱、互相扶助、团结友爱的正能量，符合中华民族所倡导的传统美德和良好家风，应当得到肯定，更值得弘扬。因此，本案通过司法裁判肯定了上述善行，践行了社会主义核心价值观，契合民法典的立法精神。

真狠！母亲出殡当天，哥哥要求妹妹签下放弃继承的证明

原创：2024-04-01 上海金山法院 亭林法庭

https://mp.weixin.qq.com/s/W7riUaiRZO79wskoN9KLzw

在母亲出殡当日
哥哥要求妹妹
签下放弃遗嘱继承的证明后
方可同意出殡仪式正常进行
事后妹妹要求撤销该份证明
并按照母亲生前留下的遗嘱继承遗产
妹妹的主张是否应被支持？

案情简介

甲与乙是亲兄妹。母亲去世前留下一份自书遗嘱，由妹妹继承母亲名下的房屋份额。

2023 年 6 月某日，母亲去世。出殡当日，哥哥要求妹妹签下一份《证明》，证明中记载：“由哥哥负责母亲的丧葬事宜，母亲住院期间的费用由妹妹负责，与哥哥无关。房屋份额重新分割。母亲生前银行卡由哥哥保管，妹妹不参与。在 2023 年 6 月以后，妹妹不得上诉，上诉无效。母亲如有遗嘱，应视为无效。”《证明》签署后，哥哥同意出殡仪式继续进行。

事后，妹妹向法院提起诉讼，称其因担心母亲遗体发臭腐坏且迫于周边亲戚与村民的压力，无奈签署《证明》，现要求撤销该份《证明》，并继承母亲遗产。

法院审理

法院审理查明，妹妹与哥哥之间关系不睦已久，本案之前已就分家析产、法定继承、共有物分割、赡养纠纷产生诉讼。

本案中，妹妹认为哥哥的行为构成胁迫，所签署的《证明》显失公平，应当予以撤销。母亲留下的自书遗嘱应为有效遗嘱，自己可按照遗嘱继承母亲遗产。哥哥则认为，该份《证明》起草时妹妹本人在场，并在确认内容后签字，有众人在场作证，不存在胁迫。母亲遗嘱没有经过公证，没有亲戚签字，因此无效。

法院认为

一、该份《证明》是否可撤销？

在农村丧葬习俗中，母亲出殡通常需子女一致同意后方可进行丧葬事宜。出殡当日，哥哥以妹妹不签署该份《证明》便不同意出殡为由，要挟妹妹签署《证明》，从选择的签署时间以及签署手段而言，其主观上存在胁迫的故意，客观上存在胁迫行为；妹妹则考虑到传统文化、仪式效果、社会伦理评价等因素，内心深处确有担忧，进而违背自身意愿签署《证明》，应属于民法典第 150 条以及总则编解释第 22 条规定的因胁迫作出的可撤销的意思表示。

此外，《证明》文件内容的权利义务过于不对等，对于案涉房屋的继承份额以及母亲医药费的分摊与之前所作判决、双方达成的调解书以及母

亲遗嘱内容差异过大，亦存在不正当限制妹妹诉讼权利的内容，且在母亲出殡当日签署涉及重大财产处分的文件与一般常理不符。结合查明的事实可以认定，妹妹是在处于困境中签署该份《证明》，符合显失公平的构成要件。

综上，妹妹签署《证明》系受到胁迫，结果显失公平，并非其真实意思表示，且不存在民法典第 152 条规定的撤销权消灭的情形，**因此妹妹主张请求撤销《证明》的请求成立。**

二、母亲的遗嘱是否合法有效？

本案中母亲的手写遗嘱属于自书遗嘱，该份遗嘱符合民法典第 1134 条规定的自书遗嘱的形式要件，遗嘱内容中所涉的遗产确属母亲个人所有，属于有权处分，在没有证据证明该份遗嘱系伪造、篡改或存在其他法律规定的遗嘱无效事由的情况下，应当认定该份遗嘱为有效遗嘱。同时根据民法典第 1123 条之规定，在没有遗赠扶养协议的前提下，应当按照有效遗嘱继承办理。因此，妹妹可以依据遗嘱继承取得母亲的遗产。

法院判决

一、撤销妹妹于 2023 年 6 月 X 日签署的《证明》；

二、妹妹继承母亲位于 X 房屋中的份额。

法官说法

董永强，亭林人民法庭、四级高级法官

法律尊重当事人人格平等与意思自治。当事人有权基于平等地位，自由地表示真实意思以求达至最符合自身利益的法律效果，并对此负责。当表意人的意思形成与意思决定受到不当干涉时，法律应有保护的必要。在立法政策上，民法典设立了四类可撤销的情形，分别为：欺诈、胁迫、重大误解、显失公平。

01 胁迫的认定

本案中涉及的胁迫学理上**需满足四个构成要件**，即须有胁迫行为；须受胁迫人因恐惧做出意思表示；须胁迫人有胁迫的故意；须胁迫系属不法。

审判实践中，对于胁迫的认定应充分审查案情发生时受胁迫人所面对的各方面内外部因素对其自主形成意思表示的影响，并辅之以一般善良理性人的观念审视，结合社会风俗习惯、斟酌社会情感综合判定。

胁迫人针对被胁迫人行损害家庭情感与伦理道德基础的行为，应属违背善良风俗的不法手段；以受胁迫人对家庭近亲属的情感利益及社群舆论对其名誉、声誉的负面伦理评价为要挟，易于使人作出违背自身意愿的不自由的意思表示。本案中，胁迫人虽然辩称自己不存在胁迫的想法，但胁迫人明知农村习俗中对出殡仪式有着特定的风俗要求，仍选择在母亲出殡当日要求妹妹以签署放弃继承权利的文件为前提，方可同意仪式继续进行的做法，应认定其主观上存在胁迫的故意。

以上符合民法典第 150 条以及总则编解释第 22 条所规定的胁迫构成要件，具备可撤销情形。至于实行胁迫的人对于前述手段是否具有违法性的认识，并不影响胁迫行为的成立。

02 显失公平的认定

显失公平需满足主观上**有利用对方处于危困状态或缺乏判断能力的故意，客观上存在使法律行为成立时双方权利义务严重失衡的结果。**

在具体认定时，合同编通则解释第 11 条说明了何为“缺乏判断能力”可供参照；此外还需结合案情发生时产生的损害对行为人是否具有相当的重要性，权利义务是否明显不符合对价原则与等价有偿原则进行综合认定。危困及损害的形成前文已述，不再赘述；在结果上，虽然亲属之间的合同并非均需遵循市价，但本案中双方签署的《证明》内容权利义务已经发生严重失衡，一方放弃继承遗产的同时尚需承担母亲住院期间的全部费用；事后对于该证明不得提起诉讼，属不当限制诉讼权利的条款；签署涉及自身重大权利处分文件的时点选择在母亲出殡当日，均与常理不符，鲜见于亲属之间订立的合同。综合认定该情况应属于显失公平。

03 遗嘱效力的认定

遗嘱的适用前提包括：

1、无遗赠扶养协议；

2、存在合法有效的遗嘱；

3、遗嘱继承人没有放弃、丧失继承权，也未先于被继承人死亡。

本案中，因妹妹放弃继承的声明已被撤销，因此该份证明文件自始无效，妹妹能否依照母亲遗嘱继承遗产的主要争议焦点在于母亲留下的自书遗嘱是否合法有效。

遗嘱属于绝对要式法律行为，如不满足法定形式，遗嘱将归于无效。

民法典第 1134 条明确规定了自书遗嘱的形式要件，即“自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。”此外继承编解释（一）第 27 条规定遗书符合民法典第 1134 条规定的，也属于自书遗嘱。自书遗嘱的效力是否发生不以是否公证、是否有见证人在场为要件，因此哥哥的抗辩无法律依据，法院未予采纳。

审判中认定遗嘱效力还应综合查明遗嘱人订立遗嘱时**是否具有完全民事行为能力、意思表示是否存在瑕疵（如伪造、篡改等）、遗嘱所涉财产是否属有权处分等**情形。本案基于有效遗嘱最终判定妹妹有权继承母亲遗留的案涉房屋份额。

法官寄语

家人之间应当互帮互助，相濡以沫，扶危济困，这既是中华民族的传统美德，也是社会主义核心价值观的内在要求，对于生活中的摩擦与矛盾亲人间应尽力融合体谅，莫等亲情难觅，暌违永隔，方知珍惜。

法条链接

《中华人民共和国民法典》

第一百五十条 一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

第一百五十一条 一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

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

第一千一百三十四条 自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。

《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百四十五条 法庭辩论终结，应当依法作出判决。判决前能够调解的，还可以进行调解，调解不成的，应当及时判决。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》

第二十二条 以给自然人及其近亲属等的人身权利、财产权利以及其他合法权益造成损害或者以给法人、非法人组织的名誉、荣誉、财产权益

等造成损害为要挟，迫使其基于恐惧心理作出意思表示的，人民法院可以认定为民法典第一百五十条规定的胁迫。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》

第六十八条 ……

无正当理由未出庭的证人以书面等方式提供的证言，不得作为认定案件事实的根据。

文：陈政豪

漫画：王杉

被误解的遗产“必留份” | 案件时讯

原创：2024-04-03 上海二中院 王款

https://mp.weixin.qq.com/s/gPjgkRz_WjwZE1EmaeAytA

余老伯生前留下遗嘱，将所有遗产都留给女儿。但在余老伯去世后，孙女小余却将姑姑、叔叔等人诉至法院，要求重新分割遗产，理由是爷爷的遗嘱违反了民法典规定的“必留份制度”。近日，上海二中院对该案做出判决。

案情介绍 01 孙女诉请主张爷爷遗嘱无效

余老伯和妻子王阿婆共育有两子一女，大儿子英年早逝，留下一女小余。

2022 年 5 月，余老伯亡故。葬礼上，其女儿出示了父亲的遗嘱。原来，余老伯曾于 2018 年 1 月立下自书遗嘱，写明：本人已年老体衰，在世的时间不会太长了，一个儿子已走在我前头，现在老年生活主要由女儿照顾，因此决定将我包括房屋在内的所有财产给女儿继承。该遗嘱由余老伯书写并签名，注明年月日。王阿婆也认可遗嘱的真实性。

对此，大儿媳却并不认可，认为自己的女儿作为代位继承人可以依法代位继承余老伯的遗产。此外，根据民法典第一千一百四十一条规定，遗嘱应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。小余尚未成年，没有生活来源，也没有劳动能力，符合该条法律规定，而余老伯的遗嘱没有为小余保留必要的遗产份额，其遗嘱应当无效。于是，由小余将姑姑、叔叔等人诉至法院，要求按照法定继承分割遗产。

裁判结果 02 一审：重新调整继承份额

一审法院认为，案涉房屋是被继承人余老伯和王阿婆的夫妻共同财产，其中的 1/2 的产权份额应作为被继承人的遗产进行分割。余老伯去世后，其第一顺位继承人为父母、妻子、子女，子女已经死亡的，则由子女的直系晚辈血亲代位继承。余老伯的继承人即为王阿婆及其女儿和小儿子以及孙女小余四人。在无遗嘱的情况下，应当在上述四位继承人范围内均分。但余老伯立有自书遗嘱，根据遗嘱内容，该部分应由其女儿继承，但遗嘱没有为孙女小余保留必要份额，故一审法院对继承份额进行了调整。

03 二审：遗嘱继承中不适用代位继承

上海二中院经审理认为，代位继承是法定继承的组成部分，遗嘱继承中不适用代位继承。本案中，余老伯生前立有有效遗嘱，应当按照其遗嘱处理余老伯遗产中的案涉房屋产权份额，由遗嘱继承人即余老伯的女儿继承，故本案并未发生代位继承。

从继承人资格角度考虑，代位继承人代替的是已去世继承人的地位，而遗产分配时的“必留份制度”一般考虑的是继承人的情况，而非代位继承人的情况，不因代位继承人缺乏劳动能力和

生活来源而适用“必留份制度”，故本案中不能适用民法典第一千一百四十一条。

综上，上海二中院改判按照余老伯的遗嘱分割遗产，驳回小余的诉讼请求。

法官提示

民法典第一千一百四十一条规定，遗嘱应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。

“必留份制度”是我国民法典继承编的一项重要制度，是对于遗嘱人遗嘱自由的一种限制，其本质是为了保护缺乏劳动能力又无生活来源的继承人的利益，同时一定程度上能够减轻社会负担。如果遗嘱人没有为其保留必要的遗产份额，在继承时就会由法院直接从遗产总额中扣减一定的遗产交与这类继承人，剩余部分才能按照遗嘱中确定的遗产分配规则进行分配。

在“必留份制度”中，继承人必须同时具备“缺乏劳动能力”和“没有生活来源”两个条件。“缺乏劳动能力”是指继承人不具备或不完全具备独立劳动的能力，不能依靠自身的劳动取得必要收入以维持自己的生活。“没有生活来源”是指继承人没有固定的工资、没有稳定的经济收入、无法有效地从他人或社会处获取必要的生活资料。继承人只有在既缺乏劳动能力又没有生活来源的情况下，才符合为其保留遗产份额的条件。

需要特别注意的是，“必留份制度”适用的前提是遗嘱继承，适用的对象应当是遗嘱人的“法定继承人”，该法定继承人的范围应当作限缩解释，即民法典所规定的第一、第二顺位继承人，不包括法定继承中的代位继承人。原因如下：

一、代位继承是法定继承中的特殊情况，遗嘱继承中不适用代位继承。代位继承发生于法定继承中，即被继承人生前未留有符合法律规定的遗嘱或遗赠的情况下，才会按照法律规定的继承人范围、继承人顺序、遗产分配原则等进行遗产继承，而“必留份制度”仅适用于遗嘱人留有合法有效遗嘱的案件中，并未发生代位继承，亦不存在“代位继承人”。

二、代位继承人一般只能继承被代位继承人有权继承的遗产份额。遗产分配时一般考虑的是已去世继承人的情况，而非代位继承人的情况，“必留份制度”意图保障的是遗嘱人的法定继承人中的特定群体的生存利益，若遗嘱人的法定继承人先于遗嘱人死亡的，法院不因其代位继承人缺乏劳动能力和生活来源而适用“必留份制度”。

作者简介

王款，上海二中院、少年家事庭、法官助理

责任编辑 | 翟珺
人像摄影 | 施蕾
版面编辑 | 周彦雨

如何守护你，我的祭奠权？

原创：2024-04-04 京法网事 张韵可
https://mp.weixin.qq.com/s/6-Nux4GHYlEgQPpM3tZAAg

又是一年清明时节，家家户户通过祭祖、扫墓等仪式与活动，向已故的亲人诉说后辈的成长故事，传递生者的惦念与哀思。祭奠逝去的亲人是中华民族的传统习俗，祭奠权是逝者亲属基于独有的身份和伦理、道德关系所享有的排他性民事权利。在为逝者办理丧葬事宜的过程中，还存在一些法律问题，甚至可能引发亲属之间的法律纠纷。京小槌通过几个案例，带大家了解与祭奠事宜相关的法律知识。

01 擅自取走骨灰并安置，侵犯家属知情权

案情简介

王某系王甲之父，陈某系王甲之夫。王甲死亡后，遗体火化，骨灰寄存于殡仪馆。某日，陈某将王甲骨灰取走并安放于某骨灰堂内。取存骨灰时，陈某未告知王某，王某亦未在场。一个月后，陈某将王甲骨灰存放地点告知王某。另外，王某曾出资制作王甲遗像一副，现由陈某留存。

王某诉至法院，要求陈某返还王甲的骨灰和遗像，并承担精神损害赔偿。陈某主张其已妥善安置王甲的骨灰，故不同意王某的诉讼请求。法院认为，陈某作为王某配偶，妥善安置王甲骨灰并无不当，且已告知王某骨灰存放地点，不影响王某进行祭奠，但其应返还王某制作的遗像，且其未通知王某擅自移走王甲骨灰的行为侵犯了王某的祭奠权，对王某感情造成了伤害，故判令陈某返还遗像并承担损害赔偿责任。

京小槌释法

死者的近亲属在死者去世后均享有追忆死者、寄托哀思的权利，对死者的遗体进行告别、安置死者的骨灰、祭扫坟冢以及妥善保存死者的遗物，这些行为都倾注了近亲属的爱与不舍，死者骨灰、遗像和遗物均是生者极为重要的精神寄托。因此，一方近亲属在处分上述承载了死者生前人格价值的物品时，应尽到对其他近亲属的通知义务，否则可能构成对其他近亲属的精神损害，须承担相应的法律责任。

02 抚恤金和丧葬费引发的“亲情考验”

案情简介

梁某与前妻生育二子，分别是阿雨、阿雪。前妻去世后，梁某与郑某于 2006 年 5 月 15 日结婚，婚后未生育子女。2020 年 2 月 5 日，梁某去世。因与继母就父亲梁某的遗产继承和丧葬安排发生争议，阿雨、阿雪向法院提起诉讼，除要求分割梁某的遗产外，还要分割梁某的一次性抚恤金和丧葬费 15 万余元。

法院认为，郑某、阿雨、阿雪均为梁某的近亲属，上述费用在扣除其为梁某办理丧葬事宜的支出后，应由三人平均分割。

京小槌释法

死者去世后，其生前的工作单位出于抚慰死者家属的精神痛苦以及补贴死者家属办理丧葬事宜的需要，会向死者的近亲属发放抚恤金或丧葬费，上述费用属于具有精神安慰和物质补偿性质的金钱给付，目的在于妥善安排死者身后事宜。由于上述金钱补贴发生于死者死亡后，因此不属于死者死亡时遗留的财产，自然也不属于死者的遗产。如果死者的近亲属要求分割抚恤金、丧葬费的，应当先扣除近亲属已经为死者支出的丧葬费用后，再进行分割。

京小槌提示

祭拜先祖、吊唁亲人，这些都是死者近亲属行使祭奠权的行为。“十里不同风，百里不同俗”，由于我国各地对祭奠活动遵循不同的习俗和礼仪，因此祭奠权的行使并不拘泥于特定的形式，我国法律亦未对祭奠方式作出严格限定。不过，多元的祭奠文化背后，蕴藏着人们对亲人永远不变的追忆和怀念。

一、祭奠权的内涵

祭奠权系公民基于亲属之间的身份和情感关系而产生的权利，属于一项人格利益，祭奠权的行使关系着权利人的精神慰藉、人格尊严与社会评价，侵害他人祭奠权的，可能承担损害赔偿责任。

一般认为，祭奠权包含着如下内容：一是对死者死亡事实的知情权，通常情况下，与死者共同生活的近亲属有义务将死者死亡的情况及时以通知的形式传达给其他近亲属，以保障各方能够及时筹备和参与丧葬仪式。二是对死者遗物或丧葬性物品的管理和处分权，除死者生前遗留的个人物品外，死者的遗像、骨灰、墓碑等均对近亲属有着特殊的纪念意义，承载着特定的人格价值，任何一方不得擅自处分，亦有权阻止他人对上述物品进行破坏。三是对丧葬事项的决定和知情权，基于对死者生前的了解和认识，不同的近亲属对于死者的安葬方式、追悼仪式、墓碑镌文等可能存在不同的安排，各方应平等协商进行处理，并应将死者最终的丧葬情况及时通知其他近亲属。四是对丧葬活动的参与权，除了参与死者死亡后及时进行的下葬和追悼活动外，死者的近亲属还有权通过参与常态化的祭奠活动传达对死者的哀思。

二、祭奠权行使须知

在尊重人们亲情表达的前提下，祭奠权的行使还需注意如下几点：

第一，丧葬活动不能违反法律法规的强制性规定、不得宣扬封建迷信。随着时代的发展和社会的进步，越来越多的人们倡导文明、绿色的祭奠方式，减少铺张浪费，弘扬中华民族优良的道德风尚。

第二，祭奠权的行使不得违背公序良俗。例如，死者立遗嘱将祭奠权留给近亲属之外的第三人，剥夺了近亲属的祭奠权，导致后者无法参与祭奠活动，与一般社会伦理价值不符；又如一方近亲属在死者已妥当安葬后，以行使祭奠权为由要求取出死者骨灰另行安葬的，不符合“入土为安”的传统理念；再如近亲属并非出于经济原因，以不体面的方式安葬死者，导致其他近亲属人格权益受到侵害、死者社会评价遭到贬损的，构成对祭奠权的滥用，也违背了公序良俗。这些行为都会受到法律的否定性评价。

第三，近亲属应尽可能平等协商处理祭奠权纠纷。基于对死者的尊重，死者的近亲属应秉持善良、友好的心态，合理、平等地协商安排祭奠事宜。祭奠权纠纷本质系亲情矛盾，只有死者亲属之间解开心结、消除龃龉，才能构建和谐的家庭氛围，实现对死者的告慰。

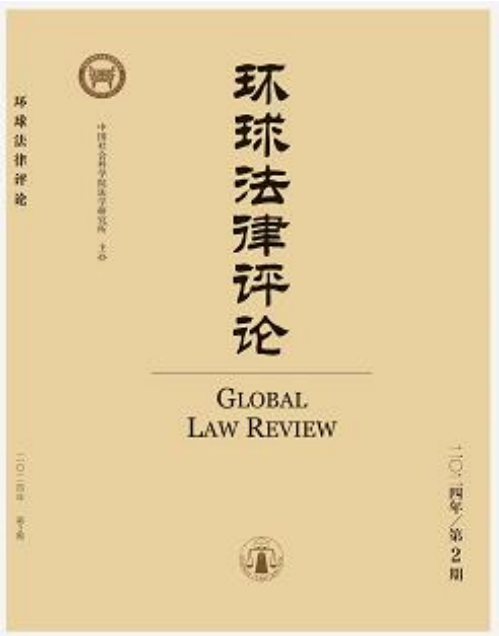
结语

祭祀弥生前。与亲人相伴，重要的是生前的点点滴滴与朝夕相处，这比起死后隆重奢华的祭奠活动更有意义，勿让“君问归期未有期”的日常变成“白头无复倚柴扉”的遗憾。祭奠权产生于亲情，也应以维系亲情而存在，逝者已矣，生者应带着对死者的爱与怀念，以祭奠的方式、以亲情为纽带维护和谐的家庭关系，相信这也是逝者的最大心愿。

供稿：北京三中院
编辑：马源 肖飞
审核：王芳

肖新喜：农村集体经济组织股权继承规则构建——以反思现行地方试点模式为切入点 ｜《环球法律评论》2024 年第 2 期

原创：2024-04-05 环球法律评论 肖新喜
https://mp.weixin.qq.com/s/zJ__PYqgvqQQaXbthY5e8g



肖新喜，西北政法大学经济法（知识产权）学院教授。本文系《农村集体经济组织股权继承规则构建——以反思现行地方试点模式为切入点》一文的正文，注释从略，全文发表于《环球法律评论》2024 年第 2 期，原文请参见环球法律评论网站：http://www.globallawreview.org，或点击文末左下角“阅读原文”。

内容提要：农村集体经济组织股权继承规则的构建，关涉农村集体经济组织成员的切身权益与农村集体经济组织的长远发展。可将以贯彻中央“赋予农民对集体资产股份……继承权”“组织实施好赋予农民对集体资产股份……继承权改革试点”等要求的农村集体经济组织股权地方制度试点，归纳为特殊调整与一般适用两种模式。两种模式均有其理据，但也存在与集体所有权本质要求不尽契合之处。应坚持“有限继承论”的立场，内部体系应依据集体所有权本质属性的底线要求，认可继承能够作为成员资格取得的事实依据，但所取得股权之权能，应由集体与继承人协商确定，协商不成的，由集体成员大会或代表大会表决确定；继承人扩张限度为县域内的农民非集体成员；严格限制继承人继承份额；股权变动应采取登记对抗主义。外部体系应协调好其与继承法一般规定的适用关系，删除若干试点规则。

关键词：农村集体经济组织股权　继承　集体所有权　成员权

农村集体经济组织股权能否继承，并非简单的财产权益能否继承问题，其关涉集体所有权的本质、集体所有权主体的意思自治与权益以及农村集体经济组织的长远健康发展。党的十八届三中全会《决定》中提出“赋予农民对集体资产股份占有、收益、有偿退出及抵押、担保、继承权”。2016 年 12 月 26 日发布的《中共中央国务院关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》（下称“《集体产权改革意见》”）要求“组织实施好赋予农民对集体资产股份……继承权改革试点”。为贯彻中央要求，地方试点单位颁行了以“村集体经济组织股权管理暂行办法”命名的规范性文件，将集体成员对集体享有的资产股份称为“农村集体经济组织股权”。对农村集体经济组织股权的继承问题，一系列试点的“管理暂行办法”均予以专门规定。然而，对于此种派生于集体所有权，以实现其规范目的之股权的继承，是否符合法理以及实践需求，殊值研究。

对于农村集体经济组织股权继承规则的分析，应分别聚焦于农村集体经济组织股权的特殊性与继承规则的特殊性，同时应对我国已有农村集体

经济组织股权继承的地方试点实践进行梳理、总结、提炼。将法体系构成理论应用于制度构建之时，可以发现，我国农村集体经济组织股权继承规则设计应按照集体所有权本质属性，坚持“有限继承论”立场。本文以挖掘农村集体经济组织股权规则的理论并结合中国农村集体经济组织改革实践，尝试提出一定规则建构体系，以此希望对相关制度完善尽微末之力。

一、农村集体经济组织股权的特殊性与继承规则

尽管有学者否认农村集体经济组织股权可以作为遗产继承，但国家依然提出要“赋予农民对集体资产股份……继承权”并要求“组织实施好赋予农民对集体资产股份……继承权改革试点”。地方政府正是以此为据制定相关制度进行试点。科学设计地方试点规则的重要条件为，需根据集体所有权本质属性厘清其法律属性——属于一般遗产还是特殊遗产，以确定对其继承是适用一般规则还是除适用一般规则外还需适用特别规则。因为“在法学领域，一般法与特别法的区分可谓一个‘老生常谈’的话题……若能准确地区分孰为一般法、孰为特别法，那么个案中的法律适用问题往往能够得到妥善解决”。

首先，需要在理论上探讨，农村集体经济组织股权继承是否可完全适用《民法典》继承编的一般规则，而无需制定特别规则。为此，需要探讨诞生于新时代集体产权改革中、作为集体所有权新实现形式的农村集体经济组织股权是否属于《民法典》继承编所规定的一般遗产。法典是法律规则的“一般性描述”的“一套一般的规范语句”。这揭示出其应该是调整某一领域社会关系的一般法。《民法典》继承编是关于一般遗产继承的普通规则，不针对具有特殊属性的遗产进行特别规定。如果理论上认为农村集体经济组织股权属于一般遗产，既不属于“依照法律规定或者根据其性质不得继承的遗产”，又在法律属性上没有特殊性，对其继承问题，当然仅适用《民法典》继承编规定即可，无需制定特殊规则。

其次，若要妥当规范农村集体经济组织股权继承，还需要在理论上讨论其是否属于特殊遗产，进而分析其继承需不需要特别法予以规定。由于在《民法典》之外应“容许特别民事立法的存在”，从调整对象“一般”与“特殊”视角，可以将民法分为“一般民法”与“特别民法”。基于特别法优于一般法的法律适用原则，要妥当调整农村集体经济组织股权继承关系，民法理论与民事立法还应确定要不要对其进行特殊处理。农村集体经济组织股权继承规则的科学设计与构建，应深入研究其作为遗产时的法律属性，研判其是否属于遗产中的“特殊遗产”。如果通过理论分析，认为农村集体经济组织股权属于可以继承的遗产，但因具有特殊性而属于“特殊遗产”，则仅适用《民法典》继承编的一般规定是不够的，尚需对其继承事项制定特别规则予以调整。

最后，如果农村集体经济组织股权属于特殊遗产，则需要根据“特殊性”与“一般性”相统一的要求对其继承事项予以规范，不能仅片面强调其特殊性而忽视一般性。“事物的一般性和特殊性是相互联结的，一般性寓于特殊性之中，特殊性又是一般性的具体化。任何现实存在的事物都是一般性和特殊性的有机统一，没有离开特殊性的一般性，也没有离开一般性的特殊性。”农村集体经济组织股权是我国社会主义公有制之集体所有权的具体实现方式，其内在法律属性应实现一般性与特殊性、共同性与区别性的统一，不能只强调其特殊性而忽视其一般性。农村集体经济组织股权继承的地方试点意义在于，探寻其是否具有特殊性，如果具有特殊性，则要根据“特殊性”与“一般性”相统一的要求，厘清其继承中的哪些事项适用一般法、哪些事项适用特别法；对特别法规则，应如何妥当构建。

总而言之，对农村集体经济组织股权继承妥当规范的关键在于是否能够根据其遗产法律属性，

实现“一般性与特殊性、共同性与区别性的统一”。由于该类型股权是集体所有权在新时代的新型实现形式，对于其作为遗产属性的分析，也应立足于集体所有权的法律属性展开。基于集体所有权所派生的农村集体经济组织股权，如果在民法上没有具有规范意义的特殊性，则对其应适用继承法的一般规定；如果其具有规范意义上的特殊性，则不宜作为一般遗产对待，还需制定特殊规则予以规范。进而言之，在对其进行特殊规范时，还需根据“特殊性与一般性相统一原则”妥当设计特殊继承规则，厘清一般规范与特别规范的适用范围。

二、农村集体经济组织股权继承制度实践

农村集体经济组织股权继承立法试点的目的在于经由试点，提炼妥当的普适性规则，以在全国推广适用。该种股权是集体所有权在新时代农村集体产权改革中实现的新方式。地方试点中其继承规则的妥当设计，需要根据集体所有权本质属性分析其遗产法律属性。地方试点要在遵循法制统一原则的条件下予以多元化、多样化展开并探索符合集体所有权本质属性的继承规则。只有如此才能有效凝炼普适性的创新规则。为此，对农村集体经济组织股权继承规则设计的理论探讨，可从以下两个维度展开。

（一）农村集体经济组织股权继承多元化试点的一般规则提炼

《集体产权改革意见》要求“组织实施好赋予农民对集体资产股份……继承权改革试点”。中央部署开展农村集体经济组织股权继承试点，对该项制度在全国范围内的普遍妥当实施具有重要意义。

农村集体经济组织股权是新时代集体所有权实现新方式的探索，要保证其继承试点最大限度发挥应有功用，试点工作的制度方案应在不违反集体所有权本质属性以确保法制统一的基础上，具有多元化、多样性。“中国农村改革的核心是通过政策创新，激发农村、农业和农民的活力，促进农村经济和社会的巨大发展。”只有多元化、多样性的试点制度方案及其规则才能实现经由试点，发现并推广普适性创新制度推动经济社会发展的目标。

然而，充分发挥地方主动性、积极性的多样性和多元化试点，还须遵循中央统一领导，符合“法制统一”原则。在农村集体经济组织股权继承地方试点中，应以遵守集体所有权本质属性的底线要求为标准，确保试点符合“法制统一”原则。凡是违反集体所有权本质属性底线要求的地方试点规则，不宜凝炼提升为普适性的统一规则。因为农村集体经济组织股权继承是为更好发挥集体所有权作用的新探索，如果其不符合集体所有权的本质属性，会不利于以股份制改造为核心的新时代集体产权改革目标的实现。

总而言之，要通过“试点—推广”的制度实验实现农村集体经济组织股权继承的制度目的，其方案与规则应该符合集体所有权在主体构成、私权自治和基本公平等本质属性的要求，在遵守“法制统一”原则的基础上实现多样性和多元化。

（二）农村集体经济组织股权继承制度地方实践之一般适用模式

农村集体经济组织股权继承的地方制度实践可分为一般适用模式和特殊调整模式两种。无论何种模式，均是农村集体所有权为更好与时俱进实现成员利益的新方式，对其反思与评析，均应立基于农村集体经济组织股权派生于集体所有权的法律事实。据此，其作为遗产的法律属性辨析，应基于法的内部体系理论以集体所有权本质属性及其宗旨展开。如果认可农村集体经济组织股权是一种可以继承的特殊遗产，则对其进行特殊调整的同时，还应根据法的外部体系理论，思考特殊规则与一般规则各自的适用范围及其协调。

1. 一般适用模式的构成

此处的一般适用模式，是指在笔者搜集地方颁行的“村集体经济组织股权管理暂行办法”中，对农村集体经济组织股权继承，规定仅适用继承法一般规定的地方试点立法。农村集体经济组织股权继承制度地方实践的一般适用模式规定比较简单、大体相同，即均以适用继承法的一般规定为原则。平罗县、长子县、湄潭县以及东莞市等地方采取此种模式。一般适用模式具有以下特征：首先，一般适用模式对农村集体经济组织股权继承的规定较为简单，仅用一个或两个条文规定股权继承问题。其次，一般适用模式将农村集体经济组织股权作为继承法规定的一般遗产，据此强调继承法的一般适用。最后，一般适用模式属于少数模式。在笔者所搜集的关于农村集体经济组织股权继承的地方试点文件中，一般适用模式占少数。

2. 一般适用模式反思

（1）一般遗产定位之质疑

一般适用模式的直接依据在于，将农村集体经济组织股权作为继承法规定的一般遗产——“个人合法财产”，结合《中华人民共和国宪法》第 13 条的规定，“个人合法财产”应该是“公民的合法的私有财产”。因而对农村集体经济组织股权继承，仅适用作为一般法的继承法，不制定特别规则予以规范。“遗产是继承权的客体，也是继承法的核心。”在《民法典》继承编之外，究竟要不要制定特别规则，取决于对作为遗产的农村集体经济组织股权法律属性的理论认识。鉴于农村集体经济组织股权派生于集体所有权，对其是否属于一般遗产即“公民的合法的私有财产”的探究，应根据集体所有权的本质属性予以分析。农村集体经济组织股权遗产属性的界定及其继承，不能有损集体所有权，且应促进其目的更好实现。

我国《民法典》第 1122 条根据遗产的属性，将其分为可以继承的“个人合法财产”和依照法律规定或者根据其性质不得继承的遗产。继承法应根据遗产是否具有特殊性，区分其制度规则中的一般规范与特别规范。继承法律关系中的农村集体经济组织股权，是否属于可以继承的特殊遗产，其继承是否需要予以特殊规定，需要讨论。对该问题的讨论，应以继承法律制度产生的根源以及欲解决的问题作为出发点。继承法律制度的特性决定了继承权客体——遗产应该属于私人所有。对此，我国《宪法》和《民法典》均有明确规定。《宪法》第 13 条规定：“国家依照法律保护公民的私有财产的继承权。”《民法典》第 124 条第 2 款规定：“自然人合法的私有财产，可以依法继承。”由此可知，继承法律制度之目的与规则设计在于通过依法继承使私人所有财产能够被继承人的后代及与其有一定身份关系的人保有，继承法所规定的一般遗产是纯粹私人财产。改革开放以来，我国让市场经济在资源配置中发挥基础性作用或决定性作用的社会主义初级阶段需要继承法律制度最终成为理论界的共识，国家于 1985 年制定了《继承法》。

“遗产作为继承法的核心和继承制度的逻辑起点，如何科学界定其范围，直接影响到《继承法》的体系设计和功能实现。”因为继承法上的一般遗产是纯粹私人财产，派生于公有制的私法权益难以成为纯粹私人财产，因而无法作为继承法所规范的一般遗产。集体所有权是我国社会主义公有制的重要构成——集体所有制的私法映射，认为以其为基础设定或派生、为满足成员受益需求的诸种权利能够作为遗产继承，存在法理障碍，其“遗产能力”至今尚未获得继承法认可。理由在于，集体所有的财产都属于生产资料，承认自然人对派生于集体所有权的受益权之“遗产能力”，可能会产生生产资料私有化的结果。如果将此种权利完全按照私法上排他性财产权利对待甚至如有学者所说的“类所有权”进而承认其“遗产能力”，则会完全虚置“集体所有权”。正因为如此，我国 1985 年《继承法》第 4 条将农地承包经营关系中的权益区分为“个人承包”与“个人承包应得的个人收益”。个人承包应得的

收益，属于遗产，按照继承法继承；而“个人承包”能否继承，必须“依照法律”。目前，集体成员从集体受益的权利主要包括承包经营权和宅基地使用权。尽管这两种权利早已成为具有支配属性的物权，但依然没有一部法律明确规定其可以作为遗产继承。

农村集体经济组织股权，貌似与承包经营权、宅基地使用权不同，但其本质与这两种权利并无区别，即它们都是集体成员从成员集体所有权获得收益的权利，本质上“仍然是实现集体成员对集体所有权的社会保障利益”，是集体所有权社会保障功能在不同时代因时势变迁的不同权利实现形态。如果农村集体经济组织股权能够如同继承法上的“合法的私有财产”一般可以继承，则其对于某一家庭或成员个人对集体所有生产资料享有的权益而言，已经相当于私人财产。这背离了集体所有的社会主义公有制目的与要求。退一步讲，即使农村集体经济组织股权能够继承，也是不同于继承法所规定的一般遗产——“自然人合法的私有财产”的特殊遗产，对其继承，应予以特殊规定。

（2）非成员继承之质疑

对集体所有权本质的理解，应以集体所有权主体构成的封闭性及其功能作为基点。我国《物权法》第 59 条将集体所有权的主体界定为本集体成员集体，《民法典》第 261 条依然坚持《物权法》第 59 条的规定。对集体所有权主体的封闭性，可从两个层面予以诠释：一是，农村集体所有权适用的经济社会领域在农村，其中生产生活的主体为农民，因而从构成主体的职业特性而言，集体所有权的主体构成应该是以务农为生存、发展手段，从事农业生产的农民。这构成集体所有权在职业主体上的封闭性。农村集体经济组织股权继承如果仅适用继承法的一般规定，意味着非农民也可以成为集体所有权主体的构成分子，这违反了其所蕴含的职业主体封闭性要求。二是，集体所有权的主体构成包括两个要素：本集体成员+集体。集体所有权主体必须由“本集体成员”构成，非本集体成员不能作为某个特定集体所有权主体构成分子。为何强调集体所有权主体之“集体”应由“本集体成员”组成？原因在于集体所有权的功能是确保集体成员利益尤其是社会保障利益依托于集体所有权得以平等均衡实现。立法关于集体所有权主体——本集体成员集体的界定与坚持，揭示出“作为集体所有权主体的农村集体经济组织只能为其成员提供基本生存保障”。只有本集体成员能从集体受益，集体也只能让成员受益的此种集体所有权本质可称之为集体所有权的成员封闭性。让非本集体成员继承农村集体经济组织股权，违反了集体所有权成员封闭性的本质要求。

概括言之，农村集体经济组织股权是集体所有权在新时代为其成员提供生存保障、提供发展基础的具体权利形态。根据集体所有权封闭性要求，农村集体经济组织股权只能由作为农民的集体成员享有，非集体成员不能享有。地方实践的一般适用模式将农村集体经济组织股权继承人扩张至非集体成员，无疑有违反集体所有权本质的嫌疑。

（三）农村集体经济组织股权继承制度地方实践之特殊调整模式

1. 特殊调整模式的构成

特殊调整模式是指在笔者搜集到各地颁行的“村集体经济组织股权管理暂行办法”中，对农村集体经济组织股权继承予以专门规范，且其规定内容有不同于继承法一般规定的立法模式。主要包括以下内容：

第一，特殊调整模式将农村集体经济组织股权的继承权主体分为有成员资格的继承权人与无成员资格的继承权人。前者可以继承农村集体经济组织股权的所有权能，而后者只能继承股份中的财产性权利——分红权，不能继承“选举权、被选举权和表决权”等所谓的身份性权利。

第二，农村集体经济组织股权继承的开始时间。特殊调整模式规定有两种继承开始时间：其一，以户内成员全部死亡作为农村集体经济组织股权继承的开始时间。其二，以户内部分成员死亡作为农村集体经济组织股权继承的开始时间。事实上，特殊调整模式中的少数地方规定采取此种继承开始方式。比如《福安市农村集体经济组织股权管理暂行办法》第 16 条规定："股权户内部分农村集体经济组织成员死亡的，其合法继承人为股权所在村集体经济组织成员的，依照继承法的规定办理股权继承及股权变更登记手续。"

第三，对各种继承方式规定适用顺序。特殊调整模式对各种继承方式的适用顺序有明确规定："继承人根据被继承人订立的遗嘱、遗赠、遗赠抚养协议、法定继承的顺序进行继承。"这与继承法的规定有所不同，因为继承法没有对意定继承方式规定适用顺序。

第四，特殊情形下的农村集体经济组织股权继承。针对农村集体经济组织股权继承中的特殊问题，地方立法还专门有一些特殊规定。其一，继承权争议的处理。对存在争议或者集体经济组织认为存在争议的继承，则"暂停办理继承手续"，被继承的农村集体经济组织股权的"各项资产处置分配和收益分配由村集体经济组织代管"。在继承人协商一致或依法确定继承人后，代管结束。其二，在继承人为非集体成员时，特殊调整模式还为其继承权的实现规定了两种替代方式：流转或赎回。其三，对无行为能力或者限制民事行为能力的继承人的农村集体经济组织股权继承权行使，特殊调整模式均有规定：前者由其法定代理人（监护人）代理行使；后者要么由其法定代理人（监护人）代理行使，要么经其法定代理人（监护人）同意后自己行使。

特殊调整模式具有以下特征。第一，将农村集体经济组织股权作为一种特殊遗产。特殊调整模式之所以对农村集体经济组织股权继承予以详细规定且不乏与继承法不同之处，就在于将其作为为一种特殊遗产。第二，特殊调整模式较为重视农村集体经济组织股权继承问题。特殊调整模式约有 38 个条文，其中有 7 个条文专门规定继承问题。继承仅仅是地方试点制度予以规范的众多事项中的一个，但特殊调整模式却用较多内容对此予以规定。这一定程度上突显出该问题的特殊性与疑难性。第三，采取多种措施处理其与继承法一般规定的适用关系。就特殊调整模式的特别规定与继承法一般规则的关系而言，其特别规定可以分为变通、细化（补充）等规则。

2. 特殊调整模式反思

特别调整模式将农村集体经济组织股权作为特殊遗产，并将其继承事项作为重点问题予以较为详尽规定，值得肯定。但也存在如下可商榷之处：

（1）规则内容趋同的弊端

有学者指出，地方立法存在"立法重复"的弊端，又包括"立法照搬"与"立法抄袭"。地方试点的特别调整模式中有关农村集体经济组织股权继承的规定内容相似度过高，存在"立法抄袭"的嫌疑。具体表现为：第一，相关条文在整部规范性文件中的体系位置相同，基本上都位于第三章"股份权能"之第三节"继承"；第二，条文起始位置与数量相同。专门规定继承的条文起始位置基本上都是第 22-28 条，共用 7 个条文规定股份继承。第三，以上第 22-28 条的条文顺序不仅相同而且规定的内容也基本相同。特别调整模式高度相同的内容，虽然不违反法制统一要求，但却违反制度试点初衷。

（2）非集体成员的地位质疑

与一般适用模式相同的是，特殊调整模式认可非集体成员继承人可以继承农村集体经济组织股权。但与前者不同的是，特别调整模式规定非成员继承人不能继承被继承人股权中的选举权、被选举权和表决权。此种做法既体现出探索价值，也并非毫无理据，但若详细审视，则缺乏坚实法理支持。

“股权的配置让其拥有了选举权、被选举权和表决权，并享受股份占有、收益、有偿退出、继承等权益，前者是代表身份的权利，后者是代表经济的权利。”分红权之所以能够继承，在于将农村集体产权分离为所谓的身份权利和财产权利，并据此将农村集体经济组织股权的权能分离为所谓的身份性权利与财产性权利，将集体成员资格等同于身份权，此种规定即可以通过“曲线救国”方式，突破农村集体经济组织股权主体应具有成员资格的限制，使非集体成员通过继承可以取得其中的财产性权利——分红权，而不可以取得身份性权利——选举权、被选举权和表决权。质言之，特殊调整模式的思路在于，将农村集体经济组织股权分割为身份权与财产权，并借助前者属于民法上之专属权，后者属于民法上之非专属权的类型化标准，将农村集体经济组织股权的继承人扩张至非集体成员，但所继承股权权能受到限制。此种思路违反社员权资格应于社员权利先行存在且与权利应统一继承的基本法理。

“农民集体成员权……在性质上属于社员权。农民集体成员权作为社员权的一种类型，也具备社员权的上述共同特点。”社员权不同于其他权利的特点在于，其具有专属性，享有和行使以具有社员资格为前提，而且这种资格一般不得继承。据此，作为社员权的农村集体经济组织股权，自然也应以成员资格为基础，主体因死亡丧失成员资格后，其生前享有的农村集体经济组织股权应该丧失，而不应继承。即使要继承，继承人也应该首先继承社员资格，通过继承取得社员资格，然后享有农村集体经济组织股权。进而言之，就农村集体经济组织股权继承而言，成员资格与股权继承不能分离，不具有成员资格的继承人要么通过继承资格而继承股权；要么不可以继承成员资格，进而无法继承股权。比如，我国公司法明确规定，已经死亡的自然人股东，其“合法继承人可以继承股东资格”。特殊调整模式将集体成员资格等同于身份权，再借助于将农村集体经济组织股权剥离为具有身份权性质的选举权、被选举权和表决权与财产权——分红权，且身份权具有专属性，财产权不具有专属性等“曲线救国”路径，采取农村集体经济组织股权中身份性权利不能继承，财产性权利能够继承的做法，明显有违社员权基本原理。

综上所述，农村集体经济组织股权是新形势下通过农村集体产权股份制改革以更好实现集体所有权目的之新探索。对其继承规则的利弊分析，应以是否符合集体所有权本质属性作为基本标准。以此衡量之，农村集体经济组织股权继承制度地方实践的一般调整模式和特殊调整模式既有其合理性，亦有不完善之处。作为社会体系有机构成的法体系理论是研究法治实践问题的重要基点。因此，要进一步完善农村集体经济组织股权继承规则，应以贯彻落实集体所有权的价值功能为基点，根据法体系理论，从内部体系和外部体系两个维度探寻符合集体所有权本质属性要求的农村集体经济组织股权继承的理想规则。

三、农村集体经济组织股权继承规则构建的内部体系

“体系性决定问题观，因此它具有特殊的重要性。”“安置问题的关联框架会决定我们如何掌握问题，又如何理解问题。体系（System）与沟通（Diskurs），正是两种尝试掌握思想之社会面向的关联框架。”农村集体经济组织股权继承法律问题的研究，无论是立法论还是解释论，也应遵循体系化思考，将相关问题置于体系之中，才可以妥当分析问题、解决问题。根据是着重于价值目标还是形式逻辑，法的体系可以分为内部体系与外部体系。“关于农村集体资产股权是否能够继承，学者们展开了热议，形成了肯定说、否定说和折中说三种主流学说。”司法裁判中，相应也有支持这三种学说的判决。本文提出一种称之为“有限继承论”的观点，农村集体经济组织股权可以继承，但应当根据集体所有权的本质属性

予以一定限制。“有限继承论”因承认农村集体经济组织股权可以继承，因而不同于否定说；同时其又承认农村集体经济组织股权可以继承，因而与肯定说和折中说有相同之处，但也有所不同。肯定说将农村集体经济组织股权作为一般遗产，对其继承完全适用继承法，而“有限继承论”将其作为特殊遗产，其继承除适用继承法外，还应予以特别规定。折中说认为成员可以继承农村集体经济组织股权，而非成员不能继承，而“有限继承论”则认为非成员也可以继承，但享有继承权的非成员继承人的范围应该受到限制。农村集体经济组织股权继承规则构建的理论依据亦可以从内部体系与外部体系两个方面展开。

（一）内部体系：集体所有权的本质

农村集体经济组织股权继承问题，是新时代农村集体产权改革的产物。不同时代的农村集体产权改革，是以坚持集体所有权本质为基础，根据集体经济在社会发展不同阶段所面临的新形势、新要求，选择并确定相应的集体所有权实现路径。以量化股份的方式让农民对集体享有股权，是集体所有权在现阶段的实现方式。农村集体经济组织股权继承规则设计，不能违反集体所有权本质要求。如果完全坚持集体所有权的本质，则会导致学者所言的“赋予成员农村集体资产股权继承权能，存在将集体资产通过股份化达到私法之趋向”。据此，农村集体经济组织股权继承规则要平衡好国家政策及其试点与集体所有权本质要求之间的矛盾。同时，农村集体经济组织股权继承在内部体系上应坚持集体所有权底线要求。具体如下。

1. 农村集体经济组织股权继承的主体构成

关于集体所有权主体的本质属性，可以从两个层面展开。一是集体所有权的主体构成必须是农民，非农民不能成为其构成成员。集体所有权是集体所有制的法律反映。关于集体所有制，我国《宪法》将第 6 条、第 8 条明确规定为“劳动群众集体所有制”。这表明集体所有制的主体是劳动群众，因而集体所有权的主体也必须是劳动群众。我国《民法通则》第 74 条贯彻了宪法关于集体所有制的规定，将集体所有权的主体规定为劳动群众集体。在农村，劳动群众就是从事农业生产的农民，集体所有权的主体构成必须是农民，非农民不能成为其主体构成。只有如此，才可以在农村集体产权改革中，确保“增加农民财产性收入，让广大农民分享改革发展成果”目标的实现。二是，从集体所有权获益的农民应为本集体成员，即农村集体经济应为本集体农民成员提供保障，只有本集体的农民成员才能从集体所有权中受益。这是由农村集体经济的本质规定性决定的。《集体产权改革意见》将农村集体经济界定为：“农村集体经济是集体成员利用集体所有的资源要素，通过合作与联合实现共同发展的一种经济形态，是社会主义公有制经济的重要形式”，集体产权改革应“保护和发展农民作为农村集体经济组织成员的合法权益”。

通过以上两个方面可知，农村集体经济组织股权的主体是具有成员资格、需要集体提供生存与发展保障的农民，非农民不能成为该种股权的主体，《集体产权改革意见》也提出：“完善农民对集体资产股份权能，把实现好、维护好、发展好广大农民的根本利益作为改革的出发点和落脚点。”农村集体经济组织股权继承，应坚守住集体所有权主体构成的底线，非农民的非集体成员不能作为继承权人，只有非集体成员的农民才可以作为继承权人。

2. 集体所有权主体的意思自治

意思自治原则是民法的首要基本原则。缺少意思自治的民法是没有灵魂的，意思自治作用发挥不充分的民法是不完美的，难谓名实相符，甚至名不符实。尤其在市场经济发挥决定性作用的时代，意思自治原则作用的空间、强度、广度和深度均应进一步强化，以回应“构建高水平社会主义市场经济体制”的要求。集体所有权在民法上

是一种私权，党的十八大以来新时代农村集体产权改革，应充分尊重集体与成员的意思自治。

既然集体所有权的实质在于实现好、维护好集体及其成员利益，这就需要解决如何才能实现好、维护好集体成员利益，以及由谁来判断的问题。在一般情况下，集体及其成员才是自身利益是否得到维护、是否得到实现的最佳判断者，此即为意思自治原则在社会生活层面的事实依据。集体经济涉及国家、农民集体与集体成员三者之间的关系，发挥意思自治的作用可以从这两个层面展开。一是，在国家与集体之间，国家应尊重农民成员集体的意思自治，减少对集体经济的管制，扩大集体经济组织与成员集体的自治范围，妥当平衡好国家管制与集体自治的关系；二是，在集体自治范围内，通过成员大会或者成员代表大会对集体重大事项行使表决权，切实落实好集体成员的选择权、知情权、参与权、表达权、监督权。关于农村集体经济组织股权继承中的意思自治，国家相关文件与政策也有规定。比如，《股份权能改革试点方案》规定："对于继承权，要在尊重本集体经济组织成员意愿的基础上制定具体办法。"再如，《集体产权改革意见》规定，指导农村集体经济组织制定农民持有集体资产股份继承的办法。农村集体经济组织股权继承是涉及集体成员资格取得以及收益分配的重大利益事项，其继承中相关事项的表决应该由集体成员大会或者成员代表大会进行决议，而不能由相关执行机构及其负责人决定。

3. 集体所有权的基本公平

集体所有权所蕴含的公平是指每个集体成员原则上都能够从集体获得相同份额或数量的收益。集体收益分配原则上甚至只能按照"人头"平均分配，户与户之间从集体获得收益的数量差距只能取决于户内成员的多寡。农村集体产权股份制改革中的股权初始配置基本上都遵循此种公平要求。"大部分区县市采取的是'平均分配，一人一股的方式'"。"人口股是最普遍的股权类型，几乎是每个农村集体经济组织都会设置的成员股类型。人口股的配置原则是平均主义，强调'一人一股，人人有份'。"

人人有份、每份均等作为集体所有权收益分配的基本原则，不仅应体现在农村集体经济组织股权量化分配的初始阶段，而且还应贯彻到后续的股权变动中。然而，农村集体经济组织股权继承则可能导致股权配置及其收益分配违反该原则。因为如果不加限制地允许集体经济组织股权继承，就会出现人口少的成员户可能通过继承享有数量较多的股权，进而违反集体成员从集体平均受益的公平原则。农村集体经济组织股权继承应遵循集体所有权所蕴含的公平原则，以保证成员通过继承可以按照人头分配公平获得对集体资产的股份权。据此，要根据集体所有权的公平原则对继承份额予以相应限制，以避免通过继承导致股权过度集中于某家某户这种不公平情形的出现。

综上所述，农村集体经济组织股权作为集体成员从成员集体获取收益的权利，是集体所有权实现方式在新时代的新探索。其能否继承以及如何继承，均应坚持集体所有权本质属性的底线要求。

（二）内部体系之构建

前已述及，如果严格完全坚持集体所有权的本质属性，则农村集体经济组织股权不可以作为遗产继承。因此，以内部体系为基础的规则完善，主要在于坚持集体所有权本质的底线要求，明确农村集体经济组织股权可以作为特殊遗产继承，并据此确定需要特别规定的继承事项，设定妥当的继承规则，并使其与继承法的一般规则相衔接，两者协调适用。具体而言，以下事项需要特别立法予以妥当规定。

1. 继承与成员资格

根据集体所有权的本质属性，只有集体成员才能享有集体经济组织股权。据此推论，地方实践的一般适用模式既然将农村集体经济组织股权

作为一般遗产，则可以认为该模式认可非成员可以通过继承获得成员资格。然而，地方实践的特殊调整模式将农村集体经济组织股权内容分为身份性权利和财产性权利，继承可以使非成员获得财产性权利——分红权，不能获得身份性权利。根据集体所有权的本质属性，享有成员资格，即应享有完整的农村集体经济组织股权。据此推断，特殊调整模式不认可继承可以使非成员获得成员资格。这样一来，特殊调整模式导致成员资格与对集体享有权利相分离，因而需要回答，为何不具有成员资格的人能够对集体经济组织享有权利？因为不具有成员资格的人对集体享有权利与集体所有权本质属性相悖。我国《公司法》明确规定："自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格。"股权和集体经济组织股权都是成员权，要消除特殊调整模式的此种弊端，应该参照我国公司法的规定，遵循集体所有权中成员权的基本原理，认可非成员可以通过继承农村集体经济组织股权获得成员资格，但非成员获得成员资格后所享有的股权内容，可以由集体经济组织和继承人协商确定；如果协商不成的，则由成员大会或成员代表大会通过表决的方式予以确定，非成员通过继承是享有全部股权权能还是享有部分股权权能。此种规定的优势在于，坚守集体所有权的成员权内在法理逻辑，在尊重当事人意思自治基础上，由集体通过民主表决决定股权权能，更加尊重集体自治，维护集体权益。

2. 继承权主体

关于农村集体经济组织股权的继承权主体，肯定说认为非集体成员也可以作为继承人，突破了集体所有权的封闭性和社区性，折中说则坚持集体所有权的封闭性和社区性，认为成员可以作为继承人，但非成员不可以成为继承人。无论是一般适用模式还是特殊调整模式均突破集体所有权的封闭性，使不具有成员资格的人也可以继承农村集体经济组织股权。然而，此种对农村集体经济组织股权继承权主体不予以限制的做法，步子迈得过大，对集体所有权属性的本质要求突破过度。根据集体所有权主体构成分子的双重特性——农民+成员，农村集体经济组织股权的继承权主体可以突破成员资格，但不能突破农民的范围，也即不具有成员资格的农民可以作为继承权主体，不具有成员资格的非农民不能作为该种权利的继承权主体。前已述及，我国集体所有制是"劳动群众集体所有制"，这决定了集体所有权主体的构成只能是作为劳动群众的农民。如果允许非农民继承集体经济组织股权，则意味着"非劳动群众"也可以作为集体所有权主体的有机构成，是对宪法所确立的集体所有制本质的底线违反，不应允许。

3. 继承人的继承份额

以营利为目的之工商企业的股份分配，采取资本多数决，此谓之公平，除非章程另有规定。但集体所有权股份制改革的公平则体现为股权的设置与分配应人人有份，而且份额相同，此谓之集体所有权的公平。正是基于此，地方试点中对通过继承获得之股份总额上限有所限制。但各地对于此种上限规定的比例不尽相同，最低者为 1%，最高者为 10%。此种限制即在于防止违反集体所有权所应秉持的公平，造成股权集中导致变相的资本多数决，然此种限制依然不尽符合集体所有权的公平要求。为严格贯彻集体所有权公平本质的要求，对继承人继承股份的条件还应予以更为严格的限制。具体而言，对农村集体经济组织股权在成员间的继承，还需用"平均保障"原则予以限制。如果通过继承，户内成员人均持股超过集体成员平均股份的成员家庭，不能继承；只有在户内成员人均持股数量小于集体内每个成员平均持股数量的情形下，才允许继承。对于非成员继承人，其所继承的股权额不能超过成员的平均持股份额。因超过而不能继承的份额，由集体收回并按照公平原则分配给其他具有成员资格但未获得股权或获得股权少于平均份额的成员。

4. 股权移转的登记对抗主义

如前所述，继承中的农村集体经济组织股权何时由被继承人移转给继承人，需要特别立法予以明确规定，但地方试点的特殊调整模式与一般适用模式对此问题都没有规定。关于继承中农村集体经济组织股权的变动时点，法律应该予以明确，即从被继承人死亡时，被继承股权即发生变动，由被继承人转移至继承人享有。如果需要登记的，登记只是对抗要件。理由在于：

第一，基于非法律行为的权利变动，不宜将登记这种公示手段作为权利是否变动的决定性因素。遵循此理，继承中的农村集体经济组织股权，也应当从被继承人死亡时由继承人取得。

第二，不将登记作为继承人取得遗产权属的必须条件，符合我国《民法典》规定的登记性质。地方试点的特殊调整模式将变更登记作为办理继承手续的最后一个环节，容易造成农村集体经济组织股权从登记时发生变动的错觉。根据我国《民法典》第 65 条、第 66 条的规定可知，登记是公示手段，而非行政管理手段，这就决定了登记的法律效果是对抗主义，原则上不具有决定权利变动效果的功能。将农村集体经济组织股权继承中的登记作为权利变动的对抗要件而非生效要件，符合《民法典》的立法精神。

第三，采取登记对抗主义能够与公司法股权变动的规定保持立法精神的一致。我国《公司法》对公司股权的变动，采取的是登记对抗主义。同样都是股权变动，根据相同事项或相似事项相同处理的法理，继承法律关系中的集体经济组织股权变动也应当采纳登记对抗主义。

四、农村集体经济组织股权继承规则构建的外部体系

农村集体经济组织股权继承规则的构建理据需要从内在体系与外在体系两个层面予以展开。内在体系是该制度应坚持的价值目标——对集体所有权本质属性底线的坚守。那其外在体系为何呢？“外在体系是对内在体系按照某种标准进行的合乎逻辑的表达或‘现视’（使内在体系清晰可见）。”“在赫克的利益法学看来，‘表达’在本质上是对内在体系的一种‘复述’。”就农村集体经济组织股权继承而言，外在体系对内在体系合乎逻辑的表达需考虑的一个重点问题为，规则设计中如何妥当处理与继承法一般规定的关系。即针对农村集体经济组织股权继承，应明确其中哪些事项可以适用继承法的一般规定，哪些事项必须予以特殊规定。对此，可以农村集体经济组织股权能否继承作为分析问题的出发点，然后从静态与动态两个层面分析。从静态层面看，农村集体经济组织股权继承问题由继承权主体、客体、内容（权能）等构成；动态方面则为农村集体经济组织股权继承权的权益变动——取得、行使与消灭等。循此，农村集体经济组织股权继承所涉及的特殊规定应从以上三个方面展开分析。

首先，立法应对农村集体经济组织股权能否继承的问题予以专门明确规定。《民法典》继承编虽然扩张了继承权客体——遗产的范围，但依然还有所保留。根据《民法典》第 1122 条的规定，根据性质不得继承的遗产，不得继承。农村集体经济组织股权是否属于“根据性质不得继承的遗产”。对根据性质不能继承的遗产范围，《民法典》并没有明确规定。为此，需要地方试点对农村集体经济组织股权能否继承予以明确规定。目前一般适用模式与特殊调整模式均规定农村集体经济组织股权可以继承，这在突破集体所有权本质属性方面迈出了试探性步伐。如前所述，特殊调整模式中有不少关于农村集体经济组织股权继承方式及其顺序的规定。关于继承方式及其适用顺序，我国《继承法》以及之后的《民法典》第 1123 条已经有明确规定。遗产继承方式及其适用顺序不受农村集体经济组织股权特性的影响，对此可适用继承法的一般规定。故此，地方实践中关于继承方式及其适用顺序的规定，实无必要，应予删除。

其次，继承法律关系的权利主体问题，也即继承人和被继承人的问题。由于我国法律规定被继承人是“自然人”，遗产是被继承人死亡后遗留的个人合法财产。据此，农村集体经济组织股权的权利主体是自然人时，才发生继承问题。如果其权利主体是“户”，则无法继承或者至少在可以继承的问题上存在理论障碍与法律障碍。另外，还要确定农村集体经济组织股权应由哪些人继承的问题。由于集体所有权只为具有成员资格的农民提供保障，那么，就继承人而言，是否需要成员资格以及继承能否获得成员资格，也需要以特别法规定的方式予以明确。对该两个问题，目前的地方制度实践也已有所规定。比如，规定农村集体经济组织股权可以继承，则等于承认其主体为自然人。

地方实践的特殊调整模式中关于无民事行为能力人、限制民事行为能力人继承权行使的条文，也应予以删除。无民事行为能力人或限制民事行为能力人作为继承人时，对农村集体经济组织股权的继承权如何行使？有的地方实践对此规定：“无民事行为能力人的继承权、受遗赠权，由其法定代理人（监护人）行使。限制民事行为能力人的继承权、受遗赠权，由其法定代理人（监护人）行使，或者征得法定代理人同意后行使。”《继承法》第 6 条对无民事行为能力人与限制民事行为能力人继承权的行使，也有明确规定。目前地方实践中的此种规定，实质上是对《继承法》第 6 条的重复。在《继承法》未废止之前，无民事行为能力人或限制民事行为能力人的农村集体经济组织股权继承权的行使，可以适用《继承法》第 6 条，但《民法典》施行之后，《民法典》继承编删除了《继承法》第 6 条的规定，似乎对此问题并没有规定。那么，需要考虑的问题为，就无民事行为能力人或限制民事行为能力人的农村集体经济组织股权继承权行使，应如何适用法律。《民法典》继承编为何如此规定？事实上，《民法典》删除《继承法》第 6 条是体系优化的结果。因为对无民事行为能力人或限制民事行为能力人的继承权行使问题，可以适用《民法典》总则编的相关规定。《民法典》第 23 条规定无民事行为能力人、限制民事行为能力人的法定代理人是其监护人，第 24 条又规定作为无民事行为能力人、限制民事行为能力人法定代理人的监护人的监护职责。根据第 23 条、第 24 条的规定，无民事行为能力人、限制民事行为能力人的继承权当然由其监护人代理行使。因此，有关无民事行为能力人、限制民事行为能力人农村集体经济组织股权继承权的行使，适用《民法典》第 23 条、第 24 条的规定即可，地方实践无需对此予以专门规定。

再次，关于农村集体经济组织股权继承中的权利变动问题，即被继承的农村集体经济组织股权何时由继承人取得，需要特别立法予以明确规定。我国《民法典》第 1121 条规定，继承从被继承人死亡时开始。该条仅仅规定了继承开始时间，并未规定遗产权属的变动时间。遗产权属在继承中何时发生变动的问题，不能依据继承法解决，需要根据遗产种类的不同，在其他相关法律中予以规定。比如，我国《民法典》第 230 条规定，因继承取得物权的，自继承开始时发生效力；我国商标法对继承中商标权的权属变动，也有专门规定。根据《商标法实施条例》第 32 条的规定，继承人对被继承人生前商标权的取得，并非基于继承开始，而是基于商标局的移转公告。再如，我国《著作权法》第 21 条规定，著作权人死亡后，其生前所享有的著作权，依其性质能够继承的权利，“依法转移”给被继承人。由以上法律规定可知，对于不同类型遗产的权利变动，不能依据继承法规定的继承开始时间确定，而是需要由针对该类遗产的相关专门立法予以规定。据此，继承中农村集体经济组织股权的权利变动，也需要由相关立法予以明确规定。

最后，对无人继承的农村集体经济组织股权的处理，地方实践的特殊调整模式均规定：“未订立遗嘱、遗赠、遗赠扶养协议又无法定继承人

的，被继承人的股份收归村集体经济组织所有。”该规定也可以删除，理由在于适用《民法典》继承编的一般规定即可。对于无人继承遗产的处理，我国《继承法》第 32 条专门予以规定：死者生前为集体所有制组织成员的，无人继承的被继承人的生前财产，归所在集体所有制组织所有。《民法典》第 1160 条原则上维持了《继承法》第 32 条的规定，只不过对归于国家所有遗产的用途予以限制：即必须用于公益事业。因此，对无人继承的农村集体经济组织股权的归属，适用《民法典》第 1160 条的规定即可妥当解决该问题，地方实践无需对此予以专门规定。

在制定特别规则并协调其与继承法一般规定，对农村集体经济组织股权予以规范时，应坚持其派生于集体所有权这种兼具公有产权的特殊私权，是一种特殊遗产的法律属性。能够适用继承法一般规则予以规范且不违反集体所有权本质属性要求的事项，应适用继承法一般规则。如果适用继承法一般规则不符合集体所有权本质属性，甚至不利于集体所有权目的之实现，则需要制定特殊规则予以特别规范；但是，特殊规范不能违反集体所有权本质要求的底线，否则也不应被允许。根据农村集体经济组织股权是一种特殊遗产的法律属性，其继承立法应坚持“有限继承论”的立场。

五、结语：基于集体所有权本质属性的农民受益权继承法理

农村集体经济组织股权是我国新时期通过农村集体产权改革以更好实现集体所有权价值目标的产物。其继承问题正是基于我国集体公有制所衍生的中国法治实践特殊问题。这一特殊性不仅体现着集体所有权的本质特征以及农村集体经济组织股权的特殊性，同时也体现着继承规则在农村问题之中的特殊性。地方试点实践具有先行先试的存在合理性，但同时也需要从理论和实践需求等多重维度反思。这也恰恰证明了试点实践存在的意义，即对于合理的实践与制度架构，应当予坚持并适时转化为相关规则；对于不合理的实践，应当予以适时调试。在合理与不合理之间，存在诸多需要平衡与调整之处。事实上，立足于集体所有权的本质，农村集体经济组织股权与宅基地使用权、承包经营权、集体收益分配权等形异而实同，都是作为集体成员的农民从成员集体受益的权利。相应继承问题均应坚持“有限继承论”的立场。农民从集体受益权利的继承规则设计，应妥当平衡、协调集体所有权作为私权的一般性和特殊性对继承问题所提出的、诸多可能相互矛盾的特殊要求。“有限继承论”可以妥当平衡协调这些相互矛盾的特殊要求。依此而论，本文基于坚持集体所有权本质底线所讨论的若干问题，具有进一步扩展适用于宅基地使用权、承包经营权继承的可能和余地，学理上的讨论能否在实践中可行，也将交由实践检验。

妻子离世后，岳父母要求继承女婿父母留下的房产……法院判了

2024-04-05 北京青年报

https://mp.weixin.qq.com/s/oqvKsW1QZG4ZQO-IkmMxVw

近日，深圳市政法委公布了一起遗产纠纷案例引发网友关注。

4 月 4 日，话题#岳父母要求继承女婿父母留下的房产# 迅速冲上热搜。

刘女士出生在一个重男轻女的家庭，父母从小就偏爱弟弟，就连刘女士上学时的生活费，家里都不予支持。她只能靠勤工俭学、申请助学贷款等方式完成学业。

大学毕业后，刘女士来到深圳打拼，在拥有事业的同时结识了李先生，两人顺利结婚生子。本以为生活会一直这样幸福下去，但一场突如其来的意外夺去了刘女士的生命。

悲痛欲绝的李先生在处理完妻子的丧葬事宜后，收到了岳父岳母的起诉状，**他们要求分割刘女士的遗产，而这里面包括李先生从父母那里继承得来的一处房子。**

李先生的岳父母表示，刘女士生前没有留遗嘱，他们作为女儿的法定继承人，有权继承其财产。而亲家留给女婿的房产属于女儿和女婿的夫妻共同财产，因此，属于女儿的份额也应该作为遗产进行分割。

李先生则认为，他名下的房产是父母留给自己的，不应作为遗产进行分割。此外，岳父母与刘女士生前往来较少且每次都是索要钱财，岳父母也没有承担刘女士临终前及去世后的相关照顾和丧葬事宜；再加上孩子与妻子生前共同生活且还是未成年人，没有生活来源，因此，李先生请求多分遗产。

最终法院判决，刘女士的遗产包含丈夫李先生从其父母处继承取得的房产，该房产中的一半份额属于刘女士，应作为遗产进行分配。考虑到李先生对刘女士尽了主要扶养义务，因此可以多分。具体分配方案为：**李先生继承 28%份额，其余三人各继承 24%份额。**

之后李先生订立遗嘱，将其财产指定为孩子的个人财产。另外，他还在遗嘱中为孩子指定了自己最信任的妹妹作为监护人，在孩子成年之前，如果自己离世，将由她代替自己守护孩子的财产和生活。

网友：论立遗嘱的重要性

来源 | “深圳政法”微信公众号　　新民晚报

编辑 | 石佳

统筹 | 柳璐

监制 | 高杉

亲兄弟为争家产打官司！徐汇法院跨区到杨浦开庭，只为一个人！

2024-04-07 上海法治报 认真工作的
https://mp.weixin.qq.com/s/-5hKAaXRmu7Egj_Zs0174w

“现在开庭，传证人黄梓妹到庭！”
随着一声清脆的法槌声敲响
一起由徐汇区人民法院开庭审理的
关于遗产继承纠纷的庭审拉开了帷幕
与普通在法庭里进行的庭审不同
这起庭审的发生地在
杨浦区长白新村街道控江路 121 弄居委会
更为特殊的是
这也是徐汇法院罕见开展的一次**跨区开庭**
而之所以把庭审从法庭搬到居委会
源自**一位特殊的证人……**

遗嘱见证人年迈
法庭“搬”进居委会

梁健和梁康是一对亲兄弟，**双方因父母遗产的继承问题发生矛盾**，最终弟弟梁康将哥哥梁健告上了法庭。

“母亲年迈，立遗嘱的事情是他（梁健）组织策划，他就是想独吞老娘财产！”第一次庭审时，老大梁健拿出一份母亲的代书遗嘱，内容是母亲决定百年后将名下房产及字画全部交由老大继承，然而老二梁康对这份遗嘱并不认可。

“他（梁康）对老娘根本不管不顾，就像没他这个儿子一样，老娘生前所有的照料由我一人承担，老娘立遗嘱让我全部继承合理合法！”面对原告怀疑其侵吞父母遗产的态度，作为被告的哥哥气不打一处来，**讲出了这么些年自己独自一人赡养老母亲的艰辛。**

庭审中，为了查明遗嘱的真相，徐汇区人民法院依法传唤了相关见证人，除了黄梓妹因年迈未能出庭之外，其他见证人均到庭作证。“黄阿姨是我母亲的老朋友，最能还原立遗嘱时的真相，可她已经 87 岁了，不便出庭，可不可以书面作证？”考虑到黄梓妹的身体状况，被告请求让其书面作证。

遗嘱见证人的证言是查明遗嘱效力的关键证据，不宜书面提交。为了更充分全面地查清案件事实，**承办法官张冬梅作出到老人所在居委会现场开庭的决定。**

驱车赴“庭审现场”
助力案件走向明晰

开庭前，法官提前与老人所在居委会对接，在居委会的协助下，确定了适宜开展现场庭审的时间和地点。当天一早，张冬梅法官一行驱车 30 公里赶到庭审现场。

现场，几把桌椅围成简易法庭，审判席、原告席、被告席证人席依次排开，空间有限但秩序井然。**悬在法官头顶上的国徽因地制宜变成电子版，但仍不失法庭的庄严。**门口有居民上前围观，这是他们第一次在家门口见证法庭的正义。

“法官，我是被继承人的同事……她生前有一天给我打电话，让我去她家里，说有心里话想跟我讲……”满头银发的黄梓妹坐在见证人席上，将当年见证遗嘱的事宜慢慢道来。

黄梓妹作证后，双方当事人均就不清楚的部分向证人进行了发问。

庭审结束后，黄梓妹阅看笔录并签字，后在法院工作人员搀扶下离开。为维护老人权益，双方当事人退庭前，承办法官张冬梅还专门向他们提出要求，不得上门打扰证人，不得影响证人正常生活。

该案将择期作出判决。（文中涉案人员均为化名）

法官：跑这一趟，很值！

庭后，张冬梅接受了记者采访。

张冬梅表示，老弱病残孕是人们身边的弱势群体，是全社会重点照顾的对象，也是人民法院履行社会责任需要关注的重点。我国法律规定，凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证，因健康原因不能出庭时可通过书面等其他方式作证。但现实中，很多案件因审理需要和证人客观情况，必须采取现场取证的方式。

“本案中，兄弟二人有多年积怨，矛盾很深，早在母亲在世时，二人就有多起诉讼。父母遗产问题不理清楚，恐怕矛盾不仅不会消散，还会更加激烈。”

张冬梅认为，不管是为了查明案件事实，还是让当事人更加信服，黄梓妹的证词都不宜书面提交。法院不拘泥于传统的开庭模式，把庭审开到社区、开进居委会，既能当面将当年的事情还原，又能一定程度上消除当事人的疑虑，还解决了证人年事已高不便出庭的现实困境，跑一趟能有这么多收获，我觉得很值。”张冬梅说。

记者 | 季张颖

编辑 | 谢钱钱

无继承人情形下，谁来担任遗产管理人？

原创：2024-04-11　上海高院　李尚伟、李朋

https://mp.weixin.qq.com/s/HrtyfOyFE_T5LNTpMUVUuA

为满足新时代遗产多样化、遗产继承和处理日益复杂化、专业性的现实需要，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）继承编进行制度创新和突破，新设了遗产管理人制度，并特别规定了申请指定民政部门担任遗产管理人的情形，但司法实践中仍存在一些问题亟待明确。

本期分享的案例，即是将《民法典》指定遗产管理人制度付诸实施并丰富完善的司法实践。在查明继承人情况和利害关系人的基础上，通过指定民政部门担任遗产管理人，可以破解被继承人的遗产处理僵局，打通遗产处理堵点，继而维护交易安全和经济秩序稳定。该案判决彰显《民法典》蕴含的人文关怀与法治精神，对类案的审理也具有借鉴意义。**该案入选上海市高级人民法院 2023 年第三批（总第二十四批）参考性案例、获评全国法院系统 2023 年优秀案例分析评选二等奖。**

石某、刘某申请指定某区民政局为遗产管理人案

裁判要旨

非农户籍被继承人死亡后，在遗产管理人难以确定时，被继承人的债权人可作为利害关系人申请指定民政部门担任遗产管理人，人民法院应依法审查以破解遗产处理僵局。

《民法典》并未规定在没有继承人情况下居委会的当然遗产管理人资格，在居委会明确拒绝担任遗产管理人情况下，人民法院不应指定其为遗产管理人。

在确定民政部门遗产管理人资格时，应按照有利于遗产管理的原则，综合考虑被继承人生前住所地、主要遗产所在地等因素。同时，民政部门不能以缺乏相应岗位、预算及权能为由拒绝担任遗产管理人。

关键词

民事 / 指定遗产管理人 / 利害关系人 / 民政部门

案例撰写人

李尚伟、李朋

法官解读

李尚伟，上海市浦东新区人民法院南汇新城人民法庭四级高级法官，主审的案件曾入选最高人民法院饲养动物损害责任典型案例、上海市高级人民法院参考性案例，获得全国法院系统优秀案例分析评选二、三等奖等。

李朋，上海市浦东新区人民法院南汇新城人民法庭一级法官助理，曾获评上海法院系统个人三等功、浦东新区机关公务员三等功，辅助审理的案件多次入选最高人民法院类案典型案例、全国法院优秀案例分析、上海市高级人民法院参考性案例等。曾参与最高人民法院、上海市高级人民法院多项重大课题申报与撰写等。

01 基本案情

2013 年石某、刘某向方某及方某父母购买了本市某区房屋，其已付清房款、装修入住但一直未过户。方某系非农户籍，于 2021 年 1 月去世，未留有遗嘱或遗赠抚养协议，方某生前无配偶、无子女、无兄弟姐妹，其父母已先亡，祖父母、外祖父母也均早于其父母及其本人亡故，方某已无法定继承人。案涉房屋尚在方某名下，无法完成过户，石某、刘某遂根据《民法典》相关规定，要求人民法院指定某区民政局为方某的遗产管理人。

某区民政局认为：

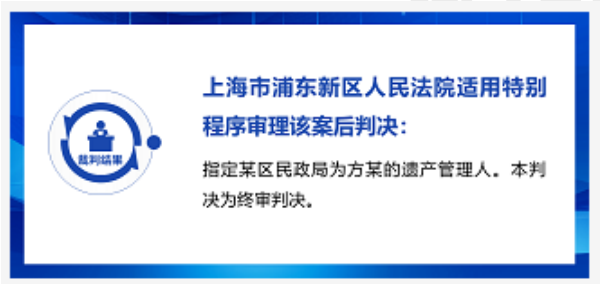
1. 人民法院应调查清楚方某是否无继承人；

2. 其缺乏相应岗位、预算及权能，并不是最合适的遗产管理人；

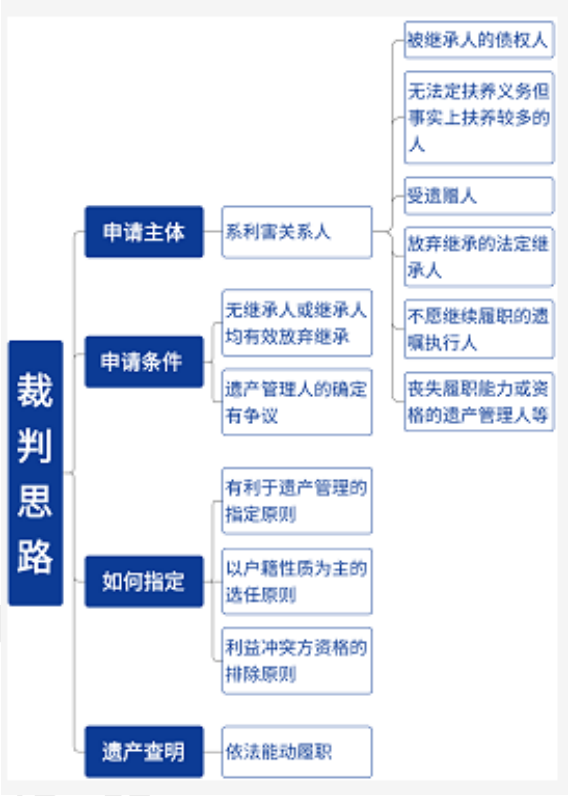
3. 方某生前户籍地的居委会更适合担任方某的遗产管理人。

人民法院联系方某生前户籍所在地居委会问询，居委会表示没有能力也没有意愿担任方某的遗产管理人。

02 裁判结果



03 裁判思路



04 案例评析

《民法典》规定，没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。对遗产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遗产管理人。在申请指定民政部门担任遗产管理人的案件中，人民法院应注重理清以下问题，依法能动履职，以推动具备资格的民政部门担任遗产管理人，破解遗产处理僵局。

一、利害关系人和无人继承的审查标准

利害关系人多为债权人，也可能是受遗赠人、无法定扶养义务但事实上扶养较多的人、放弃继承的法定继承人、不愿继续履职的遗嘱执行人或丧失履职资格的遗产管理人等。**对于利害关系人的审查应综合判断**，具体要看指定与否是否影响了民事法律关系的履行、遗产处理是否影响其利益、是否与被继承人存在信赖关系等。

申请人应对无继承人或者继承人均放弃继承提供初步证据，人民法院予以审查核实。**对于无继承人情形**，人民法院应尽可能通过公安机关、婚姻登记机构、被继承人经常居住地等调查、了解情况。**对于继承人均放弃继承的情形**，应以继承人向人民法院递交放弃继承的书面意见或到庭明确表达放弃继承的意思表示为准，且在人民法院判决指定前不存在反悔情形。**对于继承人仅对某项遗产放弃继承，或已对遗产占用或处分的**，均不能认定为放弃继承。

二、有利于遗产管理原则下的主体选任

从《民法典》第一千一百四十五条的规定可以看出，在指定民政部门或村委会担任遗产管理人时，两者处于并列地位，没有先后优劣顺序之分。司法实践中，人民法院如何在两者中选任值得思考。经梳理发现，在已有的案件中，存在着被继承人为农村户籍时，有判决指定民政局担任遗产管理人，也有判决指定村委会担任遗产管理人的情形。《民事诉讼法》2023 年修订时注意到了这一实践困境，并确立了**有利于遗产管理的选任原则**。

在指定民政部门或村委会担任遗产管理人时，笔者认为应确立以下**递进式筛选机制：一是**有利于遗产管理的正向审查；**二是**与遗产管理存在利害关系的反向排除；**三是**民政部门的兜底保障。考究《民法典》设立遗产管理人制度的目的，从便利被继承人遗产的查明、保有、管理和处分角度考虑，**在被继承人为非农户籍时**，宜指定其户籍地的区级民政部门担任遗产管理人；**在被继承人为农村户籍时**，指定其户籍地村委会担任遗产管理人更为合理。但被选任的主体与被继承人存在债权债务、任职管理等利害关系，可能影响忠实履行遗产管理职责的，则不宜指定其为遗产管理人。

三、居委会担任遗产管理人的实践争议

《民法典》在构建指定遗产管理人制度时，并未将居委会与村委会并列规定，这可能会使得社会公众产生选任疑惑，也使得司法实践面临难题。笔者认为，居委会管辖的多为城镇小区，频繁的房屋交易和人口流动导致人户分离现象明显，加之居委会的基层自治属性、较弱的管理权能、不足的人财物现状，其不一定了解辖区居民的具体情况，遑论承担被继承人的遗产管理职责。

此外，居委会属于群众性自治组织，而非集体经济组织。在面对无人继承又无人受遗赠的遗产时，民政部门和村委会可将其收归国有或所在集体经济组织，而居委会可能面临后续遗产处理的不便之处。另外，从文义解释、体系解释的角度考虑，《民法典》也并未规定居委会的当然遗产管理人资格，**以被继承人生前住所地的民政部门或村委会为遗产管理人，更能实现遗产管理人制度预设的遗产管理目的。**

四、依法能动履职，积极查明遗产范围

遗产管理人制度是《民法典》新创设的制度，许多问题还需进行积极、有益的实践探索。指定遗产管理人适用非讼程序，人民法院仅需审核是否符合指定遗产管理人的条件，理论上不必查明遗产的具体情况，且清理遗产系遗产管理人的法定职责。但在遗产管理人制度施行初期，相关履职保障措施尚未健全，民政部门或村委会担任遗产管理人后，普遍面临着如何查清遗产等棘手问题，**建议人民法院在指定遗产管理人的同时尽可能查明遗产情况，以便于遗产管理人履职。**

（评析部分仅代表作者个人观点）

05 法条链接

《中华人民共和国民法典》

第一千一百四十五条　继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继

承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。

第一千一百四十六条　对遗产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遗产管理人。

第一千一百四十七条　遗产管理人应当履行下列职责：

（一）清理遗产并制作遗产清单；

（二）向继承人报告遗产情况；

（三）采取必要措施防止遗产毁损、灭失；

（四）处理被继承人的债权债务；

（五）按照遗嘱或者依照法律规定分割遗产；

（六）实施与管理遗产有关的其他必要行为。

第一千一百四十八条　遗产管理人应当依法履行职责，因故意或者重大过失造成继承人、受遗赠人、债权人损害的，应当承担民事责任。

第一千一百四十九条　遗产管理人可以依照法律规定或者按照约定获得报酬。

来源丨上海市高级人民法院、
上海市浦东新区人民法院
高院供稿部门：研究室（发展研究中心）
案例撰写人：李尚伟、李朋
责任编辑：邱悦、牛晨光
编辑：马雯珺
声明丨转载请注明来自“上海高院”公众号

普法在线 ｜ 170 余万！见证遗嘱无效律所被判赔偿，律责险赔不了？

原创：2024-04-15　上海金融法院　孙倩 王倩

https://mp.weixin.qq.com/s/9fGGrF-QT-JFaJh_i-pLtA

经过律师见证的代书遗嘱
因律师执业过失等原因被判无效
律师事务所因此承担赔偿责任后
以律师执业责任保险申请理赔
却遭保险公司拒赔
拒赔理由是否合理有据？
律师执业责任保险如何防范律师执业风险？

案情回顾

➤ **1994 年 7 月**，沪上某知名律师事务所（以下简称“律所”）律师为客户郑某提供了代书遗嘱见证法律服务，但在后续继承纠纷中，法院认定，因只有一名律师在场见证等因素，代书遗嘱不符合法律要求的形式要件，判令遗嘱无效。

➤ **2019 年 1 月**，郑某儿子张某以遗嘱见证无效为由提起诉讼，将该律师所在律所告上法庭，要求律所赔偿其经济损失。法院判决律所赔偿张某损失 1,718,000 元并承担案件受理费、保全费及部分鉴定费。

➤ **2020 年 8 月**，涉案律所以执业过失承担赔偿责任而产生损失为由向该保险公司申请理赔。保险公司认为涉案事故不属于在保险单约定的追溯期或保险期间内接受委托的业务而拒赔。律所遂向法院提起诉讼，请求判令保险公司承担相应赔偿责任。

本案律师执业责任保险涉及 1998 年至 2020 年长达二十余年的保险合同。上世纪 90 年代末以来，上海市律师执业责任保险先后由律师事务所相关主管部门和律师自律组织等统一向某保险公司投保。律师责任险保险合同一年一签，但不同的保险合同对追溯期的约定不尽相同。1998 年保险单约定承保的基础是期内发生制，也就是以损失发生的时间作为承保基础。2000 年保险单约定承保的基础是期内索赔制，追溯期可溯及至 1992 年 3 月 14 日，也就是在保险单注明的追溯期限至

保险期限终止期内接受的委托业务，被保险人在保险期限内首次以书面方式正式提出索赔的，保险人均承担赔偿责任。2002 年 2 月至 2020 年 2 月期间为连续承保，约定承保的基础均是期内索赔制。2018 年 2 月至 2020 年 2 月，保险单约定的追溯期为“追溯到本公司连续承保的第一张保险单的起期日止，不溯及第一张保险单追溯期”，也就是 2018 年至 2020 年的保单，追溯期可到 2002 年 2 月。

律所主张应根据 2000 年保险单约定，其享有的追溯期权利应当追溯至 1992 年 3 月 14 日，1994 年的代书遗嘱见证业务属于承保范围。即便按照 2018 年保险单所约定的追溯期，由于律师见证遗嘱业务具有特殊性，代书遗嘱见证业务的最终办结时间应持续到律师在遗嘱继承案件中出庭作证之日止。

保险公司抗辩认为，2000 年保险单关于追溯期的约定不可在另一独立的保险合同中适用，案件应适用 2018 年保险单，案涉委托业务的接受时间不在追溯期内；律师见证遗嘱业务的核心事务是针对委托人遗嘱提供见证业务，应以见证之日作为办结日期。

法院裁判

一审法院经审理认为，委托人张某 2019 年 1 月 3 日提起遗嘱无效的诉讼是委托人首次向被保险人律所提出损害赔偿请求，发生在 2018 年保险单年度内，保险事故应适用 2018 年保险单。保险事故发生原因即 1994 年 7 月的律师执业行为，未发生在 2018 年保险单约定保险期间及追溯期内，遂驳回律所的诉讼请求。律所不服，向上海金融法院提起上诉。

上海金融法院经审理认为，案涉每一年度的律师执业责任保险合同均为独立合同，不因连续投保而成为一份合同。虽然 1998 年保险单约定适用期内发生制，且未限定索赔截止期，但办理代书遗嘱见证业务的时间并非在该保险单范围内。除此之外，各年度保险合同均约定适用期内索赔制，一审法院根据委托人提起索赔的时间认定本案适用 2018 年保险单并无不当。对于代书遗嘱见证业务，律师进行见证并出具法律文件后，委托事项即已完成，并不以律师出庭作证为要件。律师在法院案件中出庭，是对订立遗嘱时客观事实的描述，而非继续从事遗嘱见证业务。最终判决**驳回上诉，维持原判。**

法官说法

主审法官 **孙倩**，综合审判一庭 审判团队负责人 四级高级法官

律师执业责任保险，是指以律师或律师机构执业时因过失行为给委托人或第三人造成的实际损失为保险标的的责任保险。2002 年发布的《司法部关于进一步推动律师工作改革的若干意见》明确提出，要在全行业强制推行律师执业赔偿保险制度；各省（区、市）根据当地情况，确定每名律师的最低保险金额，以律师事务所为单位投保；各地也可以根据律师的意愿，统一投保。上海市早在 1998 年就开始探索参加执业责任保险。2002

年之后，统一由上海市律师协会（以下简称“市律协”）为本市律师事务所进行投保。

职业责任保险的特点在于，执业行为（即损失的起因）、损失后果的发生、提出索赔等环节通常间隔时间较长，业内由此产生“期内发生制”和“期内索赔制”两种承保方式。前者系以损失发生的时间作为承保基础，并辅以索赔截止期的约定。后者系以索赔的提出时间作为承保基础，并辅以追溯期的约定。保险公司因其承担风险的不同而对前述两种模式计以不同的保险费率。本案中，市律协投保的律师执业责任险均采用期内索赔制，故被保险人（即律师事务所）要求保险公司承担理赔责任至少需满足以下两点：（1）委托人在保险期间内首次以书面方式正式提出索赔；（2）索赔所涉业务系在保险单注明的追溯期限内接受的委托。就追溯期而言，2002 年至 2017 年期间，市律协与保险公司签订的保险单追溯期均约定为保险起始日期往前 5 年，2018 年之后的保险单则修改为“追溯到本公司连续承保的第一张保险单的起期日止，不溯及第一张保险单追溯期”，也就是说，保险责任最早可以追溯到 2002 年 2 月 18 日，实际上是更有利于被保险人权利的保障。本案中，由于承保基础是期内索赔制，张某正式提起索赔的时间落入 2018 年保险单范围内，但律师从事代书遗嘱业务的时间并不在追溯期内，故对律所要求索赔的诉讼请求不予支持。

当前，除代书遗嘱见证业务外，律师更多地参与到涉及证券发行上市、公司并购重组、国际贸易、跨境投资等专业性强且复杂多元的业务，律师事务所等中介机构在民事侵权赔偿纠纷中所应承担的责任也随之成为社会关注的焦点。律师责任保险能够有效分散律师执业风险，为律师正常履职提供风险保障。需要提示的是，市律协每年度的统一投保是为各律师事务所作出的最低保障，律师事务所应当结合本所业务范围，关注保险期间、索赔限额、承保方式及追溯期等重要条款，如认为统一投保不足以覆盖可能产生的风险，还可以选择自行投保商业保险进行补充，以充分发挥责任险的风险分散功能，避免陷入经营危机。

文字丨孙倩 王倩
编辑 丨郑倩
摄影 丨陈伟

再婚就无法继承财产，这样的遗嘱有效吗？

2024-04-16 人民法院报 李 想

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2024-04/16/content_238904.htm?div=-1

漫画：穆 依

大千世界，无奇不有。在一些继承纠纷中，经常会出现五花八门的遗嘱。近日，山东省济南市市中区人民法院审理了一起继承纠纷案件，被继承人立了一份遗嘱，写明妻子继承自己的部分财产，但在遗嘱中设定了一个附加条件，要求她不得改嫁。面对这样一份“奇葩”遗嘱，法院会怎么判？

多金老板再婚娶了女大学生

当事人老赵生于 20 世纪 60 年代，通过多年打拼干出一番事业，从普普通通的打工族成为公司老总，身价不菲，年入百万。他与妻子育有一子，可谓事业家庭双丰收。

然而，老赵与妻子的婚姻生活也在日复一日年复一年的消磨中，变得平淡如水，后老赵与妻子经过协商，友好分手，并对夫妻共同财产进行了分割。

离婚后，已年近半百的老赵一心扑在事业上。后来，在工作中结识了比自己小 20 多岁的女大学生小丽，小丽年轻漂亮、聪明能干，充满了青春活力，让老赵心动不已，而小丽也被老赵的成熟稳重所吸引，二人坠入情网，并火速确定恋爱关系。

相处不久后，老赵如愿迎娶了小丽，重新开启了自己的幸福生活，婚后不久，双方又生育了一个儿子，日子过得甜甜蜜蜜。

一份附加条件的遗嘱

天有不测风云，人有旦夕祸福。再婚后第五年，老赵被查出患有肝癌，病重期间，他亲自书写立下了遗嘱：去世后，名下的三套房产，一套由自己与前妻生育的儿子继承，第二套由自己与小丽生育的儿子继承，第三套房产及所有存款、股票、理财等，由小丽继承，但小丽继承房产的附带条件为签署不得改嫁协议，并保证严格执行，否则不得继承遗产。老赵在遗嘱下方签名，并注明了年月日。

立遗嘱后不久，老赵因病情加重抢救无效死亡。小丽与儿子将老赵与前妻所生育之子、老赵的父亲诉至山东省济南市市中区人民法院，要求按照遗嘱分割老赵的遗产。

郑莹法官负责审理此案，案件审理过程中，关于老赵所立遗嘱的效力问题成为各方争议的焦点。小丽认为，老赵所立遗嘱中除限制自己再婚的部分，其余均合法有效，要求按照遗嘱继承，其未来婚姻不应受遗嘱限制。

然而老赵与前妻所生育之子认为，该遗嘱中，由小丽继承的部分违反法律强制性规定，应认定无效，按照法定继承原则予以继承。

如此遗嘱有效吗

法院审理后认为，《中华人民共和国民法典》第八条规定，民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。第一百四十三条规定，具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。

法官认为，本案中，老赵所立遗嘱第三条载明：相关房产由小丽继承的附带条件为小丽必须签署不得改嫁协议，并保证严格执行。这条遗嘱系对小丽的人身自由及婚姻自主权作出了限制与约定，明显违背公序良俗原则，属于法律规定的导致民事法律行为无效的情形，应认定为无效。对被继承人老赵遗嘱中被认定无效的部分财产，应按照法定继承原则予以处理。

法官指出，我国法律规定，在法定继承中，同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。继承人协商同意的，也可以不均等。

法官认为，本案中，小丽作为被继承人老赵现任配偶，在老赵患重病至去世期间，长期与被继承人老赵共同生活，相较其他继承人，显然尽到了更多扶助、照顾义务，符合继承法规定可以多分遗产的情形，依法可以适当多分得被继承人的相关遗产。法院最后判决小丽继承被继承人老赵遗嘱中被认定无效部分遗产份额的 40%。

观察思考

遗嘱不得干涉他人婚姻选择自由

立遗嘱是自然人生前依照法律规定预先处分其个人财产，安排与此有关的事务，并于其死亡后发生效力的单方民事法律行为。我国法律规定，公民可以自由处置自己的合法财产，可以立遗嘱将个人遗产指定由法定继承人的一人或者数人继承。

一份合法有效的遗嘱应至少具备以下要件：一、立遗嘱人必须具有完全民事行为能力，这是立遗嘱的基本前提。二、遗嘱必须是遗嘱人的真实意思表示。如果遗嘱是在受胁迫或欺骗的情况下订立的，或者在遗嘱上被篡改变更了关键内容，那么这些遗嘱都是无效的。三、遗嘱内容必须具有合法性：遗嘱不得处分不属于被继承人所有的财产，或不得违反法律强制性规定。四、遗嘱符合法定形式要件，不管是公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、口头遗嘱和录音遗嘱，都应符合法律规定的相关要件。本案中，老赵所立遗嘱中“不得改嫁”条款，就是因为缺少上述第三个要件即内容的合法性，因而无法被认定合法有效。

“从以上法律规定可以看出，禁止或者破坏婚姻自由是法律所禁止的。公民有权在法律规定的范围内，自主自愿决定本人的婚姻，不受其他任何人的强迫与干涉。”郑莹表示，夫妻一方去世后，另外一方有选择再婚的权利。同时，公民去世时亦可以依法处理自己的个人财产。恰恰在本案中，两种权利发生碰撞。虽然也有观点认为，小丽可以通过选择再婚、放弃遗产以获得婚姻自由权利，老赵所立遗嘱并未限制继承人小丽的婚姻自由，也体现被继承人遗产处分权利，应具有法律效力。但这一观点未免过于简单与武断。

民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益。被继承人在订立遗嘱时，把配偶是否再婚作为取得财产继承权的先决条件，含有干预他人婚姻选择权利的内容，其实质是让他人在缔结新的婚姻与获取遗产中作出选择与取舍，为他人的婚姻选择设定了相应的物质后果，影响公民各项权利充分行使和实现，存在权利滥用之嫌，属于限制他人婚姻自由的违法行为，应认定为无效。

虽然老赵遗嘱中的“不得改嫁”条款被认定为无效，但对该部分财产按法定继承原则分割时，还是应将诚实信用原则、公平原则等一并纳入考量范围，综合审查案件相关事实背景以及各继承人对被继承人所尽赡养、扶助义务等情况在分割时予以充分考虑，以判断作出无效认定后，是否会导致各方当事人利益严重失衡。本案中，对遗嘱中被认定为无效部分财产虽然法院最后按法定继承进行了分割，充分考虑到在老赵病重期间由小丽实际照顾并尽到主要扶助义务的情况，因此在按法定继承原则分割时对小丽予以了适当多分。

民政部门作为遗产管理人的现实困境与破解路径

2024-04-18 中国民政杂志

https://mp.weixin.qq.com/s/xmhY6T6egBWK9_WgxPoYyg

《中华人民共和国民法典》（以下简称民法典）新增了遗产管理人制度，规定“没有继承人或者继承人均放弃继承的，由民政部门或者村民委员会担任遗产管理人”，赋予民政部门担任遗产管理人的职责，完善了继承领域的制度设计。

民法典颁布已经 3 年多，然而作为一项全新的法律制度，理论界和实务界对于民政部门担任遗产管理人还缺乏深入研究，实践中也缺乏可操作的指引。为破解这些现实难题，民政部门应当进一步加强履职能力建设，细化具体操作规则，

为解决制度适用过程中存在的问题提供相应路径，真正把制度优势转化为实践效能。

现有遗产管理制度及其功能定位

遗产管理制度经历了被理论界、实务界认可和接受，并在民法典第 1145 条至第 1149 条得到正式确立的过程。民法典遗产管理制度的一大亮点是民政部门担任遗产管理人，既包含遗产管理制度的共性特征，也凸显民政部门的个性特征。

共性特征：多方利益的兼顾与维护

设立遗产管理制度，主要利益考量有：一是管理遗产。继承的法律事实发生后，随之产生的问题便是如何保管、处置、分配被继承人的遗产。在遗产无人接管或者继承人推诿均不愿意接管时，遗产管理人可以及时介入接管遗产、清理遗产并制作遗产清单，及时确认遗产的范围和遗产的价值。二是兼顾继承人与债权人的利益。遗产管理人采取措施，防止继承人转移、隐匿遗产，保护遗产的完整性，避免继承人和债权人的利益因为遗产贬值、毁损、灭失而受到损害。在分配遗产之前，遗产管理人及时通知债务人清偿债务，通知债权人申报债权，维护债权人的利益。三是公平分配遗产。遗产管理人按照遗嘱或者法律规定的顺序对遗产进行分割。遗产管理人在公正处理债权债务后，对剩余的遗产进行分配处置。

个性特征：兜底性保护功能

民政部门作为遗产管理人，不是第一顺位的选择，而是“退而求其次”的选择。只有在没有继承人或者继承人均放弃继承的特殊情况下，才由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。民政部门作为遗产管理人，是由民政部门承担的职责和民政部门兜底保障的职能定位决定的。有观点指出，民政部门目前承担社会救济、社会福利事业等工作，在实际工作中，往往相对比较了解辖区内公民的家庭关系、财产状况等，有能力担任遗产管理人，且权威性较高。一旦无人继承或者继承人均放弃继承，将导致遗产面临无人管理、无人处置的窘境，使遗产的处置进入停摆状态，甚至会出现债权人“无人可诉”的被动局面，涉及遗产的债务得不到清偿，最终会损害债权人的利益。民政部门担任遗产管理人，能够解决无人继承或者继承人均放弃继承而发生的遗产处置难题。

民政部门作为遗产管理人的现实困境

程序启动难

民政部门担任遗产管理人分为依职权担任与依申请担任两种情形。

1. 信息不对称造成民政部门难以依职权介入。民政部门依职权介入以知悉相关信息为前提。事实上，民政部门担任遗产管理人，在信息上存在不对称性。由于信息上的不对称，民政部门无法及时知晓被继承人死亡以及继承人范围等信息，因而难以主动介入。仅仅依靠民政部门自身的力量，既无法保证信息传递的及时性，也无法保证信息来源的准确性。民政部门想要知悉被继承人死亡的事实以及继承人的范围，需要耗费大量时间精力开展调查，并依托属地镇（街道）、村（社区）等组织查明相关事实。

此外，继承人是否均放弃继承以及放弃继承的真实性也难以掌握。就放弃继承而言，民政部门无法全程关注个案中继承人是否作出放弃继承的意思表示。有的继承人虽然在表面上作出放弃继承的意思表示，但是客观上管领和控制遗产，属于“假放弃、真继承”。继承人是否全部、真实地放弃继承，超出了民政部门的职责范围和判断能力，属于民事裁判的范畴。

2. 利害关系人申请指定民政部门担任居多。主要是利害关系人向法院提出申请，由法院指定民政部门担任遗产管理人。其中，利害关系人一般为债权债务人。笔者于 2023 年 4 月 14 日在中

国裁判文书网以“指定遗产管理人”为关键词进行检索，共检索出指定遗产管理人案件 191 件。由于民政部门依职权介入难，导致依申请介入演变为民政部门担任遗产管理人的前置程序。申请人申请指定民政部门担任遗产管理人，不仅要耗费时间精力，而且需要支出相应成本，增加了当事人启动程序的诉累。

事实查明难

民政部门在担任遗产管理人后，需要查明身份关系和财产关系。目前，民政部门面临难以查明的困难。

1. 身份关系查明难。从继承人分布的地域范围看，继承人通常不是处于聚集居住状态，而是有可能分散在各地。从人员构成看，继承人的身份关系错综复杂，既包括第一顺位的继承人：配偶、子女、父母，也包括第二顺位的继承人：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。民政部门通常不掌握被继承人和继承人的相关情况，对于有没有继承人、有多少继承人、继承人的相应顺位等事实无法知晓。想要全面查清继承人的人员范围，对于民政部门而言并非易事。

2. 财产关系查明难。民政部门查清遗产的具体价值和范围难度较大。其一，民政部门查询财产的法律依据不足，缺乏直接支撑查询财产行为的法律依据。一旦遭遇不配合，将导致财产查询工作无法正常进行。其二，缺乏遗产信息获取渠道。遗产不仅类别繁多，涵盖动产、不动产、银行存款、车辆、股票、债券等，而且具有一定的隐蔽性。民政部门缺乏统一的查控系统，无法查清遗产的类别和数额。

自身履职难

民法典首次赋予民政部门担任遗产管理人的职责，而民政部门在自身履职方面还存在不足。

1. 履职机构不明确。民政部门在“三定”方案和其他文件中均未明确具体负责管理遗产事务的内设机构。首先，由于职能由谁承担不明确，容易造成内设机构之间职责不清，影响处置、分配遗产的进程，不利于遗产管理工作正常开展。其次，由于履职机构不明确，无法实现横向联动、纵向贯通。县级民政部门在履职过程中遇到的新情况新问题无法得到上级民政部门的有效指导，一些在履职过程中积累的好经验好做法无法及时向上级民政部门反馈。

2. 自身履职能力有欠缺。民政部门担任遗产管理人后，需要处理大量的涉法事务，而且要做好起诉应诉的准备。这些工作对民政工作人员的业务素养和法治素养提出了较高的要求。现实中，县级民政部门执法人员数量较少，执法队伍整体理论素养和业务能力不足。以杭州民政系统为例，目前杭州民政系统仅杭州市民政局和拱墅区民政局、萧山区民政局配备了公职律师。民政部门法律专业人才较为匮乏，人员力量配置尚不足以应对专业、繁重的工作任务。

配套制度缺失

民法典设置的遗产管理制度规定比较笼统，需要配套的制度和具体的操作规程协力，才能将制度规定落到实处。

1. 法律法规不健全。关于遗产管理人的法律法规、规章、规范性文件不健全，民政部门在具体开展遗产管理工作时可能会面临无法可依的窘境。广州市律师协会、深圳市律师协会制定了律师担任遗产管理人工作指引，北京市民政局制定了《遗产管理人工作指引》，这些指引具有一定参考意义。然而其均属于地方层面的规定，在全国层面尚缺乏统一的制度规定。同时，指引作为倡导性的规范，其位阶较低，并不具有普遍强制力。即便不遵循指引的规定，也不会直接产生法律上的否定性评价。

2. 具体操作程序不完善。在遗产分割之前，遗产管理人需要清理遗产、处理债权债务等。民法典第 1147 条对遗产管理人的职责作了列举式

规定，民政部门可以援引该规定履行职责。然而，该规定较为粗略，操作性不强。一方面，民法典未对公告制度作出规定，难以有效维护债权人和继承人的利益。债权人可能会因为不知晓被继承人死亡而未能及时申报债权，继承人可能会因为不知晓被继承人死亡的情况而怠于主张权利。另一方面，民法典关于遗产管理人的职责规定有待细化。遗产管理人制作遗产清单应当包括哪些内容，具体的制作时限如何，对于被继承人的债务应当按照何种顺序进行清偿，民法典未作出具体规定。

民政部门担任遗产管理人的完善路径

及时启动程序

民政部门应当切实肩负起遗产管理人的职责，依职权或者依申请担任遗产管理人，避免因无人继承或者继承人均放弃继承而导致遗产管理陷入僵局。

1. 加强信息互动。民政部门在日常履职过程中，应当主动掌握“丁克”家庭、“五保户”等无继承人的人员状况。民政部门也应当加强与公安部门、卫健部门、村（居）委会等的联动，及时掌握被继承人死亡以及继承人人员范围的事实。在继承开始后，村（居）委会或者法院等知悉出现无人继承或者继承人均放弃继承的情况，应当及时告知民政部门。在涉及债权债务纠纷的情况下，为避免继承人逃废债，法院在受理家事纠纷案件时，认为确有必要的，可以通知民政部门介入，进而实现遗产管理制度的价值。在依申请担任遗产管理人的情况下，民政部门根据法院指定担任遗产管理人。

2. 区分是否真正放弃继承。只有继承人真实地放弃继承，才存在由民政部门兜底担任遗产管理人的可能性。如果继承人作出虚假放弃继承的意思表示，则不存在由民政部门担任遗产管理人的可能性，而应当是由遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人。至于是否真实放弃继承，民政部门不具备审查放弃继承真实性、合法性的权力。对此发生争议的，应当通过司法途径解决。如果存在“假放弃、真继承”的情况，则利害关系人可以通过民事诉讼的途径予以解决。

查清身份和财产事实

民政部门担任遗产管理人，应当查清身份状况和财产状况。

1. 查明身份状况。考虑到身份关系的特殊性以及身份关系对遗产处理产生的影响，即使当事人对于身份关系进行自认，民政部门也应当主动依职权查明。民政部门担任遗产管理人后，在确定被继承人身份的基础上，应当及时确定有无继承人、继承人的先后顺位等情况。被继承人生前居住的村（社区）对于被继承人的家庭生活情况较为熟悉，民政部门可以通过走访被继承人生前居住村（社区），了解和掌握被继承人有无继承人以及各继承人之间的关系。同时，为确保身份信息的真实性、准确性，民政部门应当通过公安机关核查被继承人的家庭身份信息。通过比对走访获得的信息与公安机关提供的信息，对身份关系形成完整、准确的画像。

2. 建立财产查询联动机制。以立法的形式赋予民政部门查询财产的权力，需要考虑立法的必要性以及立法的成本。在现有制度或者通过设立一项新的制度可以解决问题的情况下，未必一定要通过立法的方式解决。因此，较为可行的办法是依靠财产查询协作机制解决遗产范围和遗产价值不清的问题。民政部门可以通过会议纪要或者联合印发文件的形式，加强与其他部门的协作，建立民政部门牵头、多个部门参与的协作机制，如建立与公安、市场监管、银行、证券、不动产登记等部门的联动机制，调查货币财产状况、债权、不动产、无形资产等财产以及一些新型的财产权

利，全面查询遗产的种类、范围、价值，待机制运行成熟，适时上升到法律层面予以固化。

完善履职机制

要大力推进履职机构和履职队伍专业化建设，同时巧借外力，夯实履职保障。

1. 加强履职队伍建设。明确专门的履职机构，即确定由民政部门其中一个内设机构具体负责承担遗产管理人的事务。考虑到民政部门担任遗产管理人的案件数量总体不多，且地域分布较为分散，单独设立新的内设机构并非十分必要。因此，可以暂时指定由民政部门的一个内设机构承担该项职能。在民政部门担任遗产管理人案件较为易发、多发的地方，可以争取设立新的内设机构，专职负责处理民政遗产管理事务。在明确相应的内设机构后，上级民政部门应当加强对下级民政部门的业务指导，下级民政部门可以向上级民政部门反映遗产管理中遇到的问题。作为具体从事遗产管理业务的工作人员，要加强自身履职能力建设，通过参加业务培训、专题培训、案例分析、观摩庭审等形式，有针对性地加大业务培训力度，提高业务素养和法治素养。同时，发挥公职律师的作用，遇到疑难复杂法律问题可以邀请公职律师审核把关。

2. 建立第三方协助履职机制。遗产管理事务工作量大、专业性强、程序复杂、持续时间长，从民政部门现有的力量配备来看，无法有效应对大量的事务性工作，需要借助第三方力量履职。正如有观点指出，若遗产情况复杂、涉及问题较多，民政部门和村委会欠缺必要管理能力时，可根据民法典第 1147 条第 6 项规定的“实施与管理遗产有关的其他必要行为”，聘请专业人士处理具体事项。

具体来说，可以参照破产管理人制度，委托律师事务所等第三方机构协助妥善处理遗产，公平清理债权债务。律师事务所主要协助民政部门履行民法典第 1147 条规定的职责。如《深圳市律师协会律师担任遗产管理人操作指引》中对律师协助担任遗产管理人的业务职责进行了细化，为律师开展工作提供了指引。有的地方公布了律师担任遗产管理人的目录。通过委托第三方协助处理相关事务，可以让民政部门从繁冗的事务性工作中脱离出来。在选任第三方后，民政部门应当履行监督管理职责，督促勤勉履职。

细化操作规程

就具体操作层面而言，应当增设公示程序，并细化遗产管理人职责。

1. 增设公示程序。民政部门在担任遗产管理人后，为了平等保护继承人和债权人的利益，应当发布公告。一方面是针对无人继承的遗产，在确定“无人继承”的事实后，应当向社会公告，避免出现遗漏相关继承人的情况。继承人在公示期间出现的，认定继承人身份属实的，民政部门的职责终止履行。公告期间届满后，仍然没有继承人的，则由民政部门正式开始履行遗产管理人的职责。另一方面，在公告发布后，民政部门在合理期间内督促债权人申报债权，避免债权人因为不知情而遗漏申报债权。民政部门可以通过在被继承人生前居住的村（社区）张贴公告或者在互联网、报纸等媒介上向利害关系人和其他人员发布公告。至于具体的公告期间，可以参照《中华人民共和国民事诉讼法》的规定，设置 30 日的期间。

2. 细化具体职责内容。尽管民法典第 1147 条对遗产管理人的职责作出了规定，但是关于制作遗产清单的时限，民法典未明确规定具体时限。参照其他地区关于遗产管理人职务的规定，民政部门应当在担任遗产管理人后 3 个月内编制清单。当然，如果高效编制遗产清单，则更有利于维护利害关系人的合法权利。关于采取必要措施防止遗产毁损、灭失的职责，针对“必要措施”的理解可以结合实际进行解释。有争议的是如何处理被继承人的债权债务，现行法律规定并未对清偿顺序作出规定，而清偿顺序直接关系到债权人的

利益。因此，有必要细化清偿顺序。考虑到民政部门履行遗产管理人职责的法定性以及履行职务的公益属性，原则上不应当收取报酬。如果后续有新的规定，明确民政部门作为遗产管理人可以收取报酬的，则依照新规定。至于具体的清偿顺序，可以参照《中华人民共和国企业破产法》第 113 条之规定，在清偿所欠税费后，再对遗产债务作出清偿。

（本文内容系原创，转载请注明来源《中国民政》杂志）

来源：《中国民政》杂志 2023 年 12 月上刊

作者：余利明、唐云
作者单位：浙江省杭州市民政局

编辑：郭紫纯

四、夫妻债务专题

债务人将财产无偿转让给妻子，债权人能行使撤销权吗？

2024-03-27 山东高法

https://mp.weixin.qq.com/s/DZjzanJqq-DYGhurZBExaA

鲁法案例【2024】182

谢某外欠货款 142 万元，被诉庭审后第二天突然与妻子梁某签订离婚协议，约定家中房产车辆归妻子梁某所有。债权人王某认为谢某恶意转移财产，自己的货款将难以执行到位，遂立即将夫妻俩告上法庭，请求撤销双方的财产约定，王某的请求能得到支持吗，请看下面的案例。

案情简介

王某诉谢某买卖合同纠纷案，法院于 2022 年 11 月 14 日开庭审理，判决谢某偿还货款 142 万元。该案执行后，法院查封了登记在谢某前妻梁某名下的一处房产及一台车辆。而梁某则以王某所诉欠款系谢某个人债务、其与谢某已离婚、房屋车辆系个人财产为由，于 2023 年 9 月 20 日提出执行异议，申请解封。王某得知二人的离婚财产约定后，认为谢某是在恶意转移财产，逃避执行，亦于 2023 年 11 月 4 日向法院提起撤销权诉讼，请求撤销谢某与梁某离婚协议中关于财产处理部分的约定。经查，涉案房产车辆系谢某与梁某在婚姻关系存续期间所购买。二人于王某诉谢某买卖合同案庭审后第二天即 2022 年 11 月 16 日签订离婚协议书，财产部分约定：各自名下财产归各自所有，债务由谢某负责偿还。

法院审理

郯城县人民法院经审理后认为，案涉房产车辆系谢某与梁某在婚姻存续期间所购买，应为夫妻共同财产，归二人共同所有。谢某在对王某负有巨额债务的情况下，为逃避执行，与梁某签订离婚协议书，对夫妻共同财产应得份额全部放弃，归梁某所有，属于无偿转让财产的行为，该行为存在使王某的债权实现困难或不能实现的可能，对王某的权益造成严重损害。王某知晓自身权益遭受侵害后，在法定期限内向人民法院行使撤销权，且其诉讼请求仅涉及二人离婚协议中关于财产分割的部分，并不涉及双方解除婚姻关系的人身关系。据此，法院作出一审判决：撤销谢某与梁某二人于 2022 年 11 月 16 日签订的离婚协议书中关于财产分割部分的约定。宣判后，二人未上诉，现已生效。

法官说法

离婚协议具有双重属性，协议中关于婚姻关系、子女抚养的约定具有人身属性，涉及财产和债权债务部分则具有财产属性。离婚协议中关于人身关系的部分不能适用民法典关于撤销权的规定，但是财产部分，本质上属于双方意思自治范畴，应受撤销权的制约。所以，当出现债务人在离婚协议中约定将财产全部归一方所有此来逃避债务时，债权人有权撤销离婚协议中关于财产部分的约定。同时，债权人行使撤销权时要符合下列要件：

一、债权人在债务人签订离婚协议处分财产之前已经享有合法有效的债权。如果债务人实施财产无偿处分行为时，债权人的债权尚未成立或已经消灭，则无偿处分行为不可能对债权人产生任何影响。

二、离婚协议中的财产分割条款明显不合理且该无偿处分行为有害于债权人债权的实现。所谓有害于债权的实现是指债务人无偿处分财产行为使债权人的债权有难以实现的危险，或者致使不能完全履行对债权人的债务。如果债务人的无偿处分行为明显不会影响其对债权人债权的清偿的，则不成立债权人的撤销权。

三、未超过撤销权行使期限。债权人撤销债务人离婚协议中的财产约定条款应当在其知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使，且在债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

本案中，谢某所欠王某债务 142 万元，数额巨大，且其未有其它财产可供执行，恶意处分财产，以此逃避执行，将使王某的债权难以实现，法院判决有效地保护了王某的合法权益。

法条链接

《中华人民共和国民法典》第一千零六十二条：夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻的共同财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金、劳务报酬；（二）生产、经营、投资的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或者受赠的财产，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同财产，有平等的处理权。

《中华人民共和国民法典》第五百三十八条：债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者恶意延长其到期债权的履行期限，影响债权人的债权实现的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。

《中华人民共和国民法典》第五百四十一条：撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

编写：李增欣、王义祥

来源：郯城县人民法院

编辑：石慧

五、房产、股权

（一）房产

持离婚析产调解书单方申请房产登记的审查

2024-03-28 鱼龙聊房

https://mp.weixin.qq.com/s/HOiC17bjAyxk-WO5zJnKFA

作者单位：苏州工业园区不动产登记中心

房产是夫妻共有的主要财产，共有房产的分割是离婚案件需要处理的主要内容。经法院调解离婚的案件，法院调解书通常都会明确如何分割共有房产。调解书是对调解协议的确认，由于调解协议的内容灵活多样，因此调解书对房产分割的方式也灵活多样，语言表述方式也各不相同。因此登记人员对调解书中房产分割内容可能出现不同理解，不同理解决定了不同的审核要求和收件内容。当前，离婚案件当事人单方持法院调解书要求对分割后的房产办理房产登记的情况越来越多。本文拟对当事人单方持调解书办理房产登记的申请程序和不同类型的房产分割调解书在办理房产登记时如何审查作探讨。如无特别说明，以下所述调解书都是指夫妻离婚分割共有房产的法院调解书。

一、单方申请与配合登记

《不动产登记暂行条例实施细则 》第十九条规定，当事人可以持人民法院、仲裁委员会的生效法律文书或者人民政府的生效决定单方申请不动产登记。法院的哪些法律文书可以作为单方申请办理房产登记的依据呢？《不动产登记暂行条例》第十四条第二款规定，属于下列情形之一的，可以由当事人单方申请：……（三）人民法院、仲裁委员会生效的法律文书或者人民政府生效的决定等设立、变更、转让、消灭房产权利的。即法院的法律文书或者政府的决定书直接产生物权设立、变更、转让、消灭结果的文书，可以作为单方申请办理的依据。《民法典》第二百二十九条规定，因人民法院、仲裁机构的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者征收决定等生效时发生效力。最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》物权编的解释（一）第七条规定，人民法院、仲裁机构在分割共有不动产或者动产等案件中作出并依法生效的改变原有物权关系的判决书、裁决书、调解书，以及人民法院在执行程序中作出的拍卖成交裁定书、变卖成交裁定书、以物抵债裁定书，应当认定为民法典第二百二十九条所称导致物权设立、变更、转让或者消灭的人民法院、仲裁机构的法律文书。

具体到本文，夫妻经法院调解离婚，调解书明确原夫妻共有房产归一方所有的，该调解书即属于《民法典》物权编的解释（一）第七条所说的分割共有不动产的调解书，是直接变更了物权的法律文书，可以由取得房产所有权的一方凭调解书单方申请办理房产登记。

但是实务中我们常收到这样的调解书：调解书主文表述为某某房产归某人所有，某某人配合办理过户。

根据《条例》第十四条第二款、《细则》第十九条规定，夫妻离婚析产，经调解房产归一方所有的，可以由取得房产所有权的一方单方申请登记。但是调解书却记载另一方配合办理过户，这就出现了调解书和《条例》《细则》不一致的情况。

这里涉及到对“配合”的理解。何为“配合”？按通常理解配合的意思是在需要的情况下提供协助，不需要的情况下就不必协助。配合是取得房产所有权的一方对另一方协助办理过户的请求权，根据具体情况该权利可以行使，也可以不行使。当不需要另一方协助也能办理过户的时候，取得房产所有权的一方可以不行使请求权，就不需要配合。但是由于文字意思的不确定性，配合也可以理解成为一方对另一方的牵制、制约、监督等意思。事实上有的官方文件中的“配合”确实有制约、监督之意。从案件处理来看，不排除在调解过程中为了利益的博弈，调解协议和调解书特别安排对取得房产一方在登记时要受到另一方的牵制。即没有另一方的配合一方不能单方办理登记。

出现这种调解书也可能是案件经办法官不了解《条例》及《细则》的规定，调解过程中本来没有一方牵制另一方的安排，但经办人以为没有另一方配合一方就无法办理登记，故在调解书里为另一方设定了配合的义务。

不管怎样，当调解书记载另一方配合一方办理过户的内容，笔者认为登记部门不能凭空猜测调解书中配合的含义，只能按调解书在另一方配合的情况下办理登记。配合的人在房产登记程序中并不一定就是申请人，配合的人应该参与到登记过程中对一方要求办理该房产登记表达意见。另一方拒绝配合的，一方可以申请法院执行，登记部门根据法院协助执行通知书办理登记。

在调解书没有记载另一方配合过户的情况下，取得房产权的一方可以单方办理登记。

二、正确理解调解书的内容

由于调解书是对原被告双方调解协议的认可，不少调解书直接大段引用调解协议的原文，用语拖沓冗长，不如判决书干脆简练。甚至对双方的权利义务设置了各种条件。而单方申请登记的规定又使得登记部门难以听取案件另一方当事人对调解书的理解。这就为登记部门理解调解书带来了困难。如何正确理解调解书的意思对登记部门就显得尤为重要。笔者对离婚析产调解书常见的房产分割方式做以下分类并探讨对未记载另一方配合登记义务的调解书登记部门该如何审查。

01 房产归一方所有，另一方无对价支付义务。

对这类调解书，理解上无任何歧义，登记部门按调解书的内容根据取得房产一方的申请直接将房产登记到一方名下即可。

02 房产归一方所有，取得房产所有权的一方在一定期限支付另一方对价。

这类调解书一般表述为：某处房产归某人所有，某人于某年某月某日前支付某某人金钱若干。这类调解书并没有把一方支付金钱作为其取得房产所有权的条件，因此调解书生效后，一方即取得房产所有权。即便其未按调解书支付金钱或迟延支付也不影响其取得房产的所有权。未取得金钱一方可以依法要求对方履行金钱给付义务而不能阻却一方取得所有权。因此登记部门可以根据一方申请按调解书的内容直接办理房产登记。

03 一方在支付另一方对价后房产归其所有。

这类调解书，在签订调解协议时双方就已约定一方附条件取得房产所有权，即需要先支付对价后取得所有权。条件未成就时一方自然不取得房产所有权。对这类调解书，登记部门应当审核调解书设定的条件是否成就。即其是否已经支付调解书确定的对价。根据《不动产登记操作规范》4.2.1 规定，登记机构审核申请材料，必要时应当要求申请人进一步提交佐证材料或向有关部门核查有关情况。由于这类登记是单方申请，登记部门可以要求申请人进一步提供材料证明其已经支付对价。比如，如果款项是通过法院支付的，可以建议其向法院调取支付款项的档案材料并向登记部门提供。如果是私下支付，可以要求申请人邀对方当事人来接受询问。

对于这类调解书，还有一种情况是虽然付款一方已经付款，但付款迟延。对这种情况登记部门是否办理登记的问题，笔者认为，调解书已经明确一方取得物权是以其支付对价为条件，一方迟延履行可能产生履行调解书的争议，登记部门对该登记应慎重办理。

04 离婚析产调解书记载原登记为夫妻共有房产归未成年子女所有。

该类调解书并不是《民法典》物权编的解释（一）第七条所指的共有财产分割的确权文书。该调解书只是确认了夫妻双方将房产赠与未成年子女的行为。同时也反映了夫妻作为未成年子女的监护人愿意接受赠与的意思。最高人民法院在《最高人民法院公报》2012 年第 6 期记载的大连羽田钢管有限公司与大连保税区弘丰钢铁工贸有限公司、株式会社羽田钢管制造所、大连高新技术产业园区龙王塘街道办事处物权确认纠纷案中表示，法院对于房产，不宜依据债权合同直接确认权属。即对于合同关系的物权转让合意，法院判决应表述为一方协助另一方办理房产登记，而不是直接表述为房产归另一方所有。同理，父母赠与房产给子女，调解书也不宜直接表述房产归未成年子女所有。因此，这类调解书不属于确权文书，不符合《细则 》第十九条单方申请的规定。对于离婚析产调解书记载原登记为夫妻共有房产归未成年子女所有的，应该由原夫妻双方作为转让人，同时作为受让人的监护人一起申请将房产登记至未成年人名下。

总之，笔者认为离婚析产调解书记载要另一方配合办理房产登记的，则需要有另一方配合才能办理房产登记，如果没有记载另一方配合办理房产登记的，登记部门应该正确理解调解书的内容，按调解书的内容办理登记，而不能认为调解书是确权文书一概直接登记。

继承人入狱服刑，房产被莫名抵押？一波三折的房产过户之路如何画上句号……｜今晚九点半

2024-04-07　最高人民检察院

https://mp.weixin.qq.com/s/9Wr9o02GmpGqXjo3dNxQuQ

原房主因病去世
继承人入狱服刑
房产被莫名抵押
两家法院针对房产归属作出不同判决
一波三折的房产过户之路
在检察机关历时三年的持续监督下
画上了句号……

春节刚过，淅淅沥沥的小雨中，江苏省扬州市广陵区检察院检察官来到一起民事执行监督案的申请人老许家中回访。刚一进门，检察官就被老许紧紧拉住，一定要让检察官先看看他崭新的“红本本”：“十年里，我天天做梦都想着这个大红本啊！多亏检察机关监督，今年我们全家终于过了个好年！”

二月的扬州依然寒风瑟瑟，但检察官的心里已温暖如春。

一波三折

买下新房却办不了房产证

2010 年 12 月 12 日，老许用大半辈子的积蓄 35 万元，从老陈手中买了一套崭新的拆迁安置房。房子位于扬州市江都区的一个小镇上，配套齐全，价格公道，老许十分满意。

很快，老许一家满心欢喜地搬进了新房。根据政策要求，拆迁安置房要先初始登记到被拆迁人名下，才能再过户到买受人名下。老许被告知，要等到 2013 年 12 月才可以办理初始登记。2013 年 12 月，老许联系老陈准备办理房产过户手续时，老陈的儿子陈某因涉嫌贩卖毒品罪刚被逮捕，老陈正为儿子的案子奔波，根本无心办理过户手续。考虑到老陈家的特殊情况，想着过户的事也不急于一时，老许同意再等等。

谁料次年 9 月，老陈因病去世。由于老陈的妻子早先也已过世，按照法律规定，尚未办理过户手续的房产便由陈某继承。而陈某已于 2013 年 11 月入狱服刑，老许只能等待陈某出狱。

2019 年 2 月 18 日，陈某获减刑被释放，出狱后很快对案涉房产进行了初始登记。但当老许找陈某办理过户手续时，他却以各种理由推托，不予配合，老许遂将陈某起诉至扬州市江都区法院。同年 11 月 25 日，江都区法院作出民事判决，判令陈某协助老许办理案涉房产的产权变更登记。

本以为过户这事儿这下可算板上钉钉了，谁知半路又突然“杀”出一个王某。**王某拿出了一张针对同一房产归属、出自扬州市广陵区法院的判决书。更巧的是，这个案子的判决时间和老许起诉陈某一案的判决时间竟是同一天。**

老许了解得知，陈某出狱后向王某借款 60 万元，并将案涉房产抵押给了王某。后王某将陈某起诉至法院请求陈某归还借款。广陵区法院判决陈某归还借款及利息，如不能按期归还，王某有权申请将案涉房产折价拍卖或变卖，在 60 余万元内优先受偿。

2020 年 1 月，王某向广陵区法院申请强制执行。广陵区法院遂将案涉房产查封，并进入拍卖程序，要求老许限期搬离，这给老许一家的生活造成了严重影响。老许不服广陵区法院作出的民事判决及执行行为，以第三人身份先后申请再审、提出执行异议、对驳回执行异议的裁定申请复议，要求该法院解除对案涉房产的查封措施，均未获支持。2021 年 1 月，老许来到广陵区检察院申请监督。

拨开迷雾

检察监督找准问题症结

受理老许的监督申请后，广陵区检察院迅速成立办案组，对案件展开调查，多次召开会议厘清监督思路。

“陈某出狱才一个月，就能借到 60 万元，一个月内就办完了抵押手续，两起民事案件还在同一天判决，这也太蹊跷了！”种种反常迹象让办案检察官生疑：**有无可能是陈某与王某串通打“假官司”，促使法院拍卖案涉房产，王某获得拍卖款后再私下给陈某，如此来损害老许的利益？**

办案组遂对陈、王二人的银行流水等进行调查，但未发现陈某将 60 万元返还给王某，后期王某也向公安机关报案称陈某诈骗。由此，认定陈、王二人实施虚假诉讼的证据不足。

针对上述情况，办案组迅速调整调查方向：“江都区、广陵区法院都是在查明事实的基础上依法作出的判决，且判决时间在同一天，现在双方争议的焦点在于老许对案涉房产所具有的物权期待权，能否排除王某诉陈某案中法院对该房产的执行。”

围绕争议焦点，检察官立即查找相关法律和司法解释，精准锁定最高人民法院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（以下简称《规定》）第二十八条：“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）在人民法院查封之前已合法占有该不动产；（三）已支付全部价款，或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行；（四）非因买受人自身原因未办理过户登记。”

“也就是说，如果老许是在广陵区法院查封案涉房产之前就向老陈购买了该房产、支付了购房款、合法占有并使用该房产，而长期未过户不是老许自身的过错所致，就完全符合《规定》第二十八条所列的四种情形，如此，法院就不能执行案涉房产。”办案检察官表示，“从某种意义上说老许已经取得了该房产的所有权，只是缺少办证这一个环节而已。”

为核实相关问题，办案检察官马不停蹄地四处奔走：从房屋中介处调查房屋买卖合同的签订时间、购房款支付时间以及房产交付时间是否在查封之前；查清案涉房产近年来产生的水电煤气费用；向邻居了解老许是否长期居住在案涉房产内；向拆迁办、公安机关调查案涉房产未及时过户的原因；向房管部门了解老许和妻子在扬州是否有其他住房……

2021 年春节前夕，检察官再次登门走访，老许的家中却没有一丝过年的喜庆气氛。“谢谢你们这么关心我的案子，这些年，我也去了其他部门反映情况，问题都没能得到解决，估计这是我在这个房子里过的最后一个春节了。”年过半百的老许哽咽地对检察官说。

检察官暗下决心：这个案子，要加快进度了！

峰回路转

检察建议助申请人拿回产房

2021 年 3 月，在办案检察官加班加点的推进下，案件迎来转机：经过详细调查，老许的情况完全符合《规定》第二十七条和第二十八条之规定。

“同时，我们还通过中国裁判文书网等检索发现，最高人民法院、四川省高级法院等共计 7 份同类型案件的生效裁判文书支持以上观点。”检察官召开联席会议充分论证，认为老许对案涉房产所享有的物权期待权可以排除法院对案涉房产的执行。

2021 年 4 月 2 日，广陵区检察院向广陵区法院制发检察建议，建议撤销对案涉房产的执行措施。同时，检察官还就法律适用及最高法等发布的同类案件的生效民事判决进行充分阐释。同年 6 月，广陵区法院答复对案涉房产裁定中止执行，但查封并未解除。

2021 年 11 月，王某对广陵区法院提起执行异议之诉，请求准许继续执行案涉房产。2022 年 11 月 22 日，广陵区法院一审判决驳回王某的诉讼请求。王某不服，向扬州市中级法院提起上诉。2023 年 2 月 16 日，扬州市中级法院二审维持一审判决。王某向江苏省高级法院申请再审后，法院裁定驳回其再审申请。这期间，案涉房产一直处于中止执行状态。

在王某针对法院的中止执行裁定提起执行异议之诉、提起上诉、申请再审等诉讼权利全部行使完毕后，广陵区检察院立即向广陵区法院再次发出检察建议，建议及时解除对案涉房产的查封措施，法院于当月裁定解除。这意味着，老许终于可以办理过户手续了！

心情激动的老许赶去房管部门咨询过户事宜时，却被告知虽然查封已经解除，但因该房产上仍有抵押，还是不能过户。这可怎么办？老许打通了检察官的电话。

“以前物权法规定，抵押的财产转让、过户必须征得抵押权人同意。但现在民法典对此有新的规定。”电话里，检察官给老许详细普法，“民法典第四百零六条规定，‘抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定’。**也就是说，抵押财产转让，不需要抵押权人同意，你的房子可以‘带押过户’。**”

检察官的话让老许安下心来。在老许与承办法官积极沟通后，江都区法院向房管部门发出了要求协助办理过户手续至申请人名下的执行通知。2023 年 11 月 27 日，老许终于拿到房产证。

检察官说法

办好民事执行监督案的三个关键点

民事执行监督是民事诉讼监督的重要组成部分。检察机关高质效办好民事执行监督案，有三个关键点：

一是找准案件的争议焦点。在审查执行监督案件时，应当全面审查案件中双方当事人的法律关系，对有权利冲突的案件，认真研究双方当事人的权利基础，判断出在法律上谁的权利更优先。本案中，老许对案涉房屋的物权期待权能否排除执行是办案关键，找准这个争议焦点后，通过锁定可适用的法条和司法解释，监督难题迎刃而解。

二是充分运用调查核实权。调查核实权是检察机关开展民事诉讼监督的一项重要权力。调查核实权的行使可以增加检察官的亲历性，围绕法条所列举的条件进行调查核实，能够使民事检察案件的法律真实无限接近客观真实，使司法机关认定事实、适用法律更符合生活实际，不至于偏离人民群众对司法公正的期待。本案中，检察官充分运用调查核实权对老许购房、支付购房款、装修居住等情况进行调查核实，掌握老许对案涉房产享有权利的真实状况，为检察官提出监督意见提供了有力支撑。

三是跟进监督确保权益落实。检察建议是检察机关启动监督程序的重要一环，检察建议的提出不是案件的终结而是实质监督的开始。本案中，检察官摒弃“文来文往”的监督方式，数次当面与法官示证交流，充分阐明检察机关调查取证的过程和监督意见。向法院提出检察建议后，检察机关没有就此止步，而是持续关注案件进展，适时开展跟进监督，确保检察建议被采纳和落实。针对当事人对民法典中“带押过户”的规定不清楚的情况，检察官积极开展普法宣传，帮助当事人将合法权益落到实处。

来源：检察日报·民生周刊

作者：管莹 朱敏 冯庆俊

漫画：姚雯

编辑：刘文晖 李先硕

不动产转让合同认定无效后，其转移登记如何处理

原创：2024-04-10 中国不动产官微 田原 钟京涛

https://mp.weixin.qq.com/s/UACWrGpk5nDMen2DC_cBGw

案 例

甲、乙为夫妻，两人均为某国企（以下简称“A 公司”）职工。2001 年 6 月，A 公司进行福利分房，甲分得一套位于某小区的住宅（以下简称“案涉房屋”）。随后，A 公司与甲签订了《出售职工住宅合同》，合同载明：案涉房屋建筑面积 80 平方米，总价款 16 万元，按成本价购买后房屋产权归个人所有，可依法进入市场交易。2002 年 8 月，甲缴清购房款后办理了过户手续。2006 年 6 月，甲、乙离婚，经法院调解，案涉房屋归乙，乙随即办理过户手续，取得房屋所有权证。

2009 年 7 月，A 公司再次福利分房，根据《住房分配方案》，享受福利房职工须腾退已分配住房后方可申请本次购房。为取得购房资格，甲、乙与 A 公司签订了《房屋退还协议书》（以下简称“退房协议”），协议约定：甲、乙自愿将已购买的案涉房屋按原成本价于 2009 年 10 月前退还 A 公司，并配合办理过户手续，否则视为自动放弃本次申购。协议签订后，A 公司将案涉房屋折价款退至乙，乙将案涉房屋和房产证退还给了 A 公司。此后，甲取得 A 公司调配的房屋一套。2010 年 3 月，A 公司又将案涉房屋分配给员工丙，并与丙签订了《职工住宅买卖合同》。丙按约定缴纳购房款、

维修基金和登记费后，A 公司发放了准住证，丙随即入住并长期使用案涉房屋。乙因住房分配问题与 A 公司产生纠纷，一直拒绝配合办理案涉房屋过户手续。2016 年 3 月，乙以产权证遗失为由补办了案涉房屋所有权证，并与丁签订了《存量房屋买卖合同》（以下简称“案涉房屋买卖合同”），以 90 万元价格将案涉房屋售与丁，合同签订当日双方办理了过户手续，丁随后取得案涉房屋不动产权证书。

2019 年 1 月，丙诉至人民法院，请求判令 A 公司、甲、乙协助办理案涉房屋不动产权证。一审法院支持了丙的诉讼请求，判决：A 公司协助丙办理案涉房屋转移登记，乙予以配合。乙不服，提起上诉，并提出案涉房屋已出售并过户的事实。二审法院认为，由于案涉房屋已过户至丁，判令 A 公司、乙协助办理过户，客观上已无法履行，可待乙与丁之间买卖合同关系处理后，视情况另行解决，随后判决：撤销一审民事判决，驳回丙的诉讼请求。

2019 年 8 月，丙又诉至一审法院，诉请判令乙与丁签订的案涉房屋买卖合同无效。乙辩称，A 公司在未按照退房协议约定为其安排住房的情况下就出售案涉房屋应属无效，且案涉房屋在本次诉讼前已出售并办理过户。丁认为，案涉房屋交易时乙持有产权证及法院调解书，丁本人已支付合理对价（案涉房屋实际售价 150 万元且丁已支付 100 万元，90 万元的约定实为避税价格），并在案涉房屋过户后，已善意取得案涉房屋所有权。一审法院认为，乙签订退房协议并交还房屋后，在 A 公司已另行出售给丙且丙亦实际居住情形下，仍补办产权证、出售案涉房屋并办理过户，主观上存在侵害第三人利益的故意；案涉房屋买卖合同签订和履行中存在丁未实地查看、交易价明显低于市场价且未实际支付、合同重要条款不完整等不合生活常理和交易习惯的情形，可以认定构成恶意串通。据此，一审法院判决：案涉房屋买卖合同无效。

乙、丁不服提起上诉。二审法院判决：驳回上诉，维持原判。2021 年 2 月，丙再次向一审法院提起诉讼，请求判令 A 公司、乙和丁协助将案涉房屋转移登记至其名下。诉讼中，丙根据法庭释明，将诉讼请求变更为“将案涉房屋转移登记至 A 公司名下”。一审法院支持了丙的诉讼请求，遂判决：丁将案涉房屋转移登记至 A 公司。A 公司与乙、丁均不服，提出上诉。

疑 惑

01 如何认定导致合同无效的恶意串通情形构成要件？

02 转让合同确认无效后据此办理的转移登记如何处理？

问题解惑

本案是由单位内部福利分房未及时办理转移登记引发，历经十余次诉讼，其中既涉及单位内部分房纠纷、合同效力认定问题，又涉及合同无效后登记办理路径选择问题。多重法律关系交叉，增加了问题的处理难度。

其一，关于不动产交易中导致合同无效的当事人恶意串通情形认定的问题。根据《民法典》第 154 条规定，行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。实践中，由于恶意串通的隐蔽性而难以直观判断，需要综合各方面证据判断。在不动产交易中，是否构成恶意串通，主要看双方是否存在谋取非法利益的合意、买受人是否尽到必要合理的审慎注意义务。本案中，丁购买案涉房屋未实地看房，双方交易价格远低于市场价格（经评估，订立合同时市场价 266 万元），案涉房屋买卖合同中的交付时间、违约责任、过户时间等重要条款均为空白，乙在丁支付 10 万元订金后即办理过户，丁在补充协议约定交房期限届满后长期未主张权利，乙、丁诉称已支付 90 万元购房款但未能提供充分证据证明等一系列情形，表明乙、丁之间的交易不合常理。一审、

二审法院据此认定构成恶意串通，从而认定合同无效，符合法律规定。

其二，关于不动产交易合同确认无效后据此办理的产权登记能否恢复至出卖人名下的问题。从法律关系上讲，不动产转让合同无效，据此办理的转移登记应恢复至出卖人名下。但是，司法实践中也存在特殊情形，例如第三人善意取得、出售人无权处分、出售人持有特定不动产的资格丧失等，在此类情形下就需要进一步确定登记办理路径。本案中，案涉房屋买卖合同确认无效后，从法理上讲，转移登记应按“丁→乙→A 公司→丙”的路径处理，司法机关也有权在乙、A 公司、丙中直接做出选择判定。但是，如果判令转移到乙，仍存在后续执行问题；如果判令转移登记至丙，则面临与当地房改房管理政策冲突问题，即根据当地规定，A 公司需将售房方案报区房改办批准后，才可按房改政策将案涉房屋登记至丙名下。房改房是特定不动产权利类型，各地对已购公房腾退、调整等均有不同程序规定，反映在登记程序与要件方面也有特定要求，如争议地区规定单位调整已购公房办理转移登记的，应提供房改办出具的备案材料等。一审法院在征求登记机构和房改办意见后，确定将案涉房屋转移登记至 A 公司，既有利于纠纷的最终解决，也兼顾了房改房管理政策。

本案二审法院认为，本案纠纷虽系单位内部调换房屋引发，但 A 公司已经对案涉房屋权利归属予以了明确，丙依据合同主张配合办理房屋过户手续属于人民法院受理范围；案涉房屋买卖合同确认无效后，因合同取得的财产应当予以返还，一审法院判决丁将案涉房屋转移登记至 A 公司，于法有据。遂判决：驳回上诉，维持原判。

本案带来的启示为，转让合同无效后并非简单地将已办理的产权登记恢复至出售人或原权利人名下，由于涉及复杂法律关系，登记机构难以认定和审查，由当事人通过司法途径确认并在生效法律文书中明确转移登记路径，仍是解决该类问题的首选。

作者单位：自然资源部不动产登记中心

（二）股权

以案释法：离婚诉讼中的公司股权分割

2020-10-27 最高人民法院司法案例研究院 秦纳杰

https://mp.weixin.qq.com/s/oAyRFoPaja9bzuUqajNHOQ

秦纳杰，北京海淀法院民事审判二庭（劳动争议审判庭）审判员

编者按：一方婚前持有的公司股权，在婚姻关系存续期间公司上市后通过资本公积金转增形成的股份，属于夫妻共同财产，在离婚时应当予以分割。

一、基本案情

彭某与董某于 2008 年 3 月 17 日登记结婚，婚后未生育子女。2015 年 7 月，彭某起诉至法院要求与董某离婚，后法院于 2015 年 7 月 1 日作出民事调解书，其中主文表述为：一、彭某与董某离婚。二、董某给付彭某公证费 420 元。庭审中，双方均认可在上述诉讼中，未就夫妻共同财产分割进行主张，仅是处理了离婚。

2007 年 6 月，北京某科技公司成立。董某持有该公司股数 605000 股，占总股本比例 0.55%。2010 年 4 月，该公司上市，发行价格为 69 元每股。2011 年至 2014 年，该公司分四次通过资本公积转增注册资本金。截止 2015 年 8 月，董某共持有该公司股数 2681552 股。庭审中，彭某主张董某持股数为 4344384 股，未向法院充分举证。彭某主张上述股票为夫妻共同财产。董某对上述主张不予认可，称该公司原始股份为其婚前持有，婚后该公司上市并经资本公积金转增并非其婚后的经营行为，上述股票属于其婚前财产的自然增值，故不同意进行分割。董某另表示即便分割，其仅同意给付对方相应股票，无力支付相应折价款。

二、案件焦点

一、董某持有的北京某科技公司股份是否属于夫妻共同财产；二、如果属于夫妻共同财产，应当如何分割。

三、裁判要旨

法院经审理认为：《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）》第五条明确规定，夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。依据上述法律规定，夫妻一方个人财产在婚后产生的投资收益以及主动增值部分为夫妻共同财产。投资收益即通过经营性投资行为所获取的相应收益。主动增值即该财产增值发生的原因系基于夫妻一方对该财产投入物资、劳动、管理等行为。

董某婚前持有北京某科技公司的股份 605000 股，后该公司在双方婚后进行上市并进行四次资本公积金转增，现董某共持有该公司股数为 2681552 股，董某于双方婚姻关系存续期间取得的该公司股份 2076552 股应属于董某与彭某的夫妻共同财产。董某辩称上述股份的增加属于资本公

积金转增，故为其婚前持有股份的自然增值。自然增值是指该财产增值的原因是通货膨胀或市场行情变化而致。而董某作为该公司股东，实际参与公司的经营管理，该公司在双方婚姻关系存续期间上市并进行资本公积金转增之行为与董某投入的劳动、管理等经营行为密不可分，该财产的增值原因并非通货膨胀或市场行情变化，上述股权应属于董某在从事生产经营活动中的一种收益形式载体，故对董某上述主张不予采信。董某持有的北京某科技公司股份应当作为夫妻共同财产依法予以分割。

关于分割方式，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十五条规定，夫妻双方分割共同财产中的股票、债券、投资基金份额等有价证券以及未上市股份有限公司股份时，协商不成或者按市价分配有困难的，人民法院可以根据数量按比例分配。庭审中，关于上述股份之分割方案，双方未能达成一致意见，故根据相应数量按比例进行分配，判决董某于判决生效后 30 日内将其持有的北京某科技公司股份 1038276 股过户至彭某名下。宣判后，双方当事人均未上诉。

四、法官后语

离婚诉讼中的股权分割问题涉及不同的法律关系，包括夫妻之间的共有财产分割关系，夫妻与公司之间的法律关系等。从法律适用层面看，离婚中的股权分割既要适用《婚姻法》的相关规定，还要适用《公司法》《证券法》的相关法律规定。最终股权分割的结果是在一系列矛盾中寻求利益平衡的结果。

一、夫妻一方婚前财产在婚后产生收益归属的认定

《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）》第五条明确规定，夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。

1．一般原则：夫妻一方婚前财产在婚后产生的收益归属的认定，一般应认定为夫妻共同财产。投资收益是指通过经营性投资行为所获取的相应收益。这一原则既符合我国现行婚姻法所确认的夫妻共有财产制度，亦适应我国传统婚姻家庭理念和文化。

2．除外情形：即认定为个人财产。

（1）孳息。孳息的产生依附于原物，原物属于一方个人财产，其产生的孳息亦应当归个人所有。孳息一般分为天然孳息与法定孳息两种，其中依照物的自然性质而产生的收益物称之为天然孳息，依照法律规定产生的收益物称之为法定孳息。

（2）自然增值。增值根据发生原因的不同分为自然增值和主动增值。其中，夫妻一方财产在婚后产生的自然增值通常是因通货膨胀或市场行情的变化而产生，与夫妻双方或一方是否投入物资、劳动以及管理行为并无关联。主动增值则是指因夫妻双方或一方的投资、劳动、努力以及管理行为所产生的增值。

二、关于婚姻关系存续期间因资本公积金转增所形成的股份是否属于夫妻共同财产之认定

如前所述，一方婚前取得的股权，婚后所获得的收益（包括现金分红、股份等各种形式）应当属于夫妻共同财产，在离婚时应当予以分割。本案的特殊之处在于，董某婚后取得的股份系通过公司四次资本公积金转增获得，关于婚后获得的股份性质系本案的争议焦点。

股份公司的资本公积金，主要来源于股票发行的溢价收入、接受的赠与、资产增值、因合并而接受其他公司资产净额等。资本公积金转增股本应当视为一种股东权益收入形式，而这种权益收入形式与公司的经营、管理以及决策有着密切联系。董某作为公司股东，实际参与公司的经营管

理，该公司在彭某与董某婚姻关系存续期间上市并进行资本公积金转增之行为与董某投入的劳动、管理等经营行为密不可分，该财产的增值原因并非通货膨胀或市场行情变化，上述股份应属于董某在从事生产经营活动中的一种收益形式载体，故董某于婚后通过公司四次资本公积金转增所获得的股份应当属于夫妻共同财产。

三、关于离婚诉讼中上市公司股份的分割方式

1. 经双方协商一致，可以由持有股票一方给付对方相应折价款。需要确定股票价值的，当事人对确定股票价值时间点可以协商一致，如无法达成一致的，可以法庭辩论终结日的股票价值为准。

2. 如双方无法就分割方式达成一致，或按照股票价值分配有困难的，则人民法院可以根据数量按比例进行分配。因上市公司股份具有流通性和可分割性，故在双方无法达成一致时，人民法院可以按照数量比例直接进行分配。本案中，双方就争议的股份分割方案未能达成一致意见，故法院依法根据相应数量按比例进行分配，对于董某于双方婚姻关系存续期间取得的股份 2076552 股在其双方之间平均分配，由彭某持有股份 1038276 股。

编辑：朱琳

排版：孙丽

审核：刘畅

六、社会新闻

废止！北京取消“离婚限购”

2024-03-27 中国新闻网

https://mp.weixin.qq.com/s/x3h_Suy6YH1yo_8Oje58tw

27 日，北京市住建委官网显示，一则名为《北京市住房和城乡建设委员会关于进一步完善商品住房限购政策的公告》已处于失效状态。

该则公告自 2021 年 8 月 5 日起施行，内容为：夫妻离异的，原家庭在离异前拥有住房套数不符合本市商品住房限购政策规定的，自离异之日起 3 年内，任何一方均不得在本市购买商品住房。

对此，**北京市住建委工作人员回复中新财经记者称，消息属实，之后不再审核离婚年限，只要其他资格达到要求即可购房。**

编辑：赵晓倩

责编：阚枫

事关妇女权益！十部门联合发布通知！

2024-03-27 中国妇女报

https://mp.weixin.qq.com/s/zF19KSgnNhpLxY5RBjUYew

近日，全国妇联、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部、司法部、人力资源社会保障部、农业农村部、国务院妇儿工委办公室、中国残联等十部门联合发布关于开展“巾帼暖人心”深化维护妇女权益专项活动的通知，要求各地各有关部门深入贯彻落实习近平总书记关于妇女儿童和妇联工作的重要论述特别是在同全国妇联新一届领导班子成员集体谈话时的重要讲话精神，促进新修订的妇女权益保障法全面贯彻实施，着

力推动解决影响和侵害妇女权益的突出问题，让现代化建设成果更多更公平地惠及广大妇女群众。

通知强调，各地各有关部门要提高政治站位，充分认识深化维护妇女权益专项活动的重要意义，加强联动协作，提升工作质效，推动将妇女权益问题解决在基层，把矛盾纠纷和风险隐患化解在萌芽，促进妇女全面发展和社会和谐稳定。

通知明确，要聚焦重点难点，把维权服务工作做深做细做实。加强困难妇女群体关爱帮扶，重点关注低收入妇女、老龄妇女、残疾妇女等困难妇女，针对性开展维权关爱服务，守住妇女权益保障底线。加强婚姻家庭矛盾纠纷预防化解，针对婚姻家庭矛盾纠纷隐蔽性强、成因复杂、易激化等特点，重点关注两地分居、婚姻关系变化、扶养关系变动、发生遗产继承等家庭，及时掌握动向，跟进化解纠纷，防止矛盾激化或引发“民转刑”“刑转命”等案事件。加强反家庭暴力工作，聚焦家庭暴力预防和处置中存在的薄弱环节，进一步加强多部门联动，促进全链条防治家庭暴力。加强妇女平等就业权益保障，重点关注就业性别歧视问题，建立健全约谈机制，加大执法力度，依法查处违法行为，为妇女公平就业创造环境。加强农村妇女土地权益保障，重点关注出嫁、离婚、丧偶、农嫁非等特殊群体和户无男性等特殊家庭，依法解决农村妇女集体经济组织成员身份、土地承包经营权等“两头空”问题。

通知要求，各地各有关部门要创新工作方法，高质效推进深化维护妇女权益专项活动。强化协调联动，在党委领导下共同推进落实政府主导、各方协同、社会参与的保障妇女权益工作机制。坚持和发展新时代“枫桥经验”，强化数字赋能，多办可落地可感知可衡量的实事，有效解决涉及妇女群众切身利益的矛盾和问题。加大妇女权益保障法律政策宣传力度，及时总结推广专项活动的好经验好做法，不断巩固活动成效。

来源/全国妇联权益部

责编/陈晓冰、蔡冷玥

全省妇女儿童权益保护典型案例重磅发布

2024-03-29　陕西高院

https://mp.weixin.qq.com/s/xIhGUdIqYQQi_KlDbnNu-A

为促进全省法院、妇联组织共同做好妇女儿童权益的保护工作，充分发挥典型案事例的示范引导作用，省高院、省妇联联合评选出了全省妇女儿童权益保护十件典型案例。

此次发布的十件案例，是从 2021 年以来全省法院审理案件和妇联组织参与化解案件中选出的优秀案例，涉及人民群众关心的家庭暴力、隔代探望、婚嫁彩礼、离婚后财产分割、未成年人保护等。这些案例，体现了全省法院持续推进移风易俗、践行文明新风的审判理念，彰显了全省法院、妇联组织对妇女儿童权益保护的民生关怀，为同类案件的办理和问题的解决提供了示范样本，为广大妇女儿童依法维权提供了精准指导。

目　录

案例一：人身安全保护令规制精神暴力行为
——李某甲向人民法院申请人身安全保护令案

案例二：独子去世，支持隔代探望
——周某、李某与张某探望权纠纷案

案例三：已办理结婚登记但共同生活时间较短，法院酌情判决返还部分彩礼
——原某与魏某离婚后财产纠纷案

案例四：依法发出夫妻共同财产申报令，瞒报方被判少分财产

——胡某与刘某离婚后财产纠纷案

案例五：校园暴力实施者应依法承担责任

——宋某生命权、身体权、健康权纠纷案

案例六：实施家暴一方不宜抚养子女

——沈某与张某离婚纠纷案

案例七：妇女在集体经济组织的合法权益不因离婚而丧失

——刘某与村组侵害农村集体经济组织成员权益纠纷案

案例八：农村外嫁女及其子女的土地权益依法受保护

——张某与村组诉前调解案

案例九：未成年人遭近亲属猥亵 妇联积极协调变更抚养人

——未成年女童变更抚养人案

案例十：妇联帮助丧子妇女维权 保障老年人合法权益

——党某继承权纠纷诉前调解案

01 案例一：人身安全保护令规制精神暴力行为

李某甲向人民法院申请人身安全保护令案

【基本案情】申请人李某甲与被申请人李某乙系夫妻，二人婚后经常争吵，在协商离婚过程中，李某乙向李某甲及其近亲属发送包含有恐吓和威胁内容的信息，并以侵害李某甲近亲属生命相威胁。李某甲向法院申请人身安全保护令，并提起离婚诉讼。

【处理结果】法院经审理后向李某乙发出人身安全保护令，裁定禁止李某乙对李某甲实施威胁、辱骂、恐吓等家庭暴力行为、禁止李某乙主动接触李某甲及其近亲属、禁止李某乙以电话、短信、微信及电子邮件等方式威胁、恐吓李某甲及其近亲属。

【典型意义】本案是一起因实施精神暴力行为而作出人身安全保护令的案件。精神暴力相较于传统的身体侵害行为，更加隐蔽，受害人遭受精神暴力往往不被外人所察觉，但却给受害人精神及心理造成极大伤害。家庭成员之间以经常性威胁、辱骂、恐吓等方式实施的精神侵害行为，应当认定为反家庭暴力法第二条规定的“家庭暴力”。行为人若以威胁、辱骂、恐吓等方式实施侵害受害人精神的行为，法院依法对其发出人身安全保护令，对行为人的精神暴力行为予以严令禁止，保护受侵害者合法权益。

02 案例二：独子去世，支持隔代探望

周某、李某与张某探望权纠纷案

【基本案情】周某与李某系夫妻，周某之子与张某登记结婚，育有一子周某甲。周某之子车祸去世后，张某携周某甲改嫁。期间，周某、李某想探望孙子周某甲，均遭张某拒绝，周某、李某遂向法院起诉。

【处理结果】法院审理认为，因《民法典》未规定祖父母对孙子女的探望权，周某、李某虽不是法律规定的探望权主体，但因其独子去世，周某、李某无法通过其子探望孙子。结合案件具体情况，允许祖父母隔代探望孙子既符合法律规定，也符合社会伦理道德。

【典型意义】我国法律明确规定行使探望权的的主体是离婚后不直接抚养子女的父或母，并未直接规定隔代探望权，但隔代近亲属探望符合社会广泛认知，不违背公序良俗。该案裁判结果从孩子健康成长的角度出发，支持了老人进行隔代探望，符合民法典立法目的，体现了司法的社会引导职能。

03 案例三：已办理结婚登记但共同生活时间较短，法院酌情判决返还部分彩礼

——原某与魏某离婚后财产纠纷案

【基本案情】原某（男）与魏某（女）于 2021 年 6 月协商结婚事宜并交给魏某 10 万元彩礼。双方于 2021 年 7 月 12 日登记结婚，后因家庭琐事致夫妻感情不睦，魏某于 2021 年 12 月 22 日诉至法院要求离婚，经法院调解双方离婚。嗣后，原某起诉主张魏某返还 10 万元彩礼。

【处理结果】法院审理认为，双方虽登记结婚，但共同生活时间较短，故判决魏某返还原某彩礼 5 万元。

【典型意义】男女双方虽登记结婚，但共同生活时间较短，未形成长期、稳定的婚姻关系。一方起诉离婚，法院酌情判决收取彩礼一方返还彩礼，能够合理平衡双方利益，践行移风易俗，治理高额彩礼，弘扬社会文明新风尚。

04 案例四：依法发出夫妻共同财产申报令，瞒报方被判少分财产

——胡某与刘某离婚后财产纠纷案

【基本案情】胡某和刘某因感情破裂，向法院起诉请求离婚，双方在审理过程中就夫妻共同财产分割问题无法达成一致意见，未在离婚诉讼中处理。离婚后，胡某起诉要求分割夫妻共同房产归其所有，刘某反诉请求分割其他财产。

【处理结果】法院在审理过程中，为查明双方财产状况，分别向双方发出《夫妻共同财产申报令》，并要求双方真实、全面填报财产信息。经调查，胡某在婚姻存续期间某银行账户存在大额存款，未如实申报，亦未作出合理解释。法院遂判决刘某分得该部分财产的 70%，胡某分得 30%。

【典型意义】在涉及夫妻共同财产分割的案件中，因夫妻一方并不全面掌握对方所控制的财产，而另一方出于趋利避害的心理，往往可能不会如实、全面承认财产状况，这会导致财产范围无法查清。《中华人民共和国妇女权益保障法》第六十七条规定，离婚诉讼期间，夫妻双方均有向人民法院申报全部夫妻共同财产的义务。一方隐藏、转移、变卖、损毁、挥霍夫妻共同财产，或者伪造夫妻共同债务企图侵占另一方财产的，在离婚分割夫妻共同财产时，对该方可以少分或者不分财产。该制度督促双方如实申报财产，对不如实申报的，在财产分割中依法予以少分或不分，以维护夫妻双方平等的财产分配权益。

05 案例五：校园暴力实施者应依法承担责任

——宋某生命权、身体权、健康权纠纷案

【基本案情】宋某、赵某、李某、姚某均系学校学生。宋某因生活琐事和赵某发生口角，进而引发肢体冲突，赵某、李某、姚某对宋某采取暴力手段致宋某构成轻微伤并休学。公安机关给予赵某、李某、姚某相应的行政处罚。嗣后，宋某诉至法院要求侵权人承担损害赔偿。

【处理结果】法院审理认为，赵某、李某、姚某在校园中实施校园暴力，虽未成年，但已是中学生，具备辨别其行为后果的能力，应对其行为承担一定的责任。遂判决赵某、李某、姚某共同赔偿宋某医疗费、住院伙食补助费、护理费、营养费、交通费、精神损害抚慰金、补课费等。

【典型意义】该案系未成年人在学校期间发生的人身损害案件，且涉案学生均为在校中学生，具备一定的行为能力，应对其侵害行为承担责任。校园暴力严重侵害了未成年人的身心健康，严重扰乱了学校正常的教学管理秩序。面对校园暴力，除了学校和家长的教育引导，未成年人在遭遇校园暴力时亦应及时寻求帮助，积极维权。未成年人违法会受到法律制裁，青少年和监护人当引以为戒。

06 案例六：实施家暴一方不宜抚养子女

——沈某与张某离婚纠纷案

【基本案情】沈某与张某系夫妻，婚后育有一子。张某长期对沈某家暴并对其言语威胁，沈

某向法院起诉离婚。诉讼中，双方均要求孩子的抚养权。

【处理结果】法院审理认为，张某长期对沈某家暴并对其言语威胁，张某的行为不利于子女成长，子女由沈某抚养更为有利，故判决抚养权归沈某，张某有探望权。

【典型意义】按照《中华人民共和国民法典》第一千零八十四条规定，离婚后，已满两周岁的子女，父母双方对抚养问题协议不成的，人民法院按照最有利于未成年子女的原则判决。未成年子女是家庭暴力的受害人，若由施暴者直接抚养未成年子女，不利于未成年子女的身心健康。人民法院将家暴作为判断抚养权归属的依据，以司法判决的方式传递反家暴声音，为未成年人健康成长提供司法保障。

07 案例七：妇女在集体经济组织的合法权益不因离婚而丧失

——刘某与村组侵害农村集体经济组织成员权益纠纷案

【基本案情】刘某（女）在与万某（男）结婚后将户籍登记地迁至万某所在村组，后双方离婚，户籍及住址未发生变更。2021 年该村组村民代表大会决定该村离婚后的女性在股权改制中不予认可其股权，村集体利用集体土地开发的小区房屋及地下车位款也未给刘某分配。后刘某诉至法院，要求与其他村民享受同等待遇，分配收益款。

【处理结果】法院审理认为，刘某系该村集体经济组织成员，依法应与其他村民享受同等待遇，村集体代表大会侵害了刘某的合法权益，遂判决村组向刘某支付分配款。

【典型意义】按照《中华人民共和国妇女权益保障法》第五十六条规定，村民自治章程、村规民约，村民会议、村民代表会议的决定以及其他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合法权益。

08 案例八：农村外嫁女及其子女的土地权益依法受保护

——张某与村组诉前调解案

【基本案情】张某原系某村村民，后嫁入外村，户籍未迁出，生育一子李某随母亲落户。2022 年张某所在村组部分集体土地被征收，该村组以张某系外嫁女为由，给张某只分配部分分配款，给李某未分配。

【处理结果】法院在审理中，组织村组进行调解，释法说理，促成双方在诉前达成调解，村组同意给张某、李某二人分配土地补偿款。

【典型意义】按照《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。人民法院在处理该类案件中，贯彻男女平等基本国策，同时考虑农村集体经济组织的实际情况，对外嫁女及其子女的相关土地补偿收益依法予以判决，有利于保护农村外嫁女及其子女的合法权益，防止其权益两头空。

09 案例九：未成年人遭近亲属猥亵 妇联积极协调变更抚养人

——未成年女童变更抚养人案

【基本案情】13 岁女孩小美（化名），3 岁时父母离异，由父亲抚养，和爷爷奶奶一起实际生活，奶奶去世后，爷爷和小美共同生活，期间爷爷存在猥亵以及打骂小美的行为，小美妈妈得知后在区妇联组织的帮助下向公安机关报案。

【处理结果】经公安机关调查取证，确认小美爷爷存在猥亵行为，并予以逮捕。区妇联协调区法院少年法庭、镇司法所、镇妇联、人民调解员、派出所等，现场解决小美的抚养问题。促使小美父母双方达成一致，变更由母亲直接抚养，在工

作人员的见证下，现场签署变更抚养协议，并将小美学籍转入母亲工作地。

【典型意义】按照《中华人民共和国未成年人保护法》第十一条规定，任何组织或者个人发现不利于未成年人身心健康或者侵犯未成年人合法权益的情形，都有权劝阻、制止或者向公安、民政、教育等有关部门提出检举、控告。留守儿童在成长过程中因缺乏有效的引导和保护，面对侵犯自身权益的行为时，往往无法正确辨别，自我防范意识较弱，不能在第一时间寻求保护。本案妇联组织在发现妇女儿童合法权益遭受侵害时，快速反应，积极协调沟通、多方联动，成功帮助受害女童变更抚养人，保护了未成年女童的合法权益。

10 案例十：妇联帮助丧子妇女维权 保障老年人合法权益

——党某继承权纠纷诉前调解案

【基本案情】党某系杨某的母亲，已逾 80 岁。杨某因病去世，生前系某公司职工。单位向杨某妻子发送了社保遗产继承告知书，因党某与其儿媳对遗产分配无法达成一致，一直未领取遗产，导致党某生活困难。2022 年，党某向妇联求助，同时以继承纠纷起诉儿媳。

【处理结果】党某所在地妇联第一时间和法院取得联系，在妇联和法院工作人员共同的劝导以及解释法律规定的前提下，在诉前进行了调解，各方最终达成调解协议，党某顺利分得杨某的遗产。

【典型意义】老年人有依法继承子女遗产的权利，本案基层群众组织发现老年丧子妇女维权事件后，及时与法院沟通，积极参与调解，用情用力、多方联动，促使矛盾纠纷在诉前得到化解，有效维护了老年人的合法权益，弘扬了中华传统美德。

供稿：省高院民一庭

小案大道理丨因情感问题酒后挖前妻父母坟墓，法院支持精神损害赔偿

2024-03-31 密云法院

https://mp.weixin.qq.com/s/y-cZOYThutIqA_9Lbmpvpg

本期作者丨陈凯，民事审判一庭、法官助理

从古至今被人挖坟墓，惊扰了先人的尸骨，都是难以让人接受的。近期密云法院受理一起因情感问题前夫酗酒后将前妻父母坟墓破坏的案件，经调解无果后，诉至法院，要求支付修缮坟墓费用和精神损害赔偿费用，法院是否可以支持呢？

案情介绍

王某与孙某原系夫妻。离婚前，孙某酒后因一时冲动将王某父母坟墓扒下来 20 厘米左右土后又及时恢复原状。王某表示因孙某故意扒坟，破坏了父母坟墓所在地风水，而将父母坟墓迁往他处。迁坟时王某花费了 1.5 万元，将坟内损坏了

的物品进行更换，并认为是由于孙某扒坟导致的物品损坏，该费用应由孙某负担。

后诉至法院，提出如下诉讼请求：

1. 孙某赔偿王某修缮父母坟墓的所有费用 1.5 万元。

2. 孙某赔偿王某精神损失费 1.5 万元。以上共计 3 万元整。

3. 诉讼费由孙某承担。

孙某持答辩意见，表示因王某婚内出轨，自己心情郁闷喝了点酒，自己也是受害者，故不同意王某诉讼请求。

法院裁判

传统观念里，坟墓乃是死者的安息之所，是后代追忆、祭奠已逝亲人的特定场所，承载着特殊情感。坟墓作为埋葬死者遗体或者骨灰的特殊用地，事关维护民俗道德和公序良俗。现代法治仍传承着保护逝者尊严的理念，坟墓属于法律予以保护的特定物，逝者的近亲属对这一具有人格意义的物享有一定的精神利益。损坏坟墓有违公序良俗和社会主义核心价值观，致权利人遭受一定程度的精神痛苦，侵权人应承担物质损害和精神损害赔偿责任。

孙某与王某在婚姻关系存续期间，不能正确处理双方矛盾，采用扒王某父母坟墓的过激方式发泄情绪，于双方矛盾解决毫无益处，亦有悖于善良风俗，势必会给作为子女的王某造成一定的精神损害，故王某主张的精神损害抚慰金于法有据，依法予以支持。但其主张数额过高，具体数额结合案件具体情况予以酌定。

对王某主张的修坟以及更换坟内物品的费用，因其并未提交证据，证实该费用与孙某扒坟行为之间存在法律意义上的因果关系，故不予支持。

综上判决：1.孙某于本判决生效之日起七日内赔偿王某精神损害抚慰金八千元。2.驳回王某的其他诉讼请求。

本案判决后，双方当事人均表示服判息诉，被告主动履行了判决义务。

法官说法

本案系人格权纠纷，公民的人格权依法受法律保护。自然人享有基于人格平等、人格独立、人格自由、人格尊严产生的人格权益，通常可分为八种具体人格权：生命权、健康权、身体权、姓名权、肖像权、名誉权、隐私权、荣誉权。

依照**《中华人民共和国民法典》第九百九十六条**规定，因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，不影响受损害方请求精神损害赔偿。依照上述规定，结合司法实践，精神损害赔偿适用范围有：一般人格权；八种具体人格权；死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体、遗骨等人格利益；具有人格象征意义的特定纪念物品等。

实体上，死者遗体、遗骨等受到侵害时，精神损害赔偿应当受到支持。坟墓作为埋葬死者遗体或者骨灰的特定物，是死者近亲属寄托哀思、祭祀先人的特定场所，坟地被破坏，不仅违背了公序良俗，侵害了死者人格利益，影响了死者近亲属的祭祀权，还给死者近亲属造成巨大的精神痛苦，造成了严重的精神伤害，精神损害赔偿应当受到支持。

同时，依照**《中华人民共和国民事诉讼法》第六十七条**规定，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。本案中，王某未能举证证明修缮父母坟墓的费用，且无法证明费用与孙某扒坟行为之间存在法律意义上的因果关系，故应承担举证不能的不利后果。

撰稿丨陈凯

编辑丨高嵩

审校丨蒋博东

“私家侦探”跟踪、偷拍、蹲点？人民法院判了！

2024-04-01 上海高院

https://mp.weixin.qq.com/s/wk_T-y0YeavqDpQ6yWN_7w

蹲守、跟踪、偷拍
一些“私家侦探”
以“情感咨询”“商务调查”为名
侵犯、泄露他人隐私和个人信息
这些行为是否合法？
一起来看上海市奉贤区人民法院
（以下简称奉贤区人民法院）
审理的这起**侵犯公民个人信息罪案件**。

案情回顾

2019 年，董某曾因从事“私家侦探”调查工作，被人民法院以侵犯公民个人信息罪判处有期徒刑一年六个月，刑满释放没多久，又开始“重操旧业”。

2021 年 9 月至 2023 年 6 月，董某为牟取非法利益，注册成立上海某信息咨询有限公司，**在网上发布“私家侦探”“婚姻调查”等广告招揽“客户”**。“客户”下单后，自己或者指使马某、赵某，采取在车辆上安装移动 GPS、跟踪、蹲守、偷拍等手段获取目标人员的行动轨迹、活动地点等，甚至通过他人查询开房记录，并将上述信息非法提供给委托的“客户”。

董某公司经营的咨询类型大部分为婚内出轨情况调查，通过社交账号与“客户”谈好价格，再将目标基本信息发给“调查员”，如果人手紧张，就自己出马。调查方式多为**选择相关地点蹲守或跟踪车辆，并拍摄照片、录制视频**，调查结束后，再将整理好的资料汇总反馈给“客户”。

被告人跟踪他人时用的 GPS 定位器

“调查员”马某是董某的老乡。董某指使其在目标对象车上安装 GPS，并支付报酬。马某按照董某发来的信息找到车辆安装 GPS，通过手机查看车辆移动路径并截图，跟踪车辆、记录停车地点，拍摄车主与他人会面照片或者视频。

另一名“调查员”赵某系董某通过朋友认识。董某指使赵某全程跟踪记录目标对象日常行动轨迹。如跟踪车主到酒店，并通过不法手段获取开房记录。

期间，董某等人共非法获利 10 万余元，其中马某参与两笔跟踪“调查”非法获利 2 万余元；赵某参与两笔跟踪“调查”非法获利 6 千元。

董某、马某、赵某到案后如实供述犯罪事实，自愿认罪认罚。董某到案后，检举揭发类似同行业人员的犯罪事实。审理期间，三名被告人均退出违法所得。

人民法院审理

奉贤区人民法院经审理认为，被告人董某、马某、赵某出售公民个人行踪轨迹信息，均构成侵犯公民个人信息罪。人民法院根据各被告人在犯罪中的地位、作用，认为董某在共同犯罪中起主要作用，系主犯。马某、赵某在共同犯罪中起次要、辅助作用，系从犯。被告人董某、马某、赵某均能如实供述犯罪事实，自愿认罪认罚。被告人董某系累犯，到案后，能检举揭发类似同行业人员的犯罪事实，有立功情节。审理期间，三名被告人均退出违法所得。

最终，人民法院分别以侵犯公民个人信息罪对被告人董某判处有期徒刑二年，并处罚金十二万元；对被告人马某判处有期徒刑一年，宣告缓刑一年，并处罚金二万元；对被告人赵某判处有期徒刑六个月，宣告缓刑一年，并处罚金五千元；对退缴在案的违法所得以及随案移送的作案工具均予以没收。

目前该案已生效。

法官说法

管玉洁，奉贤区人民法院、刑事审判庭、一级法官

随着网络技术的发展，侵犯公民个人信息犯罪时有发生，有的甚至严重危害公民人身和财产安全。而**行踪轨迹正属于与人身安全紧密相关的高度敏感个人信息。**

一、 跟踪他人轨迹，构成侵犯公民个人信息罪

行踪轨迹信息是指能够反映特定自然人在一定时期行为及活动状况的连续性信息，具有地理空间性、实时动态性等特征，即与地理空间相联系，带有活动属性，与公民的生命、健康、财产、隐私等息息相关。

本案中，董某用“商务调查”对自己进行包装并标注“24 小时跟踪、定位”等字眼在网络上招揽业务。受人委托后通过全程跟踪、安装电子设备等获取记录目标对象的行动情况，比如当天去过何处、停留时间、是否与人见面、与何人见面等，通过蹲守、跟踪确定被害人不同时间段的地理位置及实时动态情况。董某等人行为指向的对象属于行踪轨迹，构成侵犯公民个人信息罪。

二、规范信息收集，强化综合治理

收集个人信息应遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意，不得违反法律的一般禁止性规定、不得侵害他人合法权益、不得违反社会公共利益和社会公德。**相关网络监管部门、网络信息平台需充分履行职责**，加强对有害信息的过滤和审核，主动进行风险提示，有效铲除侵犯个人信息黑灰产业滋生的土壤和空间。

三、提高安全意识，加强信息保护

公民个人应提高对快递地址、手机号码、定位信息等的保护意识和安全防范意识。同时，妥善保管银行卡、身份证、电子银行认证介质等，不向他人随意透露银行卡号、账户密码、安全码、身

份证号、短信验证码、指纹等重要信息，防止被不法分子窃取利用，造成财产损失。

法官在此提醒，**“私家侦探”的调查手段可能涉及侵犯隐私、侵犯公民个人信息罪等违法犯罪行为**。委托人对私家侦探的犯罪行为，如有相关证据表明双方对可能存在的非法调查行为存在共谋，存在“知情”或“应当知情”的，委托人也应承担相应的法律责任。

法条链接

一、《中华人民共和国刑法》

第二百五十三条之一　违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

……

第二十五条　共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。

……

来源丨上海市奉贤区人民法院

高院供稿部门：刑事审判庭

（未成年人案件综合审判庭）

文字：管玉洁

责任编辑：蒋梦娴

编辑：丁易简

声明丨转载请注明来自“上海高院”公众号

七、媒体视点

最高法发布意见
在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作

2024-04-16 人民法院报

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2024-04/16/content_238892.htm?div=-1

本报北京 4 月 15 日电 （记者 孙航）为深入贯彻习近平法治思想，坚持能动履职、强化诉源治理、加强未成年人犯罪预防工作，4 月 15 日，最高人民法院发布《关于在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作的意见》（以下简称《意见》，全文见三版），对影响未成年人身心健康行为进行早期预防，将防治未成年人犯罪工作关口前移，切实维护未成年人合法权益。

融合贯通涉未成年人民事、行政、刑事审判职能，全面加强未成年人司法保护，是人民法院的重要职责。人民法院在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作，对于督导父母当好合格家长，避免离婚纠纷对未成年人产生不利影响，促进未成年人身心健康具有重要意义。

《意见》明确，要引导离婚案件当事人正确处理婚姻自由与维护家庭稳定的关系，关心、关爱未成年子女，关注未成年子女健康成长的精神和物质需求。引导离婚案件当事人提升责任意识，依法履行监护职责，充分保护未成年子女合法权益，在离婚案件中以保障未成年子女健康成长为目的，妥善处理抚养、探望、财产等相关事宜。

预防未成年人犯罪是《意见》的主要目标任务之一。《意见》明确，要在工作中最大限度防止漠视甚至侵害未成年人合法权益、伤害未成年人身心健康情形的发生，消除引发未成年人违法犯罪的各种消极因素，防患于未然。⇨下转第三版

⇨上接第一版 要为未成年人健康成长创造良好、和睦、文明的家庭环境，推动形成关心关爱未成年人的良好社会氛围。

《意见》注重发挥案例重要作用，强调开展“关爱未成年人提示”工作，应依托真实案例向离婚案件当事人提示和强调父母对未成年子女的法定义务和权利，以及违反法律要承担的不利后果等。人民法院向广大父母提示，解除婚姻关系应当谨慎。即使解除婚姻关系，也应当关注未成年子女心理健康和情感需求，妥善处理抚养、探望、财产等相关事宜。此外，父母任何一方均不得违背最有利于未成年人原则，以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权，否则可能承担不利后果；情节严重的，人民法院可予以罚款、拘留，构成犯罪的，还将依法追究刑事责任。

《意见》还指出，各地人民法院可以根据实际情况，确定“提示”内容。以线上、线下等多种途径，通过口头告知、现场提示阅读、播放视频、制发“提示卡”或“提示手册”等多种形式，在立案、诉前调解、审理、执行等各阶段开展“关爱未成年人提示”工作，必要时可以结合家庭教育指导工作进行。

八、学者、法官、检察官、律师、公证专题

（一）理论学术动态、学者视点

高维俭：我国少年法院创设问题之再研究：系统梳理、辩证分析及决策方案 | 中国应用法学

原创：2024-03-27　中国应用法学　高维俭
https://mp.weixin.qq.com/s/HppAEgwq8OyeOtfkBHZlMg

高维俭，华东政法大学教授、博士生导师，青少年犯罪研究所所长

【编者按】近年来，随着未成年人案件数量不断增加、案件类型日益复杂，建立专门的少年审判机构以保护未成年人合法权益的呼声越发高涨。相关理论研究不断深入，实践探索也在持续推进。本期特此编发**华东政法大学教授、青少年犯罪研究所高维俭所长**撰写的**《我国少年法院创设问题之再研究：系统梳理、辩证分析及决策方案》**，该文立足我国国情，系统梳理创设少年法院所面临的主要问题，运用辩证思维进行分析研判，提出决策建议，对于推进我国少年法院制度建设具有重要指导意义。

*因篇幅限制，注释等有删减，如需引用请参见期刊原文。欢迎个人分享，媒体转载请联系本公众号。

我国少年法院创设问题之再研究：

系统梳理、辩证分析及决策方案

文 | 高维俭

（本文刊载于《中国应用法学》2024 年第 1 期）

内容提要：我国尚未创设少年法院，相关问题值得系统深入地再研究。梳理总结起来，这些问题主要包括三类九项：其一，是否创设？主要包括我国少年法院创设的必要性、可行性以及试点改革等三项问题。其二，如何创设？即我国少年法院创设技术操作性的系统方案问题，主要包括审级设置、案件管辖和内设庭室等三项问题。其三，如何发展？创设之初的少年法院必然不够完善，那么就必然需要系统考虑其未来发展完善的策略问题。其主要涉及相应的系统实践、系统立法和系统理论等三项问题。

关键词：少年司法　少年法院创设　系统梳理　辩证分析　决策方案

文 章 目 录

引言
一、我国少年法院：是否创设
（一）创设必要问题
（二）创设条件问题
（三）试点改革问题

二、我国少年法院：如何创设
（一）审级设置问题
（二）案件管辖问题
（三）内设庭室问题
三、我国少年法院：如何发展
（一）系统理论问题
（二）系统立法问题
（三）系统实践问题
结语

引 言

我国少年司法的发展，尽管历时四十年，曾经轰轰烈烈，遍地开花，但仍存在很大局限。少年法院始终创设未果，便是一个显著标志。从 1984 年少年刑事案件合议庭设立，到 1988 年独立编制的少年刑事审判庭设立（上海市长宁区人民法院），到 1999 年未成年人刑事案件指定集中管辖改革试点（上海市法院系统）以及在此前后的少年法院创设构想的提出，到 2006 年全国法院系统未成年人案件综合审判庭改革试点，再到 2014 年少年法院创设动议正式进入中央决策程序并最终未果，以及整个司法体制重大改革措施落地，我国以专业化为主导的少年审判制度改革发展已历经四十年的风雨历程。其中，设立少年法院一直被少年司法界人士视为少年司法制度改革发展的一项标杆性的升级换代举措，意义重大。

我国少年法院的创设尚未成功，其原因是多方面、复杂的，甚或也有偶然因素的影响作用。相关问题值得更为系统深入的再研究。本文中，笔者拟系统全面梳理，切中主要问题，继而以问题为导向，展开辩证分析，以挖掘问题的实质原委，然后探讨相关决策方案，力求决策理性、方案科学，以系统解决问题。

一、我国少年法院：是否创设

是否创设的问题，即基于对创设必要、创设条件和试点改革等问题的系统分析，结合我国当前的实际情况，在权衡利弊、考虑轻重缓急之后，我国相关决策部门应当及可能做出的改革前期决策问题。

（一）创设必要问题

1. 分歧意见

肯定说认为，我国创设少年法院具有现实的必要性，主要理由为：（1）我国少年法庭发展举步维艰，迫切需要升级换代为少年法院，以突破瓶颈；（2）创设少年法院有利于机构稳定、人员聚合、专业加强、经验积累及改革发展；（3）创设少年法院有利于促进整个少年司法体系以及少年法治系统的完善，从而为我国数亿少年提供更为优质高效的法治保障；（4）专门少年法院是诸多国家的通例，也是我国参与的国际条约所提倡的，其设立有助于提升我国大国的良好国际形象；等等。

否定说认为，我国创设少年法院并无现实的必要性，主要理由为：（1）我国少年法庭工作发展的确面临困难，但这是我国司法改革进程中的阶段性问题，而非简单的机构升级问题；（2）加强少年法庭的专业化建设、理论基础及立法供给，同样能够实现相应的改革发展目标；（3）少年法庭升级为少年法院，并不能实质解决问题，甚或带来新问题；（4）设立少年法院会增加国家公共预算开支，不符合国家机构编制严控的政策；等等。

2. 辩证分析

总体而言，一方面，肯定说从少年法庭工作的现实困境着眼，指出了少年法院的优势，并进而阐述了其在少年司法体系、少年法治系统以及国际视野等层面的裨益，颇具道理；另一方面，否定说强调了专业化建设的核心作用、理论基础及立法供给的重要性、少年法院的形式性以及可能的负面问题，也不无道理。

笔者认为，有几项基本事实或常识判断可以首先确认：（1）我国少年法庭工作曾经粗放式的

蓬勃发展，现已长期面临显著困境，总体上不进反退，局部地区甚至名存实亡。（2）少年法庭工作困境的基本原因即规模小（通常三五个人、一两名法官），机构不稳定（随时面临裁撤），专业化程度不高（缺乏少年司法方面的专业化、系统化培训），受案数量偏少或大量受案与少年权益保护关系不大，等等。（3）设立少年法院不可能立即或必然全面彻底地化解少年法庭工作的现实困境，且可能带来新的有待解决的问题。（4）设立少年法院必然会引起国家机构编制以及公共预算开支增加。

3. 决策判断

如上所论，肯定说和否定说的比较之间，似乎旗鼓相当，难分伯仲，难以抉择。然而，若作为决策者，笔者的判断是：（1）尽管设立少年法院不可能立即或必然全面彻底化解少年法庭工作的现实困境，但设立少年法院显然可以解决规模小、机构不稳定、受案数量偏少等问题，并为解决专业化程度不高的核心问题营造出前所未有的有利条件，尽管不是必然的胜算。（2）尽管设立少年法院可能会增加国家机构编制和相应的公共预算开支，但这不能成为否定设立少年法院的正当理由，关键要看其是否值得、是否现实紧要，而我国超过三亿的少年群体数量及其显著的社会价值和国家战略价值毋庸置疑，且我国少年违法犯罪及权益保护的问题巨大，广受各界关注，不可谓不现实紧要。况且，少年法院是对诸多少年法庭的集约化、专业化整合，并非凭空增设，相应编制和预算即便有所增加，也是有限的、合理可控的；而如果考虑到集约化、专业化所可能带来的效能提升，相应的编制和预算增加就应当被认为是完全值得的。笔者相信，一个具有良好社会认知和国家决策意识的人定然会认为，从价值性、现实紧要性和经济性等角度来看，少年法院毫不亚于业已设立的知识产权法院等专门法院。

总之，关于我国创设少年法院的必要性问题，相关的决策判断应当是：价值显著，现实紧要，且成本合理可控。徐建先生曾指出：少年法院的创设是我国少年司法制度走向健全法制化的关键一步，是一种对新的法律框架的追求和对成人司法模式的突破，是在原有框架基础上的重要飞跃，是少年司法制度发展中一个新阶段的开始。

（二）创设条件问题

1. 分歧意见

我国少年法院的创设条件问题，即可行性问题，有肯定说和否定说。简而言之，肯定说认为，我国创设少年法院业已具备了充足的理论基础、立法依据、司法经验及专业人才队伍，等等；否定说认为，相关的理论基础尚不扎实系统，且相关理论及立法很大程度上依附于传统部门法，少年法庭的司法经验也大体上是“小刑庭”“小民庭”“小行政庭”的简单叠加，两部专门的少年法，即《中华人民共和国未成年人保护法》（以下简称《未成年人保护法》）和《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》（以下简称《预防未成年人犯罪法》）大体流于宣言而很少被适用于司法实践，所谓的专业人才队伍非常不稳定且非常缺乏系统的专业培训，等等。

2. 辩证分析

综合上述的肯定说和否定说，笔者的辩证分析和基本结论如下：

（1）我国创设少年法院，的确具备了一定的有利条件，但业已具备的条件并不完善或并不理想，甚至有重大欠缺。首先是理论基础条件问题：我国少年法学基础理论研究虽有近四十年的积淀，但相关专业的学者寥寥无几，其系统严整的理论体系尚在形成过程中，且相关的理论研究和专业人才培养都相当薄弱，在法学界的受认可程度颇低。尤其是相对于知识产权法院创设时期的知识产权法学的基础理论准备而言，少年法学的基础理论准备颇显不足。其次，少年立法及少年司法对传统部门法的依附以及专业化不足，也是非常

显著的问题，但其根源还是在于少年法学基础理论不足。

（2）任何事物都有一个从不完善到完善、从不成熟到成熟的逐步发展过程。创设少年法院，倘若非要等到相关条件充分具备，是不符合事物发展的客观规律的。考察域外少年法院创设的历史可见，没有哪一个少年法院的设立是相关条件充分具备的，而是在设立后逐步完善的。相关决策者不能忽视的一个关键问题是：创设少年法院无疑能为少年法学基础理论的研发、少年立法的完善、少年司法的改革探索及进步、相关专业人才队伍的优化等创设一个稳定的、强大的、具有聚合效应的研发平台和实践基地，进而促进相关专业的理论研究、学科建设、人才培养和学界认同，从而营造出一个良性循环互动的少年法治“生态圈”。

3. 决策判断

基于上述分析，笔者认为：（1）鉴于我国具备了创设少年法院的诸多基本条件，可以考虑创设少年法院的决策。（2）鉴于相关的基础条件并不完善，并不理想，不能贸然采取全盘决策。（3）鉴于创设我国少年法院的人心所向和聚合效应等，可以先行选择基础条件较好的地方，采取审慎的试点方案，着手创设我国的少年法院，待经验积累、教训反思、试点成功，而后逐步推广。

（三）试点改革问题

试点改革的基本问题即何处试点和如何试点的问题。关于我国设立少年法院的试点改革问题，笔者的基本思路可以概括为：择善地，多预案；积经验，思教训；慎评估，再推广。

1. 择善地，多预案

“择善地”即选择各方面条件相对优越的地方进行创设少年法院的试点改革。笔者认为，可以首先考虑在人口千万左右及以上、经济及文化发展水平较高、交通便利发达、少年法治发展基础较好、有相关专业科研机构支撑的中心城市中来选择建立试点改革的少年法院。

“多预案”即我国创设少年法院很可能会出现多种预设方案，且都具有一定的合理性。对此，笔者认为，不宜预先决定某种方案而放弃其他合理方案，而宜多个预设方案同时投入多个试点地方，分别通过实践检验后，再予综合抉择。

2. 积经验，思教训

一方面，“积经验”即积累有益或成功的经验，以助试点改革目标的达成。另一方面，“思教训”即反思不利或失败的教训，以免再度“踩坑”并及时调整。无论是积累经验，还是反思教训，都不能浅尝辄止，而应当刨根问底、系统拓展，并将理论与实践结合，以期提升系统的理论认知，并建章立制，助推相关立法完善以及相关法律实务工作的发展进步。

3. 慎评估，再推广

试点改革的过程及效果应当获得审慎评估，即通过对其过程的全面系统考察，基于对其积极方面和消极方面客观中肯的认识，对试点改革的总体效果予以系统、审慎的评估。关于试点改革的期限问题，笔者建议为五年。即试点改革开始满三年，启动中期评估；试点改革开始满五年，启动终期评估；然后，根据试点改革的总体评估结果，决定是否推广以及如何推广的问题。关于评估组的构成及工作，笔者认为，应当由相应决策部门牵头，组织相关领域的理论专家、实务专家和人大代表成立评估组，并出具切实、系统的评估报告。评估的主要内容可以包括：司法实务及办案效果、人才培养及队伍建设、制度革新及立法促进、理论结合及理论创新等四大方面。至于其中的具体评估指标、权重及机制等问题，应当结合实际情况，以试点改革目标为导向，遵循少年司法的基本规律，科学合理设置。

二、我国少年法院：如何创设

如何创设的问题，即我国创设少年法院的具体技术操作方案应当如何设计的问题。笔者认为，这应当秉承有利于试点改革以及未来发展的原则，并结合我国法院体系设计的逻辑构架，重点考虑审级设置、案件管辖和内设庭室等三个问题。

（一）审级设置问题

关于我国少年法院的审级设置问题，有两种观点：其一，基层特别法院说，即参照铁路运输法院、知识产权法院等，将少年法院的审级设置为专门的基层特别法院。其二，中级特别法院说，即参照海事法院，将少年法院的审级设置为专门的中级特别法院。

目前来看，基层特别法院说为主流观点。其主要理由包括：（1）有铁路运输法院、知识产权法院等诸多成例，简便易行。（2）我国法院审级设置的大体逻辑构架为：基层法院负责审理大量一审案件，中级法院负责审理大量二审案件和相对少量的重大或特别的一审案件，高级法院主要负责审判指导工作、申诉案件以及中级法院一审案件的二审。少年案件大部分都是“小案”，故而少年法院设置为基层特别法院是适宜的。（3）倘若将少年法院设置为中级特别法院，其大量“小案”上诉可能会不当干扰高级人民法院的职能格局。

关于中级特别法院说，现有公开文献较少。其主要理由包括：（1）有海事法院的成例，也简便易行，且其蓄积专业人才的空间更大。（2）实践中，少年案件的上诉率非常低，尤其是在切实贯彻少年最佳利益原则（最有利于未成年人的原则）和“教育、感化、挽救”政策方针的情况下。故而，对高级人民法院审判职能格局的不当干扰问题不会实际发生。（3）在试点改革“爬坡上坎”阶段，由高级人民法院直接业务对接、指导审判，符合其审判工作指导的主要职能定位，尤其是通过对一些争议、典型个案的指导工作，可以更好地推进相关试点改革，促进建章立制，提升改革效能。（4）少年案件审判具有显著的特殊性，大量的少年案件看似“小案”，但都担负着查找“病因”和以科学实证方法“治病救人”的艰巨任务，并不简单，且其所治之病不仅仅是少年之病，更是其社会成长环境之病。尤其是在相关法律法规尚未系统健全的现实情形下，少年法院肯定会面临很多需要先行先试、突破创新、建章立制以及推进立法的问题，高级人民法院的直接指导势必更有利于相关试点改革。（5）少年法庭综合审判体制改革试点工作中遇到了一个重要的矛盾问题，即其集中管辖的“涉少”案件中，大部分都是离婚案件（只要涉及未成年人抚养权的问题），所以少年法庭审判工作的大部分精力都放在了审判离婚案件，这对少年法庭审判工作的专业化发展非常不利，且对大量离婚案件的当事人而言，也往往需要跨区域参加诉讼，必要性不大，且非常不便利。基层设置的少年法院势必将所有涉及子女抚养问题的离婚案件纳入管辖范围，而这势必“劳民伤财”，造成大量离婚当事人需要跨越区县参与诉讼。尤其是如果考虑少年法院逐步推广的话，在地域面积广大、交通不够便捷的地区，这个矛盾问题将更加突出。而中级特别法院审级设置的少年法院可能提供一个“承上启下”的解决方案：大量离婚案件仍然置于普通基层法院一审管辖，若对未成年人抚养权问题的一审裁判有异议的，可诉于少年法院二审；而若对未成年人抚养权问题的一审裁判没有异议的，则诉至普通中级法院二审。如此，则同时合理兼顾了少年审判专业化、少年权益保护、少年法院受案数量、诉讼便利以及高级人民法院的适宜角色等问题。

综合比较分析上述两方面观点及理由，笔者认为，两种观点都有一定道理，而前者简单，后者颇为“烧脑”。笔者是更倾向于后者的。而如果对于相关的决策者，笔者的建议是，不宜预先断然否定两者之一，而宜通过试点改革予以实践检验，再予以评估和决策，或抉择其一，或两者共存，因地制宜。

（二）案件管辖问题

关于少年法院的案件管辖问题，有三个基本层面：其一，所有“涉少”案件都在考虑纳入的范围。这基本没有争议。然而，家事案件是否应该纳入的问题，有所争议。其二，所有“涉少”案件，尤其是大量涉及未成年子女抚养问题的离婚案件，是否应当一律纳入？其三，基于少年司法的自身规律和特殊价值诉求，兼而考虑与内设审判庭的匹配对应问题，如何科学分类？这可能存在诸多分歧。

1. 家事案件的管辖问题

域外多有少年及家事法院的设置及实践，我国也有少年及家事综合审判庭的实践探索。然而，结合我国的实际情况，笔者并不赞成目前在我国考虑设立少年及家事法院，或者将所有家事案件都纳入少年法院的管辖范围。基本理由为：（1）少年法院设立的主旨在于促进少年审判工作的专业化升级，以及整个少年司法体系和少年法治系统的优化完善，从而为少年权益保护及少年健康成长提供更优质的法治保障。家事案件中，大部分并不涉及少年权益问题，与少年法院设立的主旨不符。（2）家事案件并无如同少年案件那样的特殊价值基础、特殊规律基础、特别法律依据和特别现实需要。（3）将家事案件作为少年法院受案不足的重要解决方案，更是文不对题，甚至是喧宾夺主的，势必形成对少年法院审判专业化发展进程的冲击。尤其是在少年法院设立的试点改革时期，更是非常不明智的。

2. 涉及未成年子女抚养的离婚案件管辖问题

对于不涉及未成年子女抚养问题的离婚案件，一律排除在少年法院的案件管辖范围之外。对此，业界有大体共识。那么，对于涉及未成年子女抚养问题的离婚案件，是否一律纳入少年法院的管辖范围呢？一般认为，此类案件涉及未成年人的权益保护问题，理应纳入旨在保护少年权益的少年法院的管辖范围。

然而，笔者认为，涉及未成年子女抚养问题的离婚案件不应一律纳入少年法院的管辖范围，而应当采取合理的程序分流机制。此类案件一般有两种基本情形，即离婚夫妻双方对未成年子女抚养问题没有争议的情形和有争议的情形。应当考虑对两者予以程序上的区别对待，即涉及未成年子女抚养问题的离婚案件，原则上一审由普通基层人民法院管辖，如对未成年子女抚养问题的一审裁判不服（有争议的），则二审由少年法院管辖；如无关于未成年子女抚养问题裁判的不服，其二审由普通中级人民法院管辖。如此，兼顾了少年法院对少年权益保护的职能、过多离婚案件对少年法院审判专业化的冲击问题、少年法院的适度受案数量问题、对父母亲权的尊重以及当事人诉讼便利和诉讼效率等问题，从而更有利于少年法院职能的专业化、高效运行及目标实现，更有利于保障相关当事人的实体权益和程序权益。

3. 管辖案件的科学分类问题

少年法院管辖的涉及少年权益的案件，可以说是相当纷繁复杂。如何进行科学分类的问题非常重要。分类是科学研究的一个基础环节，可以反映研究者关于对象的基本认知及理念基础。关于少年案件的分类问题，据笔者观察，大体存在两个基本立场，从而推演出两种分类谱系：

（1）基于传统部门法律关系理论基本立场的分类谱系。此种分类谱系，即依据传统部门法律关系的谱系逻辑，少年案件分为少年刑事案件、少年民事案件、少年行政案件和其他少年案件（执行、审判监督、公益诉讼等），是目前我国业界的主流观点。

（2）基于少年法律关系理论（少年权益）基本立场的分类谱系。此种分类谱系，即依据少年权益的类别、少年法律政策的谱系逻辑以及少年法律关系理论，少年案件分为少年越轨案件、少年保护案件和少年福利案件。少年越轨案件包括

少年犯罪案件和少年虞犯案件，其政策主旨在于预防犯罪。少年保护案件和少年福利案件，可以分为家庭类、学校类和社区类，其政策主旨在于预防被害和维护少年健康成长。

上述两种分类谱系，实际上反映了相关论者对于少年法的基本认知立场或理念基础。即前者反映了相关论者在少年法的基本认知问题上，对于传统部门法学理念的“路径依赖”，而对于少年法的独特规律、独立价值体系以及少年法律关系等少年法学的基本理论缺乏应有的系统认知。而后者则反映了相关论者基于少年法自身独立价值立场的系统认知。何者更为契合少年法学的基本理论，更为符合少年法院以及少年法治发展的内在规律？笔者相信，其实不难评判。

（三）内设庭室问题

1. “小刑庭+小民庭+小行政庭+其他”的主流观点及其重大不利

关于少年法院的内设庭室问题，业界的主流观点为：设立少年刑事审判庭、少年民事审判庭、少年行政审判庭以及相关配套业务庭室（如立案庭、执行庭、审监庭、观护庭、研究室等）。其中，少年刑事审判庭、少年民事审判庭和少年行政审判庭是其主干业务庭，分别对应前文关于案件分类的少年刑事案件、少年民事案件和少年行政案件。很显然，这是根深蒂固的传统部门法学理论的“路径依赖”式的影响所致，是成年人法学理念在少年法领域的映照或翻版。这种主流观点，至少存在两个维度的重大不利：

其一，理论立场或理念基础上的错位，即该观点的理念基础或理论立场是以成年人为模板而建构起来的传统部门法学理念，即遵循其“刑事—民事—行政”的基本构架逻辑，从而继续将本应秉承自身独立规律、特殊价值、政策逻辑和规范体系的少年法依附于传统的三大部门法。如此逻辑推演下去，无论在理论、立法或司法上，少年法的发展都会在相应程度上受到传统部门法的抑制，而很难遵循其本应系统遵循的自身规律和特殊价值。长此以往，对少年法院、少年司法以及少年法治的长远、系统发展而言，毫无疑问，必将造成基本的、深层次的、系统性的不利。“少年司法制度杂处于或者附属于成人司法制度中将带来诸多矛盾与弊端，无可避免地会破坏整个司法制度的统一性与现代化，扼杀少年司法制度的天性，妨碍少年司法制度的完善与发展，甚至危及少年司法制度的生存。”

其二，创设少年法院申请策略上的重大不利，即这种“小刑庭+小民庭+小行政庭”的基本构架思路会极大地减弱少年法院创设必要性理由的说服力。试想，如果将其作为申请创设少年法院的一项基本方案，换位至相关决策者的立场，想必会产生一种基本的疑问：既然是“小刑庭+小民庭+小行政庭”，就没多大必要“另起炉灶”，相关案件由传统的刑庭、民庭和行政庭管辖也没问题，采取“小儿酌减”“注重保护”的策略即可，则单设少年法庭的必要性尚且不是那么大（目前我国少年法庭被大量撤并和名存实亡的现实就是明证），何况设立专门的少年法院呢？！如此，少年司法的独立价值被消减，少年司法的独特规律被蒙蔽……数年前，少年法院创设未果，恐怕不是没有这方面的原因吧。联系一下知识产权法院创设的理论准备和申请策略，倘若其理论定位就是特殊类型的民商事问题，而不系统论证和强调其独立自主的理论体系、特殊价值和相应的科学分类问题，其能否成功创设，恐怕就很难说了。可以说，知识产权法院创设成功的一个重要因素，即其在基础理论上论证和强调了知识产权法学的学科独立性、特殊价值及科学分类问题，并以此摆脱了对传统部门法学的根本依附性。比较而言，少年法院的创设工作恐怕失策于此。

2. 基于少年法基本理念的内设庭室方案：“少年越轨案件审判庭+少年福利及保护案件审判庭+其他”

关于少年法院内设庭室的方案问题，笔者认为，可以从两个层面来予以推演：

其一，理论上可内设四个主干审判业务庭，即少年刑事案件审判庭、少年虞犯案件审判庭、少年福利案件审判庭和少年保护案件审判庭。这种内设庭室的配置方案，遵循着少年法律政策的基本逻辑，结合了上述少年案件的分类、主旨和特点。

其二，实践中宜内设两个主干审判业务庭，即结合我国相关立法及司法现状，一方面，根据《预防未成年人犯罪法》的立法规定，少年虞犯案件（可能予以保护处分的严重不良行为少年案件）被置于公安机关和教育行政部门的行政决定程序中，当然其中会衍生出不服相关行政决定的行政诉讼问题，但目前这类案件的数量可能非常有限，且这类案件的司法主旨也主要在于预防犯罪，并采取“教育、感化、挽救”的方针，故而目前宜与少年刑事案件审判庭合二为一，并称“少年越轨案件审判庭”，兼而考虑了“越轨”较之“刑事”“犯罪”的去污名化及教育保护意义。随着未来立法革新和司法发展，可以根据实际需要，再拆分为二。另一方面，鉴于我国尚无专门的少年福利法，“少年福利”与“少年保护”理论观念尚未获得明确的区分，且司法实践中的少年福利案件还为数颇少，以及少年福利案件和少年保护案件审判的主旨大体都在于少年被害预防和维护少年健康成长，故而，少年福利案件审判庭宜与少年保护案件审判庭合二为一，并称“少年福利及保护案件审判庭”。同理，二者也可能随着发展而拆分为二。

关于不少论者提到的“少年观护庭”，即“主要承担对未成年人进行社会调查、心理辅导、跟踪帮教、矫治回访等审判延伸工作。观护庭可以内设社会调查室、心理辅导室、回访帮教室等”。笔者认为，这是我国少年司法制度早期研究的一个问题，其借鉴来源大抵为美国少年法院的少年观护部门（juvenile probation office，也有译文为“少年缓刑部门”），主要负责少年越轨案件的社会（人格）调查报告以及相应的观察、保护及社区矫治工作。其制度前提是，法院负责社会（人格）调查报告等方面的工作。而在我国少年司法制度的语境中，社会（人格）调查报告的工作职能到底由谁承担，一直都处于非常纷乱的局面，即几乎所有的少年司法参与主体都可能成为社会（人格）调查报告的主体。对此，笔者的基本观点为：社会（人格）调查的基本目的在于查清少年越轨案件的人格事实，而人格事实为少年越轨案件的主要事实，比在案的行为事实更为重要；社会（人格）调查报告的基本主体应当是控辩双方，即控方有职责进行，而辩方有权利进行；社会（人格）调查活动应当收集一系列的关于人格事实的证据材料，而社会（人格）调查报告是基于此作出的关于少年越轨原因及矫治方案的系统分析评估报告，是少年司法的一份核心、结论性的诉讼法律文书，而法院应当是居中的司法裁判者，等等。故此，笔者并不赞同少年法院内设少年观护庭的主张。

至于立案庭、执行庭、审监庭以及研究室、政治部之类的庭室或部门设置，根据实际需要，参照其他人民法院，合理配置即可，在此不再多言。

三、我国少年法院：如何发展

少年法院的建设和发展是一个持续不断的系统工程。少年法院创设方案中应当包含其创设后的发展方案，而这却是我国诸多少年法院创设方案所忽略的一个重要方面。有道是：不谋全局者不足谋一隅，不谋万世者不足谋一时。我国少年法院的创设方案，不仅需要系统谋划其全局，还需要长远谋划其未来，否则必然是一个不周全的方案。其未来之长远谋划，即在其创设后，我国少年法院应当如何发展的长远策略问题。笔者认为，其中应当考虑如何系统推进相关的法律实践、立法供给和理论基础发展等三个基本问题。说到底，少年法院的设立只是一个机构形式问题，相应的

理论基础、立法供给和法律实践等三个基本问题才是其中的实质内容。内容决定形式，而适当的形式有利于承载其相应内容，并促进其发展。少年法院是否创设的问题，取决于这三个基本方面条件的具备程度；少年法院如何发展的问题，也在于这三个方面如何系统发展。

（一）系统理论问题

没有系统的理论，就没有系统的立法，也就没有系统的法律实践。少年法院如何发展，首先要关注其理论基础如何系统发展。

1. 少年法院创设及发展需要系统的理论基础

少年法院系统发展所需要的理论基础不仅仅是少年法院及少年审判制度本身的局部理论基础，而是需要整个少年司法制度、少年法治系统以及与此关联的更大范围的制度系统的理论基础作为支撑。这些理论基础即系统严整的少年法学理论体系。

2. 系统严整的少年法学理论体系需要一个长期持续的研究及实践的辩证发展过程

系统严整的少年法学理论体系的形成需要一个长期研究探索的严谨的学术过程。我国学界致力于此的历程大约三十余年，有一些标志性的成果。其中，笔者的《少年法学》（商务印书馆 2021 年版）尝试建构了一套系统严整的少年法学理论体系，但有待于通过理论研讨、专业教学和实践检验等路径进一步充实、校正及优化，并形成业界共识，从而转化为对相应立法革新及实践探索持续不断的推进合力。

笔者认为，系统严整的少年法学理论体系建构的基本要领及思路在于：秉承少年法的独特价值和原则，遵循少年法的基本规律，结合相关的立法和法律实践，展开符合少年法律政策基本结构的系统逻辑推演，从而建构出一套独立的理论体系，区别于传统部门法理论，并系统地摆脱其对传统部门法的理论、立法、司法及执法的依附局面，彰显其自身的特性和逻辑，从而为少年法治事业的持续长远发展提供系统完备的理论基础，并系统服务于相关的立法革新和法律实务的发展完善。这是少年法院在设立之前、设立之中和设立之后都必须注重不断系统提升的一个关键的基础环节。

（二）系统立法问题

我国少年立法经历了三十余年的发展，取得了显著的成就，但仍然存在诸多缺憾或立法供给不足等问题，亟待改革完善，以形成系统、全面、优质的立法供给，促进少年法院、少年司法以及少年法治事业的系统发展。

1. 我国少年立法的历史、现状及缺憾

从 1987 年《上海市青少年保护条例》开始，我国少年立法经历了三十多年的发展，逐步形成了以未成年人“两法”（《未成年人保护法》和《预防未成年人犯罪法》）为专门立法，以刑事法、民事法、行政法和社会法的特别规定为附属立法的全国性的总体立法格局，从而大致具备了少年立法体系的雏形，但总体上还相当滞后，对我国少年法院、少年司法以及少年法治的发展需要而言，颇显立法供给的系统不足。其宏观的基本原因为：一方面，由于缺乏系统严整的少年法学理论体系指导，其系统全面性和逻辑严整性很难实现，从而难免造成一些重大的系统性缺憾；另一方面，我国少年立法基本上采取的是自身发展的道路，对域外一个多世纪以来比较成熟的少年立法经验的学习借鉴相当缺乏，从而也明显落后于世界少年立法发达国家或地区的水平。

我国少年立法的基本缺憾至少包括：（1）我国没有专门的少年福利法，甚至连一个相应的地方性法规都没有。而世界范围内，专门的少年福利法（或儿童福利法）是大多数国家的立法标配。（2）我国《未成年人保护法》，虽经数次修改，篇幅达 132 条之多，但仍然主要停留于宣言性，连自主的法律责任体系都没有，且适用性非常弱，

被引据于少年司法实践的案例为数不多。（3）我国《预防未成年人犯罪法》，亦数经修改，篇幅达 68 条，但亦鲜有少年司法实践案例的引据，适用性颇弱，且亦多有流于宣言性的问题。（4）我国刑事类、民事类和行政类法律中的附属少年法律规范，是我国少年法院、少年司法及少年法治实践中最具适用性的少年法律规范，然而其对于这三大传统部门法的依附性势必造成其无法摆脱传统部门法的基本理念、基本原则、基本制度束缚，同时无法系统融入少年法的基本理念、基本原则和基本制度的价值及逻辑体系中，并在具体的实践中常常发生抵牾。例如，相关的刑事法律制度常常在惩罚威慑和教育矫治的理念之间游离徘徊，《中华人民共和国刑法修正案（十一）》关于刑事责任年龄降低至 12 周岁的修法就是明证；再例如，短期监禁刑、财产刑和剥夺政治权利对于未成年人合理的适用性问题；再例如，《中华人民共和国治安管理处罚法》的修订一直在纠结于是否及如何扩大行政拘留处罚对未成年人的适用问题，即如何“一罚了之”“一关了之”的问题。而从少年法的理念来看，问题在于如何查找“病因”、如何“治病救人”的科学的保护、教育、矫治及福利方案，而根本不在于“一罚”和“一关”的问题。

2. 我国少年立法的完善策略

关于我国少年立法的完善策略，笔者认为，有三个基本策略可供抉择：

（1）域外借鉴，本土结合。即以少年法治发达国家或地区经验为借鉴，并与我国实际情况相结合，梳理归纳，吸取精华。纵观世界少年立法相对成熟的国家或地区，其少年立法体系大体形成了“少年越轨法+少年福利法”的二元模式。相应具体名称不一，但实质内容相当。例如，对于前者，日本称“少年法”，美国称“需要扶助、疏于照管及越轨儿童之矫治与管控法”或“少年法院法”；对于后者，日本和美国称“儿童福利法”。

结合我国少年立法的实际情况，我国借鉴域外二元模式的基本思路可以考虑为：一方面，将《未成年人保护法》扩展改造为“未成年人福利及保护法”，其中系统增设相应的福利法律制度；另一方面，将《预防未成年人犯罪法》调整改造为“未成年人越轨事件处理法”。从而，我国相应的少年立法二元结构模式可以形成，并基本达到国际平均水平。

（2）自主发展，系统谋篇。即以系统严整的少年法学理论体系为指导，结合我国的实际经验，自主发展，系统谋篇。对此，笔者的基本建议是：其一，增设《中华人民共和国儿童福利法》，弥补我国少年立法的一个基本内容缺陷；其二，完善《未成年人保护法》，尤其是健全其独立的符合其特别规范需要的法律责任制度体系；其三，改造《预防未成年人犯罪法》，令其成为未成年人越轨分级干预及防治的系统法律规范体系。从而，我国特色的少年立法三元结构模式可以形成。同时，这“三法”都有必要特别注重强化其适用性，即利于其法律规范在具体的执法及司法实践中的适用，以系统、合理解决少年法律实践中的现实问题。该问题实际上是我国目前少年专门立法的痒点和痛点，故此特别强调。

（3）后发优势，系统超越。即在借鉴吸收域外先进经验的基础上，利用后发优势，在系统严整的少年法学理论体系指引下，着眼未来发展趋向，探索少年立法的法典化，以系统超越目前的世界水平。其一，我国少年立法落后，应当借鉴吸收域外先进经验，争取后发优势；其二，少年立法的世界发达水平已经比较成熟，业已临近、趋向于少年立法的法典化；其三，在系统严整的少年法学理论体系指引下，实现我国少年立法的法典化，系统超越世界发达水平，并非空谈或奢望。此为笔者最为推崇的策略，并业已付诸系统严谨的学术研究，且已有研究成果可资相应的证明。

（三）系统实践问题

系统实践问题，即少年法院相关法律实践的系统发展问题。其中，涉及少年审判制度体系、少

年司法制度体系以及整个少年法治系统相关实践工作的不断完善及协同发展问题。

1. 我国相关法律实践已经形成了初步的系统机制

经过约四十年的发展，我国少年审判制度体系、少年司法制度体系以及整个少年法治系统的相关法律实践工作已经形成了初步的系统机制，如公检法司部门的“政法一条龙”和社会群团及政府相关部门的“帮教一条龙”，其中涉及诸多的特殊理念、特殊原则和特殊制度，包括国家亲权理念、未成年人最佳利益原则、未成年人特别保护原则、社会（人格）调查报告制度、合适成年人制度、寓教于审制度、圆桌审判制度、分级干预制度、刑罚轻缓制度、少年特别隐私权制度、特殊的监护制度以及专门教育及保护处分制度等。这四十年的发展成果及具体的法律实践经验，是我国创设少年法院重要的基础条件。

2. 我国相关法律实践仍有待于进一步的系统完善

尽管我国相关法律实践已经形成了初步的系统机制，但随着形势发展，我国相关法律实践屡遭重大挫折，并一直存在着一些重大的系统性缺憾，面临着系统性的发展瓶颈和困境，从而有待于进一步的系统完善。其中，与少年法庭工作相关的重大挫折至少包括：20 世纪 90 年代中后期的少年法庭改革发展停滞，十年前少年法院创设未果，数年前司法体制改革过程中少年法庭专门机构被大规模撤并以及诸多少年法庭名存实亡，等等。一些重大的系统性缺憾至少包括：专门少年警务机构的系统缺失，大量理应归入少年司法管辖范围的严重不良行为少年案件（专门教育及保护处分案件）被立法置于行政决定程序中、且相关立法颁行已经三年而至今仍未步入正轨，专业少年社工机构缺乏或不发达，作为少年司法核心要务及科学实证保障的社会（人格）调查报告制度的运作粗略或流于形式，少年法治系统相关主体之间的系统分工及衔接配合机制不畅，等等。

上述这一系列错综复杂的系统性问题，都是我国少年法院设立之后需要着力研究、探索和完善的发展策略问题。这不仅有赖于相应法律实践的持续性系统探索和锐意改革，也需要相关立法革新及立法供给的持续配合，更需要系统严整少年法学理论体系的持续指引，从而形成实践、立法及理论之间循环往复的辩证发展模式，持续不断地推进我国少年法院、少年司法以及少年法治系统良性发展，以逐步趋于成熟和完善，成就为保护我国数亿少年健康成长的、系统完善的法治保障体系。

结 语

关于少年法院的创设问题，我们既要直接针对其问题本身展开切实研究，也要不囿于其问题本身，采取系统思维，拓展并深入于相关理论、立法及法律实践问题。我国少年法庭四十年发展变迁的历史以及举步维艰的现状，已经印证了少年法庭的机构形态及陈旧观念业已不再适应新时代少年法治改革发展的现实需要和未来期望。现实中，不少人并不赞成创设少年法院。这种保守观念很有代表性。对于这种观念背后的理由，笔者在文中基本给予了力所能及的回应。同时，笔者也深知，在现实中，改变人们的既有观念是如此艰难，且常常不是道理所能及的。然而，又能有什么样的改革不是必经解放思想、改变观念以及树立信念，而后方能系统开启、科学谋划以及逐步落实的呢？少年法庭作为少年司法初创期的机构形式尚可，但其散兵游勇、随时调转的队伍状态，如何适应专业化、系统化、集约化的发展需要？殊不知，在这条老路上，少年法庭已经至少两度遭遇重大挫折，且并非改革者不尽心力，而是理念格局和路径选择出了问题。如今，我们要么裹足不前，要么继续少年法庭的老路，要么选择少年法院的新路！

编辑：代秋影
排版：覃宇轩
审核：杨奕

【名家论坛 |段厚省 庄语滋】限制离婚诉讼中非法证据排除的正当性重述

原创：2024-03-27 河北法学杂志 段厚省 庄语滋
https://mp.weixin.qq.com/s/V5lak1rAJTUMFWqInhkSPw

作者简介

段厚省，男，1970 年生，安徽怀远人，复旦大学法学院教授，博士生导师，研究方向：民事诉讼法学、证据法学、民法学；

庄语滋，女，2000 年生，福建厦门人，复旦大学法学院研究生，复旦大学司法与诉讼制度研究中心研究人员，研究方向：民事诉讼法学、证据法学。

摘要

在离婚诉讼非法证据排除问题中，法益权衡的复杂性远远超出配偶权与隐私权之间如何取舍的范畴，还涉及取证困难方法律保护请求权的实现可能性，以及离婚自由、财产权、子女抚养权等法益。然而，此种复杂法益权衡并未得到充分关注与类型化研究，未与法律保护请求权相衔接。离婚诉讼中用于证明配偶存在出轨、家暴等过错的证据往往都发生在当事人最为私密的场所，而宪法对“通信秘密”的保护不允许法院调取民事诉讼当事人的通信内容、聊天记录，因此很难通过申请法院调查取证、证据保全取得具有强证明力的证据。与刑事非法证据排除不同，限制民事诉讼非法证据排除并不会减损诉讼的事实发现功能与受害方的权利救济，被非法取证的受害方仍可通过提起侵权诉讼的方式获得救济。

关键词：非法证据排除；离婚诉讼；法律保护请求权；通信秘密；诉权

一、问题的提出

我国《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 106 条明确了民事诉讼程序中的非法证据排除规则，与证据“合法性”审查相衔接，规定“对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据”。尽管学界就法益权衡的方法已基本形成共识，即法官应当考量取证违反的不同位阶的法律规范的保护目的和所侵犯的权利的价值，区分具体情况作出判断，但其类型化研究依然十分稀少。李浩教授进行的案例实证研究并非专门针对离婚诉讼，周翠教授进行的类型论法益权衡研究是针对秘密录音、秘密录像、行车记录仪等证据展开的，而非基于离婚诉讼等家事场景，李菊明及其他极少数学者针对家事场景的法益权衡研究侧重于配偶权与隐私权之间，并未涉及与诉权和其他法益之间的衔接，也并未对刑事诉讼与离婚诉讼中举证方取证、保全能力的差异进行充分阐释，与刑事诉讼非法证据排除存在割裂。

对于非法取证的离婚案件，其内部关涉的复杂法益权衡远远超出配偶权与隐私权的范畴。为使离婚诉讼中当事人的实体请求权在诉讼实施过程中具备更充分的实现可能性，离婚诉讼司法实践明确地存在限制非法证据排除的需要，然而既有研究为其提供的正当化理论资源仍然十分有限，缺乏以法律保护请求权为进路的相关研究。法律职业共同体缺乏前见共识，在个案判断中容易出现同案不同判与说理论证不足的困窘。本文聚焦离婚诉讼中的非法证据排除问题，将其与刑事诉讼中的非法证据排除相区别，廓清其正当性本源，

并基于离婚诉讼中的具体类型化请求对离婚自由、财产权、子女抚养权、通信秘密等相关法益进行探讨，从包含证据保全请求权在内的法律保护请求权视角出发，明确限制民事非法证据排除与诉权保障之间的关联性，结合实证案例与教义学分析展开类型化研究。

二、离婚诉讼中的诉讼请求类型与证明困境

（一）离婚诉讼中的诉讼请求与相关法益

若欲公允实现对离婚诉讼中非法证据排除问题的法益权衡，则首先需要明确离婚诉讼中以偷拍、偷录等形式取证的非法证据通常究竟旨在证明何种诉讼请求的基础事实，其背后保护何种法益的胜诉期待权。由于家事案件裁判文书说理中对于证据认定和采纳充分展开得极为有限，并非所有由当事人提供的、旨在证明其诉讼请求的相关证据都能得到法官在事实认定中的说理回应，故下文所涉案例实证分析将侧重于关注当事人的举证情况和诉讼请求，不仅限于法官对当事人的相关证据予以充分说理回应的案例，旨在优化勾勒出当事人诉讼请求、相关法益与非法证据之间的关联面孔。

1. 请求离婚：非法证据旨在证明夫妻“感情破裂”

离婚诉讼属于请求终止婚姻法律关系的变更之诉，尽管当事人提起离婚诉讼的过程中多伴有请求子女抚养权、离婚损害赔偿等其他诉讼请求，但“诉求判令原、被告离婚”必然是其核心诉讼请求之一。我国离婚判决采“破裂主义”，在立法中以“概括性规定”+“例示性情形”的开放性形式呈现。根据《民法典》第 1079 条，审查确认“感情确已破裂”是准予离婚的核心要件，对于存在包括“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”以及“其他导致夫妻感情破裂的情形”且调解无效的，法院应当准予离婚。

离婚诉讼司法实践中存在翻拍配偶违反忠实义务的聊天记录、偷拍偷录出轨情形的音视频、偷录配偶承认出轨的录音等非法证据，此类非法证据具备证明配偶方存在重婚、与他人同居或者违反忠实义务，既而导致夫妻感情破裂的功能。例如，在“原告邓某某与被告黄某某离婚纠纷”一案中，原告邓某某主张其与被告“婚前缺乏了解，感情基础薄弱，婚后感情不和，且被告长期与离异男性保持暧昧及不正当关系，导致夫妻感情已完全破裂”，并提交了其使用手机验证码登录被告微信、冒充被告与特定男性聊天后获取的证明二人存在暧昧关系的证据，旨在证明夫妻感情业已破裂。

离婚诉讼请求背后反映的是“婚姻自由”的价值取向，离婚自由是婚姻自由的重要组成部分，而是否能够证成“感情破裂”则直接影响了此种自由的实现可能性。婚姻需要夫妻之间相互扶持协力，若双方感情确已破裂，则强行维持这种已经死亡的婚姻对于家庭和社会而言都是不利且不幸的。此外，离婚诉讼请求能否得到支持，还直接影响当事人分割夫妻共同财产、影响当事人是否会因配偶的“日常家事代理权”与“用于共同生活的借款投资”而背负夫妻共同债务、既而影响自身的财产权益，影响当事人重新建立夫妻身份关系的自由与权利，以及在婚内强奸难以被证明、难以得到法院承认的司法实践背景下的性自主权。

2. 请求财产赔偿/补偿：非法证据旨在证明配偶存在过错

离婚诉讼不仅关乎身份关系的变更，同时也涉及财产利益的处置和分配。对于以翻拍聊天记录、偷拍偷录等非法形式证明配偶存在过错乃至重大过错的，若排除该非法证据，可能影响其获得离婚损害赔偿，或者作为无过错方在财产分配无法达成合意时获得更多照顾。既有学术研究更多关注《民法典》第 1043 条第 2 款规定的忠实义务以及《民法典》第 1091 条规定的基于配偶重大过错的损害赔偿请求权，强调应克制道德问题法

律化，但忽视了《民法典》第 1087 条第 1 款的规定，即纵使配偶过失未及重大，无过错方依然可获财产利益。

“夫妻双方应当互相忠实”是《民法典》第 1043 条第 2 款明确规定的内容。尽管该条文在很大程度上属于婚姻家庭道德规范，对于违反忠实义务但尚未达到重婚、与他人同居的重大过错程度的，学界与司法实践中一般不支持损害赔偿请求，但在离婚诉讼中，即使出轨配偶的过错尚未达到重婚、与他人同居的重大程度，无法请求离婚损害赔偿，无过错方同样能够基于其配偶违反忠实义务的过错由法院按照“照顾无过错方权益的原则判决”。例如，在“尹某 1、张某离婚纠纷”一案中，原告提供微信聊天记录、通话录音等证据，证明被告存在出轨行为，且曾经对原告承认出轨事实。该案中被告的出轨情节并未被法院确认达到与他人“同居”或“重婚”的过错程度，但一审法院明确援引《民法典》第 1043 条第 2 款及第 1091 条规定，指出“《民法典》规定，夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱……如果夫妻一方具有重婚、与他人同居、实施家庭暴力、虐待、遗弃家庭成员或其他重大过错情形，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。张某陈述尹某 1 在婚姻关系存续期间出轨并提供了相应的证据，尹某 1 予以认可。尹某 1 应给予张某适当的损害赔偿，综合考虑尹某 1 的过错程度、侵权行为的方式、造成的后果及尹某 1 的经济能力，该院酌情支持张某的损害赔偿金数额为 10 000 元”，二审法院对该判决予以维持。

事实上，从实体法的诉讼实施之视角对原告诉讼请求及其请求权基础加以观察，可以丰富对离婚诉讼法益冲突的理解，超越“能否基于配偶权，在配偶违反忠实义务时请求损害赔偿，要求其承担侵权责任”的既有研究局限。排除非法证据背后还涉及无过错方在财产分配时能够获得财产分配照顾的权利，直接涉及财产与隐私之间的法益权衡。

3. 请求子女抚养权：非法证据旨在证明配偶不宜抚养子女

在请求离婚与损害赔偿的主张之外，对于有子女的家庭，离婚诉讼中常常也涉及对子女抚养权的主张。配偶出轨、家暴，分别属于个人情感与行为中非常私密的内容，以及家庭关系内部非常私密的情况，尤其是对于子女处于襁褓阶段的家庭，合法取证相当困难。

对于子女在两周岁以下的，我国以母亲直接抚养为原则，但也设定了部分例外，如“有抚养条件不尽抚养义务，而父亲要求子女随其生活”“因其他原因，子女确不宜随母亲生活”；对于未成年子女已满两周岁的，按照最有利于未成年子女的原则确定抚养权，若一方“子女随其生活，对子女成长有利，而另一方患有久治不愈的传染性疾病或者其他严重疾病，或者有其他不利于子女身心健康的情形，不宜与子女共同生活”则予以优先考虑。若配偶一方存在出轨、家暴等情形，且能够证明会对子女成长产生不利影响、不宜与子女共同生活的，以偷拍、偷录、翻拍聊天记录等形式取得的非法证据若被排除，则会影响举证方子女抚养权的实现，同时可能对无辜的子女的身体健康、心理健康等利益产生明显的不利影响。

在离婚纠纷与子女抚养纠纷中，法院判决子女抚养权时往往需要进行综合考量，是否对家庭负责、是否存在家暴行为是应当考量的因素之一，且司法实践中当事人确实曾予以主张，因此抚养权同样是非法证据排除中需要权衡的法益。例如，在“关某与暴某 1 离婚纠纷”一案中，被告就主张原告“不负责任，不适合抚养孩子，原告脾气暴躁，教唆孩子不跟自己的亲爸爸说话，经常打骂孩子”“有出轨行为且在未离婚之前不让被告看望孩子”。再如，在“赵某、佟某变更抚养关系纠纷”一案中，被上诉人佟某不同意变更抚养关系，主张“赵某是婚内出轨”“赵某生活不检点，

对孩子生活学习肯定不利”“她当初就是在快手上直播让大哥刷礼物，才跑的”。

（二）离婚诉讼中的证明困境

“没有救济就没有权利”，针对离婚诉讼中当事人可能提出的上述诉讼请求，司法实践中的最大悖论便在于当事人很难通过合法形式完成涉及配偶出轨、家暴等隐私信息的取证过程，若其非法取得的证据被排除，则其法定财产权益和身份权益便几乎无法得到司法救济。

1. 民事诉讼当事人取证能力弱，合法证据难以完成证明

民事诉讼与刑事诉讼不同，并非由代表公权力的检察院进行举证，而是在当事人主义诉讼模式下由取证能力较弱的民事主体就其主张提供证据、完成证明。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第 67 条第 1 款，“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”，因此主张配偶出轨、家暴等并据此请求离婚、子女抚养权及相应损害赔偿或补偿者就需要对配偶确实存在过错的事实提供证据证明。与之相对，婚姻家庭生活与两性生活具有隐蔽性和私密性，当事人证明配偶存在出轨行为、家暴行为，若以合法途径取证，除非有配偶自认，否则几乎无法直接证明配偶方存在重大过错。例如，用于证明配偶家暴的验伤报告往往因无法证明暴力行为确实发生、且与受伤结果具有因果关系而不被采信，配偶基于出轨或家暴写下的悔过书也常因配偶在庭审中作出的“受到胁迫、非真实意思表示”抗辩而被法官认为不能直接证明。司法实践中的具体取证情况与法院采信情况可参见下文案例：

（1）媒体报道、验伤报告难以直接证明家暴事实

原告杨某主张被告刘某甲存在家庭暴力经常打骂原告，并提交都市女报一份、照片一组及病历予以证明。上述证据经被告质证称：都市女报对家庭暴力的报道只是媒体对事情的单方了解，此报道发生在原告第一次诉讼期间，当时天桥区法院未对家庭暴力作出认定。门诊病历系复印件，不予质证。被告主张，其从未殴打过原告，不存在家庭暴力。法院认为，“都市女报关于家庭暴力的报道，其中当事人的姓名均系化名无法确认当事人真实身份，且该报道系当事人一方对事实的陈述，对该证据，本院不予采信。关于照片及病历只能证实，原告曾受到过伤害，至于加害人是谁无法证实，本院对上述证据不予采信，对原告主张被告刘某甲存在家庭暴力的事实，不予认定”。

（2）通话记录、保证书难以直接证明违反夫妻忠实义务

原告提交：保证书 1 份，拟证明被告伍某某与赵某某有多年同居关系；微信通话记录，拟证明伍某某与赵某某发生性关系前的通话记录；举报材料 1 份，拟证明赵某某于 2015 年 2 月 18 日晚与伍某某发生不轨后胡某某对其举报。被告抗辩原告主张其与赵某某通奸并不属实，指出保证书“只能证明赵某某 2015 年 2 月 18 日晚上去了被告家里，不能证明通奸的事实，且此份保证书是赵某某在原告及其亲友的胁迫下，迫于无奈才写下了此份保证书”，被告对保证书的合法性有异议。法院认为“此保证书不能证明有通奸的事实，不能证明存在多年同居关系”。对于通话记录，被告认为“没有显示通话双方就是被告和赵某某，没有号码和双方的相貌，通话内容也是正常的聊天形式，不能证明被告和赵某某有暧昧关系”，法院认为此通话内容不能显示主体信息，不予采信。关于举报材料，被告认为这是原告怀疑赵某某和被告有暧昧关系的事实，法院对原告举报的行为予以采信。

2. 难以通过申请法院调查取得配偶出轨、家暴证据

尽管根据《中华人民共和国民事诉讼法》第 67 条第 2 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（2022 年修正）》第 94 条规定，对于涉及个人隐私的与待证事实相

关联的证据，当事人因客观原因不能自行收集的，可以书面申请法院调查收集，但从司法实践的运行情况来看，通过申请法院调查收集以取得配偶出轨、家暴的证据往往成功率较低、耗时较长，不仅很可能造成司法资源的浪费，还容易使证据进一步被销毁。

关于配偶出轨的直接证据主要以双方聊天记录、公共场所的监控与偷拍偷录的私人空间内的视频和音频形式呈现。根据《中华人民共和国个人信息保护法》第 26 条规定，“在公共场所安装图像采集、个人身份识别设备，应当为维护公共安全所必需……所收集的个人图像、身份识别信息只能用于维护公共安全的目的，不得用于其他目的”，公共场所监控所录视频，欲用于证明出轨、家暴事实的，不符合“维护公共安全”的目的。而配偶与出轨对象的聊天记录，若以申请法院调查取证或者申请调查令的方式，要求配偶或出轨对象提供，则其很可能会提前删除，销毁证据；若要求提供通讯服务的第三方机构，如电信公司、腾讯公司等提供，一方面耗费司法取证成本和第三方机构的配合审查成本，另一方面第三方机构也面临存储数据是否合规的拷问。有学者指出，在手机短信成功发送后，电信部门仍在通信中端设备中保存短信内容的，侵犯了公民的通信自由和通信秘密。对于出轨、家暴等婚内过错事项，录音录像等证据不同于聊天记录，往往需要通过录制的过程固定、形成证据，而非直接调取即可，但法院不可能协助当事人通过偷拍偷录的形式取得相关证据。

在司法实践中，申请法院调查取证需要提供证据线索，但当事人未必能够提供足够明确的证据线索。对于调取配偶聊天记录的申请，法院常常不准予调查。例如，在李某诉蒋某甲离婚纠纷上诉案中，上诉人主张“一审法院对上诉人的各项申请证据调查的请求一律不准予的决定违法。根据《民事诉讼法》第 64 条规定，一审中，上诉人确因客观原因无法收集相关证据（如被上诉人与其他异性暧昧的 QQ、微信、手机聊天记录）以证明本案基本事实的存在，多次书面向该院申请法院证据调查，结合被上诉人在开庭中承认与上诉人提交的该组证据中的第三人认识，系朋友关系的事实，可以得出上诉人提交的该组证据具有高度的真实性，但一审法院未履行职责，均作不准予调查，致使本案基本事实无法查明”，二审法院认为其主张属于程序违法的上诉理由，无理无据，不予支持。

再如，在“参见李某诉满某离婚纠纷”一案中，原告申请法院调取的光盘一份，内容为被告与第三者的开房记录与留宿过夜记录，以及自行调取的视频及视频截图，内容为被告与第三者在公众场所的视频及照片，旨在证明被告出轨。被告对该证据提出异议，认为“视频中人影多数不清楚，仅有一个视频有正面，且视频中难以看出有何暧昧动作”“视频不是连续，而是截取某段不能证明被告在此过夜”。法院最终认定被告对婚姻破裂负主要责任，还是结合了原告提供了第三者发给被告的短信及微信、二人深夜的通话证明等，仅凭公众场所的监控和酒店公开空间的开放记录未必能够实现对出轨事实的证明。

3. 私力取得的直接证据可能因不具备合法性而不被采纳

前文已述，民事诉讼当事人取证能力弱，以合法形式在不侵犯配偶隐私权的情形下难以取得直接证据证明配偶存在出轨、家暴等重大过错；而申请法院调查取证或者申请调查令取证，成功率较低，配偶可能提前删除相关聊天信息，且法院对调查取证的申请未必予以支持。在此背景下，当事人欲完成证明，往往通过翻拍聊天记录、偷拍偷录、强拍强录等形式私力取证，但此类取证手段通常侵犯配偶隐私权等权利，可能因不具备合法性而被法院排除。

例如，在“杨某 1、杨某 2 离婚后财产纠纷”一案中，上诉人杨某 1 提交通话录音光盘三碟及通话录音记录三份，欲证明杨某 2 与“小吴”存

在婚外情，经常威胁杨某 1 离婚的情况。被上诉人认为三份录音是杨某 1 私自录音，侵犯了其隐私权，且对录音内容及通话人对话等证明目的不予认可。法院认为，对证据 3 的来源的合法性、真实性存疑，不予采信。排除偷录录音证据的案件，还有李浩教授曾经援引过的“某女士离婚案”，原告提供了由女儿在与被告谈话时偷偷录制的录音证据，用以证明被告的资金情况。法院认为，为达诉讼目的，在亲属间采用秘密手段，有目的地诱使他人讲话并加以偷录的行为，有悖善良风俗，不宜倡导，故对该录音资料不予采信。

再如，在“杨某诉刘某甲离婚纠纷”一案中，原告杨某主张被告刘某甲与婚外异性存在不正当关系，并提交视听资料一份予以证明。证据内容为被告与婚外异性赤身裸体地躺在床上，视频拍摄过程系原告因怀疑被告出轨，连续 10 天跟踪被告，最终将被告捉奸在床，原告及其弟弟、妹夫砸坏被告母亲租住房屋的大门玻璃，强行进入拍摄了该视频。法院认为证据“应以合法的途径取得，原告提交的视听资料系原告及其家人，未经他人允许，擅自闯入他人住宅强行拍摄，该证据的获取手段及途径不合法”，不予采纳。

综上，如何取得证据证明配偶存在出轨、家暴等过错，且不因取证手段侵犯配偶隐私、有悖善良风俗等而被排除，在当下司法实践中仍不具有确定的答案。在具体案件的法益权衡中，更多依赖的是法官作为个体的经验和判断，而缺乏法律职业共同体的前见共识。

三、非法证据排除的正当性基础与权源追溯

（一）法院调查取证困境与通信权的宪法释义

在民事诉讼中，排除当事人私自翻拍的聊天记录证据的正当性基础，一方面源于法益权衡，故需进一步厘清当事人非法取证是否侵害宪法意义上的通信权，即“通信自由与通信秘密”，厘清其宪法释义；另一方面则源于法院依申请调查取证的可能性，因此需要探析法院调取当事人通信记录是否侵害宪法意义上的通信自由和通信秘密。若作为公权力机关的人民法院调取当事人通信记录都属于侵犯通信自由与通信秘密的行为，多数法院不准许当事人的相关申请，那么当事人私自翻拍通信记录、聊天记录取证的行为则可能不具备可归责性。

1. 法院调取通信记录与聊天记录的实践困境

《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第 40 条对公民的宪法通信权予以明确。该条文中所列的通信检查主体并不包括法院，而允许公安机关、检察机关依法对通信记录进行检查的情形也仅限于“因国家安全和追查刑事犯罪的需要”，并不能够涵摄民事诉讼中法院依申请或者依职权调取通信记录和聊天记录的情形。与此同时，《民事诉讼法》第 70 条规定法院有权向单位和个人调查取证且相对人不得拒绝，《民事诉讼证据规定》第 2 条规定当事人可申请法院调查收集证据，第 14 条明确了通信信息和通信记录是电子证据的类型之一。上述规定均与《宪法》第 40 条规定的通信秘密和通信自由之间存在张力。

尽管学界针对如何厘定《宪法》第 40 条对宪法通信权的保护范围存在争议，但此种争议并不影响“法院依申请调取当事人通信内容存在合宪性障碍”的结论。“位置说”（存储地点说）强调应根据通话记录的存储位置决定其是否受通信秘密保护，根据该说法院面临无权调取存储在通信服务商处的通信信息。“内容说”则通过将通话记录类比为传统书信上的信封，认为只有“通信内容”才属于《宪法》第 40 条的保护对象，“非通信内容”应被置于宪法隐私权的框架进行保护。“双层构造说”则通过“通信构成要素”与“通信内容”的客观界分，将通话记录纳入“通信构成要素”之中，并以《宪法》第 40 条首句对“通信构成要素”的“一般法律保留”完成其合宪性论证，据此，法院在这一过程中调取通话记录的合宪性虽已具备，但对于通信内容调取的合宪性

应受到宪法关于“加重法律保留”的否定性评价。在离婚诉讼案件中，仅以通信记录频繁证明配偶出轨、夫妻感情破裂并不具有充分证明力，《宪法》第 40 条构成了对法院与举证民事主体的调取通信内容的双重限制。

从司法实践的情况来看，有学者曾对“中国裁判文书网”2010 年 1 月至 2021 年 6 月间公布的所有（共有 39 份样本裁判）涉及法院调取通信信息的裁判文书进行分析。通过分析样本裁判，可以看到法院援引《宪法》第 40 条直接拒绝当事人调取申请的有 19 例，占比 48.7%；在法院依申请或依职权调取的案件中，电信企业以《宪法》第 40 条为理由拒绝配合的有 16 例，占比 41%；法院最终顺利调取的仅有 4 例，占比 1%。总体而言，“不论涉诉通信信息的类型如何，也不论该项事实的查明是否必要、对案件判决结果有何影响，法院多以《宪法》第 40 条为由主动放弃调取，或者即使法院同意调取，电信企业基本也不予以配合”。在上述案件中，法院进一步进行的释明包括“只能申请调取通信记录，调取通信内容则是违反宪法的”“调取通信信息不属于民事诉讼的受理范围或调取范围”，由此可见，在司法实践中法院调取通信记录也正在切实遭遇基于《宪法》第 40 条与《民事诉讼法》第 70 条之间张力的困扰。

随着电信时代转向微信时代，大量涉及出轨的证据以数据信息的方式留存于诸如微信、QQ 等平台的客户端或服务器端，这也意味着微信时代的“通信”已实现了从传统电话通信到网络通信的内涵扩迁，这种情境下的法院调取社交软件聊天记录与调取通信记录内容的本质基本不存在差异。在调取社交软件聊天记录的过程中，公权力机关所接触的个人隐私信息往往比有针对性的特定日期的通话内容要更加庞杂，且申请调取聊天记录的当事人未必能够明确指出其欲证明配偶出轨的暧昧信息发生的具体日期和时间，从而使法院在调取证据时不能具备充足的确定性，可能接触大量的其他隐私信息，在更大程度上以公权力机关的身份对当事人的宪法通信权构成侵犯。

2. 通信秘密的宪法释义

欲判断侵犯通信秘密行为所侵犯的法益价值，需澄清“作为宪法基本权利的通信秘密主要旨在限制来自国家公权力的侵害”，而私主体为取证目的侵犯通信秘密的行为并不在宪法关于通信秘密保护范围的有效射程内。通信秘密是指“通信内容和其他通信信息不为其他人知悉或获取的权利”。从文义解释层面来看，私主体之间的通信秘密侵害完全能够被纳入该表述当中，“其他人”亦能涵盖其他民事主体的范畴，即离婚诉讼中的配偶取证似乎亦是对宪法通信权的侵犯。然而，从目的解释和体系解释的层面，作为宪法基本权利的通信秘密更多侧重于规范国家机关与公民之间的关系，而非调整私主体之间的权利关系。

基本权利主要是一种个体用以抵抗国家权力的权利体系，作为基本权利的通信秘密同样也重在调整国家与公民之间的关系，保护公民通信秘密免受“国家行为”的不合理侵扰。溯源我国宪法发展历程，隐私权并未被作为基本权利入宪，但通信秘密却在新中国成立后的 4 部宪法中都能够被明确为基本权利。相较于隐私权，通信秘密于公共生活而言更具重要性，其与言论自由紧密衔接，直接关涉个体能否实现其思想自由与表达自由，能否对公权力进行监督。从世界范围来看，大多国家宪法中同样并未明确规定隐私权，但却基本都将通信自由明确为基本权利范畴。德国 1931 年黑森州宪法将通信秘密明确为基本权利，针对邮政部门侵害提供保护，1849 年法兰克福宪法与 1850 年普鲁士宪法进一步保障通信秘密不受其他公权力机关干涉，1919 年魏玛宪法进一步延续了这种保护范围。《宪法》第二章“公民的基本权利和义务”第 34 条至第 50 条皆为对公民基本权利的列举，强调国家对于公民言论自由、宗教信仰自由、人身自由、住宅安全等消极基本权利不得加以侵害的义务。

观之学理层面，动用宪法约束国家权力的重要事实基础即在于个人与国家之间存在巨大的权力差距，国家拥有颁布法律规范、作出行政行为或刑罚这样的强制手段，而私法主体之间基本上不存在像国家与公民那样的权力差距。此外，国家权力对个人而言具有“不可逃避性”，个人无法自由选择是否受到政府的管理。上述两项事实基础决定了个人对于国家而言是脆弱的，需要以地位“先于且高于政府”的宪法予以平衡。“只有政府权力才足够危险，值得用宪法来约束，而私人的行为若非同政府紧密结合，则并不具备那种全面的危险性”。约束国家的价值标准与约束私人的价值标准不同，基本权利与民事权利并不遵循共同的客观价值，“宪法与民法并非抽象与具体、一般与特殊、原则与细节”的关系，“不能以言论自由的宪法保护方式来对抗他人隐私权或名誉权主张，否则会使私主体之间的利益关系失衡”。具体到通信秘密，学界有关讨论也主要围绕“法院调取通话记录”“交警查手机”等公权力机关与私主体之间的争议展开，而非私主体之间的权利侵害。

在离婚诉讼案件中，为取得证据私自翻看、翻拍配偶的通信记录、通信内容、聊天记录等，属于私主体之间的权利侵害，不存在一方属于准政府组织、私人企业等社会强力主体的情况。部分学者主张基于社会强力及社会公权力应当将宪法基本权利扩张到部分私主体之间的观点在本文讨论的场景范畴下并不适用。

综上，就宪法上的通信秘密而言，其规制对象主要指向的是公安机关、检察机关、法院等公权力机关，而非私主体本身。在法院囿于合宪性问题的拘束无法依据当事人申请调取通信记录、通信内容、微信聊天记录作为证据时，若法院将当事人私力取证救济的行为所侵犯的法益解读为《宪法》第 40 条所规定的通信秘密，作为宪法所保护上位法益优于其他法益并适用非法证据排除规则，则无异于在规范层面上割断了离婚诉讼中当事人为诉讼取证的重要路径。在无法期待法院合宪调取民事通信内容证据时，离婚诉讼当事人私自翻拍通信记录、聊天记录取证的行为若能够通过法益权衡且不违反比例原则，则不应存在可归责性。

（二）与刑事诉讼非法证据排除衔接

欲重述民事离婚诉讼中非法证据排除的正当性基础，需要厘清民事诉讼非法证据排除与刑事诉讼非法证据排除的关联与差异，溯源刑事诉讼非法证据排除规则的正当性基础，避免证明标准更低、当事人皆为平等民事主体的民事诉讼反而适用更为严格的非法证据排除规则，在实质层面阻碍当事人实现权利救济的可能性。

1. 事实发现目标与两种非法证据分类

美国著名学者达马斯卡教授依据排除证据的不同目的对非法证据进行了分类。非法证据排除定位于案件事实的建构层次，若将非法证据排除，则很可能直接影响实体真实的发现。正如边沁所言，“证据是正义的基石，排除了证据，就排除了正义”，在其“自然程序体系”中“不应当排除任何证据，除非采纳此项证据纯属多余或者会导致困扰、开支或者拖延”，因此排除非法证据需要具备强有力的目的论支持。鉴于事实发现是司法证明的基本目的，达马斯卡教授所区分的第一类非法证据即指“如果采纳则会阻碍发现真实的证据”，排除的原因来源于认识论上的考虑。第二类非法证据则指“与外部价值相冲突的证据”，排除的原因是基于价值论上的考虑。具体而言，第一类非法证据例如侦查机关通过刑讯逼供取得的口供，因为侦查权具有天然扩张性，“有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止”，若不对刑讯逼供取得的证据加以限制，侦查机关基于自身利益考量使当事人屈打成招，反而有碍于事实发现和实体正义。第二类非法证据则是旨在以牺牲部分客观真实为代价，实现更加重要的

社会价值，例如侦查机关未经法定程序强行进入公民住宅取得的证据。

2. 刑事非法证据排除的正当性基础

需要明晰，对第二类非法证据的排除是以损害真实为代价的，因此必然基于法益价值进行权衡与考量。该规则的正当性需要基于：其一，刑事司法中“发现真实”的价值目标未必是社会价值和社会目标的最高形态。刑事司法活动除了充分发挥刑事司法系统的功能，有效惩罚犯罪、维护社会安全之外，保障公民权利和社会关系稳定等其他价值目标可能在非法取证情形中占据优位。其二，采纳非法证据所能维护的社会安全价值可能劣后于该取证过程所侵犯的个人权利保护价值。尽管犯罪是对现有秩序尤其是社会安全最强烈的破坏，社会需要动用公安机关、检察院的公权力量追究犯罪，但由于司法机关认识能力的有限性，卷入刑事案件的当事人无可避免地会包含无辜的公民，“凶残狡诈的罪犯与有口难辩的无辜者之间确实没有一目了然的分界线，从快从严打击犯罪的愿望与保障无辜者权益的要求之间的冲突也会带来行动选择上的困难”，而二者的平衡点就是“理性、正当的证明程序”，违反该程序所收集的证据不能被采纳。其三，侦查权具有天然扩张性，相比于其他诉讼，刑事诉讼中国家权力的运用具有主动性、普遍性与深刻性。秘密侦查、强制侦查等手段使得司法实践中的事实发现可能因公权力机关的方便目的而使公民私权受到超出必要性的侵犯。

3. 正当性基础的有限迁移性

在民事诉讼目的论中，私法秩序维护说与上文第一个刑事诉讼非法证据排除的正当性基础能够衔接，考量到若实现私权、恢复被扭曲的私法秩序的过程本身就伴有对私权和私法秩序的侵害，则这一过程就是违反了民事诉讼之目的。第二个正当性基础在民事诉讼非法证据排除中就是法益之间的价值权衡，不可能推导出全部排除的结论。第三个正当性基础强调了侦查权的天然扩张性，该论点在刑事诉讼非法证据排除规则中最为掷地有声，也是刑事诉讼法能够因维护私权不受公权力侵害而被称为“小宪法”的原因，但民事诉讼贯彻当事人主义和辩论原则，因此该论点并不能为民事诉讼非法证据排除提供充分支持。若欲为非法证据排除规则寻找共通性宪法权利基础，则同样无法脱离人权保障与刑事目的之语境。

此外，刑事诉讼非法证据排除中也涉及到法益权衡问题，需要判断是否直接涉及公民的宪法权利。其中，重要的判断内容是“确定侦查取证行为所涉及的法律关系是否属于国家与个人之间的公法联系”，如果纯粹是由公民的个人行为取得证据，尽管这一行为侵犯了公民的宪法权利，但是，除非这种行为的侵权性质极其严重，否则在美国该证据可不作排除。

总的来看，刑事诉讼中建构非法证据排除规则的正当性基础在民事诉讼中并不完全成立，民事诉讼中并不存在强势的公诉人、侦查机关与弱势的被告人，并不能在证据合法性审查中以排除非法证据作为原则，只能基于个案进行谨慎地法益权衡和判断，否则将可能运用强势的司法判断直接在事实建构层面阻碍私权利获得司法救济的可能性。

四、限制离婚非法证据排除的诉权基础及其阐释路径

如果通过正当程序难以收集到所需证据，当事人谋求通过非法手段收集证据便成为必然。之所以聚焦离婚诉讼中对出轨、家暴事实的证明困境问题，一方面因为该类型案件难以通过申请法院调查取证获得充分的证据保全救济，限制离婚非法证据排除的正当性需要从诉权高度得到更为充分的论证；另一方面也可以使涵摄“胜诉期待权”的法律保护请求权说（亦称权利保护请求权）在我国的诉权理论视域下得到更具体的理解与重视。

（一）法律保护请求权与胜诉可能性

“基于赫尔维格对民事诉讼法学的突出贡献，他也被尊称为大陆法系民事诉讼法之父”，此为张卫平教授在其教科书《民事诉讼法学》中对德国法学家赫尔维格的介绍。赫尔维格的代表性研究即为诉权理论，其学术影响范围超出德国，也对日本和我国台湾地区影响深远。赫尔维格的法律保护请求权说为限制离婚案件非法证据排除提供诉权理论支持。

1.法律保护请求权与证据保全悖论

赫尔维格拓展了诉权的体系定位，强调其属于法律保护请求权的表现形式之一。法律保护请求权，不仅指向普通审判程序中的裁判请求权与民事权利保护，还包含了强制执行请求权以及请求法律保全的权利。唯有“将上述三种表现形式同时纳入法律保护请求权这一共同的称谓时”，才能够“将其界定为针对国家的诉讼权利”，从而满足申请人的法律保护需求。证据保全申请属于保全申请的一种，根据我国《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 25 条，当事人可以根据民事诉讼法规定申请证据保全。

国家仅在极小的范围内准许私力救济，如果因为事实上或法律上的原因，个人不被准许或者也没有能力用自己的力量去保护其被损害或被威胁的权益，那么他就应当向国家设置的司法机关寻求帮助。而悖论在于，作为离婚诉讼中关于配偶出轨的直接证据的通信记录、聊天记录依据宪法对通信秘密的保护不能够由法院取证和保全，而由当事人非法取得的证据却面临非法证据排除的障碍。从理论层面上看，民事诉讼中的当事人享有证明权（Recht auf den Beweis），此为其程序参与权的重要意涵，亦是实现当事人主义诉讼模式之前提。“举证之所在，败诉之所在”，向集体让渡自身权利的公民却难以在婚姻关系诉讼中有效取证，难以在正当的理据支持下获得基本的法律保护。

2.胜诉可能性与诉权的实质意蕴

赫尔维格将诉权定义为“获得于己有利的胜诉判决的权利”，指出诉权并不等同于诉的可能性，因为每个人都有诉的可能性，但并非所有人都有诉权。赫尔维格对诉权的理解包含了胜诉可能性，这当然并非是对诉权的唯一理解。该解释也受到了部分批评，但没有任何一种诉权学说是兼具所有解释力且无瑕疵的，其意义更多在于提供观察诉讼理论与制度体系的特定视角，而将“胜诉纳入诉权范畴”则具有联结实体法与诉讼法的意义。

人们拥有司法裁判请求权，拥有诉的可能性，并未旨在耗费凝结了时间与金钱的大量诉讼成本去进行不期待实质正义的判决。对于离婚关系中的受害方，选择通过诉讼方式恢复自身生活秩序本身就已是不幸的决定，若通过申请法院调查取证、申请证据保全基本无法取得足以直接证明配偶出轨、家庭暴力的证据，此时还以非法证据排除为胁迫，对其取证手段予以严苛要求，则是从诉讼程序层面上剥夺诉权拥有者的胜诉可能性，强迫诉讼程序中的所有亲历者都成为睁着眼睛的盲人，变相地维护既有不公平秩序的存续。

（二）现有民事非法证据排除规则的教义学困境

从我国确立民事诉讼非法证据排除规则以来的立法沿革情况看，民事非法证据排除的范围从绝对排除向相对排除演变，且对需要排除的非法证据的内涵限定越发严格（见表 1）。尽管立法的发展在向限制民事诉讼非法证据排除的合理趋势靠拢，但当下《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 106 条在教义学层面仍然面临若干问题，使得民事诉讼中非法证据排除规则的运用缺乏标准，在程度裁量上缺乏可预测性。

表 1　我国民事诉讼非法证据排除规则立法沿革

规范名称	有关民事诉讼非法证据排除的规定
1995 年《最高人民法院关于未经对方当事人同意私自录音取得的资料能否作为证据使用问题的批复》	“只有经过合法途径取得的证据才能作为定案的根据”
2001 年《最高人民法院关于民事证据的若干规定》第 68 条	“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据”
2015 年、2020 年、2022 年《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（2015）》第 106 条	“对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据”。

1.“违反法律禁止性规定”应作程度限定

《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 106 条中仅对侵权和悖俗的方法予以“严重”程度的限定，但并未对“违反法律禁止性规定”的违法要件作出同等要求。法律禁止性规定的分布领域广泛，既包含宪法规范，也包含作为基本法律或非基本法律的实体规范和诉讼规范，往往有明确的“禁止”和“不得”等表述。教义学所难以解释的悖谬之处在于，《宪法》第 51 条以禁止性规定形式明确了“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”，该规定直接从宪法层面禁止了以侵害国家、社会、集体和其他公民权利为代价非法取证的行为，高度抽象，不涉及具体场景，也没有任何程度限定。该规范的存在似乎使民事诉讼非法证据应当一律排除或者从严排除，但结合前文分析，即使在刑事诉讼中对私人取得的非法证据全部排除都未尽合理，更罔论离婚诉讼中当事人还存在着严重的取证困境。

此外，周翠教授也曾直接指出，未对违法要件作出同等程度上的限制显然构成立法疏漏，并有可能在法律使用上造成矛盾：若取证行为同时满足违法和侵权要件但未达到“严重侵害”程度，法官既可以认定取证“违反法律禁止性规定”，从而对非法证据加以排除，也可以根据取证未达到“严重侵害”的程度而将其纳入证据评价范畴。尽管该解读并非唯一，该条文亦可解释为“严重侵害他人合法权益”“违反法律禁止性规定”“严重违背公序良俗”三种情形逐一递进而非并列存在，并不要求同时满足，三种情形满足任意之一即应排除非法证据。此种解释虽可使《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 106 条内在逻辑融贯，但依然无法缓解《宪法》第 51 条的禁止性规定对民事诉讼中非法证据排除规则扩张应用的负面影响，将使大量重要证据材料丧失建构案件事实的资格，故应对违法要件一同增加“严重”程度限定。

2.删除具有高度不确定性的悖俗要件

将“严重违背公序良俗”作为民事非法证据排除的要件不具备合理性，应将该要件予以删除。公序良俗是指“存在于法律本身的价值体系（公共秩序）和法律外的伦理秩序（善良风俗）”。在与违法要件、侵权要件并列的背景下，纳入公序良俗要件实质上拓宽了民事非法证据排除的法外依据，允许依据善良风俗和伦理秩序作出证据排除的司法判断。然而，悖俗要件具备较高的模糊性，容易使道德泛法律化，在司法实践中不利于法官准确把握“严重违背公序良俗”的尺度。例如，天津南开法院认为，女儿对父女之间的谈话秘密录音、提供有利于母亲的证据，有悖于善良风俗，对录音资料不予采信；沈阳中院认为，外甥女私自对与舅父的通话进行录音并作为对舅父不利的证据，有悖于我国长幼有序、尊老敬老的传统美德。以伦理道德强制剥夺当事人权利实现的可能性，枉顾非法取证前“父亲”与“舅舅”可

能已经先实施了违背道德与法律的行为，此种非法证据排除不具备充分的正当性。

（三）纳入法益权衡的应然建构

限制民事诉讼非法证据排除规则的正当性基础还在于，排除非法证据并损害案件实体正义实现与诉讼的事实发现功能，并非惩罚非法取证者的唯一路径。通过明确非法证据排除的替代方案，并将法益权衡明确纳入非法证据排除的立法当中，有利于实现民事诉讼非法证据排除的应然建构。下文将针对离婚诉讼中非法证据排除的法益权衡问题作具体展开。

1. 替代方案：各算各的

排除非法证据并非对非法取证当事人的唯一制裁方式，刑事诉讼中之所以需要严格落实非法证据排除规则，是因为刑事责任是事关当事人人身自由和名誉的重大责任，且被告人的对立面是作为公权力机关的公安机关和检察院，以刑讯逼供手段取得的非法证据不利于事实发现，可能使公安机关在破案压力下把被告人屈打成招。但民事诉讼中相互对抗的往往是平等民事主体，在存在替代惩戒方案时，唯有基于强有力的理由方能牺牲诉讼的事实发现功能、排除民事非法证据，而民事诉讼中替代非法证据排除的惩戒方案便是“各算各的”。

若非法取证行为涉及刑事犯罪，则应对非法取证者追究刑事责任。有学者指出，英国就是这种处理方式的代表。在 1897 年 Rattay v. Rattmay 一案中，法院采纳了原告（丈夫）从邮局盗窃来的书信作为证明被告（妻子）有通奸行为的证据，但是原告事后被追究了刑事责任。若非法取证行为涉及民事侵权，受害人可以提起民事侵权诉讼，美国与加拿大都适用了该种民事非法证据排除的替代方案，尤以加拿大为典型。回到离婚诉讼背景，若通过私自翻看、翻拍配偶书信和聊天记录获取出轨证据，侵犯了配偶的隐私权，可以通过由配偶提起民事侵权之诉的方式请求救济，而非在法院难以合法取证时径直排除私力取得的证据。

2. 立法应明确法益权衡方法

目前《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 106 条仅包含了对侵权程度与悖俗程度的“严重”限定，但并未在立法层面允许通过对非法取证行为所保护的法益与其所侵害的法益之间作出权衡以实现更合理的判断，且并未明确非法证据排除究竟只能依据当事人申请进行，还是可以由法院依职权排除非法证据。民诉学界通说也认为，在非法证据排除的过程中进行法益权衡是必要的。最高人民法院在北大方正公司申请再审案的裁判摘要中指出，“由于社会生活的广泛性和利益关系的复杂性，法律更多时候对于违法行为不采取穷尽式的列举规定，而是确定法律原则，由法官根据利益衡量、价值取向作出判断”。在进行利益权衡时，应遵循比例原则，考量收集证据的目的、采用该违法取证手段所能保护的法益大小、手段违法的严重程度、非法取证对他人法益造成损害的大小、权益被侵害人本身是否存在重大的过错等。有学者进一步指出，需要根据取证违反的不同位阶的法律规范的保护目的和所侵犯的权利的价值区别情况，并考量被侵权人是否同意、考虑举证人是否存在证明困难、是否处于正当防卫或紧急状态、是否存在更缓和的取证手段、利用证据手段是否会给被侵害人造成持续或再次侵犯等。

综上，建议将《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 106 条修改为“当事人及其诉讼代理人不得采用侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方式收集证据。对以上述方式非法取得的证据，情节严重的，另一方当事人可以请求法院予以排除。排除非法证据的请求应当在质证时及时提出”，并增设第 2 款，“人民法院应当考虑取证人是否存在合法取证困难，权衡非法取证所保护的权益与其所侵害的权益，考量待证事实的重要程度、非法取证的

方式及其造成损害的严重程度等因素，综合决定是否予以排除，并在裁判文书中写明作出决定的理由”，将法益权衡的裁量空间法定化。

（四）离婚诉讼中非法证据排除的法益权衡

从上述抽象理论共识回归到离婚诉讼的具体场景当中后，对于未擅闯他人私人住宅强行拍摄、未在他人私人住宅内偷拍偷录的，仅通过私自翻阅、翻拍配偶通信记录及社交软件聊天记录证明其出轨事实的，一般不应将相关书证作为非法证据排除。尽管通信记录与聊天记录属于通信秘密这一宪法权利的涵摄范畴，但作为基本权利的通信秘密主要侧重于对公权力的侵害加以制约。在宪法限制法院调取公民的通信记录、通信内容与聊天记录的规范背景下，离婚诉讼中当事人欲通过配偶出轨及其具体的言语表现证明夫妻“感情破裂”，欲基于配偶言行不端、对家庭不负责任争取子女抚养权，请求法定的离婚损害赔偿或者作为婚姻无过错方请求离婚财产分配的更多照顾时，缺乏取得直接证据的法定途径，处于证明困难境地。合理的做法是不排除相关书证，但配偶可以提起侵权之诉寻求损害赔偿。

对于不涉及宪法通信秘密阻碍法院调查取证、保全证据的案件，若当事人在自己的住宅中通过偷拍偷录形式取得证据，欲证明配偶携第三者于家中出轨，或者证明配偶具有对自己或对子女的家庭暴力行为，一般不应将相关录音录像证据予以排除。理由是：在自己住宅内录音录像，不涉及对他人住宅安宁的侵犯，且出轨过错方理应预期其行为可能催化夫妻感情破裂、致使配偶提出离婚诉讼请求并寻找相关证据；对于通过家中录音录像，或者子女的偷录的录音，证明配偶存在家暴行为的案件，单纯提供验伤报告无法证明施暴过程和施暴主体，家庭暴力难以寻找愿意出庭作证的证人，也不可能通过请求法院调查取证、证据保全解决问题，若不采用在家中录音录像的非法形式根本无法完成证明。若非法取得的证据被加以不必要的传播，侵害配偶或第三人隐私权的，可以通过诉讼寻求救济。

对于在配偶的私人住宅（如配偶父母的住宅、配偶的私有房产）内部偷拍偷录，以证明其配偶存在与他人同居等违反配偶忠实义务行为的，应当区分情况具体讨论。若在配偶的私人住宅外部取得的录像内容即可充分证明配偶与他人同居或者长期出轨的事实的，仍采用在房屋内部偷拍偷录的方式取证，同时侵害无辜第三人（如配偶父母）的隐私与住宅安宁的，不应采纳相关证据。若在配偶的私人住宅外部取得的录像内容不足以证明配偶出轨行为，且偷拍偷录不涉及无辜第三人权益，未扩散造成恶劣影响的，一般不应将相关录音录像证据予以排除。理由是，若进行证据排除，则无异于从证据层面排除原告的胜诉可能性，剥夺了陷于举证困境中的受害人摆脱不幸的婚姻关系、获得应有的财产赔偿/补偿的权利。若其非法取证行为造成了他人的损失，可以通过另行起诉而非牺牲真相的方式进行赔偿与弥补。

结论

在离婚诉讼非法证据排除问题中，涉及到的裁量复杂性远远超出对配偶权与隐私权加以权衡的范畴，还涉及到取证困难方的法律保护请求权与胜诉可能性问题。离婚诉讼中用于证明配偶存在出轨、家暴等过错的证据往往都发生在当事人最为私密的场所，且宪法对“通信秘密”的保护不允许法院调取民事诉讼当事人的通信内容、聊天记录，因此很难通过申请法院调查取证、证据保全取得具有强证明力的证据。在此背景下，通过与刑事诉讼非法证据排除规则的正当性基础加以区分，限制民事诉讼非法证据排除并不会减损诉讼的事实发现功能与受害人的权利救济，被非法取证的受害方可以通过提起侵权诉讼的方式请求赔偿，排除非法证据可采性并非唯一可行的救济路径。

结合离婚诉讼中常见的诉讼请求类型与非法证据证明对象，排除非法证据可能牺牲的法益包含了当事人的离婚自由、财产权益以及子女抚养权，直接影响当事人能否顺利分割夫妻共同财产，是否可能因配偶的“日常家事代理权”与“用于共同生活的借款投资”而背负夫妻共同债务等。民事非法证据排除规则立法应当对“违反法律禁止性规定”作出程度限定，删除具有高度不确定性的悖俗要件，将法益权衡与对举证困难的考量直接纳入立法范畴。

因篇幅限制，已省略注释及参考文献。

原文详见《河北法学》2024 年第 5 期。

审核：马章民

编辑：王潇

排版：张梦煜

李锡鹤丨婚后所得归属法理探讨

原创：2024-04-01　华政民商　李锡鹤

https://mp.weixin.qq.com/s/98GvYqcLHEUvl0oCmXgEUg

李锡鹤，华东政法大学法律学院荣休教授

感谢作者授权！未经授权，不得转载。

内容提要：人类社会的进步规律是“从身份到契约”，夫妻关系中表现为从性别到行为。民事关系当事人法律地位平等，表现为同样行为发生同样法律后果，本质上是当事人意志表示资格平等。民法以当事人行为为稀缺资源归属之唯一根据，但人们理解不同，夫妻财产关系中，立法者的理解表现为顺位在后的法定财产制内容，反映关系双方平等的前提下，向弱势方（通常是女性）的倾斜程度，其实就是公权力对私领域的干预程度。规定公权力对夫妻财产关系的干预限于婚后所得，不及于婚前财产，意味着婚后所得之归属并非婚后所得全部共有，而是婚后劳动所得共有。夫妻平等关系中，夫妻财产关系具体规定自相矛盾，或有不同解释余地，为实现公正，解释者应尽可能排除身份影响。

关键词：夫妻财产制　夫妻共同财产　婚后所得

一

《民法典》规定了夫妻财产制度，含婚后所得归属。《民法典》第 1062 条：“【夫妻共同财产】夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻的共同财产，归夫妻共同所有：(一)工资、奖金、劳务报酬；(二)生产、经营、投资的收益；(三)知识产权的收益；(四)继承或者受赠的财产，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外；(五)其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同财产，有平等的处理权。”第 1063 条：“【夫妻个人财产】下列财产为夫妻一方的个人财产：(一)一方的婚前财产；(二)一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿；(三)遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产；(四)一方专用的生活用品；(五)其他应当归一方的财产。”

条文很详细，但学界和司法实务对婚后所得归属仍有很多分歧。

民法属部门法，各部门法的根本区别在于调整范围不同：民法的调整范围是平等主体之间的法律关系，即可支配稀缺资源之归属关系和归属程序，以此区别于其他部门法。民法之“平等”指当事人在法律上平等，用法律语言表述，即人格（主体资格）平等，权利能力平等，法律地位平等，表现为同样行为发生同样法律后果，本质上是当事人意志表示资格平等，通称立法平等，区别于适法平等，后者称法律面前平等。其他部门

法所调整的法律关系中，当事人在法律上不平等，法律语言表述为人格、权利能力、法律地位不平等，表现为同样行为发生不同法律后果，本质上是当事人意志表示资格不平等。[1] 马克思指出："只是由于我表现自己，只是由于我踏入现实的领域，我才进入立法者支配的范围。对于法律来说，除了我的行为外，我是根本不存在的，我根本不是法律的对象。我的行为就是法律在处置我时所应依据的唯一的东西，因为我的行为就是我为之要求生存权利、要求现实权利的唯一东西，而且因此我才受到现行法的支配。" [2]马克思此处之"现实的领域"，实际上是指成员人格平等的社会。可以得出一个重要结论：由于民事关系的平等性质，民法以当事人行为为稀缺资源归属之唯一根据。[3]

需要指出：在理论上，民事关系双方的地位总是平等的，不平等不能形成民事关系。但是，在不平等自然人之间，如男女不平等社会的夫妻之间，民事平等另有表现形式。

人类历史上，在掠夺婚被禁止后，婚姻本质上是一种协议关系，反映协议双方在婚姻缔结上的平等资格，属民法调整范围。但现代婚姻是当事人双方的协议关系，古代婚姻通常是当事人双方家族的协议关系。婚姻行为在法律上变动夫妻人身关系和财产关系，但现代婚姻是平等性质变动，夫妻婚姻前后均是平等法律关系、意思自治关系、民事关系，属民法调整。古代婚姻是不平等性质变动，婚姻前后夫妻法律地位发生根本变动。在法理上，古代夫妻关系是平等法律关系当事人追求的不平等法律关系，意思自治关系派生的意思强制关系，构成虚假民事关系。调整古代夫妻关系的法律有民法之名，无民法之实，是虚假民法。虚假民法所调整范围中，除当事人行为外，当事人身份亦属可支配稀缺资源之归属根据。

19 世纪英国著名法律史学家亨利·梅因，曾将社会发展规律精辟地概括为"从身份到契约"。所谓"从身份到契约"，说得通俗些，就是人类个体从人格不平等到人格平等。此处之"身份"，指当事人在社会、家族、家庭中的地位，派生于种族、民族、财产、职业、性别、排行，以及嫡庶之别、婚生与否，等等，构成行为以外所有稀缺资源归属根据之总和。此处之"契约"，指当事人意思表示之一致。意志表现为行为。可以推论：夫妻关系中，从身份到契约表现为从性别到行为。

梅因公式揭示了稀缺资源归属根据之演变过程——逐渐排除非行为性根据。然而，以行为为稀缺资源归属之唯一根据，只是一条原则，不同国家，不同时期，不同法律，不同法官，不同群体，理解并不相同。

二

（一）《民国民法·亲属编》——夫妻联合财产制

我国夫妻财产制度有一个演变过程。我国传统社会中，家庭实行"同居共财"，家庭财产为家庭成员共有，由家长管理，并无夫妻财产制度。

我国夫妻财产制度始于上世纪 30 年代。当时，《中华民国民法》"亲属编"规定了夫妻财产关系，包括两个方面：1. 夫妻约定财产制，该法第 1004 条："夫妻得于结婚前或结婚后，以契约就本法所定之约定财产制中选择其以为夫妻财产制。"其选择范围包括：（1）共同财产制——夫妻一部或全部财产共有，夫妻关系终止时依法分割；（2）统一财产制——妻子婚前财产婚后折价归夫，丈夫为妻子设定此项财产返还请求权，婚姻关系终止时返还妻子或其继承人；（3）分别财产制——夫妻婚前和婚后财产均归个人，无共同财产。2. 夫妻法定财产制，该法第 1005 条："夫妻未以契约订立夫妻财产制者，除本法另有规定外，以法定财产制为其夫妻财产制。"[4] 据此，约定财产制优先于法定财产制，其法定财产制基本内容为：夫妻对婚前财产分别享有所有权，但妻之婚前财产孳息归夫；妻婚后继承及无偿所得财产归妻；夫妻全部财产构成联合财产，由夫管

理。此类形式称联合财产制，德国、瑞士等亦以其为法定财产制。

（二）大陆改革开放前——夫妻一般共同财产制

1949 年 2 月 22 日，中共中央发出《关于废除国民党六法全书和确定解放区司法原则的指示》。1950 年 5 月 1 日，我国大陆颁布并施行《婚姻法》，该法第 2 条：“实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。”第 10 条：“夫妻双方对于家庭财产有平等的所有权和处理权。”无“但书”。立法解释认为：“家庭财产主要不外下列三种：（1）男女婚前财产；（2）夫妻共同生活时所得的财产，其中包括双方或一方劳动所得的财产、双方或一方在此时期内所得的遗产或赠与的财产；（3）未成年子女的财产（如土地改革中子女所得的土地或其他财产等）。” 据此，我国大陆实行家庭财产一般共同制，含夫妻财产一般共同制，意味着婚姻一方之结婚行为，推定包含如下意思表示：允诺从行为完成起，个人全部财产夫妻共有。但立法解释承认：《婚姻法》关于夫妻财产关系的“概括性规定，不仅不妨碍夫妻间真正根据男女权利平等和地位平等原则来作出对于任何种类家庭财产的所有权处理权与管理权相互自由的约定；相反，对一切种类的家庭财产问题，都可以用夫妻双方平等的自由自愿的约定方法来解决，也正是夫妻双方对于家庭财产有平等的所有权与处理权的另一种具体表现”。[5] 据此，大陆法律包含夫妻任意性约定财产制，并确认约定财产制优先于法定财产制。

（三）大陆改革开放后——夫妻财产婚后所得共同制

1. 1980 年后

大陆 1980 年修改《婚姻法》，该法第 13 条：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同所有，双方另有约定的除外。”据此，我国夫妻法定财产制为婚后所得共同制，婚前财产归个人，意味着除另有约定，婚姻一方之结婚行为，推定包含如下意思表示：允诺从行为完成起，婚后所得全部财产夫妻共有，当然实际上存在例外。

2. 1993 年后

最高人民法院 1993 年 11 月 3 日《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》（以下简称《意见》）规定了例外：“在婚姻关系存续期间，复员、转业军人所得的复员费、转业费，结婚时间 10 年以上的，应按夫妻共同财产进行分割。复员军人从部队带回的医疗补助费和回乡生产补助费，应归本人所有。”（第 3 条）“……在分割财产时，各自分别管理、使用的财产归各自所有。双方所分财产相差悬殊的，差额部分，由多得财产的一方以与差额相当的财产抵偿另一方。”（第 4 条）“已登记结婚，尚未共同生活，……各自出资购置、各自使用的财物，原则上归各自所有。”（第 5 条）“……属于个人专用的物品，一般归个人所有。”（第 8 条）

1980 年《婚姻法》规定婚前财产一律归个人，《意见》也规定了例外：“一方婚前个人所有的财产，婚后由双方共同使用、经营、管理的，房屋和其他价值较大的生产资料经过 8 年，贵重的生活资料经过 4 年，可视为夫妻共同财产。”（第 6 条）

据《意见》，婚姻一方之结婚行为，推定包含如下意思表示：除另有约定，或法律另有规定，婚后所得财产共有；婚前财产始期届至共有：动产始期 4 年，共同支配之不动产和其他较大生产资料始期 8 年。

可以发现，如果说，1980 年《婚姻法》的法定财产制是婚后所得共同制，婚前财产归个人，那么，经过 13 年，《意见》已将此制度“解释”为婚后所得原则上夫妻共有，婚前财产附期限夫妻共有。

3. 2001 年后

大陆 2001 年再次修改《婚姻法》，该法第 19 条：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财

产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。”条文形式上限制选择范围，实际上选择范围已经周延，属任意性约定财产制。该法第 17 条：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金；（二）生产、经营的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。”第 18 条：“有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：（一）一方的婚前财产；（二）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；（三）遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；（四）一方专用的生活用品；（五）其他应当归一方的财产。”据此，我国大陆夫妻财产关系仍坚持约定财产制优先于法定财产制，法定财产制仍为婚后所得共同制，但存在例外，包括：生理上之赔偿费、补助费，遗嘱和赠与明确只归一方之财产，一方专用生活用品。婚前财产则绝对归个人。

可以发现，在夫妻财产关系上，2001 年《婚姻法》与《意见》的实质区别在于：1. 《意见》规定：一方婚前财产婚后双方共同使用、经营、管理者，始期届至共有：贵重动产始期为婚后 4 年，不动产和其他价值较大的生产资料始期为婚后 8 年。2001 年《婚姻法》规定：结婚不变动婚前财产归属。2. 《意见》规定：婚姻关系存续期间，一方继承或受赠财产夫妻共有；2001 年《婚姻法》规定：一方继承或受赠财产归个人。2001 年《婚姻法》实际上以婚前财产绝对个人制否定了 1993 年《意见》之婚前财产附期限共同制，意味着除另有约定，婚姻一方之结婚行为，推定包含如下意思表示：允诺婚后所得夫妻共有，但法律另有规定除外，包括：生理上之赔偿费、补助费，一方继承、受赠财产，以及一方专用生活用品。

4. 2011 年后

最高人民法院 2011 年 8 月 9 日发布了《婚姻法司法解释（三）》，其第 5 条规定：“夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。”条文区分了收益、孳息与自然增值。学界又将收益分为“使用利益”和孳息，前者通常指民事主体使用自己财产所派生财产，如资本之利润，彩票之奖金，股东之红利；后者通常指使用他人财产所派生财产之对价，如租金和利息。

所谓孳息，是相对于原物的概念，指原物派生之收益。民法区分原物与孳息，只是为了规定孳息的归属。学界似乎认为，使用自己财产所生收益当然归属自己，无需另行规定，因此不属孳息。然而，原物由谁运作，并不影响收益之为孳息。原物形式转换，仍可派生孳息，如给付利息时，本金已不存在，物权转化为债权，但利息属法定孳息。不动产升值后，所升之值非不动产之孳息，但属投资不动产资本之孳息。严格地说，利息、租金、利润之间不存在绝对界限。

所谓自然增值，未见解释，条文中区别于孳息，似应理解为标的物因物价上涨所增之值。

据此，《解释（三）》与 2001 年《婚姻法》之区别在于：1. 《婚姻法》规定：夫妻一方婚前财产，无论他人经营还是自己经营，收益均为夫妻共有。《解释（三）》规定：夫妻一方婚前财产，他人经营之收益归个人，自己或夫妻共同经营之收益夫妻共有。2. 《婚姻法》规定：婚前财产增值后，如不变价，所增之值归个人；如变价，所增之值夫妻共有。《解释（三）》规定：婚前财产增值后，无论是否变价，所增之值均归个人。

所谓婚前财产归个人，当然指婚后仍存在之婚前财产归个人。婚前财产增值后，如不变价，所增之值归个人，应为婚前财产归个人之题中应有之义。

据此，《解释（三）》的法理意义是：除另有约定，婚姻一方之结婚行为，推定包含如下意思表示：允诺婚后所得夫妻共有，但一方婚前财产

他人经营之收益，一方生理上之赔偿费、补助费，一方继承、受赠财产，以及一方专用生活用品除外。

三

改革开放后，大陆坚持男女法律地位平等，但立法者对夫妻财产平等关系的理解发生了重大转变。

1980 年《婚姻法》规定婚后所得财产夫妻共有，表明公权力的干预仅限于婚后所得财产，不及于婚前财产。但 1993 年 11 月 3 日《意见》规定婚前财产附期限共同制，实际上修改了《婚姻法》，反映了修改者与 1980 年《婚姻法》不同的价值观念。

2001 年《婚姻法》坚持婚后所得共同制，但存在例外，包括一方生理上之赔偿费、补助费，一方继承、受赠财产，以及一方专用生活用品，表明公权力对夫妻财产关系的干预完全不及于婚前财产，对婚后所得财产的干预也缩小了范围。

2011 年 8 月 9 日《解释（三）》规定，除孳息和自然增值外，婚后收益夫妻共有，表明公权力对夫妻财产关系的干预，不及于婚前财产，并且不及于婚后所得中婚前财产之自然增值和他人经营之对价，进一步限制了对婚后所得财产的干预范围。

可以发现，同样坚持男女平等，夫妻平等，夫妻财产关系平等，大陆的夫妻法定财产制多次变动，当然是为了适应时代，但也表明，立法者对夫妻财产关系平等性质的理解变动不居。1950 年《婚姻法》中，公权力干预力度最强，改革开放后突然明显减弱，此后又逐渐减弱，但 1993 年 11 月 3 日《意见》出现反复，其干预力度强于 1980 年《婚姻法》。

短短几十年间，法律对夫妻财产关系平等性质的理解如此频繁变动，不能不令人思考此类平等的判断根据——从上文可知，此根据其实就是夫妻关系平等前提下，立法向女性的倾斜程度。人们的答案可能存在重大分歧，但为彰显法律的理性，尽可能统一民众的理解，相关法条之演变逻辑必须自圆其说，不仅适用不同时期财产归属之增减幅度，而且适用同一时期财产归属之变动。

毫无疑问，几十年间之频繁变动本身，即可表明相关规定尚不成熟；特别是 1993 年 11 月 3 日之《意见》，逻辑上无法与 1980 年《婚姻法》一致，反映了立法者价值观念之波动。

价值观念是法律逻辑的前提，价值观念是否成立，非法律逻辑能够验证。离开了立法者的价值观念，评价公权力对私领域的干预力度没有意义。然而，同一价值观念在法律中的表现，必须遵守形式逻辑。所谓法理，实质上就是价值观念的逻辑表现。

需要指出，在法理上，规定公权力对夫妻财产关系的干预限于婚后所得，不及于婚前财产，意味着婚后所得之归属并非婚后所得全部共有，而是婚后劳动所得共有，包括：1. 婚前财产婚后之自然增值不应共有。2. 婚前财产婚后之收益中：（1）第三人经营之对价不应共有。（2）自己经营之收益中，人力收益应该共有，资本收益不应共有。（3）夫妻共同经营之收益中，人力收益应该共有，资本收益不应共有。因此，规定婚前财产婚后经营之收益夫妻共有，而不区分他人经营和自己经营，人力收益和资本收益，公权力之干预实际上已及于婚前财产，意味着身份（表现为性别）因素亦成为婚前财产归属之根据，与婚姻法规之逻辑体系冲突。当然，严格区分人力收益和资本收益，操作上或有难度，但理论上必须区分。

四

社会成员人格平等的社会中，检验真理的标准是实践，判断公正的标准是多数人意志。

立法规定了婚后所得归属，判断婚后所得归属的唯一根据当然就是法律，无论其是否公正。

前文指出，民法以当事人行为为稀缺资源归属之唯一根据，但此言只是一条原则，人们的理解并不相同，对立法者理解的理解也不相同。

法律是普适的行为规范，反映了原则性；同时必须可以操作，表现一定的具体性；实际上是原则与具体之平衡。理解法律，必须通过其具体规定，认识其原则，必须探寻具体与原则平衡之处。理解现代文明社会的婚姻法规，必须认识其在夫妻财产平等关系中向弱势方的倾斜程度，探寻作为财产归属根据的行为因素与身份因素之比例。

法律以公正为最高目标。在理论上，法律代表多数人意志。法律如无充分代表性，不能代表公正。法律如有充分代表性：（1）无论是否以行为为稀缺资源归属之唯一根据，依法即属公正；（2）夫妻财产关系中，立法无论向弱势方如何倾斜，均属公正；（3）具体规定如与法律逻辑体系冲突，依具体规定即属公正；（4）具体规定如自相矛盾，或有不同解释余地，为实现公正，应尽可能排除身份因素。

【注释】

[1] 参阅拙著《民法原理论稿》，法律出版社 2012 年 10 月版，第 36~39 页。

[2]马克思：《评普鲁士最近的书报检查令》。《马克思恩格斯全集》第 1 卷，人民出版社 1995 年版，第 121 页。

[3] 参阅拙著《民法原理论稿·后记》，《以行为为稀缺资源归属之唯一根据》，法律出版社 2012 年 10 月版，第 1116 页。

[4] 中央人民政府法制委员会《关于中华人民共和国婚姻法起草经过和起草理由的报告》（1950 年 4 月 14 日）。

[5]中央人民政府法制委员会《关于中华人民共和国婚姻法起草经过和起草理由的报告》（1950 年 4 月 14 日）。

华毓中、陈幸欢：婚恋纠纷限制死刑政策适用的法理审视与规范路径 | 《民间法》第 32 卷

原创：2024-04-07 民间法编辑部 华毓中 陈幸欢

https://mp.weixin.qq.com/s/yUF_E8z3sqvI3hY0dZnRfQ

本文发表于于《民间法》第 32 卷，于微信公众号同步推出，因篇幅限制，注释省略。作者身份信息为发文时信息。

摘要：对于婚恋纠纷引致的故意杀人案件，法官在审判中因缺乏酌定情节适用的清晰量刑规范，导致刑罚裁量不均衡。通过对 77 个婚恋纠纷案件的实践检视，发现裁判过程中存在婚恋纠纷范围界定不明、被害人过错认定不一、刑罚适用未形成明确量刑标准等裁判困境，若依凭法官主观判断或致使裁量空间过于宽泛，量刑失衡。对此应严采死刑限制适用立场，量化各类情节对死刑适用的影响系数，采取先重后轻的评价位阶与“同向相加，逆向抵消”之原则调节基准刑。具体而言，量刑中必须将酌定情节的效力纳入整体考量，使之对法定情节所确定的基准刑予以平衡修正，以此限制死刑立即执行的适用。只有当犯罪行为人造成极其严重后果，导致社会危害性显著提升的，方可例外适用死刑立即执行。

关键词：婚恋纠纷；死刑限制规则；量刑因素；裁判规范化

近年来，婚恋纠纷引发的故意杀人案件频发，如“上海朱晓东杀妻藏尸案”“吉星鹏杀妻案”“杭州杀妻案”，皆因残忍至极而震惊全国。针对此类严重暴力犯罪，最高人民法院发布的指导案例甚少，适用规则界定模糊，法官在审判实务中缺乏明确的政策引导，尤其是针对多幅度量刑情节组合的案件，裁判规则未予总结提炼。量刑规范化改革的背景下，该类案件应当破除“只注重提取和适用法定量刑情节而忽视提取和适用

酌定量刑情节的传统观念”，综合运用法律方法构建清晰实用的量刑情节规范。本文聚焦该类案件在裁判量刑过程中的实践乱象与适法困境，试图阐释婚恋纠纷限制死刑政策的法理内因，在深入剖析法定、酌定情节对死刑适用之影响效力的基础上，提炼出婚恋纠纷案件中的死刑适用具体规则，归纳多元化情节下的量刑公式，以期助益裁判思路的统一。

一、婚恋纠纷类案件死刑适用的实践检视

婚恋纠纷引发的故意杀人案件常引爆全国舆论，因该类案件的裁判与法官对酌定情节的主观认定关联密切，自由裁量空间大，从而导致司法裁判难以预测。最高人民法院出台的指导案例将民间矛盾类案件，尤其是婚恋纠纷类案件的刑事政策，予以具体化展现，强调了我国“少杀慎杀”的基本原则，确立了该类案件的裁判基准。李昌奎及王志才两例指导案例提供了更为直观、更具参照性的裁判规则，其裁判要旨有利于法官在量刑过程中对死刑的适用进行衡量参照，但其仅针对常见且争议较小的情节，相对较为粗疏。

表 1 婚恋纠纷引发故意杀人案件指导案例的情节构成一览表

案例	法定从轻情节	酌定从轻情节	酌定从重情节	类型	判决结果
李昌奎故意杀人案	自首	1. 婚恋纠纷 2. 积极履行赔偿	1. 杀死两人，手段极其残忍	法定从轻+酌定从重+酌定从轻	死刑缓期执行、限制减刑
王志才故意杀人案	无	1. 婚恋纠纷 2. 主动供述，悔罪态度良好 3. 积极履行赔偿	1. 被告人家属不予谅解，要求严惩	酌定从重+酌定从轻	死刑缓期执行、限制减刑

如表 1 所示，指导案例因数量欠缺、代表性不足而致指导效力不彰。实践案例中，婚恋纠纷引发的故意杀人案件情形复杂，法官如缺乏刑事政策的明晰指引，难以作出统一裁判，造成量刑不均衡。为进一步检视实践中婚恋纠纷类案件死刑的适用现状，本文选取全国近 7 年婚恋纠纷类案件的 77 份判决书，对裁判中的酌定量刑情节适用情形进行实证分析。

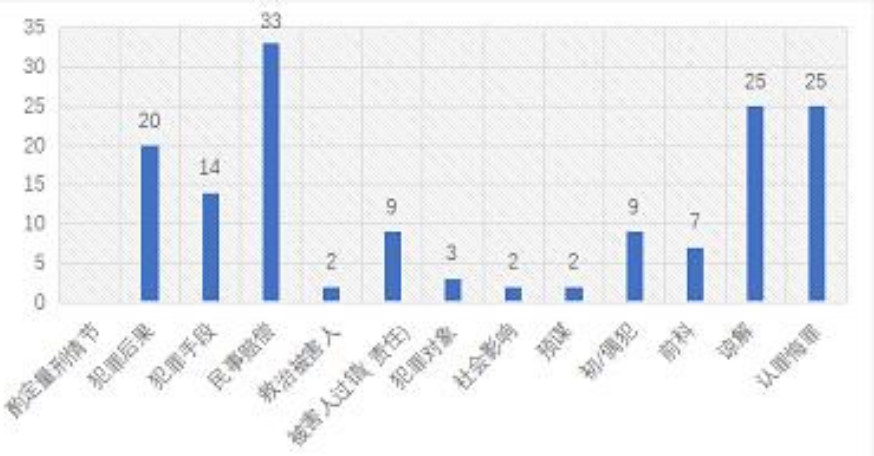


图 1 酌定量刑情节适用情形统计图

综上可知，法官在裁判文书说理部分，常纳入考量的酌定量刑情节主要包含：犯罪后果、犯罪手段、被害人过错、被害人家属谅解、救治被害人、主动赔偿、认罪、悔罪、初犯、偶犯、社会影响、犯罪对象等。这些酌定量刑情节并非等量齐观，各类情节对死刑限制适用的影响存在巨大差异，具有各自不同的效力。酌定情节的灵活多样，导致指导案例在具体裁判中释法作用极为有限。

表 2 婚恋纠纷引发故意杀人案件的情节构成一览表

案例	法定从轻情节	酌定从轻情节	酌定从重情节	类型	审判结果
王维成故意杀人案（2017）皖刑终 94 号	无	1.婚恋纠纷	1.另犯他罪 2.犯罪性质恶劣，手段残忍，后果特别严重 3.无悔罪表现，主观恶性深，人身危险性大	酌定从重+酌定从轻	死刑
李江恩故意杀人案(2017)闽刑终 119 号	无	1.婚恋纠纷	手段残忍，情节恶劣，后果极其严重，致三人死亡	酌定从重+酌定从轻	死刑
兰晓波故意杀人案（2019）川核 69461930 号	无	1.婚恋纠纷 2.归案后坦白认罪，有悔罪表现	罪行极其严重	酌定从重+酌定从轻	死刑，缓期二年执行
林上龙故意杀人案(2020)闽刑核 79200716 号	无	1.婚恋纠纷 2.如实供述自己的犯罪事实 3.家属代为赔偿	犯罪情节恶劣，罪行和后果严重，主观恶性深	酌定从重+酌定从轻	死刑，缓期二年执行
游佐明故意杀人案(2020)渝刑核 97658410 号	无	1.婚恋纠纷 2.到案如实供述犯罪事实，认罪悔罪态度较好	在人员密集的广场有预谋地当众杀害他人且手段残忍，社会影响恶劣	酌定从轻+酌定从重	死刑，缓期二年执行
李常新故意杀人案（2015）沈中刑一初字第 51 号	自首	1.婚恋纠纷 2.赔偿被害人 3.被害人家属谅解	持械杀人，致一人死亡，后果严重	法定从轻+酌定从重+酌定从轻	无期徒刑
王鹏故意杀人案（2020）沪刑终 102 号	无	1.婚恋纠纷 2.认罪态度较好，具有坦白情节 3.被害人在本案起因上具有过错	手段残忍，作案后果严重	酌定从重+酌定从轻	无期徒刑

从上述案例可看出，同类案件情节要素大体相当，但裁判结果却千差万别、畸轻畸重。各类量刑情节轻重不论、先后不分，同类案件基于统一前提无法得出一致结论，这表明法律推理过程中出现了偏差。也从侧面反映了法官需要裁判案件之案情，相对于指导案例列举的情形，更加复杂多维，需考量的情节更加具体多变。“指导案例缺乏说理，其提供的裁判规则简单抽象，仅能起到方向性引导的作用，参照指导案例无法满足统一判决的要求。”因此，“在大小前提不相吻合的情形下，参照指导案例进行类案判决，会引发裁判失当。”实践中，案件酌定量刑情节运用随

意、界定混乱，裁判理由中多以“犯罪情节恶劣”“主观恶性深”“社会影响恶劣”“罪行极其严重”等法官自创的概括性评价进行裁判说理。该做法不仅限制了具体量刑情节在死刑裁量中的实际功用，也使得法官自由裁量权滥用的风险加大。法官对酌定情节的适用宽严不一，裁量步骤方法各不相同，最终死刑适用的裁判说理也含糊其辞，因欠缺详实的量刑依据而缺乏司法公信力。“宽严相济政策贯彻的基本前提是统一适用死刑标准”，在实践中，面对案情复杂、争议重大的案件，应将指导案例、典型案例与刑事政策相结合，发挥其“纠偏”效用，针对个案中的不同量刑情节，确立相对明确的刑罚裁量路径。

二、婚恋纠纷类案件死刑限制适用困境的多维解析

虽政策上规定婚恋纠纷限制死刑适用，但实际上对何种情况应适用死刑立即执行、限制减刑、死缓等判决，指导案例的指引仍相当模糊。因缺乏明晰裁量标准，法官裁量空间过于宽泛，刑罚的统一适用遭受挑战，因此有必要站在法官的视角将当下的裁判困境予以展开，微观透视该类案件在审判实践中存在的难点。

（一）法律解释难：婚恋纠纷的范围难以界定

判定是否属于婚恋纠纷，是适用婚恋纠纷相关刑事政策的首要前提。对于“婚恋纠纷”的界定与解释往往边界模糊，故此无法准确领会死刑限制适用政策的要旨。婚恋纠纷并非严格的法律术语，在司法裁判中，需首先对“婚恋纠纷”这一含糊笼统的概念予以明确。法官不宜扩大化或机械化理解婚恋纠纷的范围。因“婚恋纠纷”一词，无司法解释对其进行界定，因此应对其进行相对充分的学理解释。如仅以量刑角度考量，婚恋纠纷当事人可限定于婚恋双方当事人，除当事人外的第三人，可另行涵盖在民间纠纷中，在量刑上予以从轻考虑。但实践情形具有丰富性，若从广义上考察被告人与被害人间情感纠纷的类型及具体婚恋纠纷的成因，那么婚恋纠纷案件也须将婚恋纠纷引发的被害人是第三人(如岳母、双方子女、女方前男友等)的案件包含在内。案件范围的界定将直接影响死刑适用的选择，部分以婚恋纠纷为表象实为恶性杀人的案件应排除在外，如向陌生人求爱遭拒绝导致的故意杀人案件、基于不正当男女关系，通奸男女双方共同杀害原配等情况，虽与恋爱相关，但不宜归入婚恋纠纷中的“情感纠纷”范围。

（二）法律论证难：被害人过错认定各异

1. 被害人是否存在过错

过错有无的认定标准，在实践中存在标准不一的情形，认定被害人是否存在过错，在司法裁判中容易因理解不统一而影响裁判结果。限制婚恋纠纷类案件的死刑适用，是因为在普遍认知中，该类案件的发生“事出有因”“情有可原”。“事出有因”是因为该类案件一般限定于婚恋纠纷之中，行为人与受害人感情密切，且行为人施行犯罪并非毫无缘由，往往起因于难以化解的夫妻暴力、婚姻出轨等家庭矛盾。而“情有可原”则意味着犯罪行为人的犯罪动机，在社会共识中易获得普遍理解和宽容，被害人具有常人不能容忍的过错。

白建军教授指出：“越是不可避免地受某种外部因素的影响，犯罪行为的发生也就越可能得到理解甚至是同情。”因此裁判过程中，对其量刑应倾向于从宽。但现实情形纷繁复杂，法官在对案情进行考量时，对被害人是否存在过错理解各异。《关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》第 18 条，仅规定了被害方存在过错应予从轻，但却未明确限定何为被害方过错。对此，法官在裁判中对是否存在过错的评判，一般有三种模式：一是审慎确认“被害人过错”。即在认定案件事实时，会考虑被害人是否在婚恋关系中存在过错，依据被害人是否属于婚姻关系

中主动过错的一方，进而决定是否从轻考量；二是“各打一板”。即综合考虑被告人以及被害人在婚恋情感纠纷中的过错，如被告人与被害人均存在对现有婚姻关系的破坏，基于伦理角度的考量，在量刑时将过错效力减半；三是不认为被害人存在过错，在量刑中不过多考虑婚外情等道德和价值取舍问题。因为认定被害人过错需要加强法理论证，因此法官倾向于对被害人过错予以限缩。

2. 不同过错程度界限模糊

即使认定被害人的确存在过错，对过错程度的认定也存在较大分歧。被害人过错的学理观点主要分为两种：“一是责任分担说，认为婚恋纠纷引发的故意杀人是由被害人过错引发，被害人应当承受相应责任；二是谴责性降低说，因被害人过错引发的犯罪可导致犯罪人的可谴责性降低。”综合而言，上述观点都主张若被害人存在过错，则对犯罪人应予以从轻处罚。然过错应达到何种程度才能触发量刑的从轻机制仍不甚明确，不同过错程度界限模糊。该类案件首先应判断是否存在过错，再进一步衡量被害人过错程度从而确定刑事责任程度。对此，应对婚恋纠纷中的过错予以重新界分，确立明确标准。

一是罪错。罪错指被害人施行的过错行为已达到构成犯罪的程度，从而诱发了犯罪行为人的加害行为。如防卫过当案件中，因面临被害人所预先实施的不法侵害，犯罪行为人处于被威胁的处境下不得已实施了犯罪行为。正是被害人过错促成了加害人犯罪，犯罪行为人是为防止权益继续受到侵害，存在私力反抗的特殊情况。因此应对犯罪行为人有责性酌情降低，对行为人尽可能排除适用死刑。

二是重大明显过错。被害人若具有重大明显过错行为，严重违背社会伦理道德的，也应对犯罪行为人予以从宽处理，酌情降低刑事责任。被害人的此类行为“对于被告人实施杀人犯罪行为具有根本性的激发作用”，在民众普遍认知中已不被社会情理所容许，足以引起犯罪行为人的犯意。其自身对案件的发生具有难以推卸的责任，如当着妻子的面与第三者发生性行为，或有其他严重羞辱人格行为的，该行为直接激化了矛盾，导致了自身被加害的后果。

三是一般过错。在案件审理过程中，一般过错情形的识别，应采社会通常的认知判断标准，如违背社会公序良俗、道德规范、社会伦理等。一般过错对犯罪发生不存在激化升级的直接责任，不能以此作为死刑限制适用的酌定因素。

四是轻微过错。被害人过失较轻，在寻常社会情境中容易得到谅解，如被害人轻微侮辱、争吵口角等。此类情形一般是基于生活琐事引发的争执，不足以成为严重暴力犯罪的直接诱因。因此该类过错不应纳入被害人过错范畴，不足以成为犯罪行为人减轻罪责的独立理由，无法单独作为酌定从宽情节并影响死刑适用。

从上述的过错程度划分，可得到的共性认识是，在裁判过程中，法官对于过错程度的认定，应采一般人标准说。“被害人过错的性质和程度，与其反映出的犯罪行为人的主观恶性及人身危险性大小成反比例关系”，法官应采取社会一般人的是非观对案件情节予以认定，将被害人过错分清等级后，再对被告人刑事责任进行定量分析和计算。

（三）法律适用难：“估堆”量刑不适应多情节组合类案件的死刑适用

目前，《刑法》及量刑指导意见未对法官量刑展开精细化引导，粗疏的量刑规范导致法官适用法律困难。因法官判决死刑的理念存在巨大差异，对死刑政策的把握和对法律的理解各不相同，使得多组量刑情节的案件裁判标准不一。“死刑裁量中的宽严尺度，主要体现在生与死的选择上，需要法官在量刑中进行后果考察……而这个后果考察与法官的死刑观念有关。”我国长期存在“杀人者死及杀人偿命的死刑民意”，外加刑事

政策界定不甚明晰，法官在该类案件死刑适用的标准上难以统一。我国《刑法》第 48 条规定无须立即执行死刑的，可判处死刑缓期两年执行。该条在婚恋纠纷类杀人案件中，因规定笼统而指导意义有限，针对何种情形属于不必立即执行的案件，仍主要依凭法官自身对案件的内心确信、裁量经验甚至个人情感评判 ，通过“估堆”一次性得出最终量刑结果。单一情节在案件审理过程中相对容易衡量，但多组情节尤其是包括法定、酌定、从重、从轻等，可排列组合出多种情形时，法官借助粗放化的“估堆”量刑通常难以做出判断。部分法官有意忽略酌定情节对量刑的效力或仅作选择性适用，使得酌定情节在具体裁判中“可有可无”或“时有时无”，难以形成规范化量刑标准。即使当法定与酌定情节组合时，其死刑适用标准也容易模糊化，致使法官裁量空间过于宽泛。

三、婚恋纠纷死刑限制适用的法理阐释

在审判实践中，对于婚恋纠纷死刑限制适用的刑罚思想与理念仍存在很多误解与分歧，导致审判中裁判标准不统一。要统一婚恋纠纷诱发的严重暴力犯罪案件的裁判标准，首先应达成刑罚理念上的统一，以下从规范与学理两个层面对婚恋纠纷死刑限制适用的原因进行深度分析。

（一）婚恋纠纷限制适用死刑政策的规则研析

我国刑事政策特意将婚恋纠纷引发的故意杀人犯罪与其他犯罪严格界分开来，在量刑上“慎用死刑”。《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》在婚恋纠纷等民间矛盾类案件的死刑限制适用历程中，迈出了极其深远的一步，其规定：“对故意杀人罪是否判处死刑，不仅要看是否造成了被害人死亡的结果，还要综合考虑案件的全部情况”。该《纪要》破除了只要出现杀人情节一概判处死刑的唯结果论，转而注重犯罪的主观原因及犯罪性质等全面的量刑情节。《在审理故意杀人、伤害及黑社会性质组织犯罪案件中切实贯彻宽严相济刑事政策》中，更加明确地将婚恋纠纷、民间矛盾等引发的杀人案件与威胁社会治安、影响人民群众人身安全的案件区别开来，特别树立了死刑限制原则。婚恋纠纷引发的杀人案件并非纯粹的故意杀人案件，其本质上并非以不特定的人为行凶对象，未威胁社会治安及社会公众安全感。婚恋纠纷类案件仅是矛盾激化下，针对特定个人的激愤杀人，且此类案件多伴随被害人过错、被害人家属谅解、积极履行赔偿等案件情节，最终对量刑发挥着重要影响。

中国历来有“法律不入家庭”的观念，对于婚恋纠纷类案件，死刑限制适用是对民间关系及家庭关系自我调节的尊重，体现刑罚对于民间矛盾的谦抑性。婚恋纠纷所引发的暴力犯罪有别于其他犯罪，具有其自身的独特特点：一是其在演化为暴力犯罪前通常具有“隐蔽性”，当事人婚恋纠纷矛盾初期往往被认定为“家务事”，案件发生的地点多为与外界隔开的私密空间，当事人往往不会将这种情感类纠纷诉诸于社会第三方机构来解决；二是其在转化为故意杀人等暴力犯罪时又往往伴随着“突发性”。在实施犯罪行为前被害人几乎都与被告人发生过激烈争执，施暴者往往在情绪失控的情况下将被害人杀害。因此此类案件多属于临时起意的激情性犯罪，难以提前预见。其“隐蔽性”及“突发性”，使得社会层面在婚恋纠纷暴力犯罪预防上具有一定的“后知性”和“滞后性”。因此，婚恋纠纷暴力犯罪在现实中更多是由家庭婚恋矛盾日积月累引发的，是出于泄愤的犯罪动机，或是因长期压迫而瞬间爆发的暴力反抗与私力救济，这使得刑法在婚恋纠纷类杀人案件中表现出谦抑性。

（二）婚恋纠纷限制适用死刑政策的法理锚定

婚恋纠纷类杀人案件限制死刑适用的目的，从法理上看，可从犯罪动机的有责性、犯罪行为

人的可改造性、民间矛盾的审慎介入三个方面予以解析。

1. 犯罪动机有责性降低

弗莱彻认为，动机是区分故意行为性质是否恶劣的基础，善良或卑劣的动机在评价犯罪上将起到相当重要的作用。婚恋纠纷导致的故意杀人多针对特定当事人，客观上犯罪行为人对其犯罪对象所表现出的危险性相对较小。被害人自身过错诱发了犯罪行为，在矛盾激化瞬间，犯罪行为人无法控制自身理性然后激情杀人，此种犯罪动机的社会危害性和主观恶性较轻，且容易得到一般人的理解甚至宽恕，致使其有责性降低从而成为从宽处罚之依据。

2. 犯罪人可改造性较大

犯罪人的可改造性，亦是婚恋纠纷类案件中影响量刑的重要考量因素。犯罪人的可改造性可通过犯罪人案发前、案发过程中及案后的行为特征体现。一般杀人案件中，犯罪人是基于故意杀人的内在需求进行的犯罪，其形成了稳定的犯罪心理形态，社会威胁性极大且再犯概率也相应更大。而婚恋纠纷类案件中，犯罪人是受到了强烈外界刺激，该外界诱因促使其实施了犯罪。因此当外界诱因消失，犯罪人一般都能回归到理性正常人状态，再犯可能性也降到最低，因此可改造的可能性较大。在案发过程中，婚恋纠纷类案件也并非提前预谋，多数是临时起意，在矛盾激化瞬间造成了犯罪后果，其社会危害性相对更弱。犯罪后，婚恋纠纷类案件，因杀害的都是特定的密切关系人，往往抱以自我悔恨甚至“以死偿命”的态度，其冷静后一般存在良好的悔过态度，多具备主动投案、如实供述、积极赔偿、获得被害人家属谅解等从轻情节，主动修复社会秩序，人身危险性普遍较低。

3. 民间矛盾的审慎介入

从刑罚目的上看，针对婚恋纠纷所引发的故意杀人案件限制死刑的适用，是因其本质上属于民间纠纷转化而来的刑事矛盾。司法对于民事矛盾的介入，一般都应采取审慎态度。如果对此类案件一视同仁，不予以严格区分，可能会与社会伦理秩序产生抵触，造成更严重的社会后果。婚恋纠纷是常见矛盾类型，但基于感情的复杂性，矛盾双方的可谴责性往往难以判定。如不分情况一刀切地适用作为报复刑的死刑政策，不断深化“以命还命”的复仇信条，或导致矛盾双方埋下更为深重的仇怨，陷入冤冤相报的回环，致使社会关系难以修复。换而言之，如果对于此类“事出有因”的犯罪抱以宽容态度，审慎作出死刑立即执行的判决，引导犯罪行为人真诚悔过，积极给予被害方家庭赔偿，努力修复破碎的社会关系，则有利于家庭及社会矛盾化解。这也体现了恢复正义理念对报应正义理念的弥合，基于对被害人伤害予以补偿的角度来考量刑罚适用。

四、婚恋纠纷类案件死刑限制适用情形分类及量刑方法

婚恋纠纷所引发故意杀人案件之死刑适用，究其本质是价值判断问题，法官在量刑过程中存在独特的心证历程。量刑规范依据、刑罚影响幅度及量刑方法的不统一，导致此类案件在量刑上众口不一。因此婚恋纠纷类案件的关键问题在于如何达致死刑限制适用这一“结果”的量刑“过程”。在指导案例指导效力阙如及“估堆量刑”偏误的困境下，应引入新的司法裁量方法。法官量刑时必须纵观法定、酌定情节，将目光在基准刑上下反复权衡，动态地确定怎么量刑及量哪类刑，因此量刑是个多层次多步骤完成的过程。具体而言，该类案件可进行以下分类，并逐一拆解量刑步骤以提炼对应裁判策略，以规范酌定与法定情节在婚恋类纠纷案件中的提取、识别与适用，从而达到合理限制死刑之目的。

（一）类别一：单幅度酌定情节的考量与适用

量刑规范化要求法官在裁判过程中应完整地提取并考量所有情节，全面审视各类情节后做出

最终量刑判断。对于一些情节简单的案例，往往仅需考量单幅度的酌定情节适用。例如被害人过错，法官在审理过程中，应对被害方存在过错与否、过错之程度予以审慎衡量。对于被害人过错这一量刑情节，应始终站在普通大众立场上予以判断，以普遍的社会情理进行理解。总结而言，对于被害人过错，应依据被害人与加害人二者间的有责性来确定量刑。在实践中可分为四种情况：一是被害人责任小于加害人；二是被害人责任等同于加害人；三是被害人责任大于加害人；四是被害人应负完全责任。依政策若被害人存在重大过错，一般排除死刑立即执行。仅当被害人过错达严重明显程度时，才能在效力上影响死刑改判。被害人若具有一般过错不足以排除死刑适用的，也应将该一般过错作为考量因素与其他从轻情节相互结合，对量刑发挥从宽效力，从而实现限制死刑的效果。

婚恋纠纷、被害人过错对死刑改判的影响力度较大，有众多故意杀人案件一审被判处死刑，而在二审中因被害人重大过错这一情节被采纳，而改判死缓。婚恋纠纷这一情节的适用，多伴随其他酌定从轻因素综合发挥效用，比如婚恋纠纷与自愿认罪认罚、对犯罪事实如实供述、主动赔偿被害人家属等情节并存时，可降为死刑缓期执行。因此婚恋纠纷情节可成为法定刑量刑幅度中，调节量刑的起点。

酌定情节是在基本刑确立后着重考量的量刑因素，发挥着调节修正基本刑的效力，“但其在审判中因主观性过大，纯粹依靠法官主观判断不利于同案同判。”因此对于上述酌定量刑情节，至少应先对其进行权重排序，明确各酌定量刑情节在量刑中的份量和调节比例，或者说在定罪量刑中的影响因子，“从而让法官可在司法天平的衡量过程中知悉各个量刑砝码的轻重，从而准确做出最终裁判。”对于婚恋纠纷引发的严重暴力犯罪案件，仅存在单一酌定情节的案件较少，大多属于多情节竞合，但多情节竞合的量刑规范绝非是单一情节规则的简单复合。

（二）类别二：多幅度量刑情节的处置规则

法定情节与酌定情节都包含从重与从轻双向情节，因此两个层面四个方向的量刑因素竞合，将极大地提升法官量刑的难度。多幅度的量刑情节并存时，应统一评价位阶，权衡各情节的影响系数，以同向累加、逆向抵消的总体思路调节基准刑，归纳出死刑适用与否的法定及酌定情节组合模式。但裁判中数量化加减的量刑规范机械粗疏不具有实操性，应进一步细化量刑步骤。总体上，可从婚恋类纠纷的裁判案例中提炼出以下三类量刑规则。

1. 规则一：酌定从重情节与酌定从轻情节逆向相抵

婚恋纠纷类故意杀人案件中，犯罪手段恶劣、被害方不予谅解、致两人以上死亡等严重后果、公共场合犯罪是最为常见的酌定从重情节。酌定从轻情节与酌定从重情节二者的相互竞合，属于同在酌定层面上的双向情节，从轻与从重因素作为影响案件最终走向的一组反向作用力可逆向相抵。但此类抵消需考量酌定情节之间的内涵等量，审查从轻因素与从重因素孰轻孰重，具体公式为：基准刑*（1+酌定从重情节系数-酌定从轻情节系数）。总体上，酌定从重情节在量刑中所占权重要大于酌定从轻情节，因此应先侧重考虑酌定从重情节，采取先重后轻的评价位阶。酌定从重情节中，效力最为显著的主要有三类，第一类：犯罪情节恶劣，作案手段残忍，造成了严重后果；第二类：犯罪后具有潜逃、逃避侦查等行为，无悔罪表现；第三类：未取得被害方谅解。其中，犯罪手段残忍这一酌定从重情节一般予以独立考量，若达到了造成多人死亡、杀害无辜者的程度，或者在公共场合杀人造成社会恶劣影响，形成社会恐慌的，则应将刑罚幅度上调，在死刑量刑上一般从重，直接判处死刑。犯罪后具有潜逃、逃避侦查等行

为，无悔罪表现等酌定从重情节时，实践中并非完全判处死刑立即执行，需结合其他犯罪情节以及拒不悔罪的程度进行考量。最后，未取得被害方家属谅解，表明被破坏的社会秩序难以恢复，社会矛盾持续激化，因此对死刑的影响效力也偏大。

2. 规则二：法定从轻情节与酌定从轻情节之间同向累加

酌定从轻情节与法定从轻情节间的竞合，属于同向量刑情节，可采取同向累加的方式对量刑予以减轻。但所谓同向累加是指在减刑向度上效力的累加而非二者算术式机械累加。法官应对各类情节予以排序加权后连乘，以公式表达其步骤即是[基准刑×（1-法定从轻情节系数）×（1-特定酌定从轻情节系数）]×（1-其他酌定从轻情节系数）。婚恋纠纷作为前提性特定情节应赋予更大权重。依据该公式，当同一婚恋纠纷案件中既存在法定从轻情节也具备酌定从轻情节时，一般排除死刑立即执行。在《关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》中指明，婚恋纠纷案件若存在法定从轻情节，一般不适用死刑立即执行。法定从轻情节一般包括自首、立功等，与酌定从轻情节结合后，将导致婚恋类纠纷的刑罚趋向轻化。

较为典型的是自首情节，2021 年发布的《关于常见犯罪的量刑指导意见（试行）》，对自首的方式、动机、罪行轻重及悔罪表现等情况综合考量后，可减少基准刑的 40%以下。当酌定从重情节不存在时，婚恋纠纷案件中若存在自首情节，综合考量认罪悔罪、如实供述犯罪事实等情节，一般可对死刑立即执行的适用予以排除。当自首情节与婚恋纠纷相竞合，外加获被害人谅解、积极履行赔偿等降低社会危害性、犯罪主观恶性的重要酌定从轻因素后，可排除死刑适用。婚恋纠纷案件中，若被害人自身存在过错，与自首情节竞合，在社会危害性不大并获被害方谅解的情况下，也能调节基准刑并起到排除死刑适用的效果。因此，当未有严重后果等酌定从重情节时，自首情节与其他酌定从轻情节相结合，可对死刑立即执行排除适用。若酌定从轻情节中具有重要从轻情节，如积极履行赔偿、被害人过错、获对方谅解等，一般不适用死刑可降为无期徒刑。

3. 规则三：酌定从轻情节对法定从重情节的平衡修正

酌定从轻与法定从重情节并存，涉及到两个体系范畴的量刑考量，应先树立法定与酌定因素在案件审判中的先重后轻的优先适用顺序。依据法定情节确定基本刑档次，再采用酌定从轻情节对整体量刑予以平衡修正，综合考量全部情节后最终确定宣告刑。这一步骤可概括为“基本刑—酌定从轻情节赋权—修正基本刑”，依据公式表达即是[基准刑×（1+法定从重情节系数）×（1-特定酌定从轻情节系数）]×（1-其他酌定从轻情节系数）。当法定从重情节与酌定从轻情节竞合，需具体决定量刑时，应着重参考《人民法院量刑指导意见(试行)》以及对婚恋纠纷案件的规定，将法定从重情节与酌定从轻情节分别在各自范畴内以逆向相抵原则合并，以最终剩余情节的调节比例作为决定基准刑从严还是从宽的衡量标准，进而决定是否适用死刑。如指导案例王志才杀人案，即是“考虑到属于婚恋纠纷引发且被告人具有积极赔偿及坦白悔罪等从轻处罚情节，故改判死刑缓期二年执行。”简而言之，法定从重情节决定量刑的“域”，再由酌定情节修正为精确具体的量刑“点”。

婚恋纠纷类暴力犯罪案件的法定从重情节较少，一般仅有累犯这一情节。总体上看，累犯这一情节，对死刑适用的影响效力要远大于非累犯案件。累犯需要考量构成累犯的前罪性质与轻重程度，因此相对复杂，无法盖然论断其对于死刑的影响力大小。但实践中，累犯情节与自首等法定从轻情节以及婚恋纠纷、积极履行赔偿、认罪悔罪、被害人家属谅解等酌定从轻情节因素结合之后，可加大从宽力度，发挥减少死刑立即执行适

用的效果。以指导案例李飞故意杀人案为例，“其法定从重情节为累犯，法定从轻情节为自首，二者互为双向情节，影响因素相当，量刑幅度相互抵消。”其酌定从重因素仅被害人家属不予谅解一项，酌定从轻因素却存在婚恋纠纷、积极履行赔偿两项，经逆向相抵后酌定从轻情节的权重较大，因此对被告采取了从宽政策，限制死刑立即执行的适用，改判为死刑缓期执行并限制减刑。

（三）手段残忍、犯罪后果严重类案件的规范化适用思路

虽我国一贯强调“严格控制死刑”政策，但不可对婚恋纠纷死刑限制适用作生硬理解，该政策并未完全排除死刑的适用，不应曲解宽严相济政策，从而矫枉过正。对于手段极其残忍、造成严重犯罪后果的个别案件应适用死刑。

1.“原则—补充”适用规则

婚恋纠纷类案件应确立不适用死刑为主，特殊情况下可适用死刑这一“原则—补充”适用规则，也即是当酌定从重与法定从重情节并存时，可例外适用死刑立即执行。“任何一件死刑案件都必须依次经过死刑类型符合性、应判死刑性和必执死刑性三个阶层的判定方能适用死刑，这一过程必须层层递进不可颠倒次序。”案件裁判应首先确立死刑限制适用的立场，由主刑逐级递增，具体而言应遵循以下基本规范：若案件中仅存在从轻情节时，应排除死刑立即执行与死缓，对案件具体情况综合考量后，按罪刑法定的标准选择适用死缓、无期徒刑或有期徒刑；此外，当从轻处罚情节与其他的从重情节相竞合时，应依据严格限制死刑规则，排除适用死刑立即执行，另行适用死缓可限制减刑，以公式表达这一量刑过程即是：“(死刑+从宽情节=死缓)+从重情节=死缓限制减刑”；若案件情节中犯罪人的犯罪手段特别残忍、罪行恶劣、造成了多人死亡等极其严重后果，刑罚责难的程度大幅提升，方可适用死刑立即执行。

2.量刑情节效力系数的赋值

婚恋纠纷案件不可忽视对酌定情节的考量，但酌定情节尚未实现法定化，故该类案件的审判不可能排除法官的自由裁量。精细化刑罚过程中需对各量刑情节予以赋权，该量刑情节的效力系数虽无需在判决书中言明，但不代表允许模棱两可。法官在少杀慎杀的政策导向下，应依据社会危害性以及人身危险性对量刑情节效力系数审慎确定。虽效力系数确定的环节为裁量者预留了主观赋值的空间，但刑罚追求规范化而非绝对化，赋权运算的裁量模式已然确立了量刑基本框架与量刑基准，改变了“估堆”量刑的传统。死刑与死缓虽同为死刑，但依凭法官的量刑心证，“就高”与“就低”之间即决定了被告人的生死，法官最终决定着死刑的宽严尺度，应审慎选择以防止“隐性的死刑冤案”。“制度之外，关键在人，在于法律人的担当。”法官应在判决过程中“充分说理对死刑的必要与否予以论证”，婚恋类故意杀人案件中的民间矛盾、刑事矛盾交织，社会舆论、被害方家属的压力等，通常会干扰审判。法官在矛盾漩涡中应坚持审判者的主体地位，保持独立性，基于具体案情展开价值衡量。

比如在死刑立即执行的适用上，既不可机械地理解刑事指导政策，对犯罪行为人一概排除死刑适用，也不可基于被害人的压力、社会舆论，违背内心判断，为了安抚被害人情绪，而牺牲犯罪行为人的生命。如苏力教授所主张的，天理国法人情并非意味着不判处死刑，而是在综合考量具体情境，洞悉普通人在社会中的人情世故之后作出恰如其分的裁判。因此在婚恋类案件中，法官更应清醒衡量，在少杀慎杀、宽严相济政策的导向下，对于可杀可不杀的案件谨慎考量。面对舆论及被害人家属的压力，仍应坚守法律规定，要清醒意识到法治并非是“杀人者死”的粗暴治理，谨防“不杀不足以平民愤的误导”。因此对于婚恋类暴力犯罪案件，法官应独立清醒地贯彻罪责刑相适应原则。刑事政策规定婚恋类案件原则上

不适用死刑，但该原则不宜成为婚恋纠纷类故意杀人案件的“免死金牌”。法官不应矫枉过正，比如对于“对被害方赔偿”这一情节，不宜异化为“见赔即改”“以钱买刑”。对于手段恶劣、犯罪后果特别严重的婚恋类故意杀人案件，法官当判则判，不可拘泥于政策限制，机械理解死刑限制适用的初衷。

五、结语

我国目前对婚恋纠纷引发的故意杀人案件采取限制死刑政策，该政策在实践中要实现统一适用，需对案件中的法定、酌定因素予以情节量化并规范化裁量。基于审判活动的主观性，婚恋纠纷引发故意杀人案件的法定与酌定量刑情节只能进行趋向性分析，从指导案例及死刑案例中归纳出具有操作性的裁量规范，为审判实践提供指导。婚恋类案件首先应界定婚恋纠纷的范围，在此前提下，对于量刑情节应进行个案化识别、提取与适用，对“法官量刑自由裁量权予以适当衡平”。在死刑适用过程中，既需制度上对定罪量刑予以规范化引导，也应强调法官裁量时的审慎义务与职责担当，需要法官对死刑政策的独立把握和清醒理解。

张夏子：《民法典》反性骚扰条款的制度检视与规范再造——以2022 年修订的《妇女权益保障法》为分析背景

原创：2024-04-09　ZUEL 法商研究　张夏子
https://mp.weixin.qq.com/s/_3r-QIil-CP3qeNOpXKtCg

载《法商研究》2024 年第 2 期

张夏子（上海财经大学法学院博士后研究人员、浙大城市学院法学院讲师）

目次

一、问题的提出
二、民法典去性别化侵权逻辑下反性骚扰条款的制度检视
三、反性骚扰立法性别特定化逻辑的正当性与优势
四、性别特定化逻辑下《民法典》反性骚扰条款的规范再造
五、结　语

摘　要　《中华人民共和国民法典》关于性骚扰的去性别化规定对我国反性骚扰立法有重要意义。但仅以侵权逻辑理解去性别化，无法解读 2022 年修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》反性骚扰条款的性别特定化逻辑，也将导致性骚扰认定存在性别盲点，进而影响防治效果。2022 年修订的《中华人民共和国妇女权益保障法》仍坚持反性骚扰的性别特定化逻辑确有必要，其不只是对《中华人民共和国民法典》反性骚扰条款的补充和细化，更在于强调从性别歧视视角关注妇女所处的结构性不利地位，并通过民法特别法链接条款的衔接，全面实现民法典的性别平等价值目标。鉴于此，应在侵权逻辑基础上引入性

别歧视视角，再造《中华人民共和国民法典》反性骚扰条款的规范内涵。性骚扰兼具人格侵权与性别歧视双重属性，对其认定要件的理解应适当拓宽，单位防治义务的设定应增加反性别歧视内容。

关键词 性骚扰 民法典 妇女权益保障法 去性别化 性别特定化

一、问题的提出

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 1010 条反性骚扰条款一直被誉为人格权编的一大亮点。该条规定："违背他人意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任。机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰。"相较于此前以《中华人民共和国妇女权益保障法》（以下简称《妇女权益保障法》）（1992 年生效、2005 年第一次修正、2018 年第二次修正、2022 年修订）为核心，仅将性骚扰的保护对象限定于女性的"性别特定化"立法，《民法典》第 1010 条不再区分男女，而是以"他人"替换了"妇女"，扩展了受保护对象的范围，填补了男性受性骚扰者长期缺失法律保护的空白，确立了"去性别化"的反性骚扰立法模式。不少学者都对此给予了高度赞誉，认为这是我国反性骚扰立法的进步，对我国反性骚扰法律规范的建设具有重大引领意义。

为了更好地适应和衔接《民法典》，全国人大常委会对《妇女权益保障法》进行了"大修"（新法自 2023 年 1 月 1 日起施行），参照《民法典》第 1010 条在 2022 年修订的《妇女权益保障法》第 23 条、第 24 条、第 25 条和第 80 条中对反性骚扰规范进行了细化和补充，但仍然将受保护对象限缩为妇女。如果《民法典》的"去性别化"立法是对以往反性骚扰"性别特定化"立法的拨乱反正，那么 2022 年修订的《妇女权益保障法》再次坚持"性别特定化"似乎在提示我们不应过于简单地理解"去性别化"。至少在立法者的视角下，性骚扰法律规制的"去性别化"与"性别特定化"并非两种互相排斥的立法逻辑，也非"先进"与"落后"的关系。两者之间的关系以及《民法典》"去性别化"的真正内涵都有待进一步挖掘和提炼。鉴此，在 2022 年修订的《妇女权益保障法》实施背景下，笔者对《民法典》反性骚扰条款的"去性别化"立法进行反思，以期能够更好地落实 2022 年修订的《妇女权益保障法》与《民法典》的衔接，更准确地理解《民法典》"去性别化"的立法逻辑，从而构建融贯的反性骚扰法律制度。

二、民法典去性别化侵权逻辑下反性骚扰条款的制度检视

（一）对性骚扰去性别化的规范逻辑解析

《妇女权益保障法》在 2005 年首次修正时新增"禁止对妇女实施性骚扰"条款，正式开启了我国反性骚扰立法进程，也成为我国性骚扰法律规制以性别特定化立法为起点的标志。有学者认为，这在我国有其必然，一方面性骚扰在西方学术语境下是性别歧视的重要问题，传入我国时就被用来专指男性对女性的性骚扰行为；另一方面，制定保护妇女的专项法律既是应对当时社会普遍存在重男轻女观念的迫切需要，也符合改革开放后我国重视对妇女权益保护的法律政策目标。尽管性别特定化立法承认了性骚扰兼有性别歧视属性，但"性骚扰属于性别歧视在中国理论和实务界看来颇为费解"。在 2005 年修正的《妇女权益保障法》新增禁止性骚扰条款之后，实践中几乎所有的性骚扰案件仍适用民事侵权法处理，性骚扰被定性为人格侵权行为，《妇女权益保障法》性别特定化逻辑所蕴含的性别歧视视角成了"摆设"。以至于有学者称，"这些带有性别歧视特点的立法效果不彰……遭遇挫败……反而要等待民法侵权模式的拯救"。

《民法典》反性骚扰条款的规定恰好符合学者们的预期。首先，去性别化最显著的表现就是将男性受性骚扰者也纳入法律的保护范围内，实现受害人保护范围的全覆盖，弥补了《妇女权益保障法》的立法空白。其次，如有学者所言，“将女性仅仅理解为性骚扰的受害者，这本身并没有超出歧视女性的逻辑，甚至会在某些方面上强化对女性的歧视……如社会性别概念的目标是去性别化一样，性骚扰的法律概念也需要去性别化”。因为从长远来看，促进性别平等最终都是为了使“性别作为一个社会分层因素越来越不重要，使所有个人在地位上完全平等”。依此理解，性别特定化立法似乎被认为只具有阶段性意义，去性别化才是反性骚扰立法的最终目标。

在立法目的和价值目标上，去性别化的进步意义无疑值得肯定。但是，迄今的研究和实践大多将《民法典》的“去性别化”简化为一种人格侵权的规范逻辑。例如，有学者指出，《民法典》对性骚扰问题的规制采取保障受害人人格权的立法路径，表明立法者已经承认性骚扰是对自然人之人格权的侵犯，与受害人性别和行为人性取向无直接关联，也并不关联到女性在社会关系和劳动秩序中所处的从属地位。再如，有学者称，明确性骚扰是对自然人人格权利的侵害，进而对性骚扰的法律规制突破性别歧视的藩篱而向权利一体保护的方向发展，更具有理论正当性。

可见，《民法典》第 1010 条对性骚扰去性别化的立法逻辑被理解为男女形式平等的人格侵权逻辑，确认了妇女享有与男子平等的性自主权利，并假定性骚扰双方的角色可以互换。妇女可以成为性主体，男性当然也可能是性骚扰的对象，至于为何针对妇女的性骚扰比例更高，只是个概率问题。《民法典》人格权编的反性骚扰条款旨在维护的最重要价值是人之为人的尊严。然而，这种理解限缩了“去性别化”的内涵，若考虑到当下社会性别状况，将去性别化理解为人格侵权会导致权利保护上的局限性。

（二）侵权逻辑下性骚扰认定存在性别盲点

《民法典》第 1010 条第 1 款属于“不完全法条”，即便没有该款规定，受害人仍可以《民法典》第 1165 条第 1 款为请求权基础，请求具体加害人承担侵权责任。换言之，对是否构成性骚扰的实质判断是以侵权责任构成要件作为标准的，第 1010 条的意义在于突出性骚扰的特殊要件。

1. 主观要件：违背他人意愿

《民法典》第 1010 条第 1 款首先强调的特殊要件是“违背他人意愿”，这起到“把关”作用，将性骚扰与两相情愿的社会交往行为区分开来。“从语义逻辑来说，所有的‘骚扰’都是违反意愿的，符合他人意愿的行为不可能构成对他人的‘骚扰’。”“违背意愿”实际上突出了性骚扰只能是故意为之的“强迫行为”，而这在实践中会有两个方面问题。

一方面，“违背意愿”的证明通常要求受害人明确表示拒绝或反抗，但去性别化的侵权逻辑预设了男女“与他人形成性合意的意志能力”“接受或拒绝他人性意愿的能力”均相同，并没有考虑性别的结构性不平等可能导致妇女拒绝性骚扰的能力与男性拒绝性骚扰的能力存在现实差距。有数据显示，在业的女性当中只有 2.2%为国家机关、党群组织或企事业单位的负责人；高层次人才所在单位一把手为男性的占到 80.5%。在“双一流”建设高校中，女性校级领导干部平均仅占到 12.6%。也就是说，在统计学意义上，当前我国女性在经济社会权力结构中仍处在较不利的地位，使其难以成为享有“权力”的一方。权力上的落差导致女性会有更强的依附性，产生“被迫自愿”现象。除此之外，“拒绝能力”还受社会性别文化观念影响。“强大的社会力量将妇女限缩于消极、柔弱、顺从且易受男性主导的位置，尤其在性事上更是如此，常常有效地限制妇女在性方面的主动性或使其在拒绝时无法坚持己见。”男女两性在拒绝性要求或性提议时有不同的社会基础，如果未能考

虑背景的不同而采取一致标准，那么可能导致更多女性受害人无法完成主观要件的证明而失去救济机会。

另一方面，“违背意愿”意味着《民法典》对行为人的主观过错仅考虑“故意”情形，排除了“过失”的可能性，包含不够全面。事实上，一些外观上性别中立的行为可能是性别歧视文化和制度背景下的产物。尽管行为主体在实施行为时并未故意针对特定妇女，但其后果却对妇女造成了严重的困扰。例如，行为人因为对方是“女人”而进行言辞骚扰，其本人可能并无骚扰的故意，但实际后果却是冒犯了妇女，甚至对她平等地参与工作或学习造成了阻碍。此类非“故意”行为导致的性骚扰无法获得有效救济。

2. 客观要件：行为具有违法性

《民法典》第 1010 条第 1 款列举了性骚扰具体呈现的样态，包括“言语、文字、图像、肢体行为等”。但行为究竟要有多严重、多恶劣才能达到侵权法所禁止的违法性程度，还有待性骚扰案件的裁判者进一步作出判断。裁判者通常需要进行“‘设身处地’地移情性思考”，考虑客观上一个理性人会如何作出评价。去性别化所比对的人格化形象应该是中性的、具有理性且不被情感左右，如此才可能成为“客观”参照标准。但事实上，已有“大量的社会科学研究表明，男性和女性对性骚扰的看法是不同的”。

是否构成性骚扰的问题实际上是社会性别化建构的问题，人们对男女在与性有关的问题上有着不同的社会性别角色期待，“实行男女双重标准”，形成了“对男人宽容对女人苛责的性道德和性规范”。而在性别中立的“幌子”下，有些女性认为受到冒犯的行为，对于男性而言却是“正常的”，甚至会认为是女性太过敏感了。依据所谓的客观中性标准非但无法作出客观公正的判断，反而有加强普遍歧视程度的风险。

3. 因果关系要件

如果仅基于去性别化的侵权逻辑理解性骚扰，而不考虑任何其他社会性别意涵，那么性骚扰行为与损害后果之间的因果关系可能发生断裂。试举两例。

例一：假设上级 A 对其下属 B 提出与性有关的要求并暗示如果答应发生关系就将获得某种利益，B 拒绝，随后 B 遭到解雇、失去晋升机会或其他不利后果。（1）依据侵权定性，性骚扰不一定成立。若 B 已反馈不接受性提议，且 A 也不再继续进行试探行为，性提议不可能侵犯 B 的性自主权并构成性骚扰，除非性试探导致 B 的精神受到严重损害或在进行性试探时伴随其他身体伤害。对于行为人来说，好像试探性地问一问也无妨。（2）即使性骚扰侵权行为成立，侵权行为与经济利益损失之间也无法建立直接因果关系。有学者提出，可以将职场性骚扰解析为“双阶段两行为”，第一阶段是人格侵权行为，第二阶段是基于性骚扰行为引发的工作利益损失，经济上的损失应该归咎于用人单位的防治不力。这种解释看似可以确保工作利益损失得到补救，但该理论是通过完全割裂性骚扰行为与工作利益损害之间的关联来实现对工作利益损失的救济。将性骚扰完全视为因行为人私生活不检点或品德败坏所致，忽略了性别权力结构不均衡与性别歧视制度文化对性骚扰行为的支撑和鼓励作用。割裂性骚扰行为与单位防治不力、人格权益与物质利益之间的关系，实际上回避了性骚扰问题之根本。

例二：针对不特定对象实施性骚扰。假设女性 B 与多个同事一起工作，其中 A 当众多次讲黄色笑话，B 认为受到冒犯并主张性骚扰。依据性骚扰的侵权定性，由于工作并非只有两人在场，因此不足以表明 A 带有性意味的言辞系针对特定人 B 所实施，无法证明行为与伤害后果之间存在因果关系。有学者尝试从性骚扰侵犯劳动者工作环境权的角度进行破解，将女性劳动者遭受的性骚扰视为一种来自人的职业风险伤害，雇主基于对劳动者的保护照顾义务应主动防治，从而将不利后

果归咎于雇主。但这意味着妇女想要进入公共生活领域，就必须以随时遭受性骚扰为代价。

综上，证明性骚扰侵权成立至少需要满足 3 个要件，而基于侵权逻辑，任何一个要件的认定都可能存在性别盲点，最终导致许多情形被排除在法律禁止的性骚扰范围之外，致使受害人无法在事后获得救济。

（三）单位防治效果不佳

此外，在侵权逻辑下，同样被视为重要进步的单位防治性骚扰义务的实施效果也存在疑问。《民法典》第 1010 条第 2 款对单位课以防治性骚扰的法定义务，要求单位在其内部“建章立制”，大体上包括“合理预防—受理投诉—调查—处置”4 个环节。而基于对性骚扰的侵权定性，单位履行防治性骚扰义务呈现以下两个特点：一是将防治重点瞄准潜在加害人，围绕如何规范个体的言行举止和规制个人权力滥用设计一系列预防措施。例如，用人单位将禁止性骚扰明确写入劳动规章制度或其员工手册之中；学校编写专门的教师职业行为准则，制定教师职业行为负面清单。二是单位在源头治理上更侧重于对其管理场所的道德净化，因为性骚扰根源于加害人恶意的性动机和道德败坏。这在校园性骚扰的预防治理中尤为典型。自 2014 年起，教育部陆续发布了一系列规范性文件，将性骚扰防治纳入师德师风建设之中，明令禁止教师对学生实施性骚扰。

然而，由于单位防治义务的规则设计缺少了反性别歧视的考量，因此可能导致以下问题。首先，此类防治措施的有效性依赖于投诉渠道的有效利用。但是迫于结构性权力的威胁，或是为了维护基于社会性别认知所形成的女性“声誉”，受害妇女大多不愿意将受性骚扰事实公之于众。若是如此，是否可认定单位已尽到防治义务而将防治不力的责任归于受害人自身。其次，单位在收到举报投诉后展开调查，需要“预判”行为是否构成性骚扰，若识别性骚扰有性别盲点，则会影响单位采取进一步行动，如及时制止、实施惩戒或采取其他补救措施。最后，单位的“预判”结果代表其对性骚扰的容忍程度，单位组织内部的性别歧视文化越严重，情况就越糟糕，性别盲点可能也越多，单位更倾向于将性骚扰视为受骚扰者的个人问题，而对性骚扰行为人采取更宽容的态度。久而久之，性骚扰现象在单位逐渐被常态化、合理化和无形化，越来越难被识别。这种组织氛围还会导致受性骚扰者本人的容忍度升高，其为了生存或完成学业，不得不选择保持缄默、隐忍或充耳不闻，而不会积极地使用单位所提供的投诉救济措施。

三、反性骚扰立法性别特定化逻辑的正当性与优势

（一）性别特定化逻辑的正当性基础：性别实质平等

如果充分考虑整个社会的性别结构性不平等，仅以性别中立的侵权逻辑理解《民法典》反性骚扰条款就会出现上述问题，尤其不利于保护女性受性骚扰者。有学者指出，民法典将性骚扰视为对人格权的侵犯，仍然为将性骚扰认定为性别歧视预留了空间，因为歧视行为侵害的客体也是人格尊严。性别不平等问题实际上被简化为人之尊严受侵犯问题。而由于尊严的内涵过于模糊，“缺乏规范性内容”，因此“对人之尊严的损害”成为“一种表达了道德上错误或者不允许的集合概念”。判断是否构成性骚扰常常涉及行为的好或坏的道德评价，不可避免地受到社会性别观念的干扰，当对强加在妇女身上的不平等对待司空见惯时，很可能就不会认定为对尊严的贬低。因此，要维护妇女之尊严，恰恰需要正视性别不平等的真实存在。

“性别特定化”是一种追求实质平等的反性别歧视逻辑，其以男女存在实质不平等为逻辑起点，强调处理针对妇女的性骚扰伤害需要紧密联

系性别不平等的社会背景，充分考虑社会现实中的男女差异。

20 世纪 70 年代末，美国女性主义法学家凯瑟琳·麦金农从性别歧视视角出发，对职场性骚扰为何构成就业性别歧视进行了系统性论述，深刻影响了美国反性骚扰立法的实践和发展。对职场性骚扰适用反歧视法予以规制，不是“美国在自由雇佣制度背景下的一种无奈选择”，而主要是因为侵权法不足以解决性骚扰问题。首先，侵权法关注的是个体伤害，但性骚扰是“发生在个人层面上的社会之恶，是一种社会性的伤害”，与两性不平等的整体结构密切相关。“假如妇女的性被用作控制其赚取经济利益的手段，那么在生产关系中的两性关系就会影响妇女在社会中的地位；就如妇女在社会中的地位，使得她的性在经济上沦为可控制的部分。”其次，性本身即为一种不平等权力的体现，而侵权法路径却将其视为自然的生理之性，甚至有滥用道德主义之嫌。以往被视为最“自然”和最“正常”的男性生理需求，在某些形式上可能是文化的产物，造成了对妇女的歧视。将性骚扰视为违反道德的行为进行禁止，并为工作场所另设道德规范，只会建立新的禁忌，无法正视妇女自始蒙受的系统性不利。最后，性骚扰的确在很多时候构成侵权，但其真正的恶是对性自主权与工作利益造成叠加的伤害。当只有屈服于性要求才能换取工作利益时，性骚扰就成了工作上的一种“先决条件”，对工作的获得或升迁构成阻碍。无须经过妇女同意就对其进行肆意打量或触碰，成了工作条件的一部分。法律只有将性骚扰视为一种就业性别歧视，才能更有助于将妇女从维护尊严与获得职业发展的两难困境中解放出来，打破物质生存与性剥削之间的联结关系。

在我国的法律体系中并不缺乏类似的考量。《民法典》与《妇女权益保障法》之间一般法与特别法的关系绝不仅仅是一般规则具体化的关系。将妇女作为特殊主体予以特别规定包含了更深层次的规范考量。妇女因生理、历史或社会原因而处于弱势地位，应获得有别于“一般人”的法律保护。《妇女权益保障法》看似保护受害妇女的个体权益，却是以实现妇女群体在社会中的实质平等地位为目的。反性骚扰亦如此。现实中，性骚扰并非只是个别妇女的经验，而是全体妇女所面临的共同处境之一。受传统性别观念和社会性别分工影响，妇女在社会经济制度中处于结构性不利地位，助长了针对妇女性骚扰的发生。而性骚扰的结果又维系和加强了妇女的不平等地位。这也是为何在国际人权文件中性骚扰会被定性为一种性别歧视的原因。因此，《妇女权益保障法》中的反性骚扰条款绝非民法之私权保护逻辑的自然延展，而具有对社会利益的重要考量。并且，《民法典》与《妇女权益保障法》在对性骚扰的认定、对违法性的评估以及对因果关系的构建等方面均存在重要差异。如果将《民法典》的去性别化规范仅化约为人格侵权制度的一部分，那么除非消解掉《妇女权益保障法》对性别歧视问题的特别关照，否则就无法在《民法典》与《妇女权益保障法》间建立起通畅的制度衔接桥梁。特别法优于一般法的基本原则或许只能掩盖而非协调《民法典》与《妇女权益保障法》间缺乏一致性的规范逻辑。因此，在我国的法律体系中，对性骚扰的理解也理应将性别歧视作为必不可少的维度之一。

在反性骚扰实践中充分重视《妇女权益保障法》的性别特定化逻辑，在我国现阶段乃至今后很长一段时期内仍有现实必要性。《中国妇女发展纲要（2021-2030 年）》仍然强调我国当前“针对妇女各种形式的歧视不同程度存在，性别平等观念有待进一步普及”。因此，“去性别化”的内涵不应被化约为人格侵权，其背后的性别平等理念是民法典乃至整个法律体系都要实现的基本价值目标之一，而性别特定化的性别歧视逻辑理应是实现这一价值目标过程中的应有之义。“去性别化”与“性别特定化”不应对立，而应相辅相成，

如此方能实现《民法典》与《妇女权益保障法》之间的衔接，构建融贯的反性骚扰法律制度。

（二）性别特定化逻辑的优势

以性别特定化逻辑理解反性骚扰规范的重要意义在于充分考虑了性骚扰的性别歧视维度，丰富了性骚扰概念的内涵，扩展了性骚扰概念的外延，有助于克服侵权逻辑实践中存在的问题。

1. 消除性骚扰认定的性别盲点

（1）从“违背意愿”到“不受欢迎”。考虑到性骚扰的结构性和社会性，主观要件的证明应侧重于受害人的主观感受。即使行为人没有骚扰的故意或意图，但因在效果上造成或加剧了受害妇女的不平等地位，或者应当注意到行为将会贬低妇女人格却没有注意，故行为也可能构成性骚扰。对于性骚扰的认定，有不少国家以行为是否为受害人“不受欢迎”替代行为是否违背受害人意愿。例如，美国平等就业机会委员会在 1980 年颁布的指导性意见中指出，性骚扰包括“‘不受欢迎的’性挑逗、性要求以及其他性方面的口头或身体行为”；2006 年《德国一般平等待遇法》第 7 条规定雇主不得实施一切“不受欢迎的”与性相关的行为。

（2）融入社会性别意识的客观标准。对于主观上是否存在过错、行为是否受欢迎或者行为是否严重到构成性骚扰等方面的判断，通常需要建立并参照一种相对客观的标准。但是，因为性骚扰本身就是一个区分性别的问题，一般“理性人”标准的适用无法反映受害妇女的独特利益和真实感受。美国采用了“理性女人”作为参照标准，这一人格化形象更加具体化且富有情感，既具有受害妇女的个体性特征，也结合了妇女群体的社会性别因素，更能反映所有妇女的社会处境和不利地位。让男性裁判者保持敏感的社会性别意识，设身处地地代入女性视角可以弥补以其自身视角理解性骚扰可能存在的偏颇。还须澄清的是，融入社会性别意识的参照标准并非意在袒护女性，而是为了尽可能地摆脱性别偏见和有害刻板印象，以确保妇女的主张被充分理解。

（3）弥合侵权因果关系的断裂。首先，基于性别歧视的理解能够通过重构性骚扰行为与利益损失之间的因果关系，更有力地维护其人格权益和其他利益。前文所举的例一是在国际上非常典型的利益交换型性骚扰，指受害人因拒绝性要求或性提议而遭受解雇、降级、减薪等有形的利益损失。基于性别歧视的理解，应将性骚扰行为的出现视为单位防治不力的可能性，从对性骚扰的预防到避免受害人出现利益损失的事后救济，整个过程构成了单位防治义务的完整内容。由此，可将性骚扰行为的发生作为主张单位防治不力的证据，从而将举证责任转移至单位一方，其需要证明已对防治尽责来免除责任。基于这种因果关系的重构而确立的单位责任，相较于“双阶段两行为”论能够更好地处理性骚扰给受害妇女造成的双重伤害。

其次，如前文例二所展示的是敌意环境型性骚扰中较为极端的例子，由于行为的实施并不针对任何特定对象，因此基于去性别化的个体侵权逻辑是无法建立起因果关联的。美国也曾有过类似案件，在其著名的“罗宾逊诉杰克逊维尔船厂案”中，原告是船厂的少数女熟练工之一，她控诉“工作区域的墙壁上写满辱骂性语言……张贴了描绘裸体女性、半裸体女性或性行为的图片”。但事实上这些言辞和图片并非针对她个人。审理该案的法院认为，“色情制品和性玩笑话会导致男性把女同事当作性对象，性化了整个工作环境，对所有女性雇员造成伤害”，构成可诉的性骚扰。

2. 单位防治义务及其公共利益

《民法典》首次在法律层面对单位课以防治性骚扰的义务，2022 年修订的《妇女权益保障法》又进一步突出规定了用人单位和学校的防治义务，这本身就是对性骚扰具有性别歧视属性的最好佐证。

首先，从单位防治义务的理论基础看，有不少学者认为该项义务来源于民法上的安全保障义务，但如果将性骚扰定性为单一侵权属性，则很难完全解释得通。安全保障义务产生于场所/活动的公共性，作为一项保障不特定人利益的法定义务，保护的是公共利益或社会利益。如果将性骚扰视为个体间的侵权，那么又涉及何种公共利益呢？

其次，从违反安全保障义务适用过错责任的归责原则看，单位承担责任是因为应当注意而没有注意到性骚扰发生。但问题是，法律为何有必要规定单位应当注意哪些个体基于性欲或性意图而对他人作出的性提议和言行举止呢？真正的原因应该是特定场所中权力结构与性别权力的紧密结合导致工作场所和教育机构中性骚扰多发，立法者也因此认为单位“应当注意到”性骚扰的发生。单位应尽的防治义务内容不局限于帮助受害个体维权和止损，还应注意到单位制度性权力与性别权力互嵌必然带来的负面后果，并为消除组织内部的性别歧视、促进性别平等而努力，这也是单位有义务关注到的社会利益和公共利益。

最后，从完善救济体系的角度看，创设单位防治义务隐含了这样一层意思：性骚扰绝非只是个体之间的侵权问题，还是性别结构性不平等在单位组织中的体现，仅仅依靠事后的侵权救济不足以解决性骚扰问题。侵权制度的功能旨在弥补损害、恢复原状和恢复社会秩序，而性骚扰是一种值得深刻检讨的社会问题，还必须依靠社会力量积极防治，只有这样才能更彻底和有效地保护妇女的尊严，实现反性骚扰制度的目的。

四、性别特定化逻辑下《民法典》反性骚扰条款的规范再造

民法典作为“调整私人生活和私人利益关系的‘百科全书’式法典，居于私法基本法地位”。为了避免破坏整个民法教义学体系的自洽性，民法应当尽量保持中立，在立法技术上往往更多采用去性别化和去身份化的语词，不以职业、身份或性别为依据对当事人的权利义务进行分类规定。因此，《民法典》第 1010 条对性骚扰进行去性别化规定，符合其私法品性和功能定位。但如上文所述，若将去性别化立法逻辑仅仅理解为人格侵权逻辑，则可能过于狭隘。《民法典》是以人权的人民性为价值指引，充分贯彻人权平等共享原则，不仅要求民事权利主体的普遍性和民事权利保护的形式平等性，而且关注具体的人，承认并尊重历史文化传统和社会结构中存在差异的妇女群体对权利保护的特殊要求，以实现实质平等保护。对此，《民法典》主要通过设置“民法特别法链接条款”（第 128 条）的外接方式，与《妇女权益保障法》中反性骚扰的社会化规范衔接起来。鉴于此，应当以侵权逻辑为基础，引入性别特定化逻辑，即增加性别歧视视角，重塑《民法典》去性别化的反性骚扰规范内涵。

（一）性骚扰兼具人格侵权与性别歧视双重属性

由于《民法典》第 1010 条第 1 款只规定性骚扰的特殊要件，并没有明确究竟何为性骚扰，因此就有必要基于双重视角先从整体上把握性骚扰的内涵与外延，在此基础上再来分析各项特殊要件如何理解和适用。

在我国，性骚扰的核心要素被提炼为“具有性意味或性内容”，或“性本质行为”。“性”常被理解为生理学意义上的性，就如“吃喝拉撒一样，属人之本能”。但是实际上，“性”的含义“不局限在床笫之欢或表面的生育行为……不专指关涉生殖器的接触、刺激或感觉，也不是狭义地指性需求、性欲或性爱”。“性是自然的，也是社会的。”性骚扰之发生，不能完全归咎于某个体的恶意性冲动，而更可能根源于性别结构性不平等的文化或制度。性骚扰既包括基于性欲或性意图所实施的性骚扰，也包括那些基于性别（尤指社会性别）所实施的性骚扰。在面对一些言辞不够露骨、不明显与性有关的情形时，不能简单地以不构成人格侵权而否定之，还需要进一步审查是否构成性

别歧视。但是，如此主张不免导致性骚扰概念泛化的可能，甚至会出现个别学者所担忧的法律对性骚扰无能为力而成了社会文化的责任。因此，有必要明确法律层面上性骚扰的范围。

第一，我国法律语境下的性骚扰应排除达到犯罪行为程度的性侵害。“性骚扰”一词在美国被提出，是针对那些够不上犯罪、在法律上无法被定性却又普遍存在于工作场所的性胁迫或性侵犯现象的统称。

第二，虽然性骚扰属于一般违法行为，但区分发生的场所又有广义与狭义之分。美国采取狭义的性骚扰概念，特指职场和校园性骚扰，并且排除了对侵权法的适用，只适用反歧视法律处理。而我国自 20 世纪 90 年代引入“性骚扰”一词以来采取的都是广义的概念，泛指发生于一般公共场所的性骚扰。《民法典》第 1010 条对性骚扰的规定不限于特定场所，但在适用时可根据性骚扰是否发生于性别不平等被制度化的场合，将我国语境下的性骚扰再划分为两小类，以此明确需要应用性别特定化逻辑的重点情形。第 1 类是发生在一般公共场所陌生人之间以及单位外部人员对单位内部人员实施的性骚扰。这类性骚扰的发生由于相对脱离了性别体制化环境而呈现出一些特点，如行为人基于性欲的恶意动机明显，侵权行为外观明显，受性骚扰者敢于果断拒绝、反抗或报警。在认定这类性骚扰时，虽然也要防止对受害妇女产生性别偏见，但通常基于民事侵权法即可加以识别和处理。第 2 类是指特定场所中上级针对下级或平级同事之间以及教师对学生的性骚扰。这类性骚扰由于发生在性别权力与制度性权力互嵌的场合，因此尤其需要采用性别歧视视角，拓宽性骚扰的认定要件。

（二）拓宽性骚扰的认定要件

1. 违背他人意愿

“违背意愿”是一个看似合理的要件，因为不违背意愿的性并不会侵犯性自主。对其判断，通常看受害者是否“自愿”，或者是否有及时坚决的反抗，来推断行为人主观上是否存在故意。但是如前文所述，这无法将处于结构性不利地位的妇女从“被迫自愿”的证明困境中解救出来。因此，在适用该要件时要适当作宽泛理解。

“违背意愿”不仅限于行为人主观故意情形，还包括应当注意而没有注意的过失情形，强调从关注行为人的主观故意转移到受害人的感受体验，只要行为是不受对方欢迎的就可认定为违背意愿。例如，同样将性骚扰定性为侵犯人格尊严的德国，在其法律实践中引入了美国法“不受欢迎”的审查标准，不再要求行为人具有侵犯受性骚扰者尊严的主观故意。这意味着，行为人不能以“仅仅是开玩笑”或有“误解”等作为抗辩理由。“不受欢迎”的调查强调是一个背景调查，须结合个案发生情况、单位组织内部的性别歧视环境和权力结构以及外部社会性别环境等因素进行综合判断。例如，受性骚扰妇女平时会使用脏话，甚至加入其他男同事的黄色笑话中，努力成为其中一员，并不当然意味着行为是受她欢迎的。特别是当工作场所的性骚扰或性别歧视根深蒂固，妇女不得不假装愿意加入不受欢迎的活动时，性骚扰行为不该被视为受到欢迎。再如，已有许多研究证明，理性女人不会轻易投诉。因此，以受害女性有无及时启用单位内部的防治制度来判断行为是否受其欢迎，也仅具有相对意义。

2. 言语、文字、图像、肢体行为等方式

《民法典》第 1010 条第 1 款还列举了性骚扰的几种行为方式，但在实践中认定行为的性质时，不能仅以行为的性意味或性内容为标志，还应包括性别歧视效果。性骚扰可能是基于社会性别而非性欲或性意图所实施。例如，在某个案件中，行为人评价对方“站在那里是亭亭玉立，坐在那里很工整的，走起路来飘飘然的，就是不知道睡觉是怎样的情况”。人民法院认为，“被告言语的确有失分寸，但该言辞与性没有直接关联，尚未构成性骚扰”。再如，在另一案件中，行为人发布消

息“有生理需要的去找她”，人民法院基于《新华字典》的注释认为生理需要可以被理解为机体的生命活动和体内各器官的机能需要，不宜认定为性骚扰。但是实际上，判断性骚扰还应考虑其社会性，有些听起来习以为常或符合女性气质的评论却置妇女于屈从地位，甚至将其自然地视为性欲的对象，可能构成性别歧视的性骚扰。

另外，《民法典》第 1010 条第 1 款指出性骚扰存在言语、文字和图像形式，说明性骚扰不局限于肢体的直接触碰。肢体触碰一般只能当面进行，但言辞或图像形式的性骚扰既可以当面，也可以经由其他通信工具或手段实施，而无论是否当面实施性骚扰，既可能针对特定对象实施，也有可能指向非特定对象。其中针对不特定对象的性骚扰最容易被忽视，因为如果仅依据侵权逻辑，这类行为无法被认定为侵权，但可能造成性别歧视的效果。对该类性骚扰，可以再分为两种情形讨论：如果性骚扰的实施没有指向特定对象，但言辞或图像明显是针对女性，那么可以通过比较相反性别的男性没有遭受类似对待来证明构成基于性别的歧视行为是性骚扰；若行为指向非特定对象，并且内容无明显针对妇女群体，则需要有证据证明行为对妇女造成了不成比例的重大影响。

当然，拓宽性骚扰的认定标准并不意味着将法律的天平一味地向妇女倾斜。纳入性别歧视视角的目的终究是为了矫正社会中存在的性别不平等，避免性骚扰认定失之偏颇。因此，人民法院在基于性别歧视的理由认定性骚扰时，应注意以下几个方面：在说理论证时应当充分说明特定性骚扰行为背后的社会性别歧视因素；需要权衡反性骚扰与言论自由、妇女权利与单位利益等不同社会利益之间的冲突，以避免性骚扰认定过度扩张；过于激进的法律行动往往无法获得预期的实效，还须充分考虑我国时下的社会性别观念，以法律效果与社会效果相统一为原则，逐步拓展对性骚扰行为的认定，实现对性别歧视的矫正和妇女权利的平等保护。

（三）增加单位防治义务的内容

《民法典》第 1010 条第 2 款的规定较为笼统，且限于“建章立制”的内容。2022 年修订的《妇女权益保障法》第 24 条和第 25 条分别设置了学校和用人单位的防治性骚扰义务条款，对《民法典》一般规定进行细化，同时又补充了“教育宣传”和提供“积极帮助”的防治义务内容。有学者指出，《妇女权益保障法》的规定如此详细，今后在处理以其他性别为受害人的性骚扰案件时，有被类比适用的可能。但是实际上，更应重视的是引入《妇女权益保障法》的性别特定化逻辑，关照性骚扰兼有性别歧视属性。单位防治义务的内容不应局限于防范潜在的侵权行为人，还要致力于改变其组织内部的性别歧视环境及结构性不平等制度。

首先，需要考虑单位完成建章立制但受性骚扰者没有启用的情形。美国的反性骚扰实践曾暴露出同样的问题。美国的雇主对其管理人员实施的、没有造成有形经济损失的性骚扰，需要承担推定替代责任，除非其可以同时证明：“（a）雇主已经设置反性骚扰措施，对阻止和纠正任何性骚扰行为尽到合理注意，且（b）受性骚扰雇员没有合理利用雇主所提供的措施，或以其他方式避免损害发生”。然而，在结构性性别不平等的背景下，受害妇女很难及时投诉，上述“（b）”项很容易被证明。雇主为了满足免责的条件，通常只需要做到“文件柜合规”，“发布一项反性骚扰的政策”，然后就可以“袖手旁观，等待听取违规的投诉”。于是，雇主推行的反性骚扰措施没能起到很好的防治效果，逐渐流于纸面形式，甚至可借此轻而易举地规避法律责任。鉴于此，对受害妇女不启用单位防治制度的情况需要进行实质性考察。若是由于单位建立了相关制度但没有让其组织成员充分知晓，那么受害者可以通过证明单位没有进行持续性宣传或展开必要的教育和培训，以此说明单位未完全尽到防治义务。对于单位有

进行宣传培训但受害妇女不予启用，此种情况发生的原因比较复杂，不能简单归咎于受害妇女自身的问题。如果她能够证明单位内部存在结构性性别歧视使她不敢及时启用单位的防治制度，那么单位仍然要承担不利的法律后果。

其次，如果受害者启用了单位内部的防治制度，那么单位是否只要按章办事就可以被认定为尽到防治义务呢？这需要分两步来看：

1. 从形式上判断单位是否尽到“建章立制”的义务

目前，单位的普遍做法是将禁止性骚扰的相关措施明确写进规章制度中，规章制度具有“准法规”效力，成为单位处理内部性骚扰事件的具体依据。2023 年 3 月 8 日，人力资源社会保障部等 6 个部门依据 2022 年修订的《妇女权益保障法》以及其他劳动法律法规发布了《消除工作场所性骚扰制度》（参考文本），今后可供指导用人单位制定完善有关规章制度。但美中不足的是，整套制度的设计只是围绕性骚扰个案的发生而展开，单位似乎成了与性骚扰事件无关的“裁判者”。实际上，个案发生的意义不应局限于个案，还可能反映单位内部存在的结构性不平等问题。单位组织内部的性别歧视氛围也可能是助长性骚扰发生的主要原因。因此，单位“建章立制”的义务内容还应当包括对其组织内部结构性性别歧视的监督和矫正机制，包括制定推动性别平等的策略和具体方案；定期自查，监测性别平等方案的实施情况；创建性别平等的组织文化；充分发挥工会女职工委员会的职能，及时发现、反映、督促解决女职工遭受的性别歧视问题，等等。

2. 从实质上判断单位按章办事的实际效果

尽管有形式上完备的预防和制止性骚扰制度，但在存有结构性性别歧视的情况下，性别中立的按章办事对于男性受害者或许是有用的，但不一定有助于实现妇女的权利，甚至可能会形成章程范围内的“障碍”。例如，在最高人民法院发布的指导案例 181 号“郑某诉霍尼韦尔自动化控制（中国）有限公司劳动合同纠纷案”中，霍尼韦尔公司建立了工作场所性骚扰防范培训机制，并且规定应确保下属能畅所欲言且无须担心遭到报复，所有担忧或问题都能专业并及时地得以解决。但是，当受性骚扰的下属女职工任某向负责人员郑某（男）投诉反映其遭到郑某的上级邓某（男）言辞性骚扰时，郑某反而责怪任某不合群，并将她开除。事实上，单位对其内部的受性骚扰妇女还应有支持和协助维权的义务，而该积极义务的履行最主要体现在按章办事的过程中。界定单位是否尽到防治义务，应该结合形式上的程序性因素以及实质性效果进行综合判断。

五、结 语

《民法典》第 1010 条对性骚扰进行去性别化规定，旨在实现对受害人的全面保护，彰显了以人为本的时代精神。但是，不能将去性别化狭隘地理解为一种侵权逻辑，否则就无法充分考虑男女之间在生理、心理和社会地位等方面的差异，从而导致反性骚扰条款内涵的窄化。事实上，《民法典》通过外接《妇女权益保障法》的方式，实现对妇女特殊群体民事权利保护的实质平等。而《妇女权益保障法》的新近修订及其性别特定化逻辑反过来又提示我们应当重新审视《民法典》去性别化规范的内涵。要在《民法典》与《妇女权益保障法》之间建立融通的衔接，健全反性骚扰法律制度，就应当充分重视《妇女权益保障法》贯彻的性别特定化逻辑及其内在的价值目标，并将其引入《民法典》的理解中，在侵权逻辑基础上纳入性别歧视视角，重新构建《民法典》去性别化的反性骚扰规范内涵。基于此，性骚扰兼具人格侵权与性别歧视双重属性，在认定性骚扰时应把握其主观性和社会性特征，拓宽认定要件的适用；对单位防治性骚扰义务的设定，应基于结构性性别不平等的事实，在具体规则中增加反性别歧视的内容。如此，《民法典》反性骚扰条款才能真正有效地保护“她/他”的权益，让性骚扰防治彰显实效。

华政学报 | 刘敏 我国家事司法中婚姻家庭辅导教育的体系建构

原创：2024-04-11 华东政法大学学报 刘敏
https://mp.weixin.qq.com/s/jCizVNI_KPw-9f4YOU5o7A

作者简介

刘敏　南京师范大学法学院教授，中国法治现代化研究院、江苏高校区域法治协同创新中心研究员，法学博士
本文系国家社会科学基金后期资助项目“家事司法正义实现研究”（项目号 22FFXB016）的阶段性研究成果。

目 次

一、家事司法中婚姻家庭辅导教育的意义分析
二、家事司法中婚姻家庭辅导教育制度的正当性基础
三、我国家事司法中婚姻家庭辅导教育制度的体系性构架
四、我国家事司法中婚姻家庭辅导教育制度的实施
五、结语

摘 要

家事司法中婚姻家庭辅导教育制度回应了家事案件特殊性、实现家事司法正义和发挥家事司法人际关系调整功能的要求，其设立具备相应的理论根据和正当性基础。尽管 2022 年实施的《家庭教育促进法》规定了家庭教育指导制度，但与家事司法中的婚姻家庭辅导教育制度还存在很大区别，我国应当通过法律予以明确规定。在当事人向法院起诉以后，法院立案之前，法院可以建议当事人参加婚姻家庭辅导教育；在家事案件立案以后的诉讼全过程，法院都可以建议或者要求当事人参加婚姻家庭辅导教育。在法律规定强制参加婚姻家庭辅导教育的情况下，如果当事人不参加，法院可以对其进行训诫，并可以将当事人不参加婚姻家庭辅导教育的情况作为家事案件裁判，特别是考量未成年子女最佳利益的一个参考因素。我国应该通过多种途径实施家事司法中的婚姻家庭辅导教育。

关 键 词

家事司法　婚姻家庭辅导教育
亲职教育　家事司法正义

自 20 世纪 70 年代后期以来，许多国家和地区倡导用替代诉讼的纠纷解决机制（ADR）来弥补传统诉讼程序在接近正义（Access to Justice）方面的不足，替代诉讼的纠纷解决机制与诉讼共同成为接近正义的重要途径。与此同时，法院对家事案件的处理出现了以父母教育（Parental Education）为主要内容的婚姻家庭辅导教育机制，许多国家和地区将父母教育作为家事司法的一项重要内容，甚至强制要求当事人接受父母教育。我国立法长期以来没有将婚姻家庭辅导教育列入家事司法的内容，近年来，我国最高司法机关和立法机关开始关注家事司法中的婚姻家庭辅导制度。2019 年 8 月，最高人民法院和全国妇联颁发的《关于进一步加强合作建立健全妇女儿童权益保护工作机制的通知》提出，在涉及未成年人的

离婚、抚养费、抚养权、探望权等亲权关系诉讼中，人民法院应当加强对家长进行亲职教育；2022 年 1 月 1 日起实施的《家庭教育促进法》规定的家庭教育指导制度涉及家事司法中的婚姻家庭辅导教育。然而，由于在普通财产型诉讼中不存在婚姻家庭辅导教育机制，诉讼正义价值和纠纷解决功能的实现不需要婚姻家庭辅导教育机制。传统民事诉讼理论包括民事诉讼价值理论和民事诉讼功能理论无法解释家事司法中的婚姻家庭辅导教育制度，必须突破传统民事诉讼理论，寻找家事司法中婚姻家庭辅导制度的理论根据和正当性基础。在我国家事司法中推行婚姻家庭辅导教育机制的背景下，有必要对家事司法中婚姻家庭辅导教育制度进行深入研究，以推动我国家事诉讼法学理论体系、制度体系和学科体系的创新和完善。有鉴于此，本文在分析论证我国家事司法中婚姻家庭辅导教育制度正当性的基础上，提出我国家事司法中婚姻家庭辅导教育制度的体系性构架及其实施的基本思路。

一、家事司法中婚姻家庭辅导教育的意义分析

在我国，婚姻家庭辅导教育是家事司法中的一项新型制度。因此，必须首先厘清什么是家事司法中的婚姻家庭辅导教育。

（一）家事司法中婚姻家庭辅导教育的含义

家事司法中婚姻家庭辅导教育是指在家事司法中强制要求或者建议当事人参加婚姻家庭辅导教育，帮助当事人学习掌握处理婚姻家庭关系的知识和技能，促使当事人正确处理婚姻家庭关系。

家事司法中婚姻家庭辅导教育具有以下四个方面的特点。

首先，家事司法中婚姻家庭辅导教育是在家事司法过程中的婚姻家庭辅导教育。在社会生活中，婚姻家庭辅导教育是多方面多层次的。2020 年，民政部和全国妇联联合颁布的《关于加强新时代婚姻家庭辅导教育工作的指导意见》中提出的婚姻家庭辅导教育包括婚前辅导教育、婚姻登记过程中的婚姻家庭辅导教育、离婚冷静期的婚姻家庭辅导教育等。民政部门和妇联开展的这些婚姻家庭辅导教育不属于家事司法中的婚姻家庭辅导教育。在家事审判方式和工作机制改革过程中，我国一些法院与民政部门合作开设婚姻课堂，派出法官参与婚姻家庭辅导教育工作，例如，山东省武城县人民法院与民政局签订《关于构建武城县家事工作协作机制的实施方案》规定，在婚姻登记处设立“婚姻课堂”，由人民法院定期指派或聘请家事法官、心理咨询师、婚姻家庭咨询师、专家学者对登记结婚的公民进行婚前授课。这种婚姻家庭辅导教育虽然有法官参与，但并不属于家事司法中的婚姻家庭辅导教育。家事司法是指法院处理身份关系诉讼案件、与身份有关的财产关系诉讼案件及涉及监护、探望等家事非讼案件的活动。家事司法中的婚姻家庭辅导教育是在当事人诉诸法院以后法律强制要求或者法院建议家事案件当事人参加的婚姻家庭辅导教育。澳大利亚《家庭法》第 13C 条规定法院可以在诉讼的任何阶段作出指示要求诉讼当事人一方或者双方参加家庭咨询，这种家庭咨询就属于家事司法中的婚姻家庭辅导教育。

其次，家事司法中婚姻家庭辅导教育的决定主体是法院。家事司法中婚姻家庭辅导教育是法院依法要求或者建议当事人参加婚姻家庭辅导教育。家事司法中的婚姻家庭辅导教育的决定主体不同于婚姻家庭辅导教育的实施主体。婚姻家庭辅导教育的实施主体是多元的，可以是专门从事婚姻家庭咨询的机构、妇联、基层组织，甚至可以是当事人的亲朋好友。在家事司法过程中，如果家事案件当事人自己寻求婚姻家庭咨询，接受婚姻家庭辅导教育，则不属于家事司法中的婚姻家庭辅导教育；如果妇联、基层组织或者亲朋好友主动对家事案件当事人进行婚姻家庭辅导教育，则也不属于家事司法中的婚姻家庭辅导教育。

再次，家事司法中的婚姻家庭辅导教育的方式是多样的。家事司法中婚姻家庭教育可以是以家庭为对象进行婚姻家庭咨询，也可以是对单个当事人即单个家庭成员进行婚姻家庭辅导教育；可以是法院委托或转介进行婚姻家庭辅导教育，也可以是法院亲自进行婚姻家庭辅导教育。

其一，以家庭为对象的婚姻家庭辅导教育与以一方当事人为对象的婚姻家庭辅导教育。（1）以家庭为对象的婚姻家庭辅导教育。以家庭为对象的婚姻家庭辅导教育实际是以家庭为对象的婚姻家庭咨询，具体是指在特定社会文化背景下，以系统论、控制论为理论基础，以家庭心理咨询技术为指导，以家庭为对象的心理、教育、社会、伦理、法律、经济整体辅导模式。其目标是协调家庭解决各种困难问题、消除异常情况、调整不良关系，发挥正常、积极的家庭功能，促使家庭和谐，每个家庭成员健康发展。在域外，这种以家庭为对象的婚姻家庭咨询称为家庭治疗（Family Therapy）。通常，家庭是由那些在法律上有权利义务的一定范围内的亲属组成的社会生活单位，这里的亲属是指因婚姻、血缘和法律拟制而产生的亲属。家庭系统观认为，某个家庭成员的发展与行为不可避免地要与家庭成员存在相互联系，个体的症状应该被视为其家庭模式或习惯的一种表达和体现。因此，将家庭及人际关系视为一个整体并在这种前提下进行治疗将最能促进个体的改变。这是家庭治疗的一个核心原则。家事司法中以家庭为对象的婚姻家庭咨询，就是将所有当事人即案涉的全体家庭成员作为机能单位进行咨询辅导，帮助他们改善家庭成员之间的关系，度过离婚等困难时期。（2）以一方当事人为对象的婚姻家庭辅导教育。在以家庭为对象的婚姻家庭咨询出现之前，往往将求助者个体作为咨询的目标或对象。这种以个体作为咨询对象的治疗方法为个体疗法。这种个体疗法仍然有其积极作用，在有些情况下如无法通过家庭治疗的情况下，可以通过个体疗法进行咨询。在家事司法中，法院可以要求或建议一方当事人即单个家庭成员参加婚姻家庭辅导教育。

其二，法院委托或转介的婚姻家庭辅导教育与法院亲自进行的婚姻家庭辅导教育。（1）法院委托或转介的婚姻家庭辅导教育。在家事司法过程中，法官不一定有能力进行专业的婚姻家庭辅导教育，法官可以委托或转介，建议或要求当事人参加社会提供的婚姻家庭辅导教育。2007 年国家人力资源和社会保障部公布了国家批准的第九批新生行业，确立了婚姻家庭咨询师作为国家认可的正式职业，婚姻家庭咨询师成了为在恋爱、婚姻、家庭生活中遇到各种问题的求助者提供咨询和辅导服务的职业人员。2016 年 12 月，国务院印发《关于取消一批职业资格许可和认定事项的决定》，取消了国家对婚姻家庭咨询师的职业资格许可和认定。尽管国家取消了对婚姻家庭咨询师的职业资格许可，但婚姻家庭咨询师的职业还是存在的。社会上有一批婚姻家庭咨询机构专门从事婚姻家庭辅导、咨询等工作，法院可以通过委托或者转介的方式，建议或者要求家事案件当事人参加这些机构实施的婚姻家庭辅导教育。（2）法院亲自进行的婚姻家庭辅导教育。这种辅导教育方式是很多的，法院可以在庭前通过播放婚姻家庭教育片，让当事人接受婚姻家庭辅导教育；法院也可以在庭审中对当事人进行婚姻家庭辅导教育，例如，在庭审小结时，有的法官会对当事人进行婚姻家庭辅导教育；法官还可以通过裁判文书说理方式、裁判文书寄语方式对当事人进行婚姻家庭辅导教育。

最后，家事司法中婚姻家庭辅导教育的内容是多样的。婚姻家庭辅导教育的内容相当广泛，根据 2007 年全国妇联婚姻家庭研究会受人力资源和社会保障部委托编写的《婚姻家庭咨询师国家职业标准》的要求，婚姻家庭咨询师的工作范围包括恋爱择偶咨询、夫妻关系咨询、亲子关系咨询、家庭冲突咨询、其他家庭成员关系咨询及家庭财产争议咨询。2014 年杭州市民政局和杭州

市标准化学会起草、杭州市质量技术监督局发布的《婚姻家庭辅导服务工作标准》规定，婚姻家庭辅导包括婚前辅导、婚姻家庭咨询、离婚劝导和调解、法律咨询和其他婚姻家庭有关的辅导、咨询。家事司法中的婚姻家庭辅导教育并不涵盖婚姻家庭咨询师工作的全部内容和诉讼外的婚姻家庭辅导教育的全部内容。在域外一些国家，家事司法中的婚姻家庭辅导教育仅仅是父母教育，这是由该国家和地区的家庭结构、案件所涉及的人际关系状况等因素所决定的。根据我国的家庭结构和案件所涉及的人际关系状况，我国家事司法中的婚姻家庭辅导教育内容主要有：（1）夫妻关系的咨询和辅导。在家事司法中，夫妻关系的咨询和辅导主要有新婚磨合期辅导、夫妻关系调适辅导等。这种夫妻关系的咨询和辅导发生在离婚诉讼中进行，因为，离婚诉讼的发生有的时候就是由于当事人不会处理夫妻关系而导致的。（2）亲职教育。亲职教育就是要辅导或教育父母如何成为称职的家长。亲职教育主要发生在离婚诉讼、抚养费诉讼、抚养权诉讼、探望权诉讼等案件中，这种亲职教育实际上是对离婚的父母进行的亲职教育。（3）其他家庭成员关系的咨询和辅导。家事司法中提供的其他家庭成员关系的咨询辅导主要有兄弟姐妹关系的咨询辅导、祖孙关系的咨询辅导、姻亲关系的咨询辅导。（4）家庭暴力防治咨询和辅导。通过分析评估家庭暴力的起因、类型、发展过程及风险程度，为家事案件当事人提供防治家庭暴力的建议和其他服务。

（二）家事司法中婚姻家庭辅导教育与通常纠纷解决机制的区别

在我国普通财产型诉讼中，纠纷解决机制通常就是审判和调解。家事司法中婚姻家庭辅导教育机制不属于纠纷解决机制，它与普通财产型诉讼中的审判和调解有着显著的区别。

第一，所运用的学科知识不同。通常的审判和调解就是利用法学专业知识对当事人之间的纠纷作出裁判或者促成当事人互谅互让达成调解协议，法官和调解人员可以不需要其他专业知识。而家事司法中的婚姻家庭辅导教育需要利用心理学、教育学等专业知识，从事婚姻家庭辅导教育的专业人员往往是心理学、教育学方面的专家。

第二，工作目标不同。通常的审判和调解的目标就是通过裁判或者调解解决当事人之间的法律纠纷；而家事司法中的婚姻家庭辅导教育机制的直接目标不是解决法律问题，其直接目标是指导当事人学习处理婚姻家庭关系的知识和技能。例如，在家事司法的婚姻家庭辅导教育中，教育当事人如何处理好夫妻关系，教育当事人学会如何为了孩子的最大利益而合作，教育当事人如何在离婚后重构新的家庭关系（即当事人在离婚后如何继续保留他们作为父母的角色）。当然，尽管家事司法中的婚姻家庭辅导教育的直接目标不是帮助当事人解决纠纷，但通过婚姻家庭辅导教育有助于彻底解决当事人之间的法律纠纷。

第三，遵循的原理原则不同。审判必须遵循正当程序原理，给予当事人充分的程序保障，普通调解必须遵循自愿合法原则；家事司法中的婚姻家庭辅导教育根据情况实行强制原则，通过法律强制要求当事人参加婚姻家庭辅导教育，婚姻家庭辅导教育有时还需遵循心理咨询的有关原理，家事司法中的婚姻家庭辅导教育不涉及审判中的正当程序问题。

二、家事司法中婚姻家庭辅导教育制度的正当性基础

为什么家事司法中会存在婚姻家庭辅导教育制度？传统的民事诉讼理论不能完全解释和回答这个问题。我们必须从家事诉讼法学的理论视野来寻找家事司法中婚姻家庭辅导教育制度的正当性基础。其实，家事司法中婚姻家庭辅导教育制度的存在是由多种因素决定的，家事司法中婚姻

家庭辅导教育制度的正当性基础至少有以下三个方面。

（一）应对家事案件特殊性的要求

发生在家庭成员之间的家事案件具有特殊性，家事案件具有非理性、伦理性、情感性及当事人关系的长期性等特点。家事案件的非理性表明家事案件当事人有时是非理性的，当事人之间存在强烈情绪对立和情感冲突，这种强烈的情绪对立和情感冲突有时会压倒理性思考，并影响当事人的正确判断；家事案件的伦理性表明作为家事案件当事人的家庭成员之间具有伦理关系，夫妻互相忠诚、相亲相爱、尊重长辈、敬老爱幼、兄弟姐妹团结互助都是对家庭成员的伦理要求，等价有偿等商品经济交换原则在家庭生活中不再适用；家事案件的情感性表明作为家事案件的当事人的家庭成员之间是存在亲情和感情的，血缘亲情不会因诉讼结束而消除，亲情和感情是弥足珍贵的，是金钱难买的，需要尽力维护；家事案件当事人关系的长期性表明即使家事案件的诉讼结束了，家事案件当事人往往在子女抚养、探望、老年人赡养等方面存在长期的关系，需要长期的合作，家事案件的处理应当尽力维护好家事案件当事人之间的关系。

可见，家事案件具有综合性，家事案件当事人之间不仅存在着法律争议，而且夹杂着情感冲突和人际关系冲突；家事案件当事人不仅存在法律上的诉求，有时还会存在情感上的诉求。正因为在法律诉求背后隐藏着情感冲突和情感诉求，往往使得家事纠纷“真正”的争点难以发现。对家事案件的处理不能仅仅从法律上解决法律争议，还应当努力消除当事人之间的情感冲突、人际关系冲突；对有些家事案件的处理不能仅仅着眼于当前的争议解决，而且应当着眼于未来，推进当事人之间未来建设性关系的形成。因此，对家事案件的处理不能仅仅利用正式的审判机制，还需要利用其他机制。对家事案件的处理，需要利用多学科或曰跨学科知识处理，对家事案件的处理不能仅仅由法律专家就实体法的要件事实是否存在作出判断，并适用法律作出裁判，而且需要从社会上、心理上、情感上进行妥善处理。家事案件的特殊性要求对当事人进行婚姻家庭辅导教育，以帮助当事人学习掌握处理婚姻家庭关系的知识和技能，促使当事人正确处理婚姻家庭关系。美国长期关注家事司法的学者芭芭拉•A.巴布（Barbara A. Babb）和朱迪斯•D.莫兰（Judith D.Moran）指出，有些家庭需要许多服务，法院可以帮助其更容易获得所需服务。除替代性解决纠纷的服务外，其他服务还可包括父母教育项目、儿童项目、监督探望、药物滥用服务、咨询、家庭暴力服务、中立探望地点服务等。这里的父母教育项目就属于婚姻家庭辅导教育机制。这一机制能够应对家事案件特殊性的要求，家事司法中的婚姻家庭辅导教育有助于消除当事人之间的情感冲突，消除这种情感冲突和不和状态给当事人或利害关系人造成的痛苦和伤害，满足当事人的情感诉求，发挥家事司法的愈疗作用；家事司法中的婚姻家庭辅导教育有助于促使家事案件当事人按照伦理要求行事，妥善处理家庭成员之间的关系；家事司法中的婚姻家庭辅导教育有助于促进当事人之间未来建设性关系的形成。

（二）实现家事司法正义的要求

任何制度背后都有一定的价值取向作支撑，价值取向是制度存在的深层次原因。与普通财产型诉讼的司法正义不同，家事司法正义具有特殊性。从家事司法实体正义的视角来看，家事司法正义的特殊性在于家事司法正义具有特殊的考量因素或者考量标准，在满足当事人多元利益需求的基础上妥善处理家事案件是家事司法正义的基本考量因素，维护未成年子女利益最大化是家事司法正义的首要考量因素，维护家庭和谐是家事司法正义的应有考量因素。

实现家事司法正义，有必要对家事案件当事人进行婚姻家庭辅导教育。第一，进行婚姻家庭辅导教育有助于满足当事人的多元利益需求。家事案件当事人具有多元利益需求，既有身份利益、人格利益、财产利益需求，还有情感利益、安全利益等需求，实现家事司法正义应当尽量满足当事人多元利益需求。对家事案件当事人进行婚姻家庭辅导教育，能够帮助当事人消除隔阂和误解，修复亲情与感情。在家事司法实务中，在法院进行婚姻家庭辅导教育以后，不少当事人重归于好，重启幸福家庭生活。如果没有婚姻家庭辅导教育，仅仅通过法院裁判解决当事人之间的法律争议，当事人之间的亲情和感情是难以修复的，甚至加剧感情破裂和亲情的消弭，更有甚者，导致伤害家庭成员等恶性事件的发生。换言之，没有婚姻家庭辅导教育，当事人的多元利益需求得不到充分满足，家事司法正义的实现受到影响。第二，进行婚姻家庭辅导教育有助于实现未成年子女利益最大化。实现未成年子女利益最大化是家事司法正义的首要考量因素，离婚案件、抚养案件、探望权等家事案件都会涉及未成年子女的利益，法院在处理这些家事案件的时候，应当将实现未成年子女利益最大化作为首要考虑。在家事司法实务中，一些父母根本没有将未成年子女利益最大化作为首要考虑，将未成年子女作为双方谈判、讨价还价的筹码或法宝，甚至双方都拒绝抚养未成年子女。这些父母不知道家庭、父母在未成年子女成长过程中所发挥的积极作用。有研究表明，未成年子女生活在父母婚姻冲突的环境中，其认知发展和情绪社会性发展都会受到重要影响。因此，对这些父母进行婚姻家庭辅导教育显得十分必要，通过亲职教育，辅导或教育父母如何成为称职的家长，让他们学会如何在子女抚养等方面进行友好合作，以促进未成年子女健康成长，实现未成年子女利益最大化。最高人民法院要求人民法院在诉讼中对家长给予诉讼指导，引导其从儿童利益最大化角度考虑亲权诉讼，解决家庭矛盾。这里的诉讼指导实际包含婚姻家庭辅导教育的内容，通过婚姻家庭辅导教育，让家长从未成年子女利益最大化的角度处理他们的家事纠纷。没有婚姻家庭辅导教育，一些家长不知道要从未成年子女的角度考虑其所涉诉讼的解决方案，即使法院从未成年子女利益的角度作出了判决，当事人也不一定主动履行判决义务，从而不利于未成年子女利益最大化的实现。第三，进行婚姻家庭辅导教育有助于实现家庭和谐。联合国《儿童权利公约》指出，作为社会的基本单元，家庭是家庭所有成员特别是未成年人的成长和幸福的自然环境，应获得必要的保护和协助，以充分担负起它在社会上的责任。因此，维护家庭和谐显得特别重要。在家事司法中，维护家庭和谐是家事司法正义的应有之义。家事纠纷的发生很大程度上是由于家庭不和谐造成的，而家庭不和谐的原因是多种多样的，有的是当事人不会处理夫妻关系，有的是当事人不会处理与其他家庭成员之间的关系。法院仅仅作出一个判决，对家庭和谐是无济于事的，甚至造成家庭的更加不和谐。美国高冲突人格理论专家比尔•埃迪（Bill Eddy）指出，家事法院简单地向当事人宣布决定（不论它多么合理）并不会改变他们的生活甚至会让事情变得更糟，因为当事人并没有为这个决定做好准备，也无法积极地回应法院决定的后果。因此，未来的家事法院在重大决定作出之前，应该让当事人即父母学习并使用冲突解决技能。在家事司法中，要达到实现家庭和谐的目的，有必要对家事案件当事人进行婚姻家庭辅导教育，帮助他们掌握解决人际关系冲突的技巧。

总之，家事司法正义的实现，不能仅仅依靠审判和调解，还需要依靠婚姻家庭教育辅导等机制。

（三）发挥家事司法人际关系调整功能的要求

家事纠纷背后往往隐藏着当事人之间激烈的情感冲突、情绪对立，这种对立与冲突实际上是当事人之间的人际关系冲突，家事纠纷或曰家事

法律争议是人际关系冲突在家事司法中的表现。可以说，大部分家事纠纷不是纯粹的法律冲突。因此，需要合作性的、系统性的和跨领域的干预措施以解决家庭中的根本冲突和满足家庭情感上的需要，从而从根本上解决家事纠纷。要从根本上解决家事纠纷，家事司法不仅应当具有普通财产型诉讼所具有的纠纷解决功能，而且应当具有自身特有的人际关系调整功能，人际关系调整功能也应成为家事司法的基本功能。1959 年美国的《标准家事法院法案》提出，家事法院（法庭）的总目标是通过向家庭成员提供帮助以解决他们的法律问题以及源于人际关系的冲突，保护和维护家庭生活。2016 年最高人民法院印发的《关于开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的意见》要求人民法院在家事司法中坚持以人为本，发挥家事审判的诊断、修复、治疗作用，实现家事审判司法功能与社会功能的有机结合。这里所谓的家事司法的社会功能实际就是指家事司法的人际关系调整功能。家事司法中人际关系调整就是指帮助家事案件当事人修复当事人之间破损的人际关系或者重建当事人之间新的人际关系。如果原有的人际关系能够修复的尽量修复，努力让当事人和睦相处，当然，诚如美国家庭法学者克莱尔•亨廷顿指出的，修复关系并不意味着前配偶必须成为最好的朋友，相反，修复关系是为了解决冲突以确保孩子们维持他们所需要的强大、稳定、积极的人际关系。在家事司法中，如果原有的人际关系已经没有修复可能的，则帮助当事人重建新的人际关系。如夫妻离婚以后，原有的夫妻关系不存在了，但在抚养未成年子女方面，作为父母尚需要合作，因为父母是永远的父母，父母不因为离婚而失去对未成年子女的监护权。因此，需要帮助离婚夫妻消除对立情绪、重构新的人际关系，在未成年子女抚养探望等方面建立良好的合作关系。

法律制度的功能具有导向性，为发挥法律制度的应有功能，必须进行相应的制度设计。在家事司法中，为帮助家事案件当事人修复或重建当事人之间的人际关系，发挥家事司法的人际关系调整功能，需要对当事人进行婚姻家庭辅导教育。通过婚姻家庭辅导教育，让当事人学会如何与配偶、前配偶以及其他家庭成员进行沟通交往、和睦相处；通过婚姻家庭辅导教育特别是亲职教育，让离婚案件当事人学会在抚养教育未成年子女方面进行合作，促进未成年子女健康成长；通过婚姻家庭辅导教育，在当事人学会人际相处之道、消除情绪对立或情感对立以后，无论是判决结案还是调解结案，都能既从法律上终了当事人之间的法律冲突，又从人际关系调整上解决当事人之间人际关系的冲突，从而彻底化解家事纠纷，取得案结事了人和的效果。

三、我国家事司法中婚姻家庭辅导教育制度的体系性构架

尽管我国家事司法中婚姻家庭辅导教育制度具有充分的正当性基础，然而，我国家事司法中婚姻家庭辅导教育制度在立法上尚未完整确立。2022 年 1 月 1 日起实施的《家庭教育促进法》规定了家事司法中的家庭教育指导制度，但家庭教育指导制度并不等同于婚姻家庭辅导教育制度。家事司法中的家庭教育指导与家事司法中的婚姻家庭辅导教育既有相同之处也有很大的区别。二者的相同点在于：都是法院要求或者提供的；家庭教育指导的某些内容属于婚姻家庭辅导教育中的亲职教育，例如，家庭教育指导中教育离婚父母如何合作共同履行监护职责，指导父母如何沟通，营造良好的家庭关系，这些就属于家事司法中的亲职教育内容。二者的区别在于：第一，目的不同。家庭教育指导的本意和目的是指导父母或其他监护人如何进行家庭教育；婚姻家庭辅导教育的目的是教育父母等当事人如何处理好婚姻家庭关系。第二，侧重点不同。家庭教育指导针对父母或者其他监护人监护不当或教育缺失问题，对

父母或者其他监护人进行家庭教育指导，强化家庭监护责任，提升家庭教育能力；婚姻家庭辅导教育的侧重点是指导教育父母等家庭成员学习掌握处理婚姻家庭关系的知识和技能，提升处理婚姻家庭关系的能力。第三，内容不完全相同。家庭教育指导的内容是指导教育父母等监护人如何对未成年人的道德品质、身体素质、生活技能、文化修养、行为习惯等方面进行培育、引导和影响。家庭教育指导中教育父母等监护人如何引导未成年人养成良好的生活习惯和行为习惯，这就不属于家事司法中婚姻家庭辅导教育的内容。因此，尽管我国《家庭教育促进法》规定了家庭教育指导制度，但我们并不能认为我国家事司法中已经完整确立了婚姻家庭辅导教育制度。实际上，我国家事司法中的婚姻家庭辅导教育制度是很不完善的，例如，家事司法中婚姻家庭辅导教育能否强制进行，在什么情形下可以强制进行，在什么程序阶段进行，当事人不参加的后果等问题在立法上都没有得到解决。

在我国，要发挥家事司法中婚姻家庭辅导教育机制的积极作用，有必要在家事司法正义价值、家事司法人际关系调整功能等理论指导下，在总结我国实践经验，并借鉴域外立法经验的基础上，结合我国的国情，对我国家事司法中婚姻家庭辅导教育制度进行体系性建构。

（一）制定模式选择

家事司法中婚姻家庭辅导教育制度制定模式是指通过何种方式来规定家事司法中的婚姻家庭辅导教育制度。在域外，家事司法中婚姻家庭辅导教育制度的规范模式不完全一样，有的国家通过立法明确规定了家事司法中婚姻家庭辅导教育制度，有的国家和地区在立法中没有规定该项制度，而是通过法院规则等多种方式规定了该项制度。在美国，几乎所有的州包括哥伦比亚特区的家事司法中都存在婚姻家庭辅导教育机制，有的州通过州法规定父母教育，有的州通过县或司法区规定父母教育，有的州通过司法规则和命令规定父母教育，有的州则由法官自行决定父母教育。美国《加利福尼亚州家庭法》第 3190 条和第 3191 条规定，法院可以要求处于监护和探望争议中的父母和其他当事人参加咨询，以促进双方就其未成年子女的最大利益进行沟通，减少监护权或探望方面的冲突，并提高父母双方育儿技能的质量。在澳大利亚，《澳大利亚家庭法》第 13C 条规定，法院可以在诉讼的任何阶段作出关于一方或者多方当事人参加家庭咨询、适当的课程、项目或者其他服务的指示。在韩国，《韩国民法典》第 836 条之 2 规定，协议离婚者，须接受家事法院提供的有关离婚服务。家事法院认为有必要时，可以向当事人劝告接受具有经验的专业人士的咨询。在我国台湾地区，其“家事事件法”没有规定婚姻家庭辅导教育制度，2017 年 5 月 23 日，我国台湾地区“司法院”修正《家事事件审理细则》时增设了婚姻家庭辅导教育制度。

基于裁判请求权保障之要求，任何人在其权利受到侵害或与他人发生纠纷以后，都有诉诸司法获得法院公正审判的权利。裁判请求权是当事人的程序基本权，对基本权利的限制必须通过法律来限制，并符合比例原则。家事司法中强制性的婚姻家庭辅导教育对当事人裁判请求权会造成一定的限制，因此，在我国家事司法中，对于强制性的婚姻家庭辅导教育，应当通过法律予以规定。对于非强制性的婚姻家庭辅导教育，可以通过法律或者司法解释予以规定。

（二）家事司法中婚姻家庭辅导教育制度的主要内容

1. 司法中婚姻家庭辅导教育实施原则

家事司法中婚姻家庭辅导教育实施原则有自愿原则和强制原则两项。在域外家事司法中，有的国家和地区实行自愿原则，实施婚姻家庭辅导教育取决于当事人的自愿；有的国家和地区实行强制原则，强制当事人参加婚姻家庭辅导教育。

在美国家事司法中，有 16 个州要求所有离婚的父母，无论离婚是否无争议，都必须参加某种形式的父母教育课程；有 4 个州要求所有提出有争议离婚的父母参加父母教育课程；其余各州要么由法官决定，要么只要求在某些县或司法辖区的家事司法中开展父母教育，哥伦比亚特区家事司法中的父母教育由法官决定。在韩国，协议离婚者，须接受家事法院提供的有关离婚服务；家事法院认为有必要时，可以向当事人劝告接受具有专业知识和经验的专业人士的咨询。韩国家事法院提供的离婚服务包括离婚教育，父母参加法院提供的离婚教育是强制的，父母参加家事法院外的专业人士咨询则是自愿的。在新加坡家事司法中，根据新加坡《妇女宪章》（Women’s Charter）第 94A 条的规定，有 1 个未满 21 岁孩子且没有签署育儿计划和离婚事宜协议父母，必须参加强制性父母教育项目，即父母向家事司法法院提出离婚申请前的咨询。我国台湾地区《家事事件审理细则》规定的婚姻家庭辅导教育是非强制的，根据该审理细则第 15 条第 1 项和第 2 项的规定，法院处理涉及未成年子女之家事调解、诉讼或非讼事件时，可以连接相关资源，通知未成年子女之父母、监护人或其他协助照顾子女之关系人，接受免付费的亲职教育、辅导或咨询；参加者表明愿自行支付费用时，亦可以提供付费资源的参考数据，供其选用参与。

由于我国在《家庭教育促进法》颁布之前立法上没有有关家事司法中婚姻家庭辅导教育的规定，我国家事司法实务中对当事人的婚姻家庭辅导教育大多是劝导式的，当然，也有法院强制要求当事人参加婚姻家庭辅导教育。例如，2021 年 6 月，南京市秦淮区人民法院针对某离婚案件当事人都不愿意抚养未成年子女的情况，在判决不准离婚以后，向当事人送达《亲职教育告知单》，督促其按照心理咨询师的工作安排，定期接受亲职教育，时间不少于 3 个月，帮助双方积极、正确履行双亲职责。《家庭教育促进法》第 34 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。该条对有未成年子女的夫妻是否强制接受家庭教育的规定并不明确。根据《家庭教育促进法》第 49 条规定，在家事司法中，如果人民法院发现未成年人的父母或者其他监护人不正确实施家庭教育侵害未成年人合法权益的，人民法院可以责令未成年人的父母或者其他监护人接受家庭教育指导。我国家事司法中实施婚姻家庭辅导教育，究竟应当实行自愿原则还是强制原则？我们认为，应当根据家事案件的不同情况进行区别对待。对于不涉及未成年子女而需要调整人际关系的家事案件，通常由当事人自愿接受婚姻家庭辅导教育，人民法院可以告知、劝导当事人参加婚姻家庭辅导教育，或者在当事人不拒绝的情况下，法院主动对当事人进行婚姻家庭辅导教育；对于离婚、抚养、监护、探望等涉及未成年子女利益的案件，在对涉及未成年子女事项达不成一致意见的，为实现未成年子女利益最大化，我国应当通过立法规定强制父母接受婚姻家庭辅导教育。

2. 家事司法中婚姻家庭辅导教育的适用阶段

在域外，对于家事司法中婚姻家庭辅导教育，有的地方要求在案件登记后一定时间内参加，有的地方在诉讼过程中都可以要求参加。例如，在美国康涅狄格州，如果有不满 18 岁的子女，所有涉及离婚、婚姻无效、分居、监护或探视案件的当事人都必须依法参加父母教育项目，并且必须在家庭案件立案后 60 天内参加。根据美国《弗吉尼亚州法典》（Code of Virginia § 16.1-278.15 和 § 20-103）规定，任何有监护权、探望权有争议的当事人及涉及监护权、探望权争议的离婚、婚姻无效、分居诉讼当事人（包括子女的生父母或养父母等）应证明他们在出庭前 12 个月内参加过或在出庭后 45 天内参加由法院批准的合格人士或组织举办的教育研讨会或其他类似项目。根据美国西弗吉尼亚州《家事法院实务与程序规则》（Rules of Practice and Procedure for

Family Court）第 37 条规定，父母教育应由父母双方在任何调解或其他非司法纠纷解决之前完成，以达成育儿计划的协议。如不需要调解或其他非司法纠纷解决，父母双方应在最终庭审前完成父母教育。

在我国家事司法实务中，在案件审理的各个阶段都存在婚姻家庭辅导教育的情况。根据我国的实际情况，我国家事司法中婚姻家庭辅导教育应当贯穿于诉前和诉讼全过程。在当事人向法院起诉以后，法院立案之前，法院可以建议当事人参加婚姻家庭辅导教育；在案件立案以后的诉讼全过程，法院都可以建议或者要求当事人参加婚姻家庭辅导教育或者亲自对当事人进行婚姻家庭辅导教育。

3. 当事人不参加家事司法中婚姻家庭辅导教育的后果

在域外，对于当事人不参加家事司法中婚姻家庭辅导教育的后果，不同国家和地区有不同规定。在美国有些州，在规定强制参加父母教育的情况下，如果父母一方或者双方不参加父母教育课程，则法官可以选择不同意离婚，也可以判父或母藐视法庭。美国西弗吉尼亚州《家事法院实务与程序规则》第 37 条规定，如果父母一方或双方未能及时完成父母教育，法院可以暂停诉讼程序，在这种情况下，应进入日程安排令，确定下一次听审日期，并要求父母在该听审日期前完成父母教育；然而表明有正当理由的话，尽管父母一方或双方未能及时完成父母教育，法院仍可进行诉讼。我国台湾地区的《家事事件审理细则》规定，父母、监护人或关系人参与亲职教育、辅导或咨询的情形，可以作为法院处理相关家事事件的参考。但《家事事件审理细则》没有明确规定不参加婚姻家庭辅导教育的后果。我们认为，在法律规定强制参加婚姻家庭辅导教育的情况下，法律应当规定当事人不参加的后果。对于自愿性参加的婚姻家庭辅导教育，如果当事人不参加婚姻家庭辅导教育，则不需要规定当事人不参加的后果。在法律规定强制参加婚姻家庭辅导教育的情况下，如果当事人不参加，法院可以对其进行训诫，并可以将当事人不参加婚姻家庭辅导教育的情况作为家事案件裁判特别是考量未成年子女最佳利益的一个参考因素。

四、我国家事司法中婚姻家庭辅导教育制度的实施

为了实现家事司法正义价值和发挥家事司法人际关系调整功能，有必要在家事司法中实施婚姻家庭辅导教育制度。在域外家事司法中，对具体的案件当事人实施婚姻家庭辅导教育，既有法院系统自己实施的，也有由法院外的专业机构或专业人士实施的。有的国家设立了法院附属的父母教育项目，通过该项目对家事司法中当事人实施父母教育。在我国家事司法实务中，各地法院探索了一系列家事司法中的婚姻家庭辅导教育机制。在我国，家事司法中婚姻家庭辅导教育的实施应当规范化，我国应当通过以下途径实施家事司法中的婚姻家庭辅导教育。

其一，在法院播放婚姻家庭辅导教育视频。在法院播放婚姻家庭辅导教育视频是指法院购买或者制作婚姻家庭辅导教育的视频，在法院合适的场所进行播放，供家事案件当事人观看、学习。日本在法院网站播放父母教育视频，介绍离婚及探望权纠纷中孩子所受到的影响以及父母如何尽量不让孩子卷入其中，供离婚父母学习。借鉴日本的做法，我国最高人民法院可以统一制作婚姻家庭辅导教育的视频，供各级各地人民法院在处理婚姻家庭案件时向当事人播放，从而对当事人进行婚姻家庭辅导教育。

其二，建议或要求当事人参加婚姻家庭辅导教育在线课程学习。在家事案件审理过程中，根据案件具体情况，法院可以建议甚至要求当事人参加婚姻家庭辅导教育在线课程学习。利用在线课程对家事案件当事人进行婚姻家庭辅导教育，

不受时空的限制，方便当事人随时随地参加学习。在美国，离婚教育中心提供的名为“介于两者之间的孩子”（Children in Between Online，CIBO）在线课程已被 250 多个司法区接受，并在佛罗里达州、纽约州、明尼苏达州和内布拉斯加州得到批准。在美国阿拉斯加州，在离婚、监护权或解散案件中，阿拉斯加法院系统要求父母完成一项父母教育要求，大多数法院要求观看经批准的视频或完成在线互联网课程。在我国家事司法实务中，已经有法院要求家事案件当事人参加婚姻家庭辅导教育的在线课程学习。在线课程建设在我国发展非常迅速，人民法院既可以自建也可以购买婚姻家庭辅导教育在线课程，供家事案件当事人在线学习，人民法院还可以要求家事案件当事人参加社会上的婚姻家庭辅导教育在线课程学习。2020 年 9 月，民政部、全国妇联联合印发了《关于加强新时代婚姻家庭辅导教育工作的指导意见》。2021 年 9 月，国务院印发的《中国妇女发展纲要（2021—2030 年）》明确要求推动婚姻家庭辅导服务普惠享有，这表明婚姻家庭辅导教育工作越来越受到重视，社会上的婚姻家庭辅导教育在线课程也会越来越多。这就方便了家事案件当事人在线参加婚姻家庭辅导教育课程的学习。

其三，开设婚姻家庭辅导教育课堂。传统教学方式是课堂教学，课堂教学有自己的优势，教与学之间可以互相交流，学习者可以现场提问，教育者现场答疑解惑。人民法院开设婚姻家庭辅导教育课堂，可以让家事案件当事人参加课堂学习，现场接受婚姻家庭辅导教育。家事案件当事人对家庭人际关系交往中遇到的困惑可以在现场向老师提问，老师现场进行解答。在我国家事司法实务中，不少法院开设了婚姻家庭指导课堂，取得了很好的教育效果。例如，2017 年 4 月起，陕西省西安市新城区人民法院开设家事困境小课堂邀请当事人听课，帮助当事人营造对外诚信友善，对内“父慈子孝、夫敬妇爱、兄友弟恭”的优良家风。2018 年广东省中山市第一人民法院与中山市妇联、北斗星心理咨询机构合作，针对离婚案件在庭前开设“离前一课”婚姻指导课堂，传授婚姻家庭经营技巧，化解矛盾。2022 年 1 月，南京市玄武区人民法院成立家庭教育指导工作站，不定期地邀请有关专家讲授家庭教育课程和婚姻家庭辅导教育课程，要求相关家事案件的当事人参加学习。对于不会利用婚姻家庭辅导教育在线课程的家事案件当事人，参加婚姻家庭辅导教育课堂学习，无疑是一种较好的学习方式，而且参加婚姻家庭辅导教育课堂学习，会收获与在线学习不一样的学习效果。人民法院可以根据情况，开设婚姻家庭辅导教育课堂，为家事案件当事人提供婚姻家庭辅导教育。

其四，建议或要求当事人参加专业的婚姻家庭辅导教育。家事案件当事人参加专业的婚姻家庭辅导教育就是通过婚姻家庭咨询等方面专家对当事人进行个别的咨询和辅导，帮助当事人正确处理婚姻家庭关系。在域外，建议或要求家事案件当事人参加专业的婚姻家庭辅导教育是家事司法中的常用机制。在澳大利亚，法院可以在诉讼的任何阶段要求一方或者多方当事人参加家事咨询。根据澳大利亚《家庭法》第 10B 条规定，家事咨询是指家庭咨询员帮助 1 人或者多人处理与婚姻有关的个人问题、人际问题或者帮助因分居或离婚而受影响或者可能受影响的 1 人或多人（包括子女）处理个人问题、人际问题和涉及子女照管的问题。在我国家事司法实务中，也有法院邀请专业人士对离婚案件当事人进行亲职教育等婚姻家庭辅导教育。今后，我国法院可以通过购买服务等方式聘请或委托婚姻家庭咨询专业人士对家事案件当事人进行个别的婚姻家庭辅导教育，家事案件当事人可以免费接受法院提供的专业婚姻家庭辅导教育。

其五，利用家事案件调解和审理机会对当事人进行婚姻家庭辅导教育。在我国家事司法实务中，在家事案件调解和审理过程中对当事人进行婚姻家庭辅导教育已经积累了一定经验。例如，

有法院通过裁判文书说理或者附法官寄语方式进行婚姻家庭辅导教育。在上海市第一中级人民法院审理的陈某诉罗某监护权纠纷一案二审民事判决书中，判决说理部分指出："裁判虽然是理性而坚硬的，但亲情却是温暖而柔软的，在家庭关系引发的矛盾纠纷中，更需要的是亲情的温和化解，而非裁判的冷硬切割。希望双方能够多以孩子为念，化解不必要的矛盾和摩擦，置怨结欢，处理好今后的探望及遗产继承等事宜，给孩子们营建一个亲睦、和谐的家庭环境，使其能够健康、快乐地成长。"该判决说理部分的内容实际是法院教育当事人如何处理好家庭成员之间的关系，以营造和谐家庭环境的体现。在黑龙江省大庆市高新区人民法院审理一起离婚案件中，法官在准予离婚判决所附的法官寄语中写道："虽然你们爱情跑道已经结束，缘分已尽，但是根据法律规定，你们仍负有对孩子抚养和教育义务，要为孩子做榜样。不要因为你们的离婚让孩子背负太多的负担，避免孩子走上一条不归路。到那时，你们将注定终生后悔。因此，建议你们务必要妥善处理孩子探望问题，让孩子感受父爱与母爱，引导孩子树立正确世界观、人生观和价值观。"在当事人读完该法官寄语以后，双方不再怨恨，倒像朋友般聊起了孩子的未来，并给予彼此祝福。今后，我国法院可以利用调解和案件审理对家事案件当事人进行婚姻家庭辅导。在家事案件的委派调解、委托调解或者法院调解过程中，调解人员可以利用调解机会帮助当事人分析家事纠纷产生的原因，辅导教育当事人如何处理好婚姻关系和家庭关系，如何履行好监护人职责。在家事案件审理过程中，人民法院可以利用庭审小结、撰写裁判文书等机会对家事案件当事人进行婚姻家庭辅导教育。

五、结 语

家事司法中的婚姻家庭辅导教育制度不是一项可有可无的制度，更不是画蛇添足的制度，而是一项实现家事司法正义、发挥家事司法人际关系调整功能必须具备的制度。为使得婚姻家庭辅导教育成为我国家事司法中实现家事司法正义和发挥家事司法人际关系调整功能的一项长效机制，提升我国家事司法中婚姻家庭辅导教育的整体水平，确有必要系统性地构建家事司法中的婚姻家庭辅导教育制度。家事司法中婚姻家庭辅导教育的推行，不妨碍当事人通过公正的审判程序解决其家事纠纷。家事司法中婚姻家庭辅导教育制度的确立，只是为家事案件的妥善处理提供了一项人性化的制度，我们不能因为推行婚姻家庭辅导教育制度，而忽视家事审判的重要性或忽视家事司法中当事人的程序保障。

（责任编辑：宫　雪）

（推送编辑：刘欣玥）

关注未成年人司法保护 ｜ 肖建国、李皓然：民事诉讼中儿童利益最大化原则研究

原创：2024-04-12　法律适用　肖建国、李皓然

https://mp.weixin.qq.com/s/DZH7qxkeMrvM_HAjbBD4Qg

肖建国，中国人民大学法学院教授、民商事法律科学研究中心研究员

李皓然，中国人民大学法学院博士研究生

本文系国家社科基金项目“民事强制执行法基础理论研究”（项目编号：20BFX082）的阶段性成果。

摘要　根据儿童利益最大化原则在实体利益、程序利益、利益解释等方面的法理意涵，涉未民事诉讼制度应基于程序参与原则、国家亲权理念、儿童权利本位观的共同要求，确立儿童的程序主体地位，探知儿童的主客观利益需要，并在具体的程序设计上保障儿童利益的动态平衡。面对儿童利益评判标准缺失、利益代言角色竞合等现实困境，应当厘清不同类型涉未民事案件的儿童利益重心，恰当地选定儿童诉讼利益代言人，并通过专门化立法来实现对儿童程序性利益的特殊保障，增强儿童利益最大化原则在适用时的针对性、现实性和规范性。

关键词　儿童利益最大化原则　民事诉讼程序　国家亲权　程序参与原则

引言

“儿童利益最大化原则”（“the child’s best interests”或“the best interests of the child”）是 1989 年联合国《儿童权利公约》（简称《公约》）在儿童利益保护方面所正式确立的国际性原则，自 1991 年第七届全国人大常委会批准《公约》后，该原则逐渐在我国立法和司法领域落地，甚至一度成为民事诉讼中为法官和当事人所直接援引的规范性依据。我国《未成年人保护法》（简称《未保法》）于 2020 年修订时，将该原则表述为“最有利于未成年人的原则”，使得《公约》中“儿童利益最大化原则”不仅完成了中国式的规范性表达，更为涉儿童法律保护制度建构提供了明确的指引。由此可见，“儿童利益最大化原则”及其所延伸的“最有利于未成年人的原则”彰显了涉儿童利益保护的特殊性，是新时代我国少年司法专门化建设、涉未审判综合性改革的合理性乃至合法性所在，应当成为我国未成年人审判制度的建构性原则，并体现在涉未民事、刑事、行政、公益诉讼的各个方面。

由于少年司法问题兴起于罪错少年刑事矫正这一历史因素，以及预防未成年人犯罪的现实需要，我国对于未成年人民事权益的最大化保障相对滞后，而相较于未成年人民事实体利益保护，其民事程序利益的保障则又次之。然而，如果缺少民事诉讼程序保障，则前者对于未成年人民事实体利益的有效保护将不可欲，而所谓“儿童利益的最大化保护”也会失于片面。少年司法的问题意识形成于特定的时代环境和社会土壤，因此，

在民事诉讼领域对“儿童利益最大化原则”予以具体化、时代化研究，有助于其在未成年人民事权益的程序化保障中实现针对性适用。

当前学界虽然对民事诉讼领域中的“儿童利益最大化原则”已有相关论述，但均未能回归到该原则本身所具有的程序法理意涵，也就难以在法解释学层面为我国涉未民事诉讼制度建构提供充分的理论支撑。有鉴于此，本文首先从民事诉讼的程序法视角出发，深入挖掘“儿童利益最大化原则”中的民事诉讼法理资源，并在此基础上梳理其对于民事诉讼的基本要求，进而结合我国涉未民事司法实践理清该原则的适用困境，最终尝试提出具有针对性的适用路径。

一、儿童利益最大化原则的民事诉讼法理阐释

联合国儿童权利委员会在其通过的《第 14 号一般性意见》（简称《14 号意见》）中，对“儿童利益最大化原则”的内涵区分了三个层次，即作为一项实质性权利、一项行事规则和一项基本的解释性法律原则，并分别进行了阐释。这为我国涉儿童民事诉讼程序的建构提供了不同层面的法理考量。

（一）实质性权利层面的法理意涵

在实质性权利层面，《14 号意见》认为，“当审视各不同层面的利益时，儿童有权将他或她的最大利益列为一种首要的评判和考虑，且每当涉及某一儿童、一组明确或不明确指定的儿童，或一般儿童的决定时，都得保障这项权利。第 3 条第 1 款为各国确定了这一项固有的义务，既可直接（自行）适用，亦可在法庭上援用。”这意味着儿童不仅享有《公约》所确认的生存权、发展权、隐私权、名誉权、言论自由权等形式多样、内容丰富的实体性权利或利益，而且对于这些权益的保护本身亦是儿童利益最大化所必需的实质性利益，即儿童利益的受保护权，并且这种保护在利益审视中居于首要地位，即儿童利益的优先保护。换言之，对“儿童利益予以最大程度的优先保护”本身便是儿童的首要利益，因此，“儿童利益最大化原则”不仅是对儿童实体利益的兜底式补充性规范，可以作为实体法渊源而在民事诉讼中为两造或法官所援引，而且需要在民事诉讼程序设计中得到体现，并因此形塑着儿童的程序性利益。

基于此，儿童实体利益及其程序保障具有并应当凸显如下特征：一是基础性。儿童利益往往与人权密切相关甚至高度重合，利益或权利之间更是相互关联甚至互为手段，故其难以通过逐一列举的方式达致全面，而通常表现为具有人权性质的权利束，即通过权利形式的概括性来保障利益内容的丰富性。此外，儿童利益的基础性还表现在其多以人身权利为核心或保护重点，并与人的精神情感需求、物质生存基础等紧密关联。二是发展性。儿童实体利益的内容及其保护并非一成不变，如我国新制定的《未成年人网络保护条例》，便使传统的儿童隐私权、健康权等延伸至网络空间，使传统的文化权利逐渐信息化和数字化。同时，对于儿童利益的界定和保护是灵活具体的，需要兼顾儿童的个体状况、生存处境和现实需求。三是张力性。儿童享有的不同实体利益之间在具体情况下存在相互冲突的可能，如维护家庭成员间法律关系以保障儿童成长环境的安全稳定并满足其情感照顾需求，同保护儿童免受家庭暴力之害，二者在家事纠纷中便常具冲突，又如保障儿童的诉讼程序参与权利，同限制儿童自主起诉应诉或附之以必要条件从而避免其对自我利益的不当处分，二者在民事诉讼程序中更是常存抵牾。因此，对于儿童利益的保护究竟以何者为先，需要具体权衡。四是脆弱性和依赖性。由于儿童利益的基础性和儿童自卫能力的有限性，儿童利益相比于成年人利益更容易在无形中受到侵害，因此儿童是需要司法突出保护的“珍贵而脆弱的一群”，而对于受损利益的救济则往往依赖于公力救济制度和成年主体辅助，特别是依赖于以父母为代表的监护人。五是公益性。儿童利益既可以

在特定儿童个体面前被视为个体性利益，也可以在面对不特定多数儿童主体时被理解为群体性利益。因此，对儿童利益的保护需要采用包括民事公益诉讼在内的多元化救济程序。

（二）行事规则层面的法理意涵

在行事规则层面，《14 号意见》认为，“每当要作出一项将会影响到某一具体儿童、一组明确和不明确指定的儿童或一般儿童的决定时，该决定进程就必须包括对此决定可对所涉儿童或诸位儿童所带来（正面或负面）影响的评判。对儿童最大利益的评判和确定必须具备程序性的保障。此外，决定的理由必须清楚表明业已明确兼顾到了此项权利。”这意味着“儿童利益最大化原则”要求对于涉及未成年人利益的司法公平，不仅要得到实现，而且要以看得见的方式，特别是以未成年人能够充分感知的方式得到实现。前文中该原则的实质性权利层面强调的是儿童利益成为程序性保障的首要考量因素，而该原则的行事规则层面更侧重儿童的程序利益本身。这类程序利益要求对一切儿童予以平等对待和不歧视看待，充分尊重儿童的身心发展规律，并在民事诉讼的程序设计上予以特殊照顾。具体表现为：不公开审理；庭审物理环境和语言环境的适龄化，建构涉未案件审理的专属场域，如圆桌审理，营造谅解的诉讼氛围；儿童的程序知情权、选择权和参与权；儿童的直接意见在庭审中得到充分表达并被有效听取；儿童利益得到有民事诉讼行为能力人代理的权利；儿童的意愿表达得到专业化辅助；档案和相关记录的封存；公开宣判中不披露儿童身份；根据儿童学业安排确定诉讼期日，如假日审理等。

实体利益的特殊性一定程度上决定了程序利益的特殊性，但由于程序的独立价值，儿童的程序利益又表现出与实体利益相区别的独立特征。一是积极性和固有性。对于儿童来说，程序利益是与实体利益一样的固有利益，不因儿童本人、诉讼代理人或其他辅助人的主张与否而受到限制，不因儿童本身意志水平和表达能力的成熟与否而遭到贬损。因此，这种利益对于被请求主体而言不是消极的义务，而是积极的责任，进而这一特征在法理上充分支撑了涉未民事诉讼的职权主义模式。二是感知性。民事诉讼的裁判结果需要主动就涉儿童利益问题进行充分的自我论证。从儿童视角理解，程序利益的感知性主要表现为一种广义的、具有程序意义的“当事人知情权”。三是个体性。由于民事司法面对的是鲜活具体的儿童主体及其纠纷，民事纠纷的可诉性也要求事实性或案件性，即纠纷主体、诉因事实等均是具体现实的。因此，对于儿童程序利益的考量需要结合儿童个体的特殊境遇和个性化需求。四是主体性。儿童本身始终是权利持有人，需要以主体身份积极参与到程序之中。五是独立性。儿童程序利益虽以维护实体利益为目的，但不依赖于实体利益而存在，其在捍卫司法公平正义等方面具有独立价值。

（三）解释性原则层面的法理意涵

在解释性法律原则层面，《14 号意见》认为，“若一项法律条款可作出一种以上的解释，则应选择可最有效实现儿童最大利益的解释。”这意味着民事诉讼程序所欲保护的儿童利益并不是一种绝对的、压倒性的至高利益，而是在同其他利益相平衡时的优先考虑的因素和着重保护的对象，因而是各种利益平衡的结果。而在这种利益的平衡中，行为人应当始终秉持儿童利益优先的原则，以及以儿童为本位的利益分析视角，因此它在这一角度上考问着利益权衡者的立场或出发点。

此一层面的民事诉讼法理意涵，对于前述儿童实体利益和程序利益亦有所关照。首先，由于法律的抽象性，儿童利益在法律适用中存在解释空间。对此，行为人不能对儿童利益进行负面的、消极的推定式评价。这体现了儿童利益的不可克减性。其次，“儿童利益最大化原则”所延伸出的

“儿童利益优先原则”具有特定的适用情形。儿童利益的优先性仅在利益冲突且无法协调的情况下才得以凸显并需要被强调。而所谓利益冲突，不仅包括儿童利益与成年人利益、社会公共利益等之间的冲突，更包括儿童同类型利益之间的冲突，或儿童个体利益与儿童群体利益之间的冲突。最后，无论是儿童的实体利益还是程序利益，都需要在利益平衡中予以实现。因此，就实体利益及其保障而言，儿童利益的最大化并不是指关于儿童利益的全部主张都必然得到支持，也不是指已经支持的诉讼请求必然要全部地、顶格地实现，如法院支持的给付请求，其具体的给付金额却未必判如所请。而就儿童的程序利益而言，民事诉讼制度并非对儿童程序利益的实现不得附以条件、加以限制，而是这种条件和限制的设计不但要考量儿童有限的处分能力，更要以维护儿童的程序主体地位为目的。

二、儿童利益最大化原则对民事诉讼的基本要求

儿童利益最大化原则所蕴含的三个层次的法理资源，为其在涉未民事诉讼制度建构中的适用提出了条件，也即在儿童利益优先、特殊保护的立场上，尊重儿童在民事诉讼程序中的主体地位，充分发挥国家在维护儿童利益方面的积极能动作用，最终实现儿童实体利益和程序利益在不同维度上的动态平衡。

（一）程序参与原则要求尊重儿童主观意愿

儿童是一个需要被特别保护与照料的“成长中的人”，这一群体虽然因其不成熟的意志水平而往往被民事诉讼法规定为无民事诉讼行为能力人，但这并不能否认其主观意志的存在和对裁判程序及结果可能产生的影响。“诉讼活动是一个具有法律意义的活动，其结果将会对涉案的当事人形成法律关系产生或变动的法律后果，而这个后果具有动态的生成性，必须在主观意志的直接作用下形成，否则该法律后果就是一个异己的后果，不具有法律上的正当性。”因此，在涉未民事诉讼中，程序参与原则便成为儿童利益最大化原则的延伸性原则，对于维护儿童的程序主体地位具有至关重要的作用。具体而言，程序参与原则对于儿童参与民事诉讼的要求包括两个层次：其一是间接参与，即对于儿童的主体利益应当通过诉讼代理制度予以保障，使儿童利益能够在民事诉讼中得到代言。在这一层面上，儿童的利益在代理主体和被代理主体之间被视为具有一致性，对其诉讼代理人或其他能够代为行使诉讼权利之辅助人的程序保障，同对儿童利益的程序保障是一致的。其二是直接参与，即在诉讼代理制度或利益代言人制度的基础上，仍要保证儿童意志对民事诉讼程序和结果直接施以影响，引起一定程度的法律效果。因此，儿童需要以当事人或权利主体的身份出现于诉讼系属之中，甚至出现于法庭中，并且发表其对自身利益的认识和意愿，而这种表达需要被法官、对方当事人及其诉讼代理人或辅助人等相关诉讼参与主体倾听，并成为法官审理裁判的必要证据资料。由此可见，在儿童利益最大化原则的要求下，儿童不仅需要参与到民事诉讼程序之中，而且这种参与应当是直接、充分和有效的。

儿童对于民事诉讼的程序参与主要体现为儿童的主观意愿在民事诉讼程序中的呈现及其法律效果，具体包括表达充分、意愿真实、表达有效三个方面的要求。第一，儿童有权在民事诉讼中就涉及自身利益的问题进行充分全面的表达。由于儿童的身心成熟度较低，其对民事诉讼制度的理解有限甚至有误，无法完全根据民事诉讼的程序要求，按照法庭调查、法庭辩论的顺序，针对庭审的争议焦点，完整准确地表达自身意见，因此应当对儿童有限的表达能力有所包容，针对儿童展开具有针对性的调查，允许儿童进行不规范甚至不准确的陈述，避免对儿童关于案件事实的陈述和主观意愿的表达进行不必要的干预，使二者强行区分或者强求表达的条理性。此外，还要拓展

儿童表达诉求的形式，如书面形式之外，允许口头形式并以电子技术记载。

第二，儿童所表达的主观意愿应当具有真实性。保障儿童直接参与民事诉讼程序，根本目的在于探知儿童对于自身利益的主观需要，并在裁判前加以考虑。由于未成年人思维的不成熟，其在表达自身利益诉求时往往容易受到外在环境的干扰或诱导，从而使意愿表述变得分散、摇摆甚至自相矛盾。为此，需要根据未成年人的心理特征，增加对于未成年人询问调查的次数，除了审理之初的常规调查了解，在正式宣判之前还应以展开针对未成年人的庭下对话为必要环节，充分了解未成年人在案件审理过程中可能出现的心理变化。法官在征询儿童意愿时还应当注意营造安全、放松且相对封闭的环境，根据具体情况决定儿童本人之外的成年人在意愿征询中是否参与和参与的具体方式。此外，对于儿童明确表达的意愿倾向，还应当追问其形成此种意愿的原因，全面还原儿童意愿从萌发到成型的总体面貌，排除儿童受到欺诈或诱导的可能。

第三，儿童已经表达的主观意愿应当对民事诉讼的审理和裁判产生必要影响，也即产生程序法上的效果。一方面，应当将儿童所表达的主观意愿通过书面或电子的形式固定下来作为证据资料，并且明确此类证据资料的法律属性，如作为证人证言或当事人陈述；另一方面，还要赋予上述儿童表达意愿的证据资料以优先的法律效力，使其能够通过举证、质证从而成为认定案件事实依据的定案证据，最终有效影响法官的自由裁量和裁判结果的走向。

（二）国家亲权理念要求探知儿童客观需要

由于儿童的主观意愿表达常常受到主体能力和客观环境的约束，其为诉讼代理人所代为表达的主观意愿也容易受到干扰或扭曲，因此，对于儿童主观意愿表达可能存在不充分的情况，应当及时予以补充，对于儿童主观意愿与客观现实状况不一致的情况，应当予以修正。而究竟由何种主体予以补充和修正，则与涉未案件的亲权理念相关联。通常情况下，儿童表达意愿和参与民事诉讼程序的诉讼权利，应当由其监护人作为法定诉讼代理人代为行使，而监护人往往以父母这样的亲权人作为主要和首选主体。但现实生活中，监护人对于未成年子女的利益认识未必准确、充分，而是从监护人本身的利益出发影响或者干涉儿童主观意愿的表达，甚至在某些案件中，影响儿童利益最大化的侵权责任人或给付义务人可能就是其父母等监护人本身，也即监护人以侵害儿童民事权益或延误儿童利益实现的方式，破坏法律对监护人在其出于亲情联系和身份关系而自觉维护儿童利益的信赖，使监护人和被监护人之间的身份关系不再稳定甚至不再合法，进而直接影响监护人作为法定诉讼代理人而以未成年被代理人的名义代为行使诉权和诉讼权利的合理性。在此种情况下，根据国家亲权理念可由国家从根本上享有对问题家庭中未成年子女或困境儿童的亲权，并在此基础上保障儿童利益在民事诉讼中的最大化。因此，国家亲权理念从根本上形成于对家长亲权的补充和对家庭壁垒的穿破这两种需要，进而集中体现在监护人与未成年人相互对立的涉未民事案件中，如监护人侵害未成年人的民事案件。

基于国家亲权理念对于儿童利益的特殊关照，对于民事诉讼中儿童利益的最大化问题，就不仅需要儿童以权利主体的身份直接参与到诉讼程序中，自主表达主观意愿，而且要求法官超越儿童的主观意愿，主动探知并且全面掌握儿童的客观需要，这种超越的具体要求包括积极能动、要素全面和标准客观三个方面。首先，国家亲权理念意味着对于涉未民事案件的审理应当采取职权主义的诉讼模式，在收集诉讼资料和证据资料等方面采取职权探知主义，赋予法官在征询儿童主观意愿和调查儿童客观需要等方面的主导权。而这种法官主导的职权探知主义应当对涉未民事案件

的立案、审理、裁判、执行进行全面覆盖。当然，国家亲权理念并不必然意味着只能由国家或诉讼中代表国家司法的法官或检察官作为探知儿童客观需要的唯一主体，应当允许学校、社会志愿组织、具有专门知识的人等多元化的社会力量在法官的主导下参与到儿童利益的客观探知中。其次，对于儿童客观利益的探知应当全面，财产利益同人身利益互融，实体利益与程序利益并重，特别是要侧重于对儿童利益中具有人权属性之利益的调查和考量，如对人格权方面之利益的探知。此处值得注意的是，对于儿童客观需要的探知，需要首先面对儿童在对待陌生人询问时的沉默心理倾向，进而挖掘相关证据资料佐证儿童客观利益的内容，但在正式采用关于儿童客观利益的探知资料时，则需要保障儿童的隐私权。因此，儿童利益的客观探知往往经历“从隐性到显性再到隐性”的变化和处理过程，其中既有技术性的要求，也有灯下黑的风险。最后，对于儿童利益的职权主义探知需要遵循一定客观标准。因此，为了对儿童利益诉求形成合理预判，涉未民事司法不仅应当始终贯彻儿童权利本位的立场，还要结合成年主体自身的社会经验和法律知识，对儿童利益进行周延、动态的考虑。同时，还要参考特定社会条件下或家庭环境中儿童利益的一般实现程度，对具体化的儿童利益进行一般性衡量。

（三）儿童权利本位要求衡平儿童动态利益

儿童利益最大化原则要求涉未民事诉讼程序以儿童权利为本位，以儿童实体利益的最大化保护为依归。而儿童权利本位所贯彻的利益视角并不是矮化了的成年人利益视角，而是一种面向未来的利益动态平衡视角。在这种动态视角下，涉未民事诉讼制度本质上是一种面向未来的纠纷化解机制。这不仅是民事诉讼对于案结事了的内在裁判要求，更是儿童这一特殊的程序主体为民事诉讼带来的特殊性所在。具体而言，儿童在心智上呈现从不成熟向成熟的总体变化趋势，在属性上呈现从个体化向社会化的变化趋势，因此某一儿童个体的具体的民事权益也是动态变化的，而具体涉未民事案件中的儿童利益的最大化结果，实际上是一种动态平衡的结果。

这种动态利益平衡首先是一种实体法律问题，因而首先表现为一个立法中的利益平衡问题，而其在程序法视域下的实现，则需要侧重于保障动态利益衡量在涉未民事诉讼中的必然存在和规范展开。对于儿童利益的动态平衡主要包括三种类型。一是横向主体间的利益平衡，其中既包括不同儿童个体之间的利益平衡，即所谓“彼此利益平衡”，还包括儿童个体与群体间的利益平衡，即所谓“群己利益平衡”。二是纵向时序上的利益平衡，即指儿童的即期利益与长远利益之间的平衡。这一类型的利益平衡往往在各类涉未民事纠纷中普遍存在。如在离婚案件等家事纠纷中，对于双方当事人达成离婚合意或者调解离婚的情况，从长远利益出发，则不宜为了儿童家庭环境稳定安全这一即期利益，而强求维护儿童父母之间的婚姻关系，或者在一方监护人明确表示拒绝行使对于儿童的抚养权时，不宜仅从经济实力、物质水平或对婴儿的哺育能力等儿童即期利益方面出发，强求判令该方监护人享有抚养权。换言之，对于儿童成长的长远利益来言，尊重监护人的意愿仍然重要，至少不能予以绝对排除。三是诉讼内外间的利益平衡。一方面需要对于涉未民事案件采用类似涉未刑事案件的“分流转处”方式，采取多元化的纠纷化解机制，尝试通过立案速调的方式将涉未民事纠纷纳入诉源治理的进程中。另一方面则需要注意司法在社会生活领域的示范效应，如对儿童利益予以过度解释，则将加重学校等潜在责任主体的压力，导致这类主体为了避免被追责而采取宁严毋松的态度管理儿童，甚至挤兑儿童在其管理范围内的合理自由。

三、民事诉讼中儿童利益最大化原则的适用困境

（一）儿童利益确定和评判缺少标准

儿童的主体利益在民事诉讼中受到司法的针对性衡平或评价之前，需要首先完成对儿童利益的界定和确定，其次根据程序化要求对其进行规范的客观性评价。《14 号意见》中提出，在对儿童最大利益予以评判和确定时，应当遵循“两步走”要求，即“第一，在案情的具体实际情况范围内，查明哪些是最大利益评判所涉的相关要素，赋予这些要素具体的内容，并较之其它要素，划定每项要素的比重；”“第二，为此，要遵循一项程序以确保法律保障和恰当适用的此权利。”但就第一步要求而言：第一，对于涉未民事纠纷中未成年人以自己唯一的监护人为被告所提起的诉讼，难以确定这类因客观原因而无法定诉讼代理人的未成年人是否属于适格原告，因而其利益难以进入民事司法的评价范围。第二，对于司法实践中儿童或其法定诉讼代理人主张或放弃儿童利益的行为，难以确定是否与其本人客观利益或最大化利益不符。如在某案中，未成年人原告及其法定诉讼代理人（原告母）就已离婚抚养人之间未约定或约定不明的被抚养人教育培训支出，以原告之父为被告向法院提起给付之诉，案涉教育培训支出是否应当划入未实际抚养一方的抚养费分担范围实难判断。又如在一例以未成年人为申请执行人、以未成年人祖父母为被执行人的执行案件中，身为未成年人监护人的法定诉讼代理人（二被执行人之子的前妻）通过执行和解的方式对未成年人财产作出部分放弃以换取一次性付款，这种直系亲属间的执行和解是否符合儿童利益的最大化实现也难以客观评价。第三，对于《14 号意见》所提出的涉未民事案件中“评判最大利益时拟予权衡的各要素”缺少梳理和总结。

就第二步而言，我国司法实践中存在裁判说理不清的情况，即未能在裁判文书中对其关于儿童利益的考量予以充分阐释，甚至在法官明知可能存在同案不同判的风险时，裁判文书仍未明确阐释法官是否已经对儿童利益最大化予以衡量。如围绕未成年人精神损害抚慰金的争议，是否支持当事人关于未成年人精神损害抚慰金的主张，当前尚属于法院自由裁量内容，因而是否应当赔偿，以及应当赔偿的数额，往往取决于法官对于案情的主观认识。具体案例如在“太平财产保险有限公司永州中心支公司与蒋某、毛斌机动车交通事故责任纠纷上诉案”中，法院支持了当事人关于未成年人精神损害抚慰金的诉讼请求。相反，在“李某、赵某等机动车交通事故责任纠纷案”中，山东省滨州经济技术开发区法院、滨州市中院两次审理的判决文书均不予支持当事人关于未成年人精神损害抚慰金的主张，而在裁判说理部分的理由均为“于法无据”，而未对该案中未成年人因违法行为而承受的身体损害后果，是否可能影响未成年人生活、学习，是否可能损害未成年人身心健康等问题予以展开说理。

（二）儿童利益同家庭利益发生疏离

现实生活中，儿童利益与其父母利益或家庭利益并不总是一致的，相互之间可能疏远甚至背离，而如何对待其间的利益博弈，则是“衡量一个社会对儿童权利尊重程度的标尺”。如在“施某某、张某某、桂某某诉徐某某肖像权、名誉权、隐私权纠纷案”中，法定诉讼代理人在民事诉讼中所主张的儿童肖像权、名誉权、隐私权等方面的利益，背离了未成年人在身体权、健康权等方面的迫切利益和现实需要，本质上是将儿童和诉讼异化为监护人掩盖其虐童事实，以图维护一己之私的工具。儿童利益与监护人利益相冲突的情况，还体现在未成年人对其唯一监护人提起的诉讼，或父母双方就儿童利益问题意见冲突等案件中。由不负责任的父母承担直接抚养的义务，未必有利于未成年人成长。在案件中频发的父母无力、怠于甚至恶意履行抚养义务等情形中，儿童利益与其父母利益或家庭利益之间的疏离程度不同，故应结合具体情况作类型化分析，并对儿童利益最大化原则予以针对性适用。然而，我国涉未民事诉讼制度在对儿童本人与其监护人在意愿或诉讼主

张方面不一致的情况缺少深入梳理，对于此种情形下法官征询儿童意愿该如何适用家长在场规则，以及根据儿童意愿所形成的证据材料之证明力如何，均缺乏具体化规定。这些都使得本就抽象的“儿童利益最大化原则”在涉未民事诉讼中缺少司法可操作性，而最终沦为空洞的口号和利益宣誓而难以落实。

我国当前已有的关于未成年当事人的规定，总体聚焦或者建基于监护制度和诉讼代理制度，也即主要以家庭为依托、以父母等成年监护人为利益代言人，来保障儿童在民事诉讼中的利益最大化，因此，涉未民事诉讼的参与主体主要还是有诉讼能力的成年人，适用为成年人量身打造的民事诉讼框架。这就导致民事诉讼中对于未成年人利益的最大化保障往往局限于亲权或监护权问题，进而使亲权或监护权问题成为涉未民事诉讼的前置性问题。换言之，未成年人作为涉未民事诉讼中的重要程序主体，在法律上始终躲藏在法定诉讼代理人或其他成年人身后。这使得民事诉讼程序对儿童利益的最大化保护，受限于监护制度背后的家庭关系的稳定性及父母利益同子女利益的一致性，不仅增大了法官对未成年当事人真实意愿进行探知的难度，而且模糊了未成年人作为诉讼当事人的主体地位。

（三）国家亲权与家长亲权存在张力

由于儿童受到自身智识水平的局限而难以通过处分自身民事权利和诉讼权利的方式来自主实现利益最大化，如果直接赋予其自主处分的权利则容易走偏，甚至异化为他人谋取私利的工具和借口，因而在法律上赋予其父母或其他直系亲属以监护权，即所谓家长亲权理念。而在监护不力甚至监护人侵权的情况下，国家亲权理念便开始凸显。国家亲权与家长亲权看似是一种递进补充式的逻辑关系，但二者根本目的均在于为儿童寻找和选定合适的利益代言人和诉讼话事人。因而在这一共同目的中，该两种亲权理念发生张力。一方面二者相互对立，在国家亲权与家长亲权的张力中，儿童利益或是因二者的拉扯撕裂而得不到完整保护，或是因二者的挤兑压缩而难以成为独立的主体权利。如在涉及亲子物权方面的民事司法领域，其中的法律建构的个人主义视角和生活现实的整体主义视角两种相互对立的视角，本质上则是国家亲权与家长亲权之间的对立。另一方面二者相互统一、互为补充，国家亲权与家长亲权本质上都是一种家长主义，二者统一于“儿童利益最大化”这一根本原则和司法目标。此外，国家虽然可以被当然地视为未成年人的最高监护人，但其始终无法代替家庭来完全承担保护未成年人权益的责任。

在关于儿童的亲权问题上，西方国家侧重于国家干预，我国虽然注重家庭伦理和谐，但随着儿童利益问题的凸显和对监护制度实际效果的反思，近来也逐渐倾向于国家干预。但在这种亲权理念的融合互鉴中究竟如何选择适用以实现儿童利益的最大化，其背后的文化、社会、经济等多元因素的共同作用则不可不察。其一，两种亲权理念之间的张力，实是个体权利观念与家庭本位观念之张力在涉未民事诉讼中的延伸，前者视家庭为壁垒，后者视家庭为屏障。其二，中西方之间在社会结构上存在差序格局与团体格局的不同，即便在社会主义市场经济体制下，人员的地域流动已经十分频繁，但差序格局的社会关系特征在儿童问题上仍有明显体现，其原因在于儿童成长对于稳定的生活环境具有基本需求。其三，在打破家庭壁垒后对于儿童利益代言人的选择，究竟是国家递补还是社会递补，背后涉及现实的财政问题，即由谁来承担儿童利益最大化的经济成本和主体责任。中西方在社会组织、公益团体等社会主体的建设成熟度，以及社会福利制度等方面存在差异，而所谓国家亲权理念下的国家干预，更多则是依靠社会力量实现的，即由国家购买社会资源或社会服务。由于上述因素加剧了国家亲权与家长亲权之间在涉未民事诉讼中的张力，因而

在我国可能造成三种不利后果：一是国家干预的不平衡。儿童利益的国家保护受到社会发展和司法成本等现实因素的制约，国家干预力度的强弱状态，随着社会建设的不平衡程度之变化，而在我国由沿海向内陆的司法空间上呈现梯次分布。二是国家干预过度。不利于调动多元主体参与，特别是容易忽视家庭的作用，不利于儿童家庭关系的修复和其身心的稳定发展。三是国家干预不当或不充分。如法官未能及时审查儿童父母或其他近亲属是否具有履行监护人义务的能力，则容易给当事人造成诉累，更进一步加重司法成本。由此可见，国家亲权与家长亲权之间的张力问题，本质上是国家干预的边界问题，它的解决需要因地制宜地发展出一套家庭自主和国家亲权协调并存的法定程序。

四、民事诉讼中儿童利益最大化原则的适用路径

民事诉讼中“儿童利益最大化原则”研究的根本目的在于程序法上的适用，而这种适用需要首先通过对于涉未民事案件的类型化梳理来归纳原则适用的侧重方向和适用中的核心利益考量，从而实现对于儿童最大化利益的针对性保护。其次，《公约》中的这一原则在引入我国民事诉讼程序中时，需要完成本土化转变，避免制度的排异反应，以实现对儿童最大化利益的因地制宜的保护。最后，需要根据儿童利益的特殊性，使涉未民事诉讼制度能够在成人化诉讼框架的基础上实现专门化建构，进而实现儿童最大化利益的特殊保护。

（一）涉未民事案件类型化梳理

最高法院在《关于加强新时代未成年人审判工作的意见》中，根据案由或纠纷类型将适宜由少年法庭审理的涉未民事案件进行了列举，但在这种分类标准下，国家机关、社会主体和家庭成员之间围绕儿童利益最大化所形成的关系是含混不清的。权责界限模糊容易导致三者之间相互推诿或者拉扯，因此各类儿童利益代言人之间虽然在不同民事纠纷中不是相互对立的关系，但其对于儿童利益的叠加式保护的意义也将十分有限。权责清晰是多重保护得以有效的原因，这要求从程序法视角对于涉未案件进行新的类型化梳理，明晰不同类型案件中儿童的核心利益，从而在司法中精准适用儿童利益最大化原则。

在以诉讼地位为标准的分类中，除了人身安全保护令案件这种特殊的非讼程序之外，涉未民事诉讼可以被重新划分为四类：即以未成年人为原告的民事案件；以未成年人为被告的民事案件；以未成年人为两造之外利害关系人或第三人的民事案件（含涉未民事公益诉讼案件）；两造当事人均为未成年人的民事案件（详见表 1）。基于此种类型化梳理，“儿童利益最大化原则”在涉未民事诉讼中的适用可以更具针对性。

1. 未成年人作为原告的民事案件

这类涉未民事案件主要包括两类：一类是家事纠纷案件，即诉讼两造均为同一家庭的成员，相互之间往往存在血缘关系；另一类是普通的人格权纠纷或侵权责任纠纷，被告往往与作为原告的儿童没有直接的亲属关系。对于前一类案件，应当侧重于保障未成年人的诉权或起诉权利，并围绕这一核心利益来展开关于未成年人直接参与民事诉讼的程序保障。其中的典型问题是未成年人的原告适格问题，特别是当未成年人起诉自己的唯一监护人时，这一问题便格外凸显。对此，将在后文详细论述。

在后一类案件中，未成年人的法定代理人往往积极维护被代理人利益，表现出家庭作为维护儿童权益之天然屏障的功能，因此在这类案件中，应当避免形成对于家庭保护的当然排斥，保持对监护人的合理信赖。虽然实践中出现了前文中提到的“施某某、张某某、桂某某诉徐某某肖像权、名誉权、隐私权纠纷案”这类以诉讼手段损害儿童利益的案件，但一方面这种案件中法定诉讼代理人损害儿童利益意图容易为法官所察觉，且更多依赖于法官的生活经验和自由裁量，因而程序

法难以有效应对，另一方面这类案件所反映的关于儿童利益被动受损的问题，仍需回到儿童直接参与民事诉讼程序的制度轨道中才能得到妥善解决或有效预防，故其属于各类涉未民事案件中的共性问题。

两类案件在适用“儿童利益最大化原则”的共同点在于对原告利益的及时救济，即实体利益的最大化，并且避免儿童受到二次伤害，因而需要尊重儿童意愿，保障其本人的出庭权利，并且在调解结案或执行和解时，着重警惕和审视诉讼代理人行使处分权而使儿童的可预期利益有贬损之虞的行为。

2. 未成年人作为被告的民事案件

“儿童利益最大化原则”所要求的儿童权利本位观，意味着对于未成年利益的最大化保护，不以未成年人民事诉讼角色的变化而改变。未成年人身为原告自不待言，而其身为被告时，则应当注重多元化解纷机制的运用，通过立案速调、强制调解和先行调解等制度设计，最大化减轻诉讼给儿童带来的心理负担和社会压力，同时完成对于未成年违法行为人的深度教育。

这类涉未民事案件中值得关注的是监护人怠于履责而拒不到庭的行为。根据“儿童利益最大化原则”的第三层内涵，在存有解释空间时不能对儿童利益进行消极的不利推定，因此在缺席审判制度的作用下，该原则实际上会鼓励儿童法定诉讼代理人通过不出庭来逃避举证不利的责任，这将进一步破坏诉讼中的举证责任制度。如根据《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（2022 修正）》（简称《民诉解释》）第 235 条规定，当无民事行为能力的当事人作为被告时，如果其法定代理人经传票传唤无正当理由拒不到庭，则以缺席判决为原则，以法院拘传法定代理人到庭为例外。而基于前文所述，则应当探索多元主体对于未成年被告之利益诉求的替代表达。首先，对于包括无民事行为能力人在内的未成年被告，应当保障其参与民事诉讼程序的必要自主性权利，尊重其可能存在的自主表达意愿。该条解释明显表现出未成年人利益相对于作为法定代理人之成年人利益的附属性，不仅有损于未成年人的程序参与权利，而且给探知未成年人真实意愿带来了难度，更遑论对于未成年人被告进行利益最大化的保护。其次，法定诉讼代理人拒绝出庭，其原因往往是企图拖延诉讼或在心理上逃避审判，但在缺席审判制度之下，对于审判的逃避将成为被告方当事人的一厢情愿，并不影响审理的进程和裁判结果的形成及其既判力、执行力的实现。由此，在缺席审理的情况下，未成年人法定诉讼代理人拒绝出庭的最终后果将是被代理人程序利益乃至实体利益的贬损，此种拒绝出庭的行为本质上也只能被理解为对于监护义务的怠于履行。

对此类案件的处理应分情形讨论。在不能确认传票是否有效送达未成年人本人的情况下，应当通过法院的主动调查，明确未成年人是否有参与诉讼的意愿，同时向其本人及其法定代理人释明可能展开的缺席审判及利害关系，并告知其因怠于履行监护人义务而可能承担的法律责任。如未成年人同样拒绝参与诉讼，则应当采取缺席审理方式。如未成年人有参与意愿，则可参考《民诉解释》第 350 条之规定，由人民法院指定经无民事行为能力被告之住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意，且愿意担任代理人的个人或者组织为代理人，或者在此类代理人亦不存在时，由无民事行为能力被告之住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门担任代理人，从而补充缺失的法定代理人角色。而对不具有独立表达能力的未成年人，则应当考虑由法官径行指定代理人，从而实现未成年人利益保护的最大化。此外，《民诉解释》第 234 条中规定的法定诉讼代理人不能到庭的无民事行为能力人的离婚诉讼，同样可以参考此类方式处理。

3. 未成年人作为利害关系人民事案件

（1）离婚家事纠纷案件。这类案件也是儿童非当事人和难以成为当事人的案件。当儿童监护人之父母双方作为诉讼两造，当事人主义的对审原则对于儿童利益最大化而言便失去了应有价值，即诉讼程序中无人代表儿童利益，而儿童利益又必然受到诉讼结果的深刻影响。对此可以考虑适用第三人制度，追加儿童为有独立请求权的第三人，并结合指定代理人的方式选定儿童在诉讼中的利益代言人。

（2）涉未民事公益诉讼案件。公益诉讼的价值取向与“儿童利益最大化原则”的法理意涵高度契合。我国《未保法》第 106 条新增关于涉未检察民事公益诉讼的规定，为在儿童利益保障方面发挥检察机关的法律监督职能提供了法律依据。但考虑到相较于其他社会公共利益，儿童利益受损不但难以修复，而且对于儿童成长影响深远，故应采取更为及时深入的保护措施。因此，应协调《未保法》第 106 条与《民事诉讼法》第 58 条之间的关系，允许检察机关在督促相关机关和组织起诉时，缩短公告期限或迅速制发检察建议，甚至可以考虑不经督促程序而径行起诉。

4. 两造均为未成年人的民事案件

在这类涉未民事案件中，上述未成年人作为原告或被告的情形同时存在，因而“儿童利益最大化原则”在上述两种情形中的适用要求在此并存，不过应当注意对双方儿童当事人在程序上给予平等对待，特别是在征询儿童本人意愿时应当分别展开，不可因仅存在一方的申请而偏废另一方的同等权利。此外，这类案件中的未成年人两造往往在庭外存在相对稳定的社会化联系，如同学关系或邻里关系，因此需要注重弥合未成年人之间在诉外的受损关系，积极采取调解方式结案。

（二）儿童利益代言本土化转变

儿童在诉讼中的利益代言人是实现儿童利益最大化的必要诉讼角色，而这一角色应当由谁来担当，其选择透露出国家亲权理念和家长亲权理念之间的协调，以及“儿童利益最大化原则”的本土化需要。儿童诉讼利益代言人制度的本土化存在两个层次，一是适应我国家庭伦理和谐的文化传统，二是适应国内不同地域之间发展不平衡的现状。因此在涉未民事诉讼制度的建构上，首先，应当以国家干预为补充，以家庭关系的修复为首选。其次，应当取各地域司法实践水平的最大公约数来作为标准予以强制性规定，再允许各地域结合自身的经济水平和案源情况等现实因素调动社会资源予以补充，即将可以普遍适用的方式通过法律规范的形式固定下来，再承认社会公益组织及其成员作为儿童的“诉讼利益代言人”，并赋予其类似诉讼代理人的诉讼地位。

司法实践中就此类案件存在三种不同情况的处理方式。一是“儿童权益代表人”机制，法院聘请区妇儿工委办的妇儿干部以及团区委的青少年社工作为儿童权益代表人，由儿童权益代表人代表未成年人作为独立的诉讼主体直接参与诉讼。二是根据实体法规定从近亲属中顺位确定法定代理人并允许诉讼，同时否认民办非企业单位可以或指定他人以“诉讼监护人”身份代为起诉。三是在儿童委托父母以外符合第一顺位监护人资格的祖父代表其提起诉讼并委托律师的情况下，法院以原告诉讼主体不适格为由，裁定驳回儿童起诉。分而析之，第三种方式以监护权撤销之诉为前提，容易增加当事人诉累，也提高了未成年人自主维权的难度。第一种方式不利于儿童诉后利益的实现，影响家庭关系的修复和儿童未来成长，但在顺位监护人无法确定的情形下可以采取。结合上述论证，本文支持第二种处理方式，即对于家庭成员主动维护儿童利益的诉讼行为，应首先采取“支持、保障”的态度，而后再考虑“干预、监督”的措施。

就制度建构而言，我国应当通过设立涉未民事诉讼的指定代理人制度，并与已有的专家辅助人制度、法律援助制度等作为儿童利益代言制度的核心，在此基础上再考虑向各地推广南京的“诉

讼监护人制度”、上海的“儿童权益代表人制度”或海南的“亲子关系报告制度”，允许各地因地制宜、量力而行。

无论在哪种亲权外壳之下，儿童利益保护都无法与利益代理人模式彻底割裂。程序上的辅助人或利益代言人本质上仍然是为儿童增设代理人，因此，在涉未民事诉讼中代理人与被代理人之间的紧张关系无法回避。但无论是父母还是国家都可能将自己的利益伪装成儿童的最大利益，从而造成儿童利益论证的虚伪化。因此，民事诉讼平衡国家亲权和家长亲权的关键是儿童能够直接参与到诉讼程序中。为此需要首先保证儿童的程序知情权，给予法官就儿童利益相关的程序性问题主动告知并释明的责任和权力，其次保证儿童对于程序的参与选择权，承认儿童享有参与庭审的权利，甚至享有选择庭审物理环境适龄化与否的权利，并以不公开审理为原则。

对于未成年当事人胜诉的案件，可以考虑推广适用北京海淀法院少年法庭的“首审责任制”，将初次审理中涉及的未成年人登记造册，而在日后如遇其他民事案件涉及册中所载未成年人，则由首审法官负责审理，也即在法官与涉诉未成年人之间建立“一对一”的稳定审理关系。这类法官或可类比医疗制度中的名词而被称为“家庭法官”。此外，还可深化我国人民陪审员制度在涉未民事案件中的适用，优先选择未成年人工作经验丰富的成年人担任人民陪审员。

（三）儿童参与程序专门化立法

儿童参与程序的制度设计内含两个层次：一是通过强化诉讼中成年人对儿童诉讼利益的代理关系，保障儿童程序性权利的间接行使，实现对于儿童受限诉讼行为能力的补充；二是在此基础上，根据“儿童利益最大化原则”的法理意涵，有针对性地给予儿童额外、特殊程序保护，而这种特殊保护所应渗透之处，包括但不限于管辖、询问、自认、裁判说理等具体制度或规范。

1. 儿童本位管辖

在涉未民事诉讼管辖方面，无论涉诉儿童处于何种诉讼地位，均应在不违反专属管辖、级别管辖的条件下，以儿童住所地或经常居住地法院管辖为原则。在双方当事人均为儿童时，可以适用民事诉讼法中关于管辖的一般规定。在少年法庭独立成庭的趋势下，有研究就涉未民事诉讼的案源问题进行了深入讨论。应当承认，对于特殊利益的专门化保护与特殊利益相关案源占比较小之间的矛盾，在各类特别利益的程序保护中是普遍存在的。对于涉未刑事诉讼中较为突出的集中管辖，涉未民事诉讼管辖是否照搬适用则应当慎重对待。就总结司法经验和节约司法资源而言，对涉未民事案件采取集中管辖可以提高审理的专业化水平，但在审理专业化和儿童利益最大化之间的因果关系尚未得到充分论证之时，为灵活适应我国涉未民事诉讼案源地域分布不平衡现状，分散管辖仍然有其存在的必要和空间。

2. 儿童意愿征询

在程序参与方面对于儿童的特殊保护，应当以儿童的直接参与为原则，以间接参与为例外。儿童自我意志的成熟不是一蹴而就的，“如果忽视儿童如何逐渐形成如成人般独立和整体的意志，就无法看到儿童随年龄、理性能力的发展对自己的行为会形成不同的考量空间，以及逐渐具备的不同层次的权利行使能力。”因此，对于因意志水平不成熟而被法律规定为无诉讼行为能力的未成年人，应当通过法官主动征询意愿的方式，延伸其直接参加民事诉讼程序的能力。

关于如何征询儿童意愿，应当分情况讨论。首先，对于具有独立表达能力和表达意愿的未成年人，应当畅通未成年人直接表达的渠道，将未成年人的意愿表达作为当事人陈述予以固定，并赋予其一定的证据效力。其次，对于表达能力不成熟或表达意愿不明显的未成年人，可由法院委托社会调查员、心理咨询师，通过沙盘游戏、心理白描等专业化、技术化手段，辅助未成年人表达诉

求，进而探知未成年人真实意愿，并以此作为具有证据效力的材料予以认定。最后，对于不具备表达能力且表达意愿无法探知的未成年人，才可以通过强化替代表达的方式保障其程序利益，如通过“亲子关系观察项目”或“社会观护员制度”进行第三方观察并形成报告作为证据材料。而上述通过直接或间接方式所展开的儿童意愿征询，应当辅之以录像等现代化技术手段，并将其电子载体作为证据材料留案佐证。

关于儿童表达能力的区分标准，可以参照我国《民法典》关于自然人民事行为能力的划分来予以界定，即划定未成年当事人的年龄层次，并以此为据，对不同年龄层次的儿童展开不同方式的询问。如根据《民法典》第 19 条规定，八周岁以上的未成年人虽然为限制民事行为能力人，但却可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。而《民法典》第 1084 条则更进一步强调，在离婚案件中，已满八周岁的子女所表达的真实意愿应当在民事诉讼程序中得到法院尊重。换言之，根据上述两条民法规范所蕴含的法意，八周岁以上的未成年子女，具有自我决定由谁抚养更有利于自己成长的“意思自决权”，甚至可以由此推知，其同样具有表达其他关涉自身利益之意思表示的适龄、适智的能力。因此，对于已满八周岁的未成年人，应当推定其具有独立表达能力，并在涉未民事诉讼案件中，对于法官直接征询其自主意见的环节作为必要法定程序固定下来。当然，在我国民事诉讼法尚无明文规定的情况下，儿童表达能力的区分，不能简单依赖于《民法典》对于民事行为能力的划分，而应根据未成年人成长环境、受教育程度等因素综合判断。

3. 限制儿童自认

由于儿童表达出的意愿可能包括对案件事实的相关陈述，因此，在征询儿童意愿并赋之以证据能力的前提下，对于此种证据之证明力的判断，会涉及儿童自认规则。自认即我国相关司法解释中的“一方当事人对于另一方当事人主张的于己不利的事实予以承认”，其在诉讼中的主要法律效力是免除对方当事人的举证责任。关于自认的性质主要存在“意思表示说”与“观念通知说”两个主要观点。随着我国民事诉讼中辩论主义的基础逐步夯实，采“意思表示说”以明确自认的处分效力，对于厘清“限制自认”等自认规则中的复杂规定具有积极意义。但如以当事人基于自主意志行使处分权利为前提来理解自认效力，则对于儿童这类意志能力不成熟的当事人并不友好，更不利于“儿童利益最大化原则”之制度效应的发挥。因此，对于自主处分能力有限的儿童应当严格限制自认的生效，允许未成年当事人、法定诉讼代理人或其他诉讼利益代理人对未成年当事人陈述中的自认予以不附条件的撤销。此外，根据“儿童利益最大化原则”的第三层内涵，对于诉讼中的儿童利益应进行最大化解释，因此，对于涉未民事案件的未成年当事人的自认，应当排除适用《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定（2019 修正）》中第 4 条规定，即未成年当事人对于对方当事人主张的于己不利的事实既不承认也不否认，经审判人员说明并询问后，其仍然不明确表示肯定或者否定的，不视为自认。

4. 强化裁判说理

“儿童利益最大化原则”之行事规则层面要求，“决定的理由必须清楚表明业已明确兼顾到了此项权利”，因此，为了最大程度发挥儿童意愿表达和已探知到的相关儿童利益因素对法官自由裁量的影响，应当要求法官将法院通过直接或间接方式获得的儿童意愿或陈述，以及探知获得的关于儿童利益需要、现实情况等方面的衡量要素，作为涉未民事诉讼裁判文书中说理部分的必要内容，并对其本人关于此项内容的考量和权衡进行明确、充分的阐释。欧洲人权法院在解释和适用儿童最大利益原则中已经呈现出程序性转向的趋势，注重审查缔约国是否在程序上适用儿童最大利益原则。我国可借鉴的具体做法即是遵循《14

号意见》中关于评判和确定儿童最大利益的“两步走”要求，按照查明利益评价所涉要素、要素内容具体化、要素比较、划定要素比重的顺序逐步进行。这些评价所涉要素不仅包括儿童意见、身份、家庭环境、身心照顾需要、健康权、受教育权等必要内容，还应当将“该儿童和儿童群体本身所处的社会和文化境况”作为利益衡量要素，如家庭可诉诸的维持生计的手段及其性质、儿童消费水平及儿童生活所在地的一般消费水平或最低工资收入等。

结语

儿童利益最大化原则是我国涉未民事诉讼制度建设的合理性乃至合法性依据，其不仅为后者呈示了儿童利益保障中有关实体利益、程序利益和利益解释的三个层面，更为具体的程序建构和少年司法实践提供了丰富的法理资源和根本的合理性要求。然而，儿童利益最大化原则在涉未民事诉讼的适用中必然面临两个主要难题：一是因其固有的抽象性，而难以在儿童利益的确定和评价过程中形成明确的适用标准；二是由于儿童利益的独立性与儿童利益保障的依赖性之间的矛盾，而在适用时无法摆脱家长主义的阴影。二者共同导致的后果，则是在涉未民事诉讼中既以选定适宜的儿童利益代表人为必要，而代表人角色的扮演又始终在国家、社会和家庭之间摇摆。但通过涉未民事案件类型化梳理，以及儿童利益代言人本土化选择，国家亲权与家长亲权之间的关系可以得到协调。此外，还需对儿童参与程序予以专门化立法，使儿童的真实意愿能够准确、及时、有效地袒露在民事诉讼程序中，甚至成为影响审理裁判执行全过程的重要因素。由此可见，如欲在民事诉讼中实现儿童利益的最大化，就要穿透家庭本位的壁垒、刺破国家干预的面纱，使得涉未案件中一切能为儿童所依赖的成年人可以直面儿童的切身利益，并以此为核心展开涉未民事诉讼程序。从这个角度讲，儿童利益最大化原则对于民事诉讼的主要意义，就在于明确了儿童权利本位观念和儿童的程序主体地位。

责任编辑：胡云红
文章来源：《法律适用》2024 年第 1 期
排版：王翼妍　姜丹
审核：梁欣

王雷：《民法典》婚姻家庭编适用衔接问题研究 ｜ 前沿

原创：2024-04-12　中国民商法律网　越纪坤摘编
https://mp.weixin.qq.com/s/kwTfVwEPnmSWwOHGICRxzQ

本文选编自王雷：《〈民法典〉婚姻家庭编适用衔接问题研究》，载《法学杂志》2023 年第 6 期。

【作者简介】王雷，中国人民大学法学院教授。

婚姻家庭编成为民法典的一编，但婚姻家庭法的法律渊源还包括民法典其他各编及其他相关单行法律。如何协调婚姻家庭编与民法典其他各编及其他相关单行法律的适用衔接问题？对此，中国人民大学法学院王雷教授在《〈民法典〉婚姻家庭编适用衔接问题研究》一文中，对《民法典》婚姻家庭编与总则编、物权编、合同编、人格权编、继承编、侵权责任编，以及公司法、婚姻家庭特别法等相关单行法律的适用衔接问题进行了系统全面的研究，并指出应在动态法源观的指导下，辩证看待其他各编的体系溢出效益和婚姻家庭编调整对象与调整方法的特殊性，以期实现婚姻家庭法在民法典内部和外部的双重体系化。

一、民法典婚姻家庭编与其他各编适用衔接研究

（一）婚姻家庭编与总则编的关系

《民法典》总则编与婚姻家庭编存在总则与分则关系，对婚姻家庭法律关系，总则编有可能居于被补充适用地位。例如婚姻家庭编第 1065 条夫妻财产制约定与总则编第 158 条。《民法典》总则编与婚姻家庭编存在一般与特别、原则与例外关系，对婚姻家庭法律关系，总则编有可能被排除适用。例如婚姻家庭编第 1054 条对婚姻无效或者被撤销后果的规定不同于总则编第 157 条。《民法典》总则编与婚姻家庭编还存在参照适用关系。对于民事法律行为规则在身份法律行为的适用空间，我国目前存在婚姻家庭法回归民法说、身份法律行为回归民事法律行为说、亲属财产关系回归民法典总则编说、婚姻家庭法作为独立法律部门说，以及婚姻家庭法形式回归民法，实质仍具有较强独立性说。

身份法律行为在“事物本质”方面的特殊性包括但不限于要式性、伦理性、安定性、继续性等。因此，婚姻家庭法回归民法，《民法典》婚姻家庭编要受总则编的统领，但总则编也要尊重婚姻家庭关系的特殊性，避免不合宜的等量齐观。此外，总则编不是一概处于补充适用地位，当婚姻家庭编没有规定时，身份关系协议、身份权利保护可以参照适用合同编、人格权编规定，其他婚姻家庭关系则参照适用总则编规定。《民法典》第 464 条第 2 款、第 1001 条及总则编司法解释第 1 条第 1 款是该观点的实定法基础。

（二）婚姻家庭编与物权编的关系

立法和司法解释未予明示如何协调婚姻家庭编和物权编的适用衔接关系。原《婚姻法司法解释三》主要解决《物权法》与《婚姻法》的衔接，这一问题延续到《民法典》。基于夫妻身份关系协议的物权变动可能变通适用物权变动公示规则、强制执行顺位规则等，**应在立法论上对其所引发物权变动的内部效力与外部效力进行区分**，在内部法律效力判断上适用债权意思主义的物权变动模式，夫妻内部物权变动关系适用身份法规则，夫妻外部物权变动关系适用财产法规则，未经法定公示方法，不得对抗善意第三人。

在夫妻共同债务问题上，《民法典婚姻家庭编司法解释一》第 26 条的“孳息”与《民法典》第 321 条的“孳息”同词异解。**前者应该目的性限缩解释为非投资、非经营等劳动行为所获收益。**夫妻一方个人财产在婚后通过生产、经营或者投资行为等人为努力产生的主动增值属于夫妻共同财产。房租由市场供求规律决定，与房屋管理状况紧密相连，往往需要投入更多的管理或劳务获得收益，因此可作为经营性收益看待，进而依法认定为夫妻共同财产。

（三）婚姻家庭编与合同编的关系

原《婚姻法司法解释三》还提出了婚姻法与合同法衔接适用的难题。有关夫妻身份关系及财产关系的协议，贯彻了《合同法》的一般规则。尽管《合同法》第 2 条第 2 款规定有关身份关系的协议并不属于交易关系，不应受其调整，但应限缩解释为不包括夫妻之间以财产关系为内容的协议。不过对于这类协议应优先适用《婚姻法》等有关法律，这些法律没有规定时才可适用《合同法》和《民法通则》。

在我国目前的婚姻家庭实践中，当事人往往倾向于采取合同的方式规范彼此的权利义务关系。然而，《民法典》第 464 条第 2 款显示，**合同法在婚姻家庭纠纷处理过程中的作用是有限的**，不能以财产法中心主义的思维对以身份合同约束夫妻感情抱太高期望。

（四）婚姻家庭编与人格权编的关系

因婚姻家庭关系等产生的身份权利保护是否、何时、如何参照适用人格权编，均取决于《民法典》第 1001 条第 2 句后段的“根据其性质”，即

身份权利性质。具体地：第一，配偶权、监护权等身份权不属于支配权，在身份关系当事人之间具有鲜明的请求权、相对权、专属权等品格；对外关系上则具有绝对权属性，可以参照适用人格权保护的有关规定。第二，身份共同体下的人格权保护要克服个体主义的缺陷，凸显在身份关系当事人之间人格权的相互性、整体性特点。但是，婚姻家庭编亦存在和人格权编衔接的不足，如忽略了被收养人对自己真实身份信息的知情权。

（五）婚姻家庭编与继承编的关系

婚姻家庭法确定的亲属身份是继承法规定和调整继承关系的基本依据，婚姻家庭法关于亲属继承权的原则性规定在继承法中得到更加明确、系统的反映。《民法典》婚姻家庭编对近亲属之间相互继承遗产权利的规定并不完整，须结合继承编第二章法定继承等制度组成完全法条以获得制度全貌，属于直接适用而非参照适用。与此同时，继承法属于身份财产法，对法定继承人范围的厘清离不开《民法典》婚姻家庭编的相关规定。婚姻家庭编第 1072 条第 2 款指出有扶养关系的“继子女、继父母”对应的是单向扶养。

（六）婚姻家庭编与侵权责任编的关系

婚姻家庭法领域内的侵权行为主要包括在夫妻等家庭成员之间的侵权行为和在家庭成员与其外的第三人之间的侵权行为。原《婚姻法司法解释一》第 29 条否定了夫妻婚内侵权行为的可救济性，类似地，根据《民法典婚姻家庭编司法解释一》第 87 条的规定，我国现行法不支持夫妻婚内侵权之诉。但实际上，**离婚损害赔偿与婚内侵权损害赔偿责任并不互斥。**否定夫妻婚内侵权责任可救济性的最强有力理由，是婚姻存续期间不存在对夫妻之间发生的损害进行婚内赔偿的前提条件和物质基础。但债权执行凭证提供了解决途径，且不论何种财产制下夫妻会各自拥有一定的法定或者约定的个人财产，这成为其财产责任执行的首选。**在第三人干扰婚姻关系案件中，配偶无过错方有权要求第三人和配偶一方承担共同侵权连带责任和精神损害赔偿责任，**其请求权基础可以补充适用侵权责任编第 1168 条和第 1183 条第 1 款。《民法典婚姻家庭编司法解释一》第 87 条第 1 款只是限制离婚损害赔偿责任主体的范围，不能据此否定第三人承担普通侵权责任的可能。

此外，《民法典》第 1001 条第一句后段的优先适用和第二句后段的参照适用范围能否包括侵权责任编，仍然值得研究。从文义解释看，对自然人因婚姻家庭等产生的人身权利保护，侵权责任编不应被优先适用，而是在优先适用、参照适用之后可被补充适用。

二、民法典婚姻家庭编与相关单行法律适用衔接研究

（一）婚姻家庭编与公司法的关系

对以夫妻共同财产作为出资或者对价取得的股权，如果登记在夫妻一方名下，如何处理股权收益和行使问题，涉及《民法典》婚姻家庭编和《公司法》的适用衔接。《民法典》第 1062 条第 1 款第 2 项并未简单规定股权作为夫妻共同所有财产，**股权属于综合性权益，兼具人身权和财产权特点，应采取区分原则的态度和方法。**登记在夫妻一方名下的股权，登记名义人有权单方行使表决权等股东人身权，但单方对外转让应类推适用《民法典》第 1064 条对夫妻共同债务的认定标准。若此种股权转让行为符合正常生产经营的情形，则是有权处分；若此种股权转让行为以无偿或者明显不合理的低价方式实施，则受让人不构成善意相对人。

夫妻财产的共同性、团体性与有限责任公司人合性之间存在张力。在离婚股权合意分割规则背景下，无论是采取股权财产利益共有说还是信义义务说等解释方案，均须通过其他股东的同意权和同等条件下优先购买权来维持有限责任公司

的人合性特点，这不同于房屋承租人优先购买权的但书条款。

（二）婚姻家庭编与婚姻家庭特别法的关系

《民法典》之外调整婚姻家庭关系的单行法律法规中也存在大量婚姻家庭法律规范，**需要协调形式意义上婚姻家庭法和其他实质意义上婚姻家庭法的适用衔接关系。**例如，婚前医学检查证明是否为结婚登记所必需，涉及《民法典》《母婴保健法》《婚姻登记条例》的适用衔接。自《婚姻登记条例》实施以来，婚前医学检查事实上已成为公民的自愿行为。《民法典》亦不再将“患有医学上认为不应当结婚的疾病”规定为禁止结婚的情形，这也是《母婴保健法》应有的修法方向。永城“女友婚检疑似艾滋”事件中，《母婴保健法》《艾滋病防治条例》都没有规定婚检医疗机构对医学上认为影响结婚和生育的艾滋病病毒感染者的配偶（或未来的配偶）的告知义务。但《艾滋病防治条例》第 38 条规定艾滋病病毒感染者和艾滋病病人的法定告知义务和采取必要的防护措施义务，在婚姻关系存续期间，丈夫可依据《民法典》第 1165 条请求妻子承担侵权责任。

三、结语：婚姻家庭法在民法典内部和外部的双重体系化

《民法典》婚姻家庭编推动了婚姻家庭法的体系化，但法典化不是体系化的终点，而是再体系化的起点。法典化给婚姻家庭法带来开放法源以及婚姻家庭编适用衔接的动态法源观。婚姻家庭法的体系化离不开妥当协调与其他编及其他相关单行法律的适用衔接关系。

李明舜：保障妇女合法权益是为了更好地促进男女平等 | 《民法典司法解释二（征求意见稿）》大家谈

2024-04-13 家事法苑 李明舜教授

https://mp.weixin.qq.com/s/EX3bQ6Yd5iDHg0Avz1fcnQ

编者按：习近平总书记曾经指出：“无论时代如何变化，无论经济社会如何发展，对一个社会来说，家庭的生活依托都不可替代，家庭的社会功能都不可替代，家庭的文明作用都不可替代。”1950 年 5 月 1 日公布施行的《婚姻法》也是新中国颁布的第一部法律。《婚姻法》的每一次修改都折射出时代的变迁。

最高人民法院 2024 年 4 月 7 日发布公告，《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（二）（征求意见稿）》向社会公开征求意见，截止日期为 2024 年 4 月 30 日。

家事无小事，此消息又一次引起社会各界的极大关注、热议，如何正确贯彻实施《中华人民共和国民法典》，统一法律适用，欢迎供稿。

“家事法苑”公众号本期特约了李明舜、李洪祥、马忆南三位婚姻家事领域的专家对相关条款进行了解读。

李明舜：保障妇女合法权益是为了更好地促进男女平等

作者：李明舜，中华女子学院教授，中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长

《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（二）（征求意见稿）》向社会公开征求意见，公告中强调“保护妇女、

未成年人、老年人、残疾人的合法权益”，体现了对我国宪法要求的具体落实和对公平正义价值取向的秉持坚守。

妇女、未成年人、老年人、残疾人因其性别、年龄、身体等因素，在婚姻家庭中通常处于弱势地位。为了尊重和保障弱势群体的人权，我国宪法明确要求“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。”“禁止虐待老人、妇女和儿童”。《民法典》也进一步规定“保护妇女、未成年人、老年人、残疾人的合法权益。”“法律对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等民事权利保护有特别规定的，依照其规定。”不仅如此，我国还专门制定了妇女权益保障法、未成年人保护法、老年人权益保障法、残疾人权益保障法等法律予以特殊保护。因此，通告中强调“保护妇女、未成年人、老年人、残疾人的合法权益”，表明最高法院制定婚姻家庭编的解释（二）（征求意见稿）所秉持的基本精神和价值理念，既是对我国宪法要求的坚定遵守，也是对民法典等法律规定的具体落实。

目前，对未成年人、老年人、残疾人的合法权益予以特殊保护的共识性较高，但对于我国男女平等事业取得了伟大进步的情况下是否还有必要继续对妇女的合法权益予以特殊保护则有人心存疑虑。对此我们一方面要看到，由于我们党始终坚持把实现妇女解放和发展、实现男女平等写在自己奋斗的旗帜上，领导广大妇女得解放、求进步、谋发展，使我国妇女事业取得历史性成就、发生历史性变革；另一方面我们也要看到，妇女发展水平仍然不平衡，男女权利、机会、资源分配仍然不平等，社会对妇女潜能、才干、贡献的认识仍然不充分。针对妇女的各种形式歧视依然存在，虐待甚至摧残妇女的事情时有发生，被拐卖的人中妇女儿童依然是重点。即使在婚姻家庭领域，家庭暴力的受害者中多数还是妇女，因结婚、离婚而丧失集体组织中财产权益的也多为妇女，女性生育的社会价值也没有被充分的肯定等等，“事实表明，实现男女平等，还需要我们付出巨大努力。”这就要求我们必须“要坚持男女平等基本国策，在出台法律、制定政策、编制规划、部署工作时充分考虑两性的现实差异和妇女的特殊利益。”因此，妇女权益保障法在明确男女平等原则的前提下，特别强调“国家保护妇女依法享有的特殊权益。”这不仅不是对男女平等的违反，而是现阶段促进事实上男女平等的必要手段，是对社会公平正义价值取向的秉持坚守。

当然，具体到每个家庭、每对亲密关系中，又都是不一样的，“不幸的家庭各有各的不幸”，法院审理的是一个个具体的案件，在具体案件中当然要考虑每个案件的特殊情况。不管是民法典还是司法解释均没有以男女为划分标准，予以分别保护。比如，在一些离婚个案中，如果女方出轨，在分割财产、子女抚养、离婚损害赔偿等方面同样也要承担不利后果。所以，不能用某个人的经历或者某个群体、某个地域的感受和经验否定整体的价值导向。

李洪祥：关于《民法典司法解释二（征求意见稿）》第三条的基本观点 ｜ 《民法典司法解释二（征求意见稿）》大家谈

2024-04-13　家事法苑　李洪祥教授

https://mp.weixin.qq.com/s/bAkyZEL2s_9VavevryQmbA

编者按：习近平总书记曾经指出：“无论时代如何变化，无论经济社会如何发展，对一个社会来说，家庭的生活依托都不可替代，家庭的社会功能都不可替代，家庭的文明作用都不可替

代。”1950 年 5 月 1 日公布施行的《婚姻法》也是新中国颁布的第一部法律。《婚姻法》的每一次修改都折射出时代的变迁。

最高人民法院 2024 年 4 月 7 日发布公告，《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（二）（征求意见稿）》向社会公开征求意见，截止日期为 2024 年 4 月 30 日。

家事无小事，此消息又一次引起社会各界的极大关注、热议，如何正确贯彻实施《中华人民共和国民法典》，统一法律适用，欢迎供稿。

“家事法苑”公众号本期特约了李明舜、李洪祥、马忆南三位婚姻家事领域的专家对相关条款进行了解读。

李洪祥：关于《民法典司法解释二（征求意见稿）》第三条的基本观点

作者：李洪祥，吉林大学法学院教授、博士生导师，中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长

观点 1：婚姻关系与同居关系应当有严格的区别

从古至今合法有效的两性结合关系只有婚姻关系，我国司法对同居关系的认识经历了从非法到删除“非法”的过程。但二者仍存在明显、严格的区别。同居关系不能取得婚姻或者配偶资格、地位，也不能基于夫妻身份产生婚姻关系的权利义务。单纯解除同居关系的纠纷，人民法院不予受理，已经受理的裁定驳回起诉。只有发生财产分割和子女抚养纠纷时，人民法院才应当受理。此次《民法典司法解释二（征求意见稿）》第三条第一款的规定，显然是对财产分割纠纷如何处理提出的基本规则，这个规则总体遵循了婚姻关系与同居关系在处理财产关系方面应当严格区别的态度。这是因为同居关系是社会生活中的现实存在，有婚姻就会存在婚姻之外的两性结合关系，它不会基于人们的反对而不存在。既然如此，发生财产纠纷就应当有处理的规则，在国外，无论大陆法系，还是英美法系，对同居关系也多有明确的法律规则，一但发生财产纠纷也是要给予处理的。这有助于统一人民法院的裁判准则。

观点 2：同居关系中家务补偿的功能在于利益平衡

首先，虽然家务劳动补偿制度从夫妻关系扩张至同居关系，但在财产归属、债务认定乃至共同财产分割等方面，两种关系财产纠纷的处理仍然存在着实质上的不同。家务补偿制度的扩张适用目的在于更好地平衡同居关系中男女双方的利益，并不是把同居关系趋同于婚姻关系，对两者财产纠纷处理的边界仍然是清晰的。其次，利益才是影响关系选择的核心要素，在逻辑上，同一制度在不同关系中的适用并不必然影响大众对关系的选择。在普遍意义上（往往女性承担更多家务劳动），否认同居关系中的家务劳动补偿制度，对较少从事家务的一方更加有利，因为相较于婚姻，在同居关系结束后不需要承担更多经济负担。这也就意味着，在利己主义的影响下，否定《解释二》第三条第二款会变相促进一部分人选择同居关系，我们从反向思维进行思考的话，如果否定第三条第二款，也会对结婚意向产生负面影响。

观点 3：同居关系表明男女双方对财产关系的意思自治

选择同居关系是男女双方的意思自治，对同居关系采取什么样的财产关系也是双方的意思自治。一方面，这是两性在同居关系形成、存在的基本形态。同居关系中承担家务劳动的选择是社会观念、自主意识综合决定的，女性承担家务未必真正代表着女性的内心真意。另一方面，即使女性真心实意地为家庭做出更多贡献，并且愿意承担其所带来的后果，也应该注意到，此时女性是为男女双方共同体考虑而做出的判断，而非出于个体理性作出的选择。那么当同居关系解体时，个体理性与共同体理性产生偏差，应当对付出较

多家务劳动一方的损失进行补偿。法律与自由意志并非对立关系，同居关系中的家务劳动补偿制度作为任意性规范，是法律对自由意志偏差风险的矫正和补充。如果男女双方不希望适用，完全可以通过事先否定式约定对补偿制度予以排除。这是一种进可攻退可守的比较稳妥的方式。

观点 4：两性承担家务是劳动分工而非身份关系的结果

同居关系中男女双方的财产越独立，男女双方对关系的具体贡献比例越需要明晰，对男女在家务劳动方面有更多的付出的一方更应得到补偿。有损失就应当有补偿是必要的。实际上，家务劳动补偿制度在夫妻分别财产制中的适用一直是得到肯定的。这是因为家务是对家庭的直接贡献，它所产生的使用价值直接被全部消耗掉了，在离婚时不能成为提供家务劳动一方的个人财产。而外出工作所带来的交换价值，通过货币这一媒介得到体现，货币一部分被消耗掉了，未被消耗的部分则被储藏起来，在离婚时成为工作一方的个人财产。家务劳动补偿制度正是为了矫正分别财产制下男女分工所带来的价值储存差异而产生的。这种性别分工不仅存在于夫妻关系中，也存在于同居关系中。虽然同居关系中男女双方财产归各自所有的财产处理模式与分别财产制在制度性质上存在差异，但其财产归属方面的内容却是统一的，可以将同居关系视为一种“类分别财产制”，从而体现出家务劳动补偿制度适用的正当性。纵然一些同居关系中可能男性付出的金钱更多，在一定程度上可以弥补女性的家务劳动成本。但家务劳动所占用的时间与精力，势必会对其人力资本、自我评价、资源转化产生消极影响，该影响在同居关系结束后仍然会持续存在。而主外一方金钱成本的消耗不会在同居关系结束后带来其他损失。在此视角上，主外一方付出更多的金钱成本，并不能与付出更多的家务劳动成本抵消，同居关系中的家务劳动补偿制度依然成立。

马忆南：对离婚经济帮助条款的看法 | 《民法典司法解释二（征求意见稿）》大家谈

2024-04-13 家事法苑 马忆南教授

https://mp.weixin.qq.com/s/2HjbRwOFzGxuiRBRw_G16w

编者按：习近平总书记曾经指出：“无论时代如何变化，无论经济社会如何发展，对一个社会来说，家庭的生活依托都不可替代，家庭的社会功能都不可替代，家庭的文明作用都不可替代。”1950 年 5 月 1 日公布施行的《婚姻法》也是新中国颁布的第一部法律。《婚姻法》的每一次修改都折射出时代的变迁。

最高人民法院 2024 年 4 月 7 日发布公告，《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（二）（征求意见稿）》向社会公开征求意见，截止日期为 2024 年 4 月 30 日。

家事无小事，此消息又一次引起社会各界的极大关注、热议，如何正确贯彻实施《中华人民共和国民法典》，统一法律适用，欢迎供稿。

“家事法苑”公众号本期特约了李明舜、李洪祥、马忆南三位婚姻家事领域的专家对相关条款进行了解读。

马忆南：对离婚经济帮助条款的看法

作者：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

民法典婚姻家庭编司法解释二征求意见稿第 20 条是对《民法典》第 1090 条的细化和完善。《民法典》第 1090 条规定了离婚经济帮助，通过对离婚时生活困难的一方提供经济帮助，一方面有助于填补一方保持婚姻不被破坏的期待利益，另一方面也有助于对离婚时经济状况处于弱势的一方提供救济。该条明确了经济帮助的适用条件，明确了经济帮助的主要方式，有利于离婚自由原则的贯彻落实。

1，经济帮助的性质

离婚时对生活困难的一方提供经济帮助，不同于婚姻关系存续期间的扶养义务。它不是扶养义务的延续，而是解除婚姻关系时的一种善后措施。

2， 经济帮助的条件

离婚时一方对另一方的经济帮助应具备以下三个条件：第一，时间上的条件。一方生活困难必须是在离婚时已经存在的困难，而不是离婚后任何时间所发生的困难都可以要求帮助。解释稿第 20 条也明确是离婚纠纷中。第二，受帮助的一方生活确有困难，生活困难是指夫妻一方取回的个人财产、分得的共同财产、获得的补偿金、有合理预期的劳动收入和其他收入等金钱或生活用品不足以维持最近时期的生活。这个解释稿第 20 条也对此予以明确。当然，如果再细算的话，应该还包括**获得的补偿金、有合理预期的劳动收入和其他收入等金钱或生活用品。**第三，提供帮助的一方应有负担能力。是指该方拥有经济帮助能力，即在满足自己的合理生活需要后有剩余的。解释稿第 20 条也明确是有负担能力的一方。给予适当帮助是指有经济帮助能力的一方向对方提供帮助的财产来源是自己的个人财产，包括法定个人财产、约定个人财产、从共同财产中分得的财产等。帮助不限于金钱，还可以是住房或其他生活用品。

3，房屋的使用权居住权等还有无必要作为经济帮助的方式？

在司法实践中的经济困难主要体现为住房等困难，原司法解释规定帮助还可以是房屋的居住权或房屋的所有权。（最高人民法院《关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释(一)》第 27 条）有人认为民法典物权编已增加了居住权制度，（《民法典》第 366 条规定“居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。”）民法典第 1090 条又删除了原婚姻法第 42 条另一方应“从其住房等个人财产中”给予适当帮助的规定，离婚经济帮助便不再包括“住房”帮助的形式了。我认为，不能因为《民法典》设立了了居住权制度就否定离婚经济帮助制度中的居住权。物权编里的居住权是意定居住权，需要双方合意通过书面合同方式经登记后才能设立，而离婚经济帮助制度中的居住权是法定居住权。“具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。”可见两种居住权是有区别的，不可互相取代，不能因此否定住房作为离婚经济帮助的一种形式的存在意义和价值。

从实践中来看，住房作为经济帮助形式在《婚姻法》中确立以来，法院最终判决以房屋居住权或是所有权作为经济帮助形式的案件占比较少，更多的法院采取了住房经济帮助金的形式对生活困难一方当事人进行帮助。

在“无讼”数据库以“《中华人民共和国婚姻法》第 42 条”为关键词，共检索到 2017——2019 年的判决 68 件，有效案例 52 件，其中法院对经济帮助予以支持的共计 45 件，其中 4 件采用了居住权的形式，其余 41 件均采用了经济帮助金的形式，占比 91.1%，这也进一步表明了住房居住权、所有权作为经济帮助的形式在实践中适用的情形较少。但这是否意味着住房所有权或使用权作为一种经济帮助的形式已经失去了存在的意义和价值？在上述 52 件判决、裁定中，

有 21 件明确指出请求经济帮助的一方存在无房居住的生活困难，占比 40.3%。这也就表明，无房居住问题仍然是离婚时请求经济帮助的当事人面临的主要问题。

一项以重庆市某基层人民法院 2010——2012 年被抽样调查的 360 件离婚案件为对象的研究也表明了这一点，该研究结果显示:“请求离婚经济帮助有 11 件,从当事人的职业来看,原告为公司职员、无业人员、农民、退休的分别有 3 件、4 件、3 件、1 件，被告为公司职员、无业人员、农民的分别有 5 件、4 件、2 件。” （陈苇、何文骏:《我国离婚救济制度司法实践之实证调查研究——以重庆市某基层人民法院 2010—2012 年被抽样调查的离婚案件为对象》，载《河北法学》2017 年第 7 期，第 27 页。）

从当事人的职业状况可以看出，当事人的经济条件较差。一般来说，婚姻存续期间双方仅共同共有一套住房或婚姻期间的住房属于男方婚前财产。共同共有一套住房的，如果一方得到的房屋分割折价款较低，离婚后便无力自行解决住房困难；在住房属于一方当事人的婚前财产时，另一方无法获得房屋折价款，亦无法取得房屋，就陷入了无房可住的境地。

离婚时女性的住房状况一般劣于男性，2011 年第三期中国妇女社会地位调查表明，“总体来看，女性有房产（含夫妻联名）的占 37.9%，男性为 67.1%。在已婚女性中，自己名下有房产的占 13.2%，与配偶联名拥有房产的占 28.0%；男性分别为 51.7%和 25.6%。未婚女性中 6.9%拥有自己名下的房产，未婚男性为 21.8%”。（第三期中国妇女社会地位调查课题组：《第三期中国妇女社会地位调查主要数据报告》,载《妇女研究论丛》2011 年第 6 期，第 8 页。）

调查显示，实践中请求经济帮助的多为女方，一个以陕西省西安市中级人民法院 2003——2004 年任意抽取的 100 份离婚判决为样本的研究也佐证了这一点。据统计，“抽取的 100 份判决中有 8 例涉及离婚经济帮助，这 8 例均为女方提出”。离婚一方陷入经济困难的重要原因是无房可住，若只用支付经济帮助金的形式予以救济，常常是杯水车薪。实践之中请求经济帮助的绝大多数为女性，在她们之中，有的为抚养孩子而放弃了工作，有的工资水平较低，有的因患病而花费甚巨，若不能通过住房帮助对其予以救济，将使其难以生存。因此，从对弱势群体保护的角度而言，住房帮助形式对女性意义巨大。

民法典实施后，在离婚经济帮助的纠纷中，法院对于合意设立物权居住权的认定极为审慎，以书面居住权合同和居住权登记为双重形式要件标准进行审核，严格实行物权法定主义。在判决设立居住权方面，法院囿于物权居住权的严格规定，呈现转向其他经济帮助方式的趋势。对于法院裁判形成的居住权，当前的居住权制度并未涵纳意定居住权以外的形式，应推进法定居住权的制度设立，为统一的司法实践提供制度性规范。（参见马强:《民法典居住权规定所涉实务问题之研究》，载《法律适用》2022 年第 5 期。）解释二征求意见稿第 20 条正是回应了司法实践的要求。

4， 经济帮助的具体办法

《民法典》第 1090 条后项规定,离婚后一方对他方经济帮助的“具体办法由双方协议;协议不成时,由人民法院判决”。在实践中,这种帮助除了考虑帮助方的经济条件外,着重考虑受助方的具体情况和实际需要,受助方年龄较轻且有劳动能力,只是存在暂时性困难的多采用一次性支付帮助费用的办法;受助方年老体弱,失去劳动能力而又没有生活来源的,往往要作较为长期的妥善安排。在执行经济帮助期间受助方再婚的,帮助方可停止给付,应由其再婚的配偶依法承担婚姻关系存续期间内的扶养义务;原定帮助计划执行完毕后,受助方要求继续得到对方帮助的,一般不予支持。

关于经济帮助的数额、期限、给付的方式等方面的协议可以在调解过程中进行,也可以在其他

时间地点进行。对于协议的结果由人民法院记载在调解书中。在当事人无法达成协议的情况下，人民法院应根据一方的需要和另一方的实际能力加以裁决。

为了明确生活困难的一般认定标准和酌定情形，便于离婚经济帮助的具体适用，**建议增加【生活困难的法定情形】条款：**

有下列情形之一的，视为生活困难：

（一）离婚后没有住房的；

（二）丧失劳动能力且无生活来源的；

（三）患有重大疾病的；

（四）其他导致生活困难的情形。

建议增加【经济帮助的终止】条款：

有下列情形之一的，经济帮助应当终止：

（一）受帮助方已再婚的；

（二）帮助方丧失负担能力的；

（三）原定经济帮助执行完毕的；

（四）帮助方有证据证明不需要给予经济帮助的其他情形。

华政学报 | 曾大鹏 《民法典》居住权的三层构造之解释论

原创：2024-04-14 华东政法大学学报 曾大鹏
https://mp.weixin.qq.com/s/pieDPU0niuLpKUIP90QTUw

作者简介

曾大鹏 华东政法大学教授，法学博士

目 次

一、引言：从立法论到解释论的居住权
二、合同居住权之基本构造
三、遗嘱居住权之参照适用
四、法定居住权与裁判居住权之理论证成
五、结语

摘 要

《民法典》居住权呈现出结构化、层次性和价值多元的特质，但其制度设计未适当提取公因式，有待透过宽松的解释立场，完善和充实其三层法律构造的具体细节。《民法典》第 366-370 条形成第一层构造中的合同居住权，对其主体、客体、权能、消灭事由应该采取文义解释、目的性扩张、目的解释及体系解释等不同解释方法，在恪守物权法定原则之外有效保护契约自由。《民法典》第 371 条形成第二层构造中的遗嘱居住权，其在设立方式与形式、继承与转让、登记效力等方面，参照适用合同居住权规则的空间非常有限，法律适用机制具有较强的独立性。《民法典》第 243 条第 3 款、第 1090 条等形成第三层构造中的法定居住权和裁判居住权，于其类型化的基础上，需要朝具体化的方向填补漏洞。从而，促进居住权在我国的规范体系化和内容本土化之成长。

关键词

合同居住权 遗嘱居住权 法定居住权
裁判居住权 解释论

一、引言：从立法论到解释论的居住权

居住权作为一种人役权，在东罗马帝国皇帝查士丁尼一世之时正式确立，但其作用最初仅限于遗赠领域。在人役权的体系框架中，用益权属于不受限制的人役权，使用权及居住权则为受限制的人役权，居住权的权能呈微弱之态。在法制发达史上，法国、德国、瑞士和意大利等大陆法系民法典普遍继受了包括居住权在内的人役权制度，我国《澳门民法典》亦不例外。1967 年的《英国婚姻住宅法》旨在保障对夫妻一方的家庭住房（婚姻住房）不享有任何财产权的夫妻另一方的法定居住权（statutory rights of occupation），1983 年、1996 年该法经两次修订，但其初衷未改。而 1951 年颁行、2014 年修改的《德国住宅所有权与长期居住权法》以单行法的特别形式规定长期居住权，有效克服了《德国民法典》第 1092 条关于居住权不可转让等规则之流弊。

我国 2007 年颁行的《物权法》中对居住权问题的规定付之阙如，直至 2020 年《民法典》物权编第 14 章才正式设立了居住权制度。在我国现行法体系之中，居住权法律构造有三个层次。其中，第一层的构造为第 366-370 条，旨在调整基于合同设立的居住权（此即合同居住权）；第二层的构造仅指第 371 条，明确基于遗嘱设立的居住权（此即遗嘱居住权）参照适用合同居住权规范；而第三层的构造包括《民法典》第 243 条第 3 款及第 807、1090 条等，它们较为隐晦地指涉法定居住权和裁判居住权。但《民法典》中并没有人役权概念，在解释上将已经过时的“限制人役权”理念强行植入合同居住权规则中是否妥当？《民法典》禁止居住权的转让和继承是否必要、可行？遗嘱居住权如何参照适用合同居住权规范，参照适用的法律技术之合理限度何在？法定居住权和裁判居住权是否有违物权法定原则？我国也没有用益权的一般概念及其规范体系，应如何进行居住权的规范续造与漏洞填补？诸多疑义，有待澄清。

在后民法典时代，针对我国居住权制度的解释论层出不穷。其中，全国人大常委会法制工作委员会民法室参与立法的工作者采取逐条解读的方式梳理立法意见，力求全面反映条文主旨及其立法原意，提供了法律的历史解释和目的解释之最佳素材。最高人民法院法官关于居住权规范的理解与适用，尤其是对“审判实践中应注意的问题”之回应，则构建了司法实践的通说。与此同时，不同学者撰写的民法典评注对居住权制度的理解不一，理论通说尚未形成。还有学者分别就居住权的客体、意定居住权与居住权合同、遗嘱居住权、裁判居住权等主题提出了解释论的观点。故而，本文将关注居住权的现实结构，对其三个不同层次的实然法进行解释论作业，借此助益法律适用的可预测性和统一性，并尽量达成居住权在理论学说上的共识。

二、合同居住权之基本构造

（一）居住权的主体类型

首先，居住权人是否仅限于自然人，不包括法人或者非法人组织？有观点认为，法人、非法人组织只能作为居住权的设立主体，而不能作为居住权人。《民法典》第 367 条第 2 款列举了居住权合同的核心条款，其中第 1 项明确规定了“当事人的姓名或者名称”。单纯从字面上理解，不应将法人和非法人组织排除在居住权主体之外。其中，该项规定在 2019 年 4 月审议的《民法典物权编（草案）》（二审稿）中为“当事人的名称”，在 2019 年 12 月审议的《民法典（草案）》中才修改为“当事人的姓名或者名称”。立法资料表明，这一立法修改旨在解决以房养老问题，由购买住宅的法人或非法人组织为出售住宅的老年人设立居住权，此种情形下的居住权人确实仅为自然人。但在实践中，作为企业法人的公司完全可以投资居住权，从事民宿等经营性项目，从而实现房屋的经济利益最大化。作为非法人组织的合

伙企业，也可通过有偿取得居住权，分配住宅给员工居住，以促进合伙团体的人合性。比较法上，《德国民法典》第 481 条第 1 款规定，基于分时居住权合同设立的长期居住权，可以因社团成员资格或者合伙或公司股份而授予。《德国民法典》第 1092 条第 2、3 款还专门规定法人或有权利能力的合伙可以享有限制人役权（包括居住权），并且例外地承认该项役权可以转让。

其次，居住权人是否包括实际居住人（或称同住之人）？从《民法典》第 366 条规定的主语来看，我国似乎仅认可“居住权人”可以占用标的物住宅，但此种理解显然不符合通常的实际情况。基于对第 366 条“满足生活居住的需要”之目的解释，除非当事人在居住权合同中明确约定只能由居住权人自身居住，否则居住权人有权偕其家属及提供医务或者家务等服务的人员共同居住。这也是《法国民法典》第 633 条、《德国民法典》第 1093 条第 2 款、《瑞士民法典》第 777 条第 2 款、《意大利民法典》第 1023 条以及我国《澳门民法典》第 1413 条第 2 款等立法的惯例。但是，实际居住人并非居住权人，而是居住权的“间接受益人”。其中，“间接”意味着实际居住人在居住权法律关系中并不直接充任当事人，“受益”意味着实际居住人对于标的物只享有利益，但不承担义务。

最后，居住权人包括法人和非法人组织，这与“满足生活居住的需要”的目的解释、居住权人可偕其家属共同居住等见解是否自相矛盾，构成法律评价上的不统一？有观点认为，只有自然人才有“生活居住的需要”，故限定了居住权人只能是自然人。准此见解，只有自然人才有家属，亦将断定居住权人仅限于自然人。但在法人和非法人组织享有居住权的情形下，作为组织成员的自然人经内部授权可代为行使居住权，进而由该自然人与其家属等共同居住，这并无法律障碍。基于社会生活中多方面的实际需要，在法律上承认投资性居住权而非限于生活性居住权，势必容许法人或非法人组织成为居住权人。而且，法律解释应以文义解释为先，法人或非法人组织作为居住权人并未逸出《民法典》第 367 条第 2 款第 1 项的文义框内。

（二）居住权的客体范围

《民法典》第 366 条将居住权的客体限定为“他人的住宅”。《民法典》第 271 条、第 273 条第 2 款、第 279 条则严格区分了“住宅”与“经营性用房”。而建设部 2006 年发布的《住宅建筑规范》（GB—50368—2005）从用途的角度出发，将住宅界定为“供家庭居住使用的建筑”。若将居住权的客体理解为此种狭义的住宅，无疑将极大地抑制居住权的运用场景。根据文化和旅游部 2021 年 2 月 25 日实施的《旅游民宿基本要求与评价》（旅游行业标准 LB/T—065—2019）第 1 号修改单，作为旅游民宿的小型住宿设施包括但不限于客栈、庄园、宅院、驿站、山庄等。经营管理者在旅游民宿之上投资设立的居住权，也可满足游客的居住需求。因此，尚有必要进行目的性扩张，拓宽住宅的外延，认可居住权的客体范围涵盖旅游民宿或酒店式公寓之类可供居住的经营性用房。至于为居住所必需的附属设施和设备（如厨房和卫生间等），当然属于居住权的客体范围，不应因法条未予明文规定而排除，以维系居住的基本条件和合理需求。

居住权的客体可否是住宅的一部分？有学者认为，住宅中的某个房间无法作为不动产单元单独进行登记。居住权是对整个住宅所施加的一种负担，只不过居住权人的行使范围受限于特定的部分。根据《不动产登记暂行条例》第 8 条、《不动产登记暂行条例实施细则》第 5 条和《不动产登记操作规范（试行）》第 1.3.1 条，具备登记能力的不动产单元须为权属界线封闭且具有独立使用价值的空间。一整套住宅内的各个房间，只要有实体墙和门的区隔，即可确保其界线的封闭性和使用的独立性，可以作为不动产单元予以登

记。由此，在登记实务中，需要通过房屋平面图进行标示，将居住权登记信息中“住宅的位置”直接、具体地精确到某套住宅内的一个或数个房间。而设立于一个或数个房间之上的居住权，其权能空间仅限于该特定的客体范围，不得及于整套住宅中的其他房间。因此，于住宅的一部分上设立居住权，并不违反理论上的物权客体特定主义，在居住权登记的实务操作中也具有可行性。

有观点提出，不能僵化地理解“他人的”住宅，在“自始的所有权人居住权”和“嗣后的所有权人居住权”这两种特殊情形下，应当承认所有权人可就“自己的”住宅设立居住权。但是，当事人不可以同时享有所有权和居住权。实际上，“自始的所有权人居住权”是原所有权人改而享有的居住权，“嗣后的所有权人居住权”是原居住权人进而取得的所有权，这两种情形下的居住权客体于权利存续期内仍未脱离“他人的”住宅之范围。

另外，居住权的客体是否包括农村住宅？不同的学者持有不同的观点。有的学者将这个问题转化为了另一个问题，即宅基地之上能否设立居住权？就此，不同的解释视角或不同的出发点会产生不同的看法，有肯定也有否定。本文认为，一方面，不宜转换话题或偷换概念，居住权的客体仅限于住宅，不及于宅基地。不过，居住权的客体可以涵盖农村住宅，因为居住权的客体只是涉及住宅的适格性，而不受限于赖以建造住宅的土地属性。由此认识还可推论，在共有产权房、公租房或者普通的承租私房之上，亦可设立居住权。这与小产权房之类的买卖不同，因为后者中的标的物房屋不具有合法性。另一方面，认可在农村住宅上设立居住权，并未改变宅基地使用权和农村住宅所有权的主体，不属于流转宅基地，不会产生限制在农村住宅上设立居住权的一般性问题。而且，由于《土地管理法》第 62 条实施农村宅基地三权分置政策，鼓励农村集体经济组织及其成员盘活利用闲置住宅，居住权设立于农村住宅之上，亦不存在政策上的法理障碍。

（三）居住权的权能限度

罗马法中的居住权不得转让，但居住权人可以出租多余的房子，让第三人不能免费居住；若允许居住权人转让权利，则有悖人役权之本质。《意大利民法典》第 1024 条和《瑞士民法典》第 776 条彻底沿袭了罗马法中居住权的“绝对禁止转让”模式。《法国民法典》第 634 条虽然规定居住权不得让与或出租，但第 628 条允许当事人自由约定权利的范围。换言之，法国法上的居住权不可转让仅仅是补充适用规则，其改而采取“约定转让优先”模式，从而尊重了当事人的契约自由和意思自治，激活了居住权的收益和处分权能。法国的这一立法模式为我国《澳门民法典》第 1412 条第 3 款和第 1414 条所完全继受。而《阿尔及利亚民法典》第 856 条规定居住权不得转让的例外是“有明示的条款或重大理由”，其中体现的居住权的人身专属性更为淡薄。可见，居住权的发展实际上经历了一个“从身份到契约”的过程。依据《德国民法典》第 1092 条第 1 款第 1 句，居住权作为限制人役权不得转让，实为阻碍流通之不合理缺陷。但德国法上对其不可转让性的缓和途径有三：一是按照《德国民法典》第 1092 条第 1 款第 2 句，在获得所有权人之同意时，居住权可以为使用上的转让；二是根据《德国民法典》第 1092 条第 2 款、第 1059a-1059d 条，法人或有权利能力的合伙享有的居住权，在特定情形下可以转让；三是《德国住宅所有权与长期居住权法》第 31-42 条所规定的长期居住权具有不受限制的可转让性，对长期居住权采取了“完全自由转让”的立法模式。

相比而言，《民法典》第 369 条关于“居住权不得转让”之规定，显然错配于合同居住权的规范体系，尚需结合合同法原理重新诠释，以协调物权法定与契约自由之间的关系。第一，在物

权法定意义上，经登记的合同居住权，不可事先授权或者嗣后追认转让。因为“居住权不得转让”之规定处于第 368 条和第 369 条第 2 句之间，应接受体系解释的检验，以维系体系关联和逻辑一致。在居住权设立登记之时，即使所有权人同意居住权人此后可以转让居住权，但由于违反第 369 条第 1 句的强制性规定，根据《民法典》第 153 条第 1 款第 1 句此种约定应为无效，也不能作为合同信息予以登记。“不得转让”作为对居住权的限制，其直接结果是导致所有权人与居住权人之间达成的同意转让居住权的合同条款自始、当然、绝对地无效。在登记手续上，虽可由所有权人与居住权人先行注销居住权，然后由所有权人与第三人办理新的居住权设立登记，但不得由居住权人与第三人直接办理居住权的转移登记。换言之，在居住权的登记类型方面，有设立登记和注销登记，而无转移登记。第二，虽然第 369 条中的“转让”应作“买卖”意义上的狭义理解，但为避免形成法律评价上的矛盾，居住权的互换、入股、出资、赠与、抵押等其他流转方式，应参照适用该第 369 条“不得转让”之规定，即所有权人无权事先授权或者嗣后追认流转，居住权人也无权单方进行流转。第三，至于居住权由第三人代为行使的问题，参照适用第 369 条第 2 句关于居住权标的物出租的法律意旨，经所有权人同意即可，不涉及居住权的物权变动。

《民法典》第 369 条关于“居住权不得继承”之规定，以文义解释和体系解释观之，似与第 371 条相矛盾。根据第 371 条，以遗嘱设立居住权的目的和后果恰恰在于继承。故而，这两个条文一旦结合适用，将会产生允许甲以遗嘱为乙设立居住权，但禁止乙再以遗嘱为丙设立居住权的奇特现象。尽管立法评价明显不均衡，但按其规范意旨，我国实际上对合同居住权还是采取了“绝对禁止转让和继承”模式。

（四）居住权的消灭事由

《民法典》第 370 条仅规定了居住权期限届满和居住权人死亡两项消灭事由，但显然不得作“非此即彼”的二元排他式理解。比较法上，居住权还有其他的消灭事由，譬如居住权与所有权同归于一人、居住权人严重滥用权利、居住权人抛弃权利、标的物全部灭失等。我国《物权法（草案）》（四次审议稿）第 180 条则规定了放弃居住权、期间届满、解除条件成就、居住权被撤销、住房被征收和灭失等六项消灭事由。

居住权期限届满事由中的“期限”，应为居住权合同中约定的期限。如果居住权人在居住权期限届满之前死亡的，居住权是否消灭？本文认为，当事人约定的居住权存续期限是双方意思自治的体现，法律不得随意剥夺当事人的期限利益，不应将居住权提前至居住权人死亡之时即告消灭。此时，仍应待合同约定的居住权期限届满，方可消灭居住权。另外，若居住权的“期限”附有第三人达到一定年龄的约款，因第三人生存与否具有不确定性，该约款在性质上宜认定是附条件的而非附期限的。譬如，甲（前夫）以其唯一住宅为乙（前妻）设立居住权，且约定居住权持续到乙抚养之丙（甲乙之女）成年，但丙于 15 岁时意外死亡。通常而言，应认定该居住权仅仅是因为便于抚养丙而授予乙的，其实质是附条件的，故自丙死亡之时居住权消灭，不宜按预定的年期计算至丙年满 18 岁之时。准确而言，居住权人死亡的事由，是指当事人在居住权合同中对居住权期限未作约定的，居住权于居住权人死亡之时消灭。此种居住权系于居住权人的生命周期。若居住权为多人设定的，仅在享有居住权的最后一位自然人死亡、法人或者非法人组织消灭后，居住权才消灭。

混同和弃权理应认定为居住权的消灭事由。《民法典》第 384 条规定了地役权消灭的两种情形，因居住权与地役权均为不动产用益物权，故可参照适用。例如，居住权人违反法律规定或者合同约定，滥用居住权的；或者有偿设立居住权，

而约定的付款期限届满后在合理期限内经两次催告未支付费用的，居住权消灭。其中，居住权的滥用情形包括故意损害住宅、放任住宅受到毁损而不予维修、擅自将住宅出租、任由与家庭无关的外人占用住宅或者与他人姘居等。“滥用”居住权的，应由法官自由裁量是否达到了“严重”的程度，方可决定是否撤销居住权。此处参照适用所蕴含的内在法理逻辑，是先解除居住权合同再基于返还清算关系消灭居住权，并非直接消灭该居住权。至于征收和灭失问题，如果居住权的标的物被征收的，居住权人有权要求以同等的居住权作为补偿；因所有权人的故意或者重大过失导致标的物全部灭失的，居住权人有权要求以同等的居住权作为赔偿。如果作为标的物的住宅仅是部分灭失，不影响正常生活居住的，则居住权继续存在于剩余部分之上。非因所有权人的故意或者重大过失导致标的物全部灭失的，所有权人无重建义务，居住权归于消灭。换言之，居住权并无物上代位性，但居住权人可向所有权人或者第三人主张相应的损害赔偿。

三、遗嘱居住权之参照适用

（一）参照适用的实质

《民法典》第 371 条所述“参照适用”，其实质上是类推适用。“参照适用”不同于“依照”或“适用”，其核心在于两个系争案型之间类似性的法律认定。参照适用的文义为“参考并仿照”适用，而非直接完全照用，其所能参考并仿照达到何种程度，则只能依据两者之间的类似度而定。在法律技术上，参照适用、类推适用、准用、拟制具有相同的本质，均为援引同类性质的法条处理待规范的系争案型。“类推适用系指：将法律针对某构成要件（A）或多数彼此相类的构成要件而赋予之规则，转用于法律未规定而与前述构成要件相类的构成要件（B）。转用的基础在于：二构成要件——在与法律评价相关的重要观点上——彼此相类，因此，二者应作相同的评价。”类推适用的法理基础主要为平等原则，即“相同之案型，应为相同处理”。至于两个案型是否相类似，应依法律规范意旨或目的加以判断。

另外，类推适用分为个别类推与总体类推。个别类推指就个别法律规定而为类推适用；总体类推又称法之类推，指就多数同类法律规定抽象出的一般法律原则而为类推适用。第 371 条所涉被参照的法律规范限定为“本章的相关规定”，大致范围是第 366-370 条，故其“参照适用”仅指个别类推而言。

参照适用不同于扩张解释，后者系因法律文义过狭，不足表达立法真义，故而扩大文义以期正确适用。对于《民法典》第 371 条所涉设立居住权的方式，最高人民法院的法官作了扩张解释，将遗赠扶养协议也纳入遗嘱的范畴之中。实际上，遗赠扶养协议是一种双务、有偿的合同行为，在制度性质上，遗赠扶养协议属于合同制度而非继承制度，只是其与遗产的处理相关。遗赠扶养协议、遗嘱或者遗赠，虽均为死因行为，但后两者为单务、无偿的行为。遗赠扶养协议与一般的财产性合同也不同，这不仅表现在合同内容上，也表现在法律效力方面。譬如，遗赠扶养协议中的遗赠方面是死因行为，而合同一方当事人的死亡将导致合同终止；遗赠扶养协议的效力优先于法定继承和遗嘱，而合同的效力具有平等性和相对性。按照《民法典》第 467 条第 1 款，遗赠扶养协议作为无名合同，应当适用合同编通则的规定，并可以参照适用居住权合同的规定。因此，虽然可以遗赠抚养协议方式设立居住权，但并不具有独立性，其“协议”所涉事项应纳入合同居住权而非遗嘱居住权的规范体系中。

（二）参照适用的对象

其一，毫无疑义，遗嘱居住权的初始取得人可以是组织。按照《民法典》第 1133 条第 3 款和第 1158 条的规定，遗赠中的受遗赠人是国家、集体

或者法定继承人之外的组织、个人，遗赠抚养协议中的受遗赠人是继承人之外的组织或者个人。一旦所有权人依法通过遗赠或者遗赠扶养协议为某个组织设立居住权，合乎逻辑的结果便是该组织成为居住权人。由此可印证前文所述观点，居住权人完全可以包括法人或者非法人组织。换言之，首先不得依据《民法典》第 366 条和第 367 条第 2 款第 1 项，将居住权人限缩解释为自然人；其次不得将此种不当的限缩解释结果参照适用于遗嘱居住权。为某个组织设立遗嘱居住权，并不排斥以遗嘱的方式设立包含居住权益的债权，只是后者不具有物权的优先效力和对世效力，而具有平等性和相对性。

其二，《民法典》第 367 条第 1 款要求居住权合同采取书面形式，但该条款同样不得参照适用于设立居住权的遗嘱。在立法类型上，遗嘱分为自书遗嘱、代书遗嘱、打印遗嘱、录音录像遗嘱、口头遗嘱和公证遗嘱，其中前三种遗嘱无疑属于书面形式。由于公证遗嘱实际上是以公证机关的公证书形式，系从外部对遗嘱内容的真实性和合法性加以确认，故其亦属书面形式。录音录像遗嘱尽管与电子数据交换、电子邮件等数据电文有所不同，但仍属“能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用”之列(《民法典》第 469 条)，基于功能等同原理，是书面形式之外的独立形式。而口头遗嘱设立居住权的，只要是在紧急情况下，且有两个以上适格见证人在场见证即可（《民法典》第 1138 条），无须采取书面形式。当然，设立居住权的遗嘱，因其非属合同，不得适用或者参照适用《民法典》第 490 条第 2 款“履行治愈形式瑕疵”规则。

其三，“遗产的物权变动不受法律关于物权变动公示原则的限制”，遗嘱居住权无须登记，《民法典》第 368 条第 2、3 句对其并无参考价值。遗嘱居住权主要包括遗嘱继承居住权和遗赠居住权两种情形。对遗嘱信托居住权，因目前尚无相关实践且信托登记与传统的物权登记存在差异，本文暂不做探讨。根据《民法典》第 230 条和第 1121 条第 1 款，自“继承开始”之时，即“被继承人死亡”之时，因遗嘱继承而取得的居住权发生效力。而依《民法典》第 1124 条第 2 款，在遗赠居住权情形中，受遗赠人在知道受遗赠后 60 日内作出接受遗赠的意思表示的，该居住权发生效力；到期未作出接受或者放弃受遗赠表示的，视为放弃居住权。同时，由于《民法典》第 369 条彻底否定了居住权的再次继承或转让，不符合《民法典》第 232 条的规范意旨，因而遗嘱居住权亦不采登记处分主义。遗嘱居住权一经设立即有物权的对世效力，即使未经登记亦可对抗侵权行为人，并可对抗恶意第三人，如以非法手段取得居住权登记的第三人、明知该居住权已经存在的第三人。但当前不少学者主张遗嘱居住权参照适用《民法典》第 368 条，亦应采登记要件主义。对此的一个反驳理由是，设立居住权的口头遗嘱根本无法登记，此时登记要件主义不具有可行性。

其四，如前所述，我国对合同居住权采取“绝对禁止转让和继承”模式。那么参照适用《民法典》第 369 条第 1 句，遗嘱居住权有被再次继承或转让的可能性吗？按照前文对其规范意旨的探究，合乎形式逻辑但在实质上却未必合理的推论是，对遗嘱居住权，《民法典》第 369 条第 1 句亦将产生绝对、彻底地排斥其另行继承或转让的效果。由此，遗嘱居住权的收益和处分权能较为虚弱。与此同时，《民法典》第 370 条第 1 款规定的合同居住权的消灭事由，显然可以参照适用于遗嘱居住权。

其五，设立遗嘱居住权不得参照适用租赁合同的相关规则。有观点提出，对于居住权的立法漏洞，可以类推适用房屋租赁合同的相关规定。但此种解释路径殊值反思，并不可取。因为居住权是物权，租赁权是债权，两者在权利属性及其相应规范构造方面存在本质差异，导致前者并无参照后者的可能性。基于“如无必要，勿增实体”的哲学原理，居住权亦无参照适用租赁权的必要

性。居住权制度价值的体现之一恰恰在于其构造异于租赁权，就住房问题为当事人提供物权与债权的不同制度产品选择。

由上观之，参照适用不是机械搬用。对于遗嘱居住权，一方面不得弃而不用遗嘱法律规范，另一方面不得违反居住权的物权属性。虽然《民法典》第 371 条形成第二层构造中的遗嘱居住权，但真正得以参照适用的“本章的相关规定”仅有第 369 条和第 370 条第 1 款。于整体上，遗嘱居住权尚需大规模地直接适用《民法典》继承编的相关规范，其在设立方式与形式、继承与转让、登记效力等方面的法律适用机制具有较强的独立性，不是表面上看来的那样只是简单从属于合同居住权的规范体系。

四、法定居住权与裁判居住权之理论证成

（一）法定居住权与裁判居住权的区分价值

依《法国民法典》第 579、625 条以及我国《澳门民法典》第 1374、1412 条，居住权可以直接基于法律规定的方式设立。依《俄罗斯民法典》第 292 条第 1 款，住房所有权人的家庭成员享有法定的居住权。罗马法时代，役权的设定方式有遗嘱、法律和分割裁判等，其中基于分割裁判而取得的居住权即为裁判居住权。对于能否以裁判方式设定居住权，大陆法系民法典一般未作明确规定。《英国家庭法（1996 年）》在一系列特定情形下授予法院作出居住令，在功能上无异于赋予了相关当事人裁判居住权。《日本民法典》则在 2018 年修改之际增加第 1029 条，允许受有遗产分割请求的家庭法院酌情裁定配偶取得配偶居住权。

《民法典》第 366、371 条之规定极易令人误以为居住权的设立方式仅有合同和遗嘱两种。即便是避免了此种误区，也可能陷入新的理论纷争。其中，较为典型的观点如下五种。一是应承认社会保障领域的居住权，为未成年人或者离婚配偶设立居住权，但此类居住权是否为法定居住权并不明确。二是法定居住权源于家庭成员之间法定的权利义务关系（如抚养、赡养、扶养或扶助义务），但其无直接的物权基础。三是法定居住权的根据在于《民法典》中的赡养、扶养、离婚帮助等义务，即便《民法典》未明文规定以法院裁判的方式设立居住权，但为贯彻居住权制度的立法目的，宜对居住权的设立方式进行目的性扩张解释，赋予法院在一定情况下为特定主体设立居住权的权力。四是除了合同与遗嘱，居住权还可通过法院判决的形式设立，这也是依法律规定设定居住权的一种方式，从而将法定居住权等同于裁判居住权。五是裁判居住权是法定居住权之一种。

法定居住权与裁判居住权均为非意定的居住权，其界限须予厘清。法定居住权与基于“房地同走”产生的法定抵押权、法定留置权（《民法典》第 397、447 条）等一样，需要有法律明确规定的物权基础。此种物权基础，亦非规定抚养、赡养、扶养或扶助义务之类的一般性条款所能替代。基于后者所享有的权利不具有物权的排他效力，只是处于身份关系之中的债权。并非经过法院裁判而取得的居住权均为裁判居住权。若当事人对于法定居住权有争议，法院基于某一法条的直接规定而裁判某一方当事人享有居住权的，其在性质上仍属法定居住权的范畴。仅于不存在法定居住权的情形下，法院根据实际具体情况裁判某一方当事人享有居住权的，才成立真正意义上的裁判居住权。是否以及应否存在法定居住权，必须诉诸法条的文义解释和目的解释等予以证成。而是否以及应否存在裁判居住权，除了对法条展开综合性的解释，还必须就法院相关的司法解释和司法裁判进行梳理和求证。

准确界分法定居住权与裁判居住权，实质上涉及立法权与司法权的合理分配问题。我国居住权立法，旨在“贯彻党的十九大提出的加快建立多主体供给、多渠道保障住房制度的要求”。法定居住权，系立法者行使立法权直接赋予特定主

体的居住权；裁判居住权，系法官行使司法权在个案中自由裁量保护弱者的居住权。通过法定居住权与裁判居住权的类型化和具体化，方可真正实现“居者有其屋（或住有所居）”的政治及法律理念。

（二）法定居住权与裁判居住权的类型化

其一，法定居住权的类型化。纵观整个《民法典》及其相关民事法律，法定居住权具体表现为如下两种类型。第一，被征收人居住权。《民法典》第 243 条第 3 款规定，征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。与之相衔接的是，《土地管理法》第 48 条第 4 款规定，征收涉及农村村民住宅的，应当“保障农村村民居住的权利”。这两个条款以保障法（救济法）的形式确立了居住权，其中的“居住条件”“居住的权利”实际上就是物权法理论中的居住权，借此确认了被征收人的法定居住权。当然，该条款中“居住的权利”之立法表述与术语“居住权”本身虽仅多两字，但会带来权利的性质认定及其概念的体系定位难题。一项“新权利”取得法律上名分的途径有三，除了立法创设、法官在裁判中创设，法官尚可将亟须保护的某种“新权利”解释到立法中已有的权利类型之中。同时，《土地管理法》第 48 条第 4 款要求“采取重新安排宅基地建房、提供安置房或者货币补偿等方式给予公平、合理的补偿”，这些补偿方式也不构成对居住权的否认或消解，其中“货币补偿”恰恰包括了基于认可被征收人所享有的居住权而给予的补偿。而且，提供新房或安置房的补偿方式不限于传统的房屋产权（所有权）调换，实际上也可采取为被征收人在该住房上设立居住权的新型补偿方案。我国司法实践中，不乏将被征收人“居住的权利”直接作为“居住权”予以保护的例子。赋予被征收人法定的居住权，其意义在于弥补和矫正行政机关因公共利益的需要而对私人居住利益造成的损害，回复正常的社会秩序和居住环境。第二，老年人居住权。《老年人权益保障法》第 13 条前段规定“老年人养老以居家为基础”，第 16 条第 1 款规定“赡养人应当妥善安排老年人的住房，不得强迫老年人居住或者迁居条件低劣的房屋。”这两个条款亦以保障法（救济法）的形式承认老年人的法定居住权。赋予老年人法定的居住权，体现了《民法典》第 8 条公序良俗原则的要求，有助于贯彻客观公正、尊老扶弱的价值理念，保障对老年人赡养义务之落实。

其二，裁判居住权的类型化。裁判居住权主要表现为离婚配偶居住权和商品房消费者居住权两种类型。第一，离婚配偶居住权。《民法典》第 1090 条基本上沿袭了原《婚姻法》第 42 条的规定。但原《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（一）》第 27 条中离婚配偶“居住权”的术语，随着该司法解释的废止而不复存在，代之以《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 77 条规定的离婚配偶房屋“使用权”。不过，由于此种使用权的标的物为住房，且须由人民法院根据实际情况判决方可设立，故其仍属裁判居住权的范畴。离婚配偶居住权旨在对离婚后居住困难的一方给予物权性的帮助，延伸了原夫妻之间的扶养义务，反映了《民法典》第 1090 条之精神实质，更是契合我国创设居住权制度的初衷，在《民法典》施行后应继续适用。当然，离婚经济帮助的方式中，除了设立物权性的居住权，也可为债权性的租赁权，何种方式更佳需由人民法院自由裁量。第二，商品房消费者居住权。虽然《民法典》第 807 条延续原《合同法》第 286 条规定了建设工程承包人的优先受偿权，但《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释〔2002〕16 号，2021 年 1 月 1 日停止实施）中保护商品房消费者居住权的精神则在《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254 号）第 126 条、《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（法释

〔2015〕10 号，2020 年修正）第 29 条中获得保留。相关司法文件所积极保护的权利位阶如下：商品房消费者居住权＞建设工程价款优先受偿权＞登记抵押权＞一般不动产买受人的债权。虽然这种权利排序有违物权公示公信原则，在“事实物权说”“法律物权说”“中间权利说”以及“物权期待理论”等不动产买受人优先地位正当化之依据中也莫衷一是，但商品房消费者居住权代表生存权这一更高的价值理念，合乎法律追求的个别实质正义，殊值保护。为免对现有交易秩序冲击过大，动摇物权优于债权的一般原理，人民法院必须严格把握该第 29 条关于商品房消费者居住权的适用条件：一是在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；二是所购商品房系用于居住且买受人名下无其他住房；三是已支付的价款超过合同约定总价款的 50%。在司法实践中，一种裁判立场是将商品房消费者的“居住权”与“生存权”两个术语并列。但本文所述商品房消费者居住权是私法意义上的，其仅为宪法或公法意义中生存权理念的一种具体表现，不宜将两者简单地等量齐观。另一种裁判立场则仅明确采用商品房消费者“居住权”术语，这更为妥当。另外，在借名买房的情形下，根据第 29 条，仅具有基本生存居住之需的借名人可排除出名人的金钱债权人的强制执行，其法理基础也在于商品房消费者“居住权”。

在比较法上，根据《法国民法典》第 764 条和《意大利民法典》第 540 条，遗留配偶居住权（即生存配偶居住权）确属法定居住权的一种，但其在我国《民法典》中欠缺赋权性规范之基础，未被现行法所采纳。同理，因无现行法律和司法解释上的依据，在无遗嘱继承、为胎儿保留继承份额、为缺乏劳动能力又无生活来源的继承人保留必要遗产等情形中，也不可通过裁判设立居住权。值得注意的是，有观点认为《民法典》第 229 条是裁判居住权的法律依据。其实不然，第 229 条的规范事项乃非依法律行为而发生的物权变动，基于法院裁判设立居住权仅为其规范结构中的假定要素，并未授权法官直接依据该条文设立居住权，否则有违物权法定原则关于类型法定和内容法定的基本要求，裁判居住权也将不再是有限的隐性结构而是开放的显性结构。

（三）法定居住权与裁判居住权的具体化

其一，有偿与否。法定居住权与裁判居住权具有保障性和无偿性，当事人不得另行约定是有偿的；即使当事人达成了支付对价的居住权有偿协议，此类协议也应归于无效。

其二，登记与否。法定居住权与裁判居住权无须登记即可设立。如果因法定居住权和裁判居住权的法律规范之存在，“倒逼”当事人主动采取居住权合同方式解决居住纠纷，此时的居住权实质上已转化为合同居住权，故其需要登记方可成功设立。但若当事人无法在事前达成居住权协议而诉至法院的，则无论法定居住权或者裁判居住权，均在法院的裁判文书生效之时设立。

其三，流转与出租。被征收人居住权和商品房消费者居住权在某种程度上是权利人原有的某项所有权之“变形体”。为保障当事人的权利自由，不得限制其居住权的权能，应准予居住权的转让、继承、抵押、出资等流转活动，且居住权的标的物可以自由出租，无须征得所有权人的同意或追认。老年人居住权和离婚配偶居住权具有强烈的人身专属性，是真正的“限制人役权”，故对其不得进行转让和继承等流转活动。但老年人或离婚配偶为改善生活条件、提高经济收入，可在合理限度内出租居住权标的物，也不需要取得所有权人的同意或追认。

其四，基本权利义务。通常，居住权人对住宅有合理使用的权利和善良管理的义务。所有权人与居住权人之间如何配置住宅的维修义务，在意定居住权情形下尚可由合同或遗嘱预先安排，但在法定居住权与裁判居住权中只能由立法者或司法者定夺。对此问题，《法国民法典》第 605 条

区分了所有权人的大规模修缮义务和居住权人为保存所必要的修缮义务,《意大利民法典》第 1004、1005 条区分为正常修缮义务和特殊修缮义务，我国《澳门民法典》第 1399、1415 条则分别规定特别修补义务和一般修补义务，其实质内容大同小异。按照我国《物权法（草案）》（四次审议稿）第 182 条后段规定，居住权人承担日常维护费用，但不承担重大维修费用。可见，依比较法视角和历史解释方法，当前我国的居住权人应负日常维修义务而所有权人负重大维修义务，以免彻底掏空所有权人的权益，维系居住权人与所有权人之间的利益平衡。

其五，存续期限与消灭事由。老年人对其居住权应可终生享有，在该老年人死亡之时居住权才消灭。而离婚配偶居住权，在其生活困难情形不复存在或者再婚之时居住权消灭。但如若法院判决了某项法定居住权或者裁判居住权的存续期限，则在该判决期限届满之时，居住权消灭。

五、结 语

《民法典》居住权制度之设，形式上摆脱了传统民法中人役权、用益权及使用权等上位概念的束缚，实际上仍将无偿性、不可转让和继承等人身属性附加给居住权。为此，需要采取较为宽松的解释立场。针对第一层构造中的合同居住权，依文义解释，其主体包括法人与非法人组织；根据目的解释，其客体可为经营性住房，范围包括住宅的附属设施和设备，或者住宅的一部分。按照文义解释、体系解释及比较法视角，绝对禁止居住权的转让和继承，但经所有权人同意，居住权的标的物可予出租或由第三人代为行使居住权。居住权的消灭事由是多元化的，而非简单的二元化。第二层构造中的遗嘱居住权，其在设立方式与形式、继承与转让、登记效力等方面参照适用《民法典》第 366-370 条的空间非常有限，相对独立的法律适用机制较为明显。第三层构造中的法定居住权和裁判居住权，其解释论基础在理论和实务界中一直迷惑不清，需要朝着类型化与具体化的方向进行漏洞填补。

质言之，在对居住权的立法宗旨、权利结构、规范教义、司法案例及其登记实务加以解释学层面的分析时，既要勇于承认其独特之处，也要对其法律漏洞和运用场景保持学术上的清醒，提供在不同情形中更为妥当且多元的解释论方案，促进居住权的规范体系化和内容本土化之成长，让此种古典的私权在我国焕发出新的生机与活力。

（责任编辑：吴一鸣）

（推送编辑：郑敏）

马新彦 | 我国继承法自主知识体系的守正与创新

原创：2024-04-16 中国法学 马新彦

https://mp.weixin.qq.com/s/MNeSPQFNvsnOe_U9sp4UzA

马新彦，吉林大学法学院教授

本文发表于《中国法学》2024 年第 2 期，因篇幅限制，注释省略。作者身份信息为发文时信息。

内容提要

《民法典》继承编在核心问题上一以贯之地保持了中国法本色，并形成了中国特色的继承法自主知识体系。但财富增长、家庭结构变迁、两性亲密关系多元化及代际关系在伦理关系上的绝对优势地位等，给继承法自主知识体系守正提出了严峻的挑战。创新是我国继承法自主知识体系守正的保障，而创新必须正视与应对时代提出的问题。应以习近平新时代中国特色社会主义思想为理论基础，以社会主义核心价值观为价值引领，

正视新时代发展阶段对既有制度提出的拷问，对既有规范进行解释论创新，并将社会主义核心价值观融入裁判文书的释法说理，以实现继承法自主知识体系的持续性、科学性及内在道德性。

关键词

法学自主知识体系　守正创新　限定继承　代际传承性遗产

目　次

一、我国继承法自主知识体系的独特表达
二、我国继承法自主知识体系守正面临的现实挑战
三、我国继承法自主知识体系的创新
四、余论

法学知识体系是以法律的编纂、法律的解释、法律的适用为聚焦点，由理念、文化、内容、逻辑、关系、方法等构成的具有内在有机联系的知识系统，系统性与整合性是其被称为体系的根本标准。新中国成立之初，民事立法及民法学理论主要受《苏俄民法典》及其理论的深刻影响；改革开放以后，民事立法更多地借鉴了德国民法。随着市场经济的不断深入，民事立法及民法学理论不仅超越了苏俄的民法理论，更跳出了《德国民法典》内容体系的框架束缚，呈现一种开放式模式，广泛借鉴大陆法系和英美法系国家的立法经验及理论，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）因而具有浓厚的法律全球化的色彩。但《民法典》继承编在核心问题上一以贯之地保持了中国法本色，业已形成了由蕴含中国独特的社会、政治、经济、伦理、文化传统的规则构成的继承法自主知识体系。本文以继承法自主知识体系守正为圭臬，对既有规范进行解释论研究，以期实现自主知识体系的创新、回应人民合理的时代诉求。

一、我国继承法自主知识体系的独特表达

法学知识体系对于法律体系、制度体系具有先导性、示范性与引领性，有什么样的法学知识体系，就有什么样的法律体系、制度体系。新中国成立后，生产资料公有制建立，“财产在中国历史上第一次不再是家族政治势力的依靠和根基，继承法不再具有家族权势传承的本质属性，几千年的宗祧继承与立嗣呈宗的宗法制度不再具有存在的正当性”。至此，新中国独具特色的继承法价值理念开始形成，以此为价值基础，逐步形成了“立足于中国实践、内生于中国文化传统、回应中国社会现实需求、展示民族时代风貌、具有浓厚的中国特色”的继承法制度体系。

（一）以男女平等为价值准则形成继承法规则体系

原始社会时期，在群婚的普那路亚家庭被对偶制家庭取代后，男性终于可以辨认自己的亲生子女，创造财富的能力使其在家庭中占据比妻子更重要的地位，进而导致了母权制的废除。父亲的遗产由其子嗣继承规则的确立，更进一步巩固了男性在家庭关系中的强势地位。在我国古代漫长的时期内，女性都处于被奴役的劣势地位，为了保持家族的世袭权贵，女性被剥夺了独立人格以及应有的相关权利，尤其是继承权。“妇女的解放，只有在妇女可以大量地、社会规模地参加生产，而家务劳动只占她们极少的工夫的时候，才有可能。”中国共产党从成立之时起即遵循马克思主义的思想理论，将妇女解放作为其奋斗目标之一，于成立之初便在党内设立中共中央妇女部，颁布《妇女运动决议案》《妇女运动大纲》等纲领性文件。1930 年，闽西第一次工农兵代表大会通过了《闽西婚姻法》，之后，共产党领导的边区民主政府又先后颁布《中华苏维埃共和国婚姻条例》（1931 年）、《陕甘宁边区婚姻条例》（1939 年）、《晋西北婚姻暂行条例》（1941 年）、《晋察冀边区婚姻条例》（1943 年）等法律，以法律宣传男女平等、婚姻自由、妇女解放的思想。“在

新中国成立前夕，召开了中国妇女第一次全国代表大会，成立了中华全国民主妇女联合会，将废除一切封建传统习俗，保护妇女权益，实现男女平等和妇女解放作为联合会的宗旨。”新中国成立之后，率先颁布《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》），并于第 1 条开宗明义规定，“废除包办强迫、男尊女卑、漠视子女利益的封建主义婚姻制度。实行男女婚姻自由、一夫一妻、男女权利平等、保护妇女和子女合法权益的新民主主义婚姻制度”。1954 年《宪法》规定，“中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活各方面享有同男子平等的权利”，奠定了新中国男女平等的法律基础。马克思主义理论的指导、党的传统、宪法及婚姻法的纲领性原则性规定，成就了男女平等价值理念在继承法知识体系中的核心地位，并以此为理论支撑及内在价值准则完成了妇女利益特别保护的规范体系化建设。

1. 确立了配偶第一继承顺位

1950 年《婚姻法》规定“夫妻有相互继承遗产的权利”，以法律的方式宣示女性不再是男人的附属，有独立的人格，并有同男性平等的继承权。1958 年《中华人民共和国继承法（草稿）》（以下简称“1958 年《继承法草稿》”）对《中华民国民法》规定的配偶不固定顺位采批判态度，认为其是旧民法维护封建夫权和限制妇女继承权本质的体现，与新中国夫妻共同劳动、各自经济独立的家庭结构模式的发展趋势相悖，因而将配偶列为第一顺位继承人，且居第一顺位继承人之首。其深层意义在于强调妻子在法定继承人范围中的优势地位，避免妻子的继承权受到丈夫的兄弟姐妹、祖父母等后顺位继承人的干预，确保妻子继承权的实现。1958 年《继承法草稿》尽管因条件尚未成熟未能问世，却确定了中国继承法的基调，之后的草案乃至《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）、《民法典》均采此立法态度，由此形成了我国继承法特有的制度。

2. 确认妻子继承后可携产改嫁

新中国成立之初，由于几千年来封建思想的影响还没有完全肃清，在某些地区，特别是农村，妇女的继承权常常受到丈夫的父母、兄弟姐妹的多方阻挠。为了破除封建思想对女性的束缚，最高人民法院在烈士之妻携产改嫁纠纷案件的批复中强调：烈士之胞兄弟及母亲以给烈士娶骨女为借口，不让烈士之妻带走遗产，这是封建迷信的说法，不能容许；对于烈士的遗产，烈士健在的母亲与配偶享有同等的继承权。《继承法》第 30 条采纳了这一裁判立场，规定：“夫妻一方死亡后另一方再婚的，有权处分所继承的财产，任何人不得干涉”。从该条文意上看，“携产再婚”权似乎是赋予配偶双方的，但立法者的本意是保护丧夫之妻，打击阻挠寡妇带产再嫁的行为。这一立法传统一直延续至《民法典》。

3. 规定了遗产继承前夫妻共有财产的分割

妇女解放使得妇女可走出家门，像男人一样利用自己的才干和劳动创造生活，但妻子、母亲的家庭角色使其不得不将更多的精力投入家务劳动之中，经济收入自然普遍少于丈夫的收入。出于对妻子家务劳动的尊重、认可以及对妇女利益的特殊保护，《继承法》在确认夫妻共有财产的基础上，于第 26 条规定，除有约定的以外，在遗产分割前，应先将夫妻共同所有的财产的一半分出为健在配偶所有，其余的作为先逝配偶的遗产，由健在配偶和顺位相同的其他继承人共同继承。这一规定一直延续至《民法典》。

（二）以孝文化为传统家庭美德形成继承法规则体系

“在世界各民族文化中，孝道的重要地位和人们对孝道的重视，均以中国为最。”阐述孝道和孝治思想的中国古代儒家经典著作《孝经》“所讲的孝字，几乎无所不包，无所不至，现在世界中最文明的国家，讲到孝字，还没有像中国讲到这么完全”。传统孝文化的核心内涵是家庭伦理，

其内容概括有四：其一是“大孝尊亲”，即尊敬父母，不违抗父母；其二是“今之孝者是谓能养”，即奉养父母，让父母衣食无忧；其三是“父母唯其疾之忧”，即关心父母身体健康，竭力免除其疾病之苦；其四是“葬之以礼，祭之以礼”，即父母亡故，以礼厚葬、以礼祭奠追思。如此内涵从“孝”字“老”和“子”上下结构之会意字形便可见一斑。但由于中国传统孝文化根植于宗法制度，不可避免地带有浓厚的宗法制度色彩：“三纲五常”伦理观渗透于每一个家庭，家长是家庭的最高统治者，拥有对子女的教令权、主婚权、财产权；宗法制度下的“家国同构”的政治结构又使“‘孝’的家族伦理通过‘移孝作忠’被奉为政治原理”——“在家做孝子，在国做忠臣”成为人们的行为准绳和伦理信条。新中国彻底废除了宗法制度，中国传统的孝文化得到净化与升华，“孝”还原为会意字本身纯粹家庭伦理的核心内涵，意为对养育之恩的真心报答。“孝”是代际伦理的道德标准，孝文化成为新中国婚姻法、老年人权益保障法等诸多法律部门制度建设的重要支撑，继承法更以其为文化基础完成了制度体系建设。

1. 确认了父母第一继承顺位

新中国成立七十多年来，我国继承法一直坚定不移地将父母列为第一顺位继承人。最高人民法院早在 1951 年《关于四个继承问题的批复》中就指出，兄弟姐妹在被继承人没有配偶、子女、父母时方可继承遗产，含有将父母与配偶、子女列为同一顺序之意；1958 年《继承法草稿》以及 1981 年至 1982 年间的四个《中华人民共和国民法草案》（以下简称“四个《民法草案》”）均有父母第一顺位的明文规定，1985 年《继承法》最终将父母第一顺位落实在生效法律文本中。在《民法典》编纂过程中，不少学者以确保遗产下流为由、以外国法的普遍规定为据提出父母第二继承顺位的主张，甚至《中华人民共和国民法典分则继承编草案（室内稿）》也有将父母的继承顺位改变为第二顺位的尝试，但终因根深蒂固的孝文化之强大力量而未能成文。

2. 确定父母与子女、配偶同等的继承份额

国外继承法多规定没有子女时，父母与配偶为同一顺位继承人，且父母的继承份额小于配偶的继承份额。1958 年《继承法草稿》第 17 条规定：“在同一继承顺序中各人继承的份额以平均分配为原则”。四个《民法草案》以继承人对死者生前所尽扶养义务的多少和劳动能力的有无、强弱为确定同一顺序继承人继承财产份额的根据，换言之，继承人获得遗产的多寡与他们和被继承人之间的身份关系无关，而与他们对被继承人尽义务多少、劳动能力有无及强弱有关。此规定隐含了 1958 年《继承法草稿》“平均分配”的原则规定，本质上是对该隐含原则规定例外情形的落实。《继承法》坚守中华传统优秀孝文化，将 1958 年《继承法草稿》和四个《民法草案》的内容完整呈现在法律文本之中，在确认平均分配原则的基础上，将所尽抚养义务多少等因素作为例外考虑因素。这一规定后为《民法典》第 1130 条全文承袭。

3. 确立丧偶儿媳、女婿的第一顺位继承权

四个《民法草案》均以有抚养关系、共同生活为承认丧偶儿媳与公婆、丧偶女婿与岳父母之间的相互第一顺位继承权之条件，旨在增强家庭共同体意识。《继承法》遵循孝文化的道德精神，规定尽了主要赡养义务的丧偶儿媳/女婿对公婆/岳父母的遗产享有第一顺位继承权。其中，“尽了主要赡养义务”通常被解释为赡养公婆、岳父母直至死亡，以鼓励晚辈更好地赡养老人。在《民法典》编纂过程中，有学者以丧偶儿媳、女婿的第一顺位继承权不符合各国继承法通行的“姻亲没有继承人资格”的继承规则为由，主张将尽了赡养义务的丧偶儿媳、女婿规定为遗产酌分请求权人。但《民法典》基于孝文化道德倡导等考量仍全盘保留了《继承法》的相关规定。

（三）以家庭共同体的伦理道德观为基础形成继承法规则体系

家庭共同体的伦理道德就是为社会普遍认同并指导、约束家庭共同体内夫妻、亲子以及由血缘延伸出的兄弟姐妹等家庭成员之间关系及关系相处行为的道理、准则。家庭是以夫妻婚姻关系为纽带，以父母子女、兄弟姐妹为主要构成成员的共同体。在家庭共同体中，“婚姻关系引发出的夫妻关系是整个家庭的最初形态，是一个家庭继续生存的基础与核心”。马克思在《路易斯·亨·摩尔根〈古代社会〉一书摘要》中对传统社会中的家庭结构进行剖析，论证了传统共同体中的人身依附关系。家庭共同体的伦理道德本质上围绕家庭共同体成员之间人身依附、依赖关系展开，每一个时代不同的伦理道德观各表现为不同样态的人身依附、依赖关系。在父权制时代，家庭共同体最突出的特点是家父对家庭成员和家庭财产拥有至高无上的支配权，家庭成员被置于奴役和依附关系中。人类社会进入资本主义社会后，“资产阶级撕下了罩在家庭关系上温情脉脉的面纱，把这种关系变成了纯粹的金钱关系”，资本主义强行将家庭纳入资本主义市场，婚姻关系实质被演变成交换关系，经济关系成为真正影响两性关系的重要因素。家庭共同体内的依附、依赖关系建立在金钱、交易之上。马克思描绘的理想家庭共同体是消灭资本以后，物质财富极大丰富，婚姻完全自由，不受任何人和资本约束影响的婚姻家庭共同体。恩格斯则将之描绘为不再依赖社会经济单位而存在的个体家庭共同体，彼时，维系家庭共同体的唯一要素是家庭成员之间的情感。恩格斯倡导以爱情为基础的婚姻伦理，主张保持以爱情为基础的婚姻才合乎道德。在马克思主义家庭伦理道德观的影响下，我国在新民主主义革命时期即已形成了独具特色的家庭共同体伦理道德观：家庭共同体的凝聚力基于家庭成员之间的爱与情而建立；婚姻因自由恋爱而缔结，夫妻在家庭中有平等的财产支配权、子女教育权，有独立的姓名权，夫妻负有互爱互敬、互相帮助、互相扶养的义务；亲子之间彻底摒弃赤裸裸的金钱之上的人身依附关系，子孝与父慈完全建立在血浓于水的亲情之上，子女有独立的人格、有自主决定婚姻的自由。这样的伦理道德观在《闽西婚姻法》《中华苏维埃共和国婚姻法》《陕甘宁边区婚姻条例》《晋察冀边区婚姻条例》，以及新中国成立后的《婚姻法》、《民法典》婚姻家庭编中均有所体现，也成为我国继承法体系化建设的理论基石。

1. 夫妻共同财产制下配偶及父母继承遗产的范围

从 1950 年《婚姻法》到《民法典》，“立法者实际在奠定一种家庭内部不分彼此、以法定化的共同财产制为根基的夫妻财产法架构”。就《民法典》沿袭的《婚姻法》规定看，我国夫妻共同财产制有两个重要特征：其一，从法理逻辑上看，约定财产制应优先于法定财产制，但《民法典》的体例编排将法定共同所有条款置于约定所有条款之前，表明了立法者以法定共同财产制为原则、以约定财产制为补充的意愿和初衷。其二，尽管共同所有权的财产范围趋于缩小，但婚后所得共同制始终是不可突破的底线，因继承或受赠获得的财产，只有在遗嘱和赠与合同明确只归夫或妻一方所有时方可被排除在夫妻共同所有的财产之外。

这样的夫妻共同财产制会对配偶与父母继承遗产的范围产生决定性的影响。在绝大多数案件中，配偶一方先逝的，在遗产分配前，应当对夫妻共同财产进行分割，在分割后确定属于被继承人的遗产中既有夫妻婚后劳动所得的财产，也有生存配偶继承、受赠于其父母的财产；在确定属于生存配偶的财产中既有夫妻婚后劳动所得的财产，也有先逝配偶继承、受赠于其父母的财产。在配偶及父母第一顺位均等继承的规则之下，生存配偶对源于先逝配偶尊血亲的财产经分割取得所有权后，对先逝配偶的遗产可再行继承；先逝配偶

的父母也可以继承先逝配偶遗产中源于生存配偶尊血亲的财产。

2. 有抚养关系的继父母与继子女之间的继承权

1950 年《婚姻法》规定，“夫对于妻所扶养与前夫所生的子女或妻对于夫所抚养与前妻所生的子女，不得虐待或歧视”。1980 年《婚姻法》进一步规定，“继父与继母与受其抚养教育的继子女间的权利义务，适用本法对父母子女关系的有关规定”。1981 年《民法草案(征求意见二稿)》第 406、407 条规定，形成抚养关系的继父母、继子女与生父母、生子女一样为第一顺位继承人。这些规定被《继承法》吸收，一直延续至《民法典》，且《民法典》在《继承法》的基础上，又增加了有抚养关系的继兄弟姐妹如同血缘兄弟姐妹一样享有同等的继承权。上述规定的伦理基础在于，在携子女与他人再婚而构成的新的家庭共同体中，既然各成员有缘走进同一家庭，就应当彼此关爱、相互扶助，不以血缘与非血缘而有别。

3. 未设配偶继承权排除规则

配偶继承权以一方死亡时存在有效婚姻为前提，这是各国法的普遍共识。依据《德国民法典》第 1933 条，夫妻一方死亡时，尽管有效婚姻仍然存在，但若具备离婚的实质性要件，如被继承人已经申请离婚或已经同意离婚，或者被继承人有权申请撤销婚姻并且已经提出撤销申请的，则生存配偶的继承权即被排除。很多国家或地方的民法也均有类似规定。尽管不乏学者建议稿提出类似条款建议，但我国继承法始终秉持维护婚姻稳定、增强家庭共同体凝聚力的原则，一直未对配偶继承权的排除规则予以肯定。这也成为我国继承法独有的特点。

二、我国继承法自主知识体系守正面临的现实挑战

法学自主知识体系首先应当是对中国实践具有解释力的思想和知识体系。“守正”是自主知识体系构建的重要基石，但“守正”不是刻舟求剑、固步自封，还应视社会发展、时代进步寻求创新。当发现以既有的思想和知识体系去诠释法律规定不再能够回应广大人民群众的利益诉求、反映公平正义的法治理念时，就应正视与应对时代提出的挑战。

（一）私人财富状况的变化给继承法自主知识体系守正带来的挑战

《继承法》制定之时，改革开放刚历经七年，人民的劳动收入有所增长，但人均年存款额不高，房屋尚未私有化，被继承人死亡时留下的遗产基本上是劳动收入经生活消费后的结余。改革开放四十多年后，私人财富状况发生了巨大变化——财富总额大幅增加、财富结构多元化。这些变化对继承法自主知识体系中的既有规则产生了一定的冲击和影响。

1. 私人财富增加对父母第一顺位继承权规则的冲击

经过四十多年的改革开放，私人财富数额大幅增加，尤其是大量的生产资料及房屋等不动产成为人民财富的主要内容，这使人们依自己的意愿传承遗产的诉求愈加强烈，而体现传统孝文化的父母第一继承顺位与均等继承份额却一定程度上阻碍了这一诉求的实现。因为，父母继承子女遗产的数额可能很庞大，在满足其晚年生活后仍有可观的结余，而父母离世引发的再继承将使源于子女的财产流转至父母的继承人，从而影响了子女的晚辈血亲对其父母遗产的继承。尽管尊老、敬老、孝老的传统没有变，但因父母的继承干扰其遗产传承意愿的实现却非人心所愿。理性之人于生命弥留之际留下父母有限继承的遗嘱，以保全财富流传至直系卑血亲，但常会因此而忍受孝道的谴责；而未及作出或不愿作出父母有限继承遗嘱者，则极易引发被继承人的直系卑血亲与被继承人父母的继承人之间的矛盾，亲属之间的和谐友善由此受到影响。

2.私人财富结构的变化对姻亲继承人继承权规则的影响

私人财富的数额增加引发家庭财富结构的多元化，许多家庭的财富不再限于劳动收入的结余，还有受赠、继承于尊血亲等亲属的财产，甚至来源于资本所得。这就意味着产生财富的因未必发生于婚内，且未必以夫妻协力为前提。在此情况下，体现家庭共同体伦理道德及男女平等价值观的夫妻共同所有制下配偶第一继承顺位、均等继承份额、携产再婚规定以及继子女继父母等姻亲之间有继承权等规定就会影响“遗产依血缘下流”意愿的实现。拥有巨额财富的理性之人常常以遗产信托、保险、遗嘱等手段规避遗产外流的风险，甚至不惜通过医疗技术手段让不婚子女繁衍后代，从根本上杜绝遗产外流的风险。但这样一来，就极易引发姻亲之间“算计”与“防范算计”的利益博弈，异化以情感、爱情为基础而建立的家庭共同体成员间的依附关系，甚至颠覆破坏构建在男女平等基础上的婚姻制度与伦理道德；而一些人或没来得及、或碍于情面，未利用合法的手段对财产进行技术性规划，其死亡便可能引发姻亲关系各方对遗产的争夺。这就容易导致既有规则的实施效果与立法初衷的悖反。

（二）家庭结构的变化给继承法自主知识体系守正带来的挑战

“伴随着中国社会已经或正在发生的深刻变革，中国的家庭结构也在发生变动”，纵观《继承法》颁布前后四十余年的人口普查数据及中国社会状况综合调查数据，最为显著的变化趋势有二：其一，家庭结构由三、四代同堂家庭、复合家庭向核心家庭转变，核心家庭中夫妇二人与未婚子女组成的标准核心家庭的比例明显下降，夫妇核心家庭的比例逐年升高。人口普查数据显示，夫妇核心家庭占比从 1982 年的 4.75%上升到 2010 年的 18.46%；标准核心家庭占比从 1982 年的 48.16%下降至 2010 年的 33.14%。根据第七次人口普查推断，夫妇核心家庭占比在 29.68%以内。其二，丧偶或离婚后再婚，尤其是携子再婚家庭比例增高。有研究显示，离异后携未成年子女再婚重组家庭占比由 2010 年的 1.55%上升至 2016 年的 4.66%；丧偶后携未成年子女再婚重组家庭占比自 2010 年的 0.19%上升至 2016 年的 1.4%。这些家庭结构的变化会对继承法自主知识体系的守正带来挑战。

1.家庭结构的变化削弱了家庭共同体的凝聚力

在比例不断增高的夫妇核心家庭中，夫妇从养育子女之累中解脱出来，个人的权利观念和主体意识在这种自在、悠闲、相对独立的二人生活空间得到增强；同时，因缺乏子女对夫妻关系的纽带作用以及在养育子女过程中快乐与责任的共同体验，家庭共同体的凝聚力相对减弱。而在比例不断增高的再婚重组家庭中，家庭成员多元身份关系决定了财产、赡养、继承等多方面的复杂性。相互猜忌、相互提防、相互算计在多数再婚重组家庭中普遍存在。这会对姻亲关系凝结的家庭共同体凝聚力产生直接冲击。家庭共同体凝聚力因家庭结构的变化而减弱还会产生溢出效应：在传统的父母和子媳（或女儿女婿）两个夫妇单位组成的三代直系家庭中，个体权利意识都普遍增强，家庭成员以夫妇为“单位”，甚至以“个人”为单位对自己的收入进行独立管理与支配，“同居”但不严格“同财”。日益膨胀的夫妻个体权利意识极易与承载家庭共同体伦理道德的夫妻财产婚后所得共同制产生对立，进而引致双方乃至双方原生家庭之间的矛盾冲突，而追求男女平等的法律规定或将掩盖对受原生家庭支持较多的一方的实质不公平。以平等价值为基础的配偶继承权所具有的排斥先逝配偶父母以外的其他所有血亲的效力将可能产生极大的负面效应，甚至成为弘扬家庭共同体伦理道德及平等价值观的羁绊，而以中华传统孝文化、家庭共同体伦理道德为基础的继子女继父母第一顺位继承权及均等继承份

额、配偶第一顺位继承权及均等继承份额等规定不但无法缓和这种冲击，反而可能成为继父母继子女及再婚配偶利益一方争取利益的工具。

2. 家庭结构的变化改变了继承人的成员结构

《继承法》立法时，我国民间的习惯是当父母一方尚在时，子女往往先不分割去世的父/母之遗产，待父母双亡后才予以分割。因此，立法者认为《继承法》不宜统一规定遗产分割的时间。根据《继承法》立法时民间的习惯以及多数家庭普遍的情况，被继承人的若干子女是第一顺位继承人常态化的构成人员。随着独子核心家庭普遍化、再婚重组家庭的日益增加以及老年人寿命的延长，第一顺位继承人常态化的构成人员不再仅是被继承人的若干子女，而可能包括生子女、继子女、配偶、生身父母、继父母等复杂的人员。换言之，子女可能是与前任配偶所生，也可能是与现任配偶所生；配偶既可能是原配，也有可能是再婚配偶；父母既可能是生身父母，也有可能是继父母。第一顺位继承人人员构成、人物关系的复杂性，使得《继承法》立法时以常态化继承人人员结构为背景的诸多规定都失去了合理性与自洽性。即便是简单的家庭关系，父母一方先逝，已婚的成年子女与健在的父母一方也可能有隐含的利益之争——健在父/母可能担心成年子女继承遗产后离婚，其配偶将遗产分走；而成年子女可能担心健在父/母再婚，其继承的遗产被再婚后的配偶分走。这样错综复杂的人物关系及利益冲突，不但可能导致第一顺位均等继承、婚后所得共有制、携产再婚等规定的实施有悖于立法初衷，甚至可能促使矛盾激化，加剧“算计”与“防范算计”的博弈。

更值得注意的是，在个案中法律适用的负面效应还可能会因各种非传统家庭结构的持续性增加而进一步引发社会效应，导致在家庭中生活的人，尤其是未成年人的人生观、金钱观、荣辱观受到严重的负面影响，进而又加重现行法的适用困境。概言之，家庭结构的变迁给继承法自主知识体系守正带来的挑战不容小觑。

（三）两性亲密关系多元化给继承法自主知识体系守正带来的挑战

随着改革开放的不断深入及社会的发展与进步，女性在获得与男性平等的政治权利和经济待遇后，更加注重追求“红妆”之美与“女性自我”，女性意识的觉醒使女性实现了从“物—人—女人”的转变，其结果便是改写了两性关系的状态。女性与他人的性行为不再是其之后恋爱、结婚、再婚上的“贞操”障碍，这就实现了两性关系实质意义上的男女平等。两性关系上的男女平等导致两性亲密关系的多元化，“试婚”“同居”不再是民众生活的特例；离婚、再婚不再为人耻笑；甚至对婚外情，大多数人也不予以绝对的否定性评价。两性亲密关系的多元化为人们提供了个人生活方式的多样化选择。特别是那些有独立经济能力的女人，已不再将婚姻作为她们赖以生存的长期“饭票”。婚姻中“自由”与“责任”、个体权利和情感满足与以夫妻为核心的家庭共同体利益之间的冲突逐渐呈现，而在私人财富增长中觉醒的财产权利意识又加剧了这一冲突。这些社会现实冲击了婚姻的稳定性，导致离婚率大幅增高。

相较于不稳定的婚姻关系，以血缘为纽带的代际关系更让人觉得弥足珍贵。在三次全国调查和两次江苏省的独立调查中发现，现代中国社会最重要的伦理关系的前三位排序完全相同：依次为父母子女、夫妻、兄弟姐妹；第四、五位在朋友、同事同学、个人与社会、个人与国家伦理关系共识中略有差异。“‘新五伦’中的前三伦都与传统相通”，以血缘为纽带的代际关系居于“新五伦”之首充分体现了社会大众的绝对普遍共识。这种代际关系的绝对优先地位蕴含着当今社会的家庭观：作为直系尊血亲的父母甚至祖父母、外祖父母，在生活中对直系卑血亲的求学、就业、结

婚、育子予以无私的资助、扶助，在内心深处也将他们视为最重要的情感寄托，唯子孙之荣而乐，唯子孙之苦而哀；对子女而言，父母及祖父母、外祖父母永远是他们的精神依靠，是他们婚变、失业等人生逆境中提供慰藉的港湾——这也是隔代直系家庭比例增高的原因所在。而独子核心家庭又进一步加深了代际关系的浓度与厚度。这种代际关系的绝对优先地位在财产传承上就表现为，财富所有人比以往任何时候都更加期待让遗产传承给自己的晚辈，也更加注意防范遗产不能“依血缘下流”的风险。但夫妻共同财产制下的配偶继承权、继子女继父母等姻亲关系的第一顺位继承权，以及配偶继承权排除规则的缺失等却对遗产代际传承的诉求构成了威胁。若父母通过合同或遗嘱将财产留给子女时未明确归子女单独所有，则一旦子女先逝，其生存配偶分割财产和第一顺位继承权的叠加行使以及继子女等姻亲继承权的行使将直接挑战父母财产传承的意愿和诉求。当然，也有父母明确财产归自己子女单独所有、姻亲不得参与受赠或继承，但这又会冲击、破坏以子女夫妻关系为纽带之家庭共同体的凝聚力。

总之，在当今时代，如何在遵循家庭共同体伦理道德的同时，尊重、保护财产的个体利益；如何平衡家庭伦理核心问题中的婚姻关系和代际关系，在确保“遗产下流”的同时，又弘扬中华民族的传统美德，保障父母、再婚配偶及非血缘亲属继承权主体的法律地位，是我们需要认真思考的重大问题。这涉及到继承法自主知识体系的持续性、科学性及内在道德性。

三、我国继承法自主知识体系的创新

《民法典》颁布后，民法学研究重点自立法论转向解释论，“解释现行有效的民法而形成的理论和知识体系”于是成为民法学知识体系的重要组成部分。习近平总书记强调，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，为有效实施民法典、发展我国民事法律制度提供理论支撑”。继承的本质是私人所有的财产于其死亡后向其最亲近的人流转；继承法成就私有财产的传承，也激励人类创造财富、繁衍后代的积极性。继承法的施行必须坚持人民至上的价值立场，确立忧民为民的理念，把握人民的愿望，尊重人民的诉求，营造和谐友爱的家庭氛围，防止产生“不为失去亲人而痛，反为获得财富而乐”的邪恶思想，引领培育社会公德、家庭美德、个人品德。这就要求我们在解释民法典继承编规定时，要正视新时代发展提出的拷问，“以《民法典》的形式体系为准绳，以《民法典》的价值体系为依据”，通过解释论创新，分析、解释继承法规范的含义及其适用范围，推进相关规范的精确化、体系化，圆满回答人民之问、时代之问。

（一）对《民法典》第 1122 条的解释论创新

时代对继承法自主知识体系守正提出的挑战可归结为财产所有人强烈的遗产传承诉求与既有规范适用效果之间的冲突和悖反。探究原因，所有问题均根源于配偶等与遗产本源主体无血缘关系继承人对遗产的“无限继承”。如果对被继承人的遗产在性质上进行合理的划分：将被继承人遗产中源于继承、受赠的财产界定为代际传承性遗产，将依靠自己的劳动、技能、智力等创造的财产界定为个人自有性遗产，将不同身份的继承人继承遗产的范围限定在合理的限度内，就可阻却与代际传承性遗产的本源主体没有血缘关系之继承人的继承权——被继承人遗产中源自直系尊/卑血亲、兄弟姐妹的财产，被继承人的配偶、继子女、继父母、丧偶儿媳女婿不得继承；被继承人遗产中源自父系的遗产，母亲不得继承；被继承人遗产中源自前妻的财产，被继承人的再婚配偶、继子女不得继承……如此，上述“冲突与悖反”将迎刃而解，依据继承法的既有规范就能够最大限度地满足人民的诉求，实现法律适用效果、社

会效果及立法目的的有机统一。因此，突破传统“遗产的无限继承”理念是体系性解释论创新的必由之路，而这一创新唯有通过《民法典》第 1122 条解释论创新方能完成。

1.《民法典》第 1122 条解释论创新的内在逻辑

对《民法典》第 1122 条第 2 款“依照法律规定或者根据其性质不得继承的遗产，不得继承”规定，有“不为遗产说”与“不得继承说”两种不同的解释。前者认为该款是遗产范围的排除性规定，与第 1 款构成“概括+排除”模式，被排除掉的，不是遗产，与《继承法》遗产范围的“概括+列举”模式形成鲜明对比；后者认为该款是可继承遗产的排除规定，被排除的仍是遗产，但不得继承。从该款的文意上看，“不得继承说”的解释似乎更符合文意。假如该条款的文字表述是“依照法律规定或者根据其性质不能继承的财产，不是遗产”，则“不为遗产说”更符合文意。但持“不得继承说”的文献中所列举的法律规定均关于“可以继承”或“怎样继承”，看不到“不得继承”的情形。

纵观现有的法律规定，唯有《民法典》第 1128 条第 1 款关于代位继承规定中所蕴含的被继承人子女的非直系晚辈血亲对被继承人遗产不得代位继承才属于《民法典》第 1122 条第 2 款规定的情形。从第 1128 条第 1 款的文意上看，代位继承人仅限于被继承人子女的直系晚辈血亲。《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 15 条对代位继承人的解释中没有提及被继承人子女的继子女，与《民法典》第 1128 条保持了规范体系内逻辑的一致性。这其中的内在逻辑在于，被继承人的遗产不宜通过代位继承流转至与被继承人没有血缘关系（包括拟制血亲）的人。换言之，立法通过阻却特定身份关系继承人的继承权，排除代际传承性遗产的无限继承，帮助人们实现遗产传承的意愿。如上文所述，随着时代的发展，人们对排除代际传承性遗产的无限继承有了更高的渴望和诉求。就个人自有性遗产而言，由被继承人的所有法定继承人平等、无限制继承无可厚非，但仅在代位继承场合排除代际传承性遗产的无限继承远远不能满足民众遗产传承的诉求。这就需要在法律解释过程中将遗产性质的界定代入《民法典》第 1122 条，将《民法典》第 1128 条的内在逻辑扩张至非代位继承场合，在更广泛的领域阻却代际传承性遗产在非血缘关系继承人间的流转。依此，可将《民法典》第 1122 条扩张解释为：就被继承人遗产中代际传承性遗产，与财产本源主体无血缘关系的继承人不得继承。与“遗产的无限继承”相对，代际传承性遗产仅限于财产本源主体的血亲继承人的继承（笔者将之称为“限定继承”）。

2.《民法典》第 1122 条解释论创新的理论梳理

将《民法典》第 1128 条的内在逻辑扩张至非代位继承场合并以此为据对《民法典》第 1122 条予以解释论创新，似乎会引发两点质疑：其一，代位继承以继承人先于被继承人死亡为要件，限定继承则相反，继承人在继承、受赠财产后死亡。在代位继承中，祖辈的遗产因父辈死亡不能参与继承而直接自祖辈转至孙辈，代位继承人享有的是对祖辈遗产的继承权，须尊重该财产所有人的意志，非直系晚辈血亲不得代位继承；而在限定继承中，财产已经由祖辈转至父辈，父辈再逝，孙辈继承人享有的是父辈遗产的继承权，何以须尊重祖辈遗产传承的意志？其二，继承人死亡时间的不同是转继承与代位继承区分的导因。一直以来，我国通说认为，代位继承与转继承的区别在于，代位继承人仅限于被代位继承人的直系晚辈血亲，而转继承人是被转继承人的所有法定继承人，既可能是被转继承人的再婚配偶，也可能是被转继承人的父或母，哪怕是作为被转继承人的父或母与被继承人早已因感情破裂而离婚。依此，以代位继承为根据的限定继承岂不与转继承发生矛盾？

就第一点质疑，笔者认为，限定继承尊重财产本源主体的意志具有正当性。第一，所有权“是一项与保障人身自由具有密切关系的基本权利”，财产所有权与人的生命、身体一样，是个人获得自我认同与尊重的外在表现形式，对所有权的尊重如同对人的生命、身体的尊重一样，都是对其之为人的精神本质和人格尊严的尊重。而对财产所有权的尊重从本质上说是对所有权人支配财产的个人意志的尊重，更是对他们创造财富所付出的辛苦与汗水的尊重。在限定继承语境下，财产的本源主体是财富的创造者，该财富上凝结了创造者的辛苦和汗水。“在财产的取得方式中，劳动最具正当性，通过其他方式取得财产权，都可能引发财产权正当性的质疑。”因此，尊重本源主体遗产传承的个人意志远比尊重无偿承继人的个人意志更具有道德性和人文性，承继人死亡的先与后不足以成为推翻财产本源主体遗产传承之个人意愿的正当理由。第二，尽管财富由人的劳动、技能、智慧所创造，但财富不仅仅来自个人的努力，还受益于大众的帮助与协力，更受益于国家政策、规范的支持与助力。在此意义上说，财富还源于社会，源于国家。这就决定了财产权具有公共性，财产权制度也应承载社会责任、传递团结美德，让所有社会成员以有序和道德的方式行使权利、获取财产，避免任何不道德行使权利、取得财产的制度安排。继承权是所有权主体死亡引致的具有身份属性的独特财产权，是财产权制度体系内无偿取得他人财产的制度安排。判断这个制度安排正当与否的重要标准之一就是，法律赋予的继承权能否被“算计理性”之人利用于谋算他人的财产，或者违背他人意志取得其财产。如果得到的答案是肯定的，则这种财产取得的制度安排欠缺正当性，因为以合法的形式巧取豪夺不仅是不道德的财产获取方式，而且有碍家庭成员及亲属之间的和睦团结，甚至有碍社会安定和经济的发展。尊重财产本源主体的意志，禁止非血亲继承人继承代际传承性遗产，使所有与被继承人有身份关系的人都明确自己可继承遗产的范围、哪些遗产即便是尽己所能谋求算计仍不能继承，那么，便可将利用继承权谋算他人财产之念消灭在萌芽状态。

就第二点质疑，笔者认为，以代位继承为根据的限定继承与转继承并不存在矛盾。第一，转继承与代位继承主体范围的区别实际上是一个逻辑推演而成的伪命题。“被继承人死亡—继承开始—发生物权变动”这一时间上的逻辑链条意味着，即便遗产尚未分割，被转继承人已经是遗产的所有权人，若其继承遗产后瞬即死亡，在未留遗嘱的情况下，他/她的所有法定继承人均可为转继承人依顺序行使继承权。但这个在原理上合乎逻辑的推演掩盖了实质上的逻辑悖反，当因为感情不和而分道扬镳的前妻通过转继承取得前夫的遗产，又或儿子的再婚配偶及其与他人所生之子女通过转继承取得父亲的遗产时，其逻辑矛盾便显而易见。从人性的角度出发，任何一位财富创造者肯定都希望将财富留传给自己的至亲至爱，借遗产传递对亲人的牵挂和祝福，减轻或消除他们在缺少自己关爱的日后生活中的经济困扰，这是遗产本身所固有的爱的温度。依此所进行的逻辑推演应当是，即便前夫的遗产已经因为儿子继承发生了物权变动，该项财产仍由前夫的其他继承人继承，而不应由离心离德的前妻转继承。这样处理看似违背了既有的原理，却是合乎道德和正义的。物权法上的善意取得制度突破了“自己无有，不得与人”法理的基础，使原所有权人丧失所有权，以牺牲真正权利人的利益为代价，来阻断其对标的物的追及。这几乎改写了整个物权法，但因具有保护交易安全、增进对物权公示的信赖、促进交易便捷、有助于实现财产权公共性的意义而具有正当性。同理，为了保持转继承制度的公共性，实现法律规范的内在道德性，改写转继承形式上合乎逻辑的推演也具有正当性。第二，从比较法上看，继承人于遗产分割前死亡的，生存配偶通常只能继承先逝配偶遗产中共同财产的份额，不

可能通过转继承取得源自公婆或岳父母的财产。因此，比较而言，域外法律关注的问题不是由谁继承的问题，而是“转”继承人接受或拒绝继承的期限及其起算点等问题。一方面，接受或放弃继承的表示事关谁承担遗产债务、承担多少遗产债务的问题；另一方面，由谁来继承的问题已有既定规范，无须特别规定。因而，在以《民法典》第 1128 条的内在逻辑为据对《民法典》第 1122 条予以解释论创新成立的情况下，基于同样的道理也应对第 1152 条进行逻辑一致的解释论阐释，即“其继承人”应限缩解释为直系卑血亲，没有直系卑血亲或者直系卑血亲有不宜继承的理由的，可以遗嘱安排继承人，如丧偶儿媳或女婿、病痛时不离不弃的配偶等。

（二）对《民法典》第 1153 条的解释论创新

共同关系是夫妻财产共有关系赖以存在的基础，共同关系因一方死亡而消灭，共有关系随之消灭，其直接后果为共有财产分割。《民法典》第 1153 条规定：“夫妻共同所有的财产，除有约定的外，遗产分割时，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。”此规定从原理上说无可厚非，但却掩盖了理论上的深度矛盾，若机械地严格适用可能会加剧夫妻法定共同财产制下配偶、继父母继子女等人继承权行使的负面效应。故对该条的解释论创新势在必行。

1. 分割的共有财产范围

根据于家庭共同体伦理道德观基础上构建的夫妻法定共同财产制，夫妻共同所有的财产不仅包括婚后劳动所得的财产，还包括继承、受赠的财产。即便是离婚之际或作为继承人的配偶死亡之时，若配偶一方应当继承的遗产在继承人之间尚未实际分割，则仍为夫妻共有的财产。换言之，在共同关系因有效婚姻终结而消灭前，除另有约定外，一方继承、受赠的财产均为夫妻共同所有，于一方死亡时发生共有财产的分割。

但应当注意到，继承、受赠的财产与劳动所得的财产不同，其上承载着直系尊血亲对直系卑血亲的关爱与牵挂，因而具有与生俱来的“人身依附性及附条件共享性”。尽管爱情是人世间最美的情感，“为了能够彼此结合，双方敢冒很大的危险，甚至拿生命孤注一掷”，因而婚姻通常会得到亲属们的尊重与祝福，但一旦婚姻关系解体，姻亲关系将不复存在，原来的夫妻甚至会形同陌路。而“财产权的公共性要求法律不仅要建构清晰、稳定的财产权秩序，为财富积累提供法律资源，而且要实现不同社会语境中的财产权正义”。蔑视财产固有的本性而一味遵从原理的逻辑推演，将会引致丧失财产权正义的道德风险。试想：当继承、受赠的财产源于先逝配偶的尊血亲时，先行分割至少导致留存的代际传承性遗产的一半流向非直系卑血亲；当源于生存配偶的尊血亲时，则不仅会导致财产流向非直系卑血亲，还会使生存配偶失去直系尊血亲给其提供的生存经济保障。一旦通过分割共有财产可以无偿获得财富的认知成为社会成员的普遍向往，则社会的道德观、金钱观都可能受到侵蚀。

当然，遗嘱或合同未明确财产归一方单独所有时，为了弘扬家庭共同体内互敬互爱、团结一心的家庭美德，增进家庭共同体的凝聚力，法律将其推定为共同所有具有正当性。但因继承、受赠财产固有的“人身依附性和附条件的共享性”本质属性，对其之“分割”必须遵从财产本源主体明示的意思表示，绝不可断然认定。财产依所有权人意愿传承是绝对所有权的本质表现，分割继承、受赠的财产是对代际传承性遗产（财产）“人身依附性与附条件的共享性”的否定，形同于强制财产本源主体放弃其绝对所有权。依照现行法，继承人放弃继承应在法定时间内以书面形式为意思表示，具有放弃绝对所有权意义的分割继承、受赠的财产，其严重程度不亚于对继承权的放弃，更应以书面形式为意思表示。这是《民法典》体系效应所要求的。在缺乏财产本源主体明

示意思表示时，科学的态度是最大限度地接近、还原当事人的内心意思，就财产流向作出合理的判断。这就需要我们站在财产本源主体的立场上探寻当事人的内心真意。就一般人而言，作为父母倾尽一生积蓄赠与或遗留给自己的子女，当然是意在助益子女婚姻美满、共同养育后代，若因子女离婚或子女配偶先逝影响该目的实现，父母通常不愿自身留给子女的财产经分割被子女的配偶掠走一半——这几乎是当今社会大众的绝对共识。因此，就此部分财产没有书面意思表示的，法院应当认定“不予分割”。

总之，配偶一方先逝，婚姻关系存续期间一方继承、受赠的财产不应作为夫妻共有财产予以分割，但财产本源主体有“分割”书面意思表示的，不在此限。如是解释，一方面可与《民法典》第 1122 条的解释论创新保持规范体系内逻辑的一致性，实现《民法典》规范体系内的体系效应；另一方面利于缓和遗产传承诉求与现行规范适用效果的冲突，使饱受时代挑战的既有规范一如既往地保持其应有的科学性、自洽性、道德性。

2.“对半分割”的解释论完善

在现代中国新型伦理关系下，尊卑血亲之间以血缘为纽带构成的极具凝聚力的利益共同体，与已婚子女以夫妻关系为纽带的利益共同体形成了鲜明的对比。代际关系绝对优先地位的社会共识，使得民众不仅有遗产“依血缘下流”的诉求，还有血亲传承高于姻亲传承的诉求。在既有规范体系下，遗产能够流转于血亲多少，在一定程度上受制于夫妻财产分割的多寡。而“对半分割”规则的机械适用不仅会导致财产本源主体“依血缘下流”的意愿无法实现，甚至还可能会产生不正义的法律后果。例如，若夫妻一方与他人婚外有染、经常夜不归宿，另一方靠父母资助创业并赢得财富，则无论是哪一方先逝，夫妻共有财产的“对半分割”加之配偶、父母第一顺位继承权及均等继承份额，都会导致过错方及其血亲获得不义之财。“正义，意味着各得其分，各得其所。”矫正既有规范的负面效应，有必要从“对半分割”规定的解释论完善开始。

在许多中国式家庭中，夫妻生活几十年后尽管未必能一直保持饱满的爱情，但通常会情同亲人，相互扶持、相互陪伴，共同养育子女、善待老人。一方先逝，夫妻共有财产“对半分割”，不以薪水收入高低为前提，也不以家务劳动多寡为要件——这是立法者制定的普遍适用于共有财产分割常态情形下的一般规则，应界定为共有财产分割的原则规定，具有一般性与普遍性。但“一切规定，莫不有其例外”“有原则恒有例外”，遇有家庭暴力、一方与他人同居等特殊情形，“对半分割”规则的机械适用会有碍法律的公平与正义时，则不应适用该原则规定，而应采有别于原则规定的处理方法。因此，有必要在确认“对半分割”原则规定的同时，就其例外规定予以解释说明。

例外规定是突破一般规定的反规则的、非常态的、反原则的法律条款。“对半分割”的例外规定为“非对半分割”，即一方不分或少分。关于第 1153 条例外规定，应类推适用《民法典》第 1087 条和第 1092 条的规定。《民法典》第 1087、1092 条与第 1153 条是最相类似的规则，所不同的是，前者就其性质为共有财产分割的例外规定，“对半分割”的原则规定被隐含于法条深处；而后者是共有财产分割的原则规定，例外规定缺失。类推适用除了要对待类推案件与被类推规范在案型和事实结构的“相似性”上进行判断之外，还需要进行价值评判，因为法律价值是内在体系的核心要素，进行价值评判旨在保持规范内在体系的逻辑一致性，确保相似性判断的准确及解释结果的妥当。从《民法典》第 1087、1092 条的规定来看，两者共同的价值判断即立法以“不分或少分”财产之不利益对夫妻中的过错方予以否定性评价，从而实现法的公平价值。结合《民法典》第 1091 条对夫妻一方过错的界定，第 1153 条例外情形之“不分或少分”需考量的事实要素包括：

重婚、与他人同居、实施家庭暴力、虐待遗弃家庭成员；隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产，或者伪造夫妻共同债务企图侵占另一方财产；有其他重大过错行为，如违反忠实义务与他人生育子女，长期一贯赌博成性、对家庭及子女不负责任等。有上述情形之一的，对过错方酌情少分或不分，一方面在兼顾形式平等的同时，实现实质正义；另一方面尽可能地回应遗产血亲传承高于姻亲传承的大众诉求。

（三）对《民法典》第 1130 条的解释论创新

《民法典》第 1130 条有两个层次，第 1 款是遗产分配规范领域的原则规定，即同一顺序继承人继承份额均等，该条另外 4 款是第二个层次，两者构成原则规定与例外规定的关系。例外规定包括多分遗产和少分或不分遗产两个方面。就原则规定而言，只要如前文所述，在阻却非血亲继承人继承代际传承性遗产的“限定继承”理论下理解与阐释，均等继承就不会引致配偶及继子女、继父母继承权的负面效应。因而，本部分着重聚焦于《民法典》第 1130 条之例外规定的解释论创新研究。

1. 适当多分考量因素的解释论展开

从第 1130 条第 2、3 款的情况看，适当多分遗产的考量因素有两个方面：一是基于保护弱者的考量，对生活有特殊困难又缺乏劳动能力的继承人适当多分；二是基于权利义务对等的考量，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可以多分。笔者认为，除上述因素外，还应当增加一个非常重要的考量因素，即对财富的贡献。继承人对被继承人生前合法财产的贡献包括直接贡献与间接贡献。前者指继承人通过积极劳动或参与、协助使被继承人合法财产增值；后者指继承人对被继承人给予生活上的关心、照料以及情感上的慰藉，从而使被继承人生前心无旁骛地投入工作、创造财富。以对财富的贡献作为适当多分的考量因素是对贡献者辛勤与努力的尊重，具有正当性。

第一顺位继承人的人员构成最为复杂，如何平衡配偶与父母的利益诉求，平衡生子女与再婚配偶、继子女等血亲与姻亲之间的利益诉求是必须回应的时代命题。被继承人的遗产在排除了代际传承性遗产以后，可供子女、配偶、父母均等继承的遗产为个人自有性遗产。该自有性遗产通常为夫妻婚后相互扶持、辛苦创业积累而成，因而生存配偶应当适当多分遗产；而父母对该部分财富的积累一般没有贡献，因而其可分得的遗产宜以其有生之年养老所需费用为限；当然，若父母的辛苦付出对财富的积累有巨大贡献，且其贡献率远大于生存配偶的，父母亦可分得比生存配偶更多的遗产；同样，在再婚家庭情形，若再婚配偶对财富有直接贡献或间接贡献的，其分得的份额亦可适当多于父母以及已婚且非共同生活的生子女。因对财富的贡献适当多分，一方面可以防止被继承人及其配偶辛苦创造的财富借由父母转移至父母的继承人，避免以孝文化为理念的父母继承权规定适用的负面效应，最大限度地满足“遗产依血缘下流”的意愿；另一方面可借此实现生存配偶等非血亲继承人与有权继承代际传承性遗产之血亲继承人之间的利益平衡。

2. 不分或少分考量因素的解释论展开

不分或少分的例外规定旨在通过对有抚养能力和条件的继承人给予财产上的不利益，对其未尽抚养义务的行为予以否定性评价，从而实现遗产分配的实质公平。与此类似，《民法典》第 1125 条对犯有故意杀害被继承人等恶劣行为的继承人施以比不尽抚养义务行为更严厉的否定性评价，即剥夺其继承权。由于我国一直以来强调家庭共同体伦理，因而不仅在原则上赋予配偶强效力的继承权，而且未规定感情破裂时配偶继承权的排除，导致只要婚姻在形式上仍然有效存在，则无论夫妻情感如何、是否正在进行离婚诉讼，均不影响配偶的继承权。这就使得《民法典》第 1130

条与第 1125 条之间存在一个相当大的对继承权否定评价的灰色地带，而通过对第 1130 条例外规定考量因素进行扩张解释，则可以弥补规则缺失带来的弊端，在更广的范围内实现遗产分配的实质公平。笔者认为，在具体裁判中，若具备以下情形之一的，法官可以酌情对生存配偶不分或少分遗产：第一，以家庭暴力、冷暴力等方式虐待先逝配偶；第二，长期与他人有婚外情关系；第三，因感情破裂处于分居状态或者处于协议离婚冷静期间；第四，正在进行离婚诉讼。

综上，《民法典》三个条款的解释论创新构成了一个立体的体系架构，《民法典》第 1122 条的解释论创新旨在阻却代际传承性遗产流传至与遗产的本源主体没有血缘关系的继承人，以满足新时代人们更高的“遗产依血缘下流”诉求；第 1153 条的解释论创新可避免代际传承性遗产通过共有财产分割流向他方，并避免引发夫妻法定财产共有制规则适用的负面效应，增进《民法典》体系内规范适用的合理性；第 1130 条的解释论创新矫正父母继承权隐含的遗产旁流的潜在风险，并平衡第 1122 条创新解释可能引发的利益失衡，矫正配偶继承权排除规则缺失可能引发的形式公平掩盖实质公平的道德风险。对这些条款的解释论创新相互交织、相互协助，对继承法自主知识体系的守正、创新具有积极的重要作用。

四、余　论

中国自主法学知识体系的建构旨在增强知识体系的“自主性”。深化马克思主义法学理论的中国化表达，推动中华优秀传统法律文化的时代化再造，改进中国当代法治实践的理论化提炼是确保法学知识体系“自主性”的最佳策略和有效路径。社会主义核心价值观是党中央将马克思主义基本理论与中国传统优秀文化相结合凝练而成的社会主义先进文化的精髓。在以蕴含社会主义核心价值观的《民法典》价值体系为根据对《民法典》继承编的规范进行体系性解释论创新之外，还需要将社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理，以确保法律运行的最后一个环节始终不偏离正确的方向，保证以法律编纂、法律解释、法律适用为聚焦点构成的自主知识系统的完整性。

将社会主义核心价值观融入裁判文书的释法说理，目的在于实现情、理、法的有机统一以及法律评价与道德评价的有机结合；平衡司法裁判的政治效果、法律效果与社会效果；发挥司法裁判对培育社会公德、职业道德、家庭美德、个人品德的教育、引领作用。将社会主义核心价值观融入裁判文书的释法说理，应当以社会主义核心价值观为价值指引，尊重法律解释的既有规则、方法与原理，保持法律解释的技术性、专业性与科学性。当既有法律存在法律漏洞时，裁判者应充分利用现有法律体系内可资利用的法律规范，通过现有法律体系内最相类似的既有规则的类推适用填补漏洞；没有可资利用的既有规范的，可以援引习惯法；没有习惯法援引的，可以发挥基本原则的填补漏洞功能。僵化适用既有法律会产生负面效应时，应突破既有法律的限制，结合案情运用“文义解释”“目的解释”“体系解释”“历史解释”等解释方法创设新规则，但创设的新规则不可对《民法典》制度体系逻辑一致性造成不良影响。

龙翼飞：《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（二）（征求意见稿）》所涉离婚经济帮助条文的思考 | 前沿

2024-04-17 中国民商法律网
https://mp.weixin.qq.com/s/lBOXifA7474C5zNDzKgRTA

【作者简介】龙翼飞，中国人民大学教授，博士生导师，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

近日，最高人民法院起草并发布了《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（二）（征求意见稿）》（下文简称《征求意见稿》），向社会公开征求意见。该《征求意见稿》事关广大人民群众的切身利益，引发了社会公众的广泛关注和讨论。

该《征求意见稿》的内容，切实贯彻了习近平法治思想中“以人民利益为核心”的根本要求，彰显和弘扬了社会主义核心价值观，真正回应了广大人民群众在婚姻家庭领域的利益关切，系统总结了各级人民法院的家事审判实践经验，传承了中华法治文明的优良传统，体现了我国《民法典》婚姻家庭编贯穿的人权平等、人格尊严、人身自由、人亲和谐、人际诚信、人性友善、人财共济、人伦正义、人本秩序和人文关怀的社会主义法理思想。该《征求意见稿》在经过社会广泛讨论和最高人民法院按照司法解释的制定程序成为有效的司法解释后，必将对树立优良家风、弘扬家庭美德、促进家庭文明建设，统一法律适用的司法裁判尺度，依法保护自然人在婚姻家庭领域的民事权益，特别是依法保护妇女、未成年人、老年人和残疾人的相关合法权益，有效衔接我国《宪法》、《民法典》和社会法的相关法律规范，发挥特有的司法功能。

在家事审判实践中，涉及《民法典》婚姻家庭编关于离婚后经济帮助制度的实施所引起纠纷，已经成为处理离婚纠纷案件的难点问题之一。对此，《征求意见稿》第二十条拟定了离婚经济帮助的处理规则。该条文的内容为：“离婚时，夫妻一方依靠个人财产和离婚时分得的财产仍无法维持当地基本生活水平，请求有负担能力的另一方给予适当帮助的，人民法院应依法予以支持。一方因经济困难无房居住的，人民法院可以根据当事人请求，判决有负担能力的另一方采用下列方式予以帮助:（一）一定期限的房屋无偿使用权;（二）适当数额的房屋租金;（三）通过判决设立一定期限的居住权;（四）其他符合实际的方式。”对该条文的内容，社会公众有不同的解读和看法是正常的。本人认为，《征求意见稿》第二十条的内容如果能够成为司法解释，其适用能够在司法实践中妥善解决离婚后经济补偿的相关问题。

一、离婚经济帮助是古今中外法治文明的重要体现。从古代看，中华法系的制度沿革中早就存在着“济困扶危”的优良法治理念。新中国成立之后，1950 年《婚姻法》就规定了离婚经济帮助制度。其中第 25 条规定：“离婚后，一方如未再行结婚而生活困难，他方应帮助维持其生活。”1980 年《婚姻法》第 33 条规定：“离婚时，如一方生活困难，另一方应给予适当的经济帮助。”2001 年修订的《婚姻法》和 2021 年实施的《民法典》也都分别对此予以规定。放眼世界，美国、德国等国家都规定了非常完善的离婚经济帮助制度，在帮助对象的范围上宽于我国的规定。

离婚经济帮助不是劫富济贫、不是均贫富，而是体现社会主义核心价值观中“友善”的必然要求。

二，《征求意见稿》第二十条中的离婚经济帮助规制，是有极为严格的限制条件的。1.《征求意见稿》第二十条将提供经济帮助的时间节点限制在“离婚时”，明确了离婚经济帮助是离婚诉讼时所考量之内容，一方如果在离婚判决后提出经济帮助，人民法院则不会受理。这就排除了部分别有用心之人在离婚后大肆挥霍财产最终身无分文，并要求先前配偶提供经济帮助之可能。2.《征求意见稿》第二十条明确限制了离婚经济帮助的条件，即“依靠分得的夫妻共同财产和个人财产仍不能维持当地基本生活水平”。此种情况在现实生活中是比较少见的。原因在于夫妻双方在离婚时一般均会通过财产分割获得一定数额的财产，即使是婚姻过错方，一般也不会达到“净身出户”之程度。即使没有个人财产，一方如果有退休金、失业保险金、社会救助金等社会保障，那么其便能够满足基本生活之需要，故对方无需给予离婚经济帮助。因而离婚经济帮助的对象实则是不仅没有生活来源，同时因为重病、残疾等丧失了劳动能力之群体。3.《征求意见稿》第二十条将经济帮助给予方的条件限制为“有负担能力”。这就意味着如果离婚双方均只能维持一般的生活水平，也不需要向对方提供经济帮助。4.《征求意见稿》第二十条对离婚经济帮助的时间进行了严格限制。这就意味着离婚经济帮助并非永久持续，而是暂时的，一般仅是 1 到 2 年的过渡期。

值得注意的是，《征求意见稿》并未将离婚经济帮助的对象限制为女性群体，这就意味着此条款既适用于女方，也适用于男方，并无性别之分，而是对家庭弱势群体基本生存权益的统一保护。

三，在审理离婚经济帮助纠纷案件中，赋予法官一定程度的自由裁量权是实现司法裁判公平正义的要求。婚姻家庭不同于市场交易，大家按照一定的规则行使就能保持相对可预期的秩序。婚姻家庭涉及更多的伦理、情感、心理等因素，每个家庭不是按照法律规定的方式去生活的，而是按照自己相处模式。我们常说的“清官难断家务事”、“公说公有理，婆说婆有理”就是家事审判区别于一般民事审判的最好反映。例如，同样是离婚纠纷，有的是男方过错，有的是女方过错，有的已经长久共同生活并生育子女，有的闪婚闪离，如果一律适用同样的规则，看似整齐划一，但是在个案中的处理结果可能反倒是不公平的。因而，法官只有根据一定的规则在具体个案中公平公正地行使自由裁量权，平衡双方利益，才能保障当事人在婚姻家庭领域中的合法权益。

马忆南：对司法解释（二）同居析产纠纷条款的看法 | 《民法典婚姻家庭编司法解释二（征求意见稿）》大家谈

2024-04-17 家事法苑 马忆南

https://mp.weixin.qq.com/s/cChF3qAqVtBuZy6yzcD4fA

编者按：习近平总书记曾经指出：“无论时代如何变化，无论经济社会如何发展，对一个社会来说，家庭的生活依托都不可替代，家庭的社会功能都不可替代，家庭的文明作用都不可替代。”1950 年 5 月 1 日公布施行的《婚姻法》也是新中国颁布的第一部法律。《婚姻法》的每一次修改都折射出时代的变迁。

最高人民法院 2024 年 4 月 7 日发布公告，《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（二）（征求意见稿）》向

社会公开征求意见，截止日期为 2024 年 4 月 30 日。

家事无小事，此消息又一次引起社会各界的极大关注、热议，如何正确贯彻实施《中华人民共和国民法典》，统一法律适用，欢迎供稿。

“家事法苑”公众号本期特约了著名学者北京大学马忆南教授对相关条款进行了解读。

马忆南：对司法解释（二）同居析产纠纷条款的看法

作者：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

1，婚姻家庭编解释二能否规定同居析产纠纷处理？

《民法典》婚姻家庭编开篇即指出：“本编调整因婚姻家庭产生的民事关系。”将婚姻家庭编的调整范围限制在婚姻关系和家庭关系之中，非婚同居并不是婚姻关系，但却是一种由共同生活形成的家庭关系，故属于婚姻家庭编的调整范围。在婚姻家庭编的架构内由婚姻家庭编的司法解释来明确同居析产纠纷的处理规则并无不妥。当然，立法可以考虑为非婚同居关系设立完整的法律体系。在立法条件不成熟时，司法解释先行一步，对社会生活中越来越多的同居析产纠纷的处理确定标准，可以及时定分止争，满足人民的诉求，维护社会安定和谐。

2，同居关系有别于婚姻关系

同居关系有别于婚姻关系，应予较小力度的保护，同居析产纠纷的处理规制应不同于离婚夫妻财产的处理规制，这是基本原则。但是非婚同居关系中一些当事人在相当长的一段时间内维持稳定的同居，相互协力，生儿育女，在实质上与事实婚姻的状态比较相似。如果非婚同居存续过程中满足了某些条件，则可以考虑参照现行民法典婚姻家庭编的规则，赋予其与婚姻关系相类似的部分权利。我认为解释二征求意见稿第 3 条的规定是妥当的，一方面尊重同居关系，满足一部分人追求多元化的生活模式的诉求，对同居关系给予一定的法律保护。同时又告诉人们同居和婚姻的权利义务毕竟有所不同，如若期待像婚姻那样受到法律保护，那就应该前往婚姻登记机关办理结婚登记。

3，域外法提供了经验

观察其他国家对非婚同居的法律规定，可以发现随着非婚同居现象逐渐流行，很多国家对非婚同居的态度也发生了变化，不将其看作是非法或背俗的行为，而是接受其为一种正常的生活方式，有的国家更是将其作为一种与婚姻同等重要的亲密关系结合模式。

其他国家对非婚同居关系的法律规制在形式上大致分为三种。第一种是在民法典的婚姻家庭编或亲属编中以专编或专章形式对非婚同居进行调整。第二种是针对非婚同居颁布单行法，在民法典之外进行特殊调整。典型案例如美国新泽西州的《家庭伴侣关系法》，对非婚同居关系设立登记系统，经登记使得非婚同居伴侣间的关系更加稳定。澳大利亚在联邦层面的家庭法（Family Law Act 1975）的第 4AA 条中确认了事实伴侣关系，而新南威尔士州后又制定《事实伴侣关系法》（De Facto Relationships Act 1984），详细规定了非婚同居关系如何申请成立或解除、同居财产如何清算分配等内容。第三种则是在英美法系国家以判例的形式确认非婚同居者的身份权利义务以及同居协议的效力，在司法实践中探索、构建系统的裁判规则。

非婚同居关系的成立形式有几种：第一种为登记公示制度，非婚同居关系和婚姻关系一样需要在政府部门申请登记，否则无法获得政府为非婚同居伴侣提供的法律保护，而登记之后能够获得与婚姻同等水平的保护。如德国、丹麦、瑞典等欧洲国家，在家庭制度中特别规定了非婚同居伴侣的登记制度，实际上是为了应对同性伴侣无法

结婚的问题。第二种模式同居伴侣无需登记，只要能够满足法定的构成要件，就可以取得与登记结婚同等的权利。普通法系的主要法律渊源来自判例，法官可以通过在判例中直接认定非婚同居关系从而保护同居关系。第三种为弱化后的同居登记制度，政府同样设有专门机关登记非婚同居关系，但其保护力度要弱于婚姻关系，而其解除方法也更加简单。第四种模式也不要求同居伴侣进行登记，只需要满足法定的构成要件就可以认定双方存在非婚同居关系，但同居关系下的权利义务均与婚姻关系不同。

我国尚未启动非婚同居的立法。但在处理同居析产纠纷中法院仍然需要通过考察双方生活的细节判断其是否属于法律认可的或法律保护的非婚同居。非婚同居是一种动态的、复杂的亲密关系结合状态，因此，通过片面及碎片的证据（如不动产登记簿上同时登记了双方的名字）无法准确判断当事人之间是否存在非婚同居关系。为准确把握非婚同居关系的成立，应当考虑如下因素：

（1）关于主体，非婚同居的双方应当具备完全民事行为能力，并且双方均不得与他人存在法律上或事实上的婚姻关系。

（2）关于内部关系，同居伴侣应当保持共同居住，期间不得同时有其他同居对象或更换同居对象，并且双方应当有着共同生活、相互扶持的主观意愿。（侯学宾、潘国瑞：《非婚同居中财产给付性质的裁判逻辑》，《法律适用》2022 年第 10 期，第 52-54 页。）关系具有稳定性，即双方保持共同居住达到一定期间。在此期间，同居伴侣的任何一方不能与其他人保持类似的同居关系。同居时间越长，说明非婚同居关系越稳定。许多对非婚同居设立专门法案的国家要求共同居住的双方需要保持同居状态达到一定时间，才可以被认定为形成同居关系，进而适用同居关系相关法律。各国的社会背景存在差异，具体设定的认定期限不同，一般而言期限不低于两年，并且在维持同居期间不能有太长的中断时间。有鉴于此，结合我国本土情况，以两年作为认定同居关系的时间标准是适当的。

（3）关于对外表现，是否向外公开同居状态也是认定同居关系的一个重要参考因素。同居伴侣需要向外界公开的表示，即不会刻意隐瞒自己进入同居状态的事实。更重要的是周围邻居对同居伴侣关系的评价，即同居伴侣需要使一定范围内的人群已经相信双方进入了一段稳定、可持续的同居关系，所谓一定范围的人群理应包括邻居、亲属、朋友等空间或社会关系上与同居者相近的人。但也有部分法院对公开性的要求较高，认为仅有同居伴侣双方的家族成员作为证明的力度不足，还需要补充如朋友、邻居等关系较远的人。此外，也需要考虑双方是否有参与或融入对方的社交圈，是否使对方的社交圈能够认识到自己的存在并认可双方存在一个稳定的同居关系。

征求意见稿第 3 条把适用主体限定为“双方均无配偶的同居关系”是妥当的，还应再增加一些限定，比如“长期、稳定、公开的”。第 3 条第 1 款改为：“双方均无配偶的长期、稳定、公开的同居关系析产纠纷案件中.....”

4，约定优先

几乎所有国家都支持非婚同居者的财产协议。我国《民法典》第 1065 条承认传统婚姻的夫妻双方可以达成婚姻财产协议，通过协议进行财产约定应当同样应用于非婚同居关系中。第 1065 条要求夫妻财产协议必须以书面为形式要件，非婚同居制度同样应当采用。只要非婚同居双方约定的内容不违反法律的强制性规定，不违反公序良俗，就有优先适用的效力，同居析产纠纷案件首先按协议约定的内容处理。

当事人为非婚同居关系所作约定本质上与合同相同。关于合同的形式要件，《民法典》第 469 条允许以书面、口头或其他形式订立合同，但我认为对非婚同居协议而言，应以书面形式要件为宜。因为同居生活本身是当事人对生活做出的安

排，与商事交易相比较，其具有更加私密、更加贴合人身属性的特性。关于约定的时间，双方可以在同居开始前直接通过约定缔结非婚同居关系，也可以在非婚同居形成后再行约定。

5，以分别财产制为默认规则，以共同财产制为特殊规定

如果同居双方没有明确的财产协议，法律应当提供默认规则进行调整，即以“分别财产制”为原则。许多国家均认可分别财产的模式，这也符合非婚同居伴侣在财产方面的实际情况。据调查显示，相较于婚姻关系，非婚同居伴侣之间互相提供金钱支持的情况较少见，大多数情况下会各自负责自己的花销。但如果法院完全置同居事实于不顾来审理同居财产纠纷案件，可能会导致裁判结果不公，因此需要通过引入公平原则来平衡双方的权利义务。

在英美法系国家通常通过衡平法的手段为权利分配明显不公的一方提供法律救济，如果现行法中没有直接规定，法官会直接应用公平原则对案件进行审理，通过维持现状、返还不当得利等方式为同居伴侣提供特别的保护。通常会有如下情况导致不公平：第一种是同居伴侣一方单独且直接地为双方的财富增值作出巨大贡献，如负责偿还房屋贷款、投资增值等，伴侣另一方会在此类事件中受有利益，如果使财产增值的贡献者拒绝另一方坐享其成，则其受有的利益丧失法律基础，可以被法院认定为不当得利。第二种则是家务劳动补偿。伴侣中一方（通常是女方），为维持家庭而放弃工作承担大多数的家务劳动，该机会成本应当在解除同居关系时由另一方予以补偿。英国的 Hammond v Mitchell 案中，法院认为，在没有直接证据证明存在财产协议的情况下，应根据双方在关系存续期间的所有行为判断是否就各自的份额达成过任何隐名协议。家务劳动应属于互相扶持的证明之一，法官据此计算了女方的家务劳动价值，最后判决女方可以享有共同居住房屋百分之五十的权益。（Hammond v Mitchell [1991] 1 WLR 1127.）

大陆法系国家同样普遍接受分别财产制的原则，同时会在成文法中以列举的形式分列有限的情况，在这些情况中认定某些财产为同居双方所共有。比如瑞典 2003 年《同居法》中规定，同居者在同居期间取得的财产应当归属个人所有，除非取得财产时双方均有贡献，法院进行分居析产时应将此类财产视为共同财产而在双方之间进行分配。（https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/sambolag-2003376_sfs-2003-376/）

另外出于人道主义和公平原则的考虑，在非婚同居关系解除时，有些国家还允许弱势方向另一方主张经济帮助。例如《埃塞俄比亚民法典》规定若男方主动提出解除非婚同居关系，应当向女方给付一定数额的经济帮助，金额大致能够满足数月的生活消费。（王薇：《非婚同居法律制度比较研究》，人民出版社 2009 年版，第 451 页。）

我国最高人民法院《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》（1989 年）第 12 条也体现了相同的公平考量，要求人民法院在分割同居财产时，如果某一方在共同生活期间患有严重疾病且尚未治愈，另一方应当在分割财产时适当少分或单独提供一定的经济帮助。适当多分份额的规则现在已经丧失了法律渊源，实践中法官很少从保护弱势群体的角度处理非婚同居析产纠纷案件，同居伴侣在困难处境中可能得不到应有的照顾和帮助。

非婚同居双方被推定存在保持分别财产制的默认意思，在不存在事先同居协议时原则上应当采用分别财产制。然而也需要注意到，有些非婚同居双方在共同生活一段时间后，可能出现共同出资购买资产、共同存储工资收入等情况，一部分财产难免会出现混同。如果仍然严格按照分别

财产制进行所有权分配，则可能会影响另一方的合法权益，导致分割结果不公平。因此部分国家在适用分别财产制的同时，添加共同财产制作为适当补充，在特定情况下承认同居双方共同拥有某些财产，在析产时按照共同财产规则分配。这样的法律设置能够应对绝大多数的非婚同居财产分割问题，我国可以借鉴使用。

征求意见稿第 3 条规定（一）同居期间各自所得的工资、奖金、劳务报酬、知识产权收益，各自继承或者受赠的财产以及一方单独生产、经营、投资的收益等归各自所有；（二）双方共同出资购置的财产或者共同生产、经营、投资的收益以及其他已经混同无法区分的财产，根据财产的具体情况，并综合考虑各自出资比例、贡献大小等事实，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则进行分割。我认为是妥当的。

6，家务劳动补偿和经济帮助

非婚同居关系中，一方主要负责经济收入、一方主要负责照顾家庭的情形并不罕见。在当下，人道主义和女性主义的精神比二十年前传播得更加广泛，我们应当更加重视女性在一段关系中做出的隐形付出，因此没有理由不将家务劳动补偿请求权引入非婚同居关系中来。在应用方面，应当与婚姻关系的家务劳动补偿规则相同。此外还有经济帮助请求权，如英国 1996《家庭法》第 7 章规定，在同居关系解除时，如果同居伴侣所租赁之用于双方共同生活的房屋的租赁合同惟记载同居其中一方之名，则允许另一方向法院诉请变更承租人。法院将考虑这段关系的性质及双方共同居住的时长等因素做出判决。（Regulating Marriage and Cohabitation in 21st Century Britain, p149-150.）

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》（1989 年）第 12 条实际上肯定了经济帮助请求权，规定一方在共同生活期间患有严重疾病未治愈的，在解除同居关系时，应当在分割财产时适当照顾，或可以请求给予一次性的经济帮助。可见立法者同样认可在非婚同居中提供经济帮助的人道主义原则，只不过是随着此司法解释的失效导致当事人失去了明确的请求权基础。并且 1989 年的《同居案件意见》只允许以夫妻名义共同生活的同居者请求经济帮助，对当下新型的、多样的同居关系应对无力。因此可以依照当下的非婚同居现象重新设计经济帮助规则。

经济帮助请求权的范围应予适当扩大。首先，其范围不能仅限于以夫妻名义共同生活的非婚同居，应当应用至广义的非婚同居中。其次，提供经济帮助的情形应当有所拓展。人并非只有在伤病的时候才丧失劳动能力，如非婚同居中的女性正处于孕期或哺乳期，其工作和生活都会受到影响，法院也可以判决另一方提供适当的经济帮助。并且，经济帮助的形式也可以不限于金钱，由一方向另一方提供居住条件也是可行的方案。

征求意见稿第 3 条规定，同居生活期间，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而请求另一方给予补偿，双方对此无协议约定且协商不成的，人民法院可以根据同居生活时间、负担相应义务投入的精力及对双方的影响、同居析产情况、双方经济状况以及给付方负担能力、当地收入水平等事实，确定补偿数额。我认为该规定是妥当的，建议再增加一款经济帮助的规定。

（二）律师视点

浩天西安婚姻家事专栏 丨 家庭家教家风在基层社会治理中的价值功能

原创：2024-03-22 北京浩天西安律师事务所 赵婧
https://mp.weixin.qq.com/s/gsI5fAclcbr2VM9JD9cehw

文 丨 浩天西安律师赵婧

摘要：历年来习总书记反复强调要注重家庭、注重家教、注重家风，笔者作为一名家事律师，在日常处理家事案件过程中也深感家庭家教家风建设的重要性和必要性，2023 年参与修法调研时发现，家庭家教家风建设在基层社会治理中的价值功能不容忽视。

一、当下家庭纠纷呈现矛盾尖锐化、扩大化趋势，如果不妥善处置，可能危及我国传统的社会和文化结构

（一）当下家庭纠纷呈现矛盾尖锐化、扩大化态势

如习总书记在 2018 年 11 月 2 日同全国妇联新一届领导班子成员集体谈话时所言，我国社会主要矛盾发生了重大变化，家庭结构和生活方式也发生了新变化。随着家庭结构和生活方式的变化，家庭成员对家庭生活质量和精神追求的不同需求所引起的碰撞和矛盾也呈现出新态势。从近年来的社会新闻来看，现下的家庭矛盾逐步呈现出尖锐化、扩大化的趋势。具体而言，家庭矛盾从家庭纠纷演变至刑事犯罪，受害人扩大至其他家庭成员乃至周边邻里，详情如下：

2023 年，因婚姻问题而杀妻（夫）的社会新闻：

2023 年 7 月 11 日，陕西眉县，男子酒后找前妻复合未果将前妻殴打致死；

2023 年 6 月 26 日，山东东营，因离婚纠纷，男子开车将妻子碾压致死；

2023 年 5 月 8 日，广东新兴，办完离婚手续男子在民政局门口追砍前妻；

2023 年 4 月 1 日，上海华山，因生育矛盾，男子将妻子掐死；

2023 年 3 月 19 日，江苏苏州，一女子就杀害丈夫并藏尸冰柜投案自首；

2023 年 2 月 20 日，河南安阳，因家庭矛盾，男子持刀杀妻；

2023 年 5 月 15 日上海一男子闯入岳母家当着儿子面将妻子割喉；

2023 年 12 月 7 日四川德阳一男子将前妻杀害；

2023 年 12 月 26 日内蒙一高校干部将妻子家暴致死。

2023 年，因家庭纠纷而杀害部分或者全部家庭成员的灭门惨案：

2023 年 7 月 11 日，辽宁海城，因离婚纠纷，男子李某将其妻女、岳母全部杀害；

2023 年 6 月 30 日，山西临汾，因婚姻纠纷，男子在高铁站候车室砍杀妻子与另一男子；

2023 年 6 月 23 日，辽宁庄河，因家庭纠纷，王某波将其兄及 5 名家人全部杀害；

2023 年 5 月 29 日，广东东莞，因离婚问题，男子将妻子及妻姐杀害；

2023 年 5 月 13 日，山西兴县，因感情纠纷，郭某亮将郭某英及其婆婆、丈夫和儿子全部杀害，逃窜途中另伤 1 名警员及 13 名路人。

2024 年 2 月 17 日，福建泉州一男子因此前彩礼纠纷及强奸出狱后将女子的家人全部杀害。

除此之外，泰国杀妻骗保案、杭州许国利杀妻碎尸案及上海因债务纠纷杀妻欲藏尸冰箱案也是近年来典型的引发社会持续关注和舆论风暴的婚姻家庭犯罪案件。

现下婚姻家庭纠纷所呈现的矛盾尖锐化、扩大化态势就个案来说所造成的社会影响不容忽视。从个案家庭来说，影响的是整个家庭数代人的心理健康和精神状态；从社会层面来说，影响的是一个村（社区）的安定和村（居）民的安全认知；从意识形态来说，影响人们的婚恋家庭观。“不婚不育保平安”的网络通行语言是前述影响的的群体认知体现，结婚率和生育率的持续走低是前述影响的现实反馈。

（二）婚姻家庭纠纷如果无法有效化解、妥善处置可能危及我国传统的社会和文化结构

我国文化的深层结构是人与人之间通过亲密关系、家庭关系乃至社会关系所构建出的和合性的良知体系，而家庭是个体在这种和合性良知体系里的起始定位和基本定位。习总书记反复强调家庭家教家风，也正是因为家庭是社会的基本细胞，是国家发展、民族进步、社会和谐的重要基点。

现下婚姻家庭矛盾演变成刑事案件对个案家庭及社会公共心理和认知的影响已不容忽视，具体到民事诉讼纠纷的处置中，所可能引起的社会效果也值得关注。下面笔者试着结合近十年的诉讼实务经验来梳理下婚姻家庭纠纷的处置可能对我国文化结构和传统的影响。

1. 离婚纠纷里婚外情处置不当损害“夫妻忠实”价值

我国现下的离婚诉讼实务对于离婚的判定是以“夫妻合意”及“夫妻感情破裂”两个层面进行判定，而对“夫妻感情破裂”的认定主要是以民法典第 1079 的规定为准。与“婚外情”有关的是“重婚或者与他人同居”条款，因为婚姻登记全国联网及普法宣传，现今大部分婚外情都表现为“非婚性、偶发性、不特定性”等特点，婚外情的夫妻身份或名义都不外显，婚外情的受害者通常举证受限，由此导致受害者维权困难重重，仅离婚就需要反复、多次起诉。在诉讼期间有“婚外情”一方不仅不会中止“婚外情”行为，甚至可能联合婚外第三方转移夫妻共同财产、伪造夫妻共同债务，等到法院最终判决离婚时，受害者可能“人财”两空。部分受害者在反复诉讼中可能迫于情感压力和精神压力向有“婚外情”一方妥协，放弃部分权益从而换取眼前干净。无论是被迫的“人财两空”还是“无奈地放弃自身权益”，对于受害者而言，“夫妻忠实”沦为空谈，而在婚内付出、所受伤害及侮辱均会成为受害者否定婚姻价值的有力佐证。

此外，有“婚外情”一方多是家庭经济优势方或者控制方，受害者多为弱势方，在离婚时主张离婚劳务补偿为例，有婚外情一方多把夫妻感情失和归结为居家一方无劳动价值、经济能力、配偶魅力等原因，在确定劳务补偿数额时有婚外情一方的资产规模和数额都难以确定，补偿数额也多是象征性的。笔者在 2022 年度检索了家庭劳务补偿的判决，补偿数额少有超过 5 万元的，部分网络言论甚至称参照保姆或家政价格对居家一方付费。诉讼实务和网络舆论造成了“家庭付出”不及“家政工作”有价值，“家务补偿”不及“家政保姆”贵的舆论议论。当婚姻角色以劳动市场价格进行量化时，婚姻价值将不复存在，而当婚外情受害者在离婚、财产权益、家务付出补偿等层面维权失败时，“家庭、公平和公理”将彻底失语。

2. 婚外情损害对未成年子女的家庭教育及家庭观念认知

在婚外情系列纠纷中，未成年子女沦为出轨方与配偶及婚外第三方间的权益争夺与平衡的筹码，婚生未成年子女面临的是在父母之间选择跟随强势出轨方、背负对弱势方的愧疚还是保护弱势方肩负对强势方的指控和愤恨，婚外未成年子女面临的是“私生子身份及生活保障不确定的恐慌”。未成年子女在此过程中所观察到的家庭观念和父母行为对其价值观、家庭观和婚恋观的负面影响可能伴随终身。

此外，如前所述有“婚外情”一方多是家庭经济优势方或控制方，但发起诉讼后，有此行为一方可能以未成年子女的抚养权来要挟或控制受害方。实务中常见操作是有婚外情一方通过否定受害方的经济条件、工作能力及认知水平等来否认受害方的抚养能力。更有甚者，直接将未成年子女送至国外或国际学校，限制受害方与孩子的接触来迫使受害方妥协。这种弱肉强食的争夺对未成年子女的心理损害可能会在其后续成长中逐渐显现。

3. 婚外情处置不当损害家风传承

笔者在 2020 年试着查阅了“有退休金的老人诉请子女支付赡养费”的判决数据。795 份判决数据里有近 20%是因为早年离异亲子关系缺位所引发的赡养纠纷。之所以在 2020 年做这类判决检索与分析是因为我国是 80 年代开始实施计划生育政策，而 60 年代前后出生的人是执行该政策的一代，2020 年这一代人已陆续步入退休生活，当早年亲子关系缺位或处理不当，所遗留的隐患会持续至其晚年赡养和后续遗产继承，婚外情所造成的亲子关系缺位或失常的隐患尤甚。

笔者近期接待一起继承来访，咨询者诉说自从十年前父亲出轨离婚后就再无往来，近期才接到父亲第二任配偶通知父亲已去世三年，现下要求配合处理遗产分割，来访者表示父亲当年所作所为的伤害让其至今无法直面这些问题。因先前婚外情所引起的家庭矛盾处置不当，一个家庭就此分崩离析，家庭里的家教家风观念也就此裂变，我国传统的人伦常理在这种分崩的家庭里也将消失，当类案积累到一定程度我国延续几千年的家庭文化和伦理秩序恐被消解。

笔者近年来在处理 80 后离婚纠纷时，多数离婚男女总是不由控制地去回忆幼时对父母婚姻的观察和感受，现今的婚姻问题与幼年家庭问题总是惊人地相似。从现下家庭纠纷所呈现的态势来看，如果家庭纠纷得不到有效化解和妥善处置，可能会损害我国传统的家庭家教家风观念，进一步损害我国通过人与人之间关系所构建出的良知体系，从而危及我国传统的社会和文化结构。

二、现下家庭矛盾的尖锐化、扩大化可能是由家庭家教家风缺位、纠纷化解机制单一等因素造成

（一）家庭家教家风缺位造成个案家庭无法良性对话、家庭矛盾无法在内部缓和、化解

改革开放以来我国经济快速发展，原有的家庭结构、生活方式都随之改变，我国原有的家庭结构是数代同堂、内外分工、共养后代。家庭教育是由家庭里的老中青数代人共同通过言传身教来完成的，年龄结构、性别结构、教育方式均呈现多元化、差异化特点，一个家庭的家教家风和基本价值观念在日常生活和特定教育中得以传承和延续。而随着经济发展，一个家庭的人口数量、生活地点和生活方式均趋向于单一化，家庭教育多数依赖于父母中的居家一方，由此导致家庭教育方式过于单一和狭隘，单一家庭教育体系里所形成的单一标准在后续的婚姻家庭生活中很难去调试或修正，多数表现为争执、指责乃至激烈对抗。在传统的多成员家庭生活中，年轻夫妻的矛盾会有不同长辈或同辈从中调停，但就独生子女家庭而言，调停人员不足、调停经验不足以及矛盾化解智慧不足，最主要的是维护己方子女意愿过于强烈，都是激化家庭矛盾的诱因。

上述只是笔者的个人观察，是否符合实际情况及在多大程度上符合实际情况还有待进一步调

查，但就这些表现来说，家庭家教家风的缺位所造成的家庭内部良性沟通不足、家庭矛盾激化是不容忽视的因素。

（二）纠纷化解机制单一导致诉讼成为家庭解决争议的唯一方式，诉讼预期与结果的差异导致个案社会效果与法律效果无法同步，激化个案矛盾

我国现下基层社会治理中虽然已经精细至网格化管理到户，家庭矛盾处理也是村（社区）等基层组织的日常工作。但“依法办事”是基层社会处理事务的基本原则，基层工作人员在身兼多职的时候几乎很难有效调解处理个案家庭矛盾。这个时候“不行你们就去法院”就成为一种通用模式，部分警务机关、政务机关在接待来访时也多是此类说辞，由此导致来访者将全部希望寄托在法院，在家庭里及求助过程中所累积的委屈和愤怒逐渐失控，当法院作为唯一也是最后能够“讲理、讨要公道”的保障也失效或不能完全实现个人诉求时，家庭矛盾就会呈现尖锐化、扩大化态势。

三、在基层社会治理中充分发挥家庭家教家风的价值功能，需将家庭家教家风理念落实到基层社会治理的日常工作中

如果“注重家庭、注重家教、注重家风”理念能够落实到基层社会工作和个案家庭生活里，应该能极大促进个案家庭矛盾的预防和化解。笔者认为，发挥家庭家教家风在基层社会治理的价值功能可从以下三点做起：

（一）充分发挥妇女的领头效应，让妇女充分参与到基层组织社会治理的工作中

从我国传统及当下社会现状来看，多数妇女在家庭里承担照顾老幼、教育子女的主要责任，家教家风的传承与落实的主责还是由妇女承担。故，要充分发挥妇女在家庭里的独特作用。让妇女积极参与到村（居）委会、各类调解委员会、妇女议事会、村（社区）网格员等基层工作中，一是让妇女积极投身基层事务处理和社会治理，从而提升个人能力、实现个人价值，二是在这些基层事务处理过程中看到家庭及家教家风的多元化和多样性，反向推动自身家庭家教家风及所在村（社区）家庭文明建设。

（二）将各类调解委员会及妇女儿童维权中心下设到村（社区）里

家庭纠纷里当事人的“情感诉求、情绪诉求及公平诉求”通过单一渠道很难实现，各类调解委员会及妇女儿童维权中心作为家庭矛盾化解处理的一环多数时候所承担的功能是帮助当事人平复或实现部分“情感诉求、情绪诉求及公平诉求”，当这些诉求得以平复或实现后，“法律诉求”就成为家庭纠纷里最容易实现的诉求。故，此类调解机构及妇女儿童维权中心应该走到最前端和基层，在矛盾源头发挥功能，实现诉源治理。

（三）家事审判中充分运用家事调查制度，发挥司法和舆论对家庭文明和风气的监督功能

现下诉讼实务对于违反家庭文明和社会主义核心价值观的司法监督功能尚未体现，导致部分受害者和社会公众对于“公信、公道及家庭的基本价值和风气”颇有微词。家事审判工作机制改革以来，全国已有 21 个省份开始施行家事调查制度，而家事调查的基本功能之一就是在帮助法院核查个案相关情况的同时普及基本常识与观念。也就是说，家事审判中要充分贯彻“注重家庭、注重家教、注重家风”理念，加强对损害“家庭家教家风”的行为的核查力度和惩戒程度，从而推动家庭文明建设，家事调查可以充分辅助法院实现这一功能。

综上，笔者认为从当下基层社会发展和治理现状来看，“家庭家教家风建设”在家庭矛盾化解中具有不容忽视的功能和意义。

上海市律师协会：（试行）律师从事婚姻家事案件调解业务操作指引（2024）｜ 东方律师网 2024 年 03 月 27 日

2024-03-29 家事法苑 东方律师网
https://mp.weixin.qq.com/s/crWnTrfZfXw7RkGnjlq_yQ

原文标题：律师从事婚姻家事案件调解业务操作指引（2024）
来源：东方律师网站（上海市律师协会官网），2024 年 03 月 27 日
原始链接（点击本文左下角“阅读原文”可进入原文界面）：
https://www.lawyers.org.cn/info/84b2758a4c2545a1aa8b7f0298af610d

律师从事婚姻家事案件
调解业务操作指引（2024）（试行）

日期：2024-03-27

（本指引于 2024 年 3 月 27 日上海市律师协会业务研究指导委员会通讯表决通过，试行一年。）

目 录

第一章 总则
第二章 基本原则
第三章 接受委托
第四章 各类婚姻家事纠纷案件
第五章 调解文书的制作和司法确认
第六章 附则

第一章 总则

第一条 为了指导上海律师从事婚姻家事纠纷调解法律服务业务，保障律师在婚姻家事纠纷调解中依法履行职责，充分发挥律师在婚姻家事纠纷中的调解作用，及时解决婚姻家事纠纷，维护社会和谐稳定，根据《中华人民共和国律师法》及相关法律法规，遵循国家司法行政机关和全国、上海市律师协会制定的律师执业规则，特制定本指引。

第二条 本指引所称婚姻家事案件调解，主要是指律师通过说服、疏导等方法，促使当事人在平等、自愿、合法的基础上自愿达成调解，解决发生在以婚姻和血缘为纽带的夫妻、父母、子女及生活在一起的其他亲属之间，涉及人身、财产等民事权利义务纠纷的活动。主要包括婚约财产纠纷、婚恋同居纠纷、离婚（财产）纠纷、抚养纠纷、扶养纠纷、赡养纠纷等。

第二章 基本原则

第三条 律师调解婚姻家事纠纷，应当遵循下列原则：

（一）自愿原则，按照当事人自己的真实意愿进行协商调解，律师除进行耐心细致的规劝、开导、说服、教育外，律师及其他任何机关、团体、个人等任何第三方都不能强迫、压制或采取其他方式进行干涉；

（二）平等原则，当事人双方在调解过程中权利义务一律平等，受平等对待，不得采取任何歧视、偏袒的手段，促成双方当事人达成调解；

（三）合法原则，调解不得违反法律，不得违背公序良俗，不得因调解而阻止当事人依法通过仲裁、行政、司法或其他合法途径维护自身的权利；

（四）保密原则，不得泄露当事人应当依法保护当事人的个人隐私，不得损害当事人的合法权益。但涉及侵害国家利益、社会利益、他人合法权

益、当事人有自杀或者严重自虐倾向、当事人同意披露、司法机关要求提供、法律法规规定的其他保密限制等情形除外；

（五）诚信原则，诚实守信，审慎及时地完成调解工作。

第三章 接受委托

第四条 律师可以接受调解机构、当事人的选（指）定，担任婚姻家事案件的调解员，主持或参与婚姻家事纠纷的调解活动。

实习律师不得单独接受调解机构、无律师执业资格人员或中止会员权利、停止执业期间内的律师人员不得接受调解机构、当事人的选（指）定，担任婚姻家事案件的调解员。

第五条 根据当事人的选（指）定参与婚姻家事纠纷调解的，应当由当事人提出申请，当事人应填写并提交《婚姻家事案件调解申请书》。

第六条 申请调解或移送、委托调解的婚姻家事纠纷，应有明确的被申请人、具体的调解要求、调解的事实及依据，属于婚姻家事纠纷调解受理范围的，应当予以受理，并按程序进行受理登记，3 日内告知当事人。

第七条 经审查，不属于调解受理范围的，不予受理，并向当事人或移送、委托部门做出解释。

不受理范围包含如下：

（一）所涉法律关系依法规定不能调解的或不属于婚姻家庭民事纠纷类案件的；

（二）当事人下落不明，需要公告送达的；

（三）当事人在国外或者境外，且无法通过电话、传真、网络等方式进行调解的；

（四）属于《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十四条规定情形的；

（五）其他无法调解的情形。

第八条 如律师在审查时发现纠纷可能激化的，要采取必要的缓解疏导措施；可能引起治安、刑事案件的纠纷，以及可能引发群体性事件、越级上访等矛盾的纠纷，应向党委政府、公安机关和妇联组织、司法行政机关报告。

第九条 律师在收到调解机构、当事人的选（指）定后，应主动查证、确认本人与纠纷各方当事人是否存在利益冲突。律师事务所在收到律师的披露信息后，应主动查证、确认本所与纠纷各方当事人是否存在利益冲突。经查证、确认，不存在利益冲突的，律师可以接受该选（指）定，律师事务所也可以与各方当事人签署书面委托调解协议。本指引所指利益冲突定义参照《上海市律师协会律师执业利益冲突认定和处理规则》第四条执行。

第十条 律师事务所应在合理形式查验各方当事人身份证明材料后，与各方当事人签署书面委托调解协议。委托调解协议内容，应包括以下组成部分：

（一） 各方委托人身份信息、联系方式与地址；

（二） 受托律师事务所；

（三） 受托律师调解员；

（四） 申请委托调解纠纷类型与基本内容；

（五） 委托调解费用与支付方式；

（六） 委托调解期限；

（七） 委托解除、终止情形；

律师事务所与各方当事人，可以在平等协商的基础上，另行约定履行委托调解所需要的其他内容。

第十一条 根据其他相关规定，律师收到调解机构、当事人的选（指）定后，应向所属区县司法行政部门或上海市律师协会披露的，依相关规定执行。

第十二条 律师参与调解前，应调查核实纠纷情况，律师可以通过询问当事人、关系人、知情人及周围群众，实地调查收集原始书证、物证等方式，对纠纷的性质、争议焦点、纠纷产生的原因、发展过程及目前所处状态，证据情况及来源，当

事人请求内容、对纠纷的态度及个性特征进行初步了解，并形成调查记录

第十三条 律师拟定调解方案时要坚持调解工作原则，对有关情况作出初步评估，在查明事实、分清原委的基础上，找到纠纷双方当事人请求的共同点和分歧点，确定调解方向和方法。

第十四条 律师应做好工作安排及时联系当事人，提前告知调解的时间、地点，以及需要准备的相关材料。

第十五条 律师调解中应以口头或书面形式向当事人告知其权利和义务，主要包括：

（一）权利：自主决定接受、拒绝或终止调解；要求有关调解人员回避；要求调解公开或不公开进行；表达真实意愿；自愿达成协议。

（二）义务：如实陈述事实；不提供虚假证明材料；遵守调解现场秩序，尊重调解员；尊重对方当事人行使权利；不加剧纠纷激化矛盾；自觉履行协议。

第十六条 律师调解中应进行保密性说明，并劝离无关人员。在调解过程中，律师应向当事人说明保密性，并劝离无关人员，以确保调解过程的隐私和安全。

第十七条 调解中，律师应充分听取当事人陈述事实、申述观点、理由和要求，核实纠纷情况，并做好调解记录，请当事人、调解员、记录人签字、盖章或者按指印确认。允许双方当事人就争议问题展开陈述，给予双方同等的尊重，避免当事人感受到排挤或疏离。

第十八条 针对婚姻家庭纠纷的特殊性，律师在调解过程中对当事人进行充分说理，耐心疏导，消除隔阂，缓和关系，引导帮助当事人自主达成调解意向。如果有必要，可以邀请当事人的亲属、邻里、同事、所在社区基层组织工作人员、妇联干部参与调解，或启动专家库，邀请具有专门知识、特定经验的人员或有关社会组织的人员参与调解，其专业意见将作为调解的参考依据。此外，还要注意防止纠纷激化，避免因调解不及时或方法不当而导致当事人自杀或其他违法犯罪行为的发生。

第十九条 婚姻家庭纠纷案件的调解方法，可以综合运用背靠背调解法、面对面调解法、换位思考法、甜蜜爱情回忆法、亲情融化法、搁置争议法、逆向思维法、冷处理法。

第四章 各类婚姻家事纠纷案件

第一节 婚约财产纠纷

第二十条 概念

婚约财产纠纷又称彩礼纠纷，通常指一方以结婚为目的给予对方数额较大的财物，在双方不能缔结婚姻时或者在离婚诉讼中，财产受损的一方请求对方返还财物而产生的纠纷。

第二十一条 主要特点

（一）彩礼是基于当地的风俗习惯，为了缔结婚姻关系而给付的财物，其性质属于附条件的赠与行为，当条件不成就或消失时，给付方可以请求返还。

（二）婚约是男女双方关于缔结婚姻关系的约定，不具有法律上的约束力，以男女双方自愿履行为条件，任何一方都有权解除登记结婚的约定。

（三）彩礼的实际给付人和接受人不局限于准备缔结婚姻关系的男女双方本人，还可能包括双方的父母或者亲属，这些人都可以成为婚约财产纠纷的当事人。

（四）争议的内容涉及的是财产关系，即是否应当返还财物以及返还财物的方式及其数额等。

第二十二条 审查要点

（一）返还彩礼的条件

（1）双方未办理结婚登记手续；

（2）双方办理结婚登记手续但确未共同生活；

（3）婚前给付并导致给付人生活困难。

适用前款第二项、第三项的规定，应当以双方离婚为条件。

（二）返还彩礼的范围

（1）恋爱期间一方为表达感情而赠与对方的小额财物属于一般赠与性质，不属于彩礼范围。

（2）彩礼已被男女双方共同消费的，或者虽未登记结婚，但双方已在共同生活中共同消费或毁损的，则不予以返还。

第二十三条　调解要点

（一）调解员与当事人双方进行充分沟通，了解双方无法缔结婚姻的原因，以确定调解方向。

（二）调解员向当事人双方释明法律规定，引导双方厘清彩礼返还的范围和条件，以确定争议财产的范围。

（三）调解员结合法律规定并运用调解技巧，促进当事人双方友好协商，逐步化解双方的矛盾，缩小心理差距，达成合理的调解协议。

第二节 婚恋同居纠纷

第二十四条　概念

婚恋同居纠纷，主要是指男女双方基于婚姻、恋爱等原因共同生活、居住而形成的关系。

这类纠纷不仅会涉及当事人情感纠葛，同时附带产生身份关系、财产分割、子女抚养等纠纷。

第二十五条　主要特点

（一）同居关系形成原因复杂。常见婚恋同居关系有以下几种情形：

（1）未办理结婚登记且不以夫妻名义共同居住生活；

（2）未办理结婚登记且以夫妻名义共同生活，但不符合事实婚姻；

（3）有配偶者与他人同居；

（4）因婚姻无效或者被撤销而形成的同居关系等。

（二）纠纷内容呈现多样性、复杂性、综合性。当事人不仅针对是否解除关系产生争议，同时还可能就财产分割、子女抚养、中止妊娠赔偿、债权债务关系、家庭暴力等一系列问题引发纠纷。

（三）牵涉关系较为复杂。在婚恋同居关系纠纷中，最核心问题是要解决男女双方之间的问题，但同时也涉及其他家庭成员，可能会涉及未成年子女权益。

第二十六条　审查要点

（一）关于是否构成事实婚姻

当事人符合在 1994 年 2 月 1 日以前，未办理结婚登记即以夫妻名义同居生活者，可能符合结婚实质要件的，可参照本章离婚纠纷等调解指引办理。

（二）关于财产分割问题

处理婚恋同居关系纠纷时，审查当事人是否就财产归属签订协议或者约定；若当事人对同居期间财产归属未签订过任何书面协议。原则上，各自所得，归各自所有；双方当事人同居期间基于共同法律行为所得的财产，按照共有处理。

（三）关于子女抚养问题

涉及未成年子女权益时应当审慎尽责，根据未成年人出生医学证明、户口簿、亲子鉴定报告等书面材料确定亲子关系。针对因婚恋同居所生子女的抚养权处理，与合法婚姻关系解除时的子女抚养权处理方法基本相同，按照最有利于未成年子女的原则处理。未成年子女年满八周岁的，应当尊重其真实意愿。

第二十七条　调解要点

由于婚恋同居关系形成的原因和案件的具体情况复杂，为保护妇女和儿童的合法权益，有利于婚姻家庭关系的稳定，维护安定团结，在调解婚恋同居类型纠纷的过程中，要注意以下要点：

（一）对双方关系做出初步评估，明确调解方向，是处理情感纠纷问题，还是处理财产分割等涉及解除关系的问题；

（二）把握纠纷的关键，找准切入点和突破口；

（三）视案件情况运用双方的社会支持系统（如家人、朋友等）帮助调解；巧用调解技巧，不必急于求成，适当引入“冷静期”；

（四）始终保持敏感性，注意了解是否涉及家庭暴力、侵害未成年子女利益，据此判断是否进入调解或停止调解。

第三节 离婚（财产）纠纷

第二十八条 概念

离婚（财产）纠纷，主要是指离婚时夫妻双方因财产分割问题引发的纠纷，主要涉及房产、股权及其他财产分割、债权债务处理、过错赔偿等。

第二十九条 主要特点

（一）夫妻共同财产以夫妻关系为存在基础，同样具有浓厚的感情色彩，离婚时处理财产问题，首先要解决情感、情绪、关系问题，这是有效处理财产纠纷的前提。

（二）纠纷调解会涉及个人财产与共同财产的认定、个人债务与共同债务的区分、不同类型夫妻共同财产的分割、夫妻双方利益与第三方利益的平衡、离婚过错责任等问题的厘清。

（三）法律对离婚财产分割、债务清偿、过错赔偿等都有明文规定，但调解中要多元考虑当事人本人意愿、有利于生活和物尽其用等因素，促成调解协议的达成与履行等。

第三十条 审查要点

（一）个人财产与共同财产的认定

夫妻在婚姻关系存续期间所得的工资、奖金、劳务报酬、生产、经营、投资的收益、知识产权的收益、继承或者受赠的财产（明确指定给夫妻一方的除外）、其他应当归共同所有的财产属于夫妻共同财产。夫妻对共同财产，有平等的处理权。

一方的婚前财产、一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿、遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产、一方专用的生活用品、法律规定的其他应当归一方的财产属于个人财产。

（二）夫妻双方是否有书面财产约定

夫妻双方可以书面约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有。有约定的从约定，没有约定或者约定不明确的，适用上述（一）个人财产与共同财产的认定。

（三）不同类型夫妻共同财产的分割审查要点

（1）土地、房产及其他不动产。主要审查购买时间（婚前还是婚后？）、出资情况（夫妻共同财产出资，还是个人财产出资，一方或者双方父母出资，借款等？）、产权登记情况（登记在夫妻一方还是双方名下，登记在他人名下，共同共有还是按份共有，调解方案若涉及更名的应提前与权属登记部门核实更名条件）、使用情况（夫妻一方使用还是共同居住使用、空关、出租、他人借住等，如何交接？）、负债情况（房贷或者其他抵押贷款的出借人、贷款人、贷款余额、是否可变更贷款人以及变更条件等）、市场价值（调解时该房屋市场价净值）、双方调解方案以及履约能力（该不动产如何分割，若涉及一方给予另一方折价补偿款的应提示另一方若付款方违约其后续救济途径）等。

（2）车辆及车牌。主要审查车辆购置时间（婚前还是婚后）、出资情况（夫妻共同财产出资，还是个人财产出资，一方或者双方父母出资，借款等？）、权属登记情况（调解方案若涉及更名的，应提前与车辆权属登记部门核实更名条件）、使用情况（车辆在夫妻一方还是第三人处，如何交接等）、负债情况（车贷或者其他抵押贷款的出借人、贷款人、贷款余额、是否可变更贷款人以及变更条件等）、市场价值（调解时该车辆及车牌市场价净值）、双方调解方案以及履约能力（若涉及一方给予另一方折价补偿款的应提示另一方若付款方违约其后续救济途径）等。

（3）存款、理财产品、股票以及其他现金类财产。主要审查双方各自名下银行存款、微信、支付宝存款，其他理财产品余额等。若一方要求另一方提供流水核实的，以双方协商意见为准，律师原则上不主动要求一方或者双方必须提供。

（4）股权。主要审查股权取得时间（婚前还是婚后）、出资情况（夫妻共同财产出资，还是个人财产出资，一方或者双方父母出资，借款等？）、股权登记情况（一方名下还是双方名下、或者第三人名下）、公司实际经营者（夫妻一方还是双方，或者他人？）、负债情况（质押情况、质押权人、债务金额、是否可解除质押等）、市场价值（调解时该股权市场净值）、股权变更（非股东方要求取得公司股权的，应按照公司法相关规定征求其他股东意见，以及股权变更所需材料及条件等）、双方调解方案以及履约能力（若涉及一方给予另一方折价补偿款的应提示另一方若付款方违约其后续救济途径）等。

（5）保险、字画、古董、贵重首饰、虚拟财产以及其他财产等。通过专业分析帮助双方当事人初步判断该财产是否属于夫妻共同财产，然后引导双方就财产现状、数量、价值等达成一致意见，并根据有利于生活和物尽其用的原则，采取包括但不限于实物分割、折价补偿、竞价等方式促成调解。

（6）债权。主要审查债权形成时间（婚前还是婚内）、钱款来源（个人财产还是夫妻共同财产、第三人财产）、借款人、借款金额、借款期限、利息、当事人双方调解意愿及调解方案等。

（7）债务。主要审查债务形成时间（婚前还是婚内）、借款人（夫妻一方还是双方，是否有借款合意等）、借款用途（是否用于夫妻共同生活、共同生产、共同经营）、借款金额、期限、利息，是否有夫妻约定且告知债权人，双方调解意愿及调解方案等。

（8）离婚损害赔偿。过错方是否存在重婚、与他人同居、实施家暴、虐待或遗弃家庭成员的情形，主观故意情况，损害行为与损害后果，因果关系，双方调解意愿及调解方案等。

第三十一条 调解要点

（一）先调“情”。缓解双方当事人的情绪、矛盾，与当事人建立良好的信任关系，形成可以协商的气氛。

（二）再理“事”。了解当事人需求及意愿，运用自身专业知识及能力，帮助当事人梳理财产及债权债务、过错情况，厘清纠纷症结，引导双方需求合理化，缩小差距。

（三）终依“法”。根据法律法规及相关规定，综合考虑案情、遵循照顾女方、照顾子女、照顾无过错方的原则，以及有利于生活和物尽其用，有利于子女健康成长以及双方当事人意愿等，形成具有可操作性的调解方案。

第四节 抚养纠纷

第三十二条 概念

所谓抚养纠纷，主要是指因离婚等原因涉及的子女抚养纠纷，通常包含抚养费给付、抚养权归属和探望权三大问题。

第三十三条 主要特点

（一）离婚后子女抚养的方式会发生变化，由共同直接抚养变为一方单独抚养，或者双方轮流抚养。子女抚养权归属问题，与子女的切身利益和健康成长密切相关。

（二）很多当事人因急于离婚，在处理婚姻纠纷时，往往不够理智，对子女的抚养问题考虑不周，容易从个人得失角度出发争夺抚养权，或者是对抚养费和探望权的沟通不够明确具体，没有充分考虑未成年子女的成长需要。

（三）纠纷涉及的未成年子女有的因年纪较小，或因受到大人诱导、胁迫等原因不能充分表达自己的诉求。

第三十四条 审查要点

（一）了解未成年人的情况，包含但不限于年龄（是否小于 2 周岁，是否大于 8 周岁）、性别、健康状况（比如未成年子女是否患有严重疾病；子女是否虽已成年但仍需父母抚养）、受教育情况（比如就读的学校、年级）、惯常和谁一起生活

等等。当子女小于 2 周岁时，原则上由女方直接抚养。当子女年满 8 周岁时，要征询子女本人对抚养权归属的意见并综合考虑。

（二）了解离婚双方的情况，包含但不限于健康状况（比如是否患有不利于直接抚养子女的疾病等）、受教育情况、有无刑事犯罪记录（尤其是有无基于家暴、虐待、强奸等暴力性犯罪而被追究刑事责任的情形）、住房情况、平时和子女直接生活的情况、爷爷奶奶外公外婆是否同住以及是否健康等情况。

（三）了解离婚双方各自经常居住地，两方家庭矛盾是否激化等情况，以便考虑轮流抚养是否有适用的可能。

第三十五条 调解要点

（一）抚养纠纷的调解，要坚持“儿童利益最大化”原则，在这个前提下，再结合具体情况拟定调解方案。

（二）针对患病的子女，要测算抚养与治疗费用，以救治子女为出发点，双方都应尽力支持治疗，共同承担医疗费用。

（三）针对已成年但仍需抚养的子女，比如尚在校接受高中及其以下学历教育的，或因患病等非子女主观原因导致无/限制民事行为能力的，应引导离婚双方对该类子女的抚养问题达成一致；

（四）了解离婚双方的抚养意愿、抚养条件。在充分听取双方意见、考虑实际情况的基础上，寻求最有利于子女健康成长的调解方案。

（五）对于子女探望，要考虑探望频率、探望方式、是否过夜等问题，既要保障非直接抚养方和子女之间的感情培养，也要保障直接抚养方的生活不因配合探望而受到过多干扰。

（六）调解过程中，要注重情理法三结合，动之以情、晓之以理、服之以法，引导离婚双方搁置争议，以孩子为重，达成切实可行的调解方案，以利于离婚后的落地履行。

第五节 扶养纠纷

第三十六条 概念

扶养纠纷主要包含特定的亲属，通常是夫妻之间、兄弟姐妹等同辈之间因经济供养和生活扶助问题引发的纠纷。

第三十七条 主要特点

（一）多维度纠纷融合，扶养纠纷非单一的抚养关系问题，还可能涵盖经济、婚姻等多方面问题。

（二）被扶养人通常因疾病或残疾陷入生活困境，需要持续的护理和经济支持。这一情形所需时间和资源较多，然而，因各种难题，许多亲属可能在承担责任时犹豫不决，犹豫是否愿意接手。

（三）经济拮据带来的挑战，扶养纠纷当事人通常面临经济困境，这使得调解问题变得更加错综复杂。经济困境可能导致亲属在承担经济责任方面存在疑虑，从而增加了调解的难度。

第三十八条 审查要点

（一）扶养纠纷的亲属范围，确定扶养纠纷涉及的亲属关系，如夫妻、兄弟姐妹等。同时，深入了解亲属的基本状况，如受教育情况、有无刑事犯罪记录、住房情况等。

（二）被扶养人的权益保障，确定被扶养人的合法权益，保障其基本生活需求能够得到保障。深入了解被扶养人的健康和生活状况。特别是当被扶养人患有疾病需要治疗时，我们应全面考虑生活费、治疗费等费用，以确立最合适的扶养方案和扶养人选。

（三）确定具体扶养方式、支付标准、时间安排、并建立后续监督机制和调整机制。

第三十九条 调解要点

扶养纠纷案件主要集中于被扶养的人因患病或残疾陷入经济及生活自理困境，需亲属照料及提供经济支持。律师调解中，应针对案件具体情况，对当事人进行必要心理疏导，注意把握调解节奏，建立信任基础。

律师处理扶养纠纷调解案件时，应把握如下要点：

（一）心理疏导与信任建立，通过有效的心理疏导，帮助当事人克服情绪障碍，建立起稳固的信任基础。

（二）提前调查，充分了解纠纷的关键点，制定最适宜的人力、物力支持计划，并确保该调解方案及方向可以得到当事人认可。

（三）在调解过程中，综合考虑情感和法律因素，引导当事人深入反思自己的立场，通过协商解决问题。

（四）加强抚养人各方的互相理解，通过细致的调解，促进彼此的理解与信任。正视存在的矛盾，并鼓励当事人通过协商寻求纠纷解决的途径。

第六节 赡养纠纷

第四十条　概念

赡养纠纷，主要是指成年子女与其父母之间因赡养问题而产生的民事纠纷。根据《民法典》第一千零七十四条第二款规定，有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或者子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。因此，在特定情形下，也会发生孙子女、外孙子女与祖父母、外祖父母之间的赡养纠纷。

在最高人民法院《民事案件案由规定》中，赡养纠纷包括了赡养费纠纷和变更赡养关系纠纷。

第四十一条　主要特点

（一）双方当事人之间是父母子女血缘关系，且子女方往往人数较多，导致子女方内部观点不一，形成共识不易，达成协议较难。

（二）双方争议的内容表面来看是赡养问题，究其本质，往往牵扯到诸多家庭纠纷，且时间跨度较大。例如，早年父母的财产处分、家庭动迁利益的分配、先去世的父或母的遗产继承等，还会涉及到家庭成员之间的亲情等复杂因素，不易调处。

（三）标的金额较小，集中于 10 万元以下。随着《老年人权益保障法》的实施，父母方的请求更加多元化，除了金钱给付，还包括赡养行为的履行。例如，要求子女对自己的日常生活进行照顾料理，要求子女每月探望须达到一定次数，有些父母对每次探望的时长亦有明确要求。

（四）父母方往往因年龄大，理解力受限，思维固化，或不能正常表达自身需求，增加了调解难度。

第四十二条　审查要点

（一）审查父母方是否具备民事行为能力，如无民事行为能力或者限制民事行为能力，应通知其法定监护人代为进行调解；如尚未指定监护人，应告知父母方，待指定法定监护人后，再进行赡养纠纷的调解。

（二）查明双方的亲子关系，重点查明生育子女的人数、在世子女的情况等。所有在世的子女均应参与到赡养纠纷的调解过程中。

（三）查明父母方的居住现状以及历史居住情况，确保父母享有稳定的居所。

（四）查明父母与各子女的关系，是否签订过赡养协议、家庭协议等，有利于通过化解矛盾，达成协议。

（五）查明各方的收入情况，包括父母财产的保管情况、日常开支情况等，从而有利于进行调处。

（六）查明其他情况，如父母订立遗嘱的情况，对各子女赠与财产的情况等，有利于从情感出发，就双方的争议进行调处。

第四十三条　调解要点

（一）控制场面。因参与调解的当事人较多，为保证调解工作的顺利开展，　调解员应提前说明发言规则，要求各当事人在听取其他当事人发言时，应保持安静，克制情绪，未经允许不得打断他人的发言，以避免场面失控。在调解中，调解员应保持立场的中立，避免情感代入，应综合运用倾听技巧和心理技巧，与当事人双方建立信任，加强对调解过程的把控。

（二）加强引导。调解员可以从亲情入手，唤起子女对父母生养恩情的感激；　也可以从道德入

手，用传统美德教育子女敬老爱老；最后从法律入手，解释相关法律规定的内容，说明不履行赡养义务，可能产生的法律责任。

（三）耐心用心。调解员应耐心倾听各方当事人的陈述，细心揣摩各方当事人的真实想法，找出赡养纠纷背后的真实症结，从而对症下药，可以采取换位思考法、亲情融化法，形成同理共情，促成各方当事人打开心结，达成协议。

第五章 调解文书的制作和司法确认

第四十四条 律师调解员收到当事人申请或者调解机构、当事人的选（指）定，主持或参与婚姻家事案件调解活动前，需要把调解机构调解规则、委托调解规则在约定期限内向你方及时送达或告知，同时让当事人通过书面方式确认同意律师调解员进行调解。

第四十五条 经当事人申请或者调解机构、当事人的选（指）定，律师接受调解后需要制作案件受理登记表，对当事人身份信息、案件纠纷类型、案件来源、案情简介做好登记工作。

第四十六条 律师调解员主持或参与婚姻家事案件纠纷调解活动，应当制作调解笔录。律师调解员制作的调解笔录，可以参照如下标准与内容：

首部：

（1）调解笔录字样的标题，如多次组织开展调解庭，应当予以分别注明；

（2）调解纠纷编号；

（3）调解日期及调解地点；

（4）调解员的身份信息及记录人员的身份信息；

（5）当事人身份信息，当事人为自然人的，应载明姓名、出生年月、身份证号码、住址、联系方式、委托代理人信息等。

正文：

（1）一方当事人的诉求；

（2）案情简述，可以根据纠纷具体情况及当事人要求简要记录纠纷情况；

（3）另一方当事人的答辩意见；

（4）如各方在调解过程中对证据进行质证的，就各方的质证意见予以记录；

（5）根据具体纠纷，如实记录调解情况和调解过程，对涉及个人隐私、商业秘密等信息或应各方当事人要求不记录的，可以在调解笔录中省略；

（6）各方达成调解方案的，就调解方案予以记录。

尾部：

调解员、各方当事人应在调解笔录制作后确认签字并签署日期。

第四十七条 经律师调解员调解的婚姻家事案件，律师调解员可以根据案件需要进行调查、回访等活动，参与调查、回访等活动的，应当制作调查笔录、回访笔录。

第四十八条 经律师调解员调解的婚姻家事案件，各方当事人达成一致的，律师调解员应及时告知各方当事人，其有权要求律师调解员出具书面调解协议。各方当事人要求律师调解员出具书面调解协议的，律师调解员应当制作调解协议。

律师调解员制作的调解协议，可以参照如下标准与内容：

（1）调解协议字样的标题；

（2）调解纠纷编号；

（3）当事人的身份信息；

（4）纠纷的主要事实、争议事项；

（5）当事人达成调解协议的内容、履行方式、期限；

（6）当事人应在调解协议尾部签字，当事人为公司的，应当加盖公司印章或由公司正式授权人员签字，并且载明日期；

（7）调解协议自各方当事人签字或盖章或按捺手印之日起生效；

（8）调解协议即时履行完毕的，应予以注明。

当事人请求调解的事项及最终确认的调解方案内容应予以明确，调解协议主文的内容不能损害国家利益、公共利益及第三人利益。

第四十九条 经律师调解员出具书面调解协议的，律师调解员应告知各方当事人就调解协议向有管辖权的人民法院申请司法确认或支付令的方法。

第五十条 律师调解员主持或参与婚姻家事案件纠纷调解活动，可以制作调解工作备忘录等工作文件，内容可以包含：

（1）收案时间；

（2）调解材料的送达情况；

（3）调解活动的组织时间及次数；

（4）是否达成调解；

（5）结案时间；

（6）律师调解员认为有必要记录的其他工作情况。

第六章 附则

第五十一条 本指引由上海市律师协会调解专业委员会起草，并非强制性或规范性规定，仅供律师在实际业务中参考。

第五十二条 相关法规或政策

（一）有关调解工作的法律政策

（1）中央政法委、最高人民法院、司法部、民政部、财政部、人力资源和社会保障部《关于加强人民调解员队伍建设的意见》（2018 年）

（2）全国妇联、中央综治办、最高人民法院、公安部、民政部、司法部《关于做好婚姻家庭纠纷预防化解工作的意见》（2017 年）

（3）最高人民法院、司法部《关于开展律师调解试点工作的意见》（2017 年）

（4）司法部《关于进一步加强行业性、专业性人民调解工作的意见》（2014 年）

（5）最高人民法院《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》（2011 年）

（6）《中华人民共和国人民调解法》（2010）

（二）有关婚姻家庭的法律法规

（1）《中华人民共和国民法典》（2021 年）

（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）（2021 年）

（3）中华人民共和国反家庭暴力法（2015 年）

（4）中华人民共和国未成年人保护法（2020 修订）

（5）中华人民共和国妇女权益保障法（2022 修订）

（6）民政部关于贯彻落实《中华人民共和国民法典》中有关婚姻登记规定的通知（2021）

（7）最高人民法院关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见（试行）

策 划：

孙彬彬 上海律协调解专业委员会
北京市中伦（上海）律师事务所

执 笔：

周丹妮 上海律协调解专业委员会
上海申浩律师事务所

范嬛菁 上海律协调解专业委员会
上海汉盛律师事务所

金玉珍 上海律协调解专业委员会
上海明识律师事务所

廖述兰 上海律协调解专业委员会
上海瀛泰律师事务所

任芬芳 上海律协调解专业委员会
上海华夏汇鸿律师事务所

阮芳俊 上海律协调解专业委员会
上海博和汉商律师事务所

翟孝娅 上海律协调解专业委员会
上海段和段律师事务所

关于婚姻家事法律咨询的律师实务操作指引 | 附件：离婚法律咨询接待问题清单

2024-03-31 律媒智库 关注法治☞
https://mp.weixin.qq.com/s/K7Q1zTiuL9k--GA9OdPUSg

四川省律师协会关于婚姻家事法律咨询的律师实务操作指引

第一章 总 则

第一条 制定目的

为了深入贯彻习近平法治思想，全面落实党中央关于推进“诉源治理”和“多元化纠纷解决机制”的战略部署，推动四川省婚姻家事法律咨询工作的专业化发展、规范四川省律师婚姻家事法律咨询服务执业行为，为四川省律师从事婚姻家事法律咨询服务提供指导意见，根据《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国律师法》《中华人民共和国妇女权益保障法》《中华人民共和国未成年人保护法》等法律法规，结合四川省各地区婚姻家事法律咨询工作实际，制定本指引。

第二条 指导思想

律师在接待婚姻家事法律咨询过程中，应当以构建和谐家庭及和谐社会为指导思想，立足源头疏导和实质化解，充分发挥律师的积极作用，运用法治思维和法治方式，预防化解各类婚姻家事纠纷，不断提升专业服务水平。

第三条 行为规范

律师接待婚姻家事法律咨询首先要遵守《中华人民共和国律师法》（以下简称《律师法》）《律师职业道德和执业纪律规范》《律师办理民事诉讼案件规范》等规范性法律文件，在此前提下结合婚姻家事法律业务的专业特点参考本操作指引。

第四条 业务特点

婚姻家事法律咨询涉及当事人及其家庭成员的情感因素较多，因此律师在接待咨询时，需要特别注意当事人心理状态和情绪的变化，冷静处理各类婚姻家事纠纷，综合运用法学专业技能以及其他社会学知识，妥善办理相关业务。

第五条 工作原则

（一）律师在接待婚姻家事法律咨询过程中，应当坚持以维护当事人权利、解决纠纷、化解矛盾为出发点，实事求是，勤勉尽责，恪守律师职业道德和执业纪律。

（二）律师接待婚姻家事法律咨询，应严格保守当事人及其家庭成员的秘密，保护隐私。

（三）律师在接待婚姻家事法律咨询过程中，应结合婚姻家事案件的特点，注意当事人心理和情绪的变化，将心理疏导与法律咨询相结合，协助当事人理性处理纠纷，防止矛盾激化。

（四）律师在接待婚姻家事法律咨询过程中，应结合当事人的需求，向其阐明诉讼与非诉讼方式解决问题的程序及差异，使其充分了解不同方式并选择对自己更有利的处理方式，尽可能地引导当事人理性解决问题。

（五）律师在接待婚姻家事法律咨询过程中，应特别注意保护妇女、未成年人、老人和残疾人的合法权益。

第二章 咨询内容

第六条 适用范围

本指引所称婚姻家事法律咨询，包括但不限于：婚约财产纠纷、婚内夫妻财产分割纠纷、离婚纠纷、离婚后财产纠纷、离婚后损害责任纠纷、婚姻无效纠纷、撤销婚姻纠纷、夫妻财产约定纠纷、同居关系纠纷、亲子关系纠纷、抚养纠纷、扶养纠纷、赡养纠纷、收养关系纠纷、监护权纠纷、探望权纠纷、分家析产纠纷、法定继承纠纷、遗嘱继承纠纷、被继承人债务清偿纠纷、遗赠纠纷、遗赠扶养协议纠纷、遗产管理纠纷，其他与家庭成员有关的婚姻家事纠纷，以及家族财富管理等婚姻家事新型业务。

第三章 咨询过程

第七条 咨询方式

律师接待婚姻家事法律咨询一般情况宜面谈，若当事人因交通或其他原因不便面谈，可以采用电话、视频等方式进行。

第八条 收费告知

律师应当在咨询开始前告知当事人咨询费的收费标准，在确认当事人接受并愿意付费后开展咨询工作。

第九条 咨询预约

律师在与当事人达成咨询合意后，应当就咨询时间、咨询方式、咨询地点等进行协商，并可以采用定金或订金的方式预约。

律师在与当事人预约咨询时，律师或律师助理应概括了解当事人基本情况及咨询内容，并告知其咨询时需要携带的相关材料。

第十条 接待环境

律师接待咨询宜在整洁、安静且具有一定私密性的场所进行，首选在律师事务所开展咨询。

第十一条 接待方式

律师接待咨询时宜着正装或职业装，举止得体、语言严谨，时刻保持良好的沟通氛围。

第十二条 接待礼仪

律师在接待咨询时，不宜接听电话、查看手机以及处理与咨询无关的事项。若确有紧急电话或者其他事项需要处理，应征求当事人的意见。

第十三条 执业纪律

律师在接待咨询时，不得采用明示或者暗示方式就办理结果向当事人进行不当承诺或保证，不得采用明示或者暗示与办案机关、政府部门及其工作人员或任何相关单位有特殊关系等不正当方式获取当事人的信任。

对于当事人不合理、不合法的诉求和委托意向，律师应予拒绝并做好说明和引导工作。

第十四条 自我介绍

与当事人会面后，律师应当主动向当事人进行自我介绍，并征求当事人意见，确认其是否接受律师助理参与咨询，同时向当事人说明律师及其助理的保密义务。

第十五条 风险告知

律师应当提醒当事人如实、全面陈述事实并提供完整且真实的材料，应当告知当事人，律师仅在当事人陈述的事实和提供的材料的基础上提供咨询意见，同时告知当事人陈述不实或不全面的后果。

第十六条 咨询记录

律师接待咨询，应当记录咨询开始和结束的时间，当事人付费咨询时，律师应明确告知当事人计费起点并记录在案。

律师在接待咨询过程中应当制作咨询记录或接待笔录，由当事人签字确认；征求当事人同意后，可以留下当事人咨询时提供的材料的复印件。

第十七条 倾听和疏导

律师应当充分倾听当事人对案件的介绍，并且明确其诉求，根据其介绍和诉求给予相应的法律专业解答。如果当事人情绪激动，应及时给予当事人一定的心理疏导。

第十八条 咨询内容

律师接待咨询应当注意总结当事人陈述的事实并向当事人确认，聚焦当事人寻求律师帮助的主要目的和亟待解决的问题。除回复当事人直接咨询的问题外，律师还可以从以下三个方面主动提供咨询：

（一）以当事人告知的信息为基础，为其分析咨询问题进入诉讼可能产生的法律后果。

（二）结合实践经验，分析法律理论与实际操作可能存在的差异，可能遇到的困难及解决方式，并建议当事人保持客观理性。

（三）告知当事人解决问题可能存在的途径以及各种途径优劣之处、当事人需做的准备工作、在解决问题过程中可能会经历的阶段，以及潜在的时间成本和经济成本等各种成本。

第十九条 人身安全

律师接待正处于激烈矛盾冲突中的当事人咨询时，应从引导当事人积极妥善解决问题的角度出发，对当事人目前的纠纷情况作出理性分析和建议；对于过于冲动的当事人，应善意提醒其理性处理问题，以确保各方的人身安全。

第二十条 解决方案

律师接待咨询，不能仅将回复问题作为咨询工作的完成标志，必要时还应结合当事人咨询的目的和需要解决的根本问题，进行综合考量，根据当事人的需求为其制定解决问题的方案和具体计划。

第二十一条 主导作用

律师在接待咨询时，要善于把握咨询节奏、控制咨询时间、引领咨询思路，在咨询过程中发挥主导作用。

第二十二条 咨询收费

咨询应当收费。付费咨询结束后，律师应当与当事人共同确认咨询起止时间和咨询费金额。

律师应安排工作人员协助当事人向律师事务所支付咨询费并出具发票；当事人以现金方式向律师支付咨询费的，律师应及时向律师事务所交纳。

第二十三条 咨询评价

在咨询结束后，律师可以请当事人对其提供的咨询服务进行评价、打分或提出建议，便于提升律师的咨询服务水平。

第二十四条 咨询报告

律师或当事人认为必要时，律师可对咨询内容进行全面分析和整理，制作书面的律师咨询建议或报告并提供给当事人，供其参考。

第二十五条 咨询档案

咨询接待结束后，律师应当整理咨询记录或接待笔录，并保存相关材料，进行归档。

第二十六条 咨询保密

律师接待当事人的咨询记录或接待笔录应当保密，非经当事人同意或符合相关法律规定，不得外泄。

第二十七条 咨询回访

律师可在咨询结束后回访当事人，了解当事人所咨询问题的解决情况，让当事人感受到律师对其案件的重视程度。

第四章 附 则

第二十八条 指引性质

本指引并非强制性规范，仅供四川省律师在执业过程中参考借鉴。

第二十九条 附件清单

由于婚姻家事涉及的法律纠纷类型较多，四川省各地区律师业务水平发展不均衡，本指引整理了律师在接待不同类型的婚姻家事法律咨询时需要关注的问题，以附件清单的方式陆续推送，供四川省各地区同行参考借鉴。

第三十条 解释权属

本指引由四川省律师协会妇女和未成年人权益保护专业委员会负责解释。

附件

离婚法律咨询接待问题清单

序号	问题种类	具体问题参考
1	婚姻基础方面	婚姻基础，是指男女双方相识方式、恋爱情况，婚姻关系缔结的时间、地点，双方婚育史等综合情况。核心问题在于婚姻基础是否稳固。
2	夫妻感情方面	1. 婚后夫妻感情发展状况。即夫妻双方在婚后共同生活期间的感情状况或实际表现，相处是否融洽，家庭关系是否和谐，包括婆媳关系、夫妻生活是否和谐；夫妻之间能否相互体谅、理解。 2. 夫妻矛盾产生过程、感情破裂的原因。 （1）感情破裂的直接原因，包括影响夫妻感情变化的因素或事件。 （2）感情破裂的间接原因，包括经济、工作、家庭关系是否和谐等外界介入因素等。 3. 婚姻关系存续期间是否存在人民法院应当准予离婚的情形： （1）重婚或者与他人同居； （2）实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员； （3）有赌博吸毒等恶习屡教不改； （4）因感情不和分居满二年； （5）经人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼的； （6）夫妻一方被宣告失踪等其他导致夫妻感情破裂的情形。 4. 双方是否分居，如存在，建议了解以下问题： （1）分居的原因（因工作原因、学习原因或感情不和）；

		（2）分居的时长； （3）分居后是否夫妻间不再共同生活； （4）分居后是否夫妻间不再互相履行夫妻义务，包括停止性生活，经济上不再合作，生活上不再互相关心、互相扶助等。 5. 是否已经经过双方自行协商离婚、诉前调解、提起诉讼；协商、调解、诉讼的情况、结果；以及双方对此持有的态度。 6. 目前双方婚姻生活状况。在感情破裂至提出离婚前的一段时间、离婚阶段、被法院判决不准离婚后等各个时间段的夫妻关系的实际情况和状态，考虑双方有无和好愿望和可能性；对方对离婚的态度和意愿。
3	子女抚养方面	1. 子女人数、年龄、性别、照顾抚养历史、身体健康情况、生活现状、接受教育情况、兴趣爱好及培养情况、保险保障等概况。 2. 不满两周岁的未成年子女，是否存在以下情形： （1）父亲要求直接抚养； （2）母亲患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，子女不宜与其共同生活的； （3）母亲有抚养条件不尽抚养义务，而父亲要求子女随其生活的； （4）其他原因，子女确不宜随母亲生活的； （5）父母双方协议子女由父亲直接抚养，并对子女健康成长无不利影响的。 3. 已满两周岁的未成年子女，是否存在以下情形： （1）父母均要求直接抚养； （2）子女跟随一方生活对子女成长有利，而另一方患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，或者有其他不利于子女身心健康的情形，不宜与子女共同生活的； （3）父母一方已做绝育手术或因其他原因丧失生育能力的； （4）子女随某一方生活时间较长，改变生活环境对子女健康成长明显不利的； （5）一方无其他子女，而另一方有其他子女的；

		（6）子女单独随祖父母或者外祖父母共同生活多年，且祖父母或者外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或者外孙子女的； （7）在有利于保护子女利益的前提下，父母双方协议轮流直接抚养子女的。 4. 子女已满八周岁的，子女对于由父亲或者母亲直接抚养的真实意愿如何？ 5. 关于抚养费的承担与数额的以下情况： （1）父母双方是否已经商定抚养费标准和支付方式； （2）子女对于抚养费的实际需要、父母双方的负担能力和当地生活水平； （3）与抚养费标准和支付方式相关的其他事项。 6. 关于子女探望的以下情况： （1）父母双方是否已经就离婚后的子女探望事项进行商议并达成一致意见； （2）直接抚养子女方是否存在阻扰未直接抚养子女方探望子女的可能性； （3）已满 8 周岁子女对父母离婚后探望时间方式的意见。
4	财产债务方面	1. 特别约定。是否有相关财产的书面约定，比如婚前财产约定、夫妻财产约定、代持协议等。 2. 不动产情况： （1）权利性质与用途，如住宅、车位、商铺、商品房、房改房、经济适用房、廉租房等； （2）购置时间、地点、位置（坐落）； （3）购置时的价格和现值； （4）购置款项来源及支付方式，特别关注是否存在婚前或婚后父母出资的情况以及一方变卖婚前房产用于购置等情况； （5）贷款信息，如首付金额及支付情况、贷款金额、主贷人、还贷情况、截至目前的贷款本息余额； （6）权属状况，包括不动产登记簿记载的产权人信息、共有情况、是否取得不动产权证书等；

		（7）权利瑕疵，如是否设立居住权、抵押担保，是否被查封或采取其他限制措施，是否存在异议登记，是否涉及债权债务纠纷等情况； （8）交付及使用情况，如是否接房、目前实际居住（使用）情况、自住还是出租、出租有无租金； （9）登记在该不动产地址的户口情况； （10）装修及出资情况； （11）其他相关情况。 3. 车辆： （1）车辆品牌、款式、牌照号； （2）购买时间、购买金额、付款方式、有无贷款以及还贷情况； （3）车辆登记所有权人、实际所有权人及使用情况； （4）车辆市值； （5）有无车辆抵押、被采取查封等限制措施及与车辆有关的债权债务纠纷； （6）车辆有无未处理的违法违章事实 （7）车辆代持及其他相关情况。 4. 银行存款： （1）双方名下银行账户、存款数额、资金来源等情况； （2）是否保存对方的存取款交易凭证或知悉对方的开户行、账号等信息； （3）双方银行账户的交易记录； （4）婚姻关系存续期间有无转移资金的情况； （5）各账户的控制使用情况； （6）是否存在以第三人名义开户存有夫妻存款，以及夫妻名下账户是否存有第三人资金的情况； （7）支付宝、微信账户资金余额、使用情况参照银行存款清单。 5. 股票： （1）双方名下的股票账户、股东代码及开户证券公司； （2）股票资金账号及开户银行； （3）股票账户内的股票名称、数量及当前市值；

		（4）购买股票的资金来源，资金账户近期变动及当前余额； （5）是否存在由夫妻出资以第三人名义持有股票，以及夫妻名下股票账户代第三人持有股票等情况； （6）基金、债券、投资基金份额及其他理财产品问题清单参照股票问题清单。 6. 股权等投资权益情况。离婚纠纷中主要涉及股份有限公司的股份、有限责任公司的股权或出资额、合伙企业的出资或财产份额、个人独资企业的共同财产等权益分割，为便于表述以下统称“公司”和“股权”，具体询问时请注意区分。 （1）公司的名称及营业地址； （2）公司注册的时间、注册地址、注册资本、注册后变更登记情况； （3）公司出资人的人数、姓名、出资方式、出资比例、资本认缴与实缴情况； （4）公司登记的出资人情况与实际出资人情况是否一致，如不一致，具体原因及相关协议约定情况； （5）公司财务情况，如会计报表所有者权益、公司净资产状况等； （6）公司目前的经营状况及未来市场前景； （7）持有股权的一方是否存在转让股权的情况； （8）双方对公司股权投资权益分割的态度； （9）公司章程、股东协议等对股权转让的规定； （10）公司股权是否存在质押、冻结等情况； （11）当事人股权的出资来源、夫妻双方股东资格情况及参与公司经营管理、在公司任职或工作情况； （12）是否存在夫妻出资并以第三人名义持有公司股权及投资权益，以及夫妻名下代第三人持有股权及投资权益等情况； （13）公司股权相关的其他情况。 7. 双方收入： （1）工作单位、职务情况； （2）基本工资收入、奖金收入（包括提成、绩效、月末、季度、年终）数额、结构、发放方式； （3）工资奖金之外其他收入及福利待遇情况；

		（4）收入相关的银行账户具体信息； （5）双方收入的持有、使用和保管情况； （6）收入详情及互相知晓程度。 8. 贵重家具电器情况，包括购买金额、品牌、数量、出资来源、付款凭据、现值等情况。 9. 双方持有贵重金属、收藏品及其他较大价值动产的情况，是否有通过继承或接受赠与等方式持有具有特殊意义的物品，以及是否有被转移的风险。 10. 债权情况： （1）债权金额、产生基础、偿还期限、凭证； （2）债权是否系债务人夫妻共同举债； （3）债权担保情况； （4）债权归还及未来偿还预期。 11. 债务情况： （1）债务产生的基础及合法性； （2）债务发生的时间、金额、偿还期限、凭证； （3）单方举债或夫妻双方共同举债，是否存在夫妻双方对债务有相关约定以及是否存在夫妻共同签字或一方举债后另一方追认等情况； （4）举债用途，特别留意是否用于夫妻共同生活、共同生产经营； （5）债务担保情况； （6）债务归还及未来清偿计划； （7）债权人是否已经采取措施要求归还等。 12. 其他财产权益。是否有虚拟财产、商业保险、信托受益、社会养老保险、住房补贴、住房公积金、其他未来确定应获得的收益等财产权益或其他财产。 13. 是否有隐匿、转移共同财产等情况。
5	目前对于婚姻的态度和期望方面	1. 双方是否正式谈及或协商离婚； 2. 双方对离婚的态度； 3. 对子女抚养； 4. 对财产以及债务处理等事项的意见 尤其是双方对上述事项的分歧点。
6	离婚案件的程序性情况	1. 协议离婚： （1）双方共同到一方常住户口所在地的婚姻登记机关申请离婚登记，一般需要携带双方本人有效的居民身份

		证和户口簿，因故不能提交身份证的可以出具有效的临时身份证、结婚证、离婚协议书（离婚协议应当载明双方自愿离婚的意思表示和对子女抚养、财产以及债务处理等事项协商一致的意见）、提交 2 张 2 寸单人近期半身免冠照片及其他婚姻登记机关确定所需材料。 （2）在婚姻登记机关现场填写《离婚登记声明书》；婚姻登记机关对当事人提交的证件和证明材料初审无误后，发给《离婚登记申请受理回执单》。 （3）婚姻登记机关办理离婚登记，并需双方等待离婚冷静期三十日（自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日的次日开始计算期间，期间的最后一日是法定休假日的，以法定休假日结束的次日为期间的最后一日），在此期间，任何一方不愿意离婚的，可以向受理离婚登记申请的婚姻登记机关撤回离婚登记申请。 （4）离婚冷静期届满后三十日内（自冷静期届满日的次日开始计算期间，期间的最后一日是法定休假日的，以法定休假日结束的次日为期间的最后一日），双方应当共同到婚姻登记机关申请发给离婚证；逾期未申请的，视为撤回离婚登记申请。 2. 诉讼离婚： （1）根据民诉法及其相关法律规定，确定管辖地点。一般由被告住所地人民法院管辖，被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。若夫妻一方离开住所地超过一年，另一方起诉离婚的案件，可以由原告住所地人民法院管辖；若一方不在中华人民共和国领域内居住、一方下落不明或者宣告失踪、一方被采取强制性教育措施、一方被监禁，另一方起诉离婚的，由原告住所地人民法院管辖，原告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖；若中国公民双方在国外但未定居，一方起诉离婚的，应由原告或被告原住所地人民法院管辖； （2）离婚案件，应当进行调解，准予离婚一般应符合两个条件：一是感情确已破裂；二是人民法院经调解无效。 第一种特殊情形：经调解无效应准予离婚：一是重婚或者与他人同居；二是实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭

		成员；三是有赌博、吸毒等恶习屡教不改；四是因感情不和分居满二年；五是其他导致夫妻感情破裂的情形。 第二种特殊情况：一是一方被宣告失踪，另一方提起离婚诉讼的；二是经人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼的；三是夫妻双方因是否生育发生纠纷，致使感情确已破裂，一方请求离婚。 （3）婚姻关系的解除：完成离婚登记，或者离婚判决书、调解书生效，即解除婚姻关系。 （4）特殊情形的离婚：例如现役军人的配偶要求离婚；女方怀孕、分娩或者终止妊娠时男方提出离婚的限制情形等。 （5）离婚后子女抚养、财产债务处理、离婚经济补偿、离婚经济帮助、离婚损害赔偿等。

（本指引由四川省律师协会妇女和未成年人权益保护专业委员会起草。唐应欣、胡小敏、周琪琪、龚霞、唐德云、严明春、李红燕、赵明月、袁月、苏银花、赖俊臣、罗岚、罗烨希、金琴、王倩、苟占芳、李航、唐梦雪、衡怡、宋雯婷、蔡开剑）

对《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（二）（征求意见稿）》的初步阅读理解

原创：2024-04-08　家族律评　贾明军

https://mp.weixin.qq.com/s/gZMlR6zNMTgogDDYjhJ6xA

作者：贾明军律师

2024 年 4 月 7 日，最高人民法院公布了关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释（二）（征求意见稿）（以下简称“婚家司法解释（二）征稿”）。结合自己的办案实践，谈几点不成熟的理解体会。

1 关于当事人主张“假离婚”的处理

婚家司法解释(二)征稿第二条第一款规定，“夫妻登记离婚后，一方以双方意思表示虚假为由请求确认离婚无效的，人民法院不予支持。一方有证据证明双方意思表示虚假，请求确认离婚协议中有关财产及债务处理条款无效，并主张重新分割夫妻共同财产的，人民法院应依法予以支持。”

我的理解：

（1）人身关系，不因是否“假离婚”而改变，离掉了就是离掉了，恢复不得。

（2）财产关系，要结合案件的具体情况，至少主张“假离婚”财产应重新分割的一方，要有证据证明财产分割“意思表示虚假”。我理解，仅证明“假离婚”时并未就财产分割达成真实意思表示是不够的，也要证明“双方意思表示虚假”。那么“双方意思”体现形式是什么呢？可能分两类，其一，是民政局备案的离婚协议书；其

二，民政局备案之外的其他之前，或者之后的离婚协议。而对于当事人共同在人民法院调解得到的离婚调解书不在本条规制范围之内。本条适用范围，是“夫妻登记离婚”后，即民政办理协议离婚后。

而对于“双方意思表示”的体现，核心可能是民政局备案的“离婚协议书”，又可分成两种形式：

其一，简单表述模式。即规定“双方各自名下财产归各自所有”，或者“财产分割已完毕，双方对此无异议”等简述模式。

其二，有具体内容模式。比如，一般约定诸如公司股权、房产等的具体分割方式，此内容也可能只是为“假离婚”满足登记部门形式审查的凑数条款；也可能是离婚一方有意，而在另一方认为“虚假”的基础上故意为之。虽然征稿规定要证明“双方意思表示虚假”，但我理解，如果一方内心真实，而另一方有证据证明是虚假意思表示，整体形成“合意”亦为虚假，应亦为无效。此条在实践中，要注意与婚家司法解释（一）第七十条的“可撤销”区别，该条适用范围是真实签署，但是受“欺诈”或“胁迫”所致。

如何证明“意思表示虚假”，可能要结合有证据表明的“假离婚”的原因（比如“曲线买房”）、原因对应的资金往来、双方的聊天、邮件等及时记录、“假离婚”前后的共同生活、子女养育、周围亲友知悉与否等证据，综合因素判定。

2 关于离婚协议涉及其他债权人权益的处理

婚家司法解释（二）征稿第二条第二款规定，“夫妻一方的债权人有证据证明离婚协议中有关财产及债务处理条款存在民法典第五百三十八条、第五百三十九条规定情形，请求撤销相关条款的，人民法院应依法予以支持。”

我的理解：

《民法典》第五百三十八条规定：“债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者恶意延长其到期债权的履行期限，影响债权人的债权实现的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。”夫妻之间的财产分割，不是放弃“债权”，可能是“无偿转让财产”，就涉及有债务的夫妻一方，在签署离婚协议时，是否可以少分，甚至不分？

笔者认为，如果有明显不能偿还的较大债务，“不分”被撤销离婚协议的可能性较大；但少分（即没有按“五、五开”，而是按“三、七开”）是否就一定无效？这恐怕不能一言为之。判断离婚协议书中“少分”是否可被债权人撤销，可能还要结合离婚原因、少分一方是否有过错、是对目前共同财产的“少分”、还是对未来义务承担的加重、对债权人的偿债影响有没有其他担保人担保离婚协议中金钱给付义务等综合判定。

笔者目前手上一个案件，离婚时经营企业一方有较重担保条款，在离婚时给予子女、女方一定抚养或共同财产折价款且共同在人民法院达成离婚调解书后，在履行过程中，自称男方的“债权人”向法院提起了离婚协议书的撤销权之诉，在此案中，笔者认为，此案中，因离婚原因责任过错在男方，且男方履行有其他担保人担保（签署连带担保协议）、双方离婚系真实意思表示，本案不应属于债权人能“撤销”的范围。根据此条规定，不要求离婚夫妻双方有故意逃避债务给付的意思合谋，而只需要“债权人”单方“无偿转让财产”即可构成，可能会形成争议。

《民法典》第五百三十九条规定的“债务人以明显不合理的低价转让财产”的条文，是否可以适用离婚财产分割中的“财产分割”，因“财产分割”不是“低价转让财产”，因此，征稿（二）引用此条妥否，还需学习研究。

3 同居析产纠纷的处理

婚家司法解释（二）征稿第三条规定，“双方均无配偶的同居关系析产纠纷案件中，对同居

生活期间取得的财产，双方无协议约定且协商不成的，人民法院按以下情形分别处理：

（一）同居期间各自所得的工资、奖金、劳务报酬、知识产权收益，各自继承或者受赠的财产以及一方单独生产、经营、投资的收益等归各自所有；

（二）双方共同出资购置的财产或者共同生产、经营、投资的收益以及其他已经混同无法区分的财产，根据财产的具体情况，并综合考虑各自出资比例、贡献大小等事实，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则进行分割。

……

我的理解：

同居关系男、女双方自己名下的财产，一般分别各自所有；已经混同无法区分的财产，根据具体情况综合考虑分割。实践难点是，财产虽然登记在一方名下，但未登记者有证据证明，登记方名下的财产取得，也有自己的出资贡献，是否可以按第（二）项酌情处理呢？

现实办理的两个案例：

案例 1，男、女双方同居期间开网店，女方负责上镜直播出售，男方负责背后打理日常。男方虽然没有出资，但付出时间精力、参与经营，营收款全部进女方账户。现双方当事人意见分歧。女方认为，上述经营款虽同居期间获得，但在自己账户名下，即为自己个人所有；男方认为，上述经营款，是同居期间自己参与经营获得，双方当时虽然没有签署合伙人的经营协议，但是情侣关系，且同居，更且之后结婚，因此，属“双方共同经营”的收益。

对此争议，目前法院没有判决，笔者倾向适用（二）的思路酌情分割。

案例 2，男、女双方同居期间（2001 年以后长期以夫妻名义生活、但没有结婚登记），男方缴资入股公司，女方主张自己平时生活收入也投入“家庭”共同生活、养育子女，且公司有两年分红，直接打入女方账户。因此，男方名下公司股权属于“已经混同无法区分”的财产。对此争议，一审判决适用（一），但二审认为事实不清，发回重审，目前现审未出裁决。笔者倾向适用（一）的思路。

4 关于婚姻赠与房屋的处理

婚家司法解释（二）征稿第四条规定，“婚前或者婚姻关系存续期间，一方将其所有的房屋变更登记至对方名下或者双方名下，离婚诉讼中，该方请求对方返还的，人民法院应当根据当事人请求，结合赠与房产目的，综合考虑婚姻关系存续时间、离婚过错、双方经济情况等事实，判决该房屋归一方所有，并参考房屋市场价格由获得房屋一方对另一方予以适当补偿，但双方有特别约定的除外。

前款规定情形下，赠与人有证据证明受赠人存在欺诈、胁迫或者民法典第六百六十三条规定等情形，请求撤销该约定的，人民法院应依法予以支持。”

我的理解：

既然本条适用范围是“婚前或者婚姻关系存续期间”，就把婚前赠与、与婚后赠与适用同样的标准。司法实践中，“婚前赠与是赠与关系（适用合同编）而不是婚约关系（适用婚姻篇）的个案观点，由此可见值得商榷。

本条实质是解决一方个人房产在婚前、或者婚后房产加名另一方后，离婚时如何析产的规定。有某地高院曾在分家析产纠纷中，指导恋爱期间一方全款出资共同名义购房，产权登记在双方名下的，未出资一方可酌情分得 10%-30%，这是属于婚前一方出资、登记在双方名下的处理规则；本条所指的是产权原系登记在一方名下、但婚前或婚后变更登记到另一方、或者双方名下。对此，本条规定参考赠与房产目的（是否以结婚登记为给付条件）、婚姻关系存续时间（婚姻时间越长对加名者越有利）、过错（不利于过错方）、双方经济状况（平衡双方离婚后的生活条件），由初始房产

人给付另一方钱款。征稿（二）生效后，可以再收集适用的案例，进一步分析上述四要素（赠与目的、婚姻存续时间、过错因素、双方经济状况）对“酌情”给付的影响。

另外，如果一方婚前、婚后将自己的房产变更登记到另一方名下，根据此条，离婚时，“判决该房屋归一方所有（产权再变回给赠与方）”，似有不妥？如果此理解，则不存在婚前一方赠与给付另一方房产完全不可反悔的情景，似乎有些绝对。

5 关于婚内夫妻一方网络打赏的规定

婚家司法解释（二）征稿第五条第三、四项规定，“夫妻一方通过网络直播平台实施打赏行为，有证据证明直播内容含有淫秽、色情等低俗信息引诱用户打赏，另一方主张该民事法律行为无效，请求网络直播平台返还已打赏款项的，人民法院应依法予以支持。

夫妻一方未经另一方同意，明显超出家庭一般消费水平打赏，严重损害夫妻共同财产利益，另一方以对方存在挥霍夫妻共同财产为由，请求在婚姻关系存续期间分割共同财产的，或者在离婚分割夫妻共同财产时对打赏一方少分或者不分的，人民法院应依法予以支持。”

我的理解：

上述三、四项区分两种情况：

（1）网络平台返还的情况，前提是夫妻一方（往往是男方）对含有淫秽、色情等低俗信息的直播打赏。返还不是在离婚案件中判决，而是在“民事法律行为无效”（合同无效）的案由中。

（2）婚内析产、或者离婚析产中要求酌情少分或者不分。即对于夫妻一方在其他情景下的打赏，不涉及合同无效的情景，按夫妻一方擅自处理共同财产、损害另一方财产权益的方式，从夫妻之间侵权的“过错”角度，在婚内析产、或者离婚析产中，对有过错一方少分甚至不分。至于是在“打赏”范围内酌情少分、不分，还是在共同财产全部范围内酌情处理，本条没有限制，要看未来的司法判例。

6 关于违反公序良俗的赠与

婚家司法解释（二）征稿第六条规定：“夫妻一方因重婚、与他人同居等违背公序良俗情形，将夫妻共同财产赠与或者以明显不合理低价转让他人，另一方主张合同无效请求返还的，人民法院应依法予以支持。”

我的理解：

（1）夫妻一方，将共同财产赠与他人不见得无效。比如，单方慈善捐赠。即使另一方有意见，也只能在婚内分财、或者离婚分割时主张一方的侵权过错，而不能向受赠与方主张权利。

（2）夫妻一方，将共同财产赠与因“重婚、同居”的他人，另一方可以向“他人”主张返还；但如果一方与“他人”并未形成重婚、同居的过错，但有证据证明有不正当男、女关系的过错，因“违背公序良俗”，故而也可以主张返还。

（3）夫妻一方，将共同财产赠与其他异性，不必然导致配偶另一方有权向其他异性要求返还，要看有没有证据证明该赠与有“违背公序良俗”情形。否则，只能在夫妻之间追究侵权过错责任。

7 父母在子女婚后为其购房出资的认定

婚家司法解释（二）征稿第七条规定：“婚姻关系存续期间，一方父母全额出资为夫妻购置房屋，没有约定或者约定不明的，离婚分割夫妻共同财产时，人民法院可以判决该房屋归出资人子女一方所有，并综合考虑共同生活及孕育情况、离婚过错、房屋价值等事实，由获得房屋一方对另一方予以适当补偿。

婚姻关系存续期间，双方父母出资或者一方父母部分出资为夫妻购置房屋，没有约定或者约定不明的，离婚分割夫妻共同财产时，双方均主张房屋所有权且一方不同意竞价取得的，人民法院可以根据出资来源及比例、共同生活及孕育情

况、离婚过错、房屋产权登记情况等事实，判决房屋归一方所有，并由获得房屋一方对另一方折价补偿。

我的理解：

原《婚姻法司法解释（三）》第七条第一款规定："婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。"

对比可见，两者区别在于，现在的征稿第七条措辞改为"为夫妻购置房屋"，不再是"为子女购买"。那么，如果一方父母全额出资，且产权登记在自己子女一方名下、但由自己子女与其配偶一起居住，算是"指定赠与"、还是"为夫妻购置"？是否可因产权登记在自己子女名下，可推定全款出资父母的真实意思表示为"为自己子女购买"，从而避免以后房产被另一方酌情分割呢？期待最高院进一步明确或有权威的案例阐明。不过，再次提示父母，如果出资为子女购房，用书面指定赠与协议，还是最优方式。

对于双方父母出资、以及一方父母部分出资（哪怕出资 99%），则仍适用酌情原则，考虑"出资来源及比例"、"孕育情况"、"过错"、"房产登记情况"酌情处理。注意，一方父母出资，产权登记在另一方名下的，依据此条，出资方仍可"得房给对方补偿"或"拿补偿不拿房"。

8 夫妻一方转让自己名下有限责任公司股权的效力

婚家司法解释（二）征稿第八条规定："夫妻一方转让登记在自己名下的有限责任公司股权，另一方以未经其同意侵犯夫妻共同财产权为由请求确认转让合同无效的，人民法院不予支持，但有证据证明转让人与受让人恶意串通损害另一方合法权益的除外。"

我的理解：

配偶单方转让公司股权以"转让有效"为一般原则，以"转让无效"为特殊情况的处理裁判规则。单方处理夫妻共同财产，不再可能是判决股权转让无效的理由，同《民法典》第一百五十四条的规定，只有"行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效"这一种情况。

（1）一方擅自单方处理夫妻共同股权，不能成为股权转让无效的支持依据。

一方恶意转让股权、但另一方善意（或不能证明恶意、串通）的股权转让，也不能被认定无效。股权转让有效，配偶另一方可据一方擅自恶意转移的过错，追究其少分、不分或者侵权责任。

（2）适用民诉法司法解释"排除合理怀疑"的规则。

只有证明转让方（配偶一方）与股权受让方恶意、且串通，或才能打赢配偶单方转让股权的案件，从民事诉讼规则来讲，适用最高院民诉法司法解释第 109 条的"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"的证明规则。

9 夫妻一方放弃继承的效力

婚家司法解释（二）征稿第十条规定："夫妻一方以对方可继承的财产为夫妻共同财产、放弃继承损害夫妻共同财产利益为由主张对方放弃继承无效的，人民法院不予支持，但有证据证明放弃继承导致放弃一方不能履行法定义务的除外。"

我的理解：

实践中，配偶一方放弃继承权后，再由其他法定继承人指定赠与自己的"可恶"做法，目前来看，仍属于道德谴责的范围。比如，丈夫放弃父亲的遗产，由母亲及其他法定继承人继承后，再受"指定"自己赠与，仍能属于自己的个人财产。

事实上，这种做法笔者遇到的也不是很多，如果丈夫放弃父亲的遗产后，其他继承人（特别是母亲之外的其他法定继承人及其配偶）是否能再签署指定赠与协议，把原部分遗产“指定”赠与自己，存在很大的变数，人性使然，这一点要在具体案例中评析。

另外再提示一点，司法实践中，父母一方去世后，配偶一方（如丈夫）放弃继承权，另一方（妻子）要注意放弃的到底是哪一部分。笔者曾接待过一位福建的女客户，丈夫放弃婆婆的继承权（有放弃公证），律师也没有办法；但在讲述案例时，发现早去世的公公名下的遗产早就分配析产了，对于公公遗产属于丈夫部分，妻子仍有权在离婚时向丈夫要求分割。

10 关于离婚纠纷过程中的“抢”孩子的处理

婚家司法解释（二）征稿第十一、十二条规定：“父母一方或者其近亲属等抢夺、藏匿未成年子女，另一方向人民法院申请人身安全保护令或者参照民法典第九百九十七条的规定申请采取责令行为人停止有关行为的措施的，人民法院应依法予以支持。

父母一方或者其近亲属等抢夺、藏匿未成年子女，另一方以履行监护职责产生的权利受到侵害为由，请求行为人承担停止侵害、排除妨碍、赔偿损失等民事责任的，人民法院应依法予以支持。”

我的理解：

在本次征稿中注意到了司法实践中的“抢孩子”难题，力求解决，我们拍手称快。有几点需要思考：

（1）因此条未规定适用的前提，是在“离婚期间”，故而，在婚内如果存在父母一方“抢/孩子”的情况，都可适用。

（2）如果出现“抢”、“藏”孩子的情况，另一方即可以通过“人身安全保护令”、依照《民法典》第 997 条（人格权行为禁令）处理，也可以提起监护侵权之诉。

（3）如果一方起诉离婚后，在离婚诉讼期间，另一方以“抢/藏”孩子为由，提起人身安全保护令、人格权行为侵权之诉、或者监护侵权之诉，是否可以？即是否可以同时形成离婚诉讼与其他侵权之诉并行的情景？（我理解离婚诉讼与人身保护令可并行）

（4）如果是由于夫妻一方、或者夫妻双方共同的原因，导致夫妻感情恶化，在矛盾激化时，孩子暂随父母一方生活、另一方是否可以引用此条提起相关诉讼或提出人身保护令？恐怕有待司法实践进一步明示方向。

11 处分未成年子女名下房产的效力

婚家司法解释（二）征稿第十四条规定：“父母以法定代理人身份处分用夫妻共同财产购买并登记在未成年子女名下的房产后，又以该处分行为损害未成年子女利益为由向合同相对人主张合同无效的，人民法院不予支持。”

我的理解：

父母处理登记在未成年子女名下的房产后，从合同关系角度，父母不能向购买人主张合同无效这一点可以理解，从未成年人的权益保护角度，如何维护孩子的权益（比如，孩子 18 岁后可否追索损失），可能仍需要关注。

12 离婚协议约定财产给予子女

婚家司法解释（二）征稿第十八条规定：“离婚协议约定将特定财产给予子女，离婚后，一方在财产权利转移之前请求撤销该约定的，人民法院不予支持，但另一方同意的除外。

一方不履行前款离婚协议约定的义务，另一方请求其承担继续履行或者因无法履行而赔偿损失等民事责任的，人民法院应依法予以支持。

离婚协议约定将特定财产给予子女，离婚后，一方有证据证明签订离婚协议时存在欺诈、胁迫

等情形，请求撤销离婚协议中相关条款的，人民法院应依法予以支持。

我的理解：

（1）虽然生效离婚协议书中，父母双方将特定原夫妻共同财产赠与子女，但离婚后，在财产权转移之前（比如房产未过户、股权未变更）可以经父母双方协商一致撤销赠与；即父母在离婚协议中对子女的赠与适用“双分法”：

分法（一）财产权利没有转移的，父母合意，可撤销；进一步说，即使离婚协议书经过公证，也可以撤销。

分法（二）财产权利转移的，虽然父母合意，但仍不可撤销，否则是损害子女合法权益。

（2）一方不履行生效离婚协议约定的义务，另一方可以起诉要求继续履行（给孩子的权利）或者要求赔偿损失等。

（3）如果有证据证明孩子非己所生（在认识亲子关系上存在欺诈或者重大误解），男方也可撤销离婚协议中赠与“孩子”的条款。

13 规则适用

根据第二十一条【附则】，颁布后未终审（未出生效判决）的案件，即在施行后适用。

因笔者水平有限，以上阅读理解，仅为与法律同仁参考，错误难免很多，希望得到批评、指正，以求共进！

结婚加名的争议处理进一步明晰—— 学习《婚姻家庭编司法解释二》（征求意见稿）第四条

原创：2024-04-09　家族律评　袁芳

https://mp.weixin.qq.com/s/HjRz7UAQhNGT1VhiqDsuQA

作者：中伦律师事务所　袁芳律师

最高人民法院于 2024 年 4 月 7 日发布了《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（二）（征求意见稿）》（以下简称“征求意见稿”）向社会公开征求意见的公告，其中第四条是与婚姻相关的房屋处理。房屋是中国式家庭中最基础和最重要的财产，关注广泛，本文笔者试来评论征求稿第四条关于“结婚加名”的争议处理。

征求意见稿第四条原文：婚前或者婚姻关系存续期间，一方将其所有的房屋变更登记至对方名下或者双方名下，离婚诉讼中，该方请求对方返还的，人民法院应当根据当事人请求，结合赠与房产目的，综合考虑婚姻关系存续时间、离婚过错、双方经济情况等事实，判决该房屋归一方所有，并参考房屋市场价格由获得房屋一方对另一方予以适当补偿，但双方有特别约定的除外。

前款规定情形下，赠与人有证据证明受赠人存在欺诈、胁迫或者民法典第六百六十三条规定等情形，请求撤销该约定的，人民法院应依法予以支持。

1 结婚加名在实践中的争议

出于共同生活的美好愿望，通常夫妻结婚时会选择共同购房，或一方准备好婚房然后在结婚时加上另一方的名字，俗称“结婚加名”。在司法实践中，基于婚姻关系在房屋上加名的性质到底是赠与还是夫妻财产约定、赠与一方是否可以撤销赠与的争议由来已久。一种观点认为，结婚加名是赠与行为，适用赠与合同的一般规则。而另一种观点认为，结婚加名是夫妻间财产关系的调整，不同于普通的赠与，不应优先适用一般的赠与合同规则，而应优先适用夫妻财产约定的规定。

实践中，涉及到结婚加名比较典型的情形有：

1. 一方全款出资所有的房屋，在婚前/婚内加上对方的名字，登记显示为双方共同共有、双方按份共有、或完全登记为另一方。

2. 一方非全款出资所有（存在贷款）的房屋，在婚前/婚内加上对方的名字，登记显示为双方共同共有、双方按份共有、或完全登记为另一方。（当然，此种情况相对比较少，因为有贷款的房子要加配偶名字，还涉及到贷款银行的审批，比较麻烦。而且，若是有贷款的房屋，即使不加名，也推定婚后共同还贷及增值部分为夫妻共同财产，故而加名不如第一种情形下那么急迫）

在上述情形中，其中最为突出的争议又为：若是一方因结婚而将婚前房屋完全登记至对方名下，是属于另一方的个人财产，还是仍然属于双方的共同财产？若是一方因结婚而将自己的婚前房屋登记为双方按份共有，是否按照登记份额来确认双方的财产权利？

2 法律法规对于结婚赠与的规定

虽然实践中对于上述“结婚加名”的定性和分割仍有不少争议，但是法律规定上，已将其定性为是赠与。原《婚姻法司法解释三》第六条[1]规定，婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。此条已经将“结婚加名”行为定性为是赠与。而《民法典婚姻家庭编司法解释一》第三十二条[2]沿袭了原《婚姻法司法解释三》第六条的规定，并且还在原条文“赠与另一方”的基础上增加了另外一种情形“与另一方共有”，进一步扩大了赠与的范围，也即不光是一方将房屋名字变更为另一方是属于赠与，而且一方将房屋名字与另一方共有也属于赠与，只不过前者全部房屋的赠与，而后者是房屋份额的赠与。本次征求意见稿的第四条第一款的表述，我们可以看出，最高人民法院也依然沿用了结婚加名属于“赠与”的定性。

3 婚姻赠与的分割争议

但是，此前《民法典婚姻家庭编司法解释一》第三十二条只规定了在赠与房屋变更登记之前可以撤销，而并没有明确完成了赠与房屋变更登记之后怎么分割的问题。若是按照一般赠与的逻辑，一方若是将自己名下的房屋登记至对方名下，则赠与完成，变成了对方的个人财产，而不再属于夫妻共同财产。若是双方已经变更登记为按份共有，则应当按照登记的份额来确认份额。对此，实践中也一直存在多种观点。一种观点认为，完成变更登记后，赠与行为即完成，即应当按照实际登记的份额来确认所有权人。另一种观点认为，即使“结婚加名”是一方对另一方的赠与，但是受赠一方的房屋份额也仍然属于双方的夫妻共同财产，所以不应按照登记的份额来确认。还有一种观点认为，“结婚加名”是一种附条件的赠与，前提条件是双方的婚姻美满、稳定、长久，若是此种条件不能实现，则可以撤销赠与，故而也不应该机械按照登记份额来确认。

4 征求稿第四条进一步明晰结婚加名的分割

面对实践中的争议，征求意见稿第四条第一款的实质含义，正是很好的平衡了上述关于赠与房屋分割的观点争议，进一步明确了：因婚姻而赠与房屋，即使赠与房屋已经完成了变更登记，只登记为对方一个人名字，也并不意味着完全归属于受赠一方个人所有，法院可以结合赠与房产目的，综合考虑婚姻关系存续时间、离婚过错、双方经济情况等事实来酌情分配房屋份额，由拿房一方向另一方进行适当补偿。

而第四条第一款的最后一句“但双方有特别约定的除外”，正是给夫妻双方通过夫妻财产约定、或者约定赠与不可撤销等意思自治留下空间，使得双方的特别约定成为一种例外。

征求意见稿第四条的第二款，紧接着进一步明确，即使双方有特别约定，但若是有证据证明此种特别约定是受赠人故意欺诈、胁迫或者存在民法典第六百六十三条[3]规定等情形的，则可以撤销。此款规定也具有重大意义，明确支持赠与完成后可以完全撤销。

笔者试举一例来演示征求意见稿第四条的应用，方便读者理解。

小明和小美结婚，小明将其婚前全款购买的一套公寓，变更为女方一个人的名字。结婚半年后，小美以双方性格不合为由提出离婚并要求该套房屋完全归自己一人所有。小明则提出要求返还房屋。依据征求意见稿第四条的规定，此种情况下，若是小美没有其他的证据，则法院可以结合小明赠与房产的目的，综合考虑双方婚姻关系存续时间、离婚过错、双方经济情况等事实，来判决该房屋归一方所有，并参考房屋市场价格由获得房屋一方对另一方予以适当补偿。但假设在庭审过程中，小美拿出了另外一份证据——双方书面签署的夫妻财产约定，其中明确写到，该房屋归属于小美一人所有，小明无任何权利。那么这便可以被认定为是双方的特别约定，此时就对小明不利。但是，假如小明可以进一步拿出证据证明，当时这份夫妻财产约定，根本不是小明自愿签署的，而是小美挟持小明逼其签署的，则根据第四条第二款，该份夫妻财产约定可以被撤销。法院又可以按照双方婚姻关系存续时间、离婚过错、双方经济情况等事实，来判决该房屋归一方所有，并参考房屋市场价格由获得房屋一方对另一方予以适当补偿。而如果小明还可以进一步证明，当初小明和小美在房屋登记管理部门变更名字时，也是受到了小美的欺诈或胁迫，或者小美在拿到房子后即虐待、遗弃小明，则小明还可以主张撤销赠与房子的行为。

5 征求稿第四条完善之我见

另外，实践中还存在一种情况，即一方个人所有的房屋，在婚前/婚内变更为双方按份共有。此种情形，双方登记为按份共有，是否属于第四条第一款中的“双方特别约定”而按照份额来分割？还是说也可以适用征求意见稿第四条的规定进行酌情分割？

举例来说，小明因和小美结婚，将一套婚前全款出资的公寓，登记为小明 1%，小美 99%。结婚半年后，小美提出离婚并且要求分得公寓 99%的份额，此时该如何理解和适用第四条？

笔者认为，从上述征求稿第四条的字面意思来看，“一方将其所有的房屋变更登记至对方名下或者双方名下”并未排除双方按份共有，故而也可以将“双方名下”理解为是双方按份共有。问题在于，按份共有是否可以视为双方关于房屋份额的一种“特别约定”？对此，征求稿第四条并没有明确的指向，恐还将留下争议的空间。对此，笔者倾向于认为，按份共有宜理解为是双方对于份额的特别约定，若无相反证据，可以作为按份分割的依据。也即上述案例中，因为该房屋已经变更为小明 1%、小美 99%，即使小明和小美才结婚一天小美便提出离婚，则上述份额也应理解为是双方的特别约定。但是鉴于实务中大部分老百姓对于共同共有和按份共有的法律后果并不了解得很清楚，房屋登记管理部门在办理时，也不完全会进行两者含义的解释和说明，故而建议宜对此问题进行进一步的普法阐述，以更好的让老百姓理解其含义。

第二，征求稿第四条第一款的表述为“结合赠与房产的目的，综合考虑双方婚姻关系存续时间、离婚过错、双方经济情况等事实，判决该房屋归一方所有，并参考房屋市场价格由获得房屋一方对另一方予以适当补偿。”此种表述给法院判决留下了比较大的自由裁量空间，到底婚姻存续时间长短、过错程度、经济情况如何影响最终的补偿比例，几者之间如何正相关？恐也会引起相似案件之间的判决结果差距。

第三，征求意见稿第四条第二款规定“可以依据民法典第六百六十三条规定等情形请求撤销该约定

”，那么在现实生活中，结婚加名的行为是否就隐含了受赠一方履行“婚姻美满、稳定、长久”的义务？如果受赠一方不久便提出离婚，是否属于民法典第六百六十三条项下“不履行赠与合同约定的义务”的情形？该问题恐也有待进一步明确。

综上，征求意见稿第四条的规定，沿用了结婚加名属于赠与的一贯逻辑，并在此逻辑基础上，进一步明确了结婚加名后仍然属于双方的夫妻共同财产，法院可以酌情分割，除非当事人之间有特别约定。即使当事人之间有关于赠与的特别约定，此种赠与的特别约定也可以撤销。第四条两款规定的规定逻辑严密、符合现实需求，且保留了自由裁量的空间，为以后此类结婚加名争议的灵活处理奠定了法律基础，但也仍有值得探讨的空间。

注：

[1] 已失效，被民法典婚姻家庭编司法解释第三十二条替代。

[2] 婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方或者共有，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照民法典第六百五十八条的规定处理。

[3] 第六百六十三条 受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：

（一）严重侵害赠与人或者赠与人近亲属的合法权益；

（二）对赠与人有扶养义务而不履行；

（三）不履行赠与合同约定的义务。

赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。

袁芳律师是中伦律师事务所执业律师，执业领域为私人财富管理。袁芳律师有多年向私人客户提供法律服务的经验，具有扎实的法律功底和丰富的诉讼实务经验，并且能够用中、英双语为客户提供全方位服务，受到国内外客户的一致好评。袁律师提供的法律服务主要包括婚姻、继承等家事案件的诉讼和非诉讼服务，同时还为私人客户提供财富传承的规划建议。袁律师尤其擅长处理有涉外因素和涉及股权分割的婚姻与继承案件。

杨晓林 段凤丽:从一组婚后父母出资购房关联案例看统一裁判标准的必要性—兼论对民法典婚姻家庭编司法解释（二）征求意见稿第七条的评析

原创：2024-04-14 家事法苑 杨晓林 段凤丽

https://mp.weixin.qq.com/s/tei0nv991-PSGxvCEkSJsQ

杨晓林 段凤丽：从一组婚后父母出资购房关联案例看统一裁判标准的必要性

——兼论对民法典婚姻家庭编司法解释（二）征求意见稿第七条的评析

作者：杨晓林，北京天驰君泰律师事务所高级合伙人
段凤丽，北京天驰君泰律师事务所合伙人，家事法方向专业律师
作者单位：北京天驰君泰律师事务所

[内容摘要] 从《婚姻法》司法解释（二）出台至最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释（二）（征求意见稿）发布，关于婚后购房涉父母出资的房屋产权及出资性质问题的争议从未间断。因裁判标准不统一，行为人对自己的行为后果难以预测。离婚时，出资父母起诉子女及其配偶民间借贷纠纷一度成为离婚案的标配。甚至还有父母起诉子女及配偶“借名买房”的，败诉或经法官释明后又转而起诉民间借贷。因为各个诉讼存在并行和分离的状况，既浪费了司法资源，也造成诉讼参与人的诉累，还可能导致各方利益的失衡。《民法典》婚姻家庭编司法解释（二）第七条（征求意见稿）总体上采取了折中处理方案。即婚后父母出资购房，无论是全款出资还是部分出资，无论登记在夫妻哪一方名下，均推定为夫妻共同财产，但在离婚财产分割中，对于购房款出资来源及金额比例作为民法典第一千零八十七条中“财产的具体情况”的考量因素，以对双方利益予以平衡保护。

[关 键 词] 父母出资 民间借贷 赠与 裁判标准

目录

一、引言
二、从一组涉及婚后购房父母出资关联案例引发的思考
三、民法典婚姻家庭编司法解释（二）（征求意见稿）“关于父母为子女出资购房问题”的意见之评析
四、结语

一、引言

按照我国婚嫁传统，子女婚后购房父母出资带有一定的普遍性，但其中的法律关系并不简单。子女离婚时，父母出资购房的出资和产权性质问题，一直是争议热点问题。实践中，子女离婚时，出资父母因担心自己的利益受损，经常会起诉“借名买房”（俗称。案由上存在“所有权确认纠纷”和“房屋买卖合同纠纷”的争议）或“民间借款纠纷”。甚至出现起诉子女“借名买房”，经法官释明撤诉，再去起诉民间借贷纠纷的情形。这就导致诉讼周期变得十分漫长，甚至走到再审程序的也并不鲜见。这些诉讼还往往与离婚诉讼交织在一起，有时各个诉讼中的主张甚至存在矛盾。从原《婚姻法》司法解释（二）第二十二条、《婚姻法》司法解释（三）第七条到民法典婚姻家庭编司法解释（一）第二十九条的实施，再到民法典婚姻家庭编司法解释（二）的起草，期间争议从未间断，莫衷一是。作为一线家事律师，出于解决实务困惑的现实需要，自 2011 年原婚姻法司法解释（三）颁布以来，笔者就对该问题予以了持续关注和研究[1]。2024 年 1 月 8 日，中国民商法律网推送“最高人民法院主持召开关于民法典婚姻家庭编司法解释（二）（征求意见稿）专家论证会丨资讯”一文，再次引起理论界和实务界对该问题关注的热潮。笔者赞同民法典婚姻家庭编司法解释（二）征求意见稿中“关于父母为子女出资购房问题”的观点，其与笔者在《婚后购房父母出资性质认定—兼论<民法典婚姻家庭编司法解释（一）>第二十九条第二款》一文中的观点殊途同归，在实务问题的解决上具有妥当性，应予以肯定。下面从一组典型的关于婚后购房父母出资的相关联案例进行分析。

二、从一组相互关联的涉及婚后购房父母出资案例引发的问题

案例 1. 民间借贷纠纷案

案情：原告 1 赵某 1 和原告 2 郑某某系被告 2 赵某 2 的父母。被告 2 赵某 2 与被告 1 艾某某于 2016 年 3 月 7 日登记结婚。婚后，为二被告在北京购房、购车位、装修等事宜，二原告以其自有资金及通过向亲友借款方式陆续向二被告支付

人民币 588.7 万元。购房时艾某某父母的出资为 200 万元。

2021 年 1 月，赵某 2 在北京朝阳法院向艾某某提起离婚诉讼。诉讼中，赵某 2 主张购买案涉房屋其父母出资为向其与艾某某的共同借款，要求双方共同承担该债务。法官释明，主张购房出资为向父母的借款，应另案解决。

2021 年 12 月，赵某 1 和郑某某以经多次要求艾某某和赵某 2 偿还上述借款未果为由，起诉到北京市朝阳区法院，要求二被告共同向二原告偿还借款 588.7 万元人民币及相应的利息。

被告 1 艾某某不认可该款项为借款，主张该出资及艾某某父母的 200 万元出资，均系对二被告的赠与。

法院认为：二原告系赵某 2 之父母。二原告为二被告出资购房等行为，依据 2004 年 4 月 1 日施行的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释（二）》第二十二条“当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女的个人赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对夫妻双方的赠与，但父母明确表示赠与一方的除外”及 2021 年 1 月 1 日施行的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>婚姻家庭编的解释(一)》第二十九条“当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女个人的赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，依照约定处理;没有约定或者约定不明确的，按照民法典第一千零六十二条第一款第四项规定的原则处理”之规定，一般应认定为赠与行为，不论是对一方或双方的赠与。

二原告以民间借贷纠纷为由提起诉讼，依据“谁主张、谁举证”原则，二原告出示的相关证据不能充分证明与二被告之间存在借贷关系，属于法律认识错误，二原告的出资行为应依据婚姻相关法律规定在二被告离婚诉讼中予以具体认定。因此，二原告的起诉应予驳回。

裁定结果：驳回二原告的起诉。

案例 2. 离婚纠纷案

原告赵某 2 与被告艾某某于 2016 年 3 月 10 日登记结婚，婚后无子女。婚后双方购置案涉房屋，购房价 690 万元、居间代理费 151800 元、保障服务费 34500 元、契税 86400 元等。于 2016 年 9 月 24 日登记在赵某 2 与艾某某名下，产权属性为共同共有。2021 年 1 月，赵某 2 在北京朝阳法院向艾某某提起离婚诉讼。

关于双方争议的案涉房屋的分割，诉讼中法院委托某房地产评估公司对案涉房屋现市场价值进行评估，房屋现价值 852 万元。

赵某 2 和艾某某对双方出资金额无争议，但对出资性质认定有争议。赵某 2 主张双方父母出资均为借款，要求房屋归自己所有，按照房屋市场价扣除双方父母的出资，剩余款项的一半作为对艾某某的折价款。艾某某则主张双方父母出资均为对双方的赠与，要求房屋归自己所有，直接按照案涉房产市场价值的一半给赵某 2 支付折价款。

2022 年 12 月，赵某 2 父亲赵某 1 和母亲郑某某起诉本案原告赵某 1 和被告艾某某，要求共同偿还上述借款 588.7 万元及利息，北京朝阳区法院于 2022 年 8 月 24 日作出民事裁定书，认为赵某 1 和郑某某的出资购房行为一般应认定为赠与行为，相关证据不能充分证明存在借贷关系，出资行为应依婚姻相关法律规定在原告赵某 1 和被告艾某某的离婚诉讼中予以具体认定，故裁定驳回了赵某 1 和郑某某的起诉。赵某 2 表示基于以上情况，本案应根据出资情况等因素，在财产分割时根据公平原则处理。被告艾某某表示双方父母的出资均是赠与，坚持要求对于案涉房产应予以平均分割。

法院认为，离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成的，由人民法院根据财产的具体情况，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决。当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，依照约定处理;没有约定或者约定不明确的，按照民法典第一千零六十二条第一款第四项规定的原则处理。民法典第一千零六十二条第一款第四项规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻的共同财产，归夫妻共同所有:继承或者受赠的财产，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外。民法典第一千零六十三条第三项规定，遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产，为夫妻一方的个人财产。

关于案涉房产，鉴于被告艾某某名下在北京无其他房产，基于照顾女方权益原则，案涉房屋及车位均归被告艾某某所有，艾某某应给付赵某 2 折价款。关于折价款金额，在相关裁定已确认赵某 1 和郑某某的相关证据不能充分证明与本案原告赵某 2 和被告艾某某存在借贷关系，出资一般应认定为赠与的情况下，尽管原告赵某 2 和被告艾某某并无证据证明父母赠与的财产只归一方，但夫妻共同财产的分割还应根据具体情况判决。在上述房屋及车位判归被告艾某某的情况下，已照顾被告艾某某权益，因此在给付折价款方面不再照顾被告艾某某。同时结合当事人对出资的陈述及原告赵某 2 的举证等，考虑双方对共同财产的贡献、资金来源等方面，原告赵某 2 明显优于被告艾某某，故本院酌定被告艾某某向原告赵某 2 支付上述房屋及车位的折价款合计 565 万元。[2]

双方均未上诉。

案例评析：本案赵某 2 起诉艾某某离婚时，正值北京及各地方法院甚至最高院再审案例对婚后购房父母出资推定为父母的借款（通行的表述为：暂时性挪用）之观点甚嚣尘上之时。如直到现在还不时被多个微信公众号转发的“中华人民共和国最高人民法院民事裁定书（2021）最高法民申 5306 号”[3]。基于此，为了维护自己的权益及经法官释明主张父母出资为借款的，需另案起诉民间借贷纠纷。于是有了上述原告 1 赵某 1 和原告 2 郑某某起诉被告 1 艾某某和被告 2 赵某 2 的民间借款纠纷案。出乎赵某 1 预料的是，民间借贷纠纷直接被“驳回起诉”。并认为赵某 2 父母的购房出资行为应依据婚姻相关法律规定在子女离婚诉讼中予以具体认定。

同时，不得不提及的是，离婚案和民间借贷案同时在进行中，哪个案件先出判决，先生效，也是影响离婚案件诉讼请求是否变更的关键问题。如果离婚案件先出判决，因为赵某 1 和赵某 2 均认为该出资款为借款，赵某 2 也认可艾某某父母出资 200 万元为借款，那么，在离婚房产分割时，赵某 2 无法主张其对房屋出资的贡献大而要求多分。无论未来民间借贷案是否支持赵某 1 的主张，离婚案件法官也无需考虑双方出资贡献的差别。如果民间借贷案后出判决，且不予支持赵某 1 的借款主张，则赵某 2 父母对购房的出资贡献得不到任何保障。所幸的是，如本案，因民间借贷案未获支持在先，在尚未判决的离婚案中，主张客观存在的赵某 2 出资贡献远大于艾某某，应在房产分割中予以考虑的主张。经与法官反复沟通，最终被法院采纳，但其中的艰难只有亲自代理案件的律师知道。

子女离婚时，婚后购房出资父母的利益在子女分割财产时一并予以考虑，既可减少对司法资源的浪费和各方诉累，也更容易避免“出资父母在民间借贷诉讼中主张借款未获支持，其出资贡献又未被在离婚诉讼中予以考虑”而导致的利益失衡。

三、《民法典》婚姻家庭编司法解释（二）（征求意见稿）第七条“父母在子女婚后为其购房出资的认定”之评析

《民法典》婚姻家庭编司法解释（二）（征求意见稿）第七条[4]规定：婚姻关系存续期间，一

方父母全额出资为夫妻购置房屋，没有约定或者约定不明的，离婚分割夫妻共同财产时，人民法院可以判决该房屋归出资人子女一方所有，并综合考虑共同生活及孕育情况、离婚过错、房屋价值等事实，由获得房屋一方对另一方予以适当补偿。

婚姻关系存续期间，双方父母出资或者一方父母部分出资为夫妻购置房屋，没有约定或者约定不明的，离婚分割夫妻共同财产时，双方均主张房屋所有权且一方不同意竞价取得的，人民法院可以根据出资来源及比例、共同生活及孕育情况、离婚过错、房屋产权登记情况等事实，判决房屋归一方所有，并由获得房屋一方对另一方折价补偿。

（一）对《民法典》第一千零六十二条第一款第四项和第一千零六十三条第一款第三项的实然解释

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

（一）工资、奖金、劳务报酬；

（二）生产、经营、投资的收益；

（三）知识产权的收益；

（四）继承或者受赠的财产，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同财产，有平等的处理权。

《民法典》第一千零六十三条 下列财产为夫妻一方的个人财产：

（一）一方的婚前财产；

（二）一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿；

（三）遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产；

（四）一方专用的生活用品；

（五）其他应当归一方的财产。

这是民法典关于夫妻财产制的规定，也是我们解释婚后购房父母出资问题的法律依据。民法典编纂时，很多专家建议受赠的财产，未体现夫妻另一方的协力，原则上应当归夫妻一方，而且认为从比较法角度看，这也是绝大多数国家采用的规则。但是民法典最终仍沿袭了原婚姻法的规定，未作修改。对此，在解释论背景下，由于不能超越、脱离现行法律规定进行解释，因此笔者认为，当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，父母与自己子女及其配偶约定该购房款为父母的借款或父母向子女的配偶明示该款项只归自己子女一方的，依照约定处理；没有约定或者约定不明确的，受赠房款为夫妻共同财产。

（二）如何理解“没有约定或者约定不明的”中的“约定”

笔者认为，父母无论明确购房款为借款还是对自己子女的单方赠与，均应在出资当时向子女及其配偶夫妻双方明示，尤其是要向子女的配偶明示。既然存在“父母出资时没有约定或者约定不明，该出资就推定为对子女夫妻双方的赠与”的法律规定，如果另一方配偶没有得到借款的明示，就有理由依据法律的明确规定而相信该出资是赠与双方的。由于赠与一方还是双方直接涉及子女配偶的切身利益，如是否涉及使用家庭购房指标及家庭财产的整体规划等，因此，出资父母如果是借款或者赠与自己子女单方，应该在出资当时向子女及配偶双方明示。具体理由如下：

1. 在以家庭为单位的住房限购政策下，婚后购房行为包括房屋权属和房款筹集均应由夫妻双方决定

我国一、二线城市普遍实行住房限购政策。以北京为例，2010 年 4 月 30 日北京出台的“国十条实施细则”规定，从 2010 年 5 月 1 日起，北京家庭只能新购一套商品房，购房人在购买房屋时，需要如实填写《家庭成员情况申报表》。在此购房政策下，一方购房行为直接影响到配偶另一方的

利益，如导致另一方购房机会的丧失，因此，购房应由夫妻双方共同决定，属于家庭财产总体规划中的部分。而出资父母在出资当时的意思则直接决定另一方配偶的决策，如是否同意购房等。因此，父母出资当时向自己子女及其配偶双方明确款项性质，才视为“有约定”，仅仅向自己子女明确该款项性质不产生“有约定”的效力。

2. 有效遏制父母子女互相串通后补“借条”“赠与一方”的合同从而损害配偶利益的情况

实践中，父母子女利用特殊身份关系在子女离婚时，通过后补“借条”“单方赠与”合同等各种手段，导致另一方配偶利益受损的情况时有发生。各方长期陷于各种诉讼中，既违背诚信原则，也浪费司法资源，并造成极大的不公。而父母子女血亲关系决定了随时后补各种协议无任何障碍。而且司法实践中“笔迹形成时间的司法鉴定”技术尚不具备，基本上无法鉴定，这更助长了父母子女之间后补“借条”“协议”的经常发生，造成事实不明状态。而在出资当时向各方明确出资款项的真实意思，则有效避免该种父母子女串通损害子女配偶利益的现象发生。

3. 父母出资当时向各方明确款项性质是既符合举证责任分配原则，也降低了出资人的维权成本

《民事诉讼法》第六十七条第一款确立了“谁主张，谁举证”的民事诉讼举证责任分配原则。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(2020 第二次修正)第二条第一款规定:“出借人向人民法院提起民间借贷诉讼时,应当提供借据、收据、欠条等债权凭证以及其他能够证明借贷法律关系存在的证据。”第十六条规定:“原告仅依据金融机构的转账凭证提起民间借贷诉讼,被告抗辩转账系偿还双方之前借款或者其他债务的,被告应当对其主张提供据证明。被告提供相应证据证明其主张后，原告仍应就借贷关系的成立承担举证责任。”

由是观之，主张借贷关系成立一方负有证明存在借贷合意及实际出资的义务。在《民法典》已经明确规定没有约定或约定不明情况下婚内受赠为夫妻共同财产，如果父母购房出资有“非赠与子女夫妻双方”的意思，完全可以在出资当时通过向各方明确真实意思的方式维护自己的合法权益。如此一来，既便于出资父母固定将来维权的证据，又可以量力而行，慎重决定出资行为。如果父母出资当时没有明确，自己子女的配偶有理由相信该款项系对夫妻双方的赠与。

4. 父母出资当时向各方明确购房款项性质是子女夫妻财产平等权、知情权的应有之义

和谐的家庭关系，离不开夫妻之间的相互尊重。民法典除了倡导夫妻之间的忠实和相互尊重外，还明确了夫妻之间有平等的财产权利。夫妻财产知情权是平等财产权利的应有之义。

夫妻任何一方均有权知晓购房款的来源及性质，在此基础上，才能行使平等决定购房相关事宜的权利。反之，如果允许父母出资性质仅在父母子女间知情，既破坏家庭关系，也侵犯了子女配偶与购房相关的权利。换一种通俗的说法，如果一个社会允许、鼓励婚后购房父母出资性质成为父母子女间的秘密，这个谜底等到子女离婚的时候才对子女的配偶揭晓，这不仅滑稽，也是对另一方的极大不公，更不应该是一个文明社会的家庭关系所倡导的。

综上，笔者认为“依照约定处理”中的“约定”，应是，父母无论明确购房款为借款还是对自己子女的单方赠与，均应在出资当时向子女及其配偶夫妻双方明示，尤其是要向子女的配偶明示。

（三）在现行夫妻共同财产制下，父母在子女婚后购房有出资，应当推定为父母对子女夫妻的目的性赠与

对于子女婚后购房的父母出资，应推定为父母对子女及其配偶的赠与，这既符合民众的期待，

也契合上了《民法典》婚姻家庭编倡导的的伦理价值，且与我国夫妻债务的制度设计相匹配。

首先，这符合我国婚姻家庭传统伦理。

由于我国婚姻法不仅调整婚姻关系，还调整其他亲属关系[5]，虽然其名曰婚姻法，实际上应为亲属法。“夫妻、亲子等相互之间的关系，伦理的色彩特别浓厚，亲属法之规定，须以合于伦理的规范为适宜，而且有其必要。” [6]从我国的历史传统和风俗习惯来看，人们是希望维系姻亲关系的，因而在婚姻家庭中，很难将这部分情感隔离开来。而西方的家庭伦理观大多限于亲子女关系，姻亲之间主要是个人关系。西方的赠与关系也较为清晰：父母对于子女的赠与是其个人意愿的表达，除非特别说明，否则一般不及于子女的配偶。在我国，把子女的配偶当做家人看待是合乎我国国情的，因而从制度设计上看，我国这种以共有为原则、个人财产为例外的制度更有利于维护婚姻家庭的和谐与稳定。[7]

其次，这与我国夫妻债务制度设计相匹配。

从法理角度看，婚后所得共有的法理基础是“协力”。“与取得婚姻财产相关的婚姻是一个共同体，每个配偶都是这个共同体的成员，他或她对维持这个共同体——婚姻都做了平等的努力。”[8]同时，《民法典》第一千零六十七条第二款规定：“成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。”即，婚后，夫妻双方无论实行法定财产制还是约定财产制，对双方父母的赡养均为法定义务。

那么，从公平角度出发，根据权利义务相一致原则，对于婚姻关系存续期间夫妻一方继承所得的财产，如无特别约定则属于夫妻共同所有。如果把继承财产认定为夫妻共同享有的权利，把赡养双方父母认定为夫妻共同承担的债务，则更符合权利义务对等的原则。我国婚姻立法将夫妻一方因履行法定抚养义务所负债务认定为夫妻共同债务，而继承、赠与多发生在具有法定抚养义务的近亲属之间，基于权利义务对等的考量，将一方继承及接受赠与的所得归于夫妻共有，更能为普通民众所接受。[9]

（四）出资父母的利益在子女离婚分割房产时予以考虑，既能更好地平衡保护各方利益，也减少了各方的诉累和对司法资源的极大浪费

正如笔者文章开头所举的两个因离婚而起的涉及父母起诉民间借贷的关联案例，实践中并不鲜见。甚至还有起诉“借名买房”的，败诉后又转而起诉民间借贷。因为各个诉讼存在并行或分离的状况，很可能导致利益失衡。裁判标准的不统一，行为人对自己的行为后果难以预判，多头起诉，既浪费了宝贵的司法资源，也造成诉讼参与人的诉累。甚至可能在顾此失彼的诉讼中造成一方利益失衡的结果。

担心子女离婚时父母出资的期待利益落空，是主张父母出资为借贷关系的理由之一。父母在子女婚后购房中倾囊相助符合我国传统的婚嫁风俗，同时父母的付出又包含了对子女婚姻长久、家族财富传承及养老育幼的期待。“父母出资为子女结婚购房往往倾注全部积蓄，甚至把自己养老的钱财全部搭进去，一般也不会与子女签署书面协议，如果离婚时一概将房屋认定为夫妻共同财产，实际上也侵害了出资购房父母的利益。”[10]尤其在出现“闪婚”、“闪离”的情形时，直接认定父母为子女购买房屋的出资为对夫妻双方的共同赠与而直接予以均等分割，确实缺乏社会认同。

但是，我国离婚财产分割将一方父母的出资认定为子女夫妻双方赠与，并不意味着完全不考虑父母的出资贡献、财产来源，而应基于权利义务相一致原则，根据《民法典》第一千零八十七条之规定，综合考虑子女婚姻持续时间、是否生育子女、所尽养老育幼义务情况、离婚原因等因素，如此既符合法律规定，又契合我国婚姻家庭伦理价值，从而有利于婚姻家庭和谐和社会稳定。

结语

从《婚姻法》司法解释（二）出台至最高人民法院关于民法典婚姻家庭编司法解释（二）（征求意见稿）的发布，关于婚后购房涉父母出资的房屋产权及出资性质问题的争议从未间断。因裁判标准不统一，行为人对自己的行为后果难以预判。既浪费了司法资源，也造成诉讼参与人的诉累，还可能导致各方利益的失衡。民法典婚姻家庭编司法解释（二）（征求意见稿）第七条通过对以往司法解释的吸收和摒弃，采取了一种折中的处理方式，较为公平、有效地兼顾了各方利益。正如文中所举的两个关联案例，若按照《民法典婚姻家庭编司法解释（二）》（征求意见稿）的规定，赵某无需提起民间借贷诉讼其出资利益即可得到保护。但也有不少人担心，此种处理方式没有原婚姻法司法解释三第 7 条的规则那么明确，需要法官在个案中衡量，可能存在尺度不一致的问题。

注释：

[1] 杨晓林、段凤丽：《婚后购房父母出资房屋产权归属及离婚分割》，首发于 2011 年，后载于《北京律师》，2014 年第 2 期；
杨晓林、段凤丽：《子女婚内与父母间借贷关系的举证责任》，载《家事法实务（2016 年卷）》，法律出版社，2017 年 4 月版；
杨晓林、段凤丽：《夫妻法定财产制下婚后购置房产的产权性质 ——兼论《婚姻法司法解释（三）》第七条的废止》，载《家事法实务》（2019 年卷），法律出版社，2020 年 4 月版。
杨晓林、段凤丽：《婚后购房父母出资性质认定—兼论<民法典婚姻家庭编司法解释（一）>第二十九条第二款》，载《家事法实务（2021 年卷）》，法律出版社，2022 年 4 月版。

[2] 注：该案在法官主持调解过程中，女方艾某某坚持认为案涉房产既然登记为夫妻双方共同共有理当各半分割。对于法官提出的应当适当照顾出资贡献大的男方的调解意见，女方坚持认为没有法律依据。因此，未达成调解。

[3] 该案的裁判要旨：父母向子女转款用于子女购买房屋，主张该转账款项系属借款，并提供了银行转账明细、子女一方的自认、子女一方出具的《借款协议》《欠条》等证据加以证明，子女的配偶虽辩称该转款系赠与，但并未提供充足证据。法院综合款项的支付过程、支付方式及其他相关证据等认定双方间构成民间借贷关系，并认定子女的配偶作为房屋共同共有人，应对因购买房屋而产生的夫妻共同借款债务承担共同偿还责任，于法有据。

[4] 源自最高人民法院微信公众号：《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（二）（征求意见稿）》向社会公开征求意见的公告 链接：https://mp.weixin.qq.com/s/C04pEROTcrmFYbCzwByhGA

[5] 马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社 2010 年 9 月第四版，第 777 页。

[6] 史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社 2000 年 2 月版，第 5 页。

[7] 陈淋清：《论<婚姻法>司法解释（二）第 22 条与解释（三）第七条之关系》，载《湖北警官学院学报》2013 年第 4 期。

[8] 夏吟兰：《美国现代婚姻家庭制度》，中国政法大学出版社 1999 年 3 月第 1 版，第 233 页。

[9] 薛宁兰、许莉：《我国夫妻财产制立法若干问题探讨》，载《法学论坛》，2011 年 02 期。

[10] 杨立新：《最高人民法院婚姻法司法解释（三）理解与适用》，中国法制出版社 2011 年 9 月第 1 版，第 170 页。

婚姻家庭编解释二征稿关于父母出资购房新裁判尺度的分析与建议

原创：2024-04-17 海坛特哥 刘茹洁
https://mp.weixin.qq.com/s/AYhEbgy5_yUTwWchAIO_VA

北京德恒律师事务所 刘茹洁

2024 年 4 月 7 日，最高院发布了《民法典》婚姻家庭编的解释（二）（征求意见稿）向社会公开征求意见的公告，总共有 21 条内容。其中第 7 条关于父母为子女婚后购房的出资认定规定是一大亮点，该规定可以说对“婚后父母出资购房”这一极大争议问题起到了“定分止争”的效果。同时笔者注意到：基于弱势群体（如全职家庭成员、离婚无过错方）对家庭的付出和牺牲，在房产分割上更进一步得到照顾和重视。本文在梳理和分析第 7 条与以往裁判尺度差异的基础上，对该条规定提出一点小小的建议。最后结合该规定的司法精神，对有关实践中风险较大的婚后父母出资房产分割问题作几方面的提示：

一、婚后一方父母全资购房的裁判尺度与以往有较大不同；

征求意见稿虽然不是正式的意见，但按照惯例最终的内容一般调整都不会很大。第七条第一款关于婚后一方父母全资购房的规定是这样描述的：婚姻关系存续期间，一方父母全额出资为夫妻购置房屋，没有约定或者约定不明的，离婚分割夫妻共同财产时，人民法院可以判决该房屋归出资人子女一方所有，并综合考虑共同生活及孕育情况、离婚过错、房屋价值等事实，由获得房屋一方对另一方予以适当补偿。

笔者认为，这里最大的亮点有二：一是将婚后一方父母全额出资的房产一律认定为夫妻共同财产，而不再区分是登记在自己子女、抑或是夫妻双方、甚至是对方名下的情形了。也就是说不管登记在谁名下，一律认定为夫妻共同财产。那就等于改变了之前“登记在自己子女名下，依据权利外观可以认定为个人财产”的裁判尺度。因为根据之前最高人民法院的观点，登记在自己一方子女名下的房产，要被认定为个人财产。

具体见：（1）最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编的《中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用》（2020 年 7 月第 1 版）第 159 页：《婚姻法司法解释（三）》在制定时即确定了“明确表示赠与一方”与“产权登记主体”两者相结合的思路。此种处理既与物权相关规定相衔接，贯彻不动产物权登记公示公信原则，又将父母一方的意思表示确定了一个客观的判断标准，即婚后一方父母出资为子女购买不动产，产权登记在出资方子女名下，等于已经向社会公开了不动产的所有者只是自己的子女，申请登记的内容也是意思表示的一种，这种情况下视为只对自己子女的赠与。这不仅有利于均衡保护婚姻双方及其子女的权益，也便于司法认定和统一裁量尺度。当然，该种情况是父母出全资的情况。

（2）《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释（一）理解与适用》第 300 页：本解释在制定时即确定了“明确表示赠与一方”与产权登记主体”两者相结合的思路。此种处理既与物权相关规定相衔接接，贯彻不动产物权登记公示公信原则，又将父母一方的意思表示确定了一个客观的判断标准，即婚后由一方父母出资为子女购买不动产，产权登记在出资方子女名下，等于已经向社会公开了不动产的所有者只是自己的子女，申请登记的内容也是意思表示的一种，这种情况下视为只对自己子女的赠与，不仅有利于均衡保护婚姻双方及其父母的权益，也便于司法认定和统一裁量尺度。当然，该种情况是父母出全资的情况。

（3）最高人民法院郑学林、刘敏、王丹在《人民司法》2021 年第 13 期：在一方父母出全资并且在购买不动产后将不动产登记在自己一方子女名下的，考虑到物权法已经实施多年，普通民众对不动产登记的意义已经有较为充分的认识，在出资后将不动产登记在自己一方子女名下，认定为是父母将出资确定赠与给自己子女一方的意思表示，符合当事人本意，也符合法律规定的精神。

上述最高院之前的观点表明：根据权利外观的特征，产权登记在出资方子女名下的这种情况的房产视为对自己子女的赠与，属于个人财产。

但本次征求意见稿显然对该观点作出了改变。这意味着尽管《民法典》、《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释（一）》陆续出台，但实践中对于婚后一方父母全资购房的认定及房产分割这一问题还是颇多争议的，甚至于在最高院这次的解释二征稿中都改变了之前自己的观点。那在今后的审判工作中就意味着一方父母全额出资，产权登记在出资方子女名下的房产也会被判定为夫妻共同财产。

第二个亮点是：在认定为夫妻共同财产的基础上，将房屋判决给出资方子女，而对另一方进行适当补偿，注意这里是“适当”补偿，而不是“折价”补偿。笔者认为这是在处理方式上作了区别于夫妻共同财产通常平等分割的一种分割方法。也就是说在实际分割时，并不是简单的进行对半的分割，法官要全面考虑共同生活及孕育情况、离婚过错、房屋价值等因素，从而平衡的保护夫妻双方及其父母的合法权利，避免出现显失公平的情况。这里的“适当”笔者认为类似于“家务补偿”的性质，更多的是体现对另一方家庭贡献的补偿，房屋价值因素非主要因素。因此，可能另一方得到的补偿在金额上并不会特别多，但相对于之前的有可能被认定为个人财产的裁判尺度，已经有了较大的进步，体现了对弱势群体的保护力度。

二、婚后一方父母部分出资和双方父母出资购房的裁判尺度趋向于统一化；

征求意见稿第七条第二款规定：婚姻关系存续期间，双方父母出资或者一方父母部分出资为夫妻购置房屋，没有约定或者约定不明的，离婚分割夫妻共同财产时，双方均主张房屋所有权且一方不同意竞价取得的，人民法院可以根据出资来源及比例、共同生活及孕育情况、离婚过错、房屋产权登记情况等事实，判决房屋归一方所有，并由获得房屋一方对另一方折价补偿。

而之前关于该问题的裁判规则为《民法典》婚姻家庭编解释（一）第二十九条第二款：当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，依照约定处理；没有约定或者约定不明确的，按照民法典第一千零六十二条第一款第四项规定的原则处理。《民法典》第一千零六十二条第一款第四项规定：夫妻在婚姻关系存续期间所得的继承或者受赠的财产为夫妻的共同财产，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外。《民法典》第一千零六十三条第三项规定：遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产。

其实之前的规定虽然能确认婚后一方父母部分出资，不管登记在子女一方还是双方名下都应将该房屋视为是夫妻共同财产，但在实践适用时还是有诸多争议和问题的，特别在面对如何分割该房屋时，父母出资的部分是属于对个人的赠与还是对双方的赠与？增资部分如何处理？分割时除了出资因素，是否还要考虑其他因素？

因此，实践中出现了很多不同观点：1、认为父母出资部分系对子女的个人赠与，因此父母出资部分及相对应份额的房屋产权及增值部分均属于子女的个人财产。2、认为父母出资部分属于对子女的个人赠与，但房屋系夫妻共同财产，因此增值属于夫妻共同财产，只不过在分割夫妻共同财产时应先扣除父母出资部分或者分割房屋时给予出资方子女多分。3、认为父母出资系对夫妻双方的赠与，因此应依法平均分割房屋。4、认为父母出资部分系对夫妻双方的赠与，但应综合考虑父母出资，夫妻双方对于共同财产的贡献，结婚时间长短等问题综合考虑。

对于上述的争议问题，《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释（一）理解与适用》的观点是：《解释一》对于婚后一方父母部分出资为子女购置房产，夫妻双方支付剩余款项，所有权登记在出资方子女名下，基于该不动产属于婚后所得且夫妻另一方参与支付剩余款项，除当事人另有约定外，该不动产应当认定为夫妻共同财产。对于

父母出资的部分，可以按照《民法典》第 1063 条第 3 项规定的精神，视为只对自己子女一方的赠与。如果双方对房屋的产权归属没有特别约定，所购房屋的产权及增值收益部分应当归夫妻双方共同共有。但笔者认为：最高院之前的上述观点也并不能彻底解决争议，比如：既然父母出资部分视为对子女一方赠与，如类推“婚前首付，婚后双方共同还贷房产”的裁判规则，对子女一方赠与部分财产相对应房屋增值也须算作是子女一方财产，而不能视为夫妻双方共有。再如除了考量父母的出资因素，其余如家庭生活情况、家庭贡献、无过错方等因素是否也要作为分割因素？

基于此，本次的征求意见稿第 7 条第二款作为对上述争议的彻底解决方案，确实在一定程度上起到了“定分止争”的效果，即不再考量哪部分是父母对个人的赠与，增值到底属于个人财产还是共同财产等问题，而是将该房屋视为夫妻共同财产，须给另一方的补偿是折价补偿，综合“出资来源及比例、共同生活及孕育情况、离婚过错、房屋产权登记情况等事实”这些因素，统一考量对房产进行分割。这样做的好处是符合我国传统伦理道德、减少诉累、平衡了各方的利益。

三、笔者对征求意见稿第七条的建议：

第二款关于婚后一方父母部分出资或双方父母出资购房的分割存在“房产登记情况”这一考量因素，但笔者认为在具体适用时，该如何裁判确实依然是个难点。比如：实践中，不动产登记过程中，由夫妻出具的格式声明或其他本文中记载了房屋按份共有的份额，这种登记到底是一种明确的约定因此可直接进行份额的分割，还是说仅作为分割的考量因素之一？

根据北京市目前最新的裁判案例，见北京市检察院抗诉案件--程青诉汪军离婚房产纠纷案：该案在一二审法院认定房屋份额平均分割后，2021 年 8 月 13 日北京市人民检察院就此案依法向北京市高级人民法院提出抗诉，北京市高级人民法院发回重审。法院再审查明，登记机关的询问笔录记载“申请人登记事项是否为申请人的真实意思表示，回答为‘是’”，汪军在该询问笔录上签字。根据查明的事实，法院认为汪军签署《声明》（并代程青签署）并向登记机关表明是其真实意思表示，意味着双方对房产作出了按份共有（90%和 10%）的约定，并且已按照该约定进行了物权登记，该约定和登记具有法律效力。2021 年 12 月 23 日，法院判决撤销此案判决中的财产分割部分，判决涉案房屋归程青所有，程青给付汪军房屋折价款 3 万余元。该案重申的结果意味这如房屋有明确的登记信息，特别是按份共有信息，应作为分割的具体依据，也就是说这种明确的登记信息是作为夫妻双方之间的一种对财产的安排约定，应予尊重。

据此，征求意见稿中考量“房产登记情况”该如何考量？如有具体的房产登记份额信息，不就应该直接按按份共有的份额进行判决了么？因此此处的“房产登记情形”是否应该删去？或者用其他措辞进行表达，这一点有待于最高院作出进一步的研究、释明及解读。

四、基于解释二征稿意见风向的转变，笔者对法律风险的再次强调：

1、父母出资与子女之间的赠与约定更趋于严格化，不仅须有书面协议，而且须明示配偶另一方：

本次征求意见稿第七条的规定均是在“没有约定或者约定不明”情形下，对房产分割作出的制度安排，因此，什么是有效的“约定”显得极为重要，有意见认为，按照民法典合同编赠与合同的规定，赠与合同只要赠与人与受赠人达成合意，如果父母只赠与自己子女，只需要与自己子女签订协议即可，不需要子女的配偶知晓，也不需要其签字。但考虑到婚姻家庭领域的特殊情况，最高院民一庭法官王丹认为，如果是赠与自己子女一方的，应当让配偶另一方知晓。理由是：

（1）婚姻关系存续期间，受赠的财产原则上为夫妻共有财产。此为婚姻家庭编的特别规定。该规定与合同法领域的赠与合同受赠人范围不同。“赠与合同中确定只归一方的财产”作为夫妻共同财产的例外规定，应当让另一方知晓。如果是赠与自己子女一方的，应当让配偶另一方知晓，否则不宜认定为法律规定的“赠与合同中确定只归一方”。

（2）此为婚姻伦理性和夫妻共同财产制的必然要求，根据法律规定，婚姻关系存续期间，如无约定财产制，则是法定共同财产制，赠与获得的财产也不例外，虽然夫妻是独立的个体，但是对于夫妻共同财产，双方有共同的权利。对于夫妻共同财产，双方是不分份额地共同享有权利。则作为例外规定的“赠与合同中确定只归一方”中的赠与合同，如果不被配偶一方知晓，与夫妻共同财产制不相容，损害了配偶另一方对夫妻共同财产的平等处理权和知情权。

（3）能够有效阻止父母与自己子女串通、后补证据等情况。实践中，笔迹形成实践的司法鉴定技术尚不成熟，如果允许父母与子女签订赠与合同即可，则父母很容易与自己子女倒签合同。审判实践无从查证。

（4）如果赠与合同确定只归一方不需要配偶另一方知悉，则由此导致的信息不对成使得配偶方无从知晓赠与是否存在，也不能从源头上对风险进行防范，影响婚姻预期和婚姻家庭的和谐稳定。

因此在实践中，提示父母出资时如须将出资赠与自己子女一方，与子女之间不仅须有书面协议，还须明确告知另一方配偶，同时，笔者认为告知的时间点也须在出资时间的前后较短时间内，以防止出资一方在有离婚意向时故意由其父母作出偏向于自己的赠与意思表示。

综上，实践中那种父母转账买房，黑不提白不提到底什么意思，或者偷偷和自己子女写协议的做法是真真正正不可取了，因为这种做法很有可能会被认为是对夫妻的共同赠与！

2、关于父母出资买房系借贷的认定，同样须签署协议+明确告知：

根据借贷购房有关裁判规则，子女购买房屋父母出资的如果父母有关借贷的举证不充分则应认定该出资为赠与行为。笔者认为：既然“约定”中的“赠与约定”，系父母不仅与自己之间有明确约定，还须明示另一方配偶，那么同理，“约定”中的“借贷约定”，更需要父母不仅与自己之间有明确约定，还须明示另一方配偶！特别提示：实践中父母与子女偷偷写借条或借款协议的做法有风险，还是要将实情告知另一方配偶。

作者介绍：刘茹洁，北京德恒律师事务所合伙人律师，生态环境部执法专家库专家，业务范围主要包括民商事诉讼、家事诉讼、常年法律顾问、建设工程、环境保护领域、劳动争议。

联系方式：

微信号：rujie699386

邮箱号：liurj@dehenglaw.com

家事律师大家谈：最高法关于民法典婚姻家庭编解释二（征求意见稿）

原创：2024-04-16 时代家事法 时代家事法团队

https://mp.weixin.qq.com/s/e-gTu_4Zqei4-LoM-QmfJg

第一条【重婚原则上不适用效力补正】

以重婚为由请求确认婚姻无效的案件中，被告以提起诉讼时合法婚姻当事人已经离婚或者配

偶已经死亡为由主张后一婚姻自此转为有效的，人民法院对该抗辩主张不予支持，但另一方有理由相信重婚一方的合法婚姻已经解除或者不存在婚姻的除外。

【点评意见】

1.《民法典》规定婚姻无效的情形有三种：重婚，有禁止结婚的亲属关系，未到法定婚龄。未到法定婚龄情形可以适用效力补正，最高法院应该是基于重婚是一种严重的违法行为，该征求意见稿才规定“重婚原则上不适用效力补正”。

2.以重婚为由主张婚姻无效。重婚是否无效，不仅事关当事人双方人身关系的无效，还涉及到财产关系的效力。

3.第一条“但书条款”规定是出于保护无过错的当事人一方，其有理由相信重婚一方为单身状态。然而，如果但书条款的抗辩成立，重婚的婚姻是否成立呢？因为重婚关系有两方当事人，重婚对于一方“不无效”时，也就意味着对“重婚”的另一方也“不无效”，这就会陷入逻辑不自洽。如何认定但书条款中的“有理由相信”？是否要去民政局查询核实？同时，如果无过错一方抗辩成立，后续还会引发当事人双方财产关系的定性以及如何处理的问题。

但书条款的内容可以在刑法或者定罪量刑上适用，但是，没有必要出现在调整婚姻关系的裁判规则中，否则可能出现以下问题：

（1）如何认定前一段婚姻关系效力？应当注意到可能出现司法裁判中同时认可重婚当事人一方两段婚姻的效力的情形。

（2）重婚中的善意一方有没有夫妻共同财产权？

（3）重婚一方已经死亡的情形下，抗辩有效时，是否会影响法定继承人范围的确定？

第二条【对当事人主张“假离婚”的处理】

夫妻登记离婚后，一方以双方意思表示虚假为由请求确认离婚无效的，人民法院不予支持。一方有证据证明双方意思表示虚假，请求确认离婚协议中有关财产及债务处理条款无效，并主张重新分割夫妻共同财产的，人民法院应依法予以支持。

夫妻一方的债权人有证据证明离婚协议中有关财产及债务处理条款存在民法典第五百三十八条、第五百三十九条规定情形，请求撤销相关条款的，人民法院应依法予以支持。

【点评意见】

1.近几年“假离婚”案件确实多发，当事人一般是出于取得购房资格、贷款优惠、避债等动机。然而，第二条第二款规定“假离婚”处理来保护债权人债权，似乎没必要。无论正常离婚还是“假离婚”，夫妻在离婚财产分割协议中损害债权人利益的，根据《民法典》第五百三十八条和第五百三十九条规定，损害债权人利益的行为都可以请求撤销，立法已经为债权人提供了救济途径。在“假离婚”情形下予以规定，易让人误以为正常离婚和“假离婚”对于债权保护的处理、价值取向上不一致。《民法典》第五百三十八条和第五百三十九条规定已经涵盖了“假离婚”情形下损害债权人债权实现的情形，第二条第二款规定也没有增加实操性。

2.如果夫妻双方都承认“假离婚”或者有充分证据证明双方属于“假离婚”且双方都没有再婚的情况下，是否可以作为例外情形而承认离婚无效，值得进一步探讨。

3.“假离婚”涉及子女抚养关系的，如果确有不妥的，当事人一方可以通过变更抚养关系，另行诉讼解决。应该基于此考虑，该条规定没有涉及子女抚养问题。

第三条【同居析产纠纷的处理】

双方均无配偶的同居关系析产纠纷案件中，对同居生活期间取得的财产，双方无协议约定且协商不成的，人民法院按以下情形分别处理：

（一）同居期间各自所得的工资、奖金、劳务报酬、知识产权收益，各自继承或者受赠的财产以及一方单独生产、经营、投资的收益等归各自所有；

（二）双方共同出资购置的财产或者共同生产、经营、投资的收益以及其他已经混同无法区分的财产，根据财产的具体情况，并综合考虑各自出资比例、贡献大小等事实，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则进行分割。

同居生活期间，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而请求另一方给予补偿，双方对此无协议约定且协商不成的，人民法院可以根据同居生活时间、负担相应义务投入的精力及对双方的影响、同居析产情况、双方经济状况以及给付方负担能力、当地收入水平等事实，确定补偿数额。

点评意见

1.关于第三条第二项同居期间形成的共同财产分割中涉及的“过错”及认定标准是什么？团队律师们讨论中形成了两种不同意见：

（1）过错认定存在法律障碍和难度。《民法典》第一千零七十九条第三款以及第一千零九十一条规定了“与他人同居”属于“过错”情形之一，但是，由于同居关系本身不受法律保护，如果同居一方与第三人同居的，应该难以认定其有过错。如果要参照《民法典》第一千零七十九条第三款以及第一千零九十一条规定，就只能参照其中“实施家庭暴力”“虐待、遗弃家庭成员”的情形来认定“过错”。但是，《民法典》第一千零七十九条第三款以及第一千零九十一条是适用于婚姻关系，欲适用于同居关系调整，存在一定障碍。因此，有律师认为此处的“过错”的认定存在一定难度。

（2）有必要保护同居关系中无过错方。鉴于现行法律对同居关系少有规范，可以参照《民法典》第一千零七十九条第三款关于“过错”情形的规定。例如，一方存在“有赌博、吸毒等恶习屡教不改”的，“实施家庭暴力”“虐待、遗弃家庭成员”的情形，就可以认定为“过错”。否则，同居关系中无过错方会处于十分不利地位。

2.关于第三条第二款规定同居期间家事劳务补偿权，一致认为该征求意见稿增设了现行法律中没有规定的一项权利。围绕该条规定，讨论中，律师们的意见有两种不同观点：

（1）认为该规定体现了公平原则。

（2）认为当事人之间成立同居关系而不成立婚姻关系的重要原因在于同居关系下双方的责任较轻，如果赋予了同居关系当事人请求家事劳务补偿的权利，使得同居关系的法律责任加重。而且在同居关系解除后，一方可能利用该理由进行恶意诉讼，会增加另一方的诉累。

第四条【基于婚姻赠与房屋的处理】

婚前或者婚姻关系存续期间，一方将其所有的房屋变更登记至对方名下或者双方名下，离婚诉讼中，该方请求对方返还的，人民法院应当根据当事人请求，结合赠与房产目的，综合考虑婚姻关系存续时间、离婚过错、双方经济情况等事实，判决该房屋归一方所有，并参考房屋市场价格由获得房屋一方对另一方予以适当补偿，但双方有特别约定的除外。

前款规定情形下，赠与人有证据证明受赠人存在欺诈、胁迫或者民法典第六百六十三条规定等情形，请求撤销该约定的，人民法院应依法予以支持。

【点评意见】

与会者对第四条规定的认识，存在明显意见分歧，形成了下列两种不同观点：

1. 第四条规定对法律关系的梳理和财产性质认定不够清晰。根据该条规定，一方在婚前将房屋产权变更到另一方名下之后，该房屋并非明确地归入另一方的婚前财产，因为该条规定允许在离婚时分割该房产。第四条规定将婚前赠与房产和婚后赠与房产的情形合并规定处理，与《民

法典》第一千零六十二条、第一千零六十三条的规定相违背，尽管司法实务中，对于两种情形的处理方法可能差不多，但是财产的性质不应模糊，一方婚前赠与另一方的房产依法本应当作为另一方的婚前财产。此外，关于“一方将其所有的房屋变更登记至对方名下或者双方名下”的规定过于笼统，如果能区分更加详细情形予以规定，效果会好些。

2. 第四条规定的意义在于无论婚前的房屋赠与还是婚姻期间的房屋赠与，均要考虑到该赠与的目的是为了维系婚姻长久，如果赠与房屋之后，受赠人的婚姻关系仅存续比较短时间（例如，一两年、三四年）又未共同生育子女的，离婚时就将房屋全部或一部分的份额归受赠方所有，对赠与方是明显不公平，因为房产价值大。

另外，第四条规定使用“返还”一词，也有所不妥。在赠与房屋且已经完成过户登记的情况下，赠与行为已经完成，如何再请求返还？该条规定对赠与财产的性质并未明确，如果是一方将房屋赠与另一方，且明确该房屋成为另一方个人财产，那么，赠与人可以根据《民法典》第六百六十三条赠与人基于受赠人“严重侵害赠与人合法权益”等事由，申请撤销赠与。

第五条【未成年人及夫妻一方直播打赏款项的处理】

不满八周岁的未成年人通过网络直播平台实施打赏行为，其法定代理人主张该民事法律行为无效，请求返还已打赏款项的，人民法院应依法予以支持。

八周岁以上不满十六周岁或者十六周岁以上不能以自己的劳动收入为主要生活来源的未成年人未经法定代理人同意，通过网络直播平台实施与其年龄、智力和精神健康状况不相适应的打赏行为，法定代理人不予追认并主张该民事法律行为无效，请求网络直播平台返还已打赏款项的，人民法院应依法予以支持。

夫妻一方通过网络直播平台实施打赏行为，有证据证明直播内容含有淫秽、色情等低俗信息引诱用户打赏，另一方主张该民事法律行为无效，请求网络直播平台返还已打赏款项的，人民法院应依法予以支持。

夫妻一方未经另一方同意，明显超出家庭一般消费水平打赏，严重损害夫妻共同财产利益，另一方以对方存在挥霍夫妻共同财产为由，请求在婚姻关系存续期间分割共同财产的，或者在离婚分割夫妻共同财产时对打赏一方少分或者不分的，人民法院应依法予以支持。

【点评意见】

1. 第五条第一款、第二款的规定回应了未成年人网络直播打赏这个热点问题，评判意见也遵循了《民法典》关于未成年人民事行为能力的认定。

2. 关于第五条第三款，传播淫秽色情本身是违法行为，相关收入也属于违法收入，该款规定认定打赏行为无效，是符合该类行为的法律逻辑的，同时还有利于打击传播淫秽色情活动。

3. 关于第五条第四款规定中的“明显超出家庭一般消费水平”的打赏被归入“挥霍”行为。对于“明显超出家庭一般消费水平打赏”和“严重损害夫妻共同财产利益”之间关系，参会者认为二者不能划等号，“明显超出家庭一般消费水平打赏”并非就一定会是“严重损害夫妻共同财产利益”，只有“明显超出家庭一般消费水平打赏”且“严重损害夫妻共同财产利益”才能请求婚内分割夫妻共同财产。但是，这种情形也可以直接适用《民法典》第一千零六十六条关于婚内分割夫妻共同财产的规定。应当注意，实践中，夫妻一方在婚内明显超出家庭一般消费水平、严重损害夫妻共同财产的情况不仅仅只有网络直播打赏这种情况，该征求意见稿没有对其他情况进行列举规定或者制定相应裁判规则，似乎过于单一了。如果欲对婚内分割共同财产的法定事由具体化，能对各种常见情况都进行列举规定应更为合

理。但无论如何，只有在损害夫妻共同财产利益的情节严重、达到了“严重损害”的程度，才能允许婚内共同财产分割。对《民法典》第一千零六十六条的解释应当谨慎，其适用范围不能任意扩大。

第六条【违反公序良俗的赠与】

夫妻一方因重婚、与他人同居等违背公序良俗情形，将夫妻共同财产赠与或者以明显不合理低价转让他人，另一方主张合同无效请求返还的，人民法院应依法予以支持。

【点评意见】

1. 第六条中的“与他人同居”应当是指已形成稳定同居关系的。

2. 民事主体从事民事活动，不得违反公序良俗，这是《民法典》第八条确立的原则。违背公序良俗的赠与，判定其无效，符合《民法典》要求。事实上，这类行为也是对配偶另一方的不诚信，还损害另一方对夫妻共同财产的共有权。另一方请求返还，理当获得法院支持。有此规定，可以避免实务中再去争议个案中的该类行为是否有效。

第七条【父母在子女婚后为其购房出资的认定】

婚姻关系存续期间，一方父母全额出资为夫妻购置房屋，没有约定或者约定不明的，离婚分割夫妻共同财产时，人民法院可以判决该房屋归出资人子女一方所有，并综合考虑共同生活及孕育情况、离婚过错、房屋价值等事实，由获得房屋一方对另一方予以适当补偿。

婚姻关系存续期间，双方父母出资或者一方父母部分出资为夫妻购置房屋，没有约定或者约定不明的，离婚分割夫妻共同财产时，双方均主张房屋所有权且一方不同意竞价取得的，人民法院可以根据出资来源及比例、共同生活及孕育情况、离婚过错、房屋产权登记情况等事实，判决房屋归一方所有，并由获得房屋一方对另一方折价补偿。

【点评意见】

1. 第七条第一款规定和《民法典》第一千零六十二条和第一千零六十三条关于赠与的规定是一致的，也与《适用<民法典>婚姻家庭编的解释(一)》第二十九条第二款的规定相一致。出资的父母可以通过与受赠人签订赠与合同，约定赠予的财产成为子女的个人财产。为防范未来争议，相关当事人还可以通过公证、律师见证等办法让第三人证明该赠与利益归属，补强证明力。

2. 关于第七条第二款规定，实务中，法官一般会根据物尽其用、照顾女方和子女利益的原则来决定房屋的归属，少有采用竞价方式的，因为竞价方式意味着经济实力强的一方更容易取得房屋所有权，这不利于女方和子女利益的保护。因此，没必要额外规定竞价方式，只需要规定“双方均主张房屋所有权”即可。

第八条【夫妻一方转让自己名下有限责任公司股权的效力】

夫妻一方转让登记在自己名下的有限责任公司股权，另一方以未经其同意侵犯夫妻共同财产权为由请求确认转让合同无效的，人民法院不予支持，但有证据证明转让人与受让人恶意串通损害另一方合法权益的除外。

【点评意见】

第八条规定的目的是为了维护交易安全，可行。

第九条【企业登记的持股比例不是夫妻财产约定】

夫妻以共同财产投资有限责任公司，并均登记为股东，双方对该部分共同财产的归属没有约定或者约定不明，离婚时，一方请求按照企业登记的持股比例分割的，人民法院不予支持，并依照民法典第一千零八十七条规定处理。

【点评意见】

第九条规定具有合理性，因为夫妻双方关于持股比例的分配安排，通常是出于方便经营管理的需要，实际上所有股权均为夫妻共同财产。

第十条【夫妻一方放弃继承的效力】

夫妻一方以对方可继承的财产为夫妻共同财产、放弃继承损害夫妻共同财产利益为由主张对方放弃继承无效的，人民法院不予支持，但有证据证明放弃继承导致放弃一方不能履行法定义务的除外。

【点评意见】

对于第十条，有两种不同认识观点：

1. 认为法律对于是否接受继承的意思表示没有设立时间限制，有继承权一方可能对于是否继承之事，一直不做出意思表示，直致夫妻离婚时另一方无法主张相关财产分割。

2. 认为第十条规定继承权的放弃是对权利人处分权利的支持，所以，对此不能进行干预。放弃继承的时间是受继承编相关规定约束，而且在有些地区，传统是父母一方死亡时继承人并不分割遗产，而是在父母双方均死亡后才能进行分家析产，所以，继承法不能设定太严格的规则。

第十一条【人身安全保护令或人格权行为禁令可适用抢夺、藏匿未成年子女情形】

父母一方或者其近亲属等抢夺、藏匿未成年子女，另一方向人民法院申请人身安全保护令或者参照民法典第九百九十七条的规定申请采取责令行为人停止有关行为的措施的，人民法院应依法予以支持。

【点评意见】

第十一条的规定十分必要，也具有现实针对性。

第十二条【抢夺、藏匿未成年子女的民事责任及抗辩事由处理】

父母一方或者其近亲属等抢夺、藏匿未成年子女，另一方以履行监护职责产生的权利受到侵害为由，请求行为人承担停止侵害、排除妨碍、赔偿损失等民事责任的，人民法院应依法予以支持。

抢夺、藏匿子女一方以对方存在赌博、吸毒、家庭暴力等严重侵害未成年子女身心健康情形，主张其抢夺、藏匿子女有合法理由的，人民法院应当告知其可通过申请撤销监护权、中止探望或者变更抚养关系等途径解决。

【点评意见】

1. 将第十一条和第十二条进行分开规定，原因是第十一条和第十二条的诉讼类型不同。第十一条规定的人身安全保护令和人格权行为禁令都适用非讼程序，第十二条是通过诉讼程序进行救济。

2. 建议将第十一条和第十二条合并为一条，分不同款进行规定，适用于“父母一方或者其近亲属等抢夺、藏匿未成年子女”的情形，合并成一个条文进行规定，内容会更清晰。

试拟条文如下：

第　条　“父母一方或者其近亲属等抢夺、藏匿未成年子女，另一方可以通过以下方式进行救济：

（一）申请人身安全保护令；

（二）申请人格权行为禁令；

（三）提起监护权纠纷诉讼；

（四）申请撤销监护权、中止探望或者变更抚养关系等。”

第十三条【优先由另一方直接抚养的情形】

离婚诉讼中，父母双方均要求直接抚养已满两周岁的未成年子女，一方有下列情形之一的，人民法院应当按照最有利于未成年子女的原则，优先考虑由另一方直接抚养：

（一）实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员；

（二）有赌博、吸毒等恶习；

（三）其他严重损害未成年子女权益的情形。

【点评意见】

1. 第十三条规定的都是涉及主观过错的情形，《适用<民法典>婚姻家庭编的解释(一)》中第四十六条规定是涉及客观情形，两者结合对该问题进行了更全面的规定。

2. 第十三条的条旨【优先由另一方直接抚养的情形】的表述，不够精准，易生误解。因为针对该条规定列举的几种情形都是系一方不适合直接抚养的情形，重新归纳，采取“对争取直接抚养不利的情形”类似的表述，是否更好？

第十四条【处分未成年子女名下房产的效力】

父母以法定代理人身份处分用夫妻共同财产购买并登记在未成年子女名下的房产后，又以该处分行为损害未成年子女利益为由向合同相对人主张合同无效的，人民法院不予支持。

【点评意见】

1. 第十四条规定是出于对交易相对方的保护，维护交易的稳定性。

2. 法院不支持之后，如果父母实施该处分行为，构成对子女的侵权，可以通过《民法典》侵权责任编相关规定进行救济。

第十五条【不负担抚养费约定的效力】

离婚协议中约定一方直接抚养未成年子女、另一方不负担抚养费，离婚后，直接抚养子女一方经济状况发生变化导致原生活水平显著降低或者子女生活、教育、医疗等必要合理费用确有显著增加，未成年子女起诉请求另一方支付抚养费的，人民法院应依法予以支持。

【点评意见】

根据诚实信用原则，应严守契约，如果离婚协议中约定一方不负担抚养费的，一般情况下确实不可以再请求其支付抚养费。但是，如果经济状况发生变化导致原生活水平显著降低，属于情势变更，直接抚养子女一方重新请求不负担抚养费的另一方支付抚养费，也理应得到支持。但是，如果只是离婚时一方为了尽快促成离婚合意达成而假意承诺，离婚后又请求对方支付抚养费的，不应当予以支持。

有观点认为，该条文系支持当事人对于抚养费约定的反悔，因为经济状况发生变化的可能性是很大的，很容易提出相关理由来主张经济状况发生变化。

但在司法实践中，对于这类情形下请求抚养费支付，法官审查是很严格的，除非是直接抚养一方或子女出现重大疾病或者其他特殊倾向，否则一般不会支持其抚养费请求。而且法官会考虑双方离婚后的时长，如果时间短，一般也不予支持原告请求。

第十六条【子女成年后欠付抚养费的处理】

能够独立生活的成年子女请求父或者母给付其未成年或者不能独立生活期间抚养费的，人民法院不予支持。

离婚协议已对未成年子女或者不能独立生活的成年子女的抚养费明确约定或者不直接抚养子女一方通过其他方式承诺给付抚养费，离婚后，不直接抚养子女一方未按照约定或者承诺履行给付义务，如果子女尚未成年或者仍不能独立生活，子女起诉请求其支付欠付抚养费的，人民法院应依法予以支持；如果子女已经成年并能够独立生活，直接抚养子女一方起诉请求对方支付欠付抚养费的，人民法院应依法予以支持。

【点评意见】

1. 第十六条第一款规定和《民法典》第一百九十六条关于诉讼时效的规定存在矛盾。《民法典》规定了抚养费不适用诉讼时效，而本条规定子女成年之后就不可以再主张抚养费，只有在未成年时才能以自己名义主张抚养费。

2. 第十六条第一款与第二款之间也有矛盾。第二款支持了直接抚养子女一方在子女成年之后请求对方支付欠付的抚养费请求权，因为直接抚

养一方垫付了对方应支付的抚养费，而子女作为权利人，在其成年之后，抚养费请求权却得不到支持，一方面子女的权利受到了侵害，另一方面也使未按照约定或者承诺履行抚养费给付义务的一方从中受益。

第二款是指明了在离婚协议中，当事人是夫妻双方。但如果不限于离婚协议的情况下，应当支持能够独立生活的成年子女请求父或者母给付其未成年或者不能独立生活期间抚养费的的权利。

第十七条【“受其抚养教育”的认定】

对民法典第一千零七十二条中继子女受继父或者继母抚养教育的事实，人民法院应当综合考虑共同生活时间长短、继父母是否承担抚养费、是否实际进行生活上的照顾抚育等因素予以认定。

【点评意见】

1. 一旦将继子女认定为受继父或者继母抚养教育，那么，继子女和继父母之间关系就适用父母子女关系法，继子女应对继父或者继母承担赡养责任，继子女有权继承继父或者继母的遗产，从保护未成年人利益出发，该条规定并无问题。但如果是“第三者”介入原配婚姻导致离婚的情形下，还让“第三者”在原婚姻中所生育的孩子作为继子女来继承遗产，或者有婚外情一方在原婚姻生育的子女与“第三者”之间形成抚养教育关系，从道义上说，可能会对原配另一方造成“二次伤害”，也可能增加了未来参与原婚姻中的男方财产利益分配的人数，引发新的矛盾。

2. 在继父或者继母与生母或者生父的婚姻关系已经依法解除的情形下，如何认定继子女和继父母之间的关系是个较复杂的问题，期待后续的司法解释进一步明确。

第十八条【离婚协议约定财产给予子女】

离婚协议约定将特定财产给予子女，离婚后，一方在财产权利转移之前请求撤销该约定的，人民法院不予支持，但另一方同意的除外。

一方不履行前款离婚协议约定的义务，另一方请求其承担继续履行或者因无法履行而赔偿损失等民事责任的，人民法院应依法予以支持。

离婚协议约定将特定财产给予子女，离婚后，一方有证据证明签订离婚协议时存在欺诈、胁迫等情形，请求撤销离婚协议中相关条款的，人民法院应依法予以支持。

【点评意见】

第十八条对司法实践中的现行通行做法进行总结归纳，并作出明确规定。

第十九条【离婚经济补偿的认定和处理】

离婚时，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夫妻一方请求另一方给予补偿的，人民法院应当根据婚姻关系存续时间、负担相应义务投入的精力及对双方的影响、对家庭所做贡献程度、双方离婚时经济状况以及给付方负担能力、当地收入水平等事实，确定补偿数额。

【点评意见】

第十九条的条旨【离婚经济补偿的认定和处理】的归纳不太恰当。“离婚经济补偿”一词并未出现在民法典第一千零八十八条中，建议采用“家务劳动补偿”，裁判规则中的概念最好与《民法典》的用语相统一。该规定是对《民法典》家事劳动补偿的细化，对于统一裁判具有指导意义，也期待有此规则后，可以促进法院裁判确定的补偿金额能有明显提高。

第二十条【离婚经济帮助的处理】

离婚时，夫妻一方依靠个人财产和离婚时分得的财产仍无法维持当地基本生活水平，请求有负担能力的另一方给予适当帮助的，人民法院应依法予以支持。

一方因经济困难无房居住的，人民法院可以根据当事人请求，判决有负担能力的另一方采用下列方式予以帮助：

（一）一定期限的房屋无偿使用权；

（二）适当数额的房屋租金；

（三）通过判决设立一定期限的居住权；

（四）其他符合实际的方式。

【点评意见】

1. 第二十条规定“判决设定一定期限的居住权”对承受居住权负担一方来说，该负担太沉重，因为经济困难无房居住且年龄较大的当事人，其经济状况可能没有改善的条件或者可能性，居住权期限届满之后，并无条件搬离所居住的房屋，将导致相关房产事实上被另一方长期占用。如果设立居住权的房屋是双方离婚后继续居住使用的，原配偶的另一方长时间期在此居住也很可能会影响一方再婚开始新生活？关于解决经济困难，除了原配偶的责任承担外，还应当通过社会救助制度去解决经济困难无房居住问题，离婚时配偶尽到一定责任即可，不应当使其负担过多过重。

2. 第二十条的条旨“离婚经济帮助”归纳得不够精准，建议修改为“离婚经济困难帮助”更合适。

（三）法官视点

锦旗背后的故事①丨离婚协议“没说清”引发争议 “小案不小办”实质解决难题

2024-03-26 北京市第一中级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/WvWcFoYC_Mny-bt7spm-KQ

“您是认真负责的好法官，帮我们解决了实际的问题，能够体谅我离婚后独自抚养孩子的困难，省下的两万块钱虽然不算多，但也够我和孩子一段时间的生活了，我给您邮寄的锦旗，一定记得签收啊！”来电人贾某（文中当事人均为化名）是我承办的一起案件的当事人，贾某在电话中激动地向我表达感谢，还与我聊起了她“无案一身轻”后对新生活的计划，我为她能够重拾生活信心而感到高兴，也不禁回忆起这起案件的办理过程。

一份“没说清”的离婚协议引发户口滞留

去年的 10 月，审判系统里多了几件新收的案件。我像往常一样先大致浏览，做到心中有数。贾某的案件是一起离婚后财产纠纷案件，这在家事审判中是很常见的案由。但在阅卷过程中，“离婚协议”“户口迁出”“违约金”这几个关键词，让我心里“咯噔”一下。离婚协议中多见对婚姻关系解除、财产分配支付、共同债务承担和子女抚养方式等问题进行约定，而约定户口未迁出需支付违约金的情况并不多见。而且最关键的是，户籍迁出争议是否属于人民法院受理、判处和能够强制执行的事项，经常会造成当事人之间纠纷经年累月的僵持状态。于是，抱着从根源上化解矛盾的初衷，我开始更仔细地查阅案件材料，对这起有些特殊的“小案”投入了更多的精力。

贾某与谢某的纠纷源于一份“没说清”的离婚协议，二人早在 2020 年就已经协议离婚，双方在《离婚协议书》中约定“离婚后如贾某户口迁出，谢某应协助配合办理，如果不迁出或一方不配合办理，则赔偿经济损失 10 万元”。

现在双方离婚已经三年多，贾某的户口却一直滞留在原址，双方对《离婚协议书》中关于户口迁出的约定如何理解各执一词，谁也不肯让步。

于是，谢某诉至法院，要求贾某按照《离婚协议书》的约定迁出户口，并赔偿违约金 10 万元。贾某则认为，《离婚协议书》没有明确要求贾某的户口必须迁出，也没有约定迁出时间，因此贾某无需向谢某支付违约金。

户口滞留的难题就这样横亘在贾某和谢某之间，留待解决。

矛盾根源在案外怎么办？

“提高违约金数额也不一定能解决户口问题吧，而且提高的话，我觉得贾某更不会主动迁走户口了。”听法官助理小王这么一说，我陷入了沉思，离婚纠纷中的当事人，不同于一般房屋买卖合同中未履行户口迁出义务而产生违约争议的主体，贾某和谢某毕竟夫妻一场，又育有一个婚生子，单纯判定调高户口未迁出的违约金虽然可以是案件处理的答案，但未必是化解双方本质纠纷的“最优解”。谢某上诉的诉求是增加违约金，但是透过现象看本质，双方的矛盾根源其实并不是贾某付不付违约金、付多少违约金，而是贾某的户口到底能不能迁走、什么时候能迁。

厘清审理思路后，下一个难题又来了，户籍管理属于公安机关行政管理事项，公民的户口迁出事宜难以通过民事案件直接处理，但如果不解决，就不能实现案结事了、息诉服判，双方矛盾不仅仍会存在，甚至还有进一步激化的可能。

两条路摆在面前：就案办案，给当事人一个生效判决，抑或是通过调解实质解决纠纷？为了扭“双输”为“双赢”，我选择了后者。

缓和冲突、柔性处理 实质解决难题

我决定立即组织双方谈话，听取双方当事人的真实想法，也打算做做贾某的工作，最好能让贾某主动把户口迁出，如果贾某不主动迁出，再看看谢某能不能申请强制迁出贾某户籍入公共户。因为贾某和谢某积怨颇深，二人在本次谈话之初可谓是“横眉冷对”“剑拔弩张”，只要一方发言，另一方就会立即打断并反驳，其间我数次维持法庭秩序。

谢某一脸无奈和怨气地说：“我已经再婚了，我现在的老婆天天跟我吵架，质问我为什么贾某户口还在咱们家，这几年没一天安生日子，当年协议就这么约定的，贾某不迁走户口，就得给十万！”“离婚协议没要求我必须迁出户口，他哪有什么经济损失，违约金就不应该支付！”贾某也不甘示弱地指着谢某反驳。

为了打破僵局，我开始将心比心地帮助当事人分析自身的利弊得失，并向双方耐心详细地释明了法理和情理，疏导双方互相体谅、理解。在我不懈地调解下，谢某终于平复了情绪，主动提出：“如果贾某能把户口迁走，我可以放弃主张违约金。”贾某听到后，也向法院表示：“丁法官，迁户口的问题我会好好考虑，我考虑好了马上跟你说。”

一周后，谢某给我打来了电话，说经过其详细咨询了解，因谢某的户籍属于农村户籍，目前还无法实现将贾某的户籍强制迁出至北京市城镇居民公共户，希望我再努力做做贾某工作。看来本案的纠纷化解，也只能靠贾某自行迁出户籍。

半个多月后的一天，我接到了贾某的电话：“丁法官，那天从法院回去之后，我认真地考虑了你说的话，你说得对，我不应该去跟谢某置气，相互为难，我现在已经把户口从谢某家迁走了。”我将这一情况立即转告了谢某，谢某得知后，也如约履行了在法庭上的承诺，提交了书面意见，放弃对贾某主张违约金。我悬了半个多月的心也终于落了地。

最终，依据当事人对实体权利的处分，二审妥善解决了双方的户口迁出争议。在 2023 年的最后一个星期，双方因离婚后贾某户口滞留而引发的长达三年的纠纷终于彻底了结。

后语

法官手里一件案，百姓心中一片天。北京一中院团河法庭作为家事案件专业化审判庭，审理的多是因离婚、继承等家事纠纷引发的案件，这其中“小案”占据了很大比例。这些“小案”虽然标的额不大、案情也不复杂，但是每一个情、理、法交融的家事纠纷背后，都关乎一个人甚至一个家庭的操心事、烦心事、揪心事，需要承办法官牢固树立“小案不小办”的理念，以“如我在诉”的态度推动纠纷实质解决，真正做到以“小”案件服务“大”民生，让人民群众切实感受到公平正义就在身边。

供稿：北京一中院团河法庭

作者：丁少芃、王明夫

编辑：何宛珊

温水“离”·断奶“离”·不敢“离”——家事婚姻“渐冻症”

2024-03-27 新吴法苑

https://mp.weixin.qq.com/s/03jm2uDn5X1pA0Ph8vx3wg

开栏语：

人是情感动物，有喜怒哀乐、爱憎褒贬，法官其实也是普通人，只是职业性质决定了他们的日常是以一颗理智中立的心，听世间悲欢，辨真相谎言。工作中的他们始终将情绪与感受深藏，待夜幕落下，他们将法袍褪去，坐在寂静的办公室中撰文理卷之余，回想起近期的所见所闻，常会顿生一番感悟，不吐不快，这就是《法庭•五味瓶》栏目的由来。

本号正陆续推出《法庭•五味瓶》系列文章，为您讲述鲜为人知的法官办案故事，以细致笔墨描绘心路历程，带您体验法院人的甜酸苦辣咸。

王成英，新吴法院江溪法庭、法官助理

01 爱情溺亡在“人间烟火”里

闺蜜问我：“你处理的离婚案件中，原因最多的是什么？是不是出轨？”我大笑，“还真不是，是激情消磨殆尽后的一地鸡毛，是一个又一个‘你不懂得如何爱我’的细节。”

“为什么诉请离婚？”妻子会在法庭上回答，“他一下班就打游戏，一点家务也不做”；“他老是往我养的花盆里弹烟灰，扔烟头，说了多少次都不听”；“孩子家长会他从来不去，老师都说不要总是妈妈冲在前面”……

而丈夫一般会说，“她从不关心我，我喝醉了晚回家她都不会给我打个电话，我的衣服都要自己买”；“我们的钱都在她那里，我什么都不知道，后来亏损才告诉我”……

曾经你侬我侬，共同期待美好的两人，如今在法庭中分坐一方，陈述与抗辩，宣泄与争吵，痛陈婚姻中己方的不幸和对方的过错。双方的陈述是故事的两个版本，截然不同，完美与过错互相颠倒。唯一可以很快达成的一致意见是：因为生活

琐事感情彻底破裂。这绝不是个例，我能在九成以上的诉状中看到这句话，也会在八成以上的离婚判决中看到这句话。

心理学中有个名词叫累积效应，指的是某种外力因素长期作用于同一物体，水滴石穿，被作用的物体会产生性状上的变化。婚姻也是被作用的那个物体。

出轨外遇了吗？没有。

家庭暴力了吗？也没有。

突生变故了吗？还是没有。

有的不过是一根根稻草、一片片雪花、一颗颗沙粒。后来，稻草摞成堆，压垮了骆驼，雪花积成山，埋没了村庄，沙粒聚成塔，侵蚀了绿洲，被作用的婚姻最终一片荒芜。

02 离不离婚，我要问我妈

英国作家珍妮特·温特森说："在这一生中，你得成为自己的英雄。"我觉得大概意思是，你得用自己的力量和方式去面对生活，无论对你来说有多困难。

调解室内，妻子说："他是个'妈宝男'，婚前怎么追我都是他妈妈教的。婚后，衣服妈妈洗，地妈妈拖，饭妈妈做，什么都是他妈妈做主，但凡我们婆媳吵架他都觉得是妈妈对。"

坐在对面，交叉双臂，头转向一边的婆婆立刻回嘴："我爱我儿子有什么错？你才是'妈宝女'呢！嫌我们家条件不好，就住回娘家，也不和我们家商量。"

轮到这边的丈母娘看不过去了，"我家女儿怀孕后，在你们家吃不好，睡不好，我们不接回家怎么照顾？"

两个家庭的矛盾再一次点燃，双方父母互相攻讦，两个孩子也不时帮腔。这时，我们只能把两方父母都请出调解室，留下双方当事人，毕竟结婚是两个人的自由，离婚也只能自行决定。

只是，很无奈，他们还是说，"我要问我妈"。

这类案件中，往往存在两代人、三个家庭的纠葛：父母习惯于照顾孩子的生活，事无巨细，而孩子也满足于原生家庭的舒适圈。婚后，当小夫妻发生矛盾，仍习惯于向各自父母寻求帮助，而他们的父母也习惯于为自己的孩子"打抱不平"。只是，当他和她心理上始终存在依赖性、无法"成年"，如何承担组建一个新家庭的责任和担子？这个案件最终调解结束，调解笔录签字的那一刻，公公突然说道："我真的很惋惜他们的婚姻，他俩的感情其实挺好的。只是两个孩子都太不独立了，我们两家大人也掺和太多了，矛盾太深，走不下去了……"

03 失望透顶，但不敢离婚

钱钟书先生写道，"婚姻是一座围城，城外的人想进去，城里的人想出来。"她或她们曾多少次在城门口徘徊，即使遭遇家暴，"走出城去"，仍是一个非常艰难的抉择。于她们而言，现实生活里有太多的放不下困住了她们，自由早已遥不可及。

丈夫与妻子结婚八年，他在外打拼养家，她在家全职带娃。起初，琴瑟和鸣，举案齐眉。婚后第三年，丈夫事业一落千丈，开始与她有口角之争，发展到动手也是没过多久的事。

这次，矛盾再次爆发，她鼓起勇气联系了妇联，在妇联委派律师的帮助下，向法院申请人身保护令并诉请离婚。我们十分重视，也非常同情，立刻组织双方进行谈话。

当天，丈夫没有来，只有代理人出现。而妻子戴着厚重不适的墨镜，撸起袖子后，手臂上淤青清晰可见。

"哎，怎么不早点申请人身保护令，不早点诉请离婚？"

"其实他除了喝多酒动手，其它都还好。而且我当初没有工作，如果离婚，没办法独自养育孩子。"

"那现在呢？"

“现在我找了一份工作，再加上爸妈的帮衬，我和孩子应该能过下去了。如果不是忍无可忍，我可能也走不到这一步。”

后来，她如愿拿到离婚判决书，沉默良久，开始掩面而泣……

温柔抵挡不了拳头，隐忍也无法让施暴者回头。善良应该有底线，妥协也不能没有止境。面对家暴，真的需要及时说“不”。只是很多时候，对家暴说“不”不仅需要勇气，还需要能力，是心理上摆脱依赖，战胜恐惧，自己做自己的精神支柱，是经济上强起来，重新回归社会，靠自己养活自己和孩子的能力。

来源：新吴法院江溪法庭

全国首案背后，8 岁孩子的话令人泪目！

2024-03-31 广东省高级人民法院

https://mp.weixin.qq.com/s/tQM8A_pXzopk8wL0rJ-rSw

案件提要

人身安全保护令作为由人民法院依据非诉程序作出的民事裁定书，一经生效即具有强制执行力。违反人身安全保护令的行为属于拒不履行裁定的违法行为，情节严重的，可以刑法第三百一十三条依法追究违法行为人的刑事责任。

争议焦点

违反人身安全保护令，经拘留仍不停止暴力威胁，是否应以拒不执行裁定罪定罪处罚。

基本案情

2023 年 10 月，珠海市香洲区人民法院作出民事裁定禁止王某甲对其前妻王某乙实施殴打、威胁等家庭暴力行为；禁止王某甲骚扰、跟踪、接触王某乙及女儿。该裁定于作出之日生效，有效期为生效之日起六个月。

2023 年 11 月，王某甲再次施暴，致王某乙及其同事陈某被打伤，公安机关决定对王某甲处以行政拘留十日并处罚款。香洲法院对王某甲进行了训诫及劝导，警告其在行政拘留结束后不得再违反保护令，其书面保证不再犯。但行政拘留期满后，王某甲就开始通过微信、短信等方式多次向王某乙发送刀具照片、农药物流信息截图及多条人身威胁信息。王某乙深感恐惧，再次向法院求助。香洲法院对王某甲作出司法拘留十五日的决定，后以王某甲涉嫌犯罪将案件线索移送公安机关。香洲检察院以王某甲犯拒不执行裁定罪提起公诉。

裁判结果

香洲法院经审理认为，王某甲对人民法院作出的裁定有能力执行而拒不执行，情节严重，其

行为已构成拒不执行裁定罪。经综合考量王某甲有坦白情节，自愿认罪认罚，取得被害人的谅解，但有前科等量刑情节，遂以拒不执行裁定罪依法判处王某甲有期徒刑八个月。

典型意义

本案系全国首例因违反人身安全保护令被追究刑事责任的案件。被告人在人民法院作出的人身安全保护令有效期内，违反裁定确定的禁止性义务，对其前妻实施殴打；在被公安机关行政处罚及被司法机关进行训诫后，仍继续发送威胁信息，已达到“情节严重”的程度，故应以拒不执行裁定罪定罪处罚。对违反人身安全保护令的行为科以刑事处罚，既能够震慑施暴者，维护司法权威，让施暴者知道人身安全保护令不是一纸空文；也能更好地保障家庭关系中弱势群体的合法权益，让受害人意识到人身安全保护令是能够实实在在保护自己的有效利器。

法官简介

法官手记

刚以止暴 柔以释怨

“爸爸如果真的爱我，就不应该伤害我的妈妈”，这是在办理案件过程中，被告人的八岁女儿对我说的话。

一个长期目睹家庭暴力的惊恐无助的女孩，一个时时面对死亡威胁的如惊弓之鸟的母亲，一个失意酗酒、戾气深重、动辄拳脚相加的父亲。这是我看完案卷后对这个破碎家庭的画像。

办理这样的案件，最难的不是法律关系，而是厘清家庭关系、社会关系；最需要保护的是被家暴的母亲以及目睹家暴的未成年子女；最需要解决的问题是了解被告人的犯罪动因、化解心结、预防再犯罪。

我求助了心理和家暴问题专家。心理专家对母女俩进行了心理测评和辅导，一方面了解和评估被告人的成长环境对其造成的影响、犯罪动因及人身危险性；另一方面评估小女孩所受的心理创伤程度并及时进行干预，以及对母亲接下来的养育方式提出了建议。

在对被告人的人格特征、行为模式、思考方式等进行充分了解和分析后，我两次去看守所提审了被告人。

当我夸他女儿聪慧懂事时，他露出了骄傲自豪的笑脸；当我给他出示她女儿摆的沙盘照片，指给他看沙盘的最中央摆放了公安局的模型，说明小孩强烈的不安全感时，他愧疚、不安，眼眶湿润；当我告诉他，目睹妈妈被家暴，也是一种对小孩的家暴，会造成小孩的人格发育迟滞时，他嚎啕痛哭。

他说，他很爱女儿，从来没有打过女儿，也不知道自己的行为会给小孩造成这么大的心理伤害。对于前妻，他已放下过往，再不纠缠。

刑罚的力量，不仅是惩罚，更在于修复和预防。

法官能做的，不仅是案件的裁判者，还有矛盾的化解者，再犯罪的预防者。

通过刑罚的打击力量，对被告人进行震慑；通过亲情的感化力量，触动他内心最柔软之处。一刚一柔之间，为的是让被告人停止暴力，放下过往，走向新的生活，也还那对相依为命的母女一个有安全感的生活。

提审结束后，被告人提出，能不能把女儿摆沙盘的照片留给他，以慰他思念之苦。我说会再冲印一份照片通过正规程序转交给他。

第二天，我特意去照相馆重新冲印了一张大照片，通过看守所进行转交，照片上印有“公安局”三个字的模型赫然居中。

希望这张照片，既能让他看到孩子可爱纯真的脸庞，也能时时提醒他孩子所受的伤害，每当情绪失控的时候，这张照片能浮现在他的脑海，引导他的行为。

审核：黄慧辰

编校：利玥漾

TA 从未爱过我，是婚姻中的过错方吗？

原创：2024-04-01 上海一中法院 潘静波

https://mp.weixin.qq.com/s/iXHqrhdgZvXzQ8L-QJXSjw

编者按

01 对方从未爱过我 是婚姻中的过错方吗？

答：有朋友问：“我的另一半，他从来没有爱过我，是婚姻中的过错方吗？”

听完问题，一时语塞。这个问题，涉及到对爱的理解，对过错的理解，甚至是对婚姻、伦理、道德、法律等的理解，简直就是个哲学问题，不是一个法律人几句话能讲清楚的。法律，是人类社会的行为规则之一，生活中的很多行为，受到法律的规制；但也有很多行为，很难简单用法律来加以评价。

但即便如是，仔细一想，还是觉得其中有值得去梳理一下的内容，即：“在法律上，如何看待婚姻中的过错”。

《民法典》婚姻家庭编中，有 4 个条文中规定了“过错”，分别是：

第 1054 条，无效的或者被撤销的婚姻自始没有法律约束力，当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成的，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决……婚姻无效或者被撤销的，无过错方有权请求损害赔偿。

第 1081 条，现役军人的配偶要求离婚，应当征得军人同意，但是军人一方有重大过错的除外。

第 1087 条，离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成的，由人民法院根据财产的

具体情况，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决。

第 1091 条，有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚；（二）与他人同居；（三）实施家庭暴力；（四）虐待、遗弃家庭成员；（五）有其他重大过错。

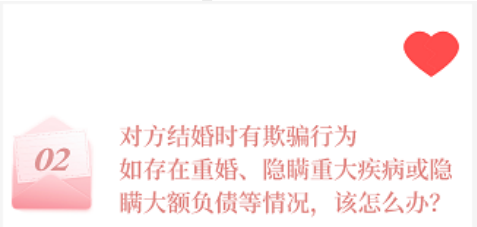
在法律上，婚姻中的过错，基本都规定和体现在上述条文中。在家事案件审理过程中，一般适用较多的条文是第 1087 条和第 1091 条。司法实践中，关于上述条文的法律适用，有几方面的情况值得关注：

其一，关于过错的内涵。

第 1087 条与第 1091 条中的过错，在内涵上并非完全一致。第 1091 条中的过错，包括了重婚、与他人同居、实施家庭暴力、虐待或遗弃家庭成员等，至于兜底条款中的“其他重大过错”，一般的理解，在程度上应与上述情形相当。而第 1087 条中的过错，则不应仅限于第 1091 条所规定的较为严重的过错情形，还应包括其他违反婚姻义务或故意以悖于善良风俗的方法损害婚姻关系的过错行为。如通奸、嫖娼等行为，结合案件具体情况，亦可认定为第 1087 条之过错情形。

其二，关于条文的适用。

第 1087 条与第 1091 条系不同之法律规定，在离婚诉讼时，如当事人同时提出主张，两条法律规定亦可同时适用。也即离婚时，一方因婚内过错，已经被法院认定需进行单独之损害赔偿，在其他财产分割时，还是很有可能因为过错而被认定少分财产。



答：问题中所述情形，可以分述如下：

关于重婚

《民法典》第 1051 条规定，有下列情形之一的，婚姻无效：（一）重婚；（二）有禁止结婚的亲属关系；（三）未到法定婚龄。

由上述规定可知，如本次婚姻之前，已经有合法有效婚姻存在，本次婚姻即为重婚，属于无效婚姻。

无效婚姻，即欠缺婚姻成立的法定条件而不发生法律效力的男女两性的结合。上述法律规定，体现了国家公权力对于结婚自由的一定程度的限制。

根据“民法典婚姻家庭编司法解释一”第 9 条之规定，除了婚姻当事人本人以外，当事人的近亲属及基层组织，均可向法院请求确认婚姻无效。

关于隐瞒重大疾病

《民法典》第 1053 条规定，一方患有重大疾病的，应当在结婚登记前如实告知另一方；不如实告知的，另一方可以向人民法院请求撤销婚姻。请求撤销婚姻的，应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。

由上述规定可知，如一方婚前存在重大疾病不如实告知的，另一方可以请求撤销婚姻。

根据《民法典》第 1054 条规定，无效的或者被撤销的婚姻，自始没有法律约束力，当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成的，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。

可见，一方存在重婚或隐瞒重大疾病情形的，法律规定了无效婚姻、可撤销婚姻制度，赋予无过错方相应的救济权利，对无过错方加以保护。

关于隐瞒大额负债

一方在结婚时向对方隐瞒了大额负债，并不属于无效婚姻或者可撤销婚姻之情形。

根据“民法典婚姻家庭编司法解释一”第 33 条之规定，一般来讲，一方婚前的大额负债，系其

个人债务；但如若婚前所负债务用于婚后家庭共同生活的，亦可能被认定为系夫妻共同债务。

当然，如果因一方结婚时隐瞒大额负债，最终导致双方感情破裂的，另一方亦可以此为由而主张离婚。

潘静波少年家事庭副庭长、上海法院审判业务骨干、三级高级法官

婚姻，很多时候，是两个人的事，相互喜欢与否，过得好与不好，只有自己最清楚。所以，开始或者结束，不仅仅要有感情和冲动，也要有理性和冷静。眼睛“擦擦亮”，做好自己人生的“第一责任人”。

当然，生活总是会有“不论再怎么努力也不尽如人意”的时候。即便如是，也要学会理性看待对方和过往，勇敢地用法律保护自己，乐观地面向未来生活。

文：潘静波

值班编辑：姚卫华

赵奇 | 居住权在执行程序中的适用

原创：2024-04-03 人民司法杂志社 赵奇

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

文 / 赵奇

作者单位：北京市高级人民法院

本文系国家社会科学基金重点项目“以人民为中心的民事司法程序前沿问题研究”（项目号：20AZD118）的阶段性成果。

内容提要

民法典增设居住权制度，规定居住权属于用益物权，但具有较强的人身属性，流通性受到严格限制。但居住权在强制执行中的地位和角色不同，面临的权利义务也有所不同。当居住权作为执行标的或附着于执行标的之上时，不应拘泥于居住权的人役性，而应专注于居住权的用益性，承认居住权具有对价属性。在居住权难以实现或与其他权利冲突时，由执行法院结合居住权的制度基础和立法目的，平衡协调居住权的人役性和用益性，根据居住权的权利状态、范围、期限和居住权人的收入水平等因素，对居住权执行确立以

承认为主、涤除为例外的审查原则，在符合特定条件下应当允许以金钱对价的方式予以涤除，并赋予居住权人提出排除执行的救济渠道，推动居住权制度的多元化发展。

目次

一、居住权在执行程序中的实现及阻碍
二、居住权在执行程序中的权利冲突
三、居住权在执行程序中的审查和救济规则

民法典增设居住权制度，是贯彻落实党的十九大报告提出的“加快建立多主体供给、多渠道保障、租购并举的住房制度，让全体人民住有所居”的重要举措，为老百姓多元化利用财产提供了更多法律依据。因居住权是从无到有的制度创设，在司法实践中存在概念、制度和程序上的模糊问题，很多当事人将所有权和共有权意义上的居住权益、权属纠纷以及抚养、扶养或赡养意义上的居住权益与民法典规定的居住权混淆，特别是居住权在执行程序中的适用和衔接问题，进一步将执行法律关系复杂化，形成“申请执行人—被执行人—居住权人—买受人”的四边对抗关系。但理论界对居住权的研究主要集中在实体法领域，对诉讼程序和执行程序的衔接研究极少。如何保障居住权制度与强制执行制度的衔接和协调，是民事执行法学迫切需要研究和厘清的重要课题。

一、居住权在执行程序中的实现及阻碍

（一）居住权执行的制度基础

所谓居住权，是大陆法系传统的物权形态，是指居住权人对他人所有房屋的全部或者部分及其附属设施，所享有的占有、使用之权利。居住权制度起源于罗马法，根植于罗马社会特殊的家长权家庭制度和概括继承制的遗产继承制度，为弱势群体解决居住问题而创设。法国、德国、意大利、瑞士等欧洲国家的民法典大多继受和发展了居住权制度，日本虽然最初并未规定，但在 2018 年民法修改中增加了关于居住权制度的规定。我国民法典将居住权确立为用益物权，分为人役型和用益型，规定居住权不得转让、继承，原则上也不得出租，一般无偿设立且期限较长，但也赋予当事人可以对居住权内容进行约定的权利。

虽然民法典对居住权的移转和流通进行了严格限制，但强制执行并不以当事人之意愿发生转移，在被执行人拒不履行的情况下，强制执行往往违背被执行人意愿，况且居住权作为用益物权，如果不加区分一律否认其流通属性，将给设定有居住权的涉案房屋的变现带来不利影响，甚至由此给债权人带来的损失远远大于涤除居住权所导致的损失。但值得注意的是，也不能据此为了保障债权人的利益而径自损害居住权人的利益，需要执行法院视案件情况综合衡量各方利益。

（二）居住权在执行程序中的常见情形

居住权人在执行法律关系中所处的角色和地位不同，所面临的权利义务和执行责任也有所不同，笔者认为可以分为 3 种情形。一是申请执行人享有的居住权，此时申请执行人即是居住权人，执行标的即是居住权，执行目的是实现申请执行人的居住权益，从本质上属于行为执行。二是被执行人享有的居住权，被执行人即是居住权人，又可以分为两种，第一种是居住权消灭或灭失后的涤除和交付，第二种是被执行人享有的居住权明显高于其生活收入水平，此时能否对居住权采取涤除和变价措施？三是案外人对执行标的（住宅）享有的居住权，案外人是居住权人，执行目的是确保住宅的合理变价，保障当事人的合法债权。

上述 3 种情形中，情形 1 和情形 2 的第一种情况，需要通过执行程序实现或者涤除居住权，从本质上是行为请求权，均属于行为执行。情形 2 的第 2 种情况是被执行人确实无可供执行的其他财产，却享有与本人收入水平不相匹配的较高水平的居住权。情形 3 在执行实务中最常见，被执行的住宅上设定有居住权，为确保住宅合理变价

乃至保值增值，此时需要对居住权进行审查决定予以承受或者涤除。本文主要讨论居住权的财产属性、用益属性，在执行程序中居住权能否流通转移和涤除变价。

（三）人役性对居住权执行的限制和影响

罗马法意义上作为人役权的居住权，立法目的是保护离婚妇女、家属和保姆等特定人员或弱者的生活，遵循不可移转原则，具有主体限定的人役权、保障性权利的标签。有德国学者指出，正因为所有权人在其用益权利和占有权利上被剥夺，故而所有权人的“伙伴”，应只能是所有权人准许的用益权人，而不是该用益权人的权利继受人。虽然我国民法典规定当事人可以自行约定居住权有关内容，但从现有条文来看，对居住权的定性仍属于人役权，规定不得转让、继承等表述过于强调居住权的人身专属性，对居住权的概念仍停留在狭义认知范畴。

随着社会的发展进步和法律规范的日益完善，居住权过于强调人役性的缺点开始暴露，不仅严重限制了居住权的社会和经济价值，也客观上限制了居住权制度在强制执行制度中的适用和衔接，导致执行拍卖时人们对设定有居住权的住宅缺乏投资竞价的热情和保值升值的预期，居住权的财产权属性难以完全体现，客观上增加了执行工作的难度。有学者指出，居住权基于人役性定位而引申出的诸多设计与用益物权不符，不能适应现代社会有关经济效益的基本观念，难以适用于“崭新的工业的金钱社会”。用益物权人虽然对用益物本身没有处分权，但对用益物权本身可以处分，比如土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权等均可以转让、设定抵押。居住权作为一种用益物权，应当具备其一般特征。笔者认为，要完善居住权制度实体法与执行法的衔接，必须打破人役性对居住权的概念束缚，以包容的态度、发展的眼光去完善居住权制度。

（四）执行程序对居住权的重塑

强制执行是执行机关根据债权人的申请，运用国家公权力强制债务人履行生效法律文书确定义务的公法行为。强制执行法是所有民事法律的终点，是一个实体问题与程序问题牵连不分、诉讼规则与非讼规则交替更迭、多种民事法律风云际会的特殊领域，这就决定了民事强制执行法的内在理论具有程序法与实体法相互交织的特征。民法典第七百二十五条规定：“租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。”最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定（2020年修正）》第 31 条对执行程序中租赁权的处理也贯彻了“买卖不破租赁”，但也确立了权利冲突时可以依法涤除为例外的处理意见。通过执行程序对住宅强制变价后导致所有权发生变动，原附着在该住宅上的居住权是否需要承受或涤除，关系到居住权人、债权人和买受人等不同主体的合法权利和预期利益，需要在各方利益之间寻求平衡。

从目的解释来看，首先要考虑民法典对居住权制度的立法目的。居住权是为了保障特定权利人的生存居住权益，具有家庭属性的居住权更是如此。在执行程序中，对居住权无论是予以承受还是涤除，均不能突破民法典的立法原意，要合理保障居住权人满足生活居住的需要。

从体系解释来看，强制执行程序是将权利与法律关系经由诉讼过程发生的变动予以实现之法律，最终实现实体权利与法律关系。居住权制度的保障和实现，离不开民事诉讼和民事执行程序的保障。执行程序对居住权的适用和处理，应做好与民法典实体法制度的衔接，既要体现强制执行程序的特点，也要保障居住权制度的稳定和发展。

从社会习俗来看，基于亲属关系设立的居住权，如果该房屋由于出让或者强制执行导致所有

权发生变动，居住权人继续行使居住权的权利和感情基础事实上已经不复存在或者很难实现。如果坚持居住权的承受主义，意味着买受人将继续承受房屋上已设定的居住权，可能与完全陌生的居住权人共同生活在同一屋檐之下，此时不仅居住权设立的目的难以实现，反而极易引发新的矛盾和纠纷。笔者认为应当充分尊重社会习俗和交易规则，处理思路要符合现代社会的主流价值取向。

二、居住权在执行程序中的权利冲突

（一）权利冲突的类型

1. 居住权与抵押权的冲突

当被执行的住宅上同时设定有居住权和抵押权，两者的主要矛盾在于实现抵押权与居住权之间的冲突，当债务人无法清偿债务，抵押权人要求优先受偿抵押物时，孰先孰后如何处理和协调？有意见认为，根据物权优先效力，应当以设立的时间顺序判断孰更优先，若居住权设立在先，应当按照承受原则保留居住权，即按带居住权处置。由于民法典对居住权法律关系的规范配置不足，鉴于居住权与租赁权在功能与制度构造上具有相似性，应当参照租赁合同的相关规范，对居住权关系进行类推适用。

2. 居住权与租赁权的冲突

在居住权能上，居住权与租赁权均是对使用权人与所有权人作出分离的制度设计，但居住权的权利效力与稳定性自然强于作为债权的租赁权。两者的主要矛盾在于能否同时存在于同一房屋之上，以及设立顺序对权利冲突的影响。因居住权和租赁权均对房屋有使用权能，故一般情况下两者是互斥的，民法典规定设立居住权的房屋原则上不得出租，有约定的除外。但有观点指出，应当允许所有权人在已出租的房屋上设立居住权，根据顺序规则进行判断。也有观点指出，房屋已经基于出租转移给承租人占有或者已办理出租备案登记的，应优先保护租赁权。甚至有观点指出，对于已经办理了租赁备案的房屋，设立居住权必须经过承租人同意。但由于租赁权无需登记即生效，这点与居住权存在明显差异，重点要防止被执行人或案外人的恶意滥用，特别是利用近亲属恶意签订长期租赁合同排除执行。若采取租赁权物权化规则，居住权人的预期权益将会完全落空，所以笔者认为应适用物权优先原则，居住权人有权请求承租人返还占有的房产，承租人可请求出租人承担违约责任。

3. 居住权与所有权的冲突

居住权一经生效，所有权人无法单方对居住权合同进行变更或者终止，需要接受和忍受居住权人在约定时间内长期占有使用该房屋的义务。即使所有权人发生变更，新的所有权人也无权变更或者终止已有的居住权。如果采取带居住权拍卖的方式，即使因强制执行导致房屋所有权发生变动，居住权人仍可以继续对该房屋行使居住权。但基于亲属关系设立的居住权，一般是居住权人与所有权人共同生活居住，如果居住权本身成为执行标的，意味着居住权人与所有权人已经对簿公堂、矛盾激化，基于亲情共同居住的基础已经不复存在。如果设立居住权的房屋成为执行标的，当所有权发生变更后，新的房屋所有权人与居住权人并无亲属关系，居住权的长期存在势必会影响新的所有人对房屋的实体权利，从而使所有权益难以完全实现导致走向虚无，双方权利人长期处于情感焦虑和矛盾纠纷的不稳定状态。

（二）处理权利冲突的基本原则

1. 秉承民法典居住权制度立法目的

《世界人权宣言》和联合国经济、社会和文化权利委员会《关于获得适当住房权的第 4 号一般性意见》均倡导各国将住房权利作为基本人权予以保障。结合我国居住权制度设立的目的，执行程序中对保障弱者生存的基础性价值依然不可偏废，避免居住权人及其同住亲属无家可归、流落

街头而产生新的社会问题。在被执行人有多项财产可供执行时，执行法院应优先选择对被执行人生产生活影响较小且方便执行的财产执行。

2. 贯彻公平与效率双重价值需求

在保障债权人胜诉权益的基础上，既要提高执行效率，降低司法成本，也要完善弱势群体的优先保障机制。执行法院应当从收入和居住两个维度进行考量，即居住权人有房居住与无房居住、有收入和无收入等方面进行区分，满足居住权人的实际住房需求。不仅要妥善平衡债权人、债务人、利害关系人和居住权人等主体之间的利益，还要防止未经正当程序保障而径自侵害不具有主观归责性的案外主体的合法权益，兼顾恪守公平、效率优先、善意文明和社会安定等执行理念。

（三）处理权利冲突的考量因素

1. 居住权的权利状态

首先，审查居住权的效力状态。根据居住权的类型判断是否已生效，即合同型居住权已依法办理登记、遗嘱型居住权继承已开始、裁判型居住权司法文书已生效。核心难点在于居住权人基于居住权合同享有的居住利益法律效果难以认定。民法典第三百六十八条规定作为物权的居住权应当登记，未经登记不发生物权设立效果，即未设立居住权，但居住权合同自签订时成立、生效，不会因未予登记导致合同不成立或无效，此时居住权人依然可依据居住权合同行使合同约定的相应权利。其次，居住权与其他权利之间的关系，即居住权与所有权人、租赁权以及抵押权等优先受偿权之间的关系，核心难点在于判断其他权利是否处于生效状态以及与居住权设立的顺序。如果上述权利人作为强制执行程序中的案外人，认为实体权利受到不当侵害时有权通过案外人异议之诉对实体权利进行审查。

笔者认为，在执行程序中不能机械地认定不符合法定条件而否认居住权的效力，应当充分考虑当事人真实意思表示、居住权人是否已经合法占有涉案房屋等因素综合判断，针对无偿设立的居住权更要考虑保护弱势群体、是否符合公序良俗等因素，体现法律之公平正义。

2. 居住权的用益性

民法典规定居住权无偿设立，即居住权人无需向房屋所有权人支付对价，但允许当事人就是否无偿设立作出例外约定，即使在特殊情况下约定支付费用，费用也应当是很少的，否则居住权便失去意义。从比较法角度看，德国的住宅所有权及长期居住权法与分时段居住法，摈弃了德国民法典中居住权不可转让、不得继承的规定，规定居住权不仅可以转让和继承，权利人还可支配任何合理的使用和收益，并将其分为两种性质：一是传统的居住权，即保护弱者、特定对象的居住权；二是广义的居住权，即包括投资性居住权。由此可见，至少在德国民法理论中，居住权与其人役性的定位并非不可拆分。

正是基于二者的可分性，居住权经历了“主体从仅局限于弱势家庭成员演进到广泛适用于一般财产权利人，功能也从弱者生活保障演进到财产多元利用方式”的变化过程。在我国民法典的编排之中，承认居住权的流通性也具有法理上的合理性，观察用益物权之中的各项权利，虽然规制程度有所不同，但均未出现禁止转让的明文规定，唯有居住权一项被严格限制转让。

3. 居住权的期限和范围

为扩大居住权的适用范围和尊重当事人的意思表示，民法典规定当事人可以就居住权的存续期限作出约定。对未明确具体期限的情形，有观点提出可以参照人均寿命标准减去居住权人目前的年龄计算居住权的剩余存续年限，再以该房产的年租金标准计算居住权的价值。笔者认为，此观点有一定合理性，在实务中值得借鉴，但居住权人寿命超过人均寿命时如何处理，还需要进一步研究。

关于居住权的主体范围，应注意居住权主体的效力扩张。谁可以主张居住权？法国民法典规

定居住权仅限于居住权人及其家庭成员，且以其家庭居住所需为限。意大利民法典规定对房屋享有居住权的人可以在自己和家庭所需要的限度内享用房屋，家庭的范围包括居住权设立后出生的子女。由此来看，在上述国家，居住权人包括共同居住的家庭成员，但居住权人去世后，家庭同住人员就不再享有居住权利。

4. 居住权人的居住情况

对被执行人享有的居住权，在确无其他可供执行财产的情况下，应当根据被执行人负债情况、居住权对应的住房面积、地段等条件，判断与其生活收入等水平是否相匹配，是否超过生活所必需的标准。笔者认为，居住权制度应当保障居住权人的基本居住权，而非超额居住权，居住权并非一定通过特定房产来设定，在特定条件下可以寻求“大房换小房”“以租代居”等方式实现对其居住权益的保护。执行法院在审查时应当秉承善意文明理念，判断该居住权人是否有其他住房或居住权，以及是否系本人维持生活的必需品，并充分考量债权人意见，居住权人的居住水平、收入水平及所在城市的租金标准等因素。

三、居住权在执行程序中的审查和救济规则

（一）现状和问题

从各国和地区的做法来看，权利负担主要有承受主义和涤除主义两种处理方式。实践中执行法院对很多住宅实行现状拍卖，既不审查权利负担的真实性、合法性，也不审查费用缴纳情况。此举虽有执行法院办案压力大、现场调查难度大等原因，但也深受审查标准不明确等因素影响。关于居住权的实体判断，如前文所述，居住权的类型和生效方式复杂多样，在目前坚持审执分离的办案模式下，执行法官进行实体审查的设想受到制度和程序的双重限制。如果仅限于程序审查，在居住权与其他权利相冲突时，执行法院根据生效顺序判断优先性，此种方式简单易行，也有利于督促权利人进行登记公示和信息披露。故有意见提出，按照权利公示生效的情形下，执行过程中所涉及的权利冲突可以通过现有的物权公示模式加以调节。

笔者认为，执行程序对居住权的审查主要有 3 点困难：首先，居住权人因身份、年龄或者收入等因素，与所有权人相比一般处于弱势地位，对所有权人的债务状况和偿还能力缺乏必要和足够的认知，如果所有权人发生债务纠纷，将使居住权处于一种未知的不稳定状态。其次，居住权的设立顺序并不意味着不同权利之间发生冲突达到必须排除执行或涤除居住权的程度。换言之，即使居住权登记在先，当发生相关事实或者具备一定条件时，考虑基于亲属关系设立居住权的特殊性，符合特定条件时也有可能依法予以涤除。再次，自 2007 年民事诉讼法确立案外人执行异议之诉制度，为案外人在享有足以排除执行的实体权利下向法院提出权利救济的机会，但必须符合一定条件，即案外人用益物权之行使将因执行法院的强制执行行为受到妨害。

（二）规范居住权承受与涤除并行的审查规则

笔者认为，基于现实之需要，应当对居住权执行的法律适用问题进行类型化分析，防止简单粗暴或者标准过分虚化的处理方式，建立更加多样、更加灵活的居住权执行制度是必然选择。应当以居住权制度草创阶段为契机，对居住权的权利范围、用益属性以及执行程序的衔接等重要事项进行试点和完善，进一步提高居住权的社会适应度，建立以私人意思自治为核心、以强制执行为保障的居住权执行制度。

1. 居住权承受主义的适用标准

首先，居住权已生效且持续处于生效状态。其次，尊重意思自治。无论居住权与其他权利的设立顺序如何，若债权人、所有权人、居住权人与相关权利人就居住权承受与否达成一致意见，法院可依申请认定对该房屋是否采取带居住权拍卖，

即是否由买受人作为新的所有权人承受既有的居住权。再次，若各方权利人无法达成一致意见，笔者认为无需区分无偿或者有偿设立，可根据居住权的设立顺序、居住权人的收入情况以及居住权的期限等影响居住权人基本生活保障的因素作为判断标准，分情形予以处理，重点保障居住权人的基本生存权，达到化解矛盾、各方利益最大化的目标。

如果居住权设立在先，应当优先保障居住权的稳定性，对居住权人没有收入来源的，或者虽然有收入来源但居住权期限较短的，应当以承受主义为原则，可以选择带居住权拍卖。如果居住权期限较长或者居住权设立在其他权利之后的，则应当对居住权进行规范涤除后再行拍卖。这里需要强调的是，对决定带居住权拍卖的房屋，执行法院应当在拍卖公告中对居住权的内容、范围、期限以及居住权人的情况进行充分公示，供竞买人识别和决策。

2. 居住权涤除主义的适用标准

涤除居住权需要考虑是否足以影响债权之实现，特别是设定有抵押权在先的债权。有观点提出，凡没有登记的居住权法律不予保护。也有观点提出，物权作为财产权具有可转让性，即权利人可自主处分其物权，此乃物权的应有之意。对无效或者尚未生效的居住权应予涤除，对处于生效状态的居住权，若未达成一致意见，应当依法分情形予以涤除。

此时应重点考虑居住权人的意愿，一般分为两种情形，即同意放弃居住权、不同意放弃居住权。居住权人当然不可能无条件放弃居住权，核心问题在于居住权涤除的补偿与对价是否达成合意，包括拍卖前债权人、所有权人与居住权人的合意，拍卖后买受人与居住权人的合意。特别是拍卖前通过双方或多方达成的合意涤除居住权，促使房屋在司法拍卖中获得较高的溢价。对拍卖后居住权的处理，在执行程序中是否有权解决？有学者提出纠纷相对性解决原则，纠纷一次性解决、穿透式审判等实践活动都可能存在跨界越边的问题。笔者认为，买受人与居住权人的合意已经超越了执行程序，若有纠纷，需通过另行向法院起诉的方式解决。

（三）居住权涤除的对价补偿方案

执行法院应当秉承善意文明执行理念，如果当事人与居住权人就对价补偿达成一致意见，经法院审查不侵害社会公共利益或其他人合法权益，法院应当准许。若无法达成一致意见，法院应当根据居住权类型、设立方式、合同内容，以及居住权人现有居住收入水平、是否有其他住房及周围租房物价等因素，确定科学合理的安置和补偿方案。

1. 严格确定居住权的主观范围

居住权制度是为了保障居住权人最基本的生存权利而制定的，这点与唯一住房的执行需要考虑被执行人及所扶养家属的做法有明显不同。笔者认为，法国民法典、意大利民法典规定居住权人共同居住的家属等也享有居住权益的做法，容易将居住权人的范围扩大化，且判断标准难以量化，应当严格适用居住权制度对居住权人的限定。居住权的主观范围应当仅限于居住权人本身，不包括其他共同居住人或具有赡养、抚养和扶养等关系人，即对价补偿标准只能以居住权人本人为计算基数。

2. 合理界定居住权的客观范围

无论居住权无偿设立或者有偿设立，均要保障居住权人权利的对价补偿。有意见认为，应参照居住权人目前的居住水平、面积和地段的同等租金水平，提供不低于原有水平的居住权益或折现对价；也有意见认为，应不低于所在地区的人均居住面积进行折算。笔者赞同第一种意见，居住权人作为案外人或利害关系人，应当保障其原有水平的居住权益，不能因强制执行而获得额外利益，但原有利益也不能因此受到不当损害。对于居住权的对价款，可以责令由被执行人或原房

屋所有权人提供，无法支付的可以从设定该居住权房屋的拍卖款中优先支付。

3. 规范明确居住权的期限

居住权分为有明确期限和无明确期限两类，对有明确约定期限的居住权，应当以该期限为标准计算居住权对价；对没有具体期限的居住权，比如约定居住权人享有居住权直至终老，由于居住权人的实际寿命无法确定，导致居住权具体年限的认定在实践中争议较大。有意见指出，无期限的居住权可以按照目前人均预期寿命为标准计算，届满后可以继续向被执行人或原房屋所有权人追偿。也有意见认为此举将增加居住权人诉累，按照此逻辑标准，如果没有达到预期寿命，是否需要退还多付的对价？笔者认为，需要站在社会治理和法治建设的角度，保障居住权人的基本居住权，而不是永久居住权，差额问题还需视居住权人的实际生活和收入水平综合判断。

（四）完善权利救济和反向约束制度

关于居住权在执行程序中的权利救济，首先要回归到民事执行行为的性质。目前学界存在诉讼事件说和非诉事件说之争，我国主流学者主张非诉事件说，认为民事执行行为是以实现私权而非确定私权为目的，法院无权审查当事人实体权利之存在，执行程序中的裁定程序、复议程序仅限于程序争议，若涉及实体争议，仍需由民事诉讼处理。若由居住权人针对居住权的涤除行为或对价补偿标准提出排除执行有异议，属于居住权人的实体权利，应由执行部门按照民事诉讼法第二百三十四条进行审查，居住权人或当事人对裁定不服的，或对异议处理结果不服的，可以提起案外人异议之诉，按照民事诉讼程序进行实体审查。为防止有关主体通过恶意串通、滥用异议权、故意设定居住权甚至制造虚假居住权妨害执行，以期达到逃避债务或拖延执行的目的，特别是在进入执行程序后设立长期居住权恶意干扰拍卖变价程序，从而试图延缓甚至阻止执行程序的正常进行，执行法院可以对此依法采取制裁措施。笔者认为，针对案外人异议泛滥导致的中止执行问题，可以适当提高案外人异议的门槛，结合居住权的类型、居住权人的生存和收入状态，必要时可以要求居住权人提供相应的担保或者经法院审查确有理由的方可中止执行，防止异议权滥用。

责任编辑：李莉
公号制作：李泊毅
审核：李敏

陈宜芳 吴景丽 王丹 ｜ 《关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》的理解与适用

原创：2024-04-08 人民司法杂志社 陈宜芳等
https://mp.weixin.qq.com/s/nOqK7PWtl4bpRpkdeWTUyw

文 / 陈宜芳 吴景丽 王丹
作者单位：最高人民法院
本文刊登于《人民司法》2024 年第 10 期

目次

一、《规定》制定的背景
二、《规定》制定的原则
三、《规定》中的几个主要问题
（一）强调禁止借婚姻索取财物
（二）明确彩礼与恋爱期间一般赠与的区别
（三）明确涉彩礼纠纷的诉讼主体
（四）完善彩礼返还规则
（五）健全嫁妆处理规则
（六）确立共同生活认定规则

（七）厘清双方过错认定思路

移风易俗是社会文明进步的重要标志。党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央高度重视社会主义精神文明建设。习近平总书记深刻指出，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。最高人民法院一直高度重视婚姻家庭领域矛盾纠纷化解，为深入贯彻落实习近平总书记关于注重家庭家教家风建设的重要论述精神，贯彻落实民法典关于“树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设”和“禁止借婚姻索取财物”的规定，最高人民法院制定了《关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》）。现就其制定背景和相关重要问题介绍如下。

一、《规定》制定的背景

近年来，“高额彩礼”问题受到公众普遍关切，成为社会的一大痛点。尤其是在一些农村偏远地区，这一问题更为突出，彩礼数额持续走高，攀比之风蔓延。这不仅背离了彩礼的初衷，使彩礼给付方家庭背上沉重的经济负担，也给婚姻稳定埋下隐患，不利于社会文明新风尚的弘扬。党的二十大报告提出，要提高全社会文明程度。2021 年以来，“中央一号文件”连续 4 年对治理高额彩礼、移风易俗提出工作要求。遏制高价彩礼陋习、培育文明乡风成为社会的共同期盼。从司法实践反映的情况看，涉彩礼纠纷案件数量近年呈上升趋势，高额彩礼与婚龄偏短问题交织，使得矛盾冲突更为激烈，甚至出现因彩礼返还问题引发的恶性刑事案件。为贯彻落实党的二十大精神和“中央一号文件”要求，回应人民关切，最高人民法院全面总结近年来司法实践经验，经过充分调研、反复论证、广泛征求意见，制定了本《规定》，并征求了全国人大常委会法工委、最高人民检察院、公安部、司法部、民政部、全国妇联、国务院妇儿工委以及各高级人民法院的意见，同时，向社会公开征求意见。《规定》已由最高人民法院审判委员会第 1905 次会议审议通过，自 2024 年 2 月 1 日起施行。

二、《规定》制定的原则

（一）合法性原则

坚持在现有法律制度框架内，遵循法律规定本意，明确审判实践中的具体裁判规则。民法典没有明确规定彩礼问题，根据其中第十条规定，法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。《规定》即以习惯作为彩礼纠纷的法源依据。

（二）问题导向原则

《规定》旗帜鲜明地弘扬社会主义核心价值观，强调禁止借婚姻索取财物，明确以彩礼为名借婚姻索取的财物，当事人可以请求返还。针对彩礼纠纷，紧贴审判工作实践中的热点与难点问题，不务虚，不贪大求全，切实为审判实践提供裁判依据。《规定》主要针对近年来涉彩礼返还纠纷中的彩礼范围界定、返还条件和比例、双方父母是否可以作为当事人等亟需统一相关裁判标准的问题予以规范。同时，注重与原有司法解释规定在逻辑上协调一致。

（三）注重平等保护原则

《规定》一方面切实保护妇女合法权益，明确对于虽未办理结婚登记但已经共同生活的，考虑到对妇女自身的影响，返还时应酌减一定数额（对于生活时间较长的，也可以不予返还）；另一方面也注重平衡保护彩礼给付方合法权益，规定如果共同生活时间较短且彩礼数额过高的，可以综合考虑彩礼数额、共同生活及孕育情况、双方过错等事实，在双方离婚时予以适当返还。

三、《规定》中的几个主要问题

《规定》共 7 条，主要解决彩礼范围、彩礼与恋爱期间一般赠与区别、彩礼返还主体、彩礼返还条件等问题，与最高人民法院《关于适用民法典婚姻家庭编的解释（一）》[以下简称《解释（一）》]结合，形成逻辑完整的彩礼纠纷法律适用规则。

（一）强调禁止借婚姻索取财物

民法典第一千零四十二条规定，禁止借婚姻索取财物。借婚姻索取财物违反了婚姻自由原则，应当坚决予以打击。《规定》明确，以彩礼为名借婚姻索取财物，另一方要求返还的，人民法院应予支持。

本条向社会征求意见过程中，有意见提出，应当以是否有结婚意愿为标准，明确规定借婚姻索取财物的具体情形。还有的意见提出，彩礼就是借婚姻索取财物，应当一律禁止。

我们经研究认为，彩礼是中国婚嫁领域的传统习俗，为广大群众普遍接受，适当数额的彩礼是双方表情达意的重要载体，蕴含着对婚姻的美好祝福，也有的将彩礼作为新家庭的启动资金，是家庭财物传承的重要途径。对于民间习俗，法律不能一律予以禁止，而且，这从实际操作上也是不现实的。

当然，习俗要受到公序良俗原则的检视，以彩礼为名借婚姻索取财物的，可以违反公序良俗为由认定合同无效，给付方有权要求返还。但是，借婚姻索取财物更侧重主观状态，实践中，很难区分给付彩礼行为是主动自愿还是被索取。给付彩礼最终的目的是维持长期共同生活的婚姻，在当事人目的不达到时，也可能反过来影响其主观状态。

一般来讲，以彩礼为名借婚姻索取财物较多的一方，有的本身就没有结婚的意愿，有的可能有结婚的意愿，只是借机索取财物，因此，既不能以事后结果评判行为时的主观状态，也不宜以接收彩礼一方是否有意愿结婚作为区分标准。因为有的情况即使当事人有结婚意愿，也可能存在借机索取财物的情况，且结婚意愿作为主观因素在诉讼中亦需要客观事实证明，实践中当事人很难举证证明。

有意见提出，收受彩礼后携款潜逃或者短期内多次以缔结婚姻为名收取高额彩礼后无正当理由悔婚的，应认定为借婚姻索取财物，**我们认为该意见有一定道理**，上述两种情形具有一定的典型性，如果有证据证明存在上述情形，一方根据《规定》第 2 条，请求对方返还的，人民法院应予支持。

就借婚姻索取财物问题，最高人民法院 1993 年印发的《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》（以下简称《意见》）第 19 条规定：“借婚姻关系索取的财物，离婚时，如结婚时间不长，或者因索要财物造成对方生活困难的，可酌情返还。对取得财物的性质是索取还是赠与难以认定的，可按赠与处理。”该意见将结婚时间长短、给付一方的生活状况作为考量因素，《规定》第 5 条与上述《意见》的精神是一致的。

因此，在难以认定是否系借婚姻索取财物的情况下，可以依据《规定》第 5 条，在综合考虑彩礼数额、共同生活及孕育情况以及是否办理结婚登记等因素的情况下，酌情确定返还比例，这样也能够依法平衡保护双方合法权益。考虑到实践情况较为复杂，需要继续探索总结经验，《规定》对此未予以明确规定。

（二）明确彩礼与恋爱期间一般赠与的区别

司法实践中，对男女双方婚恋过程中一方给予另一方的财物是彩礼还是一般赠与，存在认定难问题。

民法典未对“彩礼”作出明确界定。根据民法典第十条规定，处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。“彩礼”是我国民间的一种习惯称呼，

也称为“聘礼”等，来源于我国古代婚姻制度中的“六礼”。既然法律没有明确规定彩礼，对涉彩礼纠纷案件审理的主要法源是习惯，那么在确定彩礼范围时，就要以当地群众普遍认可的彩礼内容为基础。

具体来说，**彩礼与恋爱期间一般赠与存在以下区别：**1.发生阶段不同。恋爱期间的赠与发生在恋爱阶段，有些尚未谈及结婚。而彩礼发生在谈婚论嫁的特殊阶段，通常已经有较为明确的婚期；2.发生的原因不同。彩礼与恋爱期间的一般赠与相比，虽然当事人的目的和动机相似，但是彩礼的给付一般是基于当地风俗习惯，直接目的是为了缔结婚姻关系，有其相对特定的外延范围。而恋爱期间的赠与多是为了联络关系、增进感情，由一方自愿、无偿给予对方。

为此，《规定》明确，在认定某一项给付是否属于彩礼时，可以根据一方给付财物的目的，综合考虑双方当地习俗、给付的时间和方式、财物价值、给付人及收受人等事实认定。《规定》在起草过程中曾经将“一方给付财物的目的”与其他因素并列规定，后考虑该因素是主观因素，其他为客观因素，应予以区分，而且该因素也与第 1 条的彩礼给付目的性特征相一致，故将“根据一方给付财物的目的”提前。对于其他客观因素，要综合予以考量，比如，可以考察当地是否有给付彩礼的习俗、是否是以结婚为目的给付，给付的时间是否是在双方谈婚论嫁阶段、给付是否有双方父母参与以及给付财物价值大小等事实，在此基础上予以综合判断。

《规定》同时以反向排除的方式明确了几类不属于彩礼的财物，包括：一方在对方节日或者生日等有特殊纪念意义时点给付对方价值不大的财物、一方为表达或者增进感情的日常消费性支出等。此类财物或支出，金额较小，主要是为了增进感情的需要，在婚约解除或离婚时，可以不予返还。但是，如果是大额赠与，虽然不属于按照习俗给付的彩礼范围，亦应当考虑赠与的特定目的，参照本《规定》理念处理。

（三）明确涉彩礼纠纷的诉讼主体

彩礼返还纠纷中，程序上存在的主要争议是婚约双方的父母能否作为诉讼当事人。在中国的传统习俗中，儿女的婚姻一般由父母操办，接、送彩礼也大多有双方父母参与。

《规定》充分考虑上述习俗，区分两种情况：

一是婚约财产纠纷。此类案件原则上以婚约双方当事人作为诉讼主体，但考虑到实践中，彩礼的给付方和接收方并非限于婚约当事人，双方父母也可能参与其中，为尊重习俗，同时也有利于查明彩礼数额、彩礼实际使用情况等案件事实，《规定》明确，婚约财产纠纷中，婚约一方及其实际给付彩礼的父母可以作为共同原告；婚约另一方及其实际接收彩礼的父母可以作为共同被告。

二是离婚纠纷。考虑到离婚纠纷的诉讼标的主要是解除婚姻关系，不宜将婚姻之外的其他人作为当事人，故《规定》明确，在离婚纠纷中一方提起返还彩礼诉讼请求的，当事人仍为夫妻双方。

在征求意见过程中，有意见提出，实践中，有的给付彩礼和接收彩礼的主体不仅包括父母还包括其他近亲属等，应当将上述人员一并纳入诉讼主体范畴。**我们经研究认为**，婚约财产纠纷案件中，适当将诉讼主体由婚约当事人扩大到其父母，符合传统习俗，但如果扩大到其他亲属，将导致过多人牵涉诉讼，严重影响诉讼效率，也容易激化矛盾。对于有的婚约当事人父母早亡，由其他亲属抚养长大并在彩礼给付接收中代行父母职责的情况，我们在《规定》起草过程中已对此予以特别关注。但是，考虑到个案千差万别，亦无明确的法律或习俗概念界定该类人员，为保证司法解释准确清晰，《规定》未作扩大表述。实践中，如出现此种特殊情况，可以基于习俗，参照适用本《规定》处理。

（四）完善彩礼返还规则

近年来，返还彩礼纠纷数量逐年递增，但法院审判面临无法律依据的困境。最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释（二）》（以下简称婚姻法解释（二））第 10 条第 1 款规定了彩礼返还问题。《解释（一）》沿袭了婚姻法解释（二）第 10 条的规定，未作修改。该条对彩礼返还规定的条件非常严格，仅在未办理结婚登记（司法实践还要求“且未共同生活”）、办理结婚登记但确未共同生活或者彩礼给付导致给付人生活困难情况下才支持返还的请求。

但是，近些年来，给付了彩礼的男女双方大部分已经办理结婚登记并已共同生活，实践中对导致给付人生活困难掌握的标准又非常严格，使得大多数案件均无法适用上述司法解释规定。对于虽办理结婚登记，但同居生活时间较短，彩礼数额较大，男方无明显过错的情形下，女方提出离婚，是否能根据具体情况，按比例适当返还彩礼，无明确具体的法律依据，这成为审判实践中的难点。**我们经研究认为**，彩礼问题不仅是法律问题，更是社会问题，要本着实事求是的原则处理，最大限度实现法律效果、社会效果和政治效果的有机统一。此类纠纷如果处理不好，不仅会导致双方利益明显失衡，严重影响社会和谐稳定，甚至可能对乡村振兴等国家重大战略部署产生一定影响。因此，有必要明确特定情形下彩礼的返还条件和比例。

办理结婚登记和共同生活是婚姻的重要内容。结婚登记是婚姻有效成立的法定形式要件，共同生活是婚姻的本质特征，两者都具有重要意义。从逻辑上讲，婚姻的这两个重要方面通过不同形式组合，可能出现 4 种情况，即未办理结婚登记且未共同生活；未办理结婚登记但已共同生活；已办理结婚登记但未共同生活；已办理结婚登记且已经共同生活。《解释（一）》第 5 条沿袭了沿袭了婚姻法解释（二）第 10 条的规定，其第 1 款第（1）项和第（2）项包括了 3 种情况，即未办理结婚登记的两种情况和已办理结婚登记但未共同生活的情况。但是，2011 年，最高人民法院曾以《全国民事审判工作会议纪要》（以下简称《纪要》）的形式对此进行明确，婚姻法解释（二）第 10 条第 1 款第（1）项中“双方未办理结婚登记手续”，并非针对双方已共同生活的情形；如果未婚男女双方确已共同生活但最终未能办理结婚登记手续，给付彩礼方请求返还彩礼，人民法院可以根据双方共同生活的时间、彩礼数额并结合当地风俗习惯等因素，确定是否返还及具体返还的数额。故此，《解释（一）》规定明确的实际只有两种情形，未规范已经共同生活的情形（包括未办理结婚登记和已办理结婚登记情况）。

基于此，《规定》在《解释（一）》的基础上**扩展了另外两种情况：**一是已经结婚并共同生活；二是未办理结婚登记但已经共同生活。《规定》基于彩礼的目的性特征，充分考虑婚姻的丰富内涵，既落实结婚登记的法定要求，同时也关注共同生活的实质内容。

关于第一种情况。一般认为，彩礼给付既然以婚姻为最终目的，那么，在双方已经结婚的情况下，目的已经实现，原则上不应再予以返还。但是，婚姻毕竟是男女两性以永久共同生活为目的，给付彩礼的目的除了办理结婚登记这一法定形式要件外，更重要的是双方长期共同生活。因此，共同生活时间长短应当作为确定彩礼是否返还以及返还比例的重要考量因素。如果婚姻生活时间较短，则永久共同生活的目的并没有全部达成，部分返还亦有其合理性。这也与《规定》第 1 条的表述呼应。《规定》第 1 条原为“以缔结婚姻为目的”，后改为“以婚姻为目的”。主要是考虑，缔结婚姻更多地理解为一个即时行为，而彩礼的目的不仅仅是办理结婚登记，更多的是长久共同生活。实际上，这也是本解释制定的基础，即彩礼的目的不仅是办理结婚登记一个行为，长久共同生活才是婚姻的本质特征。此外，考虑到目前我

国尤其是农村社会高额彩礼引起的一系列社会问题，通过司法手段予以规制亦有其必要性。当然，在已经结婚并共同生活的情形下，司法规制的应是“高额彩礼”而非一般按照习俗给付的彩礼。因此，《规定》第 5 条明确，双方已办理结婚登记且共同生活，离婚时一方请求返还按照习俗给付的彩礼的，人民法院一般不予支持。但是，如果共同生活时间较短且彩礼数额过高的，人民法院可以根据彩礼实际使用及嫁妆情况，综合考虑彩礼数额、共同生活及孕育情况、双方过错等事实，结合当地习俗，确定是否返还以及返还的具体比例。该条明确了在已经结婚并共同生活的情况下，司法调整的是婚龄较短且彩礼数额过高的情况。关于如何认定彩礼数额过高，《规定》没有给出具体的数额标准，主要考虑是彩礼作为习俗，本就千差万别，中国地域辽阔，各地经济发展水平差异也较大，即使在同一地区，不同家庭经济条件也可能差别较大，因此，对“高额”确定一个统一的标准是不现实的，反而可能因机械司法损害当事人合法权益。对此，必须通过法官行使适当自由裁量权的方式解决，参考彩礼给付方所在地居民人均可支配收入、给付方家庭经济情况以及当地习俗等事实，由法官在个案中对是否属于高额彩礼作出具体认定。彩礼是一方以结婚为目的给付另一方的财物，因此，在已经结婚且共同生活的情况下，返还彩礼应当以离婚为条件，故本条表述为“离婚纠纷中”。

关于第二种情况。从近些年司法实践反映的情况看，部分地区存在因一方未达法定婚龄等原因，双方未办理结婚登记手续，只是按照当地习俗举办了婚礼即开始共同生活，此种情况下虽无婚姻之法定要件，但已有婚姻之实，如果按照原有司法解释规定一律判决返还彩礼，对接受彩礼一方是不公平的。《规定》在《纪要》基础上进一步完善，对此种情况进行了规范。基本逻辑思路是：该种情况与已经办理结婚登记手续的毕竟有所不同，结婚登记是婚姻有效成立的法定要件，法律目前已经不承认事实婚姻，因此，在双方未办理结婚登记的情况下，彩礼原则上应当返还。但亦不应当忽略共同生活的“夫妻之实”。该共同生活的事实不仅承载着给付彩礼一方的重要目的，也会对接受彩礼一方的女性身心健康产生一定程度的影响，尤其是女性如果有过妊娠经历或生育子女等情况。如果仅因未办理结婚登记而要求接受彩礼一方全部返还，有违公平原则，也不利于保护妇女合法权益，应当根据彩礼实际使用及嫁妆情况，综合考虑共同生活及孕育情况、双方过错等事实，予以酌减。如果共同生活时间较长，且已经共同孕育子女的，甚至可以不予返还。可见，虽然两种情况考量的因素大体一致，但与已经办理结婚登记原则上不应返还，特定情况下部分返还的思路是不一样的，故分两条规定。同时，这样规定也能与《解释（一）》第 5 条逻辑上一致。

此外，需要说明以下两点：

1. 有意见提出，能否规定明确具体的返还标准，比如共同生活几年返还多少比例，几年以上即可以不用返还。我们经研究认为，现实生活的丰富性和复杂性决定了相关纠纷不能采用“一刀切”的规则处理，尤其是在婚姻家庭领域，所谓“不幸的家庭各有各的不幸”。《规定》通过总结审判实践经验，归纳了几个需要考量的因素，包括共同生活情况、孕育情况、双方过错等，考虑各种因素的不同组合可能产生不同的结果，故难以规定统一的返还比例。实践中，由法官根据个案事实综合判断，更符合案件实际情况。

2.《规定》第 5 条和第 6 条在表述上均将“彩礼实际使用情况”提前单列，主要是考虑其他因素是酌情判断是否返还以及返还比例的考量因素，而“彩礼实际使用情况”是在查明事实基础上需要扣减的事项，比如，不管是已经办理结婚登记还是未办理结婚登记的情况，如果有证据证明彩礼已经被用于举办婚礼、置办酒席或者已在双方共同生活中消费的，可以在返还时扣减相应数额。

这符合不当得利规则的法律后果，即返还剩余部分以及扣除对方受益部分。

（五）健全嫁妆处理规则

嫁妆与彩礼同为中国传统婚嫁习俗的重要组成部分，《诗经》中“以尔车来，以我贿迁”即是有关嫁妆的记载。民间习俗送嫁妆的目的一方面是展现女方家的经济实力，另一方面也是为女方争取在夫家的地位。嫁妆多少依据女方家的实力地位而定。明清以前，嫁妆一般属于女方私有财产，女方有相对独立的处分权。如果因为各种原因女方离开夫家，一般也允许其自行带走。如张家山汉简《二年律令·置后律》记载：“女子为户毋后而出嫁者，令夫以妻田宅盈其田宅。宅不比，弗得。其弃妻，及夫死，妻得复取以为户。弃妻，畀之其财。”可见，汉朝就规定了女方对嫁妆的私有权利。《睡虎地秦简》中，也有关于嫁妆归属权的记载，当时有犯人违法犯罪需要赔款，有人询问是否可以使用其妻子的嫁妆，官方回复不可以，这说明嫁妆并不会被算入夫家财产，这让嫁妆成为女性生活的依靠。当然，明清之后，女性对嫁妆的控制权逐步减弱。建国后，同彩礼一样，现行法律没有明确规定嫁妆问题，嫁妆归属仍受习俗调整。作为与彩礼相伴相生的婚嫁习俗，嫁妆仍广泛存在，但表现形式也存在差别，有的是女方收到彩礼后，将其中一部分作为嫁妆返还用于新家庭，有的地方嫁妆数额甚至高于彩礼数额。

因此，在处理彩礼返还问题时，需要考虑嫁妆情况，如果有一部分彩礼已通过嫁妆的形式返回到新的家庭中，并已经转化为夫妻共同财产，则在离婚时可在分割夫妻共同财产时一并处理。如果是女方家在彩礼外额外陪送的嫁妆，则对于尚存的部分，应当予以返还。对于已经共同消费的部分或者已经添附到男方财产上的嫁妆数额，可以在返还彩礼时予以扣减。为此，《规定》第 5 条和第 6 条均明确在彩礼返还时要考虑嫁妆情况。此外，传统上一般认为，离婚时，尚存的嫁妆应归女方，现实生活中亦对此争议不大，从审判实践情况看，仅就嫁妆返还产生的纠纷极少，故《规定》未就嫁妆返还问题再作单独规定，逻辑上可以参照本规定处理。下一步，我们将继续总结审判实践经验，通过发布典型案例等方式加强监督指导。

（六）确立共同生活认定规则

《规定》未就具体的生活时间进行规定，实践中应当依据个案具体情况综合认定。比如，2023 年 12 月最高人民法院、民政部、全国妇联联合发布的 4 起涉彩礼纠纷典型案例之案例一，双方共同生活 1 年多时间，彩礼数额较高，给付方不存在明显过错，女方存在终止妊娠情形，法院综合各种因素判决酌情返还 30%的彩礼，较好地平衡了双方当事人的利益。

此外，有意见提出，将是否孕育作为彩礼返还的考量因素，对女性保护不利。最高人民法院一直高度重视对妇女权益的保护，在涉彩礼返还纠纷中亦不例外。正是考虑到了女性在妊娠、分娩、抚育子女等方面的付出，《规定》才明确应当将此作为酌情减少彩礼返还甚至不予返还的考量因素，如果不将其作为考量因素，是对女性付出的漠视，不利于保护妇女合法权益。比如上述典型案例之案例二中，双方虽未办理结婚登记，但已按照当地习俗举办婚礼后共同生活，并生育子女，法院判决不予返还彩礼。

此外，我们根据反馈意见，对相关条文进行了文字修改，比如，将征求意见稿中第 5 条和第 6 条中的“孕育子女”修改为“孕育情况”，以涵盖终止妊娠等情形。再比如，将征求意见稿中第 5 条和第 6 条中的“共同生活时间”修改为“共同生活情况”，以指引法官在考量共同生活事实时，不能简单计算时间长短，还需要综合考虑是否实际一起居住、未实际共同居住的原因等情形，这也恰恰说明简单规定共同生活时间并不符合实际情况。

（七）厘清双方过错认定思路

《规定》第 5 条和第 6 条均要求在彩礼返还时要考虑双方过错情况。从比较法的视角考察，基于婚约的赠与物返还是否需要解约人就解约的原因无过失，各国做法不一。法国、瑞士民法采否定说。美国有些州依据传统理论认为，只有在双方同意解除婚约关系或者受赠人不正当解除婚约关系时，赠与人才有权要求返还赠与物；有些州则依据现代理论认为，以结婚为条件的赠与物在解除婚约时都应当返还，而不需要考虑是否有过错。主要理由是婚约的破裂没有真正过错的一方，在婚约期间，任何一方都有权利改变主意不与对方结婚，这实际上也是为了防止不幸福的婚姻发生，缔结婚约的目的之一就是给当事人以时间考验对方感情。现代离婚亦都普遍不采取过错原则，而是采破裂原则。

对此，**我们经研究认为**，这里需要考察两个层次的问题：

一是，婚约解除本身不需要考虑过错，任何一方均有权解除婚约，不能因为一方有过错而限制其解除婚约的权利，对于离婚亦是如此，我国民法典对离婚也是采取感情破裂原则，《解释（一）》第 63 条更是明确规定，人民法院审理离婚案件，符合民法典第一千零七十九条第三款规定“应当准予离婚”情形的，不应当因当事人有过错而判决不准离婚；

二是，如果有过错的一方解除婚约的，是否有权要求返还赠与物。对此，**我们经研究认为**，如果基于婚约的赠与物返还需要解约人就解约的原因无过失，可能会不当限制当事人的解约自由，因此，原则上不应因一方过错而丧失赠与物返还请求权，但是，也不能完全无视双方过错情况，这也是诚实信用原则的应有之义。如果给付彩礼一方存在家庭暴力、与他人另行订立婚约或者结婚等严重过错的，彩礼接受方可以酌情减少返还比例；如果接受彩礼一方存在上述严重过错的，应当加大返还比例。但是，如果只是双方感情不和等原因，不宜认定一方有过错。

此外，鉴于《规定》对于彩礼返还比例、高额彩礼认定标准以及彩礼范围等方面，均仅是规定了参考因素，需要在个案中予以具体判断，因此，在适用《规定》过程中，还要注意参考人民法院案例库中已经发布的典型案例，实现法律适用标准的统一。

责任编辑、公号制作：李泊毅

审核：李敏

离婚损害赔偿制度的适用要点与裁判规则

原创：2024-04-11　人民法院报　黄慧婧

http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2024-04/11/content_238759.htm?div=-1

婚姻一方存在特定情形的重大过错导致离婚时，法律赋予无过错方请求离婚损害赔偿的权利。这彰显了民法典中的公平原则和保护弱者理念，不仅能够补偿无过错方的损害，也具有一定程度的惩罚功能。原婚姻法第四十六条针对离婚损害赔偿作出了规定，民法典第一千零九十一条在承袭该条规定的基础上进行了完善。笔者尝试梳理离婚损害赔偿制度的适用要点，并归纳说明相关裁判规则。

一、离婚损害赔偿制度的适用要点

1. 适用情形。根据民法典第一千零九十一条，离婚损害赔偿请求权的行使要求，一是一方有重大过错情形，包括重婚，与他人同居，实施家庭暴

力，虐待、遗弃家庭成员及其他重大过错情形；二是上述情形导致离婚。其中，根据反家庭暴力法第二条，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。值得注意的是，家庭暴力的认定并不以造成一定伤害后果为构成要件。

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）》（以下简称《婚姻家庭编解释（一）》）第一条、第二条，持续性、经常性的家庭暴力可以认定为“虐待”；“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。实践中，如果违反夫妻忠实义务的行为未达到持续、稳定地与他人同居或与之相当的严重程度，无过错方虽然不能行使离婚损害赔偿请求权，但可主张考虑过错方的过错，在财产分割时对无过错方进行适当倾斜。

此外，相较原婚姻法第四十六条，民法典新增“有其他重大过错”的兜底条款，因而法院可行使自由裁量权，根据具体案情认定未予列举的其他行为构成重大过错情形。通说认为，此种过错必须达到重大的程度，与重婚、与他人同居、实施家庭暴力、虐待或遗弃家庭成员具有相当性。

离婚损害赔偿请求权的行使还需以过错方的重大过错行为导致离婚为条件。根据《婚姻家庭编解释（一）》第八十七条第二款、第三款，法院判决不准离婚的案件，对于离婚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提起离婚损害赔偿请求的，不予受理。根据该解释第八十九条，协议离婚时，当事人在婚姻登记机关办理离婚登记手续后提出离婚损害赔偿请求的，法院应当受理。

2. 请求权主体与行使对象。根据民法典第一千零九十一条及《婚姻家庭编解释（一）》第八十七条第一款，行使离婚损害赔偿请求权的主体为无过错方，行使对象为无过错方的配偶。因此，未成年子女或其他家庭成员无权行使，而且是否行使由无过错方决定，法院不能依职权判决离婚损害赔偿。根据该解释第九十条，婚姻双方均存在过错情形的，一方或者双方向对方提出离婚损害赔偿请求的，不予支持。就请求权行使对象而言，第三人不能成为该请求权的行使对象。

3. 赔偿范围、请求权时限及其丧失。根据《婚姻家庭编解释（一）》第八十六条，离婚损害赔偿范围包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。在认定精神损害赔偿时，应适用《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》第五条，考虑过错方的过错程度，行为的目的、方式、场合等具体情节，行为所造成的后果，承担责任的经济能力及受理诉讼法院所在地的平均生活水平等因素进行综合认定。

基于诉讼经济、便利执行等因素考虑，离婚损害赔偿原则上应与离婚诉讼同时提出。根据《婚姻家庭编解释（一）》第八十八条，无过错方作为原告提起离婚损害赔偿请求的，必须在离婚诉讼的同时提出；无过错方作为被告的离婚诉讼案件，如果被告不同意离婚也不基于该条规定提起损害赔偿请求的，可以就此单独提起诉讼；无过错方作为被告的离婚诉讼案件，一审时被告未提出离婚损害赔偿请求，二审期间提出的，应当进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。双方当事人同意由二审法院一并审理的，二审法院可以一并裁判。

离婚损害赔偿请求权在本质上属于债权请求权，应适用民法典总则编有关诉讼时效的规定，原则上以离婚之日起算，离婚后才发现对方具有应当承担损害赔偿情形的，自无过错方知道其权利受损害之日起算。法院在审理离婚案件时，应将离婚损害赔偿的相关权利义务以书面形式告知当事人。根据《婚姻家庭编解释（一）》第八十九条，当事人在协议离婚时已经明确表示放弃损害赔偿请求，又起诉请求损害赔偿的，不予支持。

二、离婚损害赔偿制度的相关裁判规则

1. 一方在婚姻关系存续期间存在重大过错导致离婚，并承担损害赔偿的，在夫妻财产分割时仍可适用照顾无过错方原则，对无过错方予以多分财产。如在某离婚纠纷案中，法院认为，民法典第一千零八十七条第一款规定，离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成的，由法院根据财产的具体情况，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决。男方在婚姻关系存续期间对继女的行为违背伦理道德，构成犯罪，严重伤害了夫妻感情，对于造成双方离婚具有重大过错，男方应赔偿女方精神损害赔偿金。在分割夫妻共同财产时，应对无过错的女方予以照顾。

2. 第三人并非离婚损害赔偿的责任主体。如在某离婚后损害责任纠纷案中，法院认为，离婚诉讼案件中的当事人为甲与乙，与甲恋爱并以夫妻名义共同生活的丙不是离婚损害赔偿的责任主体，不应作为本案当事人。原审判决对乙要求追加丙为本案被告的申请不予准许并无不当。

3. 离婚事实发生在民法典实施前，无过错方在办理离婚登记手续一年后提出离婚损害赔偿且在离婚协议中未明确放弃该主张的，可适用民法典及相关司法解释予以认定。如在某离婚后财产纠纷案中，法院认为，《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》（以下简称《时间效力规定》）第二条规定，民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释有规定，适用当时的法律、司法解释的规定，但是适用民法典的规定更有利于保护民事主体合法权益，更有利于维护社会和经济秩序，更有利于弘扬社会主义核心价值观的除外。该条主要是针对旧法有规定而新法改变了旧法规定时如何适用法律的规定，包括“法不溯及既往”原则和有利溯及适用规则。其中，在有利溯及标准的把握上，将更有利于保护民事主体合法权益、更有利于维护社会和经济秩序、更有利于弘扬社会主义核心价值观的“三个更有利于”作为判断有利溯及的标准，并以符合诚实信用、公序良俗和日常生活经验法则的要求为判断合理预期的基准，从而确保法律秩序的稳定。离婚损害赔偿请求权作为民法典第一千零九十一条明确赋予夫妻中无过错方的权利，如仍以婚姻法规定的四种过错情形作出认定，或以超过协议离婚时间“一年”为由即驳回无过错方的诉讼请求，显然不符合民法典婚姻家庭编保护无过错方利益原则所追求的目的。基于上述分析，民法典关于离婚损害赔偿法定情形的兜底条款、《婚姻家庭编解释（一）》中关于协议离婚后提起离婚损害赔偿的条款满足了《时间效力规定》第二条有利溯及中“三个更有利于”的标准。本案中，甲的行为已经构成民法典规定的“其他重大过错”，虽然乙在办理离婚登记手续一年后提出离婚损害赔偿，且离婚事实发生在民法典实施前，但在离婚协议中其并未明确放弃该项主张，该案适用民法典及相关司法解释的规定更有利于保护民事主体的合法权益。综上，二审法院判决支持乙的损害赔偿请求。

4. 婚姻关系存续期间基于侵权之诉获得人身损害赔偿后，仍有权主张离婚损害赔偿。如在某生命权、健康权、身体权纠纷案中，法院认为，婚姻关系存续期间，夫妻一方因家暴等行为造成另一方人身损害的，受害方可以依据侵权责任法向侵权方主张人身损害赔偿；受害方取得人身损害赔偿后，有权在离婚诉讼中依据婚姻法第四十六条（现为民法典第一千零九十一条）主张离婚损害赔偿。

5. 婚姻关系无效的，当事人无权主张离婚损害赔偿。如在某同居关系子女抚养纠纷案中，法院认为，甲陈述其主张损害费的主要理由是乙与案外人丙同居生活，同居期间甲与乙的婚姻关系并未被宣告无效，而且丙还对甲进行了殴打行为，损害了甲的权益。经查，甲与乙之间的婚姻关系属于无效婚姻关系，其主张的损害赔偿不属于婚姻法第四十六条（现为民法典第一千零九十一条）

规定的情形，该损害赔偿主张无法律依据，且其主张乙与丙同居生活的事实缺乏证据证明，乙亦不认可该事实，故对甲主张的损害费不予支持。

（作者单位：北京市第一中级人民法院）

关注未成年人司法保护 ｜ 王丹：抢夺、藏匿未成年子女法律问题研究

原创：2024-04-12　法律适用　王丹
https://mp.weixin.qq.com/s/pWcTvdI-92471WcrwzhqQA

王丹，最高人民法院民一庭二级高级法官

摘要　《未成年人保护法》第 24 条规定，不得以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权。该规定问题意识突出，价值导向鲜明，对于预防和制止此类行为将起到重要规范作用。但该条规定的较为原则，司法实践既需要利用现有制度工具明确实施该行为需要承担的具体责任形式，也需要创新工作机制，“抓前端、治未病”，践行最有利于未成年人的原则。针对抢夺、藏匿未成年子女行为，可以依据当事人申请签发人格权行为禁令或人身安全保护令；通过依法审理监护权纠纷案件，明确侵权人承担相应的民事责任；在离婚纠纷中，如果一方抢夺、藏匿未成年子女情节严重的，在双方条件大体相当的情况下，应当优先考虑由另一方直接抚养；制度机制方面，应当创新探望权执行工作机制等。

关键词

抢夺、藏匿未成年子女　人格权行为禁令　监护权纠纷　民事责任　直接抚养　探望权执行机制

未成年人是国家的未来、民族的希望。新修订的《未成年人保护法》明确规定应当“坚持最有利于未成年人的原则”“给予未成年人特殊、优先保护”。该法第 24 条特别规定，不得以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权。该规定问题意识突出，价值导向鲜明，对于预防和制止此类行为将起到重要规范作用。但该条规定较为原则，没有相应的惩戒措施或法律后果，难以起到震慑作用，加之当事人法律意识淡薄，离异家庭子女抚养探望监督保护机制不健全，抢夺、藏匿未成年子女问题仍无法得到完全解决。据笔者调研了解，近年来，分居或者离婚期间抢夺、藏匿未成年子女现象呈现出日益增长趋势，由此引发一系列社会问题，严重影响未成年子女的健康成长。如何贯彻落实好《未成年人保护法》的上述原则和具体规定，需要司法实践妥善应对，笔者拟就此问题作一简要分析，以求教于方家。

一、亲子关系基本理论的嬗变

亲子法系近代经济社会发展的产物。罗马法中，亲子关系项下的父权源于家长权，亲子法早

期为“家本位亲子法”，家族成员均服从家长之支配，而非服从其父之支配。随着家族制度的式微，亲子法演进至“亲本位的亲子法”，此时，家族共同体虽废，父仍保有家父之权力。及至近世，随着欧洲启蒙运动的发展，“子女的人格和权利”得到重视，家父支配权被照料义务所取代，照料义务成为新的父母子女关系的理论基础。父母对子女的决定权有了新的含义：所谓父母对子女的权力实质系为了实现子女独立生活这一目的的工具。该理论的逻辑起点不再是父或父母的权力，而是子女与生俱来享有的基本人权；父母要帮助子女保障和发展他们的人权。德国现代子女法改革即以此为基本出发点。各国对亲子关系的认识也开始转变为注重对于子女的保护和教养，父或父母的权利只有在履行保护及教养子女义务的情况下才得到认许，亲子法转为“子本位之亲子法”。根据现代亲子法的基本理论，“父母权利”并非父母子女关系法的唯一基础；儿童是基本权利和人权之载体，故父母子女关系应首先以儿童权利为基础构建。“父母权利”存在的目的，就是为了实现对儿童的照料和教育，以及维护其最佳利益。比如德国 1979 年《关于重新规定父母照顾权的法律》将“父母权力”改为“父母照顾”，着重强调了父母权利的义务本质。史尚宽先生进一步认为：“亲子法既不应为亲本位，亦不应为子女本位，而应以父母子女之共同美满生活及幸福为目的，而构成社会之健全的有机的单位细胞（原则上以父母子女组成之小家庭），以谋社会之进展，即应为社会本位之亲子法。”这种对亲子关系认识的视角将家庭作为社会的有机细胞，着眼于父母子女关系的和谐发展，应系更为全面和妥适的。当然，在如何构建父母子女和谐关系的问题上，应当注重实质正义的实现，而非形式上的平等。考虑到未成年子女因为年龄和智力发育程度不足，在构建父母子女和谐关系中，应当有所侧重，要重点考虑对未成年子女利益的特殊、优先保护，按照《未成年人保护法》的要求，应“尊重未成年人的人格尊严”“适应未成年人身心健康发展的规律和特点”“注重听取未成年人的意见”“实现保护与教育相结合”，等等。

在父与母的地位方面，随着男女平等观念的深入，绝大多数国家均认可，在与未成年子女关系方面，父与母的法律地位是平等的。子女有“获得父母双方”的权利，即使父母分居，也应该尽可能维持其和父母双方的关系。我国《民法典》第 1058 条规定：“夫妻双方平等享有对未成年子女抚养、教育和保护的权利，共同承担对未成年子女抚养、教育和保护的义务。”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，子女无论由父或者母直接抚养，仍是父母双方的子女。”《妇女权益保障法》第 70 条规定：“父母双方对未成年子女享有平等的监护权。”基于上述规定，父母双方享有平等的抚养、教育、保护的权利和义务，双方因为共同责任而被联系在一起，相互协调一致地为子女利益依法履行监护职责，双方都有义务协助对方履行该义务，以共同实现未成年子女利益最大化的目标。父母分居或离婚会严重影响未成年子女，子女赖以成长的生活环境趋于分裂。他们至少要面临失去父母一方的危险，只能通过探望权继续保持联系。父母应该在充分体谅的基础上互相配合，令子女和父母双方继续保持联系，否则就会严重损害子女利益。

二、域外相关规定

从比较法视野看，对于分居或者离婚期间抢夺、藏匿未成年子女的行为，很多国家均科以较为严格的责任，甚至被认定为犯罪。比如，在挪威，根据挪威《儿童法》第 40 条和《普通民事刑法典》第 216 条规定，如果父母拥有共同监护权，父母一方不能在未经另一方同意的情况下将孩子转移到国外。未经拥有共同监护权的另一方家长同意而转移孩子，将构成刑事犯罪，无论转移的一方家长是非监护人还是监护人。在美国，根据美国

《加利福尼亚州刑法典》第 278 条规定，任何无监护权的人恶意带走、引诱、保留、扣留或隐藏任何儿童，意图向合法监护人拘留或隐瞒该儿童的行为均构成犯罪。该行为是针对儿童的父母或法定监护人的犯罪，而不是针对儿童本人的犯罪。这种犯罪行为最常在家庭暴力或两个父母或法定监护人之间产生监护权纠纷的情况下被起诉。当其中一方决定扣留孩子或隐瞒其下落以损害另一方的监护权时，就可能违反该条规定。在法国，此种情况称为“父母绑架或不代理儿童”。父母绑架或不代理儿童均属侵犯父母权利（探视权、父母权威）。这可能涉及在不通知另一方父母的情况下搬家或拒绝将孩子送回常住的家。“父母绑架”是指父母一方将未成年子女留在身边，即使他们本应由另一方监护。“父母绑架”包括以下情况：在获得探望权后拒绝将孩子送回其常住的家；拥有通常监护权的父母拒绝将孩子留给拥有探视权的父母；拒绝将孩子留给父母，而父母必须在交替居住的框架内安置孩子；未经另一方家长同意（如果他们有探视权）且未提供新的联系方式，即与孩子一起搬家。上述情况下，即使没有就儿童监护权做出司法决定，这些行为也会受到惩罚。而且，即使未成年子女（无论年龄大小）同意与犯罪者一起离开，这些行为也会受到惩罚。此种行为达到一定严重程度，还可能被撤销亲权。根据法国相关法律规定，发生上述情况的，可以联系家庭事务法官 ，如果已经做出关于儿童监护权的司法决定，家庭事务法官可以为了孩子的利益修改父母另一方的权利；可以请求当地政府反对出境（该程序禁止儿童未经父母双方同意离开法国。这是在担心即将发生绑架的情况下采取的紧急程序。有效期为 15 天，且不可续订）；还可以向家庭事务法官 请求禁止出境。禁止孩子在未经父母双方同意的情况下离开法国（该禁令将一直有效，直到孩子达到成年年龄为止。这不是紧急程序）。

我国 1991 年批准加入联合国《儿童权利公约》。该公约在序言中提到，为了充分而和谐地发展儿童的个性，应当让其在幸福、亲爱和谅解的家庭环境中成长。儿童因为身体和心理尚未成熟，在其出生以前和以后均需要包括法律上的适当保护在内的特殊的保护和照料。第 9 条进一步具体规定：“1.缔约国应确保不违背儿童父母的意愿使儿童与父母分离，除非主管当局按照适用的法律和程序，经法院审查，判定这样的分离符合儿童的最大利益而确有必要。在诸如由于父母的虐待或忽视、或父母分居而必须确定儿童居住地点的特殊情况下，这种裁决可能有必要。……3.缔约国应尊重与父母一方或双方分离的儿童同父母经常保持个人关系及直接联系的权利，但违反儿童最大利益者除外。”

我国虽然尚未加入《国际儿童诱拐民事方面的公约》（以下简称“《诱拐公约》”），但是，根据《未成年人保护法》的规定，抢夺、藏匿未成年子女是违法行为，应当坚决防范和打击。《诱拐公约》确立的主要机制“返还儿童机制”对贯彻实施好《未成年人保护法》的上述规定，具有重要借鉴意义。所谓“返还儿童机制”，即任何情况下都必须恢复诱拐发生前的状态，不让违法一方从中获益。根据《诱拐公约》规定，能被返还的儿童需要满足四个条件：（1）该儿童必须不满 16 岁；（2）该儿童被非法带走或扣留侵犯了父母中另一方的监护权；（3）监护权必须是正常行使状态；（4）该儿童必须从其惯常居所被带走。同时，《诱拐公约》还规定了三种返还例外情况：一是相关诉讼程序是从儿童被非法带走或扣留之日起一年期满之后开始，如果能证明该儿童现已转居于新的环境之中；二是在带走或扣留儿童时，应当照顾该儿童的个人、机构或者其他团队实际上并未行使监护权，或对其带走或留住已经事先同意或事后默认；三是儿童拒绝返回，且该儿童已经达到适宜考虑其观点的年龄及成熟程度。在抢夺、藏匿未成年子女的情况下，抢夺、藏匿未成年子

女一方一般是试图通过单方强制改变儿童的惯常生活环境，改变既存的抚养状态，并试图使此种非法事实状态合法化。而未成年子女的成长和身心发育是不可逆的，尤其是对于低龄儿童来讲，较长时间的分离将严重伤害亲密的亲子关系。简捷快速地“返还儿童”是避免发生此种伤害的最有效方法。因此，应基于该思路处理相关问题，即先不考虑监护权纠纷和离婚纠纷的实体处理问题，先快速有效恢复孩子的惯常生活状态。

三、抢夺、藏匿未成年子女的表现、危害

从当前司法实践看，抢夺、藏匿未成年子女主要发生在以下两种情形：一是分居或离婚诉讼期间，将未成年子女带离现居住地或藏匿。根据离婚纠纷案件大数据分析，婚龄 1-4 年为离婚高峰阶段，而这一阶段未成年子女的年龄一般在 0-3 岁左右。父母离婚导致未成年子女抚养方式发生变化，由过去的双方共同抚养变为夫妻一方抚养、另一方给付抚养费并可以进行探望。有些男方及其父母不能正确看待此种抚养方式的变化，将未成年子女视为自家传宗接代的“私有财产”，意图通过该种违法方式造成既成事实，以便在离婚纠纷确定直接抚养中占得先机。也有些是父母双方基于自身恩怨和情感纠葛，通过此种方式泄愤、惩罚对方或者在是否离婚、分割夫妻共同财产时将未成年子女作为工具和砝码。基于上述种种情形，在分居或离婚诉讼期间，一方自己或伙同其近亲属抢夺、藏匿未成年子女，导致对方无法接触未成年子女，造成未成年子女与藏匿方共同生活时间长久的假象。也因为该种违法行为在一定时间内得不到纠正，子女已成长至 2 周岁，从而架空《民法典》1084 条关于夫妻离婚后，不满 2 周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则的规定；二是离婚后阻碍另一方探望未成年子女或将未成年子女带离导致判决无法执行。根据《民法典》第 1086 条规定，离婚后，不直接抚养子女的父或者母一方，有权利探望子女，另一方应当履行协助义务。有些父母不能正确认识到协助对方探望未成年子女是其法定义务，基于其已经获得直接抚养子女的权利，而阻挠对方接触孩子，导致探望权执行出现障碍；还有的父母基于离婚诉讼中丧失了直接抚养的权利，转而通过暴力方式抢夺、藏匿未成年子女，导致生效判决无法履行，获得直接抚养权的一方当事人不得不长期忍受亲子分离的痛苦。

未成年子女的健康成长既需要父爱也需要母爱，这是未成年子女作为独立个体享有的基本人格权益。抢夺、藏匿未成年子女虽然形式上是父母双方的对抗，但《未成年人保护法》之所以对此专门予以规制，在于该行为侵害了未成年子女的利益。只是未成年人的利益诉求表达很难为社会公众知悉。有些未成年子女因长期被藏匿和辗转各地，被迫颠沛流离，居无定所，他们无法得到正常的生活和教育，随之而来的心理障碍、缺乏安全感都将影响他们的一生。有的父母抢夺、藏匿未成年子女后，无心无力照料造成其健康隐患，有的未成年子女成为留守儿童，有的给未成年子女灌输仇视对方的思想，不能正确看待与父母的关系，而另一方因无法见到孩子备受煎熬，也可能作出过激的行为，加剧矛盾纠纷，使得未成年子女的身心健康进一步受到损害。此外，因抢夺、藏匿未成年子女导致造成既成共同生活事实，也使法院在离婚纠纷确定直接抚养权时审理难度加大。

四、司法审判面临的困境

目前，针对抢夺、藏匿未成年子女问题，实践中虽然在个别案件上有所突破，但尚未形成严密的法律保护机制。主要体现在以下几个方面：

（一）违法行为难以得到及时纠正

一方存在抢夺、藏匿行为时，当事人第一时间往往选择的是报警，但是公安机关一般仅将此当作家庭纠纷对待，而不作进一步处理。当事人依

靠自身力量往往很难及时查找到未成年子女的下落，即使知道，也很难通过自力救济方式实现对自身权益的保护。

（二）监护权保护落实不到位

现行法律对抢夺、藏匿子女的侵权责任无明确规定。如前所述，根据《民法典》和《妇女权益保障法》的规定，父母是未成年子女的监护人，双方平等享有监护权。抢夺、藏匿未成年子女行为给对方造成了巨大的心理伤害，不仅造成亲子分离的人间悲剧，也严重损害未成年人的身心健康。但对该类违法行为惩罚力度较弱。如因违法行为人将未成年子女藏匿到外地，法院要对违法行为人采取强制措施，却因找不到人而无法实施，此其一；其二，即使找到行为人，从案件执行的角度来看，抚养权属于人身权利，与财产的执行不同，无法直接强制执行，考虑到如果对父母一方追究刑事责任，可能反而影响未成年子女的相关权益。因此，司法实践中很少有追究刑事责任的实例。

（三）抚养权纠纷难处理

如果当事人双方提出离婚，抢夺、藏匿孩子一方一般会提出直接抚养。如前所述，由于没有及时纠正违法行为，导致孩子长期与抢夺、藏匿一方共同生活，形成即成事实，而根据《民法典婚姻家庭编司法解释（一）》第 46 条规定，未成年子女随哪一方生活时间较长、不改变其生活环境是判断是否获得直接抚养权优先考虑的因素。虽然该生活状态系非法行为导致，但是，对于未成年子女尤其是低龄未成年子女来讲，并不理解其中违法和合法的意义。因此，如果一方仍然采取此种方式，客观上形成孩子生活环境稳定的事实，在涉及抚养权纠纷时，法院很难对这种行为进行认定，可能会基于不改变未成年子女生活环境以及执行便利的考虑，使得抢夺、藏匿未成年子女一方更易获得直接抚养权，这反而进一步加剧该种不法现象。

（四）探望权执行难

离婚判决生效后，仍存在拒不履行判决义务的情况。在强制执行层面，目前，在司法实践中仍面临很多困难。一是案外因素的介入导致矛盾纠纷激烈复杂。抢夺、藏匿子女往往伴随着激烈的婚姻矛盾。离婚双方积怨深、矛盾大，有时还存在报复心理，将拒绝探望当成报复、惩罚对方的武器。如果贸然采取罚款、拘留等强制措施，会进一步激化矛盾，加剧对抗。同时，调研发现，抢夺、藏匿未成年子女多有（外）祖父母或者其他亲属参与其中，甚至出现“流动藏匿”，导致孩子“下落不明”，协助执行义务人难以确定。二是权利的长期性导致案件容易反复、变化。一方面，在法院介入执行时，藏匿方通常会予以配合，但案件执结后，藏匿方又会以各种借口拒绝探望，导致案件重复。另一方面，随着时间和双方条件的变迁，原判决考虑的因素可能发生根本性变化，导致当时确定的探望权基础发生重大变化而无法执行。三是未成年人利益考量制约执行措施的强制性。探望权案件执行的标的既是行为又是人身权利，最有利于未成年人原则是此类案件执行的重要考量。如果对被执行人采取强制措施或者动用刑事制裁手段，会给孩子的健康成长带来不利影响。另外，随着子女的成长，其独立意志逐步形成，若有抚养方挑拨子女与探望方的关系，容易使孩子因父母离异而产生强烈的自卑感，甚至怨恨或抵触父母，拒绝探望。当前，针对此类案件拒不执行判决、裁定罪的适用，一般被限制在财物和行为的执行上，在法律手段上只能通过对负有履行义务的一方施加压力，而不能通过强制措施把孩子直接交给另一方，常常致使判决难以获得有效执行。同时，也存在另一方基于生效判决享有的探望权因抢夺、藏匿行为而无法实现。这不仅无法保护当事人的合权益，导致矛盾纠纷久拖不决，也严重损害了司法权威。

五、措施及建议

根据《未成年人保护法》第 6 条规定，国家机关、社会组织、城乡基层群众性自治组织、未成年人的监护人以及其他成年人等，都有保护未成年人的责任。对未成年人的保护是社会性的系统工程，需要各部门合力解决，在制止抢夺、藏匿未成年子女方面，尤其需要公安机关加大执法力度。抢夺、藏匿未成年子女不是简单的家庭纠纷，而是一种严重侵害未成年子女人格权益和父母另一方监护权的违法行为，甚至有可能构成犯罪。当事人向公安机关报警的，公安机关应当第一时间依职权帮助当事人了解孩子下落，固定证据，同时向当事人进行普法教育，告知其可能产生的法律后果和承担的法律责任，情节严重的，可以发出告诫书。从司法工作角度，笔者从以下几个方面提出解决问题的思路：

（一）适用人格权行为禁令制度，及时快速纠正不法行为

基于对抢夺、藏匿未成年子女情况分析，笔者认为，解决该问题的核心和前提是做到及时快速制止不法行为，如此才能做到对儿童伤害最小化，并阻止和限制行为人“以时间换空间”。目前的制度工具可以包括人格权行为禁令制度和人身安全保护令制度。《民法典》第 997 条规定：“民事主体有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的行为，不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害的，有权依法向人民法院申请采取责令行为人停止有关行为的措施。”人格权行为禁令是人格权受到侵害的紧急情况下通过采取事先预防性保护，避免权利主体受到难以弥补的损害，针对违法行为人发出的一种命令。该制度是人格权保护事先预防大于事后赔偿基本理念的具体体现。根据《民法典》第 1001 条规定，对自然人因婚姻家庭关系等产生的身份权利的保护没有法律规定时，可以参照适用人格权保护的有关规定。父母对未成年子女抚养、教育和保护的权利是一种重要的身份权，根据上述规定，对于身份权的保护，在相关法律没有明确规定的情况下，可以参照适用人格权保护的有关规定。故而，笔者认为，从体系解释的角度看，当事人因身份权受到侵害而向法院申请人格权行为禁令的，人民法院应予受理并依法作出裁定。此外，抢夺、藏匿未成年子女也是对未成年子女本人身心健康的重大侵害，考虑到《反家庭暴力法》中的人身安全保护令制度是人格权行为禁令制度针对家庭成员以及共同生活的人的特殊适用情形，“人身安全保护令是人格权行为禁令针对家庭暴力行为的具体化特殊化适用，是为有效保护受害人的生命权、身体权、健康权等人格权，由法院依法责令行为人停止家庭暴力侵害行为的一种命令制度。虽然从法律施行时间看，规定人身安全保护令的《反家庭暴力法》先于规定人格权行为禁令的《民法典》，但从两者内在逻辑关系看，人格权行为禁令与人身安全保护令属于一般与特殊的关系。”因此，也可以考虑将此种行为纳入人身安全保护令制度范畴。《江苏省反家庭暴力条例》即将“禁止抢夺、藏匿未成年子女”作为人身安全保护令内容之一，可兹参照。此外，必须要考虑到该种行为的特殊性，这涉及到人身权的强制执行，而且需要对未成年子女的影响降到最低，因此，在签发人格权行为禁令或者人身安全保护令过程中，应当加大调解力度，鼓励自愿返还。如果义务人不按照法院签发的禁令要求去履行，可以列入失信被执行人名单，同时，参照《反家庭暴力法》第 34 条规定，由人民法院予以训诫，并可以根据情节轻重给予罚款或拘留，情节严重的，还可以按照拒不执行判决裁定罪予以处罚。如此，将对抢夺、藏匿未成年子女的行为予以强大的法律威慑，保障《未成年人保护法》第 24 条规定得以真正贯彻落实。

（二）依法受理监护权纠纷并强化民事责任承担

监护权纠纷是指因行使监护权而发生的民事争议，主要是监护权人认为其依法行使的监护权

被他人侵害时所引发的纠纷。“实践中，往往会出现没有监护权的人越过监护权人从事这些行为，可能形成对监护权的侵犯；也有可能出现监护人不履行监护职责，或者侵害了被监护人的合法权益的情形。因此形成纠纷，诉至法院的，均可以确定为监护权纠纷。”根据《民法典》第 34 条规定，监护人依法履行监护职责产生的权利，应依法予以保护。同时，如果监护人不履行监护职责或者存在侵害被监护人合法权益情形的，亦应当承担相应的法律责任。如前所述，在一方抢夺、藏匿未成年子女使其无法与未成年子女交往，进而无法进行抚养、教育、保护的情况下，一方面侵害了父母一方的监护权，同时，因强制未成年子女不与父母另一方交往，也侵害了被监护人的合法权益。此种情况下，夫妻另外一方以监护权纠纷为由提起诉讼的，人民法院应予受理并依法裁判。对于侵害监护权应当承担的民事责任。根据《民法典》第 1001 条规定，在没有其他法律规定的情况下，可以参照适用人格权保护的有关规定。《民法典》第 995 条明确规定了侵害人格权的，应当承担民事责任。因此，当事人以监护权纠纷提起诉讼请求侵权人承担民事责任的，可以参照《民法典》的上述规定处理。对于具体的责任形式，根据《民法典》第 179 条规定，在抢夺、藏匿未成年子女的情况下，行为方承担承担民事责任的方式可以包括停止侵害、排除妨碍、赔偿损失、赔礼道歉等，上述方式可以单独适用，也可以合并适用。同时，笔者认为，根据《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》第 2 条规定，监护权受到侵害的，受害人可以请求精神损害赔偿。虽然该条一般是指监护人以外的他人侵害监护权的情形，但条文表述上并未限制侵权人的范围。因此，作为监护人之一的父或者母因履行监护职责产生的权利收受到侵害时，可以将该条作为法律依据，请求精神损害赔偿。

（三）离婚纠纷中确定直接抚养权时应当作为对行为方的不利因素予以考量

根据《民法典》第 1084 条规定，父母是否离婚不影响父母与子女间的关系。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，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，原则上由母亲直接抚养。已满两周岁的子女，父母双方对抚养问题协议不成的，人民法院按照最有利于未成年子女的原则，并考虑双方的具体情况判决。一般所称的抚养权实际上只是直接抚养，即与孩子一起生活的权利，不直接抚养孩子的一方并没有失去监护权。在离婚纠纷确定子女由哪一方直接抚养时，最基本和重要的原则应当是最有利于未成年子女原则。根据子女年龄情况具体分为以下三个阶段：

1. 不满两周岁的未成年子女。该阶段的未成年子女多数还处在母乳喂养期，基于婴儿生长发育的利益考虑以及母亲与婴儿天然的联系和情感连接，原则上由母亲抚养更有利于未成年子女的健康成长。除《民法典婚姻家庭编司法解释（一）》第 44 条规定的情形外，一般应当判决由母亲直接抚养。当然，要明确另一方具体的探望时间、地点、方式等，依法保障其探望权。

2. 已满 2 周岁不满 8 周岁的未成年子女。实践中常出现的情况是，抢夺、藏匿行为发生在未成年子女 2 周岁以前，但是在离婚纠纷审理或判决时孩子已经满两周岁，此时应当考虑更多的因素，包括《民法典婚姻家庭编司法解释（一）》第 46 条、第 47 条规定的各种条件。此外，笔者认为，从正面角度，还应当考虑以下因素：（1）未成年子女的年龄大小、性别、人数及健康情况；（2）子女的真实意愿以及人格发展的实际需要；（3）父母的年龄、职业状况、道德品行、健康情况、经济负担能力及生活状况；（4）父母在保护子女事情上意愿和态度是否强烈；（5）父母子女间的感情状况、陪伴时间长短、陪伴质量状况等。

从负面角度，应当对抢夺、藏匿未成年子女行为予以否定性评价。如果父母双方各方面条件相当，一方存在下列行为的，应当优先考虑由另一方直接抚养：（1）未经另一方同意，擅自或以暴力抢夺等方式，致使另一方较长时间脱离对该未成年子女的监护的；（2）通过藏匿的方式阻碍另一方行使对未成年子女的监护权的；（3）阻碍或者限制另一方探望未成年子女的。需要特别强调的是，笔者认为，为弘扬良好社会风尚和价值导向，在抚养纠纷中，应客观看待通过抢夺、藏匿等违法方式形成长期与未成年子女共同生活的事实，或者通过藏匿、控制、诱导未成年子女表达愿意随其共同生活意愿的，法律应在不损害未成年子女利益的情况下，对其予以否定性评价。尽管抢夺、藏匿行为可能是出于一方希望与未成年子女长期共同生活的良好愿望，表现形式是爱，但该种行为本身一方面体现了行为方不能理性地处理问题，通过情绪化、极端方式处理家庭矛盾，存在一定暴力倾向，同时，也更多地体现了其将未成年子女作为“私有财产”的自私想法，而不是从未成年子女本身情感需求角度考虑，“父母之爱子，则为之计深远”。因此，由其直接抚养未成年子女，从长远来看，不见得是最有利于未成年子女的。

3. 已满 8 周岁的未成年子女。根据《儿童权利公约》和《未成年人保护法》规定，尊重未成年子女真实意愿是贯彻最有利于未成人原则的重要体现。《民法典》也明确规定了在父母离婚纠纷中，确定子女由哪一方直接抚养时，应当尊重其真实意愿。对于如何判断未成年子女的意愿是否真实，审判实践中需要注意的是，在听取其意见时，应当充分考虑身心尚不成熟的未成年人较长时间与抢夺、藏匿一方共同生活使其所作判断是否真正最有利于自身利益，还应当充分考虑未成年人身心处于弱势地位的特点，提供能让其感到放松的适宜环境，采用未成年人能够理解的问询方式，要特别注重保护其隐私和安全。必要时，可以引入心理评估、妇女儿童权益第三方调查等机制，以确保在不受外界干扰和误导的情况下，准确辨别未成年人的真实想法。

有观点认为，只要一方存在抢夺、藏匿未成年子女行为的，就应当判决由另一方直接抚养或者变更原来的抚养关系。对此，笔者认为，该种观点实际上是惩罚行为人的角度，出发点是为了保护另一方的权益，而不是从未成年子女利益最大化角度出发。如前所述，处理子女抚养关系的基本原则是最有利于未成年子女原则，因此，不能简单地通过此种方式而不考虑未成年子女的利益，而应当综合考虑双方各方面条件。要特别注意的是，离婚中抢夺、藏匿未成年子女问题不仅涉及情感、心理因素，还掺杂着双方其他利益考量。不管将直接抚养权判归夫妻中哪一方，都并非解决抢夺、藏匿未成年子女问题一劳永逸的办法。在离婚纠纷中确定子女直接抚养权时，应以未成年人利益最大化为原则，综合考虑各种情形确定，一方面不宜单纯因一方抢夺、藏匿未成年子女为由即否认其直接抚养权，另一方面，因一方抢夺、藏匿行为不利于未成年人子女身心健康，应将此作为不利于未成年子女利益的重要因素，在同等条件下优先考虑由另一方直接抚养。《未成年人保护法》第 116 条规定：“国家鼓励和支持社会组织、社会工作者参与涉及未成年人案件中未成年人的心理干预、法律援助、社会调查、社会观护、教育矫治、社区矫正等工作。”因此，在处理该类纠纷中，应当注重通过家事调查、心理疏导等更多柔性手段，加强事前预防、事中干预、事后惩戒等全方位干预。简单地一判了之有时可能反而激化矛盾，最终损害未成年子女利益。此外，如果抢夺、藏匿未成年人子女行为导致夫妻感情破裂的，人民法院在离婚分割夫妻共同财产时，亦应当根据《民法典》第 1087 条规定，按照照顾无过错方原则进行判决。

当然，即便确定由抢夺、藏匿一方直接抚养，也要通过发放家庭教育指导令等方式，让该方认识到父母对未成年子女负有共同的教育权利和义

务，剥夺另一方行使监护权行为是违法的。根据《未成年人保护法》第 118 条规定，在未成年人的父母或者其他监护人不依法履行监护职责或者侵犯未成年人合法权益的情况下，其居住地的居民委员会、村民委员会应予以劝诫、制止；情节严重的，居民委员会、村民委员会应当及时向公安机关报告。公安机关接到报告或者公安机关、人民检察院、人民法院在办理案件过程中发现未成年人的父母或者其他监护人存在不依法履行监护职责或者侵犯未成年人合法权益情形的，应当予以训诫，并可以责令其接受家庭教育指导。今年 6 月，最高人民法院联合全国妇联共同发布的《关于家庭教育指导工作的意见》中也规定，未成年的父母或者其他监护人违反《未成年人保护法》第 24 条的规定，侵犯未成年人合法权益的，人民法院应当训诫，并要求其接受家庭教育指导。同时，保护另一方的探望权，如果其拒绝另一方行使探望权，应当依法承担法律责任，向其释明协助另一方依法行使探望权是其法定义务，履行该义务的最终目的不仅是实现对方探望权益，更重要的是有利于未成年子女的健康成长。

（四）创新抚养权、探望权执行方式

根据《民法典》第 1086 条第 1 款规定，离婚后，不直接抚养子女的父或者母，有权探望子女，另一方应当予以协助。协助对方行使探望权是直接抚养子女一方的法定义务。《未成年人保护法》第 24 条第 2 款也规定，未成年人的父母离婚后，不直接抚养未成年子女的一方也应当在不影响未成年人学习、生活的情况下探望未成年子女，直接抚养的一方应当配合。当然，被人民法院依法中止探望权的除外。如前所述，针对已经生效的离婚判决，实践中主要存在两种情况：一种是离婚以后，直接抚养方藏匿子女不允许对方探望，这涉及有关探望权生效判决的执行问题；一种是离婚后未得到直接抚养权的一方抢夺、藏匿未成年子女，导致获得直接抚养权一方无法实现生效判决确定的权利。抚养权、探望权纠纷既涉及身份关系，又涉及对行为的执行，一直是人民法院执行工作的难点。实践中，往往还掺杂诸多情感、心理因素等，情况十分复杂。一旦处理不好，容易激化矛盾，甚至发生极端案事件。根据《民法典婚姻家庭编司法解释（一）》第 68 条规定，针对拒不履行协助探望义务的个人或者组织，人民法院只能依法采取拘留、罚款等强制措施，但是不能对子女的人身、探望行为强制执行。该条明确对探望权不能直接强制执行，但可以通过拘留、罚款等间接强制的方式。现行法律虽然没有直接将“抢夺、藏匿孩子”导致抚养权、探望权判决无法执行行为规定为拒执犯罪的情形之一，但法律、司法解释的现有规定可以适用于上述拒不履行行为，且适用的行为主体比较广泛。《刑法》第 313 条关于拒不执行判决、裁定罪中“对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行”，包括拒不履行判决裁定中确定的特定行为义务。同时，根据《民事诉讼法》第 114 条规定，诉讼参与人或者其他人拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。《全国人大常委会关于〈中华人民共和国刑法〉第三百一十三条的解释》明确规定：“协助执行义务人接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助执行，致使判决、裁定无法执行的，属于拒执罪‘有能力执行而拒不执行，情节严重’的情形。”根据《最高人民法院关于审理拒不执行判决、裁定刑事案件适用法律若干问题的解释》第 1 条，被执行人、协助执行义务人等负有执行义务的人对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的，应当以拒不执行判决、裁定罪处罚。同时，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 503 条规定，被执行人不履行法律文书指定的行为，且该项行为只能由被执行人完成的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。因

此，从现行法律、司法解释规定的解释看，将极少数拒不履行抚养权、探望权生效裁判，造成严重后果或者恶劣影响，或者情节十分严重的，依照拒不执行判决、裁定罪定罪处罚，有法律依据。当然，刑事手段应当慎重适用，不到万不得已，不宜采取刑事手段。对于情节较轻的抢夺、藏匿行为，可以依法给予其他处罚。否则，可能既无助于解决纠纷，又恶化亲子关系，也不一定符合子女意愿。因此，笔者认为，对于此类执行难问题，首先，要注重审执联动，加强释法说理，视情开展家庭教育指导，通过家事调解、心理疏导等柔性手段，尽量化解双方矛盾，促进正确抚养子女的共识。让其意识到离婚后子女仍是父母双方的子女，未成年子女的健康成长，既离不开父爱，也离不开母爱，从源头上解开当事人的心结。其次，要完善探望权执行机制，包括与民政部门或妇联组织合作，推动建立及时介入、抚养探望跟踪、抚养探望监督人等制度机制。据笔者了解，一些地方采取了积极的应对措施，取得了良好成效。比如，广东佛山市顺德区“多模式+云记录”抚养探视机制，在涉子女抚养探视的离婚案件审结后，离婚双方登陆抚养探视 APP 或小程序，就探视对象、时间、接送地点进行沟通，全程留痕，法官可据此对不履行或履行不到位的责任一方依法处理。对于少数拒不履行抚养权生效裁判的被执行人或者协助执行义务人，造成严重后果或者恶劣影响，或者情节十分严重，通过强制执行手段仍无法解决的，一些地方法院也尝试以“拒不执行法院判决、裁定罪”解决离婚后抢夺、藏匿未成年子女的问题，将离婚藏匿子女案件移交公安机关依法审查立案，对当事人果断采取刑事拘留措施，使得抚养权判决得到顺利执行。

责任编辑：胡云红
文章来源：《法律适用》2024 年第 1 期
排版：王翼妍　姜丹
审核：梁欣

关于《婚姻家庭编解释（二）征求意见稿》现实意义之思考

2024-04-14　人民法院报
https://mp.weixin.qq.com/s/mmvh-OPeHmOmnBy1qvJBVw

[新闻·评论]

人民法院报

一次"失败"调解的"峰回路转"

一个"危在旦夕"的家庭得到了安顿

关于《婚姻家庭编解释(二)征求意见稿》现实意义之思考

《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（二）（征求意见稿）》进一步加强了对弱势群体的保护力度，进一步细化民法典条文的裁判考量因素，进一步回应了司法实践中的热点难点问题，进一步彰显了社会主义核心价值观的引领作用，进一步回归对民法体系作整体考量。

4 月 7 日，《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（二）（征求意见稿）》（以下简称征求意见稿）向社会公开征求意见的公告发布，引起社会各界广泛关注。笔者认为，征求意见稿对司法实践作了五个进一步回应：

进一步加强对弱势群体的保护力度。其一，对实践中争议较大的涉抚养费给付问题作了进一步明确。离婚后子女抚养费的负担方案是基于当时的社会经济水平、父母的负担能力、子女需求、父母意愿等因素而作出的，随着社会经济的发展、物价水平、子女成长、父母收入水平等的变化，原抚养费分担方案可能不再适应子女的需求或父母的负担能力，尤其是当直接抚养子女一方经济水平不足以维持子女的基本生活、教育、医疗等方面需求时，应当允许子女向不直接抚养的一方提

出变更抚养费的请求，这也是父母共同对子女承担抚养责任的要求，与该方原来负担抚养费的多寡、是否实际负担支付抚养费的义务均无关系。民法典第一千零八十五条对超过协议或判决原定数额的变更情形进行了规定，征求意见稿第十五条进一步对离婚协议约定不负担抚养费的情形进行明确，未成年子女同样可以要求不直接抚养一方支付抚养费。此外，对于此前实践中争议较大的欠付抚养费能否追偿的问题，征求意见稿第十六条也进行了明确，区分了两类主体和两种情形，即对于子女而言，如属于未成年或虽已成年但仍不能独立生活的则可以追偿，如属于能够独立生活的成年子女则不可以追偿；对于离婚协议中直接抚养子女一方而言，如子女已经成年并可独立生活，即可以以己方名义提出请求。其二，对离婚协议约定财产给予子女的处理问题采“二分法”，即财产权利未转移的，父母合意可以撤销，单方不可撤销；财产权利已转移的，除非有证据证明签订离婚协议时存在欺诈、胁迫等（实践多指对亲子关系认识上存在欺诈或者重大误解），否则即使父母合意仍不可撤销。征求意见稿同时明确一方不履行离婚协议约定的财产给予子女义务时，另一方可要求继续履行或承担赔偿损失等民事责任。再次强调最有利于未成年子女原则，突出未成年子女利益最大化。

进一步细化民法典条文的裁判考量因素。其一，列明民法典第一千零八十八条规定的离婚经济补偿（通常被称为“家务劳动补偿”）裁判参考要素。民法典第一千零八十八条扩大了离婚经济补偿的适用范围，增加了补偿获得支持的可能性，但民法典施行三年多以来，如何补、补多少等问题各地做法不一，征求意见稿总结审判实践中列明的具体考量要素，即婚姻关系存续时间、负担相应义务投入的精力及对双方的影响、对家庭所作贡献程度、双方离婚时经济状况以及给付方负担能力、当地收入水平等。其二，对民法典第一千零九十条规定的离婚经济帮助条件和形式作了进一步细化。将“离婚时一方依靠个人财产和离婚时分得的财产仍无法维持当地基本生活水平”作为判断是否需要进行离婚经济帮助的判断标准，将一定期限的房屋无偿使用权、房屋租金、居住权等作为帮助的方式。征求意见稿将民法典较为原则性的规定进一步细化，将为审判实践提供切实可行的参考。

进一步回应司法实践中的热点难点问题。其一，对同居析产纠纷处理规则作了进一步规定。当前社会不婚族增多，同居析产纠纷呈逐年上涨态势，为应对这一客观情况，征求意见稿对同居财产析分问题进行了规定，同时增设同居关系解除时经济补偿权，借鉴了离婚经济补偿的法理和立法本意，突出对弱势一方的保护。但立法并不提倡将同居关系合法化，民法典规定婚姻家庭受国家保护，同居关系与婚姻关系有本质区别，征求意见稿对同居关系并未赋予与婚姻关系相同的共同共有。实践中，针对登记在一方名下，但另一方却有实际贡献的混同财产，在同居关系解除时，如何充分举证证明己方的份额将对当事人提出较大挑战。其二，丰富了父母为子女购房出资的认定标准。原《婚姻法司法解释（三）》第七条第一款规定，婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可以视为只对子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。征求意见稿第七条对一方父母全额出资将此前的“为子女购买”表述为“为夫妻购置房屋”，认定结果上也相较于原《婚姻法司法解释（三）》更为缓和，仅规定可将该不动产判归出资人子女一方所有，对另一方予以适当补偿。笔者理解，该条规定将婚后一方父母全额出资并登记在己方子女名下的房屋仍定性为夫妻共同财产，只不过在处理方式上作了区别于夫妻共同财产通常平等分割的规定。根本上还是遵从民法典规定的约定优先原则，倡导父母子女间订立书面协议以避免纠纷。其三，为破解抢夺、藏匿未成年子女的现实难题提供可行路径。长期以来，离婚

时为取得子女抚养权，“抢孩子”大战频频上演，子女受教育权、身体权、健康权等权益屡屡受害。征求意见稿第十一条以人身安全保护令的形式丰富了规制该行为的手段，且该条并未限制适用前提为“离婚时”，因此在婚内如果存在该种情况同样可适用。如因夫妻一方或双方共同原因导致感情恶化，在矛盾激化分居期间，子女暂随一方共同生活，另一方是否可以引用此条提起相关诉讼或提出人身安全保护令仍有待进一步明确。

进一步彰显社会主义核心价值观的引领作用。其一，增加家暴等负面行为成本。《婚姻家庭编解释（一）》第四十六条从正面规定了对已满两周岁未成年子女优先考虑直接抚养的条件，而征求意见稿第十三条则从反面列举了不适宜直接抚养的条件，即实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员，有赌博、吸毒等恶习，以及其他严重损害未成年子女权益的情形。此前的司法实践中，若父母一方被认定构成家暴，无论是否直接向未成年子女施暴，一般认定施暴方不宜直接抚养未成年子女。征求意见稿将司法实践这一做法以法律条文形式固定下来，增加家暴等负面行为成本，对违反社会主义核心价值观的行为明确作出否定性评价，进而维护平等、和睦、文明的家庭关系。其二，认定违反公序良俗的赠与无效。夫妻一方将共同财产赠与婚外异性不必然导致配偶另一方有权主张返还，但如因重婚、与他人同居等违背公序良俗情形而赠与或者以明显不合理的低价转让，征求意见稿第六条明确赠与合同无效，配偶另一方主张返还依法予以支持。其三，将超出家庭一般消费水平的打赏行为纳入挥霍夫妻共同财产的范畴。近年来直播文化盛行，因直播打赏引发的纠纷不在少数，征求意见稿将直播内容含有淫秽、色情等低俗信息引诱用户打赏的打赏行为定为无效，配偶另一方可以请求网络直播平台返还打赏款项。因用户与平台之间构成网络服务合同关系，请求返还的对象是网络直播平台，此时返还并非在离婚案件中判决，而是在确认民事法律行为无效（合同无效）的相关案由中。此外，征求意见稿将明显超出家庭一般消费水平的打赏列入挥霍夫妻共同财产的范畴，从夫妻之间侵权的“过错”角度，在婚内析产或者离婚析产中对有过错一方少分或不分。

进一步回归对民法体系作整体考量。其一，对涉“假离婚”离婚协议的财产条款效力综合审查。实践中“假离婚，真逃债”现象屡见不鲜，债权人对于夫妻双方签订离婚协议企图逃避一方债务的行为通常依据民法典第五百三十八条、五百三十九条之规定提起确认无效或撤销之诉。但离婚协议系夫妻双方权衡利益、考量利弊后，围绕婚姻关系解除而形成的一个有机整体，具有财产协议和身份关系协议的双重属性，当事人之间除了纯粹的财产利益考虑之外，还掺杂着子女抚养、夫妻感情等其他因素。协议作为一个整体，各条款之间彼此相关，改变其中任何一个条款均可能影响整个离婚协议的效力。司法实践常考虑离婚协议这一区别于普通合同的特殊性，除确有法定无效或可撤销情形外，一般不宜轻易改变部分协议内容效力。征求意见稿第二条第二款将这一问题重新置于民法的整体框架之中，规定债权人有证据证明离婚协议中有关财产及债务处理条款存在民法典第五百三十八条、第五百三十九条规定情形，请求撤销相关条款的，应依法予以支持。但笔者认为此条适用仍应审慎，判断离婚协议中关于财产及债务处理条款是否存在上述情形，应结合离婚原因、少分或不分一方是否有过错、是对目前共同财产的少分还是对未来义务承担的加重、对债权人偿债影响的大小、是否有其他担保人担保该金钱给付义务等综合判定，区分于上述条款在普通合同审查中的适用。其二，协调放弃继承与夫妻共同财产制。放弃继承与夫妻共同财产制本是分属于民法典继承编和婚姻家庭编相对独立的制度，因为夫妻共同财产的法定类型让二者产生了交集。婚姻家庭编将继承或受赠除确定只归一方的财产外划归为夫妻共同财产，而继承编又

从尊重继承人意思自治的角度规定了继承人可以在继承开始后、遗产处理前放弃继承。审判实践中比较常见的情形是一方在离婚时主张分割另一方依法继承的遗产，但另一方却以放弃继承为由进行抗辩，试图排除财产分配，对此有人认为放弃继承是继承一方个人的权利，和配偶无关，当然可以自由放弃；有人认为可以放弃，但要进一步审查是真放弃还是虚假放弃；有人则认为继承一方放弃需要征得配偶同意，不能单方放弃。那么配偶一方能不能单独决定放弃继承？放弃继承是否需要征得配偶同意？放弃继承是否应当有条件限制？征求意见稿第十条对此予以回应：夫妻一方以对方可继承的财产为夫妻共同财产、放弃继承损害夫妻共同财产利益为由主张对方放弃继承无效的，人民法院不予支持。司法实践中应注意放弃继承的虚假意思表示及权利滥用问题，在适用规则中寻求制衡之术。

来源：人民法院报

作者：方 硕（作者单位：北京市第一中级人民法院）

编辑：邢天然　屠少萌

（四）检察视点

最高人民检察院 中华全国总工会 中华全国妇女联合会 保障妇女儿童权益典型案例

2024-04-15 最高人民检察院
https://mp.weixin.qq.com/s/YumPvWBMUHfLRxv9Aogafg

目 录

1. 周某强制猥亵案
2. 戚某强制侮辱案
3. 陈某某猥亵儿童、强奸、强制猥亵案
4. 李某甲向李某乙追索抚养费纠纷支持起诉案
5. 冯某与李某赠与合同纠纷抗诉案
6. 巴某甲与巴某乙、巴某丙等人农村土地承包经营权纠纷支持起诉案
7. 玉某诉云南省景洪市某镇人民政府撤销婚姻登记检察监督案
8. 浙江省义乌市人民检察院督促整治电竞剧本等娱乐业侵害妇女权益行政公益诉讼案
9. 广东省深圳市人民检察院督促规范公共厕所男女厕位建设标准行政公益诉讼案
10. 广西壮族自治区南宁市邕宁区人民检察院督促保护“三期”女职工特殊权益行政公益诉讼案
11. 山东省日照经济技术开发区人民检察院督促整治村规民约侵害妇女权益行政公益诉讼案
12. 张某国家司法救助案

案例一

周某强制猥亵案

【基本案情】

2023 年 7 月 6 日，被害人洪某（女）经他人介绍到周某的公司求职。次日，周某要求洪某到达指定地点参加面试，并被周某带往芜湖市某医院联系业务。当日 17 时许，周某让洪某开车送其到芜湖市某宾馆办理入住，并以商谈业务为由哄骗被害人洪某到其入住的宾馆房间内。进入房间后，周某佯装与洪某谈论业务，当洪某准备离开时，周某抱住洪某并要求与其发生性关系，遭到洪某拒绝。周某以知道洪某老家住址及家庭情况，可以散播谣言毁谤其名誉，并声称其在圈内具有一定影响力，足以让洪某在行业内难以立足相威胁，对洪某实施了亲吻、摸胸等猥亵行为。

【检察机关履职情况】

公安机关对周某涉嫌强制猥亵案立案侦查。针对本案证据薄弱，仅有被害人洪某的陈述和其男友的证言，而被告人又拒不认罪的情况，安徽芜湖市镜湖区人民检察院（以下简称镜湖区检察院）积极引导公安机关调取案发宾馆监控视频、入住登记材料和酒店工作人员证言，通过对视频资料中被害人面部表情等进行影像分析，确认事发前后被害人精神状态，佐证被害人陈述的真实性。镜湖区检察院于 2023 年 7 月 21 日对犯罪嫌疑人周某批准逮捕。

检察机关经全面审查证据，认定本案系一起企业负责人利用女性求职者的弱势地位，以言语相威胁，迫使被害人不敢反抗，进而实施强制猥

亵的犯罪。该行为严重侵害妇女性自决权，败坏职场风气，具有严重的社会危害性，应当依法严厉打击。镜湖区检察院于同年 11 月 6 日以周某涉嫌强制猥亵罪向镜湖区人民法院提起公诉。

庭审期间，检察机关进一步进行释法说理，阐明强制猥亵罪的犯罪构成及其社会危害性，敦促被告人周某认罪悔罪，被告人周某认识到其行为的严重危害性，由不认罪到最终承认所犯罪行，并愿意接受刑罚处罚。被害人因受犯罪侵害内心遭受精神创伤，为充分保障其合法权益，检察机关通过积极做被告人周某的工作，其自愿赔偿被害人精神损失 4 万元。法院对起诉指控的犯罪事实依法予以认定，并采纳检察机关量刑建议，以强制猥亵罪判处被告人周某有期徒刑六个月。被告人认罪服判，未提出上诉。

判决生效后，检察机关主动联系被害人，了解其心理状态和工作生活状况，对其进行心理疏导、帮扶，帮助被害妇女走出心理阴影，重回生活、工作正轨。

【典型意义】

（一）针对招聘者利用求职过程中的不平等地位，对求职妇女进行言语威胁，使被害人产生心理强制，达到不敢反抗的程度，应当依法认定为强制猥亵罪中的“胁迫”。《中华人民共和国刑法》第二百三十七条强制猥亵罪中“暴力、胁迫或其他方法”的程度需要达到使被害人不能反抗、不敢反抗、不知反抗的程度。在职场中，公司、企业的管理人员，利用招募女职工过程中的地位优势、心理优势和环境优势，以在生活圈和职场圈中散播求职妇女具有生活作风问题等谣言，败坏妇女名誉，使妇女无法继续工作等相威胁，足以对妇女形成心理强制作用，应当认定该言语威胁达到了强制猥亵罪中“胁迫”的程度。行为人通过此种言语威胁方式迫使妇女同意行为人猥亵的，应当认定为强制猥亵罪。

（二）检察机关要积极贯彻保护原则，严惩针对妇女的职场性侵犯罪。部分妇女在职场中遭遇性骚扰或性侵害时，因害怕名誉受损或工作不保等顾虑，往往不敢声张，被迫息事宁人。检察机关通过依法惩治利用职场中的地位优势侵害妇女权益的犯罪行为，鼓励妇女在求职、就业过程中遇到性骚扰和性侵害时勇于使用法律武器维护自身权利，保障妇女人身权利和人格尊严不受侵犯。

案例二

戚某强制侮辱案

【基本案情】

2023 年 6 月 24 日上午 8 时许，戚某因与被害人吕某（女）产生情感纠纷，遂至吕某经营的店内，要求吕某退还二人交往期间戚某送给她的财物等。在遭到吕某拒绝后，戚某对吕某进行殴打（经鉴定为轻微伤），撕扯吕某的衣裤致其身体完全裸露，强行将吕某拖拽到店门口的马路边上，并当众对其言语侮辱、呼喊行人围观，持续约十几分钟。

【检察机关履职情况】

2023 年 6 月 24 日，被害人吕某向公安机关报案。两天后，福建省福州市公安局仓山分局立案侦查。福州市仓山区人民检察院（以下简称仓山区检察院）应公安机关邀请提前介入该案，引导公安机关及时搜集并固定案件证据，同时结合被害人吕某衣着裸露被殴打的视频已在网络上小范围传播的情况，建议公安机关做好被害人权益保护工作，避免因视频继续传播对被害妇女造成二次伤害。

2023 年 7 月 3 日，公安机关以戚某涉嫌强制侮辱罪向仓山区检察院提请批准逮捕。仓山区检察院立即启动“检馨护花”机制，即办理侵害女性被害人人身权益的刑事案件，指派女检察官办理，同时联合妇联聘请的心理咨询师为其提供心

理咨询，进行心理疏导和治疗，帮助其走出遭受犯罪侵害的心理阴影。检察官在审查案件过程中发现照片中被害人吕某右眼眶、手臂、大腿存在多处挫伤，及时引导公安机关补充固定伤情鉴定，调取案发现场监控视频、出警视频、手机视频等。后联合公安机关多次走访案发地点，向街边商户及来往群众了解案发情况，进一步夯实证据链。7 月 7 日，仓山区检察院以戚某涉嫌强制侮辱罪对其批准逮捕。

审查起诉期间，针对戚某打砸店铺造成的财产损失和吕某支付的治疗费用，检察机关建议被害人吕某依法提起刑事附带民事诉讼，维护自身合法权益。2023 年 10 月 10 日，仓山区检察院以戚某涉嫌强制侮辱罪提起公诉。

庭审过程中，检察机关积极开展释法说理，促使被告人戚某当庭表示认罪认罚。戚某对于给吕某造成的伤害表示真诚悔罪，并愿意向被害人赔礼道歉、赔偿损失。戚某的辩护人提出，本案犯罪情节较轻，延续时间较短，且围观路人较少，社会危害性不大，请求对戚某从轻处理。公诉人答辩指出，戚某以暴力手段侮辱被害人吕某，殴打吕某并强行撕扯其衣裤致其身体完全裸露。戚某不顾吕某裸体状态仍将其从店内强行拖拽到店门口马路边并对其言语侮辱、呼喊行人围观。案发时间为上午 8 时许，来往人流量较大，戚某在公共场所当众侮辱妇女，致使被害人吕某被侮辱的过程被在场的众多人围观，其被侮辱的视频在网上传播，为不特定多数人所知悉。戚某的行为严重损害了妇女的人格尊严。

法院审理后，采纳检察机关指控的犯罪事实和提出的量刑建议，以强制侮辱罪判处戚某有期徒刑五年；判决戚某赔偿刑事附带民事诉讼原告人吕某的经济损失人民币 3050 元。宣判后，戚某未提出上诉，判决已生效。

【典型意义】

（一）准确适用法律，确保罪责刑相适应。侮辱罪与强制侮辱罪都侵犯公民的人格尊严和名誉权，但对于以暴力手段强行扒光妇女衣服，使其暴露身体隐私部位的行为，主观上以羞辱妇女为目的，客观上使妇女产生性羞耻感，严重侵犯了妇女的人格尊严，对此类行为不应适用侮辱罪，被害人告诉的才处理，应当以强制侮辱罪提起公诉，符合“在公共场所当众实施”情节的，应当提出判处五年以上有期徒刑的量刑建议。

（二）持续开展释法说理，促使被告人认罪认罚。检察机关通过阐明认罪认罚从宽制度的法律规定和法律后果，敦促被告人当庭认罪悔罪，争取从宽处罚，同时，为减少社会对抗、防范事后打击报复，检察机关积极做好释法说理工作，使被告人认识到其行为的严重社会危害性，表示服从判决，未提出上诉。

（三）依法能动履职，拓展妇女权益保护模式。案件办理过程中，检察机关通过积极开展走访调查深入了解案件情况，对涉及女性被害人人身权益的案件，由女检察官办理，强化妇女隐私保护，注重联合妇联共同为维权妇女提供法律咨询、取证帮助、心理疏导等服务，全面加强妇女权益保护。

案例三

陈某某猥亵儿童、强奸、强制猥亵案

【基本案情】

2020 年 9 月至 2022 年 7 月，陈某某通过网络社交平台添加郑某某、谢某某等多名未成年女学生为好友，后虚构身份以谈恋爱、发送小额红包等方式，诱骗 9 名未成年人（含不满十四周岁幼女）向其发送裸照或不雅视频，并与其中 5 名未成年人线下见面发生性关系。对不愿意继续交往的 4 名未成年人，陈某某以散布裸照相威胁，逼迫继续与其交往。

【检察机关履职情况】

2022 年 7 月 9 日，被害人郑某某、谢某某向公安机关报案。公安机关受案后，认为陈某某未在线下与谢某某见面，只是通过网络要求被害人向其发送裸聊视频，没有发生危害结果，不构成犯罪，仅以“郑某某被强奸”立案侦查。福建省漳州市长泰区人民检察院（以下简称长泰区检察院）应邀介入侦查后，认为犯罪嫌疑人引诱和逼迫谢某某拍摄不雅视频供其观看，主观上以满足性刺激为目的，客观上实施了猥亵儿童的行为，侵害了儿童人格尊严和身心健康，已构成猥亵儿童罪。

审查逮捕阶段，长泰区检察院针对网络性侵案件多为系列案件、往往有多名被害人的特点，引导侦查机关全面收集提取电子数据。检察机关从陈某某的 2 个微信账号、3 个 QQ 账号中存储的 200 余万条数据中梳理排查出大量淫秽信息和不雅照片、视频等，发现犯罪嫌疑人陈某某另有强奸、猥亵 7 名未成年人的犯罪事实。检察机关向公安机关发出《要求说明不立案理由通知书》。公安机关对检察机关提出的涉嫌犯罪问题立案侦查，查明全部犯罪事实，将犯罪嫌疑人陈某某的 10 起犯罪事实移送审查起诉。

本案侦查及审查起诉阶段，陈某某一直辩解称被害人系自愿与其发生性关系，其不明知被害人是未满十四周岁的幼女。检察机关引导侦查机关调取被害人网络平台的身份简介等信息，梳理双方见面时的合照、聊天记录、作业本照片等证据，综合认定陈某某应当知道被害人可能是未满十四周岁的幼女。2022 年 12 月 1 日，长泰区检察院以陈某某涉嫌猥亵儿童罪、强奸罪、强制猥亵罪向长泰区人民法院提起公诉，从严提出量刑建议。2023 年 2 月 24 日，长泰区人民法院不公开开庭审理该案，全部采纳检察机关指控的犯罪事实和提出的量刑建议，以陈某某犯强奸罪判处有期徒刑十二年六个月；犯猥亵儿童罪判处有期徒刑五年；犯强制猥亵罪判处有期徒刑一年，数罪并罚决定执行有期徒刑十五年。被告人陈某某未上诉，判决生效。

办案过程中，检察机关发现被告人陈某某多次虚构身份并在冠以“某某中学”“某某学习交流群”等与学校、班级有关的 QQ 群、微信群中与在校女生搭讪相识。检察机关就此向教育行政部门发出检察建议，推动对中、小学同类微信群、QQ 群进行全面排查，通过更改群名、严格进群方式、清退群中无关人员、强调群主责任等方式，加强网络风险防控。后各中、小学校设置观察员，定期开展排查，营造有利于未成年人健康成长的清朗网络空间。针对本案多名被害人由于父母疏于管教、关爱，导致沉迷网络并渴望通过异性爱恋弥补感情缺失而被侵害的问题，检察机关向多名被害人家长发出《督促监护令》，联合妇联依托“春蕾安全员”开展家庭教育指导，引导监护人加强对未成年人使用网络的教育、示范和监督。

【典型意义】

（一）把握网络性侵未成年人犯罪案件特点，充分运用信息技术手段全面查证犯罪事实。网络性侵犯罪案件往往存在被害人多、证据分散、隐蔽等特点，检察机关应注重电子数据的恢复、提取和勘验检查，引导侦查机关全面查清案件事实，依法深挖、追诉、严惩网络性侵未成年人犯罪。

（二）准确适用法律，从严惩处性侵未成年人犯罪。以满足性刺激为目的，采用诱骗或者胁迫方式让未成年人进行网络裸聊、拍摄裸照、视频，严重侵害未成年人的人格尊严和身心健康，与实际接触儿童身体的猥亵行为具有相同的社会危害性，应当认定为猥亵儿童罪。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理强奸、猥亵未成年人刑事案件适用法律若干问题的解释》第九条第一款规定：“胁迫、诱骗未成年人通过网络视频聊天或者发送视频、照片等方式，暴露身体隐私部位或者实施淫秽行为，符合刑法第二百三十七条规定的，以强制猥亵罪或者猥亵儿童罪定罪处罚。”

对行为人实施奸淫行为时是否明知对方为幼女的认定，应结合双方相识交往情况综合判断，从严把握，不能简单以被害人未告知或错误告知认定行为人主观不明知。

（三）加强多方联动，推动社会治理。在严格办案的同时，检察机关要深入查找案发原因和社会治理薄弱环节，督促各方落实法律规定的未成年人保护职责，协同推进网络空间综合治理，为未成年人创造良好的网络环境，减少被侵害的风险。

案例四

李某甲向李某乙追索抚养费纠纷支持起诉案

【基本案情】

李某甲，2010 年出生，系李某乙与王某之子。2013 年，王某与李某乙协议离婚，约定李某甲跟随母亲王某生活，父亲李某乙每月支付生活费 500 元。但是，在离婚后的近十年中，王某单独抚养李某甲且无固定收入，经济困难；李某乙有能力履行抚养义务，但未按照离婚协议支付李某甲的抚养费，也未尽过任何其他抚养义务。后李某甲向法院起诉要求李某乙支付抚养费，太原市迎泽区人民检察院（以下简称迎泽区检察院）对该案支持起诉，最终法院判决李某乙一次性支付李某甲从 2013 年 12 月至 2022 年 6 月抚养费 51500 元；李某乙从 2022 年 7 月起每月支付李某甲抚养费 1000 元，直至其满十八周岁止。

【检察机关履职情况】

2022 年 6 月，为扩大监督线索来源，更好维护妇女儿童权益，迎泽区检察院在迎泽区矛盾纠纷多元调解中心设立检察服务窗口。同年 11 月，迎泽区矛盾纠纷多元调解中心收到李某甲母亲王某反映李某乙有能力履行抚养义务拒不履行对李某甲抚养义务的情况，将线索移送迎泽区检察院。检察机关受理线索后，围绕李某甲的生活环境、家庭状况等进行走访调查，并开展监护状况评估。经调查发现，王某因无固定经济收入致使独立抚养孩子较为困难；李某乙是省属某国有企业在岗职工，有固定工作及收入。检察机关经审查认为，李某乙有能力履行抚养义务却不履行，已经侵害未成年人李某甲的合法权益。考虑到王某的诉讼能力较弱，经与王某沟通并告知其检察机关支持起诉的法律规定，王某申请检察机关协助收集相关证据并依法支持起诉。2022 年 11 月 15 日，迎泽区检察院依法向迎泽区人民法院提出支持起诉意见。

2022 年 12 月 9 日，迎泽区人民法院作出判决，支持了李某甲的诉讼请求。判决生效后，李某乙一直未履行判决确定的义务。针对本案中李某乙拒绝履行抚养义务、履行监护责任不到位的情况，为强化家庭监护责任，提升家庭教育能力，弥补缺失的父爱，让李某甲更好地健康成长，检察机关对李某乙发出《督促监护令》，阐明父爱缺失对孩子身心健康、情感需求及生活保障等方面造成的影响和危害，责令其反思自身问题，依法履行抚养义务。通过检察机关释法说理和督促劝导，李某乙逐渐转变态度，表示愿意履行监护职责，并与王某就抚养费分期给付事项达成协议。

迎泽区检察院联合区法院、区妇联共同对李某乙进行了家庭教育指导。一方面，唤醒其责任意识。针对李某乙对孩子关爱缺失等问题，帮助其认识到亲子关系对未成年人成长的重要影响，教育引导其依法履行监护职责。另一方面，弥补角色缺位。针对李某甲长期缺乏父爱的问题，对李某乙进行训诫和释法明理，促使其加强与孩子联系，履行抚养义务，主动修复断裂的亲子关系。同时，引导李某乙和王某正确处理离婚后关系，消解积怨矛盾，向孩子传达亲情温暖。在后续回访中，王某表示李某乙已按时足额给付抚养费，目前家庭经济困难已经得到缓解、父子情感得到恢复。

【典型意义】

（一）借助“信息共享＋一站式窗口”拓宽监督线索来源，形成监督合力。检察机关办理未成年人案件，应增强监督的主动性，最大限度发挥政府矛盾纠纷多元调解中心等综合平台的桥梁作用，扩大未成年人维权线索来源，构建“及时受理、依法维权、矛盾化解”闭环机制，更好维护未成年人利益。同时，注重加强与法院在信息共享、研判会商等工作中的衔接配合，为维护未成年人合法权益提供“绿色通道”，助推未成年人司法保护规定落细落实。

（二）通过“支持起诉＋多元解纷”相结合有力化解矛盾，形成维权合力。检察机关开展追索抚养费支持起诉工作，一方面，要通过提供法律咨询、协助收集证据等方式，帮助解决诉讼困难群体“不会诉、不敢诉、不善诉”的难题；另一方面，要把矛盾纠纷多元化解贯穿于民事支持起诉工作始终，把化解矛盾、消除对立、修复受损家庭关系作为重要目标，对被告方充分开展释法说理，在维权的同时更要让爱归位，主动跟踪案件执行等情况，做好支持起诉“后半篇”文章。

（三）以多部门联合开展“督促监护＋家庭教育指导”，形成保护合力。在办案过程中对涉案未成年人家庭情况、教育模式、亲子关系、监护能力、成长轨迹开展“五必查”，依法制发“督促监护令”。高度重视家庭教育指导工作，通过联合法院、妇联等部门采取系统性、针对性的措施和手段，改变监护人教育方式，改善家庭关系，解决未成年人家庭成员角色缺位缺失问题，重塑家庭支持体系，为未成年人健康成长提供有力支撑。在充分积累个案经验的基础上，积极推动构建长效工作机制，使涉案未成年人家庭教育指导工作规范、高质量发展。

案例五

冯某与李某赠与合同纠纷抗诉案

【基本案情】

何某系冯某丈夫，二人育有一子一女，儿子未成年。2017 年 8 月起，何某常在沐足场所消费，结识了在沐足场所从事管理工作的女子李某，进而与李某产生婚外情，李某知晓何某有家室有儿女。2017 年 8 月至 2019 年 9 月，何某通过银行卡向李某转账 14 笔共计 20 余万元；2017 年 8 月至 2019 年 11 月，何某为维系两人关系通过微信向李某转账包含“520”“1314”等特殊含义的 278 笔共计 17 万余元。2017 年 8 月至 2019 年 10 月，李某通过微信向何某转账共计 9 万余元，代何某支付沐足消费款 5 万余元。2020 年 1 月，冯某以何某赠与李某财产的行为侵害其财产权益为由，向四川省宣汉县人民法院提起诉讼，请求确认何某在婚姻关系存续期间赠与李某财产的行为无效，要求李某返还赠与财产及利息。宣汉县人民法院一审判决驳回冯某的诉讼请求。冯某不服一审判决，向达州市中级人民法院提起上诉。达州市中级人民法院认为，何某在夫妻关系存续期间，违背夫妻忠实义务，向李某转款 37 万余元，其财产处分行为未得到冯某追认，赠与行为无效。赠与款项中有 50%份额属于冯某，何某系无权处分。何某向李某赠与金额 37 万元，在扣减李某向何某转款金额 14 万余元后，余下 23 万余元。23 万余元的 50%份额属于冯某所有，李某应予以返还。达州市中级人民法院二审判决撤销本案一审判决，李某返还冯某 11 万余元并支付利息。冯某不服二审判决，向四川省高级人民法院申请再审被驳回。

【检察机关履职情况】

冯某不服二审判决，向达州市人民检察院申请监督。达州市人民检察院审查后认为，本案赠与行为无效，应当返还全部赠与财产，据此提请四川省人民检察院抗诉。四川省人民检察院通过调阅原审卷宗、询问双方当事人等进一步查明了

案件事实。通过对相关案件裁判进行检索梳理发现，对于在夫妻关系存续期间，夫妻一方对外赠与行为是部分有效还是全部无效问题，江苏省、北京市等部分地区出台了相关审判意见，但四川省没有明确规定，司法实践中对此类案件处理裁判尺度不一。四川省检察院与四川省高级人民法院进行沟通，综合考量本案的价值导向，进一步明确了本案法律适用和监督必要性。

四川省人民检察院根据审查认定的事实和证据认为：一是案涉赠与行为是无效的民事行为，其法律后果应是返还全部财产，终审判决部分返还，属于适用法律确有错误。二是终审判决部分返还赠与财产，径直分割夫妻共同财产，超越了当事人的诉讼请求。三是终审判决变相认可违反善良风俗的赠与行为，损害了夫妻中非过错一方的财产权益，与诚信、公正的社会主义核心价值观不符。2022 年 5 月 23 日，四川省人民检察院向四川省高级人民法院提出抗诉。

四川省高级人民法院再审采纳了检察机关抗诉意见，并于 2022 年 10 月 31 日作出民事判决，依法改判李某返还冯某 23 万余元（即转账赠与 37 万余元扣减李某垫支付款 14 万余元）并支付利息。

【典型意义】

（一）检察机关在办案中，对于夫妻一方赠与行为应结合法律关于财产平等处分权的规定、行为人主观心态及是否违反公序良俗原则等，综合分析判定赠与的效力。本案中，何某赠与第三者李某财产，目的是维系婚外情，该赠与行为不仅侵犯了夫妻财产平等处分权，而且违背公序良俗原则，应认定为无效。《中华人民共和国民法典》第一百五十七条明确规定，基于无效行为取得的财产应当返还。检察机关依法对生效裁判进行监督，通过抗诉推动法院再审确认以维系婚外情为目的的赠与行为无效，改判第三者返还全部赠与财产，既保护了夫妻关系中无过错一方及未成年子女的合法权益，又在纠正个案的基础上，促进省级法检两院统一裁判标准，确保法律适用的平等和统一，维护司法权威。

（二）检察机关应当准确把握民法典立法精神，通过监督纠错引导树立良好家德家风。为更好地弘扬家庭美德，体现社会主义核心价值观，《中华人民共和国民法典》第一千零四十三条规定了“家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设”。检察机关要深刻领会民法典的立法目的及精神，在监督办案中培育和践行社会主义核心价值观。本案中，李某基于婚外情接受赠与财产，若支持部分赠与款项有效，实质是否定夫妻共同财产作为不可分割整体的属性，将在社会上形成谁控制和支配夫妻共同财产谁就可以随意分割财产的错误导向，与夫妻忠诚的价值取向相悖。检察机关通过抗诉监督，对第三者插足婚姻并从中牟利行为给予否定评价，引导社会形成正确的婚姻观、金钱观、家庭观，促进社会养成良好家德家风。

案例六

巴某甲与巴某乙、巴某丙等人农村土地承包经营权纠纷支持起诉案

【基本案情】

巴某甲（女）原系新疆维吾尔自治区塔城市 A 镇某村村民。1999 年巴某甲作为塔城市 A 镇某村的村民参与土地分配，在娘家分得“口粮地”30 亩。2009 年，巴某甲嫁入塔城市 B 镇某村，户口也随之迁入该村。塔城市 B 镇某村未给巴某甲分配土地，巴某甲的丈夫也无“口粮地”。巴某甲一家三口为村里的低保户，主要靠丈夫外出打零工维持生计，生活困难。2009 年以来，巴某甲多次到娘家索要自己在塔城市 A 镇某村分得的 30 亩“口粮地”的土地承包经营权，其娘家人巴某乙、巴某丙等以其已出嫁为由拒绝归还。巴某甲向塔城市 A 镇政府、村委会等部门反映，经上述部门协调均无结果。

【检察机关履职情况】

巴某甲向新疆维吾尔自治区塔城市人民检察院（以下简称塔城市检察院）申请支持起诉。塔城市检察院经初审研判认为，巴某甲的 30 亩口粮地被娘家人巴某乙、巴某丙等人长期占有，致使其合法权益受到侵害，因巴某甲文化水平低、生活困难、使用国家通用语言文字进行诉讼的能力偏弱，目前虽具有起诉维权意愿，但诉讼能力较弱，提起诉讼确有困难，对其支持起诉的申请依法应予受理。

检察机关受理该案后，前往巴某甲娘家所在地塔城市 A 镇某村开展调查核实。检察官调取巴某甲娘家 1999 年的农村土地经营权承包合同，实地走访巴某甲的娘家，多次与 A 镇土地管理部门、村“两委”进行座谈。经调查查明，1999 年塔城市 A 镇政府向巴某甲娘家一户七人颁发了农村土地承包经营权证，其中巴某甲的“口粮地”是 30 亩。巴某甲出嫁后土地由其娘家兄弟占有经营。经核实，巴某甲及其丈夫在塔城市 B 镇某村确无“口粮地”。检察官根据《中华人民共和国法律援助法》的规定，协调法律援助机构为其提供法律援助律师，听取巴某甲及其法律援助律师意见，并就案件相关问题进行研讨，提出建议。

塔城市检察院经审查认为，根据《中华人民共和国农村土地承包法》《中华人民共和国妇女权益保障法》等相关法律规定，农村土地承包期内妇女结婚，在新居住地未取得承包地的，不得收回其原承包地，农村妇女土地承包经营权也不会因在农村经济组织间的嫁娶、迁移等情况而丧失。巴某甲虽然将户口迁出，但在夫家没有分得“口粮地”，依法对娘家原有的口粮地享有权益。2009 年以来巴某甲的娘家人无偿占有巴某甲“口粮地”的行为，侵犯了巴某甲的合法权益，致使巴某甲本就贫困的生活更加窘迫。2023 年 2 月 24 日，塔城市检察院依法作出支持起诉意见书，支持巴某甲提起民事诉讼，请求塔城市人民法院判令巴某乙、巴某丙等人返还土地承包费 48300 元。

塔城市检察院支持巴某甲提起诉讼后，积极与法院对接，协助巴某甲申请免交案件受理费等，促成两院充分运用“支持起诉+庭前调解”的模式速立速审。在庭前调解时，检察官与法官释法说理，巴某乙、巴某丙等人认识到自身行为的违法性，最终双方就 13 年的土地承包费的返还、后续土地承包费的领取等事项达成调解协议。2023 年 2 月 26 日，塔城市人民法院作出民事调解书：一、巴某乙、巴某丙等人一次性支付巴某甲土地承包费 48300 元；二、巴某乙、巴某丙等人继续实际经营土地，随行就市每年向巴某甲支付不低于 26400 元的承包费。

【典型意义】

（一）充分发挥民事支持起诉职能作用，保障弱势妇女群体的合法利益。支持起诉的制度价值在于实现当事人诉讼地位和诉讼权利实质平等。农村妇女在农村土地承包经营权、集体经济收益分配、宅基地使用权等方面的合法权益更容易受到侵害，检察机关在履职过程中要切实发挥民事支持起诉制度优势，紧紧围绕法定起诉条件开展调查核实，综合运用提供法律咨询、协助收集证据、提出支持起诉意见、协调提供法律援助、协助申请免交案件受理费等方式为特殊群体起诉维权提供帮助，采取派员参与人民法院主持的调解，加强释法说理等多种举措，畅通司法救济渠道，让不会、不敢、不善通过诉讼维权的妇女感受到法治温情，解决好妇女群体急难愁盼问题，依法充分保障农村妇女的合法权益。

（二）做好法律监督后半篇文章，合力促进社会治理。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。受经济社会发展不平衡、法律知识欠缺等因素影响，妇女权益受侵害问题多发频发。检察机关要坚持依

法能动履职，通过与妇联、民政等相关部门协助配合，充分发挥多部门联动优势，采取强化普法宣传，鼓励妇女敢于用法律的武器维护自己的合法权益等方式，将法律监督的后半篇文章做实、做细、做深，将案件办理转化为社会治理效能。

案例七

玉某诉云南省景洪市某镇人民政府撤销婚姻登记检察监督案

【基本案情】

2022 年底，云南省景洪市某镇妇女玉某在查询婚姻档案时发现本人的公民身份号码于 2005 年 10 月 17 日被他人用于婚姻登记。经多方打听得知，系因邻村男子先某与外籍女子杰某不符合办理跨国婚姻登记条件，杰某遂冒用玉某的身份与先某办理了结婚登记。发现该情况后，玉某第一时间向景洪市某镇人民政府申请撤销该婚姻登记，但婚姻登记机关认为不符合撤销婚姻登记的情形，不予撤销。玉某认为其身份被外籍女子冒用与他人登记结婚，婚姻登记机关对此存在过错又不予纠正，给其生活与名誉造成极大影响，2023 年 1 月，玉某诉至云南省景洪市人民法院，请求撤销错误的婚姻登记，法院认为已经超过法律规定的起诉期限，故裁定不予立案。一审裁定生效后，玉某申请再审，又被驳回。

【检察机关履职情况】

玉某不服法院驳回再审申请的裁定，向云南省景洪市人民检察院（以下简称景洪市检察院）申请检察监督。检察机关受理玉某的监督申请后，开展了调查核实。一是调阅法院诉讼卷宗，对法院审判活动进行全面审查，并了解案件背景。二是调取案涉婚姻登记档案，发现档案中留存的女方居民身份证及常住人口登记卡的公民身份号码均与玉某的一致，可能存在骗领居民身份证的情况。随即向该居民身份证签发机关调查核实，发现杰某于 2005 年 5 月 25 日以玉某的名义向签发机关提交了其本人正面免冠照申领居民身份证，签发机关未严格审核，为其签发照片为杰某正面免冠照、身份信息为玉某的居民身份证。三是向当事人核查案件事实。先某及杰某承认因不符合办理跨国婚姻登记的条件，杰某冒用玉某的身份骗领居民身份证，后用该身份证与先某办理结婚登记的事实。

为进一步厘清案情、化解争议，景洪市检察院组织市民政局、市公安局及玉某、杰某、先某到某镇人民政府召开案件公开听证会，围绕人民法院裁定不予立案是否恰当，该婚姻登记是否应当撤销两个争议焦点展开。听证员评议认为案涉婚姻登记确实存在错误，应予撤销。听证会上，玉某与某镇人民政府均表示愿意达成和解。

景洪市检察院经审查认为，本案起诉已经超过法律规定的起诉期限，法院裁定不予立案并无不当。民政部门作为办理婚姻登记的主管机关，某镇人民政府作为办理婚姻登记的具体机关，对婚姻登记中出现的问题应当进行监督、检查和纠正。景洪市检察院向两部门提出撤销错误婚姻登记的检察建议，督促其纠正违法行为、改进工作。两部门均采纳检察建议，协同撤销了案涉结婚登记，并开展自查、整改，制定婚姻登记管理员培训制度、涉外婚姻的宣传方案，加强对边民通婚的管理，并配备信息化智能设备，准确甄别婚姻登记信息中的虚假信息。

为依法保护公民个人信息，打击骗领居民身份证的行为，景洪市检察院召开行政检察与刑事检察跨部门检察官联席会，对本案中杰某冒用玉某的身份信息骗领居民身份证的行为进行分析研判，认为现有证据能证实杰某骗领居民身份证用于婚姻登记的事实，无其他证据证实其存在多次使用该居民身份证的情况，情节轻微，尚不构成犯罪，但其行为已经违反了《中华人民共和国居民身份证法》第十七条的规定，应承担相应的行政责任。同时，景洪市检察院与市公安局就办案

中未按规定审查、违反程序签发居民身份证，对外籍人员基本情况掌握不实等问题多次召开座谈，交换意见，形成共识。就此，向市公安局提出对杰某骗领居民身份证的行为予以处理，并规范居民身份证的签发程序、加强外籍人员管控力度的检察建议。市公安局采纳了上述检察建议的内容，对杰某作出行政处罚，并组织开展户籍业务培训学习，通过建立外籍人员个人档案、定期走访等方式加强外籍人员的动态管控。

在争议化解过程中，针对玉某提出要求杰某承担其因诉讼产生各项费用问题，检察机关积极促成双方当事人进行协商，最终双方达成和解，并当场履行完毕。

【典型意义】

婚姻登记作为夫妻关系合法化的重要载体，兼具确认人身和财产关系的双重属性，与民生息息相关。冒用妇女身份信息进行婚姻登记，不仅影响正常的婚姻登记秩序，而且侵犯被冒名者的姓名权、个人信息等人格权益。2021 年最高人民法院、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》规定，人民检察院办理当事人冒名顶替或者弄虚作假婚姻登记类行政诉讼监督案件，应当依法开展调查核实，认为人民法院生效行政裁判确有错误的，应当依法提出监督纠正意见。可以根据案件实际情况，开展行政争议实质性化解工作。发现相关个人涉嫌犯罪的，应当依法移送线索、监督立案查处。人民检察院根据调查核实认定情况、监督情况，认为婚姻登记存在错误应当撤销的，应当及时向民政部门发送检察建议书。实践中，被冒名顶替办理婚姻登记的妇女提起的行政诉讼往往因为超过起诉期限被法院不予立案或者驳回起诉，当事人通过诉讼途径无法实现正当诉求，检察机关办理冒名婚姻登记行政诉讼监督案件，应当结合具体案情认定是否超过起诉期限。确实超过起诉期限的，检察机关应当开展行政争议实质性化解工作，通过制发检察建议督促婚姻登记机关撤销错误的婚姻登记，使行政争议、民事纠纷得到妥善解决。

案例八

浙江省义乌市人民检察院督促整治电竞剧本等娱乐业侵害妇女权益行政公益诉讼案

【基本案情】

浙江省义乌市多家桌游剧本、电竞网咖等娱乐经营企业为推介“女仆跪式服务”“女仆助教陪玩”等服务，通过海报、传单、网络短视频等方式发布含有矮化女性地位、贬低损害妇女人格尊严等低俗内容的广告进行恶意营销，部分网络短视频阅读量超 500 万，造成不良社会影响。部分企业提供游戏助教陪玩等服务，未依法采取合理措施预防和制止性骚扰。

【检察机关履职情况】

2023 年 3 月，浙江省义乌市人民检察院（以下简称义乌市检察院）在办理某性侵刑事案件中发现本案线索，并以行政公益诉讼立案办理。义乌市检察院通过网络平台检索、留存固定视频、实地走访等方式查明，市内有多家电竞剧本娱乐经营企业通过大众传播媒介发布“女仆助教陪玩”等广告，宣传下跪式端茶倒水、喂食、捏背、弯腰喊“欢迎主人回家”等仆式服务，贬低损害妇女人格尊严。部分企业提供游戏助教陪玩等服务，未建立预防和制止性骚扰的相应制度措施，女性从业人员人身安全等合法权益易遭受不法侵害。上述行为违反了《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国妇女权益保障法》《中华人民共和国广告法》《互联网广告管理办法》《娱乐场所管理条例》等相关规定，侵害妇女合法权益，损害社会公共利益。

因案件涉及新业态领域妇女权益保障新情况新问题，金华、义乌两级检察机关于 2023 年 8 月

16 日联合妇联组织召开专家论证会，充分听取相关专家学者意见。同年 9 月 7 日，检察机关召开公开听证会，邀请妇联、文旅、市场监管、公安等部门和人大代表、政协委员、“益心为公”志愿者、人民监督员参加。听证员一致认为，相关娱乐经营企业通过大众传播媒介发布“女仆跪式服务”等低俗广告，贬低损害妇女人格，违背社会良好风尚，提供的游戏助教陪玩服务未依法落实预防和制止性骚扰义务，侵害妇女合法权益。同年 10 月 19 日，义乌市检察院向市场监管部门和文旅部门制发诉前检察建议，建议市场监管部门对贬损妇女人格尊严、违背社会良好风尚的违法广告行为调查处理、责令改正；建议文旅部门对提供“女仆”名义违规服务内容的企业调查处理、责令改正，加强对娱乐经营活动的合规监管，指导建立预防和制止性骚扰相应制度和措施，并联合开展行业专项治理，建立协同监管长效机制。同时，义乌市检察院向义乌市公安局建议加强涉案文化娱乐场所治安管理，防止游戏助教陪玩服务演变为有偿陪侍等违法行为。

各部门收到检察建议后高度重视，结合各自职能积极推动整改。市场监管部门立案查处涉案违法广告行为 2 件，责令企业销毁或下架相关广告，并开展侵害妇女权益等网络低俗广告专项整治，共检查各类经营主体 800 余家，查处涉互联网违法、低俗广告 28 件，罚没款 19 万余元，销毁违法广告 500 多张，撤销灯箱广告 23 处，下架短视频 22 个。文旅部门会同公安、妇联等单位对 4 家企业进行约谈，责令停止相关的违规经营活动，对游戏助教陪玩类服务指导建立预防和制止性骚扰制度措施，并督促 12 家企业完成备案登记，关停 3 家不符合开业要求的场所。公安机关开展治安管理专项行动，对剧本娱乐场所提供外出宴席陪酒等行为进行取缔整治。

2023 年 11 月 24 日，义乌市检察院邀请妇联组织、“益心为公”志愿者对整改情况跟进监督，相关违法广告均已下架，相关企业已规范服务项目，并建立消除工作场所性骚扰等制度，场所内粘贴“禁止性骚扰行为”等指示牌，设置性骚扰维权投诉电话，从业人员已参加妇联组织开展的预防和制止性骚扰教育培训，确认相关违法情形已经消除。同时，义乌市检察院以个案办理推动综合治理，会同妇联、文旅、市场监管、公安、住建等部门出台《关于促进电竞剧本等娱乐业健康发展的实施意见》《义乌市新兴文化娱乐行业合规管理指引》，推动建立长效机制，促进行业合规，形成维护文化市场秩序的合力。

【典型意义】

（一）针对经营者故意矮化女性地位进行低俗广告营销的情形，检察机关以公益诉讼监督保障妇女人格权益。相关娱乐经营企业故意矮化女性地位进行低俗营销，不仅违背公序良俗，还触碰法律底线，侵害了不特定妇女人格权益。检察机关通过专家论证、公开听证，对是否构成侵害社会公共利益以及监督必要性进行充分论证，以公益诉讼办案督促纠正违法行为，切实保障妇女人格权益。

（二）针对文化娱乐产业新业态发展中存在的问题，推动相关部门协同履职形成监管合力。以电竞剧本等为代表的新兴娱乐业快速发展，并衍生出电竞助教、游戏陪玩等业态。由于行业归属不清晰、管控制度不健全、行政监管不到位，导致自发自管过程中出现违背公序良俗、侵害妇女权益等问题。检察机关充分发挥公益诉讼职能作用，以“我管”促“都管”，加强与妇联组织联动配合，督促多个行政机关依法协同履职，形成妇女权益保障合力。办案过程中同步推进行业合规建设，促进行业自律、系统治理，为新兴文化娱乐产业规范发展提供良好法治环境。

案例九

广东省深圳市人民检察院督促规范公共厕所男女厕位建设标准行政公益诉讼案

【基本案情】

广东省深圳市部分公共厕所的女厕位与男厕位比例未达到住建部行业标准和深圳地方标准，违反深圳地方政府规章的规定，导致人流量密集场所经常出现女厕所排长队现象，公共厕所的无障碍设施也存在未达到建设标准等问题，侵害了妇女、残疾人等特定群体的合法权益，损害了社会公共利益。

【检察机关履职情况】

2023 年 6 月，广东省深圳市人民检察院（以下简称深圳市检察院）根据“益心为公”志愿者反映的线索立案办理，依托志愿者分布点多面广的优势，通过志愿者群发布二维码调查问卷，对全市各辖区 90 座公共厕所进行调查。经调查发现：根据《深圳市公共厕所管理办法》的规定，公共厕所的规划与设计应当遵行国家有关技术标准。但深圳市公园、轨道交通车站、商场、旅游景点、医院等人流量密集场所的公共厕所女男厕位比例平均为 0.99:1，未达到住建部《城市公共厕所设计标准》规定的“人流量密集场所女厕位与男厕位比例不应小于 2:1、其他场所应达到 3:2”的建设要求，导致女厕所排队现象普遍存在。同时，公共厕所内部无障碍设施建设不规范，也影响残疾人等特定群体的正常使用。

2023 年 8 月 29 日，深圳市检察院召开公开听证会，邀请人大代表、政协委员、“益心为公”志愿者及深圳市妇联代表参会。听证员经评议一致认为，深圳市公厕现有男女厕位比、无障碍设施建设不达标，损害了妇女及残疾人等特定群体合法权益，行政主管部门应进一步全面履职。同年 9 月 20 日，深圳市检察院向深圳市城市管理和综合执法局（以下简称市城管局）发出诉前检察建议，建议其依法全面履行对公共厕所的监管职责，监督全市公共厕所建设、管理严格执行相关规范；对全市市政公厕存在不达标情形进行全面排查整改；与规划部门、住建部门建立沟通协调机制，推动社会公厕规划、建设达标。

市城管局收到检察建议后高度重视，全面开展整改工作。一是对全市新改扩建市政公厕严格执行相关规范，在整改期内，全市新改扩建公厕共 80 座，其中新建公厕 18 座，女男厕位比为 2：1，并在部分区域新建公厕时试用潮汐公厕；改扩建公厕 62 座，女男厕位比提升至 1.62:1；二是对现有 1482 座市政公厕全面排查、应改尽改，对具备改造条件的已提出改造方案，对不具备改造条件的公厕深入调研，通过新建公厕增加女厕位供给、节假日及大型活动期间增加临时厕所、灵活调配男女厕位等措施解决女厕排队现象；三是对公厕无障碍设施建设不规范问题逐一排查梳理，对无障碍厕间开门方向不达标的进行调整，增设扶手、紧急呼叫按钮、低位挂衣钩等无障碍设施。

为从源头解决公共建筑中公厕建设不达标问题，2023 年 11 月 3 日，深圳市检察院决定立案，并向深圳市规划和自然资源局（以下简称市规自局）发出磋商意见书，督促该局对建设工程规划设计文件不符合公厕建设规范要求的，不予核发建设工程规划许可证。同年 11 月 15 日，深圳市检察院组织市城管局、市规自局、市住房建设局、市城市更新局等行政机关召开磋商会，并邀请人大代表、人民监督员、“益心为公”志愿者、市妇联、市残联负责同志参加。经磋商，各行政机关就加快修订深圳市《公共厕所建设规范》、推动公共厕所建设规范工作等事项达成一致共识。会后，市规自局下发《加强城市公共厕所规划和设计管理的通知》，要求新建公共建筑中包括的公共厕所均应按住建部《城市公共厕所设计标准》执行，对于不符合标准要求的项目，不予办理建设工程规划许可或不予通过规划验收，并将上述要求纳入《深圳市建筑设计规则》修订内容。

【典型意义】

（一）厕位比的优化不仅是解决女厕所排队问题的重要措施，也是完善公共设施保障体系、促进性别平等的重要体现，涉及社会公共利益。《中华人民共和国妇女权益保障法》明确规定应当考虑妇女的特殊需求，配备满足妇女需要的公共厕所等公共设施，住建部出台的行业标准也对男女厕位比提出了具体要求。检察机关聚焦男女厕位比这一小切口，依据相关法律规定以及地方政府规章涉及的建设标准等要求，通过行政公益诉讼督促相关职能部门在规划、设计、验收、管理等方面达成整改共识，推动女厕所排队问题的综合治理、源头治理，助力构建更加公平的社会环境，切实提升妇女在日常生活中的获得感、幸福感。

（二）积极借力公益志愿者提升公益诉讼办案质效。本案系根据“益心为公”志愿者反映的线索立案办理；在调查工作中依托志愿者分布点多面广的优势，通过志愿者群发布二维码调查问卷，调查了全市各辖区共 90 座公共厕所的建设和管理情况，助力检察机关形成客观的调查结论；在听证会、磋商会上志愿者根据其自身参与调查的情况积极发表意见；在落实整改阶段参与检察机关的跟进监督，有效提升了检察公益诉讼的办案质效，形成了“多方参与、共治共享”公益保护新格局。

案例十

广西壮族自治区南宁市邕宁区人民检察院督促保护“三期”女职工特殊权益行政公益诉讼案

【基本案情】

广西壮族自治区南宁市邕宁区部分用人单位存在未依法落实女职工特殊劳动保护法律法规政策等问题，包括未依法规范与女职工签订劳动用工合同，在孕期、哺乳期内辞退女职工；单方面调整孕期、哺乳期女职工工作岗位并降低其工资和福利待遇；对部分孕期、哺乳期内合同到期的女职工未依法延续至相应情形结束，上述情形严重损害女职工特殊权益。

【检察机关履职情况】

2023 年 3 月 24 日，广西壮族自治区南宁市邕宁区人民检察院（以下简称邕宁区检察院）通过 12345 政务热线平台发现本案线索，并以行政公益诉讼立案办理。检察机关通过大数据检索同类信息，并实地走访女职工、用人单位后发现，辖区内部分用人单位存在上述侵害“孕期、产期、哺乳期”（以下简称“三期”）女职工特殊权益的情形。随后，邕宁区检察院通过“定向调查问卷+投诉工单查阅+维权案件查阅”等多种方式，精准核实辖区“三期”女职工特殊权益保障情况。经调查查明，9 家用人单位未严格落实《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国妇女权益保障法》《女职工劳动保护特别规定》等法律法规规定，侵害众多女职工特殊权益。

2023 年 11 月 2 日，邕宁区检察院组织召开公开听证会，邀请人民监督员、妇联组织、女职工代表参会进行监督论证。听证员们一致认为，检察机关应当督促邕宁区人力资源和社会保障局（以下简称邕宁区人社局）依法全面履职。同日，邕宁区检察院向邕宁区人社局公开送达检察建议书，建议该局强化监管职责，督促涉案企业严格落实女职工特殊劳动保护法律法规，切实保障女职工特殊权益。

邕宁区人社局收到检察建议后积极整改，约谈督促涉案企业依法保障女职工权益，通过设立女职工维权投诉专窗、将女职工特殊权益保护纳入日常巡查检查范围等多种方式，维护女职工特殊权益。目前，已成功帮助 50 余名女职工重返工作岗位，指导协助 10 余名女职工获偿加班费、双倍工资等 25 万余元。

2023 年 11 月 24 日，邕宁区检察院联合区人民法院、公安局、司法局、人社局、总工会、妇联

联合出台《关于在维护妇女权益工作中加强协作的实施意见》，充分发挥各部门职能作用，实现专业化办案与社会化保护衔接，为妇女合法权益提供全方位保障。同时，各单位联合开展“线上+线下”宣传，针对医院、纺织工厂、超市等女职工集中的用人单位，开展现场宣讲和投放普法公益广告，切实营造保障辖区女职工特殊权益的良好环境。

【典型意义】

（一）检察机关以公益诉讼办案监督保障女职工孕期、产期、哺乳期“三期”权益，为女职工全面平等发展提供有力法治保障。妇女权益保障法明确规定，用人单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形，降低女职工的工资和福利待遇，辞退女职工，单方解除劳动（聘用）合同或者服务协议。《女职工劳动保护特别规定》亦明确要求，用人单位不得因女职工怀孕、生育、哺乳降低其工资、予以辞退、与其解除劳动或者聘用合同。检察机关针对用人单位侵害“三期”女职工特殊权益的违法行为，充分发挥公益诉讼检察职能，通过现场调查、发放调查问卷、召开听证会等方式，全面查明案件事实，督促行政机关依法履职，筑牢女职工权益保障的法治屏障。

（二）依法能动履职促进诉源治理，推动形成检察机关、行政执法机关、妇联、工会等多部门联合保障女职工特殊权益的协同共治工作格局。检察机关在履职过程中，积极发挥检察职能，主动与人社、妇联、工会等部门加强沟通配合，推动建立多职能部门联动协作机制，形成多元主体协同保护女职工特殊权益工作格局，体现了公益诉讼检察凝聚各方合力、促进系统治理的独特制度价值，切实增强广大妇女的获得感、幸福感、安全感。

案例十一

山东省日照经济技术开发区人民检察院督促整治村规民约侵害妇女权益行政公益诉讼案

【基本案情】

山东省日照市某街道 A 村、B 村等村民会议制定的村规民约中，规定本村妇女一旦出嫁，不再享有与本村其他村民同等的村集体经济分配权益。如规定“本村女青年与外村男青年结婚，自领结婚证之日起，一切待遇随之取消，村应劝其迁出户口，女方户口不迁出的，并在本村安家的，按空挂户口处理，不享有村集体经济分配权”等，上述规定侵害了众多农村妇女的合法权益。

【检察机关履职情况】

2023 年 2 月，山东省日照经济技术开发区人民检察院（以下简称经开区检察院）收到群众反映村规民约侵害妇女权益的线索并立案调查。通过依法调取在某街道备案的 45 个行政村村规民约，并实地走访当地村民，发现其中部分行政村的村规民约中规定出嫁妇女不得享受承包地分配、宅基地安置、集体收益分配等同等村民待遇，涉及出嫁妇女及子女众多。

经开区检察院经审查认为，乡镇人民政府、街道办事处对制定、修改村规民约有指导、监督管理职责，应当对申请备案村规民约的内容是否违反法律法规进行审核。街道办事处在其辖区范围内承担原乡镇人民政府的行政管理职能，对辖区内的村民委员会具有监督和纠正其违法自治行为的法定职责。某街道办事处对向其备案的村规民约中有关“外嫁女”与本村男性不平等待遇的违法规定未尽到审查职责，损害了众多农村妇女的合法权益，侵害了社会公共利益。

2023 年 2 月 3 日，根据《中华人民共和国妇女权益保障法》《中华人民共和国村民委员会组织法》等规定，经开区检察院向某街道办事处制发诉前检察建议，建议其依法对所辖村的村规民

约中违反法律规定、侵害农村妇女合法权益的内容责令改正。

某街道办事处收到检察建议后，立即下发《关于整改不合规村规民约的通知》，责令案涉村民委员会就其制定的村规民约中共计 252 个存在侵害妇女权益等违法内容的条款进行改正。2023 年 3 月 7 日，检察机关跟进调查发现，案涉村民委员会全部已按照程序完成村规民约修订意见的征集和内容整改，并删除侵害妇女权益的条款，增加“不得以妇女未婚、结婚、离婚、丧偶、户无男性等为由，侵害妇女的各项权益”等妇女权益保障条款，147 名符合村集体经济组织成员资格的农村妇女依法享有与本村男性同等的村民待遇。

2023 年 3 月 29 日，经开区检察院联合区妇联、区法制办、区社会事业局等部门就村规民约侵害农村妇女合法权益问题到某街道办事处实地走访，发现修订后的村规民约中均增加妇女权益保障内容，并通过村微信群、村民手册、展览板等方式进行公示，让群众广泛知晓，营造农村地区尊重妇女、关爱妇女的良好氛围。日照市人民检察院针对本案反映问题，推动日照市司法、民政部门联合出台《关于开展村规民约和居民公约法制审核的指导意见》，推动行政机关对村规民约依法监督管理。

【典型意义】

（一）村规民约是村民进行自我管理、自我服务、自我教育、自我监督的行为规范，是乡村治理的重要方式，关系到农村妇女权益保障，乡镇人民政府、街道办事处应当依法履行对村规民约的监管职责。实践中，部分农村妇女因“出嫁”丧失“娘家”的土地承包权等权益，而在“婆家”也未能及时享受到同等村民待遇，“两头空”让妇女合法权益遭受侵害。乡镇（街道）对村规民约以及其他涉及村民利益事项的决定负有指导义务，对其中违反法律、法规和国家政策的规定，侵害妇女合法权益的内容应当责令改正。乡镇（街道）怠于履行村规民约监管职责，侵害公共利益的，检察机关应当以行政公益诉讼督促乡镇（街道）履行对村规民约备案审核、责令改正等职责，切实保障农村妇女权益。

（二）结合案件办理引导村民委员会依法作出合理自治安排，助力完善自治、法治、德治相结合的乡村治理体系。少数村规民约侵害妇女权益的内容具有隐蔽性、持续性、普遍性，受传统观念影响，一些农村妇女在权益受到侵害后，维权意识不强，即便通过诉讼维权，也面临着周期长、成本高等现实困境。检察机关针对违法村规民约侵害众多农村妇女合法权益的情形，在依法督促乡镇（街道）履行审核监管职责，尊重村民委员会对于本村事务自治权的同时，建议行政机关指导村民委员会通过召开村民会议等方式修订村规民约，推动村规民约合法性审查规范化、实质化。把事后维权前置为诉源治理，从源头纠正和预防侵害农村妇女合法权益的行为，把传统旧观念扭转为法治新理念，促进乡村社会和谐善治。

案例十二

张某国家司法救助案

【基本案情】

被救助人张某，女，系徐某洋交通肇事案被害人陈某刚的妻子。2023 年 5 月 28 日，徐某洋无证驾驶小型轿车通过江苏省连云港市海州区某路口时，与陈某刚驾驶的摩托车发生碰撞，造成陈某刚受伤、摩托车受损的交通事故，后陈某刚经医院抢救无效死亡。经交警部门认定，徐某洋负事故主要责任。同年 7 月 5 日，江苏省连云港市公安局直属分局以徐某洋涉嫌交通肇事罪立案侦查，后移送江苏省海州区人民检察院（以下简称海州区检察院）审查起诉。

【检察机关履职情况】

海州区检察院刑事检察部门在办理徐某洋交通肇事案时发现被害人家庭成员可能符合司法救助条件，遂将线索移送控告申诉检察部门，控告申诉检察部门立即启动司法救助程序，指定专人优先办理。经调查核实，查明：案发前，被救助人张某家庭原有五人，张某在江苏某服装企业从事缝纫工作，每月收入 2000 元左右；其丈夫陈某刚从事液化气灌装工作，劳动收入系家庭主要经济来源；其儿子、女儿均系未成年人，分别在某中学读初中一年级、高中二年级；其公公已去世，婆婆系残疾人，生活不能自理。案发后，其丈夫陈某刚经抢救无效死亡，张某一人抚养两个正在上学的未成年子女，还要赡养婆婆。犯罪嫌疑人徐某洋只有小学文化，无固定工作和经济来源，没有赔偿能力。张某尚未获得保险理赔等任何赔偿，家庭生活面临急迫困难。

海州区检察院审查认为，张某符合司法救助条件，且系因案失去家庭主要劳动能力，承担养育未成年子女、赡养老人义务的困难妇女，属于最高检、全国妇联深化开展“关注困难妇女群体，加强专项司法救助”活动明确的重点救助对象，遂开通司法救助“绿色通道”，加快审查和审批，及时发放司法救助金。为进一步加大救助力度，提升救助效果，海州区检察院依托该院牵头辖区总工会、妇联等 7 家职能部门共同发起成立的弱势群体保护中心，启动国家司法救助与社会救助衔接机制，共同研究落实多元帮扶措施：一是区妇联将张某纳入单亲贫困母亲名册，实行“一对一”结对帮扶；二是区总工会将张某家庭纳入困难职工家庭，发放临时帮扶救助资金，协调张某所在企业从工作安排等方面给予特殊关爱，并为其正在上学的子女申请到助学金；三是区残联为张某的婆婆提供康复器具，有针对性地制定康复计划；四是区民政局为张某办理低保，落实补助政策；五是海州区检察院将张某纳入持续性帮扶对象，定期开展心理疏导和家庭教育指导，帮助重拾生活信心。

司法救助案件办结后，海州区检察院与区总工会、区妇联对张某进行联合回访，跟进了解各项救助帮扶措施落实和家庭生活情况。现张某家庭生活已有基本保障，工作、生活逐渐回归正轨，对检察机关和相关职能部门给予的帮助表示十分感谢。

【典型意义】

（一）关注特殊困难群体，开通司法救助“绿色通道”。检察机关对于困难妇女职工等特殊困难群体，快速启动司法救助“绿色通道”，加大救助力度，快速审查并及时发放司法救助金，帮助被救助人尽快恢复正常生活，重燃生活希望，确保司法救助“救”在点上、“助”在心里，有效解决被救助人的“燃眉之急”。

（二）实施多元综合帮扶，提升司法救助质效。检察机关发放司法救助金后，针对被救助人家庭面临的实际困难，依托与工会、妇联、民政等部门建立的弱势群体保护中心，协同实施困难职工家庭救助、发放助学金、低保补助、开展心理疏导等多种综合帮扶措施，做实国家司法救助与社会救助衔接机制，有力提升了综合救助帮扶效能，最大限度帮助解决实际困难，兜实兜牢困难妇女职工等特殊困难群体民生保障底线，更好维护弱势群体合法权益。

编辑：刘畅

九、沙龙活动

讲坛综述 | 房绍坤：居住权适用中的若干问题 | 第 37 期 | 人大法学院婚姻家庭法研究所等主办

原创：2024-04-12 家事法苑 家事法苑团队
https://mp.weixin.qq.com/s/LmtrF435h5bDrPRfIhfNvg

家事法讲坛（线上）第 37 期 综述

主题：居住权适用中的若干问题

主题为“居住权适用中的若干问题”的家事法讲坛第 37 期于 2024 年 3 月 27 日晚上举办，活动通过“家事法苑”腾讯视频号同步直播，当晚实际观众总数 4817 人，全程稳定在线约 450 人左右，活动取得圆满成功。

“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。

本期讲坛主讲人是吉林大学房绍坤教授，与谈人分别是：中国人民大学法学院王雷教授、北京市第一中级人民法院团河法庭（家事审判庭）庭长张琳法官，山东省日照市不动产交易登记中心于磊副主任、北京市长安公证处财富传承中心负责人李青公证员、国浩律师（南京）事务所合伙人孙韬律师，点评人为中国人民大学法学院龙翼飞教授、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“家事法苑”团队带头人杨晓林律师担任主持人。

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。

2020 年 5 月通过的民法典关注民生，保障权利，无处不体现着人文关怀。其中，物权编首次确立了居住权制度，彰显民事立法的人文情怀与民生保障的价值取向。但从《民法典》条文来看，居住权规定于物权编第十四章，总共 6 个条文搭建了基本框架，仅涉及居住权的含义、设立与消灭且内容简单，而对于居住权中最为重要的内容即居住权的效力基本没有涉及，对具体权利与义务的规定限于第 366 条、第 369 条及第 370 条，连同《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释（一）第 4 条，都为原则性规定。

《民法典》规定了居住权只能通过这两种民事法律行为设立。根据民法典第 366 条和第 371 条，居住权的设定可以通过两种方式，合同约定或遗嘱设定。而利用“裁判文书网”，以“居住权”为关键词检索，近年来居住权纠纷呈不断上涨趋势。司法实践中也涌现了一批法官通过法律解释方法以裁判形式为当事人设立居住权的案例。

为实现居住权的制度价值，更好保障居住权人的合法权益，研究居住权究竟应当如何正确适用有重要意义，尽管居住权作为一种他物权的出现在新中国法制史上属于首次，制度也显得简单，我们应当根据民法典体系不断丰富和发展这种制度，使其能够更好地满足实践的需要。

在此背景下，本期论坛我们十分荣幸地邀请到吉林大学法学院“匡亚明学者”杰出教授，博士生导师房绍坤教授，分享他的研究成果“居住权适用中的若干问题”。

我们还有幸邀请到几位与谈嘉宾：中国人民大学法学院王雷教授、北京市第一中级人民法院家事审判庭张琳庭长、北京市长安公证处李青公证员、山东省日照市不动产交易登记中心副主任于磊副研究员、国浩（南京）律师事务所孙韬律师，点评嘉宾是人大法学院孙若军教授，预祝本次讲坛圆满成功。

主讲环节

主讲人：

房绍坤，吉林大学“匡亚明学者”杰出教授，教育部“长江学者奖励计划”特聘教授、博士生导师，国家级教学名师、国家“万人计划”哲学社会科学领军人才、新世纪百千万人才工程国家级人选、中宣部“四个一批”人才，教育部高等学校法学类专业教学指导委员会副主任委员、中国法学会民法学研究会副会长、中华司法研究会常务理事，享受国务院政府特殊津贴。

居住权适用中的若干问题

一、居住权的设立方式

（一）遗嘱设立方式

1. 遗嘱设立居住权的性质。

居住权不属于遗产，按照我国继承法原理，无法产生遗嘱继承或者遗赠，只是一种设权方式。

2. 遗嘱设立居住权的形式要件

自书遗嘱、代书遗嘱、打印遗嘱、录音录像遗嘱、公证遗嘱、口头遗嘱均可以设立居住权。

3. 遗嘱设立居住权的生效时间

通过遗嘱方式设立居住权的，可以参照《民法典》第 230 条规定，自遗嘱生效即继承开始时，居住权设立，不以办理登记为生效条件；但不登记的，居住权不得对抗善意第三人。

4.遗嘱设立居住权的登记

遗嘱设立的居住权，应当由遗嘱指定的居住权人申请登记，同时遗产管理人负有协助的义务。

（二）裁判设立居住权

在我国目前的立法构架下，裁决不能设立居住权。裁判设立居住权不仅有违物权法定原则，也没有法律依据，即《民法典》第 229 条和第 1090 条均不能成为裁判设立居住权的法律依据。

二、关于居住权的主体

（一）居住权人仅于自然人

从居住权的设立目的看，居住权人只能是自然人，不能是法人或者非法人组织，但法人、非法人组织可以通过合同为他人设立居住权。

（二）居住权人不包括同住之人

在居住权中，要区分居住权人和实际居住人，居住权人为设立居住权的当事人，而实际居住人则为居住权人的家属以及提供医务或家务等服务的人，其为居住权的间接受益人。

三、关于居住权的客体

（一）“他人的住宅”界定

从《民法典》的规定来看，“他人的住宅”应当是他人享有所有权的住宅。但是，若所有权人出于某种特殊需求，也有必要就“自己的住宅”设立居住权。

（二）住宅的一部分可以设立居住权

居住权的客体为“住宅”，可以是整个住宅，也可以是住宅的特定部分。就住宅的特定部分设立居住权不违反物权客体主义。

（三）住宅的附属设施作为居住权的客体

住宅的附属设施是否属于居住权的客体，应取决于两个方面：一方面，如果附属设施是行使居住权所必需的，则可以将其作为居住权的客体；另一方面，如果附属设施并非行使居住权所必需，则其能否成为居住权应取决于当事人的约定。

四、关于居住权的效力

（一）居住权人的权利

居住权人的权利主要有：合理使用住宅的权利、与他人同住的权利、按照约定出租住宅的权利。

（二）居住权人的义务

居住权人的义务主要有：妥善管理住宅的义务、住宅的维修义务、不得擅自出租住宅和转让居住权的义务、有偿的居住权中支付使用费的义务。

与谈环节

与谈人：

王雷，中国人民大学法学院教授，教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员，中国人民大学“杰出学者”青年学者 A 岗。兼任中国法学会民法学研究会理事兼副秘书长。

居住权合同对租赁合同有关规定的类推适用，以遗嘱、遗赠或者身份关系协议等方式设立居住权时如何参照适用居住权设立规则，这些都是居住权适用中的难点问题。

第一，民法典对居住权合同的法律适用存在规范供给不足，对租赁合同的规范供给相对充足。居住权合同属于民法典中的典型合同，无法“参照适用”最相类似合同的规定。民法典物权编对居住权合同存在法律漏洞时，可以通过类推适用

方法填补漏洞。居住权合同与租赁合同在有权居住他人住宅问题上最相类似。

第二，居住权人和住宅所有权人、住宅买受人、抵押权人、共同居住人、物业服务人等产生权利冲突时如何协调？就居住权与在后设立抵押权的关系、已经设立居住权的住宅的出租、居住权期限、期满后居住权人继续居住使用的性质、居住权人在居住权期限内死亡时与其生前共同居住之人的法律地位、维修义务的负担、住宅的保管和使用、居住权期限内住宅所有权变动的效果、居住权人对住宅的优先购买权、物业费的负担等，存在根据居住权合同的性质类推适用租赁合同有关规定的空间。

第三，《不动产登记法》（征求意见稿）第 81 条第 1 款规定：“当事人申请居住权首次登记，提交设立居住权的合同、遗嘱或者生效法律文书。”遗嘱继承和遗赠均通过“立遗嘱”方式实现。但该款仍不周延，没有涉及身份关系协议。该款宜修改为：“当事人申请居住权首次登记，提交设立居住权的合同、有关身份关系的协议、遗嘱或者生效法律文书。”基于所有权人所有权行使的自由，立法论上房屋所有权人有权在自己的住宅上为自己设定居住权，此时不需要提交居住权合同等。

与谈人：

张琳，北京市第一中级人民法院团河法庭（家事审判庭）庭长，二级高级法官。审结全国首例民法典“分居判离”婚姻关系解除案。获得全国法院系统年度优秀案例分析评选一等奖、优秀奖，撰写案例入选最高人民法院《民事审判指导与参考》《民法典新规则案例适用》《中国法院年度案例》，多篇调研成果发表在《法律适用》《中国审判》《民主与法制》《人民法院报》《法治日报》等核心期刊和主流媒体。参与编著《离婚财产分割裁判规则和法律适用》。

遗嘱设立居住权的裁判规则

裁判规则一：民法典施行前已生效遗嘱中的具有物权性质的居住承诺可适用民法典关于居住权规定。

裁判规则二：遗嘱中是否设立居住权，应依照民法典第一百四十二条关于无相对人的意思表示的解释原则，基于 遗嘱描述的居住利益词句、关联遗嘱条款及遗嘱的目的、动机等综合认定。

裁判规则三：房屋共有权人可以基于遗嘱获得非属其份额范围内的房屋其他部分的居住权，以满足其生活居住需要。

房屋共有权人基于生活居住需要，取得对其份额以外的部分房屋的居住权。

裁判规则四：遗嘱设立居住权的，居住权自继承开始时设立，依遗嘱取得所有权的人应负有配合及时完成居住权登记的义务。

与谈人：

于磊，山东省日照市不动产交易登记中心副主任，副研究馆员。2004 年 12 月，中共中央党校函授学院经济管理专业本科班毕业。2021 年参与房地产经纪人协理教材的编写。多次参与住建和自然资源两部门重要文件的编写。百度知道《权威问答》的优秀点评专家房地产政策法规专栏审议顾问。在《中国房地产》《中国不动产》等国家级杂志发表稿件 40 余篇。牵头在《中国房地产》杂志社开辟微谈专栏。担任《房地产权产籍》编委会委员。参与了浙江高院、安徽高院、等法院的案例点评工作。

居住权是《民法典》实施后的新登记类型，虽然上海、广州、常州等城市都制定了居住权登记的相关规则，但全国暂无统一的登记操作流程。今年即将开始执行的《不动产登记规程》对居住权登记进行了规定，为全国的居住权登记明确了标准和流程。

居住权只能在住宅性质房屋上设立，登记时必须符合不动产基本单元要求。居住权登记只有首次登记、变更登记、注销登记三种，并无转移登记类型。居住权设立时如果对在先设立的抵押权或居住权产生影响的，必须经在先的权利人书面同意后方可办理。不动产查封后不影响办理居住权注销。

首次登记时，因遗嘱或者受遗赠设立居住权的，居住权的首次登记可先于因继承、受遗赠不动产的转移登记办理，也可一并办理。遗嘱方式设立的居住权，必须为生效遗嘱。生效法律文书产生的居住权，系嘱托登记，不动产登记部门必须协助办理。产生居住权的合同或者遗嘱中的内容，与不动产登记无关的部分，不动产登记部门不能在登记簿中记载。居住权和租赁权有相似之处但不能相互取代，且租赁权不属于物权，部分地区的不动产登记部门无法实时获取。

与谈人：

李青，清华大学法律硕士，北京市长安公证处财富传承中心负责人、公证员。主要执业和研究领域：遗嘱、疑难复杂继承权、遗产管理人、涉外继承等。发表《综合性公证养老法律服务实践研究》《法定继承中遗产分割协议的办理》《遗产管理人制度公证实务与难点对策分析》等多篇论文。

目前公证处接触到设立居住权的需求，主要存在于三个场景：一是在有关房产的遗嘱公证中为遗嘱受益人以外的人设立居住权，二是在房产赠与协议公证中为赠与人本人或他人设立居住权，三是在离婚财产分割协议公证中为未分割到房产的一方设立居住权。这些都是在原有长期存在的公证事项中增加了有关居住权的表述或增加了居住权条款，实践中办理居住权协议公证的需求较少。

值得关注和思考的问题是，通过遗嘱方式设立的居住权人，登记时是否需要继承人配合？不同于合同、协议双方合意设立居住权的情况，现实当中，可能正是因为遗嘱受益人和居住权人可能是水火不容的情况，立遗嘱人才会萌生订立遗嘱的念头，遗嘱是单方法律行为，订立时也不需要遗嘱受益人的同意，那么如果遗嘱受益人拒不配合居住权人办理居住权登记该如何处理？

综合比较目前已经出台居住权登记操作规定的几个城市，我们可以看出，对待遗嘱指定的居住权人是否需要遗嘱受益人即继承人（受遗赠人）配合登记，大抵采取了三种方式：一是持遗嘱可单方申请。二是必须与继承人、受遗赠人共同申请。三是在继承转移登记前可单方申请，继承转移登记后需与新的产权人（继承人、受遗赠人）共同申请。

直接持遗嘱单方申请，会给不动产登记机构检认遗嘱真实性、有效性的能力带来极大考验，但要求必须共同申请，又无疑加重了居住权人的

登记困难。因此建议，经过公证的遗嘱，或经过公证处出具遗嘱检认法律意见公证书的遗嘱，可以直接由居住权人单方申请登记。

与谈人：

孙韬，国浩律师（南京）事务所合伙人，法律硕士、二级律师；中华全国律师协会婚姻家庭法专业委员会委员、江苏省人大常委会规范性文件备案审查咨询专家、南京市律师协会家族财富管理法律业务委员会主任。中国人民大学律师学院、南京师范大学法学院、南京财经大学法学院兼职教授。著有：《婚姻家庭纠纷处理法律依据与案例指导》《离婚那些事儿》等专业书籍。

随着民法典的颁布实施，创设了居住权制度。根据民法典第三百六十六条的规定，居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。

居住权是典型的他物权、用益物权，由于居住权的法律规定，仅见于民法典第 366-371 条，仅有六条，可以说居住权的法律规定较为抽象概况，本人对于居住权的实践与应用有一些困惑。

一、标准化设立居住权。即根据《民法典》第三百六十七条的规定，当事人应当采用书面形式订立居住权合同，并且还向不动产登记机构申请居住权登记。此为民法典范畴下的典型居住权，不再赘述。

二、非典型设立居住权。主要体现在以下三个领域：

（一）遗嘱设立居住权。立遗嘱人在遗嘱中为他人设立居住权；

（二）离婚协议设立居住权。离婚的男女双方在离婚协议或者调解书中约定房产归某一方所有，但另外一方可在限定条件下（例如一定期限、再婚前等）继续居住。

（三）房屋买卖合同设立居住权。常见卖方约定房屋过户登记完成后，仍然居住特定时间。当然，这样的情况下也可理解为附条件的买卖或者租赁。

三、令人困惑的是民法典第三百七十一条的规定：以遗嘱方式设立居住权的，参照适用民法典第十四章的有关规定。

由于遗嘱是立遗嘱人死亡时才产生法律效力，因此居住权也是从立遗嘱人死亡时才产生效力，但是第三百六十八条规定设立居住权的，应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时设立。

居住权的设立，民法典规定为登记生效主义，居住权人欲登记，则需要等待立遗嘱人死亡，但是遗嘱指定的居住权人能否单方登记居住权？民法典没有规定。相关不动产登记机构，对于不动产的登记，除执行生效裁判文书和仲裁裁决书外，均是严格要求且限定各方共同实施登记行为，而遗嘱居住权的特殊性就在于不可能双方共同实施居住权登记。

全国各地不动产登记机构也在出台各自的登记规定，力图解决现实难题。本人思考此问题，认为可以通过预告登记来解决遗嘱居住权登记。即根据《民法典》第二百二十一条的规定向登记机构申请预告登记。即立遗嘱人和相对人共同至登记机构，将遗嘱居住权进行预告登记，待立遗嘱人死亡时，居住权人在 90 日内可凭预告登记证书和立遗嘱人死亡证明文件单方申请居住权登记。

当然，实践中遗嘱设立居住权可能还与继承人是否承认、遗产管理人是否认可、继承人债务清偿等事项发生冲突，也需要在未来的法律实践中不断探索。

点评环节

点评人

孙若军，中国人民大学法学院教授、博士生导师，教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员、中国人民大学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。

非常荣幸请到房绍坤老师来家事法讲坛做客。房老师就居住权制度中最主要的四个问题进行了详细的解读。房老师不仅对居住权有着深入的研究，而且对居住权涉及的继承、物权、诉权等相关基础理论的学术功底深厚，因此，针对目前有关居住权研究和适用中存在的问题分析透彻、鞭辟入里，厘清了很多概念和理论偏差，我相信会对未来居住权制度的理解与适用产生积极深远的影响。同时也特别感谢各位嘉宾，王雷老师在房老师研究的基础上做了进一步延展和深化，实务界嘉宾实践经验的总结与分享，让我们从不同角度看到了居住权的适用情况，希望能给大家带来启发。最后，再次感谢房老师、感谢各位嘉宾、谢谢所有参与的朋友、谢谢晓林团队的支持！

主持人

主持人：

杨晓林律师，北京天驰君泰律师事务所“家事法苑”团队带头人。

预告

家事法讲坛（线上）第 38 期

主题：涉彩礼纠纷的司法应对

时间：4 月 24 日（周三）19:00-21:00

主讲人：王　丹，最高人民法院民一庭二级高级法官

与谈人：夏吟兰，中国政法大学教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会会长

钱叶卫，全国妇联权益部法规处处长、法学博士

巨燕亭，山西省临汾市中级人民法院家事审判庭副庭长

李露，陕西许小平律师事务所律师，陕西省律师协会婚姻家庭法专业委员会主任

主持人：段凤丽，北京天驰君泰律师事务所律师

直播平台：“家事法苑”视频号

主办：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

家事法讲坛（线上）第37期
主办单位
中国人民大学法学院婚姻家庭法研究所
中国人民大学民商事法律科学研究中心
本期主题
居住权适用中的若干问题
时间：2024年3月27日（周三）
19:00-21:30
平台："家事法苑"视频号
（开放式直播，不设报名）
【主讲人】
【与谈人】

李青
孙韬
【点评人】
龙翼飞
孙若军
讲坛介绍
《中华人民共和国民法典》已于2021年1月1日起正式施行，其中婚姻家庭编、继承编所涉及的家事问题历来是社会关注热点。2016年5月，最高人民法院在全国部分法院开展家事审判方式和工作机制改革试点工作。2018年7月，最高人民法院在试点工作结束后又发文进一步深化家事审判方式和工作机制改革。
为进一步加强婚姻家事法领域理论界与实务界的交流，中国人民大学法学院婚姻家庭法研究所、中国人民大学民商事法律科学研究中心自2020年5月起特创办"家事法讲坛"（线上）系列研讨活动，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、继承编的正确实施、立法完善以及家事审判改革及家事诉讼程序立法及完善建言献策。
中国民商法律网公众号
家事法苑公众号
家事法苑视频号

附件

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则

（2019 年 2 月修订版）

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群由“家事法苑”律师团队创建，目前包括以下 12 个群：家事法苑实务交流微信群（A-I 群）、继承法苑实务交流群（A-B 群）、涉外家事法苑实务交流群；此外，还有法律人电影.音乐休闲主题微信群（1-3 群）。

总群主：杨晓林

其中，涉外家事法苑实务交流群分群主：赵宁宁；副群主：李丹、陆珊菁、冉维佳

各群管理员：杨晓林、段凤丽、邓雯芬；王志锋、徐文丽、杨竹一、李琳、李炜、辜其坤、严健、万薇。

1、建群宗旨

家事无小事。真诚欢迎对婚姻家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