



家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报

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

家事法苑™ 婚姻家庭法律资讯简报 17 周年
(2008 年 2 月 15 日—2025 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™ 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



目 录

一、审判动态	2
民法典颁布五周年·说案 老人要求儿孙辞职照顾被拒，赠与房产要返还吗？··· 原创：2025-05-30 北京市东城法院	2
婚姻存续期借的钱，一定算共同债务吗？····· 2025-05-31 山东高法	3
离婚后藏匿孩子并诉求变更抚养权，能否获支持？····· 2025-06-04 人民法院报	5
示范“两状”使用指南 离婚纠纷篇····· 原创：2025-06-05 上海徐汇法院 认真工作的	7
案 例 库 参 考 使 用 典 型 案 例 （ 三 ） 张 某 明 、 周 某 诉 张 某 、 王 某 民 间 借 贷 纠 纷 案····· 2025-06-09 内蒙古自治区高级人民法院	12
一起让爱归巢的跨国调解····· 2025-06-10 人民法院报 吴泽宇	14
赡养纠纷类案件的审理思路和裁判要点 类案裁判方法····· 原创：2025-06-09 上海一中法院 蒋庆琨 严晓岸	15
离婚时不如实申报夫妻共同财产？法院：依法少分！····· 原创：2025-06-19 上海高院	22
二、媒体典型案例	26
（一）赠予案例	26
上海一孤老以房产换赡养，关系恶化后反悔啦！看看法院怎么判····· 2025-05-30 上海法治报	26
三、继承	28
男孩父母双亡被亲属送往福利院，应得遗产如何追回？····· 2025-05-28 最高人民检察院	28
孤儿继承遗产“保卫战”····· 2025-06-15 法治日报	29
四、反家暴专题	31
离婚后前夫继续骚扰伤害怎么办？····· 2025-05-27 最高人民法院	31
五、房产	36
离婚房产分割争议 依法依约维护权益····· 2025-06-15 法治日报	36
母亲借钱为儿子买房，欠款谁来还····· 2025-06-15 法治日报	39
六、媒体视点	41
德法薪传 公心笔铸····· 原创：2025-06-05 法治周末报 法治周末报	41
“想用一生改变妇女命运”的她，走了····· 原创：2025-06-11 冰点周刊 中国青年报	43



七、学者、法官、检察官、律师、公证专题 47

(一) 理论学术动态、学者视点 47

- 雷明光：哭夏吟兰老师 2025-05-30 家事法苑 雷明光 47
- 李拥军：家事司法运作的实质主义逻辑及其应然面向 原创：2025-05-31 法学研究 李拥军 49
- 杨立新：怀念夏吟兰教授 2025-05-31 中国民商法律网 杨立新 61
- 夏木成荫处，法韵兰香长——追忆夏吟兰老师 2025-06-01 女院法学院 但淑华 63
- 王歌雅：音容宛在 沉痛惜别——追忆夏吟兰教授 2025-06-01 家事法苑 王歌雅 65
- 卢文捷：痛别恩师，吾爱吾师，永远！——遥祭恩师 2025-06-02 家事法苑 卢文捷 66
- 冯陵升 | 《民法典》时代“猪队友的锅，我要不要背？” 原创：2025-04-11 暨南学报哲学社会科学版 冯陵升 69
- 汪洋、姜惠雯：实体与程序之维下的配偶财产利益保护——以夫妻共同财产处分及夫妻债务清偿为例 原创：2025-05-30 交大法学 汪洋、江蕙雯 70
- 曹相见 | 论身份权的规范原理 原创：2025-06-06 上海市法学会 东方法学 曹相见 84
- 王雷：建构中国婚姻家庭法学与继承法学自主知识体系的三个维度 2025-06-06 人大社法律出版 96
- 马忆南：怀念吟兰教授 2025-06-07 家事法苑 马忆南 108
- 孙宪忠：在民法典五周年庆典及民法重大问题研究讨论会上的致辞 2025-06-09 与民法典同行 孙宪忠 109
- 夏吟兰：立法者的温柔 原创：2025-06-10 中国慈善家杂志 王卫 111
- 生如夏花 灼灼其华 | 纪念夏吟兰教授 2025-05-29 法学学术前沿 116
- 隗佳：家庭场域中紧急权的适用规则——以家暴反击行为为中心 | 《中外法学》2025 年第 3 期 原创：2025-06-10 中外法学编辑部 隗佳 119
- 孙若军 张婧婕 | 论遗嘱居住权的物权变动规则 原创：2025-06-09 人民司法杂志社 孙若军 张婧婕 131
- 李贝：《宣告死亡及撤销与婚姻效力之再阐释——兼与翟远见老师商榷》 原创：2025-06-11 南大法学 南大法学 138
- 政治与法律 | 刘凝：情事变更视角下彩礼返还规则的重构 原创：2025-05-19 政治与法律编辑部 刘凝 153
- 龙俊：论夫妻共同财产的三重归属规则 | 中法评 · 专论 原创：2025-06-16 中国法律评论 龙俊 166
- 贺剑：家事法中的无偿转让 | 中法评 · 专论 原创：2025-06-17 中国法律评论 贺剑 179
- 汪洋：夫妻一方直播打赏的性质、效力与后果 | 中法评 · 专论 原创：2025-06-18 中国法律评论 清华法学院汪洋 194
- 刘征峰：继父母子女关系的动态调整 | 中法评 · 专论 原创：2025-06-19 中国法律评论 刘征峰 204
- 分居的法律适用争议及其解析 2025-06-19 人民法院报 周丽华 217
- 离婚损害赔偿制度理解与适用的疑难问题探析 原创：2025-03-27 上海大学学报 上海大学学报 219

(二) 律师视点 232

- 家庭析产与不动产“加名”登记的关系 原创：2025-04-30 深度诉讼论坛 师安宁 232



全国律协举办构建和谐婚姻家庭关系法律业务交流会····· 2025-06-10 中国律师 235

（三）法官视点 ····· 237

实践法学笔谈 | 宋玫仪：“万元压岁钱”的权利归属及其司法保护——以父母诉请分割孩子压岁钱案为例····· 原创：2025-03-21 法律适用 宋玫仪 237

离异夫妻抚养费之争，孩子为何“失语”？····· 2025-05-27 人民法院报 239

青春期少女的抚养权之争，法院：尊重孩子真实意愿····· 原创：2025-05-28 上海高院 李彦 242

婚姻家庭编司法解释（二）：离婚协议约定财产给予子女条款的相关规则 | 至正开放麦····· 2025-05-29 上海二中院 杨青青 246

法官沙龙 | 协议离婚后提起离婚损害赔偿请求的时间效力及认定标准····· 2025-06-03 北京市第三中级人民法院 249

婚姻家庭编司法解释（二）：离婚协议约定一方不负担抚养费的效力及例外 | 至正开放麦····· 2025-06-06 上海二中院 高胤 253

债权人撤销离婚协议的审查认定标准····· 2025-06-19 人民法院报 邵普 255

第三方参与矛盾激烈家事纠纷化解的实践探索····· 2025-06-12 人民法院报 张晓立,王益奇 259

（四）检察视点 ····· 262

最高人民检察院发布第四批贯彻实施民法典典型案例····· 2025-06-09 华政民商 262

准备办理离婚手续时，女方不辞而别，自此杳无音信。男方起诉时才发现，妻子竟然身份不明。民事诉讼行不通，行政诉讼又超过了最长起诉期限，这道难题最终被摆在了检察机关的面前——寻找消失的“她”····· 2025-06-11 检察日报客户端 史隽 林非凡 271

离婚了财产分割要算清楚····· 2025-06-25 检察日报客户端 刘怡廷 冯宵 273

指导性案例传真 | 夫妻共同财产赠与纠纷中行为无效与全额返还的司法评价····· 2025-06-20 中国检察官 张艳 王皓 274

浅谈假离婚的法律效力和检察规制····· 2025-06-25 检察日报客户端 王栋 279

（五）公证专题 ····· 281

公证视角：遗嘱信托在实务中的困境和运用····· 原创：2025-05-27 律政学堂 潘攀 281

司法部、国家档案局有关负责人就《公证档案管理办法》答记者问····· 2025-06-04 法治日报 288

司法部 国家档案局关于印发《公证档案管理办法》的通知····· 2025-06-04 法治日报 290

实务|民法典婚姻家庭编解释二与公证实务（下）····· 2025-06-16 公证文选 朱子轩 294

实务|民法典婚姻家庭编解释二与公证实务（上）····· 2025-05-26 公证文选 朱子轩 298

八、书籍推荐 ····· 303

传统与现代中的家庭关系 | 《家庭关系传承与变革中的民法问题研究》出版····· 2025-02-12 法律出版社 303



九、沙龙活动	306
讲坛预告 唐波涛：人身性财产利益的可继承性（2025 年 7 月 9 日） 家事法讲坛第 48 期.....	2025-06-21 家事法苑 家事法苑团队 306
附件	307
“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则	307

家事法苑



【特别声明】

简报编辑：家事法苑™ 团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林 执行主编：段凤丽

编委成员：刘海娜、邓雯芬、苗东红

①家事法苑™ 家事律师网：<http://www.famlaw.cn>

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

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

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

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

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

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

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

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

群友入群由群管理员专人统一审查、邀请新人入群。

请拟申请入群者先添加以下任一群管理员个人好友：

杨晓林律师（微信号：Y13522380366）

段凤丽律师（微信号：D13552693593）

邓雯芬律师（微信号：13167578960）

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

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

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

正文

一、审判动态

民法典颁布五周年·说案 | 老人要求儿孙辞职照顾被拒，赠与房产要返还吗？

原创：2025-05-30 北京市东城法院

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

老人将自己的财产尤其是房屋赠与子女，体现了老一辈对年轻人的关照和支持，也是出于赡养的需要。实践中，不少老人与子女签订附条件的赠与协议，要求获得房产的子女在尽到法定赡养义务的同时承担更多的义务。当子女未按照约定完成义务时，赠与的房产能要回吗？近日，北京市东城区人民法院审理了一起撤销赠与合同案，法院认定受赠人未完全尽到约定的义务，判决撤销赠与协议中对房屋 50% 份额的赠与。



杨老太与老伴有三个儿子。2018 年老伴去世后，共有房屋由杨老太单独继承。2021 年，考虑到自己年事已高需要人照料，杨老太与居住在同一栋楼的二儿子及其子签订了赠与协议，约定杨老太自愿将其名下位于北京市大兴区的房屋赠与二人，但杨老太继续在该房屋内居住生活，二人需照顾杨老太的饮食起居，保障其生活水平及生活质量不降低，承担其医疗费、生活费、护理费等一切开销，否则杨老太有权撤销该赠与。协议签

订后，二儿子查出身患癌症，房屋登记到其子一人名下。

此后两年多时间里，杨老太饮食起居均由二儿子一家照料。后二儿子一家欲搬至东城区居住，便向杨老太提出在东城区为她租住房屋继续进行照顾。但杨老太认为，自己已经 80 多岁，需要长期稳定的居所，遂拒绝了租房的提议。双方多次协商未果，二儿子一家给杨老太留下 30 万元后，搬至东城区居住。不久后，杨老太搬去与小儿子共同居住。

半年后，杨老太将二儿子及其子诉至法院，以二人未依照协议约定履行照顾自己的义务为由，要求撤销对二人的赠与。起诉后不久，杨老太因病去世。其另外二子作为杨老太的法定继承人，申请作为原告参加诉讼，法院依法追加二人为原告。

庭审中，二儿子表示，其一直在尽心尽力照顾杨老太的生活起居、就医看病，即使自身身患癌症，也未懈怠。孙女到了上学的年纪，儿子夫妻俩都在上班，也需要老人的帮助。为了解决问题，其向杨老太提出雇佣保姆照顾或为其租住房屋，但遭到拒绝。杨老太提出让其子辞职、一家专职照顾，该要求不考虑现实情况，超出合理预期。

法院审理后认为，赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务。不履行赠与合同约定的义务，

赠与人可以撤销赠与。本案中，杨老太与二儿子及其子签订的赠与合同，将案涉房产赠与二人，同时约定了二人对杨老太的扶养义务。二儿子及其子在协议签订后的两年多时间里与杨老太相邻生活并进行赡养照顾。后二人因生活所需，提出租住房屋以便照料等方案，被杨老太拒绝，二人遂搬离，未再依约履行义务，故杨老太有权行使撤销权。但在合同履行中，杨老太提出让孙子辞职、一家专门照顾她等赡养要求，已超出合理可行的范围，且孙子仍多次陪同杨老太就医。此外，二儿子及其子负有约定的义务并不排斥其他子女对杨老太进行赡养，也不排斥杨老太按照自主意愿生活。

综合考虑上述情况，法院判决部分撤销杨老太与二人签订的赠与协议中对房屋 50%份额的赠与。目前该判决已生效。

法官提示

附义务赠与，所附义务应当合法合理、切实可行。

本案审理法官介绍，民法典第六百六十三条规定，受赠人对赠与人有扶养义务而不履行的，赠与人可以撤销赠与。此种法定撤销权在法律层

面上让赠与人可以“反悔”，能有效平衡赠与人与受赠人之间的权利义务关系，约束受赠人的行为，确保受赠人履行自身义务。一旦受赠人未依约履行义务，赠与人可以撤销赠与。本案中，在受赠人已经履行了部分义务的情形下，从公平原则和维持家庭和谐的角度出发，应结合受赠人的义务履行情况来确定撤销赠与的范围。因此法院最终判定部分撤销杨老太对二人赠与房屋的份额。

法官提醒，老人在将自己的财产赠与子女时，最好签署书面赠与协议，写清居住权设立、子女承担的义务等内容，以更好地保障自身权益。赡养老人系每一个成年子女应承担的法定义务，作为受赠人，更应依照赠与协议履行自己的义务，做到经济上供养、生活上照料、精神上慰藉，尽己所能照顾好老人，让老人能安享晚年。在附义务赠与中，可能发生子女与父母对赡养标准或者方式理解不一的情况，此时对义务的设定，应综合考量老人的养老需求、子女经济实力、现实情况等，尽量达成一致意见，确立合理可行的义务。

供稿 / 谭梓为 杨晨晖

图片来源于网络

编辑 / 杨晨晖

婚姻存续期借的钱，一定算共同债务吗？

2025-05-31 山东高法

<https://mp.weixin.qq.com/s/spz7yZIQ5AzGdLnSwtv1bg>

封面新闻



鲁法案例【2025】279

■滕州法院：婚姻存续期借的钱，一定算共同债务吗？

婚姻关系存续期间一方举债，配偶是否承担共同还款责任？王某向好友借款 15 万元未还，债权人起诉夫妻二人共同担责。法院审理后认定，因配偶对借款不知情，且款项未用于家庭共同生活，故判决借款仅由王某个人偿还。

《中华人民共和国民法典》第一千零六十四条：夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

三强三优

临沂市高新区法院：联合高新区纪检监察工委机关开展民法典普法宣传活动

正值全国第 5 个“民法典宣传月”，为深入学习宣传和贯彻实施《中华人民共和国民营经济促进法》5 月 23 日上午，临沂高新区法院与高新区纪检监察工委机关在高新区龙湖软件园联合开展民法典普法宣传活动。本次活动以“法治护航企业发展”为主线，通过实地观摩园区建设、观摩法院诉调对接直通车、企业民事风险防范专题培训、“法院+企业”座谈会等形式，为园区企业提供精准司法服务，打造优化法治营商环境新模板。



高青法院：召开调解经验分享会

为坚持和发展新时代“枫桥经验”，进一步提升调解工作效能，5 月 23 日，高青县人民法院召开调解经验分享会。

会上，五名来自法院审执一线的调解骨干，通过“身边人讲身边事”的形式，依次分享了调解工作中的创新方法、典型案例和心得体会，为提升解纷能力、解决实际问题提供了有益建议。

下一步，高青县人民法院将继续秉承“小案事不小、小案不小办”的工作理念，把办好群众身边“小案”作为践行为民初心的重要标准，进一步提高审判执行精度、强化服务群众深度、彰显为民司法温度，在服务保障经济社会高质量发展中展现责任与担当。



莒南法院：课桌为“审判台”操场为“审判庭”|“美丽中国我先行”法治实践课开始啦！

“梆——！”清脆的法槌声穿透初夏晨光，惊飞了操场边法桐树梢的麻雀。

5 月 27 日，在莒南县石莲子镇严家庄村小学的绿茵操场中央，由课桌拼接而成的山字形“审

判台”上，“审判长”樊文程同学正襟危坐，稚嫩脸庞透着庄严：“现在开庭！”

这场因鸭粪污染引发的财产损害纠纷模拟庭审，是莒南县人民法院为迎接 2025 年六五环境日特别策划的普法实践课。

鲁法案例



鲁法案例【2025】280

■汶上法院：职工回家“隐形”加班办公期间突发疾病死亡，是否符合“视同工伤”情形？

邵某长期在某公司工作，2024 年 1 月初，因公司战略调整，邵某被临时抽调至该公司新组建的项目小组工作，该工作实行 7×24 小时轮班制，并要求工作人员通过手机、电脑随时处理公司事务。1 月 29 日清晨，邵某在家中通过手机刚处理完第一批工作后突发心梗，被紧急送往医院，经

抢救无效于当日死亡。邵某家属遂向某人社局提出工伤认定申请，某人社局经调查后认为邵某的死亡不符合《工伤保险条例》第十四条、第十五条认定工伤或视同工伤的情形后作出《不予认定工伤决定书》，邵某家属不服某人社局作出的《不予认定工伤决定书》，遂向本院提起诉讼。

法院经审理认为，邵某发病时是否处于“工作时间和工作岗位”，能否适用“48 小时内抢救无效视同工伤”条款是本案的争议焦点。根据《工伤保险条例》第十五条第一款规定，职工在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在 48 小时之内经抢救无效死亡的，视同工伤。此处的“工作岗位”强调更多的不是工作的处所和位置，而是岗位职责、工作任务。本案中，死者邵某是被单位抽调委派至项目小组从事急难险重工作，由于工作的特殊要求，并未明确规定具体的上班时间与上班地点，“手机办公”成为邵某居家的常态，故其工作时间具有高度的不固定性，不能用日常工作的“八小时工作制”来限定。综上，邵某居家手机办公应视为工作时间和工作岗位的延伸，其从发病到死亡也并没有超过 48 小时，其死亡应适用《工伤保险条例》第十五条第一款第一项之规定视同工伤的情形。因此，法院认定被告某人社局作出的《不予认定工伤决定书》认定事实不清、证据不足，依法予以撤销，并责令被告重新作出相应行政处理决定。

编辑：马聪聪

离婚后藏匿孩子并诉求变更抚养权，能否获支持？

2025-06-04 人民法院报

<https://mp.weixin.qq.com/s/PeFhGqcwhnu3yrWzFMzbyQ>

人民法院报

2025年6月4日 星期三 案件主办 姜性编稿 姜性编稿 姜性编稿 姜性编稿

【现在开庭】

联系电话:010-85755747 电子邮箱:caselaw@163.com

3

离婚后藏匿孩子并诉求变更抚养权

法院:抚养人有抚养能力和意愿且未有不当行为,变更诉求无事实及法律依据

本报讯 (记者 陶 葵 通讯员 周 磊) 夫妻离婚后,子女由一方抚养,另一方协助,藏匿孩子,是否愿意与其生活,能否以此为由变更抚养权?近日,湖南省株洲市天元区人民法院审理了一起变更抚养关系纠纷案,判决驳回孩子父亲变更抚养权的诉讼请求。

2011年1月李某(男)与刘某(女)结婚,同年育有一女小刘,2014年育有一子小李。2020年,李某、刘某感情破裂,李某多次向法院提起离婚诉讼,最终法院判决双方离婚,小刘由李某抚养,小李由李某抚养。李某不服一审判决,提起上诉,请求判令小刘由李某抚养,小李由李某抚养。李某在上诉中称,小刘由李某抚养,李某在抚养过程中,对小刘进行了良好的教育和照顾,小刘在李某的抚养下健康成长,李某具备抚养小刘的能力和条件,请求法院判令小刘由李某抚养。

李某辩称,小刘由李某抚养,李某在抚养过程中,对小刘进行了良好的教育和照顾,小刘在李某的抚养下健康成长,李某具备抚养小刘的能力和条件,请求法院判令小刘由李某抚养。

李某辩称,小刘由李某抚养,李某在抚养过程中,对小刘进行了良好的教育和照顾,小刘在李某的抚养下健康成长,李某具备抚养小刘的能力和条件,请求法院判令小刘由李某抚养。

李某辩称,小刘由李某抚养,李某在抚养过程中,对小刘进行了良好的教育和照顾,小刘在李某的抚养下健康成长,李某具备抚养小刘的能力和条件,请求法院判令小刘由李某抚养。

李某辩称,小刘由李某抚养,李某在抚养过程中,对小刘进行了良好的教育和照顾,小刘在李某的抚养下健康成长,李某具备抚养小刘的能力和条件,请求法院判令小刘由李某抚养。

李某辩称,小刘由李某抚养,李某在抚养过程中,对小刘进行了良好的教育和照顾,小刘在李某的抚养下健康成长,李某具备抚养小刘的能力和条件,请求法院判令小刘由李某抚养。

李某辩称,小刘由李某抚养,李某在抚养过程中,对小刘进行了良好的教育和照顾,小刘在李某的抚养下健康成长,李某具备抚养小刘的能力和条件,请求法院判令小刘由李某抚养。

高速公路遗撒物引发车祸

车辆保险公司及公路管理部门被判分担车辆损失赔偿责任

本报讯 高速公路遗撒物引发交通事故,车辆保险公司及公路管理部门是否应承担赔偿责任?近日,江苏省南京市六合区人民法院审理了一起交通事故责任纠纷案,判决车辆保险公司及公路管理部门分担车辆损失赔偿责任。

2023年7月16日21时20分许,周某驾驶车辆在行驶至宁杭高速公路101公里处时,因前方路面有遗撒物,导致车辆失控,与前方车辆相撞,造成两车受损,周某受伤。事故发生后,周某向车辆保险公司及公路管理部门主张赔偿,但遭到拒绝。周某遂向法院提起诉讼,请求判令车辆保险公司及公路管理部门分担车辆损失赔偿责任。

周某辩称,车辆在行驶过程中,因前方路面有遗撒物,导致车辆失控,与前方车辆相撞,造成两车受损,周某受伤。事故发生后,周某向车辆保险公司及公路管理部门主张赔偿,但遭到拒绝。周某遂向法院提起诉讼,请求判令车辆保险公司及公路管理部门分担车辆损失赔偿责任。

周某辩称,车辆在行驶过程中,因前方路面有遗撒物,导致车辆失控,与前方车辆相撞,造成两车受损,周某受伤。事故发生后,周某向车辆保险公司及公路管理部门主张赔偿,但遭到拒绝。周某遂向法院提起诉讼,请求判令车辆保险公司及公路管理部门分担车辆损失赔偿责任。

未及时安装的灯箱占用人行道绊倒摔伤行人

法院判决受伤行人各类损失的90%由施工方承担

本报讯 城市生活中,人行道是市民安全出行的主要通道,但一些经营主为追求商业利益,擅自占用人行道安装灯箱,导致行人绊倒摔伤。近日,南京市中级人民法院审理了一起因未及时安装灯箱占用人行道绊倒摔伤行人案,判决施工方承担受伤行人各类损失的90%。

2023年9月3日,某广告经营单位在南京市某路段人行道旁安装灯箱,因未及时安装,导致灯箱占用人行道,行人李某在经过时,因灯箱绊倒,摔倒在地,造成骨折。李某遂向法院提起诉讼,请求判令广告经营单位赔偿其各项损失。



李某辩称,车辆在行驶过程中,因前方路面有遗撒物,导致车辆失控,与前方车辆相撞,造成两车受损,周某受伤。事故发生后,周某向车辆保险公司及公路管理部门主张赔偿,但遭到拒绝。周某遂向法院提起诉讼,请求判令车辆保险公司及公路管理部门分担车辆损失赔偿责任。

李某辩称,车辆在行驶过程中,因前方路面有遗撒物,导致车辆失控,与前方车辆相撞,造成两车受损,周某受伤。事故发生后,周某向车辆保险公司及公路管理部门主张赔偿,但遭到拒绝。周某遂向法院提起诉讼,请求判令车辆保险公司及公路管理部门分担车辆损失赔偿责任。

李某辩称,车辆在行驶过程中,因前方路面有遗撒物,导致车辆失控,与前方车辆相撞,造成两车受损,周某受伤。事故发生后,周某向车辆保险公司及公路管理部门主张赔偿,但遭到拒绝。周某遂向法院提起诉讼,请求判令车辆保险公司及公路管理部门分担车辆损失赔偿责任。

李某辩称,车辆在行驶过程中,因前方路面有遗撒物,导致车辆失控,与前方车辆相撞,造成两车受损,周某受伤。事故发生后,周某向车辆保险公司及公路管理部门主张赔偿,但遭到拒绝。周某遂向法院提起诉讼,请求判令车辆保险公司及公路管理部门分担车辆损失赔偿责任。

李某辩称,车辆在行驶过程中,因前方路面有遗撒物,导致车辆失控,与前方车辆相撞,造成两车受损,周某受伤。事故发生后,周某向车辆保险公司及公路管理部门主张赔偿,但遭到拒绝。周某遂向法院提起诉讼,请求判令车辆保险公司及公路管理部门分担车辆损失赔偿责任。

李某辩称,车辆在行驶过程中,因前方路面有遗撒物,导致车辆失控,与前方车辆相撞,造成两车受损,周某受伤。事故发生后,周某向车辆保险公司及公路管理部门主张赔偿,但遭到拒绝。周某遂向法院提起诉讼,请求判令车辆保险公司及公路管理部门分担车辆损失赔偿责任。

李某辩称,车辆在行驶过程中,因前方路面有遗撒物,导致车辆失控,与前方车辆相撞,造成两车受损,周某受伤。事故发生后,周某向车辆保险公司及公路管理部门主张赔偿,但遭到拒绝。周某遂向法院提起诉讼,请求判令车辆保险公司及公路管理部门分担车辆损失赔偿责任。

李某辩称,车辆在行驶过程中,因前方路面有遗撒物,导致车辆失控,与前方车辆相撞,造成两车受损,周某受伤。事故发生后,周某向车辆保险公司及公路管理部门主张赔偿,但遭到拒绝。周某遂向法院提起诉讼,请求判令车辆保险公司及公路管理部门分担车辆损失赔偿责任。

李某辩称,车辆在行驶过程中,因前方路面有遗撒物,导致车辆失控,与前方车辆相撞,造成两车受损,周某受伤。事故发生后,周某向车辆保险公司及公路管理部门主张赔偿,但遭到拒绝。周某遂向法院提起诉讼,请求判令车辆保险公司及公路管理部门分担车辆损失赔偿责任。

法官说法

《中华人民共和国民法典》第一千二百五十二条规定,在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品造成他人损害的,有关单位或者个人应当承担侵权责任。本案中,广告经营单位在公共道路上堆放灯箱,导致行人绊倒摔伤,应当承担侵权责任。

法官提醒,公共道路是市民安全出行的“生命线”,各单位或个人在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品,不仅影响交通,还可能造成人员伤亡和财产损失。各单位或个人在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品,应当承担侵权责任。

法官提醒,公共道路是市民安全出行的“生命线”,各单位或个人在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品,不仅影响交通,还可能造成人员伤亡和财产损失。各单位或个人在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品,应当承担侵权责任。

法官提醒,公共道路是市民安全出行的“生命线”,各单位或个人在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品,不仅影响交通,还可能造成人员伤亡和财产损失。各单位或个人在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品,应当承担侵权责任。

网购22元20卷的促销粘毛卷到货只有6卷

湖北一“缺斤少两”销售者被判退款并支付惩罚性赔偿

本报讯 (记者 曹 磊 通讯员 廖 宇) 网购上“超低价”促销商品,消费者收到后发现数量严重不足,是否有权要求退款并支付惩罚性赔偿?近日,湖北省武汉市中级人民法院审理了一起网购商品数量不足案,判决销售者退款并支付惩罚性赔偿。

2024年12月,刘先生在网上看到某网店有“22元20卷”的促销商品,遂下单购买。收货后,刘先生发现只收到6卷商品,与宣传不符。刘先生遂向法院提起诉讼,请求判令网店退款并支付惩罚性赔偿。

刘先生辩称,网店宣传“22元20卷”,但实际只收到6卷,属于虚假宣传,请求判令网店退款并支付惩罚性赔偿。

刘先生辩称,网店宣传“22元20卷”,但实际只收到6卷,属于虚假宣传,请求判令网店退款并支付惩罚性赔偿。

刘先生辩称,网店宣传“22元20卷”,但实际只收到6卷,属于虚假宣传,请求判令网店退款并支付惩罚性赔偿。

刘先生辩称,网店宣传“22元20卷”,但实际只收到6卷,属于虚假宣传,请求判令网店退款并支付惩罚性赔偿。

刘先生辩称,网店宣传“22元20卷”,但实际只收到6卷,属于虚假宣传,请求判令网店退款并支付惩罚性赔偿。

刘先生辩称,网店宣传“22元20卷”,但实际只收到6卷,属于虚假宣传,请求判令网店退款并支付惩罚性赔偿。

盗掘古文化遗址、古墓葬

三名被告人被判刑

本报讯 近日,河南省安阳市中级人民法院依法公开审理三名被告人盗掘古文化遗址、古墓葬案,三名被告人均被判处有期徒刑。

2023年,三名被告人王某、李某、张某在河南省安阳市某处盗掘古文化遗址、古墓葬,窃取大量珍贵文物。案发后,三名被告人均被抓获归案。法院经审理认为,三名被告人盗掘古文化遗址、古墓葬,窃取珍贵文物,情节严重,依法应予严惩。

王某、李某、张某三名被告人均被判处有期徒刑。王某被判处有期徒刑十年,李某被判处有期徒刑八年,张某被判处有期徒刑六年。三名被告人均被并处罚金。

王某、李某、张某三名被告人均被判处有期徒刑。王某被判处有期徒刑十年,李某被判处有期徒刑八年,张某被判处有期徒刑六年。三名被告人均被并处罚金。

离婚后藏匿孩子并诉求变更抚养权

法院:抚养人有抚养能力和意愿且未有不当行为,变更诉求无事实及法律依据

夫妻双方离婚后,子女已判由一方抚养,另一方抢夺、藏匿孩子,称孩子更愿意与其生活,能否以此为由变更抚养权?近日,湖南省株洲市天元区人民法院审理了一起变更抚养关系纠纷案,判决驳回孩子父亲变更抚养权的诉讼请求。

2011年1月李某(男)与刘某(女)登记结婚,同年育有一女小刘,2014年育有一子小李。2020年,李某、刘某感情破裂,李某多次向法院提起离婚诉讼,最终法院判决双方离婚,小刘由李某抚养,小李由李某抚养。李某不服一审判决,提起上诉,请求判令小刘由李某抚养,小李由李某抚养。李某在上诉中称,小刘由李某抚养,李某在抚养过程中,对小刘进行了良好的教育和照顾,小刘在李某的抚养下健康成长,李某具备抚养小刘的能力和条件,请求法院判令小刘由李某抚养。

李某辩称,小刘由李某抚养,李某在抚养过程中,对小刘进行了良好的教育和照顾,小刘在李某的抚养下健康成长,李某具备抚养小刘的能力和条件,请求法院判令小刘由李某抚养。

李某辩称,小刘由李某抚养,李某在抚养过程中,对小刘进行了良好的教育和照顾,小刘在李某的抚养下健康成长,李某具备抚养小刘的能力和条件,请求法院判令小刘由李某抚养。

纠纷诉讼,最终法院判决双方离婚,小刘由刘某抚养,小李由李某抚养。李某不服提起上诉,法院二审维持原判。该判决生效后,刘某多次联系李某希望接回小刘并探望小李,均被李某拒绝。

李某认为,小刘自幼一直随其在深圳生活,现处于学习的关键阶段,不适宜改变现有的生活环境和学习阶段,且小刘已年满11周岁,能表达其意愿,遂诉至法院请求变更抚养权。

李某辩称,小刘自幼一直随其在深圳生活,现处于学习的关键阶段,不适宜改变现有的生活环境和学习阶段,且小刘已年满11周岁,能表达其意愿,遂诉至法院请求变更抚养权。

李某辩称,小刘自幼一直随其在深圳生活,现处于学习的关键阶段,不适宜改变现有的生活环境和学习阶段,且小刘已年满11周岁,能表达其意愿,遂诉至法院请求变更抚养权。

刘某辩称,李某请求变更抚养权无事实和法律依据,其存在抢夺、藏匿未成年子女的行为,严重影响小刘的身心健康,请求法院驳回李某的诉讼请求。

刘某辩称,李某请求变更抚养权无事实和法律依据,其存在抢夺、藏匿未成年子女的行为,严重影响小刘的身心健康,请求法院驳回李某的诉讼请求。

重侵犯了自身对孩子的抚养权和探望权，同时也未考虑对孩子造成的心理伤害。

法院审理后认为，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。现李某、刘某均具备抚养能力，且李某未提供有力证据证明由刘某抚养小刘存在不利于未成年人身心健康的法定情形，其所提交的证据也不能证明刘某在抚养小刘过程中存在不当行为。相反，刘某既有抚养小刘的强烈意愿，又渴望与其取得联系，因此，李某的主张没有事实及法律依据，法院不予支持。

在李某向法庭提交的视频光盘中，小刘陈述愿意与其一起生活，但庭审时，承办法官通过“云上法庭”与小刘进行视频通话，小刘亦表达了对母亲刘某的思念。法院认为，小刘自父母双方离婚后至今一直生活在李某的教育及管控之下，刘某经过不断尝试仍无法与小刘取得联系，其作为母亲无法见到孩子与孩子培养感情，且李某拒绝向法庭提供孩子的居住地址、就读学校以及联系方式，故小刘在视频光盘中的陈述不能够直接作为认定其意志的依据。

综上，依据民法典第一千零八十四条、《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）》第五十六条之规定，法院判决驳回李某的诉讼请求。

该案判决已生效。

法官提醒

8 周岁以上的未成年人虽然具备了一定的意愿表达能力，但在表达意志上常表现出随意性、多变性和短视性，其在父母离婚后对随父或是随母生活可能会因询问的主体、时间、场所、情景、在场人不同产生不同的结果。子女意愿固然重要，但并非变更抚养关系的唯一法定因素和充分必要条件。

父爱与母爱对未成年人都是不可或缺的。本案中，无论小刘在哪座城市生活、在哪所学校就读，都不应当影响父母向其表达关心和爱护。虽然李某与刘某已经解除婚姻关系，但婚姻关系的解除不应当导致亲子关系的割裂，无论孩子由谁抚养、与谁生活，一方均应当协助、配合、帮助另一方陪伴和探望孩子。只有父母在孩子的成长过程中都不缺位的情况下，孩子的身心才能得到健康健全的成长。

来源：人民法院报

记者：陶琛 | 通讯员：周泽荣

责任编辑：董星雨 | 联系电话：（010）67550747 电子信箱：anjian@rmfyb.cn

新媒体编辑：逯璐

示范“两状”使用指南 | 离婚纠纷篇

原创：2025-06-05 上海徐汇法院 认真工作的

<https://mp.weixin.qq.com/s/qG-QxnpxmVP-1CrDVdly4A>

为更好地保障群众诉权、提升诉讼质效，针对金融借款、民间借贷、劳动争议等常见多发的民事案件，今年以来全国法院开始全面推广应用统一规范、要素齐全的起诉状、答辩状示范文本，简称示范“两状”。（详情点击**示范“两状”快问快答！**）

示范“两状”怎么填写？又有哪些注意事项？徐汇法院将推出详细实用的系列填写指南，手把手进行指导。本期介绍的是离婚纠纷篇的示范“两状”填写要点。

Part 01.

离婚纠纷的起诉状填写指南

在我国，离婚有登记离婚和诉讼离婚两种方式。夫妻双方如共同签署离婚协议书，具有自愿离婚的意思表示，且对子女抚养、财产及债务处理等事项协商一致的，可自行至婚姻登记机关登记离婚。若双方无法自行协商解除婚姻关系，一方可至法院提起诉讼请求解除婚姻关系，是为诉讼离婚。

离婚诉讼是典型的复合之诉，包括身份关系解除、子女抚养、财产分割等多项内容。离婚纠纷的起诉状包括当事人信息、诉讼请求和依据、约定管辖和诉讼保全以及事实与理由等四部分内容。在填写时，需要注意以下要点：

01 当事人信息

该部分确定离婚诉讼参加人的基本信息，即原被告的相关身份信息。

要点 1：

需根据当事人的官方身份信息材料载明逐项填写，如户籍所在地与经常居住地不一致，请如实填写并提交相关证据予以佐证，如：户口簿、人口信息卡、居住证、房屋租赁合同等，以方便确定管辖法院。

当事人信息	
原告	姓名：
	性别：男 ☐ 女 ☐
	出生日期： 年 月 日
	民族：
	工作单位： 职务： 联系电话：
	住所地（户籍所在地）：
	经常居住地：

要点 2：

因离婚诉讼涉及解除身份关系，故一般情况下当事人均应亲自到法院表达离婚意愿，离婚案

件有诉讼代理人的，本人除不能表达意思的以外，仍应出庭；确因特殊情况无法出庭的，必须向人民法院提交书面意见。如有委托诉讼代理人，代理权限请选择“一般授权”。

是否接受电子送达	☐ 是 ☐ 否
	方式：短信 _____ 微信 _____ 传真 _____ 邮箱 _____
	其他 _____

要点 3：

在填写送达地址时，需填写常用的收件地址、联系电话等。为及时便捷地接收诉讼材料，建议您接受“电子送达”，后续法院将根据所填写的手机号码、电子邮箱等信息向您发送传票、证据、裁判文书等诉讼材料。

该部分主要确定打官司想要达到什么目的，即希望法院处理什么事项、解决什么问题。

要点 1：

示范文本根据离婚纠纷的特点，列举了解除婚姻关系、夫妻共同财产、夫妻共同债务、子女直接抚养、子女抚养费、探望权、离婚损害赔偿/离婚经济补偿/离婚经济帮助等七个具体项目。当事人需按照自身主张逐一填写，无该项请求可不填

02 诉讼请求和依据

写。为防止遗漏，示范文本还在最后一栏留出“本表未列明的其他请求”，基本覆盖了离婚诉讼可能涉及诉请的方方面面。

要点 2:

需注意法院对起诉离婚的相关时间限制:

➤ **第一**，判决不准离婚和调解和好的离婚案件，没有新情况、新理由，原告在六个月内不能再次起诉;

➤ **第二**，原告撤诉或者按撤诉处理的离婚案件，没有新情况、新理由，六个月内不能再次起诉;

➤ **第三**，女方在怀孕期间、分娩后一年内或者终止妊娠后六个月内，男方不得提出离婚;但是，女方提出离婚或者人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的除外。

要点 3:

原告提出离婚损害赔偿的请注意:

➤ **第一**，因重婚、与他人同居、实施家庭暴力、虐待、遗弃家庭成员或有其他重大过错导致离婚，无过错方离婚损害赔偿的诉讼请求必须在提起离婚诉讼的同时提出;

➤ **第二**，双方均有上述过错情形，一方或者双方向对方提出离婚损害赔偿请求的，人民法院将不予支持。

03

约定管辖和诉讼保全

离婚案件不适用约定管辖，请注意一般规定、特别规定及涉外管辖的规定。

要点 1:

离婚案件原则上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。

特别规定：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。夫妻双方离开住所地超过一年，一方起诉离婚的案件，由被告经常居住地人民法院管辖;没有经常居住地的，由原告起诉时被告居住地人民法院管辖。

此外，对以下四类特定人群提起离婚诉讼，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，由原告经常居住地人民法院管辖:

- 1. 不在中华人民共和国领域内居住的人;
- 2. 下落不明或者宣告失踪的人;
- 3. 被采取强制性教育措施的人;
- 4. 被监禁的人。

要点 2:

中国公民离婚涉外管辖的规定:中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼，国内一方住所地人民法院都有权管辖。国外一方在居住国法院起诉，国内一方向人民法院起诉的，受诉人民法院有权管辖。

中国公民双方在国外但未定居，一方向人民法院起诉离婚的，应由原告或者被告住所地人民法院管辖。

关于华侨起诉离婚的规定：在国内结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由婚姻缔结地或者一方在国内的最后居住地人民法院管辖。

在国外结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由一方原住所地或者在国内的最后居住地人民法院管辖。

要点 3:

如需申请财产保全措施，请勾选申请诉讼保全，同时另行提交财产保全申请书、明确的被保

全财产信息或具体的被保全财产线索以及为财产保全提供担保的财产信息或资信证明等。

约定管辖和诉讼保全

1.有无仲裁，法院管辖约定

有☐ 合同条款及内容：
无☐

2.是否申请财产保全措施

已经诉前保全：是☐ 保全法院： 保全时间：
否☐
申请诉讼保全：是☐
否☐

04

事实和理由

该部分为原告提出诉讼请求的重要依据，包括事实依据、法律依据以及证据，即用以证明自己各项主张是否合法、合理的各类材料。

要点 1：

事实依据方面，示范文本根据离婚纠纷诉请内容细化了八项内容，当事人逐项如实填写即可。

要点 2：

“诉请依据”一栏主要填写原告各项诉请所依据的法律及司法解释的规定。法院处理离婚纠纷的法律依据主要是《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编，以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》《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）》的相关规定。当事人可以仔细阅读，寻找相关依据。

要点 3：

请按照证明目的分类提交证据材料，当事人提交的证据材料通常有以下四类。

第一类：当事人身份证明材料，包括身份证的复印件、户口簿的复印件，或是公安机关出具的户籍信息。若委托诉讼代理人，委托律师的请提交律师执业证复印件、律师事务所函、授权委

托书；委托公民代理的请提交该受托人的身份证、受托人与委托人的身份关系证明材料。

第二类：证明婚姻关系、财产情况等事实证据材料，主要包括结婚证、婚姻登记机关出具的婚姻登记内档材料等；若有未成年子女，需提交未成年子女的出生证、独生子女证或者其他能够证明父母子女关系的证明材料；夫妻双方感情破裂的相关证据，如证明双方分居、发生矛盾冲突、相对方存在过错等各项证据；夫妻双方共同财产，需提交财产清单；若有房屋需要分割，则提交房屋的房地产权证、不动产权证或者不动产登记部门出具的不动产登记信息等；若有车辆需要分割，提交车辆的所有权证明；其他财产需要分割，亦应提交财产的权属证明；夫妻双方有共同债务，需提交债务情况的相关证据。

第三类：确定管辖权的证明材料，若被告户籍在本区，需提交被告户籍证明，例如：户口簿、人口信息卡、户籍摘抄等；若被告户籍不在本区，需提交被告居住证、居住证明、房屋租赁合同等，以证明原告提起诉讼时被告已在该地连续居住满一年以上；若存在以原告住所地或经常居住地确定管辖的情形，请提交相应证据予以佐证。

第四类：涉外案件材料的认证及翻译，若为非《取消外国公文书认证要求的公约》（以下简称《海牙公约》）缔约国，则两国间（我国系《海牙公约》缔约国）公文书流转仍然需“双认证”（外交认证+使领馆认证）；若均为《海牙公约》缔约

国，则两国间公文书流转不再需“双认证”（外交认证+使领馆认证），改为“一步式”附加证明书模式，无需再通过我国驻外使领馆认证；若当事人向人民法院提交的书面材料是外文的，应当同时向人民法院提交中文翻译件。

填写完毕后，起诉人需在具状人一栏签署姓名及日期。

Part 02.

离婚纠纷的答辩状填写指南

离婚纠纷案件的答辩人在填写答辩状时，除当事人信息的填写要求与前述起诉状填写指南一致外，需特别注意以下两点：

要点 1：

填写“答辩事项和依据”时需对应原告提出的每一项诉讼请求逐项进行答辩，逐项确认“有/无”异议，若选择“有”，则需对相应事项说明事实和理由。比如，若对解除婚姻关系有异议，应明确写明感情没有破裂等不同意离婚的理由。

要点 2：

被告应特别注意离婚损害赔偿请求的填写：无过错方作为被告，不同意离婚也不提起损害赔偿

请求的，可以就此单独提起诉讼；无过错方作为被告，一审时未提出损害赔偿请求，二审期间提出的，人民法院应当进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。双方当事人同意由第二审人民法院一并审理的，第二审人民法院可以一并裁判。

最后，特别提醒三点：

- 1. 填写之前应仔细阅读示范文本开头的填写说明和特别提示；
- 2. 填写之后不要忘记签名或盖章并据实填写落款日期；
- 3. 如有其他需要说明的内容或证据清单，可另行附页说明。

本期讲解到此为止，如您在填写过程中遇到任何问题或困难，可来法院诉讼服务中心现场咨询。欢迎您使用示范“两状”！

目前，您可以通过以下渠道下载或者获取民事诉讼示范文本：

- 1、微信小程序人民法院在线服务-定制功能-文书模板-辅助工具-文书模板；（一键直达）
- 2、微信小程序多元调解-在线服务-示范文本；（一键直达）
- 3、徐汇法院诉讼服务中心现场亦有提供。



立案大厅入口处提供纸质版示范文本



立案大厅诉状一体机可现场填写、打印、扫码下载

本期作者



张光艳

徐汇法院立案庭

三级法官

- 曾获公务员年度考核优秀
- 办理的案件曾获评 2021 年度上海法院十大涉民生典型案例

来源：立案庭

文字：张光艳

编辑：何忠婷

案例库参考使用典型案例（三）张某明、周某诉张某、王某民间借贷纠纷案

2025-06-09 内蒙古自治区高级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/ioL-k40LBXt3M57BS-0-8w>

编者按

习近平总书记强调，一个案例胜过一打文件。案例是更高层次的审判，人民法院案例库具有促进统一法律适用、助推矛盾纠纷源头化解、融合提升法官司法能力的重要功能。全区法院坚持抓实抓细司法案例工作，自人民法院案例库上线以来，全区法院共有超过 1 万件案件在裁判过程中参考了入库案例，法官普遍反映案例库已成为工作的“好帮手”，人民法院案例库的工作成效已逐步显现。

自治区高院全面梳理辖区内入库案例参考使用情况，经研究决定发布一批在人民法院案例库应用过程中较为典型的案例，它们有的以调解促和解，高效解决类案纠纷；有的以息诉化矛盾，促成当事人撤回起诉、上诉；有的以学习提理念，做到高质效办案。应用案例库典型案例的发布旨在

引导全区法院广大法官和办案人员切实提升问题意识、案例意识，充分参考运用入库案例，进一步统一法律适用，尽最大努力消除“同案不同判”，促进矛盾纠纷实质性化解，助力全区法院工作高质量发展。

张某明、周某诉张某、王某民间借贷

纠纷案

——参考案例库案例，一揽子实质性解决

3 起关联纠纷



案例主要编写人

呼伦贝尔市中级人民法院

未成年人案件综合审判庭 一级法官 门金鸽

裁判过程及结果

2022 年，张某与王某结婚，婚后双方因性格不合等原因经常发生矛盾冲突。2024 年 4 月，双方酒后因琐事争吵，丈夫王某持刀砍伤妻子张某，张某伤情被评定为轻伤二级，法院以故意伤害罪判处王某有期徒刑一年，双方于 2024 年诉讼离婚。离婚后，男女双方父母分别对二人提起诉讼，分别要求二人返还房屋、借款。一审法院经审理依法驳回上述两起案件的诉讼请求。双方父母不服一审判决，上诉至呼伦贝尔市中级人民法院。

二审承办法官通过检索人民法院案例库，发现入库案例“李某恩等诉刘某奇等机动车交通事故责任纠纷案（入库编号：2024-07-6-374-002）”办案思路及方法可应用到本案。该案例的裁判要

旨明确：一个事故衍生出多个涉诉纠纷的情况较为常见，对于此类案件，人民法院应当秉持“如我在诉”意识，通过联合调解的方式一揽子化解关联案外纠纷，实现一次性、实质性化解纠纷。受到该案例启发，承办法官发现上述两起案件虽然法律关系不同，但起因均为张某与王某离婚时未对夫妻共同财产进行分割，经承办法官实质化解双方矛盾纠纷，张某与王某最终达成关于财产分配的调解协议，男方父母要求返还房屋、女方父母索要借款、离婚后财产纠纷等三起民事纠纷一并解决，双方父母撤回上述两起案件的起诉。

典型意义

家事无小事，因家事纠纷衍生的关联案件，一旦处理不善，不仅会给双方带来经济困扰和情感创伤，还可能引发社会矛盾。本案中，双方当事人对立情绪严重，尤其是对于财产分割分歧较大，如果无法妥善处理，可能会导致矛盾冲突升级。法官以“如我在诉”的共情力抽丝剥茧，通过深入了解案件背景和当事人的真实诉求，运用“穿透式”审判思维，挖掘关联案件关键事实，最终促成双方达成调解协议，实现关联案件“一揽子”解决。

本案应用入库案例“一揽子化解关联纠纷、实质性化解纠纷”办案思路，实质性化解三起关联案件，生动展现了入库案例不仅为法官办理疑难案件提供权威参考，还为法官办理案件提供创新性办案思路和方法，解“法结”化“心结”，达到“双赢多赢共赢”的良好效果，使司法资源得到合理的配置和利用，让人民群众感受到公平正义就在身边。

来源：研究室

编辑：包林

一起让爱归巢的跨国调解

2025-06-10 人民法院报 吴泽宇

https://rmfyb.chinacourt.org/content/202506/10/article_978734_1391149946_6085474.html

□吴泽宇



海南省海口市秀英区人民法院法官刘琼（中）等接受当事人赠予的锦旗。

田诗默 摄

繁忙的清晨，海南省海口市秀英区人民法院民庭法官刘琼接到了一通电话。“刘法官，本案我已经向新加坡家事法院对原告提起了抚养费纠纷之诉，申请中止审理本案，既然原告如此无情，我要跟他打到底！”电话里，龚某的声音透露出满满的愤懑。

安抚了当事人的情绪，了解到新加坡家事法院诉讼的相关情况后，刘琼挂断电话，陷入沉思。再次翻阅桌上厚厚的家事纠纷案卷，双方当事人提交的各项证据繁杂，如数百页的微信聊天记录，字里行间皆是生活的破碎与无奈。看着窗外的蝴蝶，刘琼陷入了沉思。蝴蝶效应众所周知，民生案件多为家长里短的“小案”，这些“小案”如一只只力量微小的蝴蝶，“小案”作用的发挥亦如“蝴蝶振翅”。

这是一起涉外离婚纠纷。2014年，王某与龚某在亲友祝福中结为夫妻，孩子的诞生给他们增添许多欢乐。2016年，王某为了生计赴新加坡工作。随后的几年里，视频通话替代了真实的拥抱，争吵也取代了昔日的温情。2024年11月，远在新加坡的王某第二次向秀英区法院提起离婚诉讼，龚某则在新加坡提起抚养费纠纷之诉，并向秀英区法院提出中止审理申请，一场家庭纷争就此掀起。

刘琼通过充分阅卷，多次电话沟通，及时关注新加坡家事法院案件审理进度，得知双方当事人曾在新加坡多次发生冲突报警，新加坡家事法院经三次强制调解均未达到当事人合意且二人分歧较大。

这起涉外纠纷矛盾尖锐，即使通过判决离婚，涉外析产诉讼、涉外抚养费的执行、家庭关系的弥合等都是难题，该案件不能机械地推进程序，而是要通过充分共情，接纳双方的情绪，方能探寻到真正解决问题的办法。法结要解，心结更要解，穿过愤怒、矛盾尖锐的双方当事人，刘琼静心凝思，仿佛看到了一个小小的身影，是那么的无辜、无措……经过考量，法院未同意龚某中止审理的申请，案件按原定时间开庭。庭审前，刘琼告知龚某带孩子、陪伴孩子较多的外祖父母一起来。

庭审当天，气氛紧张得让人窒息。双方情绪激动，互相指责，每一句话都裹挟着多年的积怨。

“法官阿姨，我很久没有见到爸爸了，我只想让他陪陪我。”孩子在进行庭前心理疏导时，眼中满是期待。

法槌音落，王某和龚某一言不发，彼此别过脸去。“你们就这么不想看见彼此吗？”刘琼率先

打破沉默，“孩子呢？他在这场争执里失去了什么？”她的话让两人都低下了头。“王先生，孩子很爱你，也理解你的辛苦，但他更希望你能多陪陪他。”王某听到孩子的心声，动容地流下眼泪，缓和片刻后轻声说：“我也想多陪陪他，可工作实在走不开，孩子正是需要精细化培养的时候，很多地方都需要钱，我只能努力工作，在物质上尽量弥补他。”

“王先生，虽然离婚是你的坚持，但孩子的抚养权、探望权和相处时间，我们都可以好好商量，找到对孩子最好的方案。”王某沉默片刻，点头答应：“我愿意试试。”“再试试吧，为了孩子，也为了你们曾经的感情。”接下来的日子，刘琼不停地在双方之间沟通协调。电话打了无数个，方案改了一次又一次。终于，在刘琼和承办团队的努力下，在开庭两周后双方达成了调解协议，

龚某撤回了在新加坡的起诉，王某迅速履行调解协议中的各项义务。

“刘法官，谢谢您！孩子他爸已经履行了调解协议，重要的是孩子和他爸这段时间相处得很开心，我这边的话，已经撤回了新加坡的诉讼。”龚某专程来到法院并送来锦旗，眼眶泛红，满是感激。“法官阿姨，爸爸不是不要我了，他只是工作有点忙。”回访电话那头，孩子的声音稚嫩而轻快，和以往不同的是，这一次，他很开心。

“小案”带有司法温度，更渗透着基层法官的司法温情。在跨国纠纷面前，法官以耐心为舟，以智慧为帆，以爱为灯塔，为当事人校准人生方向，让破碎的家庭关系尽量弥合。这不仅彰显了中国法官的专业素养，更让世界目睹了中国司法蕴含的脉脉温情，让爱跨越山海，归巢栖息。

赡养纠纷类案件的审理思路和裁判要点 | 类案裁判方法

原创：2025-06-09 上海一中法院 蒋庆琨 严晓岸

https://mp.weixin.qq.com/s/sr8IU6n_E02m9wTvcQIYTQ

编者按

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



蒋庆琨

JIANG QINGKUN

未家庭

涉少纠纷审判团队

协助负责人

三级高级法官

法学硕士



严晓岸

YAN XIAOAN

未家庭

三级法官助理

法学硕士

扫描下方二维码，购买图书



赡养是指成年子女对父母在经济上供养、生活上照料、精神上慰藉。赡养纠纷是指赡养人与被赡养人因赡养问题而引发矛盾的案件，此类案件涉及法律关系较多，人民法院需对当事人的主体资格、赡养主张、赡养能力以及赡养协议等进行审查，依法确定相关的权利与义务。审理此类案件时，不仅要遵守相关法律法规，也要从维护家庭和谐、社会稳定、善良风俗等多方面进行考虑从而妥善处理。现结合典型案例，对此类案件的审理思路和裁判要点进行梳理、提炼和总结。

目录

- 01 典型案例
- 02 赡养纠纷类案件的审理难点
- 03 赡养纠纷类案件的审理思路和裁判要点
- 04 其他需要说明的问题



典型案例

案例一：涉及赡养义务人的认定

张某与王某原系夫妻，婚姻关系存续期间生育一子王某某、一女张某某。1980 年，双方诉讼离婚，法院判决张某某由张某抚养、王某某由王某抚养。2021 年，张某与王某某因故产生矛盾，在张某独居期间王某某未对张某进行探望、照料，也未支付赡养费用。为此，张某将王某某诉至法院，要求王某某履行赡养义务。

案例二：涉及赡养协议的审查

陈某与范某育有二子范某甲、范某乙及一女范某丙。1994 年，依照当地习俗，经父母同意，范某甲、范某乙签订赡养协议，约定范某由范某甲赡养、陈某由范某乙赡养，范某甲、范某乙分别不再负担陈某、范某的赡养义务。陈某与范某丙感情较好，自 2015 年起同住。在范某去世，范某

乙提出接回陈某遭拒后，范某乙停止向陈某支付赡养费用。陈某诉至法院，要求范某甲、范某乙共同支付赡养费用。

案例三：涉及赡养费用的确定

杨某育有杨甲、杨乙二子。杨某已退休，退休金 2,000 余元，独自居住于自有房屋中。某日杨某因病就医，扣除商业保险报销部分后，另花费医疗费 10,000 余元。因二子平日未对其探望，也未承担过医疗费用，杨某将杨甲、杨乙诉至法院，要求二子共同承担其医疗费用 10,000 余元，并每月共同支付赡养费 5,000 元、医疗费 6,000 元。

案例四：涉及赡养义务的负担

李某与沈某育有沈甲、沈乙二子。沈甲、沈乙各自成家后，因沈乙身患疾病生活不便，李某、沈某搬至沈乙处与其共同生活，沈乙及其家人对父母二人履行了主要的赡养义务。沈甲多年来未向父母支付赡养费用，日常也较少探望照料父母。李某去世后，沈乙将沈甲诉至法院，要求沈甲分担历年来沈乙为母亲李某所支出的赡养费用。



赡养纠纷类案件的审理难点

（一）赡养义务人认定难

根据《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 1067 条的规定，成年子女对父母有赡养的义务，系法定的赡养义务人。其中，“子女”包括婚生子女、非婚生子女、形成抚养关系的继子女、养子女等，因此赡养义务人的认定还涉及到婚姻、抚养、收养等多种法律关系。同时，根据《中华人民共和国老年人权益保障法》（以下简称《老年人权益保障法》）第 14 条的规定，赡养人还包括“其他依法负有赡养义务的人”，如

何准确把握上述规定涉及的人员范围，在事实查明与法律适用方面存在一定难度。

（二）赡养相关协议审查难

《老年人权益保障法》第 20 条对赡养协议作出了明确的要求，即“经老年人同意，赡养人之间可以就履行赡养义务签订协议。赡养协议的内容不得违反法律的规定和老年人的意愿”。但实践中，不乏老年人与赡养人以外的人订立名为“赡养协议”但实属其他协议的情况。因此，如何准确识别相应法律关系，确定赡养相关的权利义务，是审理涉赡养纠纷的难点。

（三）赡养费用标准确定难

在确定赡养费用时，应综合被赡养人生活困难的程度和赡养人的赡养能力进行判断，确定适当的赡养费用。但不同案件中当事人的赡养需求、赡养能力以及相关约定的履行情况等各不相同，如何在赡养需求与赡养能力之间进行平衡，确定合理的赡养费用，在司法裁量过程中较难以准确把握。

（四）赡养利益权衡难

赡养义务系法定义务，赡养人不得附条件，也不得放弃。赡养义务的履行不仅包括给付赡养费用，也包括其他方式，需结合多方面因素综合确定。在存在多个赡养人的情况下，还需对赡养义务的承担进行合理分配。但现行法规未明确多个赡养人之间如何分担赡养义务、已经履行主要或全部赡养义务的赡养人是否享有向其他赡养人追索的权利等问题。如何平衡赡养纠纷中的各方利益，系此类案件审理中需重点关注的问题。



赡养纠纷类案件的 审理思路和裁判要点

赡养纠纷作为家庭成员之间的纠纷，因当事人之间存在特殊的血缘、亲情关系，人民法院审理时应以维护家庭关系的和谐稳定为核心，促进全社会树立和谐、健康的家庭观念，切实发挥司法对社会风尚的价值与功能的引领作用。

具体到案件的审理中，**首先**，审查被赡养人主张的赡养义务人是否符合主体资格。**其次**，审查被赡养人提出的赡养主张是否具有法律依据。**再次**，对当事人之间是否存在赡养相关协议及其约定内容进行审查。**最后**，综合赡养主张及赡养能力等因素，合理确定当事人的权利义务。

赡养纠纷类案件的审理思路

审查赡养义务人的主体资格

审查赡养主张是否具有法律依据

审查赡养协议及相关约定

综合赡养主张、赡养能力等因素确定赡养权利义务

（一）赡养义务人的审查

1 子女

根据《民法典》第 1067 条、第 1069 条以及《老年人权益保障法》第 14 条的规定，承担赡养义务的主体应是有独立生活能力的成年子女。子女对父母的赡养义务，并不因父母婚姻关系的变化而终止，不能以父母离婚时确定的抚养权归属来判断子女对另外一方是否承担相应赡养义务。

案例一中

虽然法院生效判决确定父母离婚后王某某由王某抚养，但张某对王某某并不存在遗弃或其他不履行抚养义务的情形。王某某以张某与其无母子感情为由主张不应支付赡养费，缺乏依据。王某某仍是张某的法定赡养人，应依法履行赡养义务。

“子女”包括婚生子女以及非婚生子女、养子女、形成抚养关系的继子女（以下简称继子女）。其中，非婚生子女与婚生子女法律地位相同，依法应当对父母承担与婚生子女相同的赡养义务。而养子女、继子女对养父母、继父母是否具有赡养义务，还需要结合收养、抚养关系作进一步判断：

① 养子女。根据《民法典》第 1111 条的规定，自收养关系成立之日起，养父母与养子女之间的权利义务关系适用《民法典》关于父母子女关系的规定。故收养关系成立后，养子女是养父母当然的赡养义务人。但收养关系依法解除后，养子女对养父母也不再负有法定的赡养义务。需要注意的是，根据《民法典》第 1118 条的规定，收养关系解除后，若养父母缺乏劳动能力及生活来源，经养父母抚养的成年养子女应当给付其生活费，但此种给付生活费的义务并非法定的赡养义务范畴。

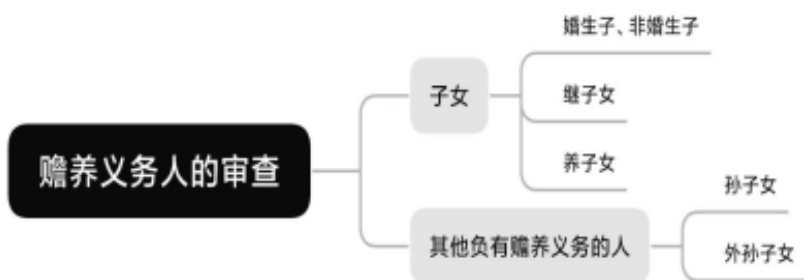
② 继子女。根据《民法典》第 1072 条的规定，形成抚养关系的继父母和继子女之间的权利义务关系适用《民法典》关于父母子女关系的规定，故与继父母形成抚养关系的继子女也是当然的赡养义务人。另，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（二）》第 19 条的规定，生父与继母或者生母与继父离婚后，继父母和曾受其抚养教育的继子女之间的权利义务关系不再适用《民法典》关于父母子女关系规定，但继父母与继子女存在依法成立的收养关系或者继子女仍与继父母共同生活的除外。继父母子女关系解除后，缺乏劳动能力及生活来源

的继父母请求曾受其抚养教育的成年继子女给付生活费的，可以综合考虑抚养教育情况、成年继子女负担能力等因素，依法予以支持，但是继父母曾存在虐待、遗弃继子女等情况的除外。

2 其他负有法定赡养义务的人

根据《民法典》第 1074 条的规定，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。根据上述规定，孙子女、外孙子女即属于“其他负有赡养义务的人”。子女对父母的赡养顺位优先于孙子女、外孙子女，只有在被赡养人的子女已经死亡或者无力赡养且孙子女、外孙子女有负担能力时，孙子女、外孙子女才对祖父母、外祖父母负有赡养义务。



另需特别指出的是，在司法实践中，被赡养人主张由女婿、儿媳承担赡养义务的情况也较为常见。然而，女婿、儿媳作为赡养人的配偶，并不属于“其他负有赡养义务的人”。根据《老年人权益保障法》第 14 条的规定，赡养人的配偶应当协助赡养人履行赡养义务。故赡养人的配偶仅负有协助赡养人履行赡养义务的义务，而并非负有法定的赡养义务。儿媳、女婿丧偶之后，若其主动履行了对公婆、岳父母的主要赡养义务，根据《民法典》第 1129 条的规定，在公婆、岳父母去世时，儿媳、女婿有权作为第一顺位继承人参与继承。

（二）赡养主张的审查

1 经济供养

经济供养是指对被赡养人在物质和金钱方面的供给，用以保障被赡养人的物质生活条件，满足被赡养人的日常生活需求，一般包括赡养费、医疗费、护理费等。审理时应注意审查：一是该类费用是否与赡养有关，是否用于满足被赡养人日常生活起居。二是要对能以其他方式补偿的部分予以剔除，如医疗保险报销部分、第三人责任填补部分等。

2 生活照料

生活照料是指对被赡养人的生活起居，包括居住、饮食、出行等方面的策划、安排与照顾。审理时需要注意判断被赡养人是否存在生活起居方面的现实困难，是否已经达到生活不能自理的程度。同时也应考察赡养人是否有能力与条件履行照料义务。赡养人不能亲自照料的，可以按被赡养人的意愿委托他人或养老机构照料。

3 精神慰藉

赡养人应履行对被赡养人精神上慰藉的义务，主要包括看望、关怀等。对于被赡养人主张看望等精神慰藉的赡养方式，审查时应重点考察以下几个方面：

一是被赡养人是否具有现实的看望需求。部分被赡养人提起精神赡养的诉请，其目的不是获得精神赡养，而是在于财产分配等其他争议。故在审查该项主张时，应注重审查被赡养人提起精神赡养的原因及履行方式，明确其真实诉请，以便及时确定实质争议焦点。

二是赡养人过往未积极履行精神赡养义务的情况。是否达到使得被赡养人感受不到尊重和关爱、心灵得不到慰藉、对子女的期望得不到回馈的程度。

三是赡养人是否具有实际的负担能力。包括赡养人的年龄、自身行动能力等是否能满足履行精神慰藉义务的能力。

（三）涉赡养相关协议的审查

1 赡养协议

首先，应就协议签订方的主体资格进行审查。根据《老年人权益保障法》第 20 条的规定，赡养协议的签订双方应限定为赡养人与被赡养人。

其次，应当审查该协议是否经被赡养人同意。因赡养协议系赡养人与被赡养人对赡养事宜的安排，赡养人不得单方擅自就此作出决定。司法实践中，对“经被赡养人同意”的认定一般采取较为宽泛的认定标准，即除被赡养人直接在赡养协议上签字等明示同意外，若能从协议签订或者履行过程中合理推断出被赡养人已同意，亦应认定为符合赡养协议“经被赡养人同意”的条件。

最后，审查协议内容是否合法。实践中较为常见的情形是个别赡养人以在赡养协议中已约定免除其赡养义务为由，拒绝履行义务。但赡养义务是具有强制性的法定义务，不得以约定方式予以免除，故该类约定应属无效。

当事人订立的赡养协议，通常系根据被赡养人当时的需求和意愿所作出。但若后续相关情况发生变化，之前的协议已经不能满足被赡养人的需求的，被赡养人可以要求变更、解除赡养协议。在各方未能达成新的赡养协议前，则赡养人应依法、依约履行各自的法定赡养义务。

2 其他涉赡养相关协议

赡养义务系专属于赡养人对被赡养人的义务，该义务依附于赡养人，系身份义务，不得通过协议方式进行免除。实践中，存在当事人之间签订“分别赡养协议”或“分家协议”等协议并就赡养事宜作出约定的情况。

“分别赡养协议”一般是各赡养人之间订立的由一方赡养父亲，另一方赡养母亲的赡养协议，多系民间习俗。如前所述，子女对父母的赡养

义务系法律强制性规定，在协议中约定免除某个赡养人的部分或全部义务的约定应属无效，赡养人不得以存在相关约定为由拒绝履行法定赡养义务。

案例二中

范某甲、范某乙签订的赡养协议即属于“分别赡养协议”。范某甲、范某乙约定不承担某一方父母赡养义务的条款，应属无效。该协议虽约定范某由范某甲赡养、陈某由范某乙赡养，但在陈某不愿意依据赡养协议与范某乙同住，需要范某甲、范某乙承担赡养费时，范某甲、范某乙以陈某违反协议约定为由拒绝履行赡养义务，违反了子女对父母负有法定赡养义务的规定，故陈某有权要求范某甲、范某乙给付赡养费用。

（四）赡养义务的承担

1 赡养费用的确定

赡养费用原则上应能满足被赡养人的生活、居住、医疗等方面的需求，尽可能保障被赡养人的生活质量。赡养费用的确定应从被赡养人的年龄、健康状况、收入支出状况、劳动能力以及当地生活消费水平等进行考察。还应结合赡养人的赡养能力，即其收入状况、劳动能力、赡养负担情况等予以综合考虑，确定赡养人应承担的赡养费用。赡养费的支付方式可根据双方具体的情况而定，**有固定收入的**，可按月或定期给付现金；**无收入或无固定收入的**，可按期给付现金或实物。

案例三中

杨某退休金每月 2,000 余元，在其未举证证明自身有长期、固定医疗开销支出的情况下，要求赡养人每月支付医疗费 6,000 元的请求并无切实依据。杨某主张的医疗费用应以实际支出为准，且应当扣除医保报销的部分，故其已实际支出的 10,000 余元依法可由赡养人承担。对于其要求赡养人每月支付 5,000 元赡养费的请求，因其未举证明自身每月收入不足以覆盖每月固定开销，

且该金额已超出其居住地一般情况下居民基本生活所需，亦应酌情予以调低。

2 生活照料义务的确定

司法实践中，被赡养人对生活照料方面的主张普遍集中于居住保障，即要求赡养人满足其一定的居住需求，包括直接提供住房、分担租房费用等。针对该类主张，首先应当判断被赡养人此类主张的合理性、必要性，应对其个人状况（年龄、收入、同住情况等）以及居住条件，即房屋面积、环境（装潢、家具配备等）、楼层（电梯、楼梯等）、位置（地段、交通、配套设施、与子女的距离等）在内的多方面因素进行考察，并结合赡养人的负担能力予以综合判断。在赡养人条件允许的情况下，应尽可能满足被赡养人基本居住需求以及合理适当的改善需求，更好维护被赡养人的合法权益。

3 多个赡养人各自赡养义务的承担

赡养纠纷中涉及多个赡养人时，应考虑被赡养人的身体情况、日常生活水平、当地消费水平，以及各赡养人不同的经济条件、家庭状况、工作情况等，综合酌定赡养义务的分担。

案例四中

沈乙以其负担了母亲李某生病期间的各项支出为由，要求沈甲分担母亲历年来赡养费用。但履行赡养义务的行为方式多样，不仅包括经济上的供养，还包括生活上的照料和精神上的慰藉等多种形式，不能仅仅以金钱支出的多少作为衡量依据。且现行法规未明确赋予已经履行主要或全部赡养义务的子女享有向其他履行赡养义务较少或未履行赡养义务的子女追索费用的权利，故沈乙要求沈甲分担母亲李某赡养费用的主张于法无据，不予支持。但因沈乙长期与李某共同生活、承担主要赡养义务，依据《民法典》第 1130 条，在继承分配李某遗产时，可依法予以多分。

4 委托赡养情形下赡养义务的承担

根据《老年人权益保障法》第 15 条的规定，对生活不能自理的老年人，赡养人应当承担照料

责任；不能亲自照料的，可以按照老年人的意愿委托他人或者养老机构等照料。在委托赡养情形下，实践中较为常见的是以下两方面问题：一是赡养人已通过委托赡养方式对被赡养人进行赡养，赡养人是否还负有赡养义务。二是被赡养人拒绝居家养老而选择委托赡养，赡养人是否应当承担相应费用。

对此，如被赡养人已通过委托赡养方式进行赡养，赡养人依然依法负有赡养义务，但其具体承担赡养义务的方式及范围，应根据委托赡养的具体状况予以确定。在通过委托赡养仍不能满足被赡养人全部合理赡养需求的情况下，赡养人仍应承担其自身法定的赡养义务，但仅需就委托赡养未能满足的其余部分履行赡养义务。对于被赡养人拒绝居家养老而选择委托赡养方式，主张赡养人承担或分摊相关费用的主张，应综合被赡养人的年龄、生活及医疗需要、子女数量，赡养人的收入、赡养能力等因素予以考量。在充分考虑实际需求、经济状况及是否存在替代方案等因素的前提下，对于被赡养人自身可负担部分的费用扣除后，剩余部分可确定由赡养人进行负担。



其他需要说明的问题

本文讨论的涉赡养相关协议系基于赡养法律关系而订立的合同，但如前所述，司法实践中当事人在赡养类纠纷中以名为“赡养协议”但实为遗赠扶养协议、赠与协议等协议主张赡养权利义务关系的情况也较为常见，此类协议因属其他法律关系而不宜在“涉赡养相关协议的审查”一节进行讨论，为全面总结赡养纠纷类案件审理要点，故在本章节对相关情况作简要总结。

被赡养人与他人签订涉及赡养的协议应根据签订主体、协议内容等对其性质进行判断，在审理时需要注意审查签订主体的身份以及财产转移

的时间等事项。如被赡养人与其继承人以外的主体签订，该主体承担被赡养人生养死葬义务并享有受遗赠权利的，即为遗赠扶养协议。再如协议涉及的相关财产在被赡养人生前就已转移所有权，已不存在“受遗赠的权利”，则可能属于附条件的赠与协议。

在上述协议同时约定了涉及赡养内容的情况下，法定赡养义务与约定赡养义务的关系需分情况加以讨论：

① 若协议相对方为法定赡养人，且系唯一的法定赡养人，则可认定双方已就赡养事宜达成协议，该法定赡养人应按照约定履行赡养义务。若约定的赡养义务低于法定标准，仍应按法定标准履行；若前述人员并非唯一的法定赡养人，则

其余未签订协议的法定赡养人仍负有法定赡养义务，不可因被赡养人已订立相关协议为由拒绝履行赡养义务。但在确定未签订协议的法定赡养人具体承担的赡养义务时，可结合其他已签订协议的法定赡养人的义务实际履行情况等予以合理认定。

② 若协议相对方并非为法定赡养人，其扶养、照顾义务系基于合同约定而产生，法定赡养人对被赡养人的赡养义务并不因此免除。但在确定法定赡养人具体承担的赡养义务时，可结合扶养人、受赠人对被赡养人的扶养、照顾程度等予以合理认定。

文稿编校：丁杏文

值班编辑：郭葭

离婚时不如实申报夫妻共同财产？法院：依法少分！

原创：2025-06-19 上海高院

https://mp.weixin.qq.com/s/cd_XeayjJ1lscNLZf85mw

离婚诉讼中，
部分当事人意图通过少申报、
不申报夫妻共同财产的方式，
阻挠对方获知己方名下财产情况，
以此达到将财产少分给对方的目的。

然而，如此不诚信的行为
不仅拖延诉讼程序，
增加诉讼成本，
还会让自己面临
少分或者不分财产的法律后果。

近日，上海市长宁区人民法院（以下简称长宁区人民法院）审结一起离婚案件，当事人鲍先生不作如实申报，最终被判决对于隐藏、转移部分依法少分，可谓“偷鸡不成蚀把米”。

案情回顾

鲍先生与朱女士诉讼离婚。为查明财产范围，长宁区人民法院向双方发送了夫妻共同财产申报令及申报表、保证书，告知未如实申报构成隐藏财产的需承担“少分或者不分”的法律后果。收到申报表后，双方填写并提交了表格，签署了保证书。

鲍先生填写的申报表上，除双方共有的一套外地房产外，只有两张银行卡，余额共计 6 万余元。经人民法院再三释明，鲍先生又向法庭提交了其名下微信、支付宝以及另外四张银行卡的明细。此后朱女士委托律师向人民法院申请调查令，调取她所了解的鲍先生其他财产情况。

经梳理调取的银行流水发现，鲍先生未主动申报的存款、理财产品等财产近 50 万元，此外，自双方感情不和分居开始的两年间，鲍先生名下多张银行卡存在大额 ATM 取现、转账、消费总计百万余元，其对钱款去向解释不清。

朱女士认为鲍先生存在隐藏、转移财产的行为，要求对鲍先生予以少分。



图片源自网络

人民法院裁判

长宁区人民法院经审理认为，法院发送夫妻共同财产申报令，要求双方如实申报自己名下的财产，并告知不如实申报构成隐藏夫妻共同财产的将承担少分或不分的法律后果，在此情况下，鲍先生仍未如实申报财产，已构成隐藏夫妻共同财产，应承担少分的后果。

而鲍先生对于异常的大额取现、消费、转账部分的解释，明显不符合常理，对关键细节均陈述“记不清”，经人民法院反复释明后仍不如实陈述，隐藏、转移财产的意图明显，对于该部分钱款亦应作为夫妻共同财产进行分割，且同样对鲍先生予以少分。

最终，人民法院在扣除鲍先生赡养父母、个人消费、偿还债务等合理部分之后，对其恶意隐藏、转移的财产，判决由鲍先生依法少分相应比例。

目前该案已生效。

法官说法



徐莉

长宁区人民法院
未成年人与家事案件综合审判庭
副庭长、一级法官



王夏迎

长宁区人民法院
未成年人与家事案件综合审判庭
二级法官助理

当婚姻关系走向终结，共同财产的分割往往成为焦点。由于夫妻家庭分工和财产掌控程度的差异，可能存在一方对家庭财产状况知之甚少的情况。在一方刻意隐藏、转移财产时，只有做到“清官明断家务事”，切实维护弱势方的合法权益，才能保障公平，强化社会对诚信原则的尊重和遵守。

一、落实财产申报制度是公正合理分割夫妻共同财产的重要途径

《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。

夫妻共同财产申报令是人民法院出具的责令离婚案件当事人在指定期间内如实申报全部夫妻共同财产的法律文书，是诚信原则在离婚诉讼中的具体体现。离婚诉讼中，夫妻共同财产的构成往往较为复杂，申报令落实了法定义务、规范了申报程序、明确了法律后果，有助于提高诉讼效率，避免一方对财产的知情权和分割权受到侵害，为公正合理地分割夫妻共同财产奠定了坚实基础，是保障诉讼公平的重要工具。

二、应当严肃、完整、准确、按时申报夫妻共同财产

申报夫妻共同财产是一项具有法律意义、需承担法律后果的诉讼行为，当事人收到人民法院发送的夫妻共同财产申报令及相关附件后，应仔细阅读文书内容，严格履行申报义务，切不能自说自话，随意申报。

申报范围为全部夫妻共同财产以及夫妻共同债权、债务，并应提交相关证明材料。若对财产性质心存疑问，应本着“应报尽报”的原则先予申

报，申报时可备注意见，人民法院将在审理中对财产性质加以认定。需注意的是，申报的财产不等同于请求人民法院处理的财产，不得以不要求处理某项财产为由不予申报，案件中所处理财产的范围，由人民法院根据双方当事人的主张以及财产的状况予以确定。

夫妻共同财产应在指定期限内完成申报，若确有困难无法在指定期限内完成申报的，应先将已收集的材料提交人民法院，并向人民法院说明理由、申请延长申报期，不得无故逾期申报或拒绝申报。

三、不如实申报将承担法律后果

无正当理由逾期拒不申报、遗漏申报或申报情况与事实不符的，均构成“不如实申报”。人民法院可据此推定当事人存在隐藏夫妻共同财产的情形，在分割夫妻共同财产时可对该方予以少分或者不分。离婚后，另一方发现有上述行为的，可以向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十三条规定，当事人应当就案件事实作真实、完整的陈述。因此，“不如实申报”行为亦可能构成虚假陈述，如对人民法院审理案件构成妨碍，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十四条的规定，人民法院可视情节予以罚款、拘留直至依法追究刑事责任。

夫妻共同财产申报制度倡导的是平等、诚信、公开的法律价值，它提醒着每一对夫妻，在婚姻生活中要尊重彼此的财产权益，无论双方在经济上存在何种差异，在财产管理和处分上应有平等的知情权和参与权。日常家庭生活中，夫妻之间应当坦诚相待，避免隐藏、转移财产等行为。

法律的天平不会倾斜，事实真相终将浮出水面，法院希望每一对夫妻尊重彼此、平等相对，用自身行动维护和谐的家庭伦理与社会风尚。

法条链接

一、《中华人民共和国民法典》

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

二、《中华人民共和国妇女权益保障法》

第六十七条 离婚诉讼期间，夫妻一方申请查询登记在对方名下财产状况且确因客观原因不能自行收集的，人民法院应当进行调查取证，有关部门和单位应当予以协助。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。

三、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（2019 年）

第六十三条 当事人应当就案件事实作真实、完整的陈述。

当事人的陈述与此前陈述不一致的，人民法院应当责令其说明理由，并结合当事人的诉讼能力、证据和案件具体情况进行审查认定。

当事人故意作虚假陈述妨碍人民法院审理的，人民法院应当根据情节，依照民事诉讼法第一百一十一条（现第一百一十四条）的规定进行处罚。

来源 | 上海市长宁区人民法院

高院供稿部门：未成年人与家事案件综合审判庭

文字：徐莉、王夏迎

责任编辑：郭燕

编辑：付欣宇

声明 | 转载请注明来自“上海高院”公众号

二、媒体典型案例

(一) 赠予案例

上海一孤老以房产换赡养，关系恶化后反悔啦！看看法院怎么判

2025-05-30 上海法治报

<https://mp.weixin.qq.com/s/tImtTG6H4L34JG1BooJUoQ>

上海一孤老以房产换赡养，关系恶化后反悔啦！ 看看法院怎么判

随着社会老龄化问题的日益严重
一些独居老人开启了“房产养老”模式
通过承诺将房产赠与他人
以换取对方的赡养承诺
但在实际操作过程中

这种做法却常常隐藏着法律隐患

日前，上海市普陀区人民法院处理了一起涉及赠与合同争议的案件，一位老人在将房产赠与子女后，认为子女未履行赡养责任，向法院提起诉讼，请求撤销赠与。

孤老以房产换昔日养女赡养

85 岁的邱老伯，曾经收养邱女士作为他的养女。然而，在 1992 年，他通过法律途径解除了这段收养关系。

2019 年，邱老伯主动联系了邱女士，希望她能照顾自己的晚年生活，作为交换，他承诺去世后将自己名下的房产赠与邱女士。同年 11 月，邱老伯购置了一套房产，并将房产登记在了邱女士的儿子宋先生和自己名下，宋先生拥有 99% 的产权，邱老伯一直居住在该处房产内。

2020 年 1 月和 2022 年 2 月，邱老伯两次签署书面协议，明确表示如果邱女士能为他养老送终，他将把房产份额遗赠给她。起初，邱女士经常

探望邱老伯，并为他购买生活必需品。但不久后，两人发生争执，邱老伯将邱女士的微信拉黑，并将她和宋先生诉至法院，要求撤销赠与并收回房产。

法庭上，双方都承认宋先生的份额是邱老伯的赠与，但对于赠与是否附带赡养条件存在分歧。邱女士坚称，邱老伯赠与房产是为了弥补自己，并未提出赡养作为条件。“如果必须赡养，我可能不会接受。”邱女士表示，因为邱老伯的想法经常改变，他过去也曾以类似方式赠与财产给其他亲戚，之后又反悔索回。

法院：很少履行赡养义务，撤销赠与

经过审理，法院考虑到邱老伯与邱女士解除收养关系已超过 20 年，其间双方几乎无任何交流，也未曾共同生活，更无相互赠与或照顾的行为。鉴于邱老伯年岁已高且无其他子女，他之前曾试图将房产赠与侄女以换取赡养，但遭到拒绝，因此才重新与邱女士取得联系，并采取了一系列合乎情理的行动。

法院认为，邱女士声称邱老伯赠与房屋是为补偿过去的亏欠，但这一说法缺乏确凿证据，难以令人信服。从双方签订的两份协议内容来看，邱老伯明确指出争议房屋是作为养老之用，邱女士对此显然知情，但她认为该约定仅限于邱老伯名下 1% 的产权，不合逻辑，也与邱老伯签订协议时表达的真实意愿不符。

“根据相关法律规定，如果受赠人严重侵害赠与人或其近亲属的合法权益、未履行对赠与人的扶养义务、或未履行赠与合同约定的义务，赠与人有权撤销赠与。”本案主审法官、普陀法院民事审判庭法官王盈说。

在本案中，邱老伯承认邱女士曾一度照顾过自己，但随着双方因日常琐事关系恶化、微信拉黑后，邱女士很少履行养老照顾义务。结合双方的陈述，法院对邱老伯要求撤销赠与的主张予以支持。

法官说法

“结合审判实践，老人要尽量细化协议内容，比如正常情况下一周来探望几次，每次多长时间等，并且约定好如果未按协议履行，老人可撤销赠与。同时，可采取公证的方式，将名下财产交给公证处托管，避免人财两空。”王盈表示，“此外，老人有时情绪多变，容易改主意，或者其他近亲属可能会对房产归属提出异议。受赠方为防止自己尽赡养义务后，未能按约定获得回报，也要在平时注意保留相关证据，比如探望老人的视频、为老人购买日用品的开销单据等等。”

见习记者 | 王葳然

编辑 | 王雅雯

三、继承

男孩父母双亡被亲属送往福利院，应得遗产如何追回？

2025-05-28 最高人民检察院

<https://mp.weixin.qq.com/s/8x6luQwHIyw0wsIu7u5WhA>

小明 3 岁时，母亲因病去世，之后小明一直由父亲抚养。2023 年 5 月，灾难再次降临，小明的父亲因脑出血经抢救无效过世。后来，小明被其他成年亲属送往儿童福利院，却没有得到应继承的遗产份额。

不到 10 岁的小明（化名）父母双亡，因亲属年迈或不愿抚养等原因，小明被送往儿童福利院，但是他的父亲去世后留下的遗产却在其他亲属处。近日，贵州省贵阳市南明区检察院通过履行民事支持起诉职能，帮助小明追回了应得的份额。

小明 3 岁时，母亲因病去世，之后小明一直由父亲抚养。2023 年 5 月，灾难再次降临，小明的父亲因脑出血经抢救无效过世。

小明的奶奶张某和外婆刘某年事已高，均无力抚养；姑姑黄某甲无工作，也没有经济来源；同父异母的哥哥黄某乙早已成年单独生活，双方无往来。父亲去世后，不到 10 岁的小明成了孤儿，无生活来源、无劳动能力、无法定抚养人，生活没有着落。姑姑黄某甲等人都作出了自愿放弃作为小明监护人的声明书，因家中没有其他有抚养意愿和抚养能力的适格抚养人，小明被送往贵阳某儿童福利院。

“小明的亲属占有了他应得的遗产，却不愿意抚养小明。”2024 年 5 月，南明区检察院接到有关部门的线索反映。

该院检察官刘玉经调查了解到，小明的父亲生前没有立遗嘱，按照民法典规定，其死亡后，继承人应按照法定继承的相关规定继承遗产。“财产调查、身份关系的确认是帮助小明追回被他人

占有的遗产的关键。”刘玉在参加多部门研判时，指出应该围绕上述两个重点问题进行调查核实。

经查，小明的父亲因病去世后，留下个人养老金、抚恤金和丧葬费共计 17 万余元。其中，抚恤金是给予死者家属及生前被抚养人的生活补助，丧葬费是用于安葬死者支出的费用，两项费用虽不是遗产，但抚恤金和丧葬费中安葬死者后的剩余部分，小明应参与分配。但是，黄某乙在收到上述款项后，仅将其中的 4000 元转给姑姑黄某甲，剩余大部分款项留给了自己和奶奶张某。2024 年 5 月，张某去世，其银行卡留在了黄某甲处。此外，小明的父亲还有 2 万余元公积金一直未领取。

刘玉经审查认为，小明被其他成年亲属送往儿童福利院，却没有得到应继承的遗产份额，本着“儿童利益最大化”原则，应当为其提供全面的司法保护。小明作为第一顺序继承人，应与张某、黄某乙共同继承其父亲留下的养老金和公积金，参与抚恤金和剩余丧葬费的分配。同时，由于小明父亲先于张某死亡，小明应和黄某甲、黄某乙共同继承张某留下的遗产。

对此，黄某甲表示，自己只是替小明保管这些钱，待小明成年后会将财产转交给他。“黄某甲作为小明的其他成年亲属，表示愿意帮助小明保管财物到成年，却不愿意抚养小明，小明的继承权实际上受到了侵害。”在征求小明及其所在儿童福利院负责人的意见后，南明区检察院决定支持起诉，帮助小明追回应得的遗产。

2024 年 9 月，小明以黄某甲、黄某乙为被告，向法院提起诉讼，请求依法继承遗产和分割抚恤

金、丧葬费等。南明区检察院同步向法院提交支持起诉意见书，依法助力小明维权。

2024 年 12 月，法院作出判决，小明继承其父亲留下的养老金、公积金及分配抚恤金等共计 7.5 万元。

“小明现在交由儿童福利院养育，花不了什么钱，而且他现在还小，也不能保管这么一大笔钱。为确保资金被用于小明未来的学习和生活，经与多部门协商，我们为小明建立了专属银行账户，待小明成年后再启用这笔钱。”刘玉介绍说。今年 3 月，小明应得的财产份额被划拨至专属银行账户中。



今年 4 月，贵州省贵阳市南明区检察院检察官对该案进行回访，向小明赠送了书籍、书包等学习用品。

同时，南明区检察院与相关职能部门对小明开展不定期回访，并根据小明的兴趣爱好赠送了书籍、书包等学习用品，为小明安排了心理疏导等帮扶。据儿童福利院反馈，小明目前状态不错，和其他小朋友相处融洽。

来源：检察日报

整理：丁艳红

编辑：王昱璇 刘畅

孤儿继承遗产“保卫战”

2025-06-15 法治日报

<http://h5epaper.legaldaily.com.cn/content/20250615/Article105003SR.htm>

□ 本报记者 王家梁

□ 本报见习记者 胡特旗

3 月 26 日，随着最后一笔执行款到账，贵州省贵阳市南明区 10 岁孤儿明明（化名）继承父亲遗产案画上圆满句号。贵阳市南明区法律援助中心横向联动，联合区检察院、区法院、区民政局、贵阳市儿童福利院，为明明追回遗产 75773.55 元，用法律为其成长之路护航。

2023 年 3 月，明明的父亲突发疾病离世，母亲早年去世，家中仅剩年迈多病的奶奶和无力抚养的姑姑。同年 8 月，经民政部门审批，明明被安置到贵阳市儿童福利院。2024 年 5 月，奶奶去世后，亲戚透露其父生前社保、公积金账户留有

遗产，但部分款项已被姑姑和同父异母的哥哥分走。因缺乏法律凭证，福利院向南明区法律援助中心求助，一场未成年人权益保卫战就此展开。

然而，因关键证据缺失，维权举步维艰。南明区法援中心迅速研判，指派律师介入调查。贵州观合律师事务所律师刘鑫辗转派出所、社保中心、公积金中心，查明其父社保退费 17 万余元、公积金账户余额 2.2 万余元。然而，奶奶的死亡证明因未销户无法开具，案件一度停滞。

关键时刻，南明区民政局主动协调，从花溪区调取丧葬证明；区检察院提供支持起诉，协调法院免收诉讼费并加快审理；福利院作为法定代理

人全程参与。四部门通力协作，仅用 20 余天就完成证据链闭环，于 2024 年 8 月正式立案。

2024 年 12 月 3 日，南明区法院判决：社保退费 66128 元及父亲公积金账户 9645.05 元归明明所有，诉讼费、保全费由其他亲属承担。为确保执行顺利，法院冻结涉案账户，福利院垫付保全费用。2025 年 3 月，7.5 万余元全额划入明明专属账户，待其成年后由其支配使用。

南明区检察院第六检察部主任刘玉坦言：“支持起诉不仅是职责，更是对未成年人保护的承诺。”本案中，福利院“提供线索”、法律援助“快速响应”、民政“跨区协查”、检察“支持

起诉”，四部门高效衔接、紧密配合，成为未成年人权益保护的生动范本。

“未成年人是国家的希望、民族的未来，此案体现了法治的温度与社会担当。”南明区法律援助中心负责人表示。自 2024 年 7 月以来，法律援助中心为涉未成年人案件提供免费法律咨询 300 余次；提供法律援助 251 次，其中刑事 245 次，民事 6 次，民事案件为未成年人挽损 20 余万元；统筹组织专项普法活动 5 次；统筹全区村（居）法律顾问开展涉未成年人普法宣传 120 余次，法治讲座 80 余次。明明的故事暂告段落，但多方织就的保护网仍在延伸，为更多“困境中的花朵”撑起一片法治蓝天。

编者按

未成年人是祖国的未来、民族的希望。人民法院高度重视对未成年人权益的司法保护工作，持续深化涉未成年人刑事、民事、行政案件综合审判改革，以最大限度消除影响未成年人身心健康的不利因素。

在“六一”国际儿童节来临之际，法治日报记者聚焦未成年人综合司法保护典型案例，奔赴办案一线调查采访，通过回顾案件办理，展现人民法院充分发挥审判职能作用，促推“六大保护”融合发力，促进未成年人健康成长的生动实践。

从 5 月 26 日起，法治日报法治经纬版在“好案例·法镜明”专栏中推出涉未成年人权益保护系列报道，敬请关注。

离婚后前夫继续骚扰伤害怎么办

湖州南浔法院发出人身安全保护令为离婚家庭筑牢“防护墙”



漫画/李晓军

“他总是堵在我们家门口，不让我上班，不让女儿上学，虽然离婚了，但我们的生活没有向好……”说起这事，刘娟娟（化名）一脸愁容，泪眼婆娑。离婚后，按照之前约定，前夫王鹏（化名）可以每周探望孩子一次，但是他总以探望为由，到家里大吵大闹，甚至砸门、威胁。

离婚后仍面临持续的骚扰、侵害，“家庭暴力”的阴影在受害人心中久久挥之不去，怎么办？

前不久，浙江省湖州市南浔区人民法院为刘娟娟及其女儿发出人身安全保护令，同时向不当

行使探望权的王鹏发出家庭教育指导令，并联合当地派出所、妇联、心理协会等共同帮助身心受损的母女俩渡过难关。

《法治日报》记者近日采访了本案的承办法官，详细了解案情始末。

离婚后能否申请保护令

“她说自己实在没有办法了，希望法院能帮帮她 and 女儿，我看得出来她很焦虑、很憔悴……”南浔法院未成年人案件综合审判庭庭长沙鋈是本案的承办法官，她回忆起第一次见到当事人刘娟娟的情景，仍然印象深刻。

刘娟娟向法院提交她和女儿的人身安全保护令申请书时，还提供了近百页证据材料：前夫王鹏在离婚后发送的几百条威胁信息、三次报警记录，以及女儿的心理咨询就诊记录。

接过厚厚一沓材料，沙鋈感受到了刘娟娟想要摆脱前夫纠缠骚扰的迫切心情。但摆在面前的的问题是：刘娟娟和女儿究竟是不是人身安全保护令的适用主体？

我国反家庭暴力法规定：“当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，向人民法院申请人身安全保护令的，人民法院应当受理。”在大部分人的认知里，家庭暴力通常是指家庭成员之间或家庭成员以外共同生活的人之间，以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。

当时，刘娟娟和王鹏已经解除了婚姻关系且分开居住，这是否意味着不能申请人身安全保护令呢？

沙鋈说，男女双方离婚后，依然会因子女抚养、财产分配和其他情感问题保持一定程度的联系，而家庭暴力行为有着长期性、反复性等特征，如果简单以“家庭成员”“共同生活”等标准将其排除在人身安全保护令的保护范围之外，不利于实现反家庭暴力法的立法目的。

2023 年修订的妇女权益保障法规定：“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。”

“依据现有法律规定，离婚后也可以申请人身安全保护令。”沙鋈说，具体到本案，裁定发出人身安全保护令的关键是要对刘娟娟母女是否正遭受侵害或面临侵害的现实危险进行证据认定。

深入实地调查还原真相

“举证难一直是反家暴司法实践中最棘手的难题，而离婚后的家庭暴力司法认定更是难上加难。”沙鋈说，离婚后的家庭暴力常表现为跟踪、骚扰、威胁等“非典型暴力”，证据形式需要突破传统局限、突破传统家庭成员身份的束缚，更多地聚焦侵害行为的延续性、伤害后果的累积性和现实危险的紧迫性。

为全面查明事实，沙鋈来到属地派出所调取刘娟娟的报警记录，查阅后发现除了刘娟娟提供的 3 次离婚后的报警记录外，刘娟娟在婚姻关系存续期间还有 4 次报警记录。“根据刘娟娟所述，出于想尽快解除婚姻关系和保护孩子的目的，当时都出具了谅解书。”沙鋈说，但是公安机关留档的刘娟娟“耳鼓膜破裂”的伤情诊断、青紫的瘀伤照片等，可以确认王鹏在婚姻关系存续期间及离婚后有过多次家庭暴力行为。

“有一次，她前夫一大早就来敲门，大喊大叫的，还用脚踹门，我们住边上都听得心惊胆战。”邻居说起王鹏也是频频摇头。

“本来以为离婚了就好了，没想到……我们老了也帮不上忙……”刘娟娟的父母提起此事不禁老泪纵横。

“刘娟娟的事情，社区也是知道的，有几次我们去做工作，但王鹏态度很强硬，说他是孩子的爸爸，我们也不能阻拦他行使探望权。”社区工作人员表达了他们的无奈。

经过实地调查、走访询问，结合刘娟娟提交的证据材料，沙鋈对王鹏在离婚后仍持续骚扰、威胁刘娟娟和女儿的事实已基本确认。

更让沙鋈揪心的是，刘娟娟 9 岁的女儿在长期目睹父亲暴力的阴影下，已经产生了一定心理障碍。

“女儿晚上经常失眠，有几次说梦话都在说‘爸爸不要打妈妈’‘爸爸妈妈不要吵架’，我听着心里真不是滋味。”刘娟娟说她已经多次带女儿去看心理医生。

“孩子说，有一次爸爸开车的时候跟妈妈吵架，一生气直接把车钥匙拔了出来，差点导致车辆失控，这让她现在对坐车还心有余悸。”沙鋈告诉记者，她在与当事人女儿交谈询问的过程中，明显能感觉到这个 9 岁的小女孩怕生、敏感、容易受惊。

最终，南浔法院在立案后 24 小时内即发出人身安全保护令，裁定禁止王鹏对前妻及女儿实施暴力；禁止王鹏骚扰、跟踪前妻及女儿；禁止王鹏在前妻及女儿住所、学校、工作单位等经常出入场所的一定范围内从事可能影响前妻及女儿正常生活、学习、工作的活动。

法院还将人身安全保护令同步抄送当地派出所及双方工作单位、社区居委会，确保人身安全保护令得到有效执行，全方位保障母女俩的人身安全。

责令接受家庭教育指导

“爸爸之前每次说来看我，都是跟妈妈吵架，他从来没有说过他想我。”例行回访中，孩子的话让沙鋈意识到，孩子现阶段虽然对与父亲见面存在抵触，但内心深处仍然渴望父亲的关怀。

人身安全保护令毕竟是有期限的，如果不能让王鹏认识到自己行为的错误，最终仍无法实现案结事了的效果。

“离婚后，父母对于子女仍有抚养、教育、保护的權利和义务。”沙鋈决定，从家庭教育指

导入手，帮助这个迷失的父亲逐渐回归应有的角色。

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

王鹏作为父亲在行为方式上极端、过激，未能依法正确履行家庭教育责任。因此，南浔法院在签发人身安全保护令之后，随即依职权向王鹏制发了《家庭教育指导令》，责令其定期接受家庭教育指导。

为实现更好的家庭教育指导效果，法院和辖区妇联、卫健、教育等部门协同联动，积极协调心理学、教育学等方面的专业力量，为王鹏定制了一份专属“课程表”，课程内容包括教育理念和沟通方法辅导、心理干预、法治教育等。

“真正的父爱不是控制和威胁，而是尊重与守护。”经过几次“一对一”的辅导，王鹏的神情也从漫不经心到若有所思、有所触动，承诺履行探望权时会以孩子的感受为先，不再因此前的矛盾做出过激行为，进而影响孩子的成长。

“谢谢沙法官，我们现在感到很安心。”在最近的一次回访中，刘娟娟终于露出了如释重负的微笑。

沙鋈表示，从即时的人身安全保护，到长期的家庭教育指导，人民法院对未成年人保护的立体化、多层次得以体现。同时，多部门的协作配合，也彰显了行政和社会力量在未成年人保护中的重要作用。

“南浔法院近年来一直在探索‘陪伴式未成年人司法’工作机制，即前端重防治、审判重保护、后端重帮扶，我们希望不断延伸司法职能，与越来越多的力量协同联动，努力推动未成年人‘六大保护’融合发力。”沙鋈向记者介绍道。

受这个案件启发，沙鋈所在的未成年人案件综合审判庭联合属地人民法院、派出所、司法所、综治办、妇联等单位，共同签署“枫桥式家事共治圈”合作备忘录，建立起家事纠纷预防、处置、救助、回访的全链条机制，推动家庭暴力等侵害妇女儿童权益的恶性行为早发现、早干预、早解决。

判词摘录

离婚后持续存在的家庭暴力行为，严重违背了法律维护平等、和睦、文明家庭关系的宗旨。签发人身安全保护令，能够为妇女儿童筑起一道坚实的法律屏障，使其摆脱暴力威胁，恢复正常生活秩序；同时也向社会传递明确信号，任何形式的家庭暴力都将受到法律制裁，有助于推动形成尊重和保护妇女儿童权益的良好社会风尚。

专家点评

人民法院对家庭暴力坚决说“不”

唐勇（作者系浙江财经大学法学院院长、教授）

长期以来，家庭暴力是一个隐蔽但极具危害性的社会问题，不仅侵害家庭成员的身心健康，破坏关爱和睦的家庭环境，还影响社会的整体稳定。浙江省湖州市南浔区人民法院向离婚后仍面临家庭暴力现实危险的当事人发出人身安全保护令，并联合有关职能部门开展联动救助保护，表明人民法院对家庭暴力坚决说“不”的鲜明态度，倡导全社会形成反家庭暴力的共识，具有重要的示范引领价值。

反家庭暴力是国家、社会和每个家庭的共同责任。人身安全保护令制度是我国反家庭暴力法律体系中的重要组成部分。该制度能够在短时间内对施暴者进行限制，保护受害人的人身安全，避免家庭暴力的进一步升级。它打破了“清官难断家务事”的传统困局，为家庭暴力受害人提供了及时有效的法律救济途径，以预防性的司法手

段捍卫了家庭暴力受害人的基本权利，彰显了对家庭暴力“零容忍”的价值追求。

在实践中，家庭暴力不仅发生于共同生活的家庭成员之间，也常见于具有同居、恋爱、前配偶关系的“准家庭”内。因此，修订后的妇女权益保障法明确将适用人身安全保护令的主体范围由家庭成员扩大至恋爱、交友、终止恋爱关系、离婚之后等群体，有助于引导婚恋关系结束后仍遭受侵害的受害人积极运用人身安全保护令维护自身合法权益，从而更好地预防和制止家庭成员以外人员的不法行为。

反家庭暴力工作是一项复杂的社会系统工程，需要全社会的共同努力，为更多家庭筑牢安全防线，促进社会和谐稳定发展：

加强制度建设。进一步完善反家庭暴力强制报告制度、告诫制度、惩戒制度、庇护制度等相关配套制度，健全人身安全保护令的执行体系，强

化制度刚性，构建起事先预防、事中干预、事后救济等全周期反家庭暴力工作链条。

健全联动机制。建立反家庭暴力法和有关法律规定实施主体联动工作机制，构建以政府为主导、社会力量广泛参与、多机构联动协作的工作机制，强化横向组织、协调、指导、督促机制和纵向逐级落实机制建设，设置科学规范的运行流程，推动反家庭暴力法和有关法律规定的落地实施。

加大宣传力度。把反家庭暴力宣传教育工作与加强新时代家庭家教家风建设相结合，提高宣传的广泛性和针对性，特别是做好农村、边远、欠发达地区，以及妇女、未成年人、老年人、残疾人等重点群体的法律宣传工作，让反家庭暴力法治观念深入人心。

来源：法治日报

记者：王春 | 通讯员：姚梦琰 茹玉

编辑：段茜茜

五、房产

离婚房产分割争议 依法依约维护权益

2025-06-15 法治日报

<http://h5epaper.legaldaily.com.cn/content/20250615/Article106002SR.htm>



漫画/高岳

□ 本报记者 王春

□ 本报通讯员 苗圃

现代社会，房产往往是家庭最重要的资产之一，也是夫妻离婚时财产分割中容易引发争议的部分。房屋分割之所以成为离婚纠纷的焦点，主要原因在于房屋价值巨大，往往占据夫妻财产的绝大部分，此外，房屋的出资方式、产权登记、婚姻存续期间等多种因素都会影响最终的分割结果。

《法治日报》记者选取浙江省嘉兴市人民法院在审理离婚案件中涉及有关房屋分割的 4 起案例，通过以案释法，提醒公众在面临离婚房产分割时，如何更好维护自身合法权益。

婚前首付婚后共贷

离婚分割增值部分

姚某与陆某（男）于 2020 年登记结婚，婚后未生育子女。婚姻期间因生育问题产生矛盾，姚某起诉离婚并要求分割共同财产，其中涉及一套陆某婚前购置的房产。该房产由陆某购置于 2018 年，总价 167 万元，陆某婚前支付首付款 50 万余元，偿还贷款 17 万余元，婚后双方共同偿还贷款 25 万余元。诉讼中，双方确认该房产现值已增值

至 180 万元，陆某坚称房产系个人财产，拒绝分割；姚某则主张婚姻期间共同还贷部分及相应增值应属共有。

嘉兴市南湖区人民法院经审理认为，案涉房产系陆某婚前个人购买且以个人财产支付首付，故该房屋归陆某所有，该房屋剩余贷款本息由陆某归还。该房屋现作价 180 万元，根据增值率公式、已偿还贷款及利息以及婚后还贷部分折算后，陆某应补偿姚某财产增值部分 11 万余元。

承办法官表示，夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归登记一方，尚未归还的贷款为不动产登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据民法典第一千零八十七条第一款规定的原则，由不动产登记一方对另一方进行补偿。

法官提示，为减少矛盾纠纷，双方可在婚前或婚后通过书面签订《婚前财产协议》明确约定房产属于个人财产，不属于夫妻共同财产；登记方用独立账户管理婚前财产，婚前支付首付款，婚后用个人财产偿还贷款，避免与婚后收入混同；非登记方设立专用账户储存共同还贷资金，留存好共同还贷证据，争取最大增值补偿。

婚前共购明确份额

离婚分割依约而行

张某（女）和王某于 2012 年通过亲戚牵线确定恋爱关系，于 2013 年 11 月登记结婚，婚后育有一子。婚前，两人共同出资 30 余万元首付款，购买了某市区一套二手房（含车库一间）。该房产登记在张某、王某双方名下，产权证载明：按份共有，张某占有份额为 30%，王某占有份额为 70%。

因婚后家庭生活琐事及情感淡薄等原因，双方矛盾较大，张某搬到娘家居住，夫妻为分居状态。2024 年 3 月，张某向法院诉请离婚，并要求按照房产份额依法分割房产。

嘉兴市海盐县人民法院经审理认为，张某和王某的夫妻感情确已破裂，准予离婚。登记在两人名下的房屋及车库，产权证上载明张某占 30% 的产权份额，王某占 70% 的产权份额，此系张某和王某对案涉房产份额的约定，系按份共有，法院予以确认。考虑到两人分居后，该房屋一直由王某及婚生子居住使用，且从有利于生活稳定等角度考虑，该房产归王某所有。经司法评估，该房产价值为 120.5 万元。综合以上情况，法院判决该房屋及车库归王某所有，王某于判决生效之日起一个月内给付张某该房产折价款 36.15 万元。

承办法官表示，实践中，很多夫妻在婚后因感情变化而对财产归属产生争议，但因缺乏书面约定导致举证困难。夫妻双方在婚前通过书面协议或产权登记明确房产出资比例和份额，这种做法体现了现代婚姻关系中的理性态度，也为日后可能出现的财产分割提供清晰依据。通过书面协议或产权登记明确出资比例和份额，也能让婚姻关系建立在更加坦诚、明晰的基础上。好的婚姻既需要感情的温度，也需要规则的守护。

婚前独购婚后加名

离婚分产综合酌定

俞某与周某（男）于 2021 年 4 月通过相亲相识，2022 年 2 月登记结婚。婚后，周某将其婚前购买的房屋转移登记为俞某、周某共有。俞某、周

某未生育子女。2023 年 7 月，两人因家庭琐事产生纠纷，俞某向法院起诉，要求离婚并平均分配财产。双方均同意离婚，但对案涉房产分割产生了较大分歧。周某认为案涉房屋为婚前财产，且双方婚姻关系存续时间较短，表示愿意适当补偿俞某。

嘉兴市秀洲区人民法院经审理认为，俞某与周某因生活琐事矛盾较深，以致感情破裂，双方一致同意解除婚姻关系，予以准许。案涉房屋系周某婚前财产，周某于婚后为俞某“加名”系对个人财产的处分，该房屋现登记为共同共有，应作为夫妻共同财产予以分割。至于双方争议的房屋分割比例，应当综合考虑购房出资、婚姻存续时间、对家庭的贡献等因素确定。综合以上因素，考虑到购房款由周某所出，虽然双方婚姻存续时间较短，但俞某婚后也积极为家庭付出了劳动，法院酌定周某支付俞某房产 10% 比例的折价款 21 万元，剩余房屋贷款由周某负责偿还。

承办法官表示，夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有法律约束力。婚姻关系存续期间，夫妻一方将其个人所有的婚前财产变更为夫妻共同所有，该种给予行为一般是以建立、维持婚姻关系的长久稳定并期望共同享有房产利益为基础。离婚分割夫妻共同财产时，应当根据诚实信用原则妥善平衡双方利益。本案中，购房款为周某所出，双方结婚时间较短，但俞某婚后积极备孕也为家庭付出了劳动。因此，法院判决房屋归周某所有，并酌定补偿对方 21 万元，既保护了周某的财产权益，也肯定了俞某对家庭付出的价值。

父母全资赠与房产

个人财产无需分割

2018 年 12 月，黄某（女）与陆某依法登记婚姻，婚后双方未生育子女。2025 年因感情破裂，双方签署离婚协议办理离婚。在婚姻关系存续期

间，黄某父亲以其女名义购入某市商品房一套。该房产交易过程中，黄某作为买受人与开发商签订《商品房预售合同》，其父通过银行转账支付首付款 21 万余元。此后，黄某父亲每月固定将当月按揭款汇入黄某账户用于还款，并通过银行转账备注明确注明“××小区房贷、仅赠与黄某”。在此期间，黄父还两次为黄某提前偿还本金共计 78 万余元。其间，陆某从未汇款至该还款账户。

离婚后，黄某在对上述房产办理过户时被告知，因该房产为婚姻存续期间购买，需要进行确权或陆某协助办理。经多次催告，陆某均未予配合。无奈之下，黄某向法院提起离婚后财产纠纷诉讼，请求确认案涉房产归其个人所有。

嘉兴市南湖区人民法院经审理认为，婚姻关系存续期间，夫妻购置房屋由一方父母全额出资，如果赠与合同明确约定只赠与自己子女一方的，按照约定处理。本案中，虽然房产登记在婚姻关系存续期间，但黄某父亲全额支付购房首付款和购房按揭贷款，且房产登记在其女儿的名下，且向黄某转账时均注明是用于归还该房屋项下购房贷款并仅赠与黄某个人。综合购房款来源、实际出资情况、当事人真实意思表示等因素，应认定为黄某个人财产。

法院最终确认登记在黄某名下的房产系其个人单独所有。

承办法官表示，本案适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（二）》第八条第一款之规定。在分割夫妻共同财产时，不能简单地理解为要按照平分的原则进行分割，在财产出资完全来源于一方父母且明确仅用于赠与其子女个人时，可在分割时将房屋判归出资人子女一方所有。在审理中也会综合考虑购房款来源、双方对诉争房产贡献、照顾子女和女方权益的法定原则等因素来确定是否需要对方予以补偿以及补偿的具体数额。

民法典相关规定

第一千零六十五条 男女双方可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或者约定不明确的，适用本法第一千零六十二条、第一千零六十三条的规定。

夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有法律约束力。

第一千零八十七条第一款 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。

最高人民法院关于适用民法典婚姻家庭编相关解释

解释（一）第七十八条 夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。

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

解释（二）第八条第一款 婚姻关系存续期间，夫妻购置房屋由一方父母全额出资，如果赠与合同明确约定只赠与自己子女一方的，按照约定处理；没有约定或者约定不明确的，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共同子女情况、离婚过错、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格等因素，确定是否由获得房屋的一方对另一方予以补偿以及补偿的具体数额。

母亲借钱为儿子买房，欠款谁来还

2025-06-15 法治日报

<http://h5epaper.legaldaily.com.cn/content/20250615/Article106003SR.htm>

□ 本报记者 张雪泓

□ 本报通讯员 张萌萌 陈鲁聪

生活中，父母为减轻子女压力，出资为子女购房的情况较为普遍。如果父母一方向他人借款为成年子女购房，其配偶及成年子女是否应当承担还款责任呢？

近日，北京市东城区人民法院审理的一起民间借贷纠纷案中，母亲一方单方面出面借款为儿子买房。法院审理认为，该借款不构成夫妻共同债务，配偶不承担还款责任。成年子女不认可该借款，亦不同意还款，不承担还款责任。

冯女士与田先生是夫妻，两人育有一子小田。为改善小田一家的居住状况，冯女士向张先生借款 115 万元用于给小田支付购房首付款及偿还贷款。冯女士以个人名义向张先生出具了借条，借款转账、出具借条等均由其一人操作。丈夫田先生对此不知情，也未在借条上以借款人名义签字。

因冯女士未能如约还款，多次索要无果后，张先生将冯女士和田先生以及儿子小田、儿媳小孙诉至法院，要求 4 人共同承担还款责任。

张先生认为，冯女士借款是为其与田先生之子小田购房，因此该借款属于夫妻共同债务，田先生应当承担还款责任。同时，小田一家实际使用了该笔借款购房及偿还贷款，因此，小田及其妻小孙也应当承担还款责任。

冯女士认可前述借款，并表明系其个人借款。田先生表示对借款不知情，借款未用于夫妻共同生活，因此与自己无关。且两人财务分离，自己没有还款的义务。小田及其妻小孙则认为，借款系母亲冯女士个人所借，两人不是借款人，也不清楚款项来源，不应偿还借款。

法院经审理认为，原告张先生提交了被告冯女士向其出具的借条以及转账记录，冯女士亦认可其向张先生借款一事，故两人之间成立民间借贷法律关系。现被告冯女士未依约还款，原告张先生要求冯女士偿还本金及相关利息的诉讼请求，法院予以支持。

法院认为，冯女士以个人名义向张先生出具借条，田先生未在借条上以借款人名义签字，也未对借款进行事后追认，且案涉借款明显超出家庭日常生活所需开支，张先生亦未提供证据证明冯女士将借款用于夫妻共同生活或共同经营。此外，田先生主张其与冯女士财务都是分离的。综上，法院认定该借款不属于夫妻共同债务，田先生不承担还款责任。

关于小田与其妻小孙是否应当承担还款责任，法院认为，张先生提供的证据不能证明其与小田及小孙达成借款合意，小田及小孙亦未认可该借款或同意偿还该借款，因此小田及小孙无需偿还该借款。

据此，法院判决冯女士个人对张先生承担还款责任。目前判决已生效。

确定还款义务人，借款合意是关键

本案主审法官庭后表示，根据我国民法典第一千零六十四条规定，夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务。如果债权人能够证明该债务用于夫妻共同生

活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

无论是夫妻共同债务还是其他债务，是否应当还款的关键系是否有借款或还款的意思表示。在涉及夫妻共同债务的相关案件中，若夫妻双方共同签字确认或一方事后追认，则当然认定夫妻双方均有借款的意思表示。夫妻一方以个人名义所负的债务，如果用于夫妻共同生活、共同经营，另一方虽未直接对外借款，仍可推定为是基于共同的意思表示。因此，若夫妻一方借款为成年子女购房，没有经过另一方的同意或追认，且成年子女具有劳动能力和完全民事行为能力，父母对其不具有法定抚养义务，该债务属于夫妻一方的

个人行为，不属于夫妻共同生活或共同生产经营的必要支出，不构成夫妻共同债务。

在民间借贷纠纷案件中，经常出现借款人与实际用款人不一致的情况，本案中的实际用款人与借款人也存在不一致的情形。实际用款人是否应当承担责任亦应当以其是否有向出借人借款或还款的意思为依据，如果实际用款人与出借人之间并没有借款的意思表示或事后亦未追认同意还款，出借人要求实际用款人还款缺乏依据。如果实际用款人虽未直接与出借人达成借款的意思表示，但事后承诺还款，则实际用款人构成债务加入，出借人可以主张实际借款人承担还款责任。

六、媒体视点

德法薪传 公心笔铸

原创：2025-06-05 法治周末报 法治周末报

<https://mp.weixin.qq.com/s/6Pf80EgymNtihxV66mc-FQ>



图为夏吟兰生前照片。

未经授权 不得转载

文 | 郝佳

责任编辑 | 尹丽

“师姐，最宠我们的那个人走了！”连续三天的木然之后，坐在空荡荡的办公室里，我终于意识到夏老师真的走了，抹着眼泪给同门师姐发去微信。

于他人，夏老师曾是中国法学会婚姻家庭法学研究会会长，是婚姻法泰斗，而于我们，夏老师更是亲人。我们享受着她的宠爱，从未想到过会有分别的一天，更未想过这一天会来得这么突然。

暂停一切工作，屏蔽所有信息，放肆地沉浸于悲痛几天后，我想，是时候记录点什么了，尤其是同门师姐那句“超越悲伤，向阳而生”，让我有勇气回忆与夏老师的点点滴滴。承教于这位胸怀

大爱的法学家，忝列夏门，我是幸福的，因此，这也是一段超越悲伤的幸福回忆。

课比天大 一生践行

与夏老师第一次见面是在 2001 年中国政法大学昌平校区的婚姻法课堂上。短发、正装、精致的妆容，这在当时法律系的同学中掀起了一股“兰旋风”。大家都在猜测，夏老师大抵是因为第一节课，首次在本班同学面前亮相，要追求仪式感，才穿着得如此正式。没有想到的是，整整一学期 17 周的课程，夏老师的每次出场，都能让人眼前一亮。多年后拜入师门，提及此事，夏老师大笑道：“呵，你们这些孩子，怎么净关心老师穿什么了。”后来我才知道，这是她刻在骨子里的对课堂的尊重。每一个 45 分钟的课堂，她都不曾怠慢。从授课内容到课堂设计，再到板书格式，她都精心准备。至于妆容，仅是这诸多准备中的一个小环节而已。

课堂互动时，夏老师会贴心地走下讲台，走到每一个回答问题同学的面前，认真地听完，并给予点评反馈，这种平等交流的授课方式，就是在今天的大学校园里也并不多见。正因如此，夏老师的课总是座无虚席，常常有外系外班的同学来蹭课。

教授要给本科生上课是法大的老规矩，夏老师更是无比重视给本科生的授课。从夏老师三环的家到法大昌平校区四十多公里的路，她一走就是几十年，就连临近退休崴了脚，也没误了昌平本科生的课。我听说此事，有些心疼，抱怨她不该

如此认真：“以您今时今日的‘咖位’，让年轻人替一下也不是不可以吧？再说都快退休了，干吗那么认真！”夏老师淡淡一笑：“那哪行啊，不管是谁，课不能耽误。没事的，我早就好了。你看，一点没影响，活动自如，放心。”法大的教学楼里有一块知名的牌匾——“课比天大”，夏老师践行了一生。

传道授业 以身作则

2006 年，我听说夏老师已经开始招收博士了，便立刻拜托西北政法大学的何玲教授引荐。在与何老师的电话里，夏老师欣然同意我赴京面谈。带着极不成形的两篇论文，我敲响了夏老师的家门。在开门的一刹那，夏老师脱口而出：“哎呀，我记得你，你上过我的课吧？”一瞬间，我的紧张全无，那天上午和夏老师聊得非常开心。临走前，夏老师一面鼓励我认真备考，一面安排已经考入门下的师兄给我传授备考经验。几个月后的 2007 年，我以高出第二名 7 分的成绩涉险过关，正式入门。这 7 分，让我沾沾自喜了一个暑假。

开学报到时，夏老师带着我到学院路校区食堂二楼吃饭，席间才说：“你比第二名高了 7 分，但我并不认为 7 分就代表着你能力比他强，水平比他高。好几门课，一门多一分，7 分很容易就差出来了。最终选择你而不是他，是因为我考虑到你是女生，又是应届生，考博读博都比他更不容易。”现在想来，我那时便已享受到了夏老师社会性别视角下实质正义观的福利。对了，第二名的那个男生，在来年顺利地成了我的师弟。

因为我是全脱产读博，住在校内，方便来往于家属区和教学区，所以除了惯常的学习和科研任务之外，老师还交给我一项特殊的任务——做巫昌桢老师的“小秘书”，协助巫老师做一些文件传送、校对的工作。夏老师是巫昌桢老师的学生，恰是借此机会，我得以亲见夏老师对师长的发自内心的敬爱与无微不至的照顾。凡巫老师参加的会议，夏老师都亲自安排接送，至现场必是亲自

搀扶落座。日常探望更不必提。还记得夏老师第一次带我去见巫老师时的场景，巫老师对夏老师笑道：“你当年就是这样跟着我去开会调研的。”夏老师爽朗回应：“可不嘛，我当年就她这么大。”那一刻，我仿佛懂得了什么是传承。

夏老师的学生都知道，夏老师有个规矩：在校生活和夏老师聚餐，只能夏老师请客，学生不许出钱。我就这么吃了三年夏老师的大餐，就连工作后某次回学校公干，和夏老师在法大小北门外的餐厅吃饭，我也习惯性地由着夏老师付了款。因为都还在一个圈子里，所以我非常幸运地在工作后仍和夏老师保持着紧密的联系。

夏老师深知高校科研压力的巨大，每每见面都劝解我们劳逸结合、缓缓行至，对于我们的怠惰拖延也似老母亲般由着、惯着。但唯有一件，就是教学，每次见面必然叮嘱我们，教学是高校教师安身立命之本，一定要“站稳讲台”。

师命不敢违，我虽科研上未得大建树，十余年讲台也是战战兢兢、如履薄冰地走过，亦获得了学生们的认可。记得我向夏老师报告：我被评为“最受本科生欢迎的老师”时，夏老师高兴地连说了好几个“不容易”。现在，我也已经带了近十届研究生。若是他们看到这篇文章，应该就会明白，这些“规矩”都是哪里来的了。

心系民生 情怀家国

博士入学第二周，我就拿着一份自认为完美的提纲找到夏老师，要确定我博士论文的题目。夏老师看了看我自定的选题“婚姻法独立于民法的理由和路径”，没有直接给出结论，而是说：“选题的事先不急，你跟我做两个项目，找找感觉。”

于是，我跟着夏老师分别在两个项目组担任项目秘书，一个是中国法学会的反家庭暴力立法倡导项目；一个是北京市妇联的妇女权益保障法地方立法修订项目。两个项目执行期间，夏老师亲赴多地调研。河北乡村、海南女子监狱、北京的

区县，夏老师都一一跑到、问到、访谈到。在夏老师看来，法律人不应是书斋里的逻辑机器，而是必须要扎根在生活的泥土中，尤其是家事法学者，必须关注家庭、关心家庭中活生生的人。

海南调研期间，在完成了一起受暴妇女杀夫案的调研后，返程的车上，包括夏老师在内的几位专家都面色沉重。彼时，虐待妇女综合症理论还尚未得到广泛的认可，正当防卫在家庭暴力案件中的适用难度也比较大。我不合时宜地冒了一句：“如果是我，也只能选择杀夫。”夏老师看了我一眼，思忖良久，没有说话。

回京后，夏老师建议我研究反家庭暴力人身安全保护令。原以为是夏老师想让我追学术热点、快出成果，因为当时中国应用法学研究所正在拟定《涉家庭暴力案件审理指南》，其中较为体系性地规定了人身安全保护令制度。待我做了全面检索深入研究并成文后，才明白夏老师的良苦用心。大概在那个时候，夏老师就已经在考虑以事前预防而非事后惩处的方式来治理家庭暴力了。

随着项目调研的深入，再回过头去看当时自定的那个宏大的选题，着实幼稚且不切实际。于是，我将博士期间的研究方向确定在家庭暴力的婚姻家庭法防治，并最终形成博士论文。

毕业之后，我辗转京陕两地，得以有机会继续跟随夏老师做项目。这些项目，有涉及未成年人的国家监护主题，有涉及更广泛人群的性骚扰立法防治项目，也有婚姻家庭立法史梳理这样的纯理论性项目。项目不同，但贯穿始终的是夏老师立足中国、立足本土的家国情怀，是夏老师关注人性、关切妇女的人文关怀。这些项目也不仅是惠及众人的学术成果，更是夏老师留给我们的宝贵的学术遗产。

行文至此，残夜将尽。那天，也是这个时候，医院墙外的布谷鸟叫个不停。我知道，夏老师并未离开。薪火相传，吾辈继之。

（作者系中国法学会婚姻家庭法学研究会理事）

“想用一生改变妇女命运”的她，走了

原创：2025-06-11 冰点周刊 中国青年报

https://mp.weixin.qq.com/s/RaRjd4_YliAyoj4bbk9sLA



2022 年 3 月 21 日，中国政法大学，夏吟兰上完退休前最后一课后，与学生合影。受访者供图

“即便法条不能完整体现她的思想，她也不纠结，超越学术上的荣辱，选择先写出来。”郑广淼说，今日的法条可能是夏吟兰这样的学者 20 年前的呐喊，“要把社会问题法治化，需要学者先论证它，再让大众接受它”。

作者 | 魏晞

编辑 | 秦珍子

《中华人民共和国民法典》颁布的五周年纪念日，2025 年 5 月 28 日，中国法学会民法典编纂项目婚姻家庭编立法课题组主要负责人、法学家夏吟兰因病在北京逝世。

消息来得突然，以至于 6 月 1 日，在八宝山公墓的告别仪式上，许多吊唁者还没回过神来。在他们的回忆里，夏吟兰几个月前参加了外地的学术会议，几天前在和青年学者讨论书稿修改，她还报名了 6 月初的单位退休职工党支部活动。

“平常叽叽喳喳的、未见其人先闻其笑的人，突然就没了。”一位排队进入告别仪式大厅的吊唁者说，“她才 68 岁。”

约 200 人参与了夏吟兰的告别仪式。和她一起坐着马扎学法律的 1979 级北京政法学院（中国政法大学前身）同窗来了。她的学生来了——在中国政法大学，她教了一辈子书，曾获评“最受本科生欢迎的十位教师”。来的还有同事、民间妇女权益保护组织的工作人员、家事律师等。

“她是把男女平等的口号落到实处的人。”中国法学会婚姻家庭法学研究会理事郝惠珍回忆，夏吟兰说过，“让应该看到的事被看到，应得帮助的人被帮上”。她曾花了十多年推动《中华人民共和国反家庭暴力法》制定和实施。

中国社会科学院研究员薛宁兰回忆，21 世纪初，她和夏吟兰等 4 名婚姻法学者研究反家暴问题。他们去女子监狱调研，与在押人员中曾遭受家暴的妇女对谈。有些人经历了多方求助未果，最终选择以暴制暴。还有些长期目睹家庭暴力的儿童，会帮助受害者反抗施暴者。

“当时，公众对家暴的认知太落后了。”薛宁兰回忆，那会儿的一个社会共识是，法不入门。夏吟兰也曾对媒体回忆，许多人认为，家庭暴力是私事，社会力量不应当介入干预。

多次调研访谈后，夏吟兰和薛宁兰等人加深了对反家暴的认识。薛宁兰说，学者们意识到，反家暴法应该是综合法、社会立法，需要多个政府部门介入，采用多种手段。比如，受害人能向人民法院申请人身安全保护令，公安机关可以对家暴情节较轻、不予治安处罚的加害人出具家庭暴力告诫书等。

中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长蒋月回忆，有人曾经质疑，反家暴法是婚姻家事领域的法律，如果要规定公安机关“干活”，是否合乎法理。学者们通过调研，发现公安机关的民警支持立法反家暴。“他们日常出警也要处理家暴，如果反家暴立法，民警出警和干预将会有更明确和充分的法律依据。”

在推动反家暴立法的十多年里，夏吟兰坚持去调研、对媒体发声、写学术论文论证每一个法条的细节。她还为反家暴组织当志愿者，为家暴受害者提供法律援助。

薛宁兰形容，反家暴法最终靠学术界、政府、司法机关等各方力量合力推出，既借鉴了国际经验，也依托中国特色——夏吟兰始终参与其中。



夏吟兰 受访者供图

一名中国政法大学的学生回忆，反家暴法实施后不久，在课堂上，同学讨论起一个很难依法解决的案例，气氛热烈。这名学生记得，当时夏吟兰说，反家暴法是试探性、试验性的法律，走出了第一步，以后要持之以恒继续争取。

夏吟兰也曾对媒体说过，“1 比 0 大”，意思是，尽管反家暴法在落地过程中还存在许多问题，但它标志着对家暴行为的预防与制裁已经进入司法范畴，是法治中国的一座里程碑。

中国政法大学 2006 级博士郑广淼觉得，夏吟兰继承了她在中国政法大学的老师巫昌桢、江平的观点：法，有比没有好。夏吟兰认为，任何一部法律都不是完美的，先立法解决问题，将来再修正。

“即便法条不能完整体现她的思想，她也不纠结，超越学术上的荣辱，选择先写出来。”郑广淼说，今日的法条可能是夏吟兰这样的学者 20 年前的呐喊，“要把社会问题法治化，需要学者先论证它，再让大众接受它”。

除了反家暴法，夏吟兰还推动了禁止性骚扰的规定和家务劳动补偿写进妇女权益保障法与民法典“婚姻家庭编”。她主持过教育部的性骚扰防治课题，在充分调研、研讨基础上推出了性骚扰防治法的项目建议稿。

薛宁兰说，婚姻法的学者需要有社会责任感，有人文关怀，始终保持对新的社会议题的关注。蒋月回忆，夏吟兰支持男女同龄退休，希望女性在职场晋升、提拔方面获得更多机会。

今年是反家暴法实施的第九年，全国多地结合本地实际情况，相继出台了反家庭暴力的地方性法规。比如，青海省把家庭成员以外具有监护、扶养、寄养、同居等关系的共同生活人员纳入保护范围，让更多潜在的受害者能够得到法律的庇护。

一位教授写文章回忆，2017 年讨论民法典“婚姻家庭编”时，有人建议把婚后所得共同制修改为婚后劳动所得共同制，认为前者可能助长不劳而获的风气，有人提出反对，一时争执不下。最后，夏吟兰提出，中国农村大量出嫁妇女事实上不能继承自己父母遗产，如果再剥夺她们对丈夫遗产的共有权利，会使她们面临两头空的境地，不宜作此修改。

夏吟兰曾获评全国三八红旗手、全国维护妇女儿童权益先进个人。薛宁兰说，她身上有种善于倾听、包容、平等待人的气质，在团队中愿意博采众长，使得许多人愿意信服她，长期密切地与她合作。

从 20 世纪 80 年代起就认识夏吟兰的蒋月回忆，很少见夏吟兰皱眉头，她总是积极阳光、爽朗亲和。作为中国法学会婚姻家庭法学研究会会长，夏吟兰主持讨论时经常让每个与会者都发言，再根据大多数人意见作决定。

在学生们的回忆里，夏吟兰讲课激情澎湃，中气足、声音亮，从来不用扩音器。“干脆”“利落”“直爽”是旁人描述她时的常用词语。

中国政法大学 2021 级博士贺万裕说，夏吟兰上课总会精心打扮，她爱美、爱花，会组织学生去春游、到自家包饺子。

贺万裕说，有次她给本科生上课，班上一名男生指出案例中的错误。夏吟兰向全班同学和这名男生道歉，并且修改了错误。那个指出错误的男生后来说，老师的这个举动改变了他内向、自卑的性格，影响了他往后的人生。

一些中国政法大学的学生提到夏吟兰时，总说起她对学生的开放、包容。贺万裕说：“这是夏老师除了知识之外，传授给我们的最宝贵的东西。”

中国政法大学副教授陈汉说，夏吟兰去世后，学校几名青年教师聚首回忆，她没有学术上的门户之见，愿意给年轻学者机会去参会、讨论、发言。

陈汉刚开始在中国政法大学教书时，和夏吟兰同在一个教研室，夏吟兰教陈汉讲课的技巧，细致到板书的字号、上课进度节奏。后来，夏吟兰在互联网上看到学生梳理陈汉上课的“汉哥讲婚姻法”语录，肯定陈汉说：“你是在课堂上站稳了。”

几年前从学校退休后，夏吟兰报了一门演唱课，还经常去旅游。她也会积极参与公益活动、参加婚姻家庭法相关的学术会议。

在北京长大的夏吟兰，曾经当过北京一家服装厂的工人，爱读中外小说，是“文艺女青年”。1979 年恢复高考后，她考进北京政法学院读书，当时的学校还没配齐桌椅，学生拎着马扎去上课。一群法学生和北京戏校，北京市歌舞团唱歌的、唱戏的、吊嗓子的、压腿的学生分享一座校园。

夏吟兰大二时加入法学家巫昌祯组织的婚姻法兴趣小组。她曾回忆：“法律本身是严肃的，但婚姻法是鲜活的，它综合了太多交叉学科的内容，家庭学、伦理学、人口学、心理学无所不包，特别吸引我这样感性的人。”

而后，她在中国政法大学一路读到博士，留校教书。她从 20 世纪 80 年代就在基层调研妇女生存现状，她的理想是“用自己的一生改变妇女的命运”。

郑广森说，夏吟兰的工作不是对女性格外关照，而是平等地保护家庭里每个成员，无论男女老幼。她推动的反家暴法，保护的也不只是女性。贺万裕也说，夏吟兰曾提醒学生，保护妇女权益的同时要兼顾男性的权益。

“她的法学思想能跨越时代，不受社会流行思潮的影响，是因为她只是从平等的角度保护所有人。”郑广森说。

夏吟兰学习、研究婚姻法的近半个世纪，恰是当代婚姻家庭剧烈变化、新的社会问题频发的时代。用一些婚姻法学者的话说，社会吹的每一阵风，都能吹到婚姻家庭法里。

蒋月回忆，改革开放后，传统的婚姻结构受到挑战，“包二奶”、婚外情等社会现象受到普遍关注。在 2001 年修改婚姻法时，学者提议针对新出现的问题，法律要更积极地去干预、解决，立法要更具有应用性、操作性。

夏吟兰始终保持着敏锐。2010 年，她接受访谈时提出，正在关注辅助生殖技术，如试管婴儿、

代孕，“法律的回避不等于问题的解决，这类问题需要规范，且是亟待规范”。几个月前，她还参与一档网络普法节目的录制，讨论的话题是：当配偶天价打赏主播，另一半如何维权。

中国法学会婚姻家庭法学研究会后来举办“中国家事法实务论坛”，每年挑选一个社会热议话题。郝惠珍说，论坛常聊孩子、票子、房子，其中房子最常谈。后来，这个实务论坛越来越火，每届都能收到几百人报名。

“婚姻家庭是最敏感、最前线能感受社会风潮的地方，家庭是社会的细胞。”郝惠珍说，她发现这些年婚姻家事的案子涉及的领域越来越宽、影响越来越广。

在校园里，夏吟兰曾忧心，学生在选择研究方向时首先考虑的是未来能有多大的经济收益。

“这么多年来，我始终觉得愿意学习婚姻家庭法的学生不够多，进入这个领域的优秀学生无法满足学科发展的要求，甚至于一些优秀的学生在学完这个专业之后最终又转向其他学科。”夏吟兰分析，原因之一是，学生看不到“钱途”。

她曾对陈汉回忆，老师巫昌祯即便到晚年，也一直风风火火冲在最前线，为填补法律空白去呐喊。她希望新一代的青年学者能向巫昌祯学习。

她还有很多心愿。比如，她希望婚姻家庭法在中国法学界有更多声音，法学期刊能发表更多与婚姻家庭法相关的文章，青年学者能编纂满足 21 世纪第三个十年需求的婚姻法教科书。

几年前，中国政法大学研究生排课，夏吟兰特意和陈汉说，当年面向研究生争取到了两门选修课，分别讲婚姻法和继承法，她希望陈汉“要坚守阵地，不要弄丢了”。

中国青年报·中国青年网出品

七、学者、法官、检察官、律师、公证专题

（一）理论学术动态、学者视点

雷明光：哭夏吟兰老师

2025-05-30 家事法苑 雷明光

<https://mp.weixin.qq.com/s/ygkh-a0xNknvv3051MGSjA>

作者：雷明光，中央民族大学法学院教授

前天（2025 年 5 月 27 日）晚上九点我刚从秦皇岛讲课回到家，刚整理完行李，就接到我们中国婚姻法学研究会常务副会长、中国人民大学法学院龙翼飞教授的电话“明光，夏吟兰会长突然病重在朝阳医院 ICU 抢救，已经没有意识了，医院里只有她爱人、女儿和林建军在，你赶紧去医院，我也刚打上车。”我二话没说，立马叫车前往，车上一直为夏老师祈祷，同时通知其他在京老师，因为夜已深，大部分老师不是出差了就是休息了不接电话，只有杨晓林老师马上前往。到医院已经是夜里十一点多了，看着之前每天都充满活力、和蔼可亲的夏老师躺在抢救病床上，已经不能自主呼吸，心跳微弱，血压一直只有二十多一点，大家都心酸流泪，我们一直在她的身边呼唤着她，让她坚强，不要放弃，我们和我们的事业都离不开她，可夏老师静静的躺在那里，没有任何回应。她的亲戚们陆续赶到，李明舜老师也赶过来了。快十二点了，医生说人已经不行了，要拔管了，但大家都说不能放弃，求大夫再给一段时间。然而，一切都回天无术，凌晨一点半，我们中国政法大学教授、博士生导师、中国婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰老师永远的离开了我们。唯一庆幸的是我们几个人能够陪她走完最后一程。我注意到夏老师一只眼睛一直睁着，走时也没有闭上，我知道她心有不甘呀！她舍不得离开我们和她热爱的事业，她还太太年轻！

回顾夏吟兰教授的一生，可谓：燃灯婚姻家庭法学的明炬，永照后来者前路！她的一生改变了中国女性的命运，也改写了千万家庭的法律保障。作为夏老师的同仁、弟弟和下属，直到此刻仍不敢相信她真的走了，手指颤抖，难以成言。是她提携我进入了婚姻法学界，成为中国婚姻家庭法学会的常务理事、副秘书长。是她带着我和其他学会同仁参与了民法典等重大法律的立法工作，可以说，我的每一步成长都浸透着她的心血。

夏吟兰教授的学术之路始于一次人生转折。1979 年 10 月，当 22 岁的她考入北京政法学院（中国政法大学前身）时，身份还是一名服装加工流水线上踩着缝纫机的“文艺女青年”。从最初“喜欢阅读爱情小说”，到选择加入巫昌祯老师组织的兴趣小组，夏吟兰教授的人生轨迹就此改变。她曾回忆：“我发现婚姻只有浪漫是不够的，还需要规则。为什么要制定规则，如何制定规则，这些问题深深吸引了我。”

1980 年代中期，当夏吟兰教授深入基层做妇女法调研时，亲眼目睹了许多女性在家庭中的艰难处境。“用我自己的一生改变妇女的命运，帮助到她们。”——这句朴素而坚定的誓言，成为贯穿她整个学术生涯的初心。在近四十年的学术生涯中，夏吟兰教授参与起草、修订了超过 20 部影响深远的法律法规，构建了中国婚姻家庭法律体系的基本框架。

作为《反家庭暴力法》专家建议稿的主要负责人，她推动确立了“家暴非私事”的立法理念，

强调公权力介入的必要性。她主导设计了这部法律的核心制度：“人身安全保护令”制度：允许受害者无需离婚即可申请司法保护，法院须在 72 小时内作出裁定；告诫书机制：公安机关可对轻微家暴者出具书面警告，强化执法威慑力；多机构联动干预：明确妇联、社区等组织的协作义务，构建社会支持网络。

在民法典编纂这一历史性工程中，夏吟兰教授作为《民法典·婚姻家庭编》主要召集人，全程参与编纂论证。面对争议较大的离婚冷静期制度，她指出：“设置离婚冷静期是善意的提醒”，但同时强调需配套心理咨询和调解机制。对于一方存在家暴的情形，她明确主张应通过诉讼程序解决：“协议离婚并不能真正解决家庭暴力问题，离婚后遭受家庭暴力的情形并不鲜见。公安、法院等公权力的介入与干预，才可以真正保护受害者的人身权利不受损害。”

在婚姻家庭编立法中，夏吟兰教授还推动了多项突破性规定：扩大离婚损害赔偿范围，增加“其他重大过错”的兜底性规定；取消家务劳动经济补偿制度的适用前提；明确夫妻共同债务认定规则，保护未举债一方权益。她提出的“家务劳动补偿入法”等创新条款，重新定义了婚姻中隐性劳动的价值。

在中国政法大学校园里，夏吟兰教授的《亲属法与继承法》课程被誉为“本科上过的最精彩课程之一”。一位毕业生深情回忆：“她讲课时案例翔实，一个知识点可举出很多案例，以便学生加深理解。夏老师对待学生和蔼可亲，但在和她的相处中能体会到她为人处事干净利落的一面。”

夏教授主要讲授“亲属法”、“继承法”、“妇女人权”、“特定群体人权保障”等课程，培养了一大批活跃在法学界和实务界的优秀人才。她主持并参与国家社科基金项目、教育部项目等

国家级、省部级项目 30 余项，为青年学者搭建了广阔的学术平台。

夏吟兰教授一生出版《美国现代婚姻家庭制度》《离婚自由与限制论》《婚姻家庭继承法学原理》《家庭暴力防治法制度性建构研究》《民法典之婚姻家庭编立法研究》等专著、教材三十余本，在《中国法学》《政法论坛》等国内外学术刊物发表论文百余篇。她提出的“家庭暴力三级预防机制”被学界广泛采纳，为中国的家暴防治工作提供了理论基础和实践路径。2016 年，因其在妇女权益保障领域的杰出贡献，夏吟兰教授获评“全国三八红旗手”称号。

在夏教授生命的最后阶段，她依然坚守学术岗位。就在去年 9 月，她还在兰州财经大学发表《民法典时代离婚救济制度的发展与续造》的学术演讲，为婚姻家庭法的完善继续贡献智慧。

夏吟兰教授的逝世，是中国教育界的重大损失，更是法学界的无法弥补的缺憾。她不仅留下了丰富的学术著作和法律制度遗产，更留下了用一生践行“改变妇女命运”誓言的学者风骨。

作为受益于夏老师提携的一名学者，我见证了她如何以法律为武器，为弱势群体构筑尊严的堡垒。每当我们在立法论证会上遇到困境，她总会坚定地说：“法律必须看见那些看不见的人，听见那些沉默的声音。”此刻，当我们缅怀夏吟兰教授，最好的方式就是继续她未竟的事业——让法律成为温暖人心的力量，让每个家庭都成为安全的港湾，让每位女性都能在法治的阳光下绽放光彩。这盏照亮中国婚姻家庭法学道路的明灯熄灭了，但她点燃的火炬，将在我们手中继续传递。

我最最敬爱的夏老师，请你放心前行。我们永远怀念你！

李拥军：家事司法运作的实质主义逻辑及其应然面向

原创：2025-05-31 法学研究 李拥军

https://mp.weixin.qq.com/s/_OGtWEp-I0xgKIZFs8190A

内容提要：家庭关系具有身份性、伦理性、情感性、持续性等特征，家庭关系的运作具有明显的非形式化的特点，一般的民事司法模式无法真正有效地解决家事纠纷。有效解决纠纷的目标赋予了家事司法以实质主义的属性，也使调解成为最为常规的纠纷解决方式。由家庭关系以及家事纠纷的特殊性所决定，家事司法正义往往较少地依赖形式化的要素来实现，且在表现方式上具有情境性、生活化、默会性的特征。当下中国的家事司法不适合走纯粹的形式主义法治路线，而是需要践行一条实用主义法治路线，在不突破法律基本原则和强行法的基础上，允许家事司法具备更多的灵活性和实用性。为此，有必要构建特殊程序、推进法官的素质建设、加强法官职业伦理和职业保障建设、强化社会力量的参与、培育民间规范的融入机制，在保证司法权力正当行使的基础上，满足家事司法的特殊需求。

关键词：家事司法；纠纷解决；形式法治；实用主义；司法正义

目录

引言

- 一、家事司法的实质主义属性
- 二、家事司法正义表达的弱形式化逻辑
- 三、家事司法功能实现的实用主义路线
- 四、当下中国需要什么样的家事司法

引言

法学发展史上素有形式主义和实质主义两种立场。美国的法律形式主义和法律现实主义、欧陆的概念法学与自由法运动，以及当下中国的

法教义学与社科法学之争，从本质上说都是形式主义与实质主义两种立场的争论。跳出学派思想的局限而从一般性的角度看待这两种立场，前者强调的无非是严格按照明确的规则和程序来裁判以及裁判结果的确定性，而后者则强调为了达致实质性效果，不应该拘泥于某些形式上的要求，而是需要充分考量案件所关涉的多种价值和利益，以实现利益或价值上的平衡。从这个角度说，法律形式主义的立场可以归结为理性主义，其核心特征是形式化，而法律实质主义的立场可以归结为实用主义，其核心特征是效果指向。

法治国家的面相通常是以形式化特征来塑造的，形式主义的立场更容易被法治观念所接受，而法律实用主义带给法律人的更多地是偏离法治的忧虑。本文无意颠覆形式法治的基本立场，而是试图揭示这样一个命题：家庭是现代社会的一个特殊领域，此间运行着一套有别于一般法律世界的逻辑。家庭基于情感、伦理、身份等非理性因素组成，家庭关系的形成与维系、家事纠纷的形成与解决在很多情况下很难纳入理性化的视野中去解释，与此相应，形式化的法治路径未必是解决家事纠纷的最佳路径。家庭是组成基层社会的基本单位，是完成合格公民的初级培养、提供情感支持、规范性行为、实现经济合作与救助等功能的场所，而它又是现代法治的一块“飞地”，是理性与非理性相交汇的区域。关于法治的讨论通常是在一般意义上立论的，而家事关系的特殊性使其既难以进入形式法治的观察视野，也容易受到实质法治立场的忽视。尽管在家事法领域，已有不少学者注意到了家事关系的特殊性，也在为构建能够适应这种特殊性的制度安排做出努力，

但笔者认为，在当下以形式理性为主导的法治背景下，在法学理论层面对家事关系的特殊性给予全面且深入的阐释，同样有其必要。

依阿蒂亚和萨默斯的理论，实质法律推理依托于实质性依据，而实质性依据则由目的性依据和正当性依据组成。有效的目的性依据的说服力，来源于判决（或规则）对“一个有益的社会目标产生功效”；有效的正当性依据的说服力，来源于判决（或规则）对“一条正当的社会道德规范的遵从”。受家庭和家事纠纷的特殊性所决定，家事司法具有鲜明的目的性，即其中的一切工作都应围绕纠纷的实质性解决来进行，而这种目的性只有建立在保障老人、妇女、儿童等弱势群体利益和遵守公序良俗的社会道德的基础上才能获得正当性。正因如此，基于这种目的性和正当性而形成的效果，成为了家事司法所秉持的目标。特别是在当下中国，家庭在人们的生活中占据特殊地位，对于人们的精神世界有着独特意义，家事司法更应被赋予特殊使命。从这个角度说，近代以来从西方移植而来的理性主义思维和形式主义法治实践，对于解决中国的家庭问题未必有效，而生长于本土的“实用道德主义”立场，在很多情况下可能更为可取。基于此，本文拟从实质主义的视角，以中国经验为样本，从一般法理学的层面，揭示家事司法运作的实然逻辑以及家事司法正义实现的特殊路径，试图在探索家事纠纷化解的中国模式方面做出努力。

习近平总书记指出：“中华民族历来重视家庭。正所谓‘天下之本在家’。尊老爱幼、妻贤夫安，母慈子孝、兄友弟恭，耕读传家、勤俭持家，知书达礼、遵纪守法，家和万事兴等中华民族传统家庭美德，铭记在中国人的心灵中，融入中国人的血脉中，是支撑中华民族生生不息、薪火相传的重要精神力量，是家庭文明建设的宝贵精神财富。”“家”既是中国文化的栖息地，又是中国基层社会治理的基点。对于家事司法运作逻辑的揭示，意义不仅及于家庭关系本身，也关涉整个

基层社会的治理。实质主义视角下的家事司法运作逻辑所开放出来的，不仅是家庭矛盾化解问题，更是中国自主性纠纷化解机制的构建问题。

一、家事司法的实质主义属性

家事司法是为解决家事纠纷而存在的民事司法形式，是在司法机关主导下为改变或修复原有的家庭关系、保护特定家庭成员或亲属的利益所进行的纠纷解决活动。家庭是由一定范围的家庭成员为维系共同生活而组成的集体，家庭关系是一种基于血缘或亲缘所形成的“超熟人”关系，其不同于一般经济社会中的陌生人间的关系，不是一种纯粹的契约关系，而更多地具有身份性、伦理性、情感性、持续性等特征。

首先，家庭关系具有身份性。身份是家庭关系得以维系的必备要素，身份性是家庭关系呈现出来的自然属性。对于每个家庭成员来讲，家庭不具有可选择性。由身份而形成的所谓权利，其实更主要是一种义务，如监护权的形成必然首先发生在亲属之间。家庭关系的身份性还体现在，家庭成员之间并不具有完全的平等性。例如，在代际关系中，虽然家庭成员是法律上的平等主体，在对外关系上也确实被视为平等主体，但在家庭内部，他们依然具有身份上的差别，在话语使用、资源占有、福利分配等方面存在一定程度的不均衡性。

其次，家庭关系具有情感性。血缘关系滋生出自然情感，共同生活孕育出社会情感。以血缘关系为基础，以共同生活为主要存在方式的家庭能够使这两种情感并存，并融合升华出更为高级的情感形式——家庭情感。家庭情感能使家庭成员之间形成认同感、信任感。正是由于存在这些情感基础，家庭成员之间的矛盾容易被化解，一方的过错或实施的侵害也容易获得另一方的谅解。

再次，家庭关系具有伦理性。在家庭中，血缘、身份、情感衍生出伦理，而伦理既是维系家庭的纽带，又是约束其成员的行为规范。伦理通常以

不可言述的形式存在于人的精神世界中，作为一种观念以内隐的方式对人的行为发生影响。伦理一方面为人的行动提供观念背景，让人们不能脱离这个背景进行行为选择；另一方面通过引发为人内心自责、引发舆论谴责的方式对违背规范的行为进行惩罚，从而形成对行为人的约束。比之法律，伦理规范约束效果的发生逻辑不具有明确的外观化和程序性。

最后，家庭关系具有持续性。血缘的自然性、身份的不可选择性、情感的延续性、共同生活的长期性，使家庭关系具有持续性的特征。家庭关系存在于家庭存续期间、家庭成员的生命存续期间，甚至在特定的情况下，即使家庭解体或成员离世，基于特定的身份，借助一定的事由和媒介，原有的关系依旧能够延续。例如，在婚姻解体后，基于子女探视、抚养或对弱势一方的扶助等事由，原夫妻双方还要发生某种联系。又如，即使某一家庭成员过世，在世的亲属也可以基于人格延伸的理由对其名誉权进行保护。

家事纠纷的实质在于家庭关系的失序，而家庭关系的上述特点使家事纠纷呈现出明显的内部性、非理性化的特征。这些因素决定了，家事司法在解决纠纷上相对于一般司法具有特殊性。通常来说，一般司法必须或主要遵循形式化的要求。例如，严格落实罪刑法定原则，通过明晰的法律和准确的事实推出确定性的结论，是刑事司法的基本要求；遵循法定的程序，为当事人明确彼此的权利义务，是行政司法或一般民事司法的任务。由于家事关系具有特殊性，家事司法常常需要淡化或突破一些形式化要求，在一些场合下，如果硬要强调遵循形式化要求，反倒不利于纠纷解决。也可以认为，家庭关系的特殊性使形式化的法律在处理家事纠纷时会遭遇诸多困难。

其一，权利义务区分上的困难。家庭生活实践的是一条模糊化的逻辑，维系亲属关系的第一规范或机制是伦理与情感，亲属之间强调的是互助与付出，个人权利的明晰化总体上与共同生活的

本质相悖。正如有学者指出的，权利并不是维系家庭关系的首选机制，而是备选机制，是在伦理、情感等第一机制失效的情况下不得不启动的机制。虽然在家庭生活的外部可以通过法律对家庭关系进行规定，但由于家庭生活存在上述特殊性，由此形成的法律关系不都具有交互性或对价性，即一方履行了义务，并不意味着必然可以向对方主张权利，或者说，一方履行义务并不以对方履行义务为前提。例如，子女履行赡养义务，只需考虑受赡养的父母的需要，并不以父母曾履行抚养义务为前提，而父母对子女履行抚养义务也不以预约将来子女履行赡养义务为交换条件，经济学上纯功利性的交换原则并不适用于家庭生活。家庭关系的这种特殊性决定了，家事司法不宜像一般民事司法那样，通过简约化、格式化地确定当事人的权利义务来处理纠纷。

其二，内外逻辑转化上的不充分。家庭内部主要受身份、伦理、情感等非形式化要素支配，家庭外部则主要受形式化的法律要素的支配，基于这种差异，家庭内外在运作逻辑上存在着一定的张力和隔阂。一般来说，用法律解决家事纠纷，需要将家庭内部逻辑转化为家庭外部逻辑，但由于存在上述差异和隔阂，前者并不能完全顺利地转化为后者，家庭外部的法律的形式化操作并不能完全有效地解决家庭内部的非形式化问题。例如，家庭成员之间的交往主要基于情感，其纠纷也主要表现为情感纠纷。然而，情感难以通过简单的物化和测量方式转化为当事人的权利，即便明晰当事人的权利义务，也难以有效地解决情感问题。以赡养纠纷为例，法律解决纠纷的方式通常只有要求一方支付赡养费，而赡养中的情感性需求则无法通过这种方式来实现。这正是当下精神赡养纠纷无法通过司法获得真正解决的根本原因。

其三，规范作用机制上的相悖。家庭内部的规范主要是伦理，而家庭外部的规范主要为法律。伦理通常不能通过语言和文字来明确表达，而法律则更多地以文字、条文的形式来表达；伦理通

常以内隐的方式作用于家庭成员，而法律通常以外化的方式作用于当事人。在纠纷解决中，伦理的适用更多依赖于裁判者的直觉、经验、技艺理性等默会知识，而法律的适用则更多依赖于各种外观化的程序性要素的履行；伦理性正义的实现更多地依靠情感性的交流和双方的谅解，而法律正义的实现更多地需要依据实质性的证据和逻辑化的证明。基于这样的差异，针对家事纠纷的伦理性考量与法律性判断常常相悖。这表现为：法律适用中的调查、对抗、辩论、公开等规程设置，无法安放家庭关系中的伦理或情感等要素；而追求形式化操作的法律，无法深入当事人的内心来化解矛盾并实质性地解决纠纷。

上述困难和障碍决定了，以一般性的司法模式来处理家事纠纷，并不能真正解决问题。欲真正地解决问题，需要法官实际参与到家事纠纷的解决中来，倾听纠纷双方的声音，了解彼此的诉求，甚至需要以适当的方法触及并影响当事人的内心，而不是简单地以履行程序为目的。从这个意义上说，有效解决纠纷的目标赋予了家事司法以实质主义的属性，也使调解成为家事司法中最为常规的处理问题的方式。家事司法的实质主义属性具体通过司法正义的表达逻辑和司法功能的实现路径两个侧面来展现。

二、家事司法正义表达的弱形式化逻辑

在《法学阶梯》中，正义被定义为“给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的愿望”，法是保证每个人获得其应得部分的重要方式，法律正义指的是人与人之间权利义务的一种合理分配状态。落实到司法上，司法正义表现为通过司法合理地分配当事人之间的权利义务。家事司法正义的实现也有赖于对当事人权利义务的合理分配，基于家庭生活的自身规律，这种合理性会以特殊的形式被感知或体现。

一般意义上的司法正义由固定的程序和形式来体现，具体地说，其借助由“角色的分化”“对

立面的设置”“主持者的中立”“理性的对话和交涉”“信息的充分与对等”“结果的确信性”等一系列形式要素所组成的程序来体现。由形式要素所组成的程序来表现的正义，通常也被称为“程序中的正义”“看得见的正义”“规定性的正义”“法律之内的正义”。受家庭关系以及家事纠纷的特殊性所决定，家事司法中的正义往往较少依赖于上述形式性要素来实现，家事司法正义在表现方式上具有自身的特殊性。受家庭关系中的身份性、情感性、伦理性、持续性等要素的影响，家事司法正义实现的前提是纠纷能够真正化解，而纠纷能否真正化解不在于司法是否完全具有上述程序性外观，而仅仅在于双方能否形成谅解或达成合意，或在保障家庭弱者利益的基础上使纠纷获得实质性解决。

（一）表达方式的情境性

富勒认为，法律判断针对的是行为，调解针对的是人，这是婚姻家庭纠纷最适合以调解的方式来解决的原因所在。这其中的逻辑是：行为是具体的、外观化的，针对行为能形成确定性的法律判断，而大量的婚姻家庭事务没有法律的明确规定，其中的行为常常是随机产生的，因此婚姻家庭关系不适合通过正式的、行为导向的规则来调整。富勒的理论道出了家事纠纷解决的情境性特征：“调解的核心特质在于，能使当事人双方彼此调整其取向，不是通过法律规则迫使他们这样做，而是通过帮助他们对彼此的关系产生新的、共同的认识，促使他们改变对彼此的态度与取向。”家事纠纷的解决往往不在于依据现有的法律对确定性事实进行裁判，而在很大程度上取决于当事人双方在纠纷解决的过程中依调解所达成的合意，而这种合意更多地依赖于当事人所处的情境。

布迪厄认为，人的行动由场域和惯习两个主客观交融的要素形塑。场域是由附带一定的权力或资本形式的各种位置之间的关系构成的运作空间，而惯习是由积淀在个人身体内的一系列历史

关系所构成的结构形塑机制。依此理论，家事司法活动可以被视为一个“场域”，即一个由各种惯习承载者、各种权力或资本的占有者组成的空间。在该场域中，法官及当事人都是惯习的承载者，而惯习则是社会文化以人的观念的形式在司法场域中的存在，是“外在性的内在化”“客观性的主观化”，是影响主体认知的“前见”。在这个意义上，家事司法场域如同杜赞奇所说的“权力的文化网络”，表现为各种文化的载体相互竞争与合作，在竞争与合作中达成合意并由此创设出新的规则或关系。家庭关系是文化的载体，其伦理性、身份性是传统在当下社会的呈现，它以惯习的形式、以人为媒介参与到具体的司法场域中，影响着法官的决策、当事人对各种意见的接受度，以及民众对司法结论的认可度。这具体表现为：慈孝、和睦、亲爱、互助、有序等传统家文化，一方面以伦理性规范的形式为裁判或说理提供依据，另一方面以背景知识的方式作为潜在力量影响着每个行动者的具体决策。从某种意义上说，纠纷的解决过程是一个各主体在家文化的网络中展开权力博弈的过程，所形成的结论是衡量各种利益和价值后取“中”的结果，纠纷的实质性解决意味着失序的权力结构获得了恢复和平衡。在这个场域中，作为一种传统的家文化是客观的，而个体对家文化的理解又是主观的，维护场域基本结构的法律是外化的，而影响主体是非判断的伦理是内隐的。基于主观才有竞争，基于客观才有合意，基于内隐才有实质化，基于外化才使结论不违法，这是一种以不违法为前提的实用性操作，一种经过博弈而达致的情、理、法的交融。由此说来，家事纠纷的解决所体现的合理和正义更多地依赖于当事人和民众对结论的认可度、法官对家庭文化的理解力和对场域内权力博弈的驾驭能力。这些因素决定了家事司法正义在表达上具有相对性、随机性、“就事论事”的色彩，即情境性的特征。

（二）表达方式的生活化

家庭关系的内部受身份、伦理、情感等非形式化逻辑的支配，家庭关系的外部受法律的形式化逻辑支配。内部的非形式化逻辑生成的是生活化的正义，外部的形式化逻辑生成的是规定性的正义。生活化的正义是一种基于人的本能、情感而生发的自然正义，而规定性的正义则是由法律规则建构起来的人为正义。生活化的正义是以伦理为本位的“人情正义”，它强调“义”要依“情”而定，合乎“情”即为“义”，它以生命情感的方式存在，以直觉的方式传递，强调“天经地义”。规定性的正义则需要通过证据、程序、实体规则等专有形式来表现和确定，它以工具理性的形式存在，以外观化的方式表达。由于家庭生活是人们日常生活的主要形式，源于家庭生活的纠纷，只有遵循生活化正义的逻辑，方能获得实质性的解决。既然如此，基于两套正义标准之间的差异，仅追求通过法律的形式化逻辑达致一种专业化正义的标准，并不能或无助于纠纷的实质性解决。基于家庭生活的特殊性，家事司法正义的实现更多地需要走一条“以外就内”而不是“以内就外”的逻辑路线。该路线要求，家事司法在纠纷解决中不是要强化专业化，而是要淡化专业化、趋向生活化。

其一，它不追求司法必须在正规化的场景中进行，而允许其在生活化的场景中进行。该场景既可以是专业化的封闭场域，也可以是开放式的日常空间。该场景中专业化的象征国家权威色彩的设置，可以替换为具有家庭生活意涵的设置；体现着法官与当事人身份性的布局，可以改换成圆桌式平权型的布局；法官的官方形象可以被淡化，其可以以日常生活化的形象出场。营造生活化的场景，目的就是实现情感上的再创造，即通过符号、仪式的心理刺激功能，实现软化对立情绪、凸显家庭亲情、拉近彼此距离的效果。

其二，它不追求完全使用专业性的话语，而允许使用大众化的话语解决纠纷。家事纠纷的解决不在于是否履行了程序，而在于司法的力量是否达至当事人的内心。为此，法官需要借助生活化的语言来表达信息，而不是一味地追求使用专业化语言来描述法律的规定。换言之，“以外就内”的路线要求法官用当事人听得懂、体验得到的话语来实现沟通。家事司法中的话语不应局限于遵循法律逻辑的“规则导向型叙事”“法律话语”“权利话语”“审判式话语”，还应该借助于“关系型叙事”“治疗话语”“需求话语”“调解式话语”。与此相应，裁判文书或司法结论不仅需要逻辑化的理性表达，也需要体现情理的感性表达。

其三，它不追求纠纷完全依靠法官和法律来解决，而允许社会中的人或国家法之外的社会规范参与纠纷的解决。“以外就内”的逻辑要求家事纠纷中的是非判断不能仅靠存在于家庭之外的法律来完成，而需要嵌入在家庭生活中的伦理、习惯等社会规范的共同参与。这其中，法律不需要被不折不扣地落实，而只需为行为人提供一个不得违反的行为框架，法官更多地是要促成当事人在“法律的阴影下磋商”。这通常会形成一个“官方形式和民间形式并存的机制”：家庭领域需要国家立法，但处理家庭问题并不一定要将国家立法作为主要依据，而更多地需要动用一套更为个人化、情境化的逻辑与道德理性。这一机制落实到纠纷的解决上，表现为法官不仅要调查“法律上的事实”，还应关注“生活上的事实”，并在此基础上透视案件全貌。同理，“以外就内”的路线要求家事纠纷的处理不能仅依靠法官，还需要更多地借助社会力量，即需要人民陪审员、家事调解员、家事调查员、情感观察员、心理疏导员，以及社会贤达、专业人士等各种力量的广泛参与。

（三）表达方式的默会性

默会性知识是指不能通过语言符号明确表述，但可以通过实践领会或践行的知识，而默会性正义就是那些在交往实践中形成的，不能通过明确的语言符号等形式表达的正义。家事司法正义更多地是依靠默会性知识来表达的默会性正义，这具体体现在以下方面。

其一，家事纠纷的解决需要借助大量的具有默会属性的社会规范。解决家事纠纷所借助的规范，除法律外，还有伦理、习惯等社会规范，而“以外就内”的路线决定了，解决家事纠纷往往更需依赖后者。这些社会规范通常没有文字表达，缺乏明确的定义，处于一种默会状态。它们通过影响行为人的内心、促成双方达成合意来实现正义。更为重要的是，这些规范作为一种“家文化”，为人们的行动提供了一个观念背景，而在其中生活的人们不能脱离这个背景进行行为选择。这意味着，作为文化而存在的社会规范，在悄无声息中以内隐的方式影响着行为人的决策。

其二，家事司法正义的实现依赖于法官的默会性能力。按照波兰尼的观点，人们通过默会认识获得默会性知识。默会认识本质上是一种理解力，是一种通过对经验的领会、把握、整合，以实现观念自觉控制的能力，是一种来自“心灵”的能力。家事司法“以外就内”的路线决定了，家事司法正义的实现更多地不是依靠法律规范的内在逻辑，而是依赖于法官的默会性能力。这种能力是一种说服能力，一种让当事人信任的能力，一种能将家庭运转规律与法律的运作逻辑统一起来的能力，一种能够使情、理、法相融合的能力，一种能把各种资源以合法的形式整合成各方都能接受的司法结论的能力。这种能力是在长期的学习和反复的实践中潜移默化地形成的，其依赖于行为人对家庭的理解、对地方性知识的掌握，以及对司法职业经验的累积，具有高度的个人性和默会性。

其三，家事司法正义的实现依赖于法官对职业伦理的守持。在家事司法中，法律通常只是为

司法权力的行使提供一个框架，在这个框架内对法官发挥作用的不仅仅是法律。以效果为导向的家事司法，不会只满足于对既定程序的履行，比之一般性的司法，它通常会给法官带来更多的工作量。面对耗时费力的工作，法官的工作动力很大程度上并不来自于其对法律的遵守，而是来自于其对职业伦理的守持。职业伦理对法官的影响通常表现为增强法官对于职业的情感、对工作的兴趣、对理想的追求等，使法官发自内心地想把案件办好。这些情感性、思想性的内容必然以高度默会的形式存在或表现。

“以外就内”的逻辑路线决定了，家事司法为了达到实质性解决纠纷的目标，必须放弃一些形式化的要求。从理论上说，生活化的正义是非形式化的，法律中的正义是形式化的。追求纠纷的实质性解决需要家事司法去接近生活化的正义，但如果在司法的框架内解决纠纷，就还必须遵循必要的程序性要求，这些程序是保障各种非专业化操作具备合法性的底线。因此，在形式化的程序保障下，趋向以非形式化的方式表达的家事司法正义，必然表现出一种弱形式化的特征。

三、家事司法功能实现的实用主义路线

对于一般性的司法来讲，法官的决策更多地应该服从于既定的程序，司法结论是由相对明确的法律规定和相对确定的案件事实通过演绎推理推导出来的结果。对于家事司法来讲，通过形式推出结论并不是最终目的，在秉持弱者保护等原则的基础上妥善处理纠纷才是终极目标。对于家事司法而言，通过既定程序推出来的结论并不一定具有终局性，其往往只是促成纠纷实质性解决的参考性因素。以效果为导向的家事司法所要践行的，是一条由实质推理主导的实用主义路线。这条路线与中国传统法律中的“实用道德主义”思维或立场相契合，其具体通过以下两个侧面来展现。

（一）司法衍生规则

在现代社会，家庭的私密性、自治性等特征决定了，法律不能过多地介入家庭内部事务。正因如此，现代家庭法对于家庭关系的调整在很多情况下是概括性、原则性、指导性的，甚至某些规定仅具有象征意义，如我国民法典婚姻家庭编中的夫妻忠实义务、家风条款，老年人权益保障法中的“儿女常回家看看”条款，家庭教育促进法中的家庭责任条款等，其主要作用是表明某种立场或宣誓某种价值，而诸如彩礼、婚约、忠诚协议等问题，在正式的法律中还没有得到规定。法律即使在诸如财产分割等实体问题方面作出了具体规定，也倾向于强调“综合考虑”或“根据实际情况”来处理。这意味着，既有的家庭法在很多情况下难以为法官解决家事纠纷提供明确的规则。又由于家庭关系是由情感维系的，在纠纷发生前通常不会存在明确彼此权利义务的契约，在家事司法中也就缺乏能够对当事人的行为进行评断的具体规则。换言之，家事司法通常不是通过落实预先规定的形式化的标准进行的，而主要是在一种“模糊的公平概念”下运作的。在家事司法中法官通常会拥有更多的自由裁量空间。为促成双方合意，法官被允许使用更为灵活或更具创造性的方式来处理案件。这些因素为司法在规范文本的基础上通过实践衍生规则提供了条件和空间。这种实践衍生规则的现象通常在两种意义上发生。

其一，在法律规则的空白或模糊地带，当法官能够促成两造合意，或裁判结果因符合伦理习惯、一般的公平观念而被社会所接受时，新的规则往往会依托于案例生成。在当下中国，随着市场经济的深化，由新的生活方式所催生的新的诉求在家庭领域不断涌现。受限于成文法的滞后性，以及家事立法原则性、概括性的特征，许多权利义务关系往往在法律中没有明确规定，而当相关当事人诉诸司法时，法院又必须给予回应。例如，因“儿女不常回家看看”而主张“精神赡养权”、

因探视未成年人亲属受阻而主张隔代探视权、因亲人亡故没有获得告知而主张“祭奠权”、因人工辅助生殖技术的应用而主张冷冻胚胎继承权，以及请求支付“空床费”、“带孙费”、“青春损失费”，都属于新兴诉求。对这些诉求的支持或否定，通常以司法的形式来实现，相关的司法回应也在事实上影响着法院对其后类似案件的裁判。

其二，当适用既有的规则有可能产生明显有悖于社会公平或家庭伦理、风俗习惯的判决结果时，法官通过法律原则消解既有规则的效力或运用法律方法赋予其新的涵义，从而以案例的形式确立新的规则。“泸州遗赠案”的裁判逻辑、夫妻共同债务承担规则的变化历程，以及彩礼返还规则的修改，都生动地体现了这一“实践创生规则”的路线与经验。

（二）实践效果导向

家事纠纷的特殊性决定了，为实质性解决纠纷，家事司法需要走一条实质推理主导的实用主义路线。这就为各种司法机制和方法的创建提供了方向和理由。在法律允许的框架内，有利于实质性解决家事纠纷的方式，都能在家事司法中找到其存在的正当性。

首先，法官被赋予更大的裁量权。家事司法不仅要就权利义务关系给出确定的结论，出于保护未成年人、妇女、老人等弱势群体利益以及维护稳定的婚姻家庭关系的需要，家事司法还必须承担修复婚姻家庭关系、情感治愈以及为未成年人提供保护等其他民事司法不需要承担的附带责任。为此，家事司法中的法官需要拥有更多的自主性，家事司法的良性运作，需要突破一般民事司法所遵循的当事人主义和辩论主义的立场，法官需要依照职权探知主义原则，对其职权进行特殊化的建设性运用，即以一种更能动的方式来处理家事纠纷所涉及的问题。这具体表现为：其一，对当事人的处分权进行适当干预。当某种处分行为可能

对弱势群体的利益造成不公正的损害时，法官有必要对当事人相应的处分行为进行适度干预，作有利于弱势群体的利益调整。其二，允许法官在证据收集上拥有更大的权力，如遇当事人举证困难或不宜由当事人举证的情况，法官可以突破一般民事司法“谁主张、谁举证”的原则，动用司法权力直接调查取证。其三，在事实认定上赋予法官更大的权力，即为保护弱势主体的利益或实现某些公益目的，法官在事实认定上可以不受当事人自认的拘束，对于影响司法结论的基础性事实的认定，可以不受当事人主张范围的限制。

其次，新的机制得以在司法过程中获得应用。在家事司法中，在法律允许的框架内，法官可以突破一般民事司法的模式而应用更为灵活的方式来解决纠纷。家事司法涉及的利益关系，不仅包括当事人双方的利益关系，也包括当事人与其他家庭人员的利益关系，甚至还关涉社会秩序稳定。家事司法中的法官不能仅仅满足于通过形式化的程序推出常规化的结论，不能仅关注产生纠纷的法律关系本身，还必须充分考虑当事人及其他家庭人员的内在心理，以及判决结果可能对社会产生的影响等。正因如此，家事司法往往被赋予更多的灵活性：可以采用多元的调解形式，特邀调解、委托调解、协助调解、在线调解等都有适用的空间；可以适当放宽婚姻家庭案件的审限限制，适度延长审理期限；可以适当伸展司法服务的长度，实现以家事审判为中心的前后延展，做到诉前调解、诉中调解、诉中裁判、案后回访的统一；可以适当延展司法服务的广度，实现以法院为中心的社会联动，以求与社会力量形成合力来化解纠纷。事实上，当下中国基层司法中的“五心工作法”、“四式工作法”、“亲情弥合八步法”、“‘四部曲’工作模式”、“‘三台一金’家事审判模式”等，都是法院为了有效解决纠纷而从实践中创生出的新机制。

再次，法官得以使用更灵活的方法。从某种意义上说，“调解的目的是达成协议，满足双方的

需要，而不是实践一条道德标准。事实上，调解的目的在于调和相互冲突的道德标准”。正因如此，对于家事司法来说，在法律的框架内，能够促进双方达成合意的方法，都具有应用的价值和意义。在家事司法的方法选择上，应当践行一条效果优先的实用主义路线。这就为各种方法的应用提供了合法性和可能性，实践中如“婚姻家庭驿站”“离婚冷静期”等形式的情感修复术的应用，为当事人“募集善款”“办理低保”“申请廉租房”“补办迟来的婚礼”等形式的案后抚慰术的应用，以将心比心、换位思考、同理心对待等方式的移情术的应用，都体现了这种灵活性和实用性。

最后，平衡策略被广泛应用。家事纠纷往往涉及情感问题，而情感问题大都很难分清对错，且家事行为经常是在私密状态下进行的，发生纠纷后往往很难取得实质性的证据。此外，基于血缘、身份、伦理等因素，事实上的家庭关系往往比形式上的法律关系更具有持续性和未来指向性。家庭关系的这些特点决定了，解决家事纠纷的最优路径不是“清晰的区分”而是“模糊的平衡”。欲实现家事纠纷的实质性解决，在大多数情况下不能一味要求法官必须按照某一标准为当事人区分是非曲直和确定权利义务归属，而是要实现当事人双方利益上的协调和平衡。家事纠纷的这一特性，加之中国传统“中道”文化的影响，使得平衡成为当下中国家事司法中较具普遍性的立场和策略，同时也是相对比较容易能获得当事人认可的一种机制。例如，在离婚诉讼中，法官往往侧重于运用“各打五十大板”策略，一方面劝诫被告改变生活中令原告不满的行为，另一方面劝告原告为孩子着想，给被告以改过的机会，而当维持婚姻确实无望时，则尽量在经济上为弱势一方多争取利益；在财产分割中，综合考虑各种因素，既要照顾无过错方，支持其离婚损害赔偿的要求，又要关注到过错方的实际生活状况，既贯彻应得、平均和需求的原则，也考虑照顾生理弱势者，同

时更加强调个体的贡献和过错，从而提出一个双方都可以尽量接受的判决结果。

（三）形式实质分离

美国现实主义法学家坚持形式与实质分离的司法观，认为以普遍规则为主体的判决理由是虚有其表的，他们否定司法意见中的形式主义和演绎逻辑，认为这是一种用来掩盖法官主观偏好的人为工具，法官实际上是依据个人品味和价值观得出结论，事后用适当的法律规则和理由将其合理化。这一观点被称为“司法虚饰论”。受家事案件的特殊性所决定，司法虚饰现象广泛存在于家事纠纷的解决中。

1. 以法律话语包装非法律话语

家庭内部是一个由伦理主导的世界，而家庭外部则是一个由法律主导的世界。在伦理的世界中运行的是道德话语，其中纠纷的解决需要的是调解话语、治疗话语，而在法律的世界中运行的是规则话语，其中纠纷的解决需要的是审判话语。道德话语、调解话语、治疗话语本质上属于非法律话语，规则话语、审判话语本质上属于法律话语。前述“以外就内”的路线就是要求法官遵循家庭的内部逻辑来处理纠纷，而不是一味地追求通过法律的外部逻辑来处理纠纷，就是要使用适应家庭生活规律的语言、方式、符号来传递信息、表达观点、解决问题，而不是一味地追求使用法律语言。具体地说，处理家事纠纷的话语应该是生活化的、地方性的、教谕式的、实用型的，以及通过口语化或修辞的方式来表达的，是能够推心置腹、触及人心灵深处的。当然，司法毕竟是以国家的名义进行的具有公共效力的活动，只有以法律的形式才能确认其合法性。因此，在家事司法中，基于非法律逻辑形成的司法结论，还需要借助法律的形式来表现和确认其合法性，即在道德话语、调解话语、治疗话语等非法律话语（实用话语）作用下形成的结论，需要用规则话语、审判话语等法律话语来包装。

2. 以言述形式虚饰非言述知识

从形式上说，司法裁判是一个依据大前提和小前提得出结论的法律推理过程，这一过程大致由法律规范的选择、案件事实的认定以及裁判结论的推导三个环节组成。由于家事法具有原则性、概括性的特点，在很多情况下，法官并不能找到一个具体明确的逻辑推理的大前提。又由于受到情感、伦理因素的影响，家事纠纷中的事实也不像其他案件中的事实那样具有相对的明晰性、独立性、客观性，而主要是一种相对性事实或主观性事实。这样的事实往往不能通过调查、辩论、公开等规程设置来认定，而是需要基于当事人双方合意或由法官依职权来认定。这两方面因素决定了，家事司法的过程，更多地不是一个通过严格地遵循演绎逻辑来得到确定性结论的形式推理过程，而是夹杂着法官主观性因素的实质推理过程。或者说，家事司法是一个需要充分融入价值、利益、情感、经验等主观性知识的情境性活动，而这些知识恰恰具有典型的默会知识的属性。法官的实质推理过程发生在其思维内部，由法官的默会知识左右，具有较强的不可言述性。司法的权威来源于司法活动的公开与明确，而公开明确的司法则要求推理过程必须以言述的形式表达出来。这就是说，法官处在一种形式的言述与实质的默会的矛盾之中。一个法官的能力也正体现在其能够以形式上的言述来掩饰实质上的默会，即法官需要借助形式推理将案件事实、裁判依据和裁判结果有效地连结起来，经过适当地加工后，通过逻辑和说理将裁判过程合理化地表达出来，使裁判结果的推导过程具有可接受性。从这个意义上说，法官的权力运作空间越大，默会知识发挥的作用也就越大，“形式虚饰实质”的现象就越明显。许多基层法院之所以选择工作经验丰富、地方性知识广博、年龄稍长的女性担任家事法官，其道理就在于此。

3. 正式权力的非正式运作

形式主义司法遵循的是从“规则到结论”的顺向推理逻辑，而实用主义司法遵循的是由“结果到方法”的逆向推理逻辑。家事司法是结果主义导向的，其遵循的应该是一种逆向推理逻辑。在逆向推理逻辑下，结果是明确的，手段的价值需要通过结果来确认。在家事司法中，与纠纷的实质性解决这一效果相契合、同时又具备法律规定性要素的方法，其合法性自然毋庸置疑，但由于家事纠纷具有特殊性，真正有效的方法可能是那些不能纳入法律范畴的、具备“正式权力非正式运作”特征的方法。例如，前文所述的移情术、情感修复术、案后抚慰术以及“各打五十大板”式的平衡术等，往往都是一些在实践中有效但又无法纳入常规机制的方法。

法律制度运作的形式主义逻辑与内在的实用主义逻辑之间的分野，在家事司法中呈现得特别明显。在家事司法中，法官可以交替运用这两种逻辑并使用与之相配套的知识来助力纠纷的解决。但是，无论如何，最终只有通过法律的逻辑才能让司法运作具有合法性。正因如此，家事司法通常会呈现出如下的运作轨迹：法官依靠实用主义的行动逻辑真正化解纠纷，依靠形式主义逻辑来获得结论的合法性。在家事司法中，成功的司法运作实质上是一个借助“案件制作术”将实用主义逻辑改造为形式主义逻辑的过程。法官需要掌握一种“将社会生活中发生的‘事件’建构为法律上的‘证据’、将社会生活里发生的‘事件’转化为法律逻辑所认可的‘案件’的技术”。经过该技术的改造，“卷宗给我们呈现的往往只是一套法律的逻辑和要求”，而真正生动、关键的法官行动和场景都变成了“格式化的程序、法律模板”。

四、当下中国需要什么样的家事司法

现代法治无疑以形式理性为主题，别说是韦伯所概括的形式理性状态下的理想型法治，即使是最薄意义上的法治，也应该具有形式主义的内

涵与特征。然而,家庭是传统和现代争夺的区域,是理性和非理性交集的空间,是现代法治的一块“飞地”。法律为家庭构筑的只是一道“围墙”,在其中,成员被允许享有更多的自治空间,情感和伦理对于家庭关系的维系发挥着较大作用,甚至可以说,家庭关系在很大程度上不是依法律规定的标准来运作的,而是家庭成员在法律基本原则的约束下,以自主的方式、基于情感来运作的。因而,家庭关系的运作具有明显的非形式化的特点。

家事司法欲有效完成纠纷解决的任务,就必须适应家庭关系的运作规律,放弃一些形式化的要求,增加更多的灵活性和实用性。其一,家庭关系的情感性及其对习惯的依赖性,使家事法很难为司法实践提供相对稳定的法网。情感的内隐性、主观性,以及习惯的地方性、多元性,通常与实体法秩序的外观化、形式化、稳定性、一致性等标准难以兼容。其二,家庭关系的自治性决定了,以当事人达成合意的方式来化解矛盾是解决家事纠纷的最佳方案。这种方式具有很强的随机性,这种随机性既使纠纷解决难以获得确定性和可预测性的效果,也使家庭婚姻财产“呈现出高度复杂的归属关系,具备独立于物权维度归属的存在意义”。其三,为追求效果而表现出极强的实用主义偏好的家事司法,虽然也要受到法律规则的指引,但若亦步亦趋地做到“于法有据”“依法办事”,势必克减家事司法的灵活性,也极有可能无法达到纠纷实质性解决的效果。家事司法中运行着一套有别于“完整社会”(一般的法律世界)的“部分社会”的法理,比之其他形式的司法,家事司法应该是形式理性程度最弱的司法,在关注纠纷解决的意义上,家事司法需要践行一条实质主义的路线。

允许家事司法具备更多的灵活性和实用性,并不意味着法官可以任意而为,对其进行权力制约的形式理性依然要发挥作用。首先,家事司法的自由裁量,建立在不突破法律基本原则和强行

法的基础上。婚姻自由、男女平等、一夫一妻制、弱势群体保护等原则,以及各种强行性规定,是法官行使权力的基础和底线。其次,家事司法的特点决定了,控制法官权力,依靠的主要不是司法场域内的力量,而是司法场域外的力量,即要依靠人民陪审员、家事调解员、律师、社区精英等社会力量的广泛参与,对法官权力形成有效的制约。这些司法场域外的力量来源于基层社会,相关主体更通晓家庭运作规律,更谙习日常生活正义的逻辑,在监督与矫正法官行为方面更具有优势,由这些力量所营造的舆论环境对于司法决策也会产生重要影响。如此说来,实质主义的家事司法,并非建立在反法治的立场上。强调家事司法的实质主义特征,目的就在于揭明:对司法权力的控制并非完全来自于法律之网的内部,在法治领域仍需善待情感或非理性;家庭作为一个特殊领域,需要被给予特殊对待。

正是注意到了家庭的特殊性,在世界范围内,不少学者都对传统的奉行形式主义的家事司法进行了激烈批判,有学者甚至将那种只讲形式、不管情感修复的基于特定理由而强制批准离婚的做法视为“美国离婚法中最严重的腐败行为”。在英美法系国家,家事司法正经历着深刻的变革,即从传统的对抗模式到现代的合作模式,从专注法律因素到强调情感和社会因素,从强调确认权利、落实责任到强调心理治疗和情感修复,从强调第三方争议解决到侧重支持家庭自身解决冲突的能力建设,从事后救济到事先预防等方面的变革。在这种变革的背景下,法官不再主要扮演“过错的发现者或权利的裁决者的角色”,而是日益成为“冲突的管理者”。在德国,21世纪初,独立的家事事件和非讼事件程序法开始实施,在家事司法领域,法院的职权主义获得加强,司法的纠纷预防和解决功能进一步强化。日本在近代化之初,出于缓和移植德国法带来的水土不服以及对抗制诉讼导致的多发的社会矛盾的需要,将以“和”为目标,以人情、恩惠为主导的调停主义

融入家事司法，最终通过 2011 年的修法，实现了家事程序法的自足性和本土化。总之，在世界范围内，家事司法的实用性理念和独立性趋势正在加强。

对于中国人来讲，家庭的特殊性更为突出。

“家”是中国人最为重要的生活方式，其对于中国人的意义可以与宗教对于西方人的意义来比肩。家文化以及由此生发出来的亲情伦理与道德精神的意义系统，不仅是中国人传统生存哲学的基础，也是当下中国人精神世界的基石。家庭的特殊性以及家庭对于中国的特殊意义，决定了当下中国的家事司法必须走一条有别于一般司法的特殊化路径。不过，基于对当下中国家事司法实践的观察，现有法律制度尚未为这条路径提供足够的支撑。其一，无论在实体法还是程序法上，法律对家事关系的调整都没有实现应有的独立性与自主性，特别是在程序法上，当下的家事审判适用的是民事诉讼法，援引的是“通常审判程序”。然而，“通常审判程序”以财产案件为主导客体，以当事人主义为主导模式，以高效解纷为主要目标，并不能满足家事案件对职权主义的特殊需求，无法与家庭关系的情感属性和柔性特质相适应，进而难以实现实质性解决家事纠纷的目标。其二，目前中国家事司法实践中存在的带有灵活性的实用主义机制，大多尚处自生自发状态，既缺少理论上的系统化，又缺少正式法律制度上的肯认，具有极强的不稳定性。其三，独立的家事司法模式的有效运行，有赖于法官素质建设、社会力量参与、民间规范融入等外部机制的培育，而当下的中国司法在这些方面的建设尚存明显的不足和短板。综上，未来中国的家事司法，应从如下方面予以完善。

第一，构建符合家事解纷规律的独立的司法程序。此种程序应为家事司法提供一个更加契合家庭关系特点的、更具有人性化的、相对宽松且具有开放性的制度框架，尽可能地为各种实用性方法进入司法程序提供合法性来源。

第二，推进法官的素质建设。比之形式主义路线下的司法，实质主义路线下的司法需要法官具有更高、更全面的素质和能力。在该路线下，法官不仅应通晓法律，还应掌握地方性知识，不但要有专业技能，更为关键的是还要具备技艺理性和默会能力。一般说来，技艺理性和默会能力与年龄和经验成正相关关系。基于此，年龄和经验应被作为选拔家事法官的重要条件。有学者指出：

“旨在改变人们的生活而到法学院读书的人，往往首先寻求基于法院的社会问题解决方案，但有时最有效的解决方案可能在我们的司法管辖之外。”这道出了法外的知识资源对于家事纠纷解决的价值。风土人情、生活常识、心理学等知识形态，在家事纠纷的解决中常常扮演着非常重要的角色，因而有必要注重对法官法律业务之外的素质的考察和培养。

第三，加强法官职业伦理和职业保障建设。比之形式主义路线下的司法，实质主义路线下的司法需要法官做更多的工作。这些工作往往需要耗费法官大量的时间，法官的动力和用心程度在很大程度上取决于其对工作的情感，法官的职业伦理水平决定着其工作质量的高低。法官的职业伦理与其得到的职业保障有直接关联。从某种意义上讲，只有法官能够从工作中体会到获得感、幸福感、荣誉感，其职业伦理水平才能得到应有保障。因此，要在家事司法中赋予法官以较大的权力运作空间，就必须要将法官的职业伦理和职业保障建设作为重要的工作来推进。

第四，强化社会力量的参与。家事司法正义的生活性以及“以外就内”的司法逻辑决定了，需要发动更多的社会力量参与到家事司法中来。家事调解员、人民陪审员、家事调查员、律师以及社区干部等社会力量，不仅能够弥补司法资源的不足，提升司法的亲合力，还能发挥监督功能，弥补司法内部制约不足的问题，保证司法权力的正当行使。

第五，培育民间规范的融入机制。家庭伦理、风俗习惯等民间规范，在助力家事纠纷的实质性化解方面具有不可替代的作用。各级司法机关应为民间规范融入家事司法创造便利条件。目前，一些地方法院为了便于裁判引用民间规范，开展

了民间风俗和传统伦理的收集整理工作，此举能够起到示范作用，值得进一步推广。

*作者：李拥军，吉林大学法学院教授。

*本文原载《法学研究》2025 年第 3 期第 37-53 页。转载时烦请注明“转自《法学研究》公众号”字样。

杨立新：怀念夏吟兰教授

2025-05-31 中国民商法律网 杨立新

<https://mp.weixin.qq.com/s/T4-SH0xK5cn2aZp97i0d6w>

【作者简介】杨立新，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。

怎么也没有想到，夏吟兰教授竟然离我们而去。这些日子，我一直在赵登举副检察长和唐德华副院长仙逝的痛苦中，突然又听闻夏吟兰教授离去的消息，真的为她的早逝而悲痛不已。想不到活力四射的夏吟兰教授，竟然这样早的离开我们，她才 68 岁啊！

我和夏吟兰相识比较早。那时候，我还在最高人民检察院民事行政检察厅任职，参加中国法学会婚姻家庭法学研究会的工作。当时，巫昌祯教授任会长，杨大文教授任常务副会长。夏吟兰教授是巫老师培养的博士，积极参加婚姻家庭法学研究会的工作，被大家认为是巫老师的接班人，对人热情，学识和能力均属一流，在研究会里发挥重要作用。

后来婚姻家庭法学研究会换届，夏吟兰教授担任会长，龙翼飞教授任常务副会长。夏吟兰教授领导研究会积极开展工作，把研究会的学术活动搞得有声有色，特别是后来主办的“中国家事法实务论坛”一年一次，规模越搞越大，到了几百人参加的程度。由于没有合适的场地，只好限制人数，超过限额的不接受参会。后期还出现候补人员、预备人员，当出现空额时由后边报名者依次递补的局面。这说明了论坛具有广泛的影响力，也说明夏吟兰教授领导的研究会的威望。办学术

会议办到如此程度，同为学界办会者，也有羡慕之心。

我对婚姻家庭法还是情有独钟的，原因在于，在家乡法院工作时经常办理婚姻家庭纠纷案件；在最高人民法院民事审判庭工作时，曾任婚姻家庭合议庭的负责人。因此，尽管我的主要学术活动在民法学研究会，但是从未忽视对婚姻家庭法和继承法的研究。不过，在婚姻家庭法的研究上，我是业余的，夏吟兰教授是专业的，因为我的主要精力在研究民法的其他部门法，例如侵权责任法和人格权法。婚姻家庭法学研究会换届时，由于中国法学会有一人不得兼任两个以上的学会副会长职务的规定，因此，我在婚姻家庭法学研究会中不再担任副会长，但是夏吟兰教授和其他学会领导还是让我担任常务理事，继续作研究会的工作。《侵权责任法》立法完成后的那一年，也是 2010 年的婚姻家庭法学研究会的年会，夏吟兰教授邀请我一定要参加会议，并且要我作《我国侵权责任法立法》的主题报告。夏吟兰教授还特别感谢我。我说，我也是研究会的一员，是应尽的职责。

在我的印象中，夏吟兰教授对立法的最大贡献，是《反家庭暴力法》和《妇女权益保障法》的立法工作。这两部法律都倾注了她的大量心血，深入基层调研，总结先进单位的经验，起草立法建议稿，参加立法机关立法，最终迎来《反家庭暴

力法》的出台。她参加《妇女权益保障法》修订工作，积极贡献立法智慧，使该法成为具有时代特点的保障妇女权益的重要法律。

在《反家庭暴力法》立法中，夏吟兰教授提出家庭冷暴力的概念。我曾经对该概念进行质疑，认为冷暴力很难称为暴力。夏吟兰教授进行全面、细致的阐释，让人信服。在《妇女权益保障法》修订中，她坚持起草性骚扰的条文，说服了立法机关，就是该法第 40 条：“禁止对妇女实施性骚扰。受害妇女有权向单位和有关机关投诉。”这是我国立法中第一次写反性骚扰的规定。尽管这个条文的内容虽然并不十分妥当，但是夏吟兰教授等人已经尽力。在现实生活中，制裁性骚扰行为也总算有了法律依据。

编纂《民法典》时，我们都在中国法学会民法典编纂领导小组中，夏吟兰教授是婚姻家庭编建议稿的召集人，我是继承编建议稿的召集人。我们经常沟通，确定亲属关系的规则与法定继承人的范围和顺位。我们的一致意见，是改变现行的近亲属概念，扩大有权利义务关系的亲属范围；与此相适应，法定继承人的范围扩大，增加三、四顺位的法定继承人。在协调一致的基础上，报送立法机关。可惜的是，我们的努力都没有成功，为保持婚姻家庭和继承基本制度的稳定，《民法典》规定的近亲属概念没有改变，法定继承人的范围和顺位也没有改变，只是增加了被继承人的兄弟姐妹的子女的代位继承的规定。

立法机关讨论《民法典》婚姻家庭编的几次会议，我都参加了，看到了夏吟兰教授他们的积极努力。正像别人说的那样，夏吟兰教授述说她对婚姻家庭法时，总是活力满满，充满热情。她代表婚姻家庭法学研究会全面阐释离婚冷静期立法的理论基础和现实需要，理论结合实际，特别是提供了详实的案例和调查结果作为佐证，令人信服。在讨论中，我支持夏吟兰教授的意见，认为确有必要作此规定。最终，《民法典》第 1077 条规定了离婚冷静期。立法通过之后，对这一规定多数

人是支持的，但是也有很多年轻人反对，我也被骂。事后，我跟夏吟兰教授多次提到这个问题，她总是哈哈一笑：“对社会、对人民有利，不怕骂。”她对待妇女权益保障就是这么执着、热情，但也拥有豁达的胸怀。在讨论离婚过错损害赔偿条文时，我们的意见是一致的，她提出扩大离婚过错损害赔偿的范围，我作为侵权责任法专家，积极支持这一意见，最后，《民法典》第 1091 条增加“有其他重大过错”这一项规定，对于保护受害方的合法权益具有重要价值。

我和夏吟兰教授经常见面的机会，是讨论有关离婚和继承的典型疑难案例的会议。在这两个方面，夏吟兰教授都是专家。她就是看不得女性被欺负，遇到这种情形，她总是义正词严，义无反顾，支持受害的女性，为她们伸张正义。

夏吟兰师从巫昌祯先生，是巫昌祯带领夏吟兰从“文艺青年”走上了婚姻家庭法研究之路，坚守“改变妇女命运”的誓言，不懈地研究婚姻家庭法理论。她的社会任职颇多，不仅长期担任中国法学会婚姻家庭法研究会的会长，还担任中国婚姻家庭研究会副会长，第九、十届全国妇联执行委员，第十、十一届全国北京市妇联兼职副主席，最高人民法院案例指导工作专家委员会委员等职务。她也获得诸多荣誉，被授予全国维护妇女儿童权益先进个人、北京市优秀中青年法学家、北京市高等学校优秀青年骨干教师和全国三八红旗手的荣誉称号。她在法学界是一位佼佼者。这些荣誉和任职，都是她作为一位优秀法学研究者的证明。

大概是前年，我们在邮电科技大厦见面，会后我问她退没退休，她说已经退休了。我有点不相信，因为我觉得她还很年轻。我从来不问女性的年龄，不知道她是哪一年生的。她告诉我我才知道，原来我们都是“50”后，我比她大 5 岁。同为上个世纪五十年代出生的法学研究者，都有曲折和艰辛的经历，感慨都是相同的。那天，我对她说，你年轻，你要为妇女权益做更多的工作。真的

没想到，不到两年，一代女性法学豪杰竟然与我们永别，真的是太可惜了！

夏吟兰教授虽然远去，但是她对妇女权益保护和婚姻家庭法研究的执着和热情，永远都在闪着光和热。

夏吟兰教授千古！



夏木成荫处，法韵兰香长——追忆夏吟兰老师

2025-06-01 女院法学院 但淑华

<https://mp.weixin.qq.com/s/FbbdnwWLOAXBsnvYex08fw>

今天是儿童节，对婚姻法学界的同仁们来说，却是一个伤心的日子！上午，我们在八宝山殡仪馆送别了中国法学会婚姻家庭法学研究会会长、中国政法大学教授——敬爱的夏吟兰老师。回家路上，我忍不住把手机里夏老师这几年发给我的微信语音翻出来挨个儿听了一遍。言犹在耳，斯人已逝，心绪难平！这些天忆及许多与夏老师相处的过往，略记一二，聊表思念。

初见夏老师，是2004年我刚到女子学院工作后不久，夏老师和巫老师一起到法学院开会。彼时我刚开始学习和讲授婚姻法，知道两位老师都是大家，心里充满了景仰。后来考了巫老师的博士，有更多机会与夏老师在一些学术会议上碰面，偶尔也会和夏老师一起参加同巫老师及先生的聚餐。虽然夏老师很平易近人，但我生性比较社恐，所以对夏老师还是尊敬崇拜居多，谈不上亲近。

转折发生在我博士论文答辩时。法大民商法专业的答辩素以严苛著称，婚姻法方向因为比较小众，似乎更是如此。我答辩那天，夏老师是答辩组成员之一，其余几位都是研究民法的老师。我很有些紧张，尤其是当有老师对我的提问步步紧逼以后。这时我眼睛的余光扫到夏老师，她笑盈盈地看着我，目光中充满了鼓励和肯定。我踏实了些，定了定神接着往下答。最后，我以四票通过、一票优秀的成绩顺利上岸，我心中暗自猜想，优秀票一定是夏老师投的！答辩结束后，我在校园里碰上了正欲驱车离开的夏老师。她摇下车窗，还没等我开口就说：“小但，论文写得挺好，今天表现也不错！”或许是看出我的疑虑，临了她又加上一句：“我是真觉得你写得好！”这两句话给了我莫大的鼓励，让我在答辩中几近被击溃的信心得以重建，我因此对夏老师充满感激。也正是因为夏老师的肯定，后来我才有勇气报名参加

当年的妇女/性别研究优秀博士学位论文评比，并获得了不错的奖项。

作为晚辈，从夏老师那里得到的照拂还有很多。2016 年的一天，夏老师打电话给我，说全国人大常委会法工委民法室需要人协助做《民法典婚姻家庭编》的资料收集汇编等工作，想推荐我去。有机会近距离接触参与《民法典》的编纂，这当然是一个千载难逢的好机会！但其时我家里刚刚发生了一些变故，我状态比较消沉，而且我卡在讲师的位置上多年上不去，发论文、评职称近乎成了执念，所以考虑几天之后我还是婉拒了夏老师的好意。夏老师帮我分析了很多，也提出可以帮我解决一些实际困难，奈何我已经下定决心。事后在一个会上再遇到夏老师，我自觉心虚，有意躲着她。这当然逃不过夏老师的眼睛，她主动招呼我过去，表示理解我的选择，还很暖心地鼓励了我，让我在愧疚之余更多了一些感激与感动。

这些年跟着夏老师做过几个课题，深深折服于夏老师深厚的学术造诣和崇高的家国情怀。她心系妇女，一生都在践行三十多年前作出的“改变妇女的命运，帮助到她们”的承诺。印象特别深刻的是在 2017 年学会举办的一次《民法典 婚姻家庭编（专家建议稿）》讨论会上，有老师建议将《婚姻法》中的婚后所得共同制修改为婚后劳动所得共同制，认为前者可能助长不劳而获的风气。也有老师对此持不同意见，会场上一时间争执不下。夏老师思忖良久后表达了反对观点。她说，在中国农村，有大量出嫁妇女事实上是不能继承自己父母遗产的，如果再剥夺她们对丈夫继承遗产的共有权利，实际上会使她们面临两头空的境地，所以财产制的修改要非常慎重，在有充分扎实的调研表明不会影响妇女权益之前，不宜作此修改。类似的情形还有很多，无法一一细数。

夏老师还是一位非常有智慧、有格局的领导。博士毕业以后，我开始在学会秘书处做一些工作，几年后又成为学会副秘书长，因此得以非常深切地感受夏老师的领导风格和魅力。在她身上，既

有法律人对原则和程序正义的坚守，又有女性的细腻与思虑周全。有好几次，我因为学会的工作犯难，因为不懂得如何处理其中涉及的方方面面的关系而向夏老师求助。夏老师总能条分缕析、抽丝剥茧，给出非常妥帖的解决方案。夏老师总是把学会的发展和需要放在首位。去年，法学会的支持经费不知何故迟迟没有拨下来，而一年一卷的会刊出版又到了必须付款的时间，学会账上的钱已经入不敷出。夏老师得知后二话没说，自己掏钱把出版费给交了。事后有其他会长提出要分摊这笔费用，夏老师拒绝了。法学会的拨款到账后，我们提出归还夏老师的垫款，夏老师也始终没有接受。夏老师当会长 21 年，学会不断发展壮大，并且形成了团结守望、和谐包容的良好氛围，很多学会对此羡慕不已。

以上仅仅是和夏老师交往的几个片段。夏老师生平里有一句诗：“吟法韵以彰正道，兰香远而励后贤。”我觉得非常贴切地概括了夏老师的成就和品质。

夏老师离世那天是《民法典》颁布五周年，而我们送别夏老师的今天是儿童节。这或许只是日历上的偶然重叠，但又何尝不是岁月向为婚姻家庭法治建设和特定群体人权保障奋斗一生的夏老师所作的致敬呢？

敬爱的夏吟兰老师一路走好！

中华女子学院 但淑华

2025 年 6 月 1 日



撰稿 | 但淑华

编辑 | 赵晓蕾

审核 | 黄 晶

审定 | 邢红枚

王歌雅：音容宛在 沉痛惜别——追忆夏吟兰教授

2025-06-01 家事法苑 王歌雅

<https://mp.weixin.qq.com/s/I2s2mGjvAlAzIhhepnFrYA>

音容宛在 沉痛惜别

——追忆夏吟兰教授

作者：王歌雅，黑龙江大学民商法学研究中心

惊闻夏吟兰教授辞世，内心无比悲痛。夏吟兰教授既是卓越的婚姻家庭法学家、立法专家，也是教书育人、立德树人的教授、博导；既是著名的女性权益保障的倡导者、支持者，也是著述颇丰、影响深远的学者、作者；既是反家庭暴力立法的推动者、建言者，也是性别平等、人文关怀的崇尚者、践履者。矢志不渝、躬耕讲台、尊师重道、著书立说，是她的职业形象；豁达包容、大气温婉、谦逊和蔼、友爱同道，是她的人格底色。正如《诗经·秦风·小戎》所喻：“言念君子，温其如玉。”

师者传道授业解惑。夏吟兰教授在任职中国政法大学教授、博导期间，不仅招收了全国首位

妇女人权研究方向的博士生，也培养了多位婚姻家庭法、人权方向的博士。她立足讲台、关爱学生、循循善诱、启智润心，在尊重、培养学生研究兴趣的同时，激发、鼓励学生从事学术研究的潜能与热忱，为法学教学、理论研究、司法实务培养了大量的优秀人才，实现了弦歌不辍、薪火相传。

智者立法释法维权。夏吟兰教授作为中国法学会婚姻家庭法学研究会会长、中国婚姻家庭研究会副会长，注重传播婚姻家庭法治理念，积极推动平等、和睦、文明的婚姻家庭关系建设，为婚姻家庭立法、婚姻家庭司法献言献策。她曾参加2001年《婚姻法》修正案、《妇女权益保障法》的立法论争、立法调研工作，也曾参加《反家庭暴力法》《民法典·婚姻家庭编》的立法论证、立法编纂工作。她曾牵头撰写多项立法专家建议稿，

为维护民众的婚姻家庭权益、促进性别平等奉献智慧、殚精竭虑。

贤者淡泊明志致远。夏吟兰教授作为婚姻家庭法研究领域的专家、学者，她虚怀若谷、谦逊包容，注重培养、吸纳优秀的婚姻家庭法学人才，深受同道的尊敬与爱戴。她严于律己、团结友爱，致力于婚姻家庭法学会的和谐发展与民主建设，广受同行的赞誉与信赖。她勤奋钻研、治学严谨，不断推出高水平、前瞻性的系列研究成果，及时回应了婚姻家庭领域中的重点难点热点问题，拓展了婚姻家庭法学的研究视野与研究路径，丰富了婚姻家庭法研究成果，《离婚自由与限制论》《家事法专论》等成为婚姻家庭法研究领域的担纲之作。

仁者高风亮节素心。夏吟兰教授作为高校教师、博导，她爱护学生、关心学生、鼓励学生、成就学生；作为著名的婚姻家庭法专家、学者，她治学严谨、专业精深、广征博引、观点鲜明；作为婚姻家庭法学界的学长、师友，她光明磊落、温暖从容、援手相助、携手同行；作为普法征途上的阐释者、传播者，她以法为基、明理通达、维护权益、追求公平。她始终站在法治与人性的交汇处，让冷峻的法律规范投射出人性的光辉。

四十余载教坛春秋，法学殿堂满园桃李。
立法征程倾注心血，理论建构永立潮头。

空谷幽兰，不言自芳！

夏吟兰教授千古！



卢文捷：痛别恩师，吾爱吾师，永远！——遥祭恩师

2025-06-02 家事法苑 卢文捷

https://mp.weixin.qq.com/s/-U3wxmY2yCfRYpVPBswP_w

痛别恩师，吾爱吾师，永远！

——遥祭恩师夏吟兰教授

作者：卢文捷，新疆政法学院法学院

一切太突然，太令人震惊！直到现在，依然沉浸在悲痛之中。尽管怎么都不肯相信恩师已逝，但又不得不面对这一残酷事实。

5月28日是我校首届本科毕业生答辩的日子。凌晨6点半起来，全身心投入看学生论文。10点多的时候，看了一下手机。在一个婚姻法群里看到“夏老师千古”几个字，心头一惊。急切地翻阅一条条信息，直到翻至9点28分的信息：“源自中国法学会婚姻家庭法学会秘书处 沉痛地向各位理事报告：我们敬爱的夏吟兰会长，因突发急症经抢救无效，5月28日1:30去世。夏老

师千古！”我一下子懵了。果然是我敬爱的恩师夏吟兰教授！！！顿时心乱如麻，心痛不已。放下学生的论文，朝着北京方向，泪水夺眶而出。前不久还与导师联系过，同导师聊了些这边的工作。怎么会这样呢？没想到这竟是最后一次与导师联系。

答辩直到晚上 11 点半才结束。一整天，老师的音容笑貌都在眼前浮现，与老师交往的每一个瞬间历历在目。这几天，我一有空就在抖音上搜索关于老师的信息，打开邮箱、短信、微信，以及老师赠我的书籍，一遍又一遍地反复阅读老师留给我的任何一个文字。每一次阅读，回忆起与老师交往的点点滴滴，很温暖，也很心痛，在泪水中感受老师的教诲与关爱。

对于老师，一直满怀仰慕之情。最早认识老师，是在早年刚开播的《今日说法》。那时的我刚刚懵懂地进入法学领域，非常喜欢“中国人的法治午餐”，几乎每期必看。老师是节目经常邀请的嘉宾之一。初次见到节目里的老师，就被她那优雅的气质、温婉的知性、渊博的学识、理性的睿智所深深感染。但那时候没有奢望过，居然日后有幸成为老师的学生。

本人天性愚钝，加之出生在教育落后的偏远地区，自小没有学过英语，这是我的致命短板，所以起初没有读研打算。直到 2008 年，在社会上漂泊了很久之后，才决定读研。首要困境就是突破英语关。经过大约两年时间的自学英语，终于 2010 年进入中国政法大学攻读硕士学位。这个时候我已年纪不小。在选导师时，当时已经十分喜欢婚姻法学，但更重要的是仰慕老师。选导师后，一直忐忑不安，生怕老师嫌弃我这个大龄学生。然而，令我激动不已、感动不已的是，老师没有任何嫌弃，将我忝列门墙。第一次与老师见面是在昌平校区，老师当时就论文选题“夫妻忠实义务”的一些问题给我深入指导。随后的指导中，老师非常认真，从论文提纲草拟、到论文结构调整，再到学术观点把握，甚至是一个错别字，都尽心尽力。

而且，老师很辛苦，常常是在夜里很晚的时间给我回复邮件。

毕业之后，我到天津一所高校工作。由于距离很近，经常到北京办些事情或者参加学术会议，常与老师见面。每一次见面，老师都会询问我的工作与生活近况。

到天津工作后，我为报考老师的博士做准备。英语依然是我必须突破的难关。在与老师就读博一事深入交流后，老师不仅指导我准备考博专业课程，还专门去向她的博士生了解考博英语，并就考博英语有关问题给我指导。尽管后来终因英语之困，未能实现读博之梦，但老师给予我在读博准备工作上的帮助令我着实感动。直到今天，依然心存感念。

工作之余，我在硕士论文基础上进一步深入研究夫妻忠实义务制度。甫一完成，恰逢 2014 年天津社科基金后期资助项目开始申报，需要三位教授推荐。尽管老师很忙，但还是挤出时间为我写了推荐意见。这个项目之所以申报成功，与当时包括老师在内的三位推荐专家功不可没。另两位是中国政法大学的授业恩师刘承勰教授与我的领导天津师范大学韩志红教授。研究成果结项后，作为我的第一本专著《夫妻忠实义务制度研究》顺利出版。我在后记中写道：“感谢恩师夏吟兰教授。能有机会成为老师的学生，实乃人生之一大幸事。当初选择夫妻忠实义务这一颇具争议性的问题作为我的硕士论文选题时，老师语重心长地提醒我应当注意的一些问题，并在整个写作过程中予以悉心指导。应该说，没有老师当初对我的硕士论文选题的肯定以及悉心指导，恐怕不会有我对这一问题的深入思考。并且，此次申报项目，老师依旧在繁忙的工作中欣然为我推荐。老师的恩情终生难忘。”

在天津工作期间，我有多篇论文先后入选老师主编的《家事法研究》《家事事实务》。这两本学术辑刊是婚姻家庭法学领域重要的学术阵地。

对我来说,无疑是一份莫大鼓励,唯有继续努力,写出更好的作品,才能不负老师的厚爱。

并且,老师一直关心我的婚姻问题。在不同场合,不止一次催促我找个合适的对象结婚,并同我谈一些婚姻与家庭方面的看法。同时,老师也语重心长对我讲:现代社会生活方式是多元的,理解并尊重你的选择。这天底下,有父母催婚的,没想到老师也催婚啊。很温暖,也很感动。

2016 年 11 月,当我将获得中国法学会部级法学课题立项的消息告诉老师时,老师鼓励我:

“文捷:衷心地祝贺你,为你高兴!世上无难事,只要肯登攀,好好努力吧!”直到今天,老师的这份鼓励依然是我继续前行的动力。

2019 年 4 月,在中国婚姻家庭研究项目结项评审会上,老师是评审专家之一。我当时怕别人说闲话,就没敢与老师打招呼。评审会结束后,老师叮嘱我要按照评审专家的意见认真修改研究成果,我也向老师报告了破格晋升副教授的事情。恰好,老师与我都认识的一名与会教授从旁边经过,打过招呼之后,老师指着我对她说,他现在是副教授了。看得出,老师很为我的进步高兴。待项目研究成果修改后,作为我的第二本专著《基层群众性自治组织干预家庭暴力运行机制研究》出版。我在后记中写道:“感谢恩师夏吟兰教授。感谢老师之前赠我的《家庭暴力防治法制度性建构研究》。这本由老师主编的专著中收录有中国法学会《反对针对妇女的家庭暴力对策研究与干预》项目的研究成果《中华人民共和国家庭暴力防治法(专家建议稿)》、我国数十部地方反对家庭暴力法规,以及十多部域外反对家庭暴力法律,为我提供了丰富的法律文献。并且,在项目结项评审会上,老师叮嘱我要按照评审专家的意见修改研究成果。殷殷之情溢于言表,令我感动不已。由于我在天津工作,大多是在学术会议期间同老师匆匆见上一面。对于老师这些年来的关爱,自觉无以回报。老师是我国《反家庭暴力法》的见证者、亲历者、推动者、参与者,对于《反家庭暴力法》

功不可没,为其作出重要贡献。在此,谨向老师为推动《反家庭暴力法》的不懈努力致敬!”

2019 年底与 2020 年 10 月,我前后出版两本专著。但因当时困于新冠疫情,并未给老师邮寄。2021 年 4 月中旬,参加第八届中国婚姻家庭法实务论坛之际,当我把两本书捧给老师,并告诉老师我于 2020 年 12 月再一次获得中国法学会部级法学课题时,老师微笑着拍了下我的肩头说:“你真行!”那一刻,我看到老师满眼都是学生取得成绩的喜悦之情。

2021 年夏天,我到宁波一所高校任教。一年之后,当我看到现在任教的学校——成立于 2021 年的新疆政法学院紧缺高职称师资后,经过再三考虑,毅然决定支援边疆法学教育事业,来到位于塔克拉玛干沙漠边缘的绿洲小城图木舒克。为此,老师叮嘱我:“文捷,远赴西域,保重呦”。当我告诉老师很喜欢大美新疆时,老师鼓励我:“新疆是很美,我以前去过南疆和北疆,但人文环境社会环境总有不同。给你点赞。”我知道,老师的心中至此多了一份牵挂。

我来南疆工作后,除了承担繁重的教学任务,还兼职行政职务,先后分管法学院的教学与学生管理工作。由于时差原因与大量行政事务缠身(每天忙到两头不见太阳。夜里一两点回去正常,最晚三点半才回去也是常事。周六日休息的时候也不多,寒暑假还得值班),以致这两年很少与老师联系。最近两次联系,一是在今年 4 月份申报国家社科基金项目时,征求老师意见,老师十分支持我,并同意加入我的科研团队;再就是五月份与老师有过联系。

为了专心做研究,今春开学之初辞掉行政职务,并做了一些规划。其中之一,便是计划秋天邀请老师过来做一场婚姻家庭法学讲座,陪老师看一下金色胡杨,再到喀什、和田、库车、莎车等地转转,看一看新疆大地的人文景观。然而,秋天还没来临,老师就匆匆走了。我仰天长问:老师,您可知道我在西域为您准备的邀请吗?

老师是婚姻法学界泰斗，为我国婚姻家庭法治建设作出重大贡献，著作等身，有目共睹；也为婚姻家庭法治建设培养了大批杰出人才，奋斗在党政、司法、教学、科研等领域。老师的猝然离世，不仅是法学界的重大损失，更是社会正义与人文关怀领域的巨大遗憾。

作为老师众多的学生之一，我属平庸之辈，既不优秀也不出众。但是，如今能在婚姻法学研究上取得一点小小成绩，这一路走来都跟老师的教诲、鼓励与帮助是分不开的。

老师的微信头像是一方纯净透明的蓝色湖泊，蓝天白云与山水相映，一如老师这一生的两袖清风，坦荡人生。但我知道，我发给老师的微信再也不会会有回复。翻出老师的电话号码，看着那串熟悉的数字，我知道我再也打不通老师的电话或者接电话的人将不再是老师。然而，我会将老师的微信与电话号码永远珍藏，敬爱老师，怀念老师。

恩师已逝，吾辈当悲。痛别恩师之际，吾辈当化悲痛为力量，继承恩师遗志，扛起奋斗大旗，继续在婚姻家庭法学领域勤奋耕耘，推动婚姻家庭法治建设，保障妇女权益，以报答老师恩情，告慰天国的老师。

远在西域，由于工作原因无法抽身回去，只能在此遥祭恩师。

恩师千古，一路走好！



冯陵升 | 《民法典》时代“猪队友的锅，我要不要背？”

原创：2025-04-11 暨南学报哲学社会科学版 冯陵升

<https://mp.weixin.qq.com/s/ZZa4x9og981rZdsy815khw>

作者 | 冯 陵 升（吉林大学法学院）

原文标题 | 《〈民法典〉视域下夫妻一方侵权之债的性质认定》

引用格式 | 冯陵升：《〈民法典〉视域下夫妻一方侵权之债的性质认定》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2025年第1期。

摘要

对于夫妻一方侵权之债的性质问题，学界与司法实践一直存有争议。中国《民法典》（CCC）第1064条规定了夫妻共同债务的认定标准，但是这一规定并没有平息争议。学界对《民法典》第1064条是否可以适用于夫妻一方侵权之债存在争议。在适用《民法典》第1064条认定夫妻一方侵权之债的性质时，司法实践也采取了不同的认定标准。因此，对于夫妻一方侵权之债的性质认定

问题，学界与司法实践尚未形成统一观点，需要进行讨论。



本刊 2025 年第 1 期刊出冯陵升的《〈民法典〉视域下夫妻一方侵权之债的性质认定》一文主要运用了解决论方法。通过解释论方法，本文对《民法典》第 1064 条是否可以用于解决夫妻一方侵权之债的性质认定问题以及如何解决夫妻一方侵权之债的性质认定问题进行讨论。

相较于以往研究，本文的创新之处主要在于以下两点：其一，与否认《民法典》第 1064 条可以用于解决夫妻一方侵权之债的性质认定问题的主流观点不同，本文支持了《民法典》第 1064 条可以用于解决夫妻一方侵权之债的性质认定问题。其二，因既有研究中的主流观点否认了《民法典》第 1064 条可以用于解决夫妻一方侵权之债的性质认定问题，故既有研究并未讨论如何适用《民法典》第 1064 条解决夫妻一方侵权之债的性质认定问题。本文在第一个创新点的基础上，说明了如何适用《民法典》第 1064 条解决夫妻一方侵权之债的性质认定问题。本文认为，《民法典》第 1064 条为夫妻一方侵权之债的性质认定提供了三

项判断标准：第一项判断标准是作为共同法律行为的夫妻共同意思表示，判断关键在于夫妻双方与被侵权人之间是否就夫妻一方侵权之债转化为夫妻共同债务形成合意。第二项判断标准是作为并存的债务承担的夫妻共同意思表示，判断关键在于被侵权人能否证明夫妻之间就夫妻一方侵权之债转化为夫妻共同债务形成合意。第三类判断标准是债务用于夫妻共同生活、共同生产经营。债务是否用于夫妻共同生活、共同生产经营应该采用用途论定义，夫妻共同生活、共同生产经营的范围因债务类型不同而存在不同。

本文明确了夫妻一方侵权之债性质认定的法条依据与判断标准。这有利于平息理论争议，统一司法裁判，公平地保护夫妻双方与债权人的合法权益。



【关键词】夫妻共同债务；侵权之债；性质认定；共同意思表示；共同受益

图 文 | 宁静颖

初 审 | 邹雅嘉 张 鹏

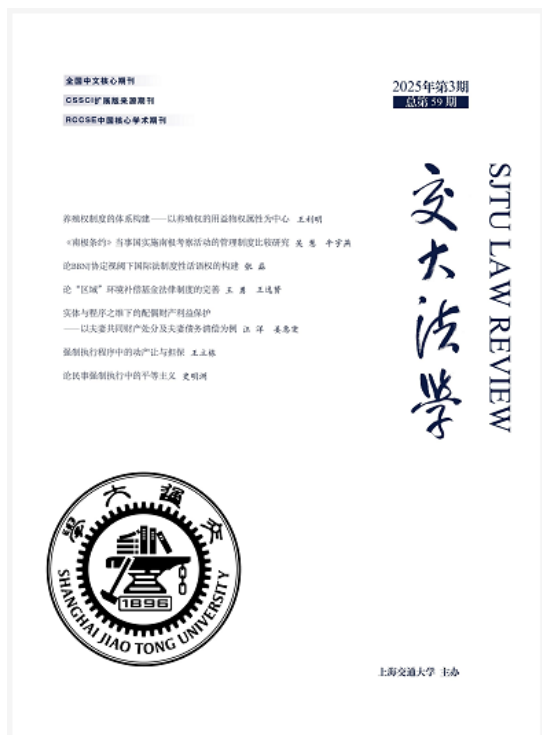
复 审 | 李晶晶

终 审 | 陈 林

汪洋、姜惠雯：实体与程序之维下的配偶财产利益保护——以夫妻共同财产处分及夫妻债务清偿为例

原创：2025-05-30 交大法学 汪洋、江惠雯

https://mp.weixin.qq.com/s/q_HGOnTt0mhT4KSHAdv4ZQ



汪洋

本文原载于《交大法学》2025 年第 3 期。汪洋，清华大学法学院长聘副教授、法学博士；姜惠雯，清华大学法学院博士研究生。为编辑便宜，原文引注已略去，如需了解更多，您可点击阅读原文。若欲转载，请联系《交大法学》微信公众号（SJTUJDFX）。

实体与程序之维下的配偶财产利益保护

——以夫妻共同财产处分及夫妻债务清偿为例

□汪洋、姜惠雯



姜惠雯

摘要：配偶财产利益受损的典型场景是夫妻一方单独处分共同财产及将共同财产用于夫妻债务清偿。实体法上，当夫妻一方以低价或无偿方式处分共同财产时，需要结合具体情况分别适用恶意串通、婚内析产和悖俗无效规则对配偶利益进行救济。当夫妻对外负债时，针对责任财产范围和清偿顺序，应当结合债务产生原因及配偶是

否从中获益进行分类。程序法对配偶利益保护的侧重点在于配偶如何参加诉讼。配偶能够作为无独立请求权第三人或有独立请求权第三人参加诉讼，并适用《民法典》第 1060 条和第 1064 条建立起“主张-抗辩-再抗辩”的证明责任规范体系。执行程序中，在交易相对人要求移转占有或变更登记共同财产时，配偶只有在非因自己过错、未能参与前诉时，才能提起执行异议，并启动第三人撤销之诉。在债权人要求夫妻一方偿还个人债务或共同债务时，法院无须追加配偶为被执行人，得直接执行共同财产。如果配偶接受夫妻一方转让或赠与特定财产且未完成对外公示时，其在符合特定条件时，配偶持有的财产权可以对抗执行债权，并排除法院强制执行。

关键词：内外归属方案 配偶利益 实体法和程序法双重视角 夫妻共同财产 夫妻债务

一、问题的提出

当前我国夫妻财产制度采取婚后所得共同财产制，即在个人财产之外，夫妻因婚姻关系组合形成夫妻共同财产。围绕夫妻共同财产的处分与债务清偿，有必要平衡婚姻共同体、配偶一方及相对人等多方主体的利益关系。所谓平衡方式，一是通过婚姻财产内外归属方案，区分婚姻维度财产归属和物权维度财产归属，使得以婚姻共同体为代表的伦理价值和以相对人信赖为典型表现的交易价值在各自领域发挥作用，避免婚姻关系影响财产交易行为。二是对于婚姻共同体来说，实则包含夫妻两方各自享有的私法利益、因共同身份产生的协同利益和作为配偶所产生的利益，因此在婚姻共同体内部，还存在着共同秩序与个体行动自由的冲突。在配偶利益存在受损可能性时，针对配偶一方配置专门救济手段。

本文将配偶财产利益保护问题置于实体和程序双重视角下，选取夫妻一方单独处分共同财产，或将共同财产作为责任财产清偿债务两种情形，探讨配偶利益的保护措施。论述框架如下：首先，

在婚姻财产内外归属方案下，从实体法的维度认定夫妻一方单独处分共同财产的行为，明确夫妻一方无偿或者低价处分共同财产的规范定位以及从夫妻债务类型、对应的责任财产范围和清偿顺序等层面，剖析将夫妻共同财产用于债务清偿的相关规则。其次，从程序法维度延伸对相关问题的讨论，区分诉讼和执行两个阶段，确定配偶参加诉讼的方式、提起诉讼请求的内容、证明责任分配方式，执行的启动及相关救济措施。

二、夫妻一方单独处分共同财产的实体法之维

在夫妻一方处分共同财产时，实体法首先根据夫妻一方是否享有处分权，将处分行为区分为有权处分和无权处分。物权方案认为婚姻维度财产共同所有应当适用物权维度特定财产共同共有规范。在共同财产被登记在夫妻一方名下时，登记一方转让共同财产行为构成无权处分，相对人可以通过善意取得制度补足权利取得缺陷。在共同财产被登记在夫妻双方名下而夫妻一方单独处分，或登记在夫妻一方名下，而非由非登记一方处分时，也属于无权处分类型，只有产生代理权外观且被受让人信赖时，才能获得被处分财产的所有权。当物权公示标准叠加夫妻共同财产制标准之后，由于物权公示系统不会记载转让人的婚姻状况，婚姻登记本身也不包含财产变动信息，加之夫妻还可能针对特定财产进行特别的约定，例如将房产赠与另一方或将单独所有的财产变为共有财产，这些情形下作为物权公示方法的占有和登记面临失灵风险。为此，有学者主张由于婚姻关系也会成为物权变动依据从而改变当事人的权属状态，因此应当相应地提高相对人的注意义务。这就使得相对人承担较重的信息查询义务和注意义务。

债权方案与内外归属方案在转让人处分权判断上仅依据物权维度的标准，不受夫妻共同财产制的影响。当考虑对外关系时，完全依登记或占有外观的情况确定，避免婚姻财产制度扰乱交易

秩序。因此共同财产被登记在哪一方名下，登记一方就享有处分权。在物权方案中属于无权处分并适用善意取得的情形，此时构成有权处分，无须再判断相对人在主观上是否善意。另外，对于此种情形同样需要回应共同财产被登记在双方名下而由夫妻一方单独处分，或非登记一方处分共同财产时，适用何种法律制度？此时实际出卖人身份与登记或占有权利人身份显然不一致，相对人通过查询登记簿或基于占有外观，无法产生对实际出卖人享有处分权的信赖。因此，信赖的对象就不再是当事人处分权限，而转变为实际出卖人是否获得权利人的授权。

在外部关系中，夫妻一方能够单独处分共同财产，配偶不得以财产属于夫妻共同财产为由，对处分行为进行限制。但是在内部关系中，非交易一方即配偶并没有为相对人的信赖利益而放弃自己的财产利益。因为相对人在取得财产所有权同时，还会支付相应对价，从而使共同财产转换为货币或其他财产形式。因此，债权方案或内外归属方案正当性基础以对夫妻共同财产处分在价值上不会损害婚姻共同体的利益为前提。在夫妻一方依据正常市场行为处分共同财产时，婚姻财产在价值总量上没有发生变化，法律无须作出额外的干预；仅当夫妻一方无偿或者低价处分共同财产时，才可能导致配偶在婚姻维度的财产利益受损，有获得法律救济的必要性。

按照上述标准，当夫妻一方无偿或低价处分共同财产，就会导致婚姻财产价值遭受减损。不过于此情形，也不得一概而论，而应当结合造成“对价失衡”现象的原因进行判断。本文列举三种涉及“夫妻一方低价或无偿处分共同财产给相对人”的情形：一是对共同财产的处分与夫妻和相对人的其他交易之间存在关联，例如夫妻为共同经营目的而向相对人借贷，为担保债务如期偿还，将共同财产形式上转让给债权人，并约定当债务不能履行时，相对人从被转让的财产价值中优先受偿。二是夫妻负担共同债务，应当由夫妻

共同财产清偿。夫妻为逃避债务，通过无偿或低价处分共同财产，降低自身的偿债能力。三是夫妻一方为损害配偶利益，与相对人相互串通，将共同财产无偿或低价转让给相对人。

针对上述三种情形，第一、二类都比较容易判断，夫妻一方实则为夫妻共同利益而将财产处分给相对人。在规范适用上，分别参照让与担保司法解释和债权人撤销权制度处理。对于第三类，从结果上看，夫妻一方的处分行为造成配偶财产利益损失的后果，而《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28条第2款恰好提供了夫妻一方擅自做出处分行为导致另一方遭受损失的救济方案。不过在适用该款规定时，仍然存在以下障碍：首先是司法解释没有规定损失产生的原因和范围。如果损失的发生与配偶无法再追回共同财产的事实有关，那相对人为取得共同财产的所有权，根据《婚姻家庭编解释（一）》第28条第1款规定，应符合善意取得的构成要件。这意味着相对人不仅在主观上是善意的，而且已经向夫妻一方支付合理对价。这就将夫妻一方无偿或低价处分共同财产情形排除在该条的适用范围之外。反过来，如果夫妻一方与相对人相互串通，并以无偿或低价方式处分共同财产，那么根据《婚姻家庭编解释（一）》第28条第1款规定，相对人无法取得共同财产的所有权，处分行为不发生效力，也就不会对配偶的财产利益造成损害。其次是司法解释将损害赔偿的时点确定为离婚财产分割阶段，在婚姻关系存续期间，配偶不能对财产关系予以调整。因此，当损害发生时，配偶也无法及时获得救济，须等到离婚时才能要求夫妻一方赔偿损失。

除《婚姻家庭编解释（一）》第28条第2款之外，本文认为针对第三类情形可以适用《民法典》第154条规定的恶意串通规则，认定夫妻一方与相对人之间的买卖合同无效，维护配偶利益。婚姻维度承载的价值，也不用等到离婚清算程序

才能实现。另外一个与此相关的问题是：夫妻一方无偿或低价处分共同财产是否属于《民法典》第 1066 条第 1 款第 1 项规定的“一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产”等严重损害夫妻共同财产利益的行为，从而允许配偶在婚姻关系存续期间向人民法院主张析产。在解释夫妻一方提起婚内析产诉讼的法定事由时，除了“隐藏、毁损、挥霍”等明显包含否定性评价因素的行为外，另一方存在“转移、变卖”等行为，还应当同时考虑是否产生“严重损害夫妻共同财产利益”的实质性后果；只有在“转移、变卖”行为导致“严重损害夫妻共同财产利益”时，“转移、变卖”在可责性上才与“隐藏、毁损、挥霍”等行为的评价相当。此处可以结合《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）》[以下简称《婚姻家庭编解释（二）》]第 6 条的规定予以理解，法院对“挥霍”的认定包括行为要素和结果要素两部分。例如夫妻一方打赏主播的行为不仅在数额上超出其家庭一般消费水平，而且造成夫妻共同财产利益严重损害的后果。除此之外，《婚姻家庭编解释（二）》第 7 条第 2 款规定，在认定转移、变卖夫妻共同财产严重损害夫妻共同财产利益的行为时，还应当考虑转移、变卖财产的动机。例如夫妻一方为重婚、与他人同居以及其他违反夫妻忠实义务等目的，转移、变卖夫妻共同财产，严重损害夫妻共同财产利益的，配偶可以选择根据《民法典》第 1066 条规定请求在婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产。关于夫妻一方提起婚内析产诉讼的后果，究竟是针对被处分的特定共同财产进行分割，还是针对全部财产进行分割，《民法典》第 1066 条第 1 款第 1 项没有给出明确的答案。与此同时，夫妻之间婚姻关系还将存续，伴随着婚姻共同体在现实生活中的延续，还将有更多资产可能成为夫妻共同财产，因此夫妻一方提起诉讼，能否在同一时间对将来财产的归属问题预先做出安排，也值得讨论。司法实务中，法院对第 1066 条第 1 款第

1 项的适用持谨慎态度，只有当配偶有充分理由说明夫妻一方经常以无偿或低价方式处分财产，毫无节制地做出大额开支，或实施违反公序良俗的行为时，才有适用第 1066 条第 1 款第 1 项的可能性。本文认为，如果夫妻一方决定婚内析产，在夫妻二人没有明确表示析产将面向未来发生效力时，分割请求权就只对现存的夫妻全部共同财产发生效力，婚内析产行为并没有就此改变夫妻就婚姻财产适用婚内所得共同财产制的选择。

三、夫妻一方单独处分共同财产的程序法之维

（一）诉讼阶段

1. 实体法与程序法之维的逻辑区分

实体法是从应然层面，通过对夫妻一方处分行为予以界定，明确夫妻一方无偿或低价处分财产适用的规范类型，构建起包括恶意串通、婚内析产、悖俗无效在内的配偶财产利益实现路径。程序法处理的争议就是实体法上的权利义务关系，并通过诉讼标的的构造使实体法上的请求权具有可诉性。除此之外，从程序阶段的发生顺序上看，法院先在诉讼中以判决主文的形式将配偶利益固定下来，再进入到执行程序实现判决主文记载的内容。一方面，诉讼程序和执行程序存在内在关联；顺序在先、位于上游的诉讼程序能够率先发挥权利救济功能。因此本文将对这两个程序阶段进行整体考察。另一方面，与实体法采取的思路不同，程序法是从事后的角度发现案件事实。内外归属方案是在假设要件事实都清楚的前提下，区分不同情形，为单方处分行为提供裁判规则。在程序中，除夫妻提起离婚诉讼并同步解决财产纠纷，相关争议很有可能产生自夫妻一方和相对人之间。在夫妻一方处分共同财产时，相对人向法院起诉请求夫妻一方转移交付或完成变更登记。法院对诉讼当事人身份的认识，首先将其认定为交易中的主体。随着诉讼推进，才会在查明权利真实情况的审判目标下，认识到在物权维度之外，

还有婚姻维度的财产归属问题。因此，程序法是渐进式的，将从未知跨越到已知，这就使实体法和程序法在逻辑上存在区分。而在实体法维度，婚姻是作为给定事实存在的，在论证的起点就有物权维度和婚姻维度两个层面的财产归属区分。

从夫妻一方单独处分共同财产到配偶财产利益是否受到损害之间，一共区分两个阶段：（1）夫妻一方的处分权是否受限？针对处分权受限的情形，仅在相对人产生信赖时，才有可能取得共同财产的所有权。法律对相对人主观状态的预设，也包括相对人是否相信“在对价失衡”的情形下，交易仍然符合配偶的主观意愿。这意味着对信赖是否成立的判断，也同样作为一种控制方法，避免配偶遭受损害。（2）在有权处分情形中，夫妻一方处分行为不受限制，在共同秩序和个体自由之间存在冲突时，配偶利益成为独立的考量因素。此时才有讨论配偶利益何时“显化”于外的必要性和实现方法。

程序法没有像实体法一样，列举出一系列连续的命题。相反，程序法对命题的掌握，是从少到多，由匮乏到丰富。法院在诉讼开始时，对案件性质及实体问题还没有成型的判断，更无法像实体法设想的那样，分成不同阶段和步骤进行审理。此时法院要尽可能从当事人以及与本案有关的案外人中收集信息，在对案件形成完整的认识后再作出判断。程序上关键的问题是：法院该如何发现当事人诉争的财产为夫妻共同财产？基于此才有内外归属方案的适用和配偶利益是否需要救济的判断。

2. 配偶一方以何种角色参与诉讼

当争议发生在夫妻一方和相对人之间，法院通过查明案件事实，形成对夫妻共同财产性质的认识后，配偶能够通过参与本诉，在诉讼中提请法院注意自己利益受到损害的可能性，并启动救济程序。在参与方式上，配偶首先是作为无独立请求权第三人参与诉讼。在交易中相对人向法院起诉请求夫妻一方转移交付或完成变更登记时，

即使当事人约定合理的对价，配偶也可能因为对方迟延或拒绝履行价款给付义务而遭受损失。法院如果支持原告的诉讼请求，配偶将承受价款不能如期支付的风险。此时被告也可以行使抗辩权或提起反诉，要求相对人支付价款。因此，根据《民事诉讼法》第 59 条第 2 款规定，针对相对人和夫妻一方争议的诉讼标的，尽管配偶没有独立请求权，但是案件处理结果与配偶存在法律上的利害关系的，法院可以通知配偶作为无独立请求权第三人参加诉讼。配偶参加诉讼的意义，一是无独立请求权第三人原本就发挥辅助参加的功能，能够帮助法院查明夫妻各自享有的份额。配偶也能为法院提供相关证据，证明本案涉及处分行为与其他交易之间是否存在关联。二是在夫妻一方未主张同时履行抗辩权时，由配偶完成这一诉讼行为。这对于我国《民事诉讼法》采取广义的无独立请求权第三人概念而言，是可以被解释的。

夫妻一方以无偿或低价方式处分共同财产的，根据《民法典》第 154 条对恶意串通的规定，配偶作为适格主体，可以向法院请求确认夫妻一方与相对人之间的法律行为无效。此时配偶是以有独立请求权第三人的身份参与诉讼。配偶应当证明当事人明知或应当知道法律行为会损害他人合法权益而仍然实施该行为，同时自己又确实遭受损害。还需注意的是，《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 96 条第 1 款第 4 项规定恶意串通也属于人民法院依职权调查取证的事项。如果配偶无法提供证据证明恶意串通的事实成立，法院也得主动收集相关证据。

另外，配偶也可能向法院请求分割共同财产。在经夫妻双方同意，重新对夫妻适用财产制进行安排，并面向未来发生效力后，法院可以通过判决宣告夫妻之间适用分别财产制。当法定的夫妻共同财产制被废止后，必然产生分割夫妻共同财产的请求权。在夫妻一方主张婚内析产后，法院审查的重点，并非《民法典》第 303 条规定的共

同共有关系中分割请求权的行使条件，而是第 1066 条第 1 款第 1 项规定的婚内析产事由是否成立。在法院认定本案属于第 1066 条第 1 款第 1 项规定情形后，配偶不用再举证证明夫妻之间存在“重大理由”需要分割共同财产。与此同时，配偶还可以声明自己在共同财产中的应有份额。针对共有物分割方法，根据《民法典》第 304 条规定，夫妻之间应当先协商；在没有达成合意后，再由法院按照实物分割优先的原则确定分割方法。另外，将共同共有变成按份共有，也是夫妻共同财产常见的分割方法。在配偶已经参加诉讼的前提下，分割协议也可以在诉讼中达成。

3. 婚内析产请求和相对人提起的诉讼请求能否并存

配偶请求分割的客体也包括夫妻一方处分给相对人的特定财产，而相对人的诉讼请求又指向获取该财产的所有权。针对特定财产分割方法，包括夫妻之间按份共有，或采取实物分割、折价补偿、拍卖或变卖分割等方式。其中部分分割方法将使相对人取得所有权的意思无法实现。为此在制度设计上有两种解决方法：（1）限制夫妻分割共同财产（特别是针对被处分给相对人的特定财产）的方法，使夫妻一方获得特定财产的所有权，而配偶获得相应份额的补偿。考虑到分割事项在先，夫妻一方与相对人的争议暂时中止，法院在分割时应当考虑位次在后的请求权实现的可能性。（2）当事人及法院可以选择任一分割方法，而不受位次在后争议事项的约束。如果相对人诉争的标的物变为配偶一方个人财产，在审理夫妻一方与相对人之间的争议时，将共同财产处分给相对人的合同属于事实上履行不能，法院应当释明相对人变更诉讼请求为解除当事人之间的买卖合同，夫妻一方返还对方已经支付的价款。至于夫妻一方是否还愿意将自己分得的份额与相对人继续进行交易，则属于另案处理的内容。

本文认为，第一种方案有过分优待交易相对人之嫌。首先，夫妻一方以无偿或低价方式处分

财产，相对人在主观上就难谓善意，再为相对人的利益而限制夫妻共同财产分割方法，更缺乏合理性。其次，假设被处分的特定财产是房屋，配偶居住其中，除了财产利益之外，还附带生存利益。如果夫妻一方无能力补偿配偶遭受的损失，让配偶作为按份共有人继续占有、使用该房屋具有现实意义。另外，夫妻之间可以约定仅就房屋继续维持共同共有关系，而其他财产归个人所有，并对将来的财产适用分别财产制。

（二）执行阶段

1. 配偶能否提起执行异议并排除强制执行

当债务人拒绝或未能完全履行判决记载给付内容时，为确保债权人在胜诉后获得实益，经胜诉债权人申请，法院将启动执行程序。根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》（以下简称《查扣冻规定》）第 2 条第 1 款规定，执行法院在对被执行人财产采取强制执行措施时，奉行“外观主义”原则。这是出于对执行效率及“审执分离”制度构造的考虑，而对于真实权属情况而言，则允许被执行人或案外人提起执行异议以纠正相关的执行措施。由此可见，财产归属问题在执行程序中也有内外方面的区分：外部关系上，执行法院基于权利外观采取执行措施；内部关系上，占有及记载于登记簿并非意味着特定动产或不动产归属被执行人所有，真正权利人可以通过行使异议权予以更正。执行程序呈现出来的“内外区分”，实际上是权利推定效力在执行法中的体现。执行程序通过异议制度的设计，目的是经由“外部关系”发现“内部关系”。而在内外归属方案中，无论是婚姻维度财产归属还是物权维度财产归属，都是真实的权利状态。因此，执行法院也要在执行过程中兼顾婚姻维度和物权维度利益平衡，而不能完全偏转至对其中个别价值进行保护。换言之，内外归属方案对财产归属所作的内外划分，在执行法视角下都属于待被发现的“内部关系”。配偶

仅以婚姻维度中自己是真正的权利人或共同共有人为由提起执行异议，法院不予支持。

即便如此，关于配偶在执行中行使异议权的问题，还有以下几点值得说明：首先，在我国，执行法具有延续诉讼纠纷解决目的的重要功能。从这一基本论点出发，配偶如果未能在诉讼中获得充分保障，则法律应当允许配偶在执行程序中采取补救措施。其次，要结合个案情况判断配偶提出异议主张是否成立，不能一概而论。第一种情况是配偶参与到夫妻一方与相对人的诉讼中，并基于婚姻维度所享有的配偶财产权益请求确认夫妻一方和相对人法律行为无效，或向法院提出婚内析产的请求，但是法院没有支持配偶的主张，此时配偶不得再在执行中以相同理由排除强制执行。法院将直接依据执行名义记载的内容，驳回配偶的异议申请。第二种情况是配偶因自己的过失，没有参与到夫妻一方与相对人的诉讼中。这意味着法院在发现诉争财产系夫妻共同财产之后，第一时间通知配偶参加诉讼，但是配偶主动放弃了这一机会，或疏忽没有及时应诉。对此，本文也认为，配偶不得再次于执行程序中主张相关内容。原因是析产的结果将影响交易相对人的诉讼请求能否成立，当配偶取得诉争共同财产的所有权后，交易相对人的债权将在事实上无法实现。这就需要配偶再次提起第三人撤销之诉，请求法院改变已经通过生效判决确认的法律关系，属实非常周折，造成司法资源的浪费。因此本文认为，只有配偶非因自己过错，没有参与到夫妻一方与相对人争议案件，才可以在执行中提起执行异议，并通过第三人撤销之诉实现权利的救济。

2. “唯一住房”及生活必需品等财产执行豁免规则能否实现配偶利益救济

比较其他国家强制执行立法例，都有与责任财产执行豁免有关的制度。我国现行司法解释中也有承担类似功能的针对被执行人及抚养家属需要所使用、居住的唯一住房不予执行的豁免规则。《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《执行异议复议规定》）第 20 条第 1 款进一步细化了“唯一住房”不予执行条款。该条规定在执行过程中，被执行人仅有一处住房，不构成执行豁免事由；只有不属于司法解释所列举三种情形之一时，才能申请排除法院执行。《查扣冻规定》第 4 条规定，法院可以对符合不予执行条款的“唯一住房”采取查封等保全性执行措施；第 5 条规定解除豁免的条件，并将不予执行条款的适用范围扩大至被执行人的生活必需品。实务中，法院也承认配偶作为案外人能够以“唯一住房”为由提起执行异议，排除法院强制执行。

本文认为，“唯一住房”不予执行条款在适用的案件类型、豁免财产种类和价值衡量方面，都不适合作为配偶在夫妻一方以无偿或低价方式处分共同财产时的救济手段。在适用条件上，《执行异议复议规定》第 20 条第 1 款规定，“唯一住房”作为豁免事由适用于金钱债权执行案件。也就是说，债务人未能履行的判决内容是给付特定数额价款，而本节讨论的是夫妻一方处分共同财产，涉及标的物债权执行。在豁免财产的种类上，

《执行异议复议规定》第 20 条第 1 款将其限定在居住房屋（也就是“婚姻住宅”）这一类财产上，

《查扣冻规定》第 5 条将生活必需品列入豁免财产的范围。这说明司法解释已经根据财产的用途，将投资性用房、股权等收益型共同财产排除在豁免规则之外。在价值衡量上，“唯一住房”不予执行条款是从财产的使用价值方面保证被执行人及其抚养家属的生存权不受侵犯，被执行人及家属能够维持最低生活标准。而本文讨论的配偶利益是从财产的交换价值方面维护配偶的合法权益不被夫妻一方任意剥夺。

四、夫妻债务清偿的实体法之维

《民法典》第 1064 条依据一定标准，将夫妻债务分为不同类型，在此基础上发展形成夫妻债务清偿规则。总体而言，夫妻债务清偿规则包含

内在和外在的双重体系。内在体系指与清偿规则相衔接的价值目标，包括维系婚姻共同体的存续、配偶一方的利益分配，以及交易中债权人的信赖利益。外在体系围绕夫妻债务类型及债务的推定规则展开，并与责任财产确认和债务的清偿顺序等配套制度结合在一起，构成完整的规范体系。在夫妻债务清偿规则中，从夫妻个人财产中分割出来的夫妻共同财产，首先是作为一种特别财产而存在的。其次，共同财产是由夫妻各自份额组合而成的。根据“债务与财产相统一”原则，夫妻共同财产中的各个部分都应当负担与之相关的债务。因此夫妻共同财产可以用来清偿那些为使其增值产生的债务，或与婚姻共同体相关的债务。与此同时，夫妻各自在共同财产中享有的份额，也可以用来担保个人债务或连带债务的履行和偿还。

（一）债务类型体系

关于夫妻债务的分类标准，《民法典》第 1064 条首先将夫妻债务区分为共同债务及个人债务。其中共同债务包括“合意型”共同债务、“家事代理型”共同债务以及超出家庭日常生活需要，用于“共同生活、共同生产经营型”共同债务三种类型。理论的争点主要集中在以下方面：

一是对共同债务的定性。《民法典》第 1089 条为夫妻离婚时对共同债务所做的清偿安排。根据该条规定，夫妻共同债务应当共同偿还。如果将“共同偿还”解释为夫妻各自都要以所有财产偿还共同债务，则共同债务属于连带债务的一种形式。该理解也与《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《婚姻法解释（二）》）第 25 条第 2 款、第 26 条规定一致。但是《婚姻家庭编解释（一）》第 35 条第 2 款、第 36 条除了在整体内容上延续《婚姻法解释（二）》第 25 条、第 26 条规定，又特意删掉了“连带”两字，再次将共同债务性质置于争议地位。对此也有观点回到体系解释，

认为《民法典》第 178 条第 3 款和第 518 条第 2 款都规定，连带债务应当由法律规定或当事人约定。考虑到《民法典》未就共同债务性质作出其他规定，本文认为将夫妻共同债务解释为独立的、具有特殊含义的夫妻债务类型更加妥当。

二是《民法典》第 1064 条列举了几种夫妻共同债务类型。有疑问的是，这些债务在性质上是否相同？“合意型”共同债务，包括夫妻共同签名或者夫妻一方事后追认所负债务，这就属于当事人约定连带债务的情形。其理论依据就是夫妻还可以作为交易法上的个体，做出共同的意思表示；而“家事代理型”共同债务及“共同生活、共同生产经营型”共同债务则是由单方意思表示形成的，原本只有夫妻一方与债权人进行交易，不过配偶也通过夫妻一方负债行为获得实际利益。从债务的产生方式和用途上看，配偶一方应当承担有限责任，由此区别于“合意型”共同债务。除此之外，也有观点提出对“家事代理型”共同债务和“共同生活、共同生产经营型”共同债务再进行区分。理由是“家事代理型”共同债务源于夫妻家事代理权，属于法律规定的连带债务；另外代理事项对婚姻共同体而言至关重要，应当拟制夫妻一方事先取得配偶同意，在责任形态上也与“合意型”共同债务更加接近。夫妻共同财产因“共同生活、共同生产经营”而获益增值的部分，也将被再次纳入共同财产的范围内，由此负担的债务与婚姻共同体利益相关，属于基于法定财产制形成的共同债务。

针对上述两个问题，本文的观点是区分共同债务和连带债务，同时将“合意型”共同债务解释为夫妻约定的连带债务，将“家事代理型”共同债务解释为法定的连带债务，而“共同生活、共同生产经营型”共同债务则是真正意义上的共同债务。仅在对夫妻共同债务进行更为详细的划分时，才能实现对债务清偿规则中婚姻共同体及债权人之间利益的平衡。另外，夫妻债务清偿规则本身就是一个复杂的集合体，在已有的婚姻共

团体利益、债权人信赖利益之外，还延伸出风险控制 and 获益可能性等学说。法院在对法律规范的构成要件进行解释时，也选择采取更为广义的标准代替狭隘的规则表述，最终实现多重价值的动态平衡。

本文也尝试从内外区分的视角对夫妻债务的分类标准重新做出解释。内外归属方案区分婚姻维度财产共同所有和物权维度财产共同共有，简而言之就是“共财”不等于“共有”。相应地，从消极财产的一面来看，在夫妻以个人名义负担债务时，也不能因债务发生在婚姻关系存续期间，而推定夫妻双方应当共同对债务承担责任，因此“共财”不等于“共债”，这和现行法对夫妻债务采取“个债推定”的立场是相一致的。物权维度夫妻财产被界定为“共有”的前提，是债权人信赖物权外观，认为该财产为夫妻共同所有；因此“共债”成立的前提，也取决于债权人对债务用途及性质知情与否，对应的制度设计即由债权人承担相应的证明责任。本文将在后面对此进行详细论述。

在夫妻一方对外负担债务时，婚姻维度中夫妻之间关于财产制的约定，也将影响债务性质。如果夫妻约定采取分别财产制，且债权人对此表示知情，根据《民法典》第 1065 条第 3 款规定，将成立个人债务，并以夫妻一方个人财产偿还债务。仅在夫妻一方为家庭日常生活需要负担债务或双方“共债共签”时，则配偶承担连带责任。在夫妻采取法定财产制，或约定采取分别财产制但是债权人不知道该约定时，则适用前述债务类型的推定规则，由债权人承担证明责任。

（二）责任财产范围

责任财产的意义在于为债务清偿提供经济基础，并担保债务的履行。债务的承担方式指向特定的责任财产范围，也能避免配偶的财产权益被不合理地用来偿还另一方的个人债务。即使配偶应当承担债务清偿的责任，法律上还应当明确配

偶是以共同财产中的份额为限承担有限责任，还是用个人全部财产承担连带责任。

值得说明的是，夫妻除共同组成婚姻共同体而具有特殊身份外，并没有丧失其作为民事主体独立从事其他活动的主体资格。在“合意型”共同债务中，夫妻作为交易法中独立的个体，通过共同意思表示，主动构建起连带债务关系。此时夫妻应当分别以个人的全部财产承担责任，包括“夫一方的个人财产”“妻一方的个人财产”以及夫妻各自在共同财产中享有的份额。《民法典》第 1064 条没有规定法定债务清偿规则，以侵权责任为例，如果夫妻共同实施侵害他人的行为并造成损害后果的，则适用侵权法的一般规则，夫妻成为连带债务人，此时夫妻承担责任的方式，也不会与一般情况下有意思联络共同侵权存在差异。当夫妻一方是以个人名义负担债务时，应当推定个人债务，由其个人财产及其持有的共同财产份额偿还；如果债权人能够提供证据证明债务是用于“夫妻共同生活、共同生产经营”，则应当由夫妻共同财产及举债一方的个人财产偿还债务。

责任财产范围也与夫妻之间采取的财产制相关。如果夫妻采取法定财产制，基于现有的概括财产类型，将有夫妻分别以个人财产承担责任、夫妻以共同财产承担责任、夫妻以共同财产与负债一方个人财产承担责任及夫妻以全部财产承担责任等可能性。而在夫妻约定分别财产制下，仅有夫妻分别以个人财产承担责任，或夫妻以全部财产承担责任两种情形。另外，夫妻之间就特定财产的约定，在内部关系上也可能使夫妻共同财产与个人财产之间相互转换。以房屋赠与为例，夫妻之间可能约定将原本属于夫妻共同所有的房屋赠与配偶一方，或将夫妻个人所有的房屋约定为夫妻共同所有。因此针对特定财产而言，究竟属于夫妻共同债务还是个人债务的责任财产，还得结合个案情况做出判断。

（三）清偿顺序及衡量因素

用于偿还夫妻债务的责任财产包括夫妻个人财产及法定财产制下的夫妻共同财产，而针对个人财产和共同财产的清偿顺序安排也应符合债务清偿规则中平衡婚姻共同体利益及债权人信赖利益的价值考量。在确定债务清偿顺序时，需要根据配偶是否参与债务的形成过程及其是否从债务的产生中获益予以确定。

《民法典》第 1089 条规定，离婚时共同债务应当先以共同财产清偿；在共同财产不足以清偿时，或者夫妻约定采取分别财产制的，则由双方协议清偿，协议不成的由法院作出判决。《民法典》之所以专门规定离婚时共同债务的清偿顺序，也是考虑在离婚分割财产前，共同债务作为广义的共同财产的一部分，应当首先从共同财产获得清算，也避免夫妻分割财产后再因追偿问题另起争执。而在婚姻关系存续期间，“以共同财产清偿共同债务”还是“个人财产清偿共同债务”的问题被夫妻希望继续维系婚姻共同体的目标所吸收，无论选择哪一种清偿方式，都能将其解释为夫妻内部对共同利益的追求及主动承担责任的表现。因此有观点主张，清偿顺序主要是一种执行程序的顺位规则，仅在执行过程中，夫妻都怠于履行债务的情况下有法律强制安排清偿顺序的必要。

当夫妻共同体无法维系而面临解体时，承担较多责任的一方可以向法院重新要求计算共同债务的责任分担比例，从而将夫妻一方所承担的债务清偿责任转换为夫妻内部债权债务关系。夫妻在共同财产中享有的份额比例是二分之一，《民法典》第 1089 条确立的“先用共同财产清偿，再用个人财产清偿”的规则，等于将夫妻各自对共同债务应当承担的份额也固定在二分之一这个数值上。这是立法者认为最为公平的一种责任承担方式。除此之外，根据该条后半段的规定，当“共同财产不足清偿或者财产归各自所有的，由双方协议清偿；协议不成的，由人民法院判决”。这意味着夫妻协议清偿比例的数额比较有限，仅在共同财产不足以清偿全部债务时，夫妻才能就剩余

部分约定各自承担份额。基于相同的考量，以及夫妻之间怠于履行债务的事实，“共同债务先从共同财产中受偿”的结论也适用于婚姻关系存续期间共同债务的清偿顺序。

在夫妻一方负担个人债务时，配偶不仅可以防御另一方债权人执行自己的个人财产，还可以将防御范围延伸至共同财产。仅在另一方的个人财产不足以清偿债务时，债权人才可以对共同财产中另一方份额进行受偿。之所以按照上述顺序清偿债务，是因为配偶除了维护自身财产权益之外，还有对婚姻存续的期待。夫妻一方以共同财产中的份额为基础承担责任，在债权实现阶段，必然要对共同财产进行析产，将份额转换为夫妻一方所有权，这在一定程度上破坏共同财产的完整性，从而导致婚姻共同体面临解体的危险。

而对基于“共债共签”或事后追认方式形成的“合意型”共同债务而言，配偶承担连带责任，夫妻一方及其配偶都处于债务清偿的同一位阶上，没有先后顺序的区分，债权人可以请求夫妻一方或配偶承担全部责任。但是于此情形，还应当在配偶利益之外考虑清偿的效率问题。例如债权人要求配偶承担全部责任，理论上配偶应当以个人财产及其在共同财产中的份额承担责任。配偶清偿全部债务后，有权向另一方追偿。除此之外，还可以参照适用《民法典》第 1089 条规定，先以共同财产偿还债务，不足部分再由个人财产清偿。由于夫妻各自在共同财产上的份额都是二分之一，在剩余部分才有可能出现配偶超出债务分担比例偿还债务的情况。为此，让债权人优先从共同财产中获得清偿将避免后续夫妻之间内部追偿产生的争议。

五、夫妻债务清偿的程序法之维

（一）诉讼阶段

《民法典》第 1064 条对共同债务所作区分，无法作为诉讼的“起点”主导诉讼规则的构建。

前文已提及，法院对事实命题的认识程度是渐趋完善的，相较于夫妻债务清偿规则可以按照债务类型、责任财产范围及清偿顺序分别展开，法院只有在言词辩论终结时，才能明确诉讼当事人诉争债务的性质并适用相关法律规定。因此，本文认为根据债务类型确定诉讼形态及配偶利益实现的程序规范是不现实的，这意味着诉讼规则要取决于法院对实体问题的认定。

针对配偶利益保护，更为重要的是赋予配偶参加诉讼的机会。在债权人提起诉讼时，法院首先根据原告提交的合同书上记载的签名数量，初步判断本案涉及的债务人数量及债务类型。夫妻在合同上共同签字的，成立“合意型”共同债务。债权人既可以同时起诉夫妻作为共同被告，也可以仅起诉夫妻一方为被告。无论夫妻是否一同应诉，法院都必须对夫妻承担债务的外部关系和内部关系作出一致判决。当配偶作为被告时，配偶有权向法院申请追加另一方参加诉讼，或在相对人仅起诉夫妻一方时，为确保配偶程序参加利益，则配偶可以主动申请作为无独立请求权第三人参加诉讼。夫妻都加入诉讼的目的，在于使利害关系人都能参与到实体问题的发现与审理中；法院在本案中将对夫妻连带债务是否成立及内部分担比例作出认定，对该事实的判断也将构成后续一方提起追偿之诉的前提。从前后诉关联上看，夫妻共同参与前诉，也能够避免双方在追偿之诉中针对债务成立及承担方式重新争执的可能性。

仅夫妻一方以个人名义在合同上签字的，应当将其推定为个人债务。如果债权人要求将配偶列为被告，应当在起诉阶段提供初步证据证明配偶与本案存在关联。在债权人仅起诉夫妻一方为被告时，配偶也可以申请作为有独立请求权的第三人参加诉讼，辅助被告实施攻击防御手段。在证明责任分配上，《民法典》第 1060 条和第 1064 条共同构建起“主张抗辩再抗辩”的证明责任体系。债务在外观上仅由一方承担责任的，债权人可以提供证据证明债务被用于家庭日常生活所需，

从而由夫妻共同偿还债务。为此，配偶能够反驳债务超出日常家庭生活范围，或以夫妻内部存在限制代理权的约定而债权人对此知情为由，提出抗辩。之后，债权人能够再以债务被用于共同生活或共同生产经营，或者出于夫妻共同意思表示进行抗辩，配偶又可以对这些事实主张予以反驳，并行行使包括时效抗辩权在内的其他防御手段。

（二）执行阶段

1. 夫妻债务执行中的配偶利益保护

执行法院一般会依据财产的登记或占有外观判断特定财产是否为被执行人责任财产，从而采取相应的执行措施，但是有些时候，法院仅凭权利外观无法辨认财产的真实权属情况，导致错误地执行配偶财产。例如在执行个人债务时，法院原本要执行夫妻一方名下财产，后来发现由夫妻共同所有，配偶该如何主张权益？

从执行力主观范围来看，因其为夫妻一方的个人债务，执行名义并未将配偶列为被告，法院能否直接执行夫妻共同财产存在疑问。在夫妻债务被推定为共同债务时期，有观点认为，法院应当裁定追加配偶为被执行人，再执行夫妻共同财产。法院追加被执行人的做法，是与共同债务推定规则相一致的，配偶可能作为潜在的债务人承担责任，而法院享有一定的裁判权，能够在执行阶段对债务性质作出认定，因此将配偶作为被执行人是共同债务执行的前提。但是立法者随后转变立场，将“共债推定”改为“个债推定”，债权人对配偶不享有实体请求权，原有追加配偶作为被执行人的做法就缺乏充分依据。法院无法回答“既然配偶是与本案债务无关的案外人，仅因共有关系而与本案的执行标的存在关联，为何也要让配偶作为执行法上的义务主体，承受执行力扩张的后果”的问题。因此，当法院执行个人债务时，不应当将配偶追加为被执行人，在个人财产不足以清偿全部债务时，法院可以直接执行夫妻共同财产。此时执行力主观范围没有扩张至配

偶处，其执行标的仍然是夫妻一方在共同财产中持有的份额。

前文提到，个人债务的责任财产范围包括负债一方个人财产及其在共同财产中享有的份额。清偿顺序是由法院先执行个人财产，不足部分再通过执行共同财产中的份额获得清偿。如果严格按照上述顺序，先执行个人财产，再执行共同财产，夫妻很有可能串通转移共同财产，损害债权人利益。为平衡配偶利益和债权人利益，本文认为针对强制执行措施应当区分处分性措施和控制性措施两种类型。法院可以在同一时间对个人财产和共同财产采取控制性措施。当法院绕开举债方个人财产，而对夫妻共同财产采取处分性措施时，配偶可以提起执行异议，要求法院中止对共同财产采取拍卖、变价等执行措施。

在举债方个人财产不足以清偿全部债务时，关于如何执行夫妻共同财产，又有三种方案可供选择：一是先由配偶提起析产诉讼，后由法院采取执行措施（与债权人代位提起析产诉讼的效果类似）；二是法院直接执行共同财产的一半；三是夫妻先在执行中协议分割，再由法院强制变价。本文认为，法院首先应当判断夫妻婚内析产的条件是否成立，《民法典》第 1064 条在此并不适用，应当将执行中债务清偿视为《民法典》第 303 条规定“有重大理由需要分割”的情形。其次，析产涉及通过何种方法分割共有物属于实体事项判断，为确保配偶的程序利益，应当在析产诉讼中解决这一问题。

与执行个人债务相对应，当法院执行夫妻共同债务时，也要明确执行力主观范围以及法院在实际执行过程中如何保护配偶利益的问题。在执行力主观范围方面，债权人可能仅起诉举债一方要求偿还债务，配偶作为第三人参加诉讼，或不参加诉讼，执行名义都不会将配偶列为被告，似乎也遇到与法院执行个人债务相似的情形。本文认为，与前一种类型不同，此时法院执行共同财产，既不是出于法院在执行中作出的“共债推定”

（而是由生效判决确认为共同债务），也不是将共同财产中的份额转变为个人财产以实现偿债目的，而是共同债务对应的责任财产范围本来就是夫妻共同财产。因此不论执行名义是否将配偶列为被告，或法院是否追加配偶为被执行人，法院直接执行夫妻共同财产都具有正当性。另外，值得说明的是，即使法院按照个人债务及共同债务的清偿顺序对夫妻共同财产、夫妻个人财产采取执行措施，由于法院贯彻形式化原则，也有可能实际上错误执行了配偶的财产，配偶可以提起执行异议，要求排除强制执行。后文将对此进行详细论述。

2. 夫妻内部将财产给予配偶能否排除强制执行

如果法院在执行举债方个人财产或夫妻共同财产中发现，夫妻一方已经将财产合意赠与配偶一方，但是在物权维度没有移转占有或变更登记，配偶能否以夫妻之间存在内部转让或赠与协议为由请求排除执行？按照内外归属方案，在夫妻之间赠与协议达成后，将直接发生婚姻维度归属的效果，由配偶取得财产的所有权。在执行阶段，法院应当充分考虑配偶利益，将婚姻维度财产归属和物权维度财产归属都作为真实权利状况予以“一体化”考虑。因此，一般情况下，法院应当采取实质性标准，允许配偶基于所有权排除执行，在利益位阶上优于执行债权。

不过也需要考虑的是，由于缺乏足够的公示方法，夫妻也可能通过财产转让或赠与协议转移财产、逃避债务。《查封冻结规定》第 15 条和《执行异议复议规定》第 28 条规定未变更登记的房屋买受人有权排除强制执行，对配偶一方在何种条件下有权排除强制执行也有参考意义。本文通过类比相似情况，也提出当夫妻一方将个人所有或共同所有的财产转让给或赠与另一方时，如果符合下述三个要件，则配偶可以排除强制执行。第一个要件是法院可以参考房屋买受人已经占有不动产为债权公示外观的做法，针对未完成登记的

不动产，法院在采取执行措施前，配偶应当已经占有该标的物。此时，配偶是否已经支付合理对价在所不问，这是婚内财产赠与区别于商事交易房屋买卖行为的关键之所在。第二个要件是从婚内财产变动的时间要件上看，夫妻转让或赠与财产的时点应当在执行债权成立之前。对于那些在执行债权成立之后发生的赠与行为，应当由配偶提出证据证明夫妻一方个人财产也能够偿还债务，不存在明显失衡的问题，否则将推定为夫妻主观上存在恶意。如果夫妻在法院对特定财产实施查封以后，再实施转让和赠与行为，无论夫妻是否是出于子女抚养等其他正当事由，法院都将否认配偶取得财产的所有权，这是因为夫妻对特定财产转让或赠与将受到查封效力的约束。第三个要件是配偶对这一不利于己的权利外观形成没有过错，即配偶在主张异议时，应当对未移转占有或变更登记的事实进行解释。

六、结论

当夫妻一方以低价或无偿方式处分共同财产时，会导致配偶利益受到损害。实体法依据夫妻一方是否享有处分权及交易是否存在“对价失衡”问题，为配偶提供救济手段。程序法无法像实体法一样，按照命题之间相互关联，区分步骤和具体类型以判断夫妻一方的处分权是否受到限制及配偶利益的实现方法。程序法对命题的掌握，呈现出“由少到多”的特征，其任务是在诉讼过程中，尽可能收集与本案相关信息，赋予配偶参与诉讼的权利。在诉讼参与方式上，配偶首先是作为无独立请求权第三人参加诉讼，一方面可以帮助法院查明夫妻各自享有的财产份额，另一方面也可以在夫妻一方未能妥当地行使诉讼权利时，代替其主张程序或实体法上的抗辩权。当配偶基于恶意串通规则向法院请求确认夫妻一方与相对人之间的法律行为无效，或请求按照《民法典》第 1066 条第 1 款第 1 项规定分割共同财产时，配偶是作为有独立请求权第三人参加诉讼。

有些情况下，配偶的分割请求与相对人请求转移交付或变更登记的诉讼请求不能同时成立。法院也不得为使交易相对人取得诉争财产所有权，而限制配偶选择共有物分割方法。如果在共同财产被分割后，配偶取得诉争财产的所有权，夫妻一方与相对人之间的买卖合同事实上履行不能，法院应当释明交易相对人变更诉讼请求。

执行程序也有内部关系和外部关系两种视角的区分。执行程序允许案外人以“内部关系”提起执行异议，改变法院在“外部关系”中所作判断，但是配偶不得以婚姻维度财产归属为由提起执行异议。因为婚姻维度和物权维度财产归属问题，都属于执行程序需要处理的“内部关系”。基于“一事不再理”规则和第三人修改既定判决确认法律关系的基本情形，只有配偶非因自己过错未能参与到夫妻一方和相对人争议案件中，才可以改变前诉判决结果，并有机会主张析产。

夫妻债务清偿规则由债务类型、责任财产和清偿顺序等规范体系组成，责任财产及清偿顺序应当结合债务的产生原因及配偶是否从债务中获益确定。对于夫妻一方个人债务，应当先以夫妻一方个人财产偿还，不足部分再由其在共同财产中的份额清偿；对于夫妻共同债务，应当先以夫妻共同财产偿还，不足部分再由夫妻个人财产偿还。

程序法在债务清偿问题也应当关注赋予配偶参加诉讼的机会，在证明责任分配上，《民法典》第 1060 条和第 1064 条共同构建起“主张-抗辩-再抗辩”的证明责任规范体系。执行中，当法院执行夫妻一方个人债务时，无须追加配偶为被执行人，配偶可以提起析产诉讼。当夫妻一方将部分财产给予配偶一方时，只有符合特定条件，配偶权益才能对抗执行债权人利益，排除法院强制执行。

文章作者：汪洋、姜惠雯

责任编辑：陈韵希

平台编辑：施文予

联系方式: lawreview@sjtu.edu.cn

曹相见 | 论身份权的规范原理

原创: 2025-06-06 上海市法学会 东方法学 曹相见

<https://mp.weixin.qq.com/s/u0hy0vzHjhksrrEaAg8QSQ>

曹相见

吉林大学理论法学研究中心教授、博士生导师

要目

- 一、问题、概念与思路
 - 二、身份关系的伦理构成
 - 三、身份利益的规范形成
 - 四、违反身份义务的后果
- 结语

内容摘要
ABSTRACT

身份关系兼有整体性和平等性，人的个体化进程与身份伦理并不矛盾。作为个体性不足的产物，身份伦理是个人自治的必要补充。这是中国传统家文化的合理性所在，也与黑格尔的伦理哲学遥相呼应。身份利益形成的内部权利路径存在无法克服的矛盾：自洽权说有悖于人格自由，义务权说存在概念悖论，人格派生权说牺牲了身份利益的独立性。实际上，身份关系内部不存在债一样的权利结构，而以道德性质的身份义务为内容。身份义务具有自由属性，自觉履行身份义务可以获得伦理上的价值满足，身份利益由此产生。因此，身份关系的存在本身就是应受法律保护的利益，身份权为且仅为绝对权。行为人违反身份义务不必然导致身份关系的解除，相对方解除身份关系的自由受身份关系稳定性的制约。

关键词
KEYWORD身份权 个体化
整体性 个人自治
平等性 身份义务

一、问题、概念与思路

在民法上，与物权、债权等财产权相比，人身权的概念基础要薄弱得多。尤其是身份权，迄今尚停留在学理层面。《民法典》没有规定身份权，其所谓的“身份权利”是“自然人因婚姻家庭关系等产生的”权利（第 1001 条）。此种界定不仅与其关于“人身权利”的定义（第 112 条）重合，还在外延上与人格权、财产权纠缠在一起，使多数身份权利成为人格权、财产权在婚姻家庭领域的写照。例如，《民法典》第 1041、1042、1046

条规定的婚姻自由,第 1056 条规定的夫妻姓名权,第 1057 条规定的夫妻参加生产、工作、学习和社会活动的自由,第 1058 条规定的夫妻平等抚养、教育和保护未成年子女的权利,第 1061 条规定的夫妻继承权,均可与《民法典》总则编、人格权编、继承编关于人格权和财产权的规定对应。

即便在学理上,身份权概念也远未成熟。一方面,身份概念就有广、中、狭三种语境。广义说把身份界定为人的实际地位的不同,身份权由此成为应对实际地位差异悬殊的权利。狭义说将身份限定为亲属关系,身份权因而也被称为亲属权或亲属身份权。此又分为两种不同立场。一说认为,身份权亦有其广义内容,其在亲属权之外还包括继承权;另一说则认为,继承权实为继承人所有物权、债权等权利的集合,将其与亲属权并列并不妥当,或者说,身份权应限于婚姻家庭领域。折中说则在狭义说的基础上,把荣誉权、股权、著作人身权等也纳入身份权范畴。受此影响,司法实践也普遍把荣誉权、股权称为身份权。

另一方面,人们对身份权的内容也缺乏基本共识。概括起来,约有四种不同学说。一为自洽权说,该说着眼于身份伦理的客观存在,以身份利益为客体,肯认身份权的自洽性。二是义务权说,认为身份权固为一种权利,但同时也是不可放弃的义务,两者组合起来就形成了义务权,或者说是以义务为中心的权利。三是人格派生权说,该说立足于古代身份权的消陨和身份权与人格权的联系,认为身份权是人格权在身份关系中的派生和扩张。四是义务说,即否认身份权具有权利的构造,认为身份关系具有为他人利益的特点,本质上就是一种义务。当然,上述学说主要针对身份关系的内部构造而言,在身份关系的外部,人们多认可其具有权利属性。

那么,身份权还是一种权利吗?如果是,它应如何作为一种权利,有何特殊性?本文认为,研究身份权的规范原理,应先界定身份权的概念。立足于权利对象的独立性,身份权狭义说中的狭

义说更具合理性。首先,身份权广义说一方面混淆了政策保护与身份权的区别,另一方面也忽视了不是所有地位差别都受法律规制的事实。其次,折中说所谓的著作人身权或者是作品的保护、公示机制(维护作品完整权、署名权),或者仍然发挥利用功能(发表权、修改权),在性质上与同为绝对权的物权并无本质区别;至于荣誉权,只要认识到名誉形成的多样性和名誉的正面性,荣誉就是名誉的组成部分。最后,在人物二分的格局下,身份权亦具有非财产性,故应剥离其财产内容。

据此,整部《民法典》也只有第 1058 条规定的亲权才是真正的身份权。此外,在学理上,配偶权亦为典型身份权,只是它仅以道德义务的形式出现在《民法典》第 1043 条的“家风条款”中。类似地,基于其他近亲属关系亦可产生身份权,但《民法典》仅规定了相关的财产内容。就身份权的规范原理而言,人们关心的是,身份伦理如何嵌入身份关系,有何规范意义?它对身份利益的形成、身份关系的解除有何影响?长期以来,家庭法因其伦理性和民族性而独立发展,为具有明显财产法指向的民法科学化所拒斥。时至今日,家庭法的规范性仍有待于进一步提高。有鉴于此,下文首先分析身份关系的伦理构成,进而阐述身份利益的规范形成,讨论违反身份义务对身份关系的影响。

二、身份关系的伦理构成

身份关系具有伦理性无疑。问题是,身份关系如何表现身份伦理,或者说身份伦理如何实现规范化?在现代法上,由于自然人参与身份关系并不因此丧失其人格权利或曰个体性,问题由此转化为身份关系如何协调人的个体性与身份伦理的张力问题。

(一) 人的个体性与身份关系的整体性

关于人的个体性与身份伦理的关系，梅因提出了“从身份到契约”的著名论断，认为个人已代替家庭成为实在法的调整单元。梅因的论断反映了家庭法从古代到现代的转变，契合现代家庭法尊重个体、强调自治的精神，也把身份伦理置于个体性的对立面，对后世学界产生深远影响。受其影响，人们普遍认为，现代家庭法是个体独立、个体自由的个人主义家庭法，也即强调选择、自由与自愿行动至上的法律。相应地，权利话语成为家庭法的基本叙事方式，身份伦理则日渐萎缩，俨然成为一种不得以之存在，或者说是最小剂量的伦理。有学者因而感慨道，在甚嚣尘上的个人主义的遮蔽下，家消失久矣。

然而，个人主义并非理解身份关系的唯一进路，人的个体化进程并不必然与身份伦理相悖。与近代哲学对个体性的无限推崇不同，黑格尔敏锐地把握到个体性的不足：虽然立足于个体的善和良知是现代世界的立足点，但它们过于抽象、缺乏对立面，而被消融为完全无力的东西，要想补足此种缺失，就必须引入伦理性法，使善和良知具有客观性，成为自在自为的存在。黑格尔认为，以个体性为基础的原子式探讨不适合伦理，这种观察只能做到集合，缺乏精神，而精神是个体与普遍的统一。实体性或曰整体性才是伦理考察的适格角度。据此，婚姻的出发点是当事人双方自由自愿地同意组成一个单一人格，同时抛弃自身的自然和个别的人格。相应地，子女也是父母婚姻统一性的实存和对象：正是在子女身上，他们才能见到他们结合的整体。

黑格尔由此提出身份关系的整体性理论，且其所谓的身份关系整体性，并不与现代社会中人的个体性相悖。实际上，在抽象法和道德法中，黑格尔也是以个体性为出发点的。那么，身份关系的整体性如何实现与个体性的统一？理由是市民社会与家庭生活的分野。黑格尔认为，作为直接的、自然的伦理精神的家庭向前推移就会解体，丧失其统一性，形成各个成员作为独立个体的联

合，即市民社会。“在市民社会中每个人都以自身为目的，其他一切在他看来都是虚无。但是，如果他不同他人发生关系，他就不能达到他的全部目的，因此，他人就成为特殊的人达到目的的手段。但是特殊目的通过同他人相关就取得了普遍性的形式，并在满足他人福利的同时，满足自己。”

当然，在黑格尔看来，个体的利己性只是市民社会的一个环节，市民社会离不开司法系统对所有权的保护，也离不开警察和同业公会共同利益的照顾。后者也被认为是市民社会扮演的“第二家庭”角色，或者说是市民社会的伦理性原则。只是在法律上，我们并不把它纳入个人自治的讨论范围。这就导致人在家庭和市场上的分化：家庭中的人是不完整的、关系中的、情感伦理性的，她温柔、善良而真诚；市场中的人则是自足的、自利的、理性的，他严格、强硬、冷冰冰。也有学者用“关系性的自我”来表达家庭中的个人。作为个体离不开的港湾，家庭成为人类存在的基本方式，是在任何文化和生活形态中均可被普遍追求的原则；也只有发挥家庭的力量，才能发展出一种温暖世界的共同体文化。

黑格尔的身份关系整体论深刻地影响了马克思，后者同样把身份关系视为不可分割的伦理实体，而非个人之组合。萨维尼也沿袭了黑格尔的身份关系理论。他说，家庭中的个人不是独立的存在，而是人类有机整体中的一员。亦即，个人不是独立的整体，而是不完整的、需要在一个大的自然关联中加以完善的存在。个人的此种不完整性体现在两个不同方面：一是性别的区分，二是个人存在的时间限制，与此相关的完善则是婚姻和子嗣。萨维尼反对将家庭关系理解为债，因为债的对象是个人的具体行为，它是独立的整体，家庭关系的对象则是整体的人。他同时认为，家庭包含国家的萌芽，国家形成后，它就以家庭而非直接以个人作为其组成部分。由于家庭的此种特殊性，它只是部分地属于法的领域。

身份关系的整体性理论也与中国传统家文化遥相呼应。中国古代是农耕文明，有着大一统的国家观念，通过家文化来组织国家和社会，所谓“人人亲其亲，长其长，而天下平”（《孟子·离娄章句上》）。所以说，“在中国总是身家念重，因他并没有一超乎身家之上的范围为他生活之所依；而事实上亲切的原只有身家也”。当然，中西方的此种差别有其社会原因。西方人历来有其团体生活，自宗教开端，以至于经济、政治，处处皆然。由于团体生活可以提供伦理教化，为社会提供组织原则，家就不那么重要了。因此，自霍布斯以来的西方近代哲学，包括洛克、休谟和康德，基本上都在确立个体性的同时否定家的独立地位。与之不同，中国则历来重视家的组织功能和伦理教化。

（二）人的个体性与身份关系的平等性

身份关系的整体性意味着身份伦理具有独立性，它抵制个体性对家庭的入侵，有利于维持家庭自治，但身份关系的非规范化，也可能使专制主义等借自治之名侵入家庭，使身份关系野蛮化、不平等化，这不仅与现代法的精神相悖，也为人的个体性所不容。因此，在明确身份关系具有整体性的同时，还要考虑来自个体性的牵制或影响。本文认为，人的个体性原则构成身份关系整体性的内在补充，也即要求身份关系具有平等性，赋予身份关系以道德内容。这就意味着，身份关系当事人应当互相尊重，应当在“爱”的原则下生活，自觉放弃和抵御与平等和“爱”相悖的生活方式。在现代法上，身份关系的平等性有如下三方面的意义。

首先，身份关系的整体性应体现其时代性。道德虽然强调善和良知，但其总是主观的，而伦理作为一种实存，又与当时当地的人的认识相关。例如，费希特主张妻子无限服从丈夫意志，认为这是出于道德而非法律的理由。黑格尔则从两性差别出发，认为男性是有力的和主动的，体现为

独立性和对普遍性的追求，在同外部世界和同他自己所进行的斗争和劳动中生活；女性则是被动的和主观的，在家庭中获得她的实体性使命，并在恪守家礼中具有她的伦理之心。又如，梁漱溟虽然认识到男女的结合才是完整的“人”，但同时又认为，男子是直接的创造，即将聪明智慧用于学问与事功，女子则是间接的创造，即用身体去创造人。而这显然属于性别偏见。实际上，性别分工不是绝对的，在现代社会，除了生物功能外，只要能够实现家庭的和谐共处，男主内、女主外的生活和工作格局所在多有。

其次，身份关系以“爱”为中心，意味着应对身份关系的事实先在性理论保持警惕。身份关系以爱为基础，而爱是这样一种意识：家庭成员不独为自己而存在，只有在与其他成员的统一中，个体的自我意识才能得到彰显。在黑格尔那里，爱分为两个环节：“爱的第一个环节，就是我不想是独立的为我而存在的个人，假如我是这样的人，我就会觉得自己残缺不全。第二个环节是，我在另一个人身上找到了自己，即我适合于她的东西，她又在我身上达到了。”也有学者从法经济学的角度，将此种爱的原则解释为“利他主义”，认为在家庭中利他主义的效率最高，也只有在家庭内部确立利他主义原则，人类才得以继续并幸福生存下去。

事实先在性理论源自日本学者中川善之助的社会结合两分法。中川善之助认为，人类的社会结合关系有本质的结合与目的的结合之分，前者为自然的、必然的、不得不的结合，后者为作为的、便宜的、目的的结合，身份关系属于前者。事实先在性理论通过事实层面的人的结合为身份关系划定了自治范围，与身份关系的整体性理论殊途同归，但“社会结合”“事实先在”的提法，忽视了身份伦理的建构意义，可能给身份专制主义预留生存空间。即便辅之以平等性，亦无助于充分理解家庭在社会中的本体性价值。

最后，身份关系的平等性与中国传统的“家”文化演进相得益彰。王国维在《殷周制度论》中，将尊尊、亲亲作为周制的基本原则，认为“周人以尊尊、亲亲二义，上治祖祢，下治子孙，旁治昆弟”。虽说周制奠定了中国文化的价值秩序，但五四运动以来，中国也形成一种反对后世儒家“父为子纲、君为臣纲、夫为妻纲”的宗法专制的文化传统。因此，有学者主张扬弃“尊尊”，接受现代性的个体原则，使之与“亲亲”构成中国国家文化的双重本体。应该说，此种主张体现了身份关系的平等性原则，既契合中国传统的文化要义，又与西方文化（如黑格尔哲学、马克思主义和萨维尼的身份法理论）通约，因而是一种现实的、有力的学说。

“亲亲”即亲近、爱自己的亲人，是人的一种原初感情、人之存在的最自然方式。中国传统文化以“亲亲”为基础衍生出修身、齐家、治国、平天下等意义，体现了农耕文明组织社会、形成国家的大智慧。不惟如此，在中国文化的语境下，“亲亲”最终凝结为“孝”，使中国人的家和生命具有世代性：一方面，孝意味着对生命诞生和成长的感恩与报答，另一方面也要求通过“生生”来实现自我维持。所以有学者说，不理解孝，人类学就残缺不全，人性就是少根之木。家也由此成为中国人的唯一归宿。就当前的实践而言，即便“啃老”现象导致家庭代际关系的自反性，也并未导致家庭的个体化：“无论关系和谐还是冲突，亲代和子代在观念和意识上都将对方的未来纳入了自己未来的生活预期中。”因此，立足于现代社会的个体性来反对孝的立场是有问题的。

三、身份利益的规范形成

一般认为，身份关系存在内外两个层面，身份权兼具相对权与绝对权的双重属性。然而，身份关系于其内部能否形成权利不无疑问，对外为何构成权利也有待于进一步的理论说明。立足于身份关系的整体性和平等性，身份内部关系应完成

从权利到义务的转向，身份利益的规范形成只能在对外关系中实现。

（一）内外权利说的批判

主流学说认为身份权兼为相对权与绝对权，实际上是对身份内部关系、外部关系分别赋权，故可称为“内外权利说”。不过，关于内外两种权利的关系，学界未予深究。对此，存在两种可能的解释。一是外部权利是内部权利排他效力的体现，这就否认了外部权利的独立性，因为即便请求权也具有不可侵性，第三人恶意侵害债权亦受侵权法保护即为明证。二是外部权利与内部权利各自独立、互不相干，但它无法解释的是，为什么在同一法律关系中，内外两种权利的法律属性竟然有如此大的差异。由于人们通常立足身份内部关系来讨论身份权性质，下文首先聚焦身份内部关系分析建构身份权、形成身份利益的可能性，尔后在“外部权利说的展开”部分再讨论身份内外关系与身份权内外关系的关系。

前文述及，关于身份内部关系意义上的身份权的本质，有义务说和权利说之分。其中，权利说又分为自洽权说、义务权说、人格派生权说三种。本文认为，虽然权利说契合民法的权利思维，但存在无法克服的局限，并不可取，下文分述之。

1. 自洽权说的不自洽

关于身份内部关系的权利属性，在作为通说的相对权说之外，还存在支配权的主张，即认为身份权体现了自然人之间的互相支配，或者说身份权是自然人对其亲属的人身控制权。由于支配权本身具有对外的排他效力，因此该说不属于内外权利说的范畴。但在身份内部关系中，无论构成相对权还是支配权，都体现为一种法律上之力，体现了权利人的自由和法律对义务人的强制，可以一并讨论，故本文将其统称为自洽权说。值得注意的是，有学者认为身份权是权利义务的集合，如配偶权就是夫对妻和妻对夫享有的权利和义务的集合。由于其所谓的权利义务具有对称性，即

一方的权利为另一方的义务，而一方同时又对另一方负有义务，表达的仍是任一方均享有身份权的意思，与下文所讲的义务权说存在明显不同，故仍属于自洽权说的范畴。

然而，无论是否强调身份权的支配性，只要把身份权作为一种自洽的权利，就存在无法克服的困难。原因在于，自然人参与身份关系，并不因此丧失其人格权利。若把身份权界定为权利，则基于身份关系的身份权就会与另一方固有的人格权发生冲突，此时该如何确定其法律效果呢？在法律上，私权不仅存在来自公共利益的限制，私权之间也难免发生冲突，但即便基于私权的限制也是一种外部限制，各个私权之间仍然有其固有内容。把身份内部关系界定为权利，就使另一方的人格权沦为摆设。所以有学者说：“无论是人格利益还是财产利益，均有其原权客体，一旦将身份关系作为统一客体分配给特定主体，势必导致身份关系中的另一方被客体化的危险，明显与我国人格权保护的立法价值相悖。”

此外，权利的内容本质上是一种自由或者说自由意志的作用领域，这意味着权利人可以积极地行使权利，也可以消极地不行使权利，但身份权显然无法满足这个特征。例如，亲权作为一种身份权，难道意味着父母可以不教育、保护自己的孩子吗？

2. 义务权说的概念悖论

义务权说顺应身份关系的现代发展，正视身份利益形成中的义务成分，已成为当前的主流学说。此外，它也获得了广泛的立法支持。除我国《民法典》第 1068 条外，《德国基本法》第 6 条第 2 款第 1 句也规定：“照料和教育子女是父母的自然权利，也是父母承担的首要义务。”《法国民法典》第 371-1 条与之类似：“亲权是以子女的利益为最终目的的各项权利与义务的整体。”然而，一项权利能否同时也是义务？从权利理论上说，权利是为或不为某些特定行动、处于或不处于某种特定状态的资格；或是使其他人为或不

为某些特定行动、处于或不处于某种特定状态的资格，因此，权利总是意味着自由，在权利之内是不存在相同内容的义务的。亦即，在同一内容上，权利与义务排斥，义务权根本就属于概念上的悖反，其在概念体系框架中是不可想象的。

很多人谈及义务权时，引用拉伦茨的立场。但在《德国民法通论》中，义务权不过是拉伦茨援引的别人的看法，他自己则认为，父母的权利以及监护人的权利实际上是一种义务。正是因为义务权存在概念悖论，不少学者使用“权限”或“规训关系”概念以为替代。那么，权限或规训关系能完成描述身份利益形成的使命吗？答案是否定的。

所谓权限，即法律所确认的当事人的行为范围，它与权限人的利益无关，接近于法律资格又未达到权利的程度。因此，权限就是主体为他人利益的自由行动空间。由于身份权具有义务属性，似乎完美契合权限的概念。然而，此种“权限”完全可以为义务所包含：消极义务固无所谓自由，但积极义务包含义务人的自由权限。以债权为例，债务人虽然负有履行债务的义务，但在履行期限内，只要不损及债权人利益，债务人可自由选择履行时点；只要构成全面履行，履行方式亦有其自由空间。此外，按照《民法典》第 503 条、第 531 条规定，只要不损及债权人利益，债务人得为提前履行、部分履行，债权人不得拒绝。较为特殊的是代理：委托代理的代理人接受委托后，还应取得被代理人授权，但授权的意义不是赋予代理人自由空间，而是使代理行为发生归属于被代理人的效果。

民事规训关系概念源自福柯的规训权力理论，意指某些法律关系虽然具有平等主体之间民事法律关系的性质，但同时也内含一方得以各种手段（如通过纪律约束、教育管束等）对另一方进行规训的权力服从关系。规训关系的形成前提是人在事实上的不平等，即认识能力、专业能力和身体能力的区别，目的则是通过“规训”来训练、

提升、教育和保护个体。然而，规训之权力亦可被形塑为公法权力和私法义务：前者自不待言，后者即在有利于被规训个体原则下的某种义务，因为积极义务亦有其自由行动空间，已如前述。所以，军人在服从命令中获得成长。在医患关系中，民法总是强调医院和医护人员的诊疗义务，而不是赋予其权力。身份关系亦同此理。

3. 人格派生权说之局限

严格说来，人格派生权说并不存在统一的理论内核，而是代表一种分析路径，即将身份权解释为产生于身份关系、内容为人格权的立场，此又存在三种代表性主张。一说认为，人身权的本质属性是支配性，强调亲属之间的支配关系不合时代精神，故应放弃身份权概念；鉴于人格、身份的二分存在漏洞，应以身份人格权来统摄基于特定身份的权利；身份人格权仍属于人格权，其支配对象为自身而非他人。另一说则认为，专制主义身份权模式的消陨形成了现代身份权对人格权的依附性地位，而依据派生功能的不同，身份权可分为获益性、利他性、互益性三种类型。还有一说立足于人格权与身份权的“逻辑关联”，认为身份权实为人格身份权，即自然人基于家庭关系形成的，彼此就对方的生命、身体健康、名誉、尊严等人格利益所享有的不受第三方侵害的权利。

作为新近出现的分析进路，人格派生权说直面身份权与人格自由的冲突，彰显了身份关系的平等性，值得赞赏。但该说并非或多或少地肢解了身份关系、身份利益的独立性，其理论化程度和体系效果也值得推敲。就第一种学说而言，一方面，认为荣誉权亦为身份人格权不当扩张了亲属的身份，是对荣誉权的误解；另一方面，夫妻姓名权等是自然人人格权的体现，无须另设概念予以统摄。此外，它也没有说明为何身份人格权既是权利又是义务，亦即它没有意识到义务权的概念悖论问题。第二种学说所谓的身份权实为自然人基于身份关系所获“权利”之集合，不仅忽视了身份利益的独立性，也缺乏精神利益/财产利益、

法定权利/道德权利、内部关系/外部关系等内容区分。

值得关注的是第三种学说。该说正视了身份关系中的精神利益，通过牺牲身份利益独立性、明确身份关系不受第三方侵害的方式，完成了身份人格利益的规范化，但也并非无懈可击。首先，人格利益具有专属性和固有性，意味着人格利益内在于人并与生俱来，而非存在于其他主体之上且仅于特定时期产生。亦即，身份利益的存在有其独立性，不能为人格权所包含。其次，身份上的精神利益不只针对第三人，也针对身份关系相对人，只是后者仅体现为某种不作为义务，因为身份关系上的精神利益会对相对人的人格自由构成制约。例如，相对人违反忠实义务即侵害了另一方的身份利益。最后，人格利益的保护存在生死之别：生者可以互动，其感情通过道德调整，无独立保护之必要；人死之后，由于死者无法说话，也无法做出行为，近亲属对死者的追思、祭奠成为其表达感情的唯一方式，从而有受法律保护的必要。因此，通过身份人格利益来保护生者的感情是不可取的。

（二）外部权利说的展开

身份利益形成的权利路径有其积极意义：它彰显了人们反对专制、追求平等的不懈努力。但由于自然人参与身份关系并不因此丧失人格权，再次赋予其相对于另一方的身份权，就会形成身份关系内部调整的“人格权+身份权”双权利模式，这是身份关系个人主义理解的必然结果。然而，如前所述，身份关系具有整体性和平等性，个人主义范式与之相悖，因此，用权利来描述身份关系的内部构造存在无法克服的矛盾。本文认为，解释身份利益的规范形成应正视身份关系的整体性和平等性，避免个人主义借现代化之名不当干预身份关系。实际上，身份内部关系应完成从权利到义务的路径转换，身份利益的形成完全可以在身份外部关系中获得解释。

1. 身份利益的外部形成

一般而言，权利的外部关系即指权利的不可侵性或曰排他性，权利的内部关系则为权利内容，体现为利益。但权利外部关系的判断以权利范围的确定为前提，而权利范围又通过法律关系来实现，因此，它也就包括了权利的形成机制。就此而言，利益的规范形成遵循由外而内的逻辑。在权利的形成机制上，通过不特定义务人的不作为义务可以形成绝对权，为特定义务人设定作为义务则成立相对权。虽然在外部关系上，绝对权与相对权均有其不可侵性，但绝对权、相对权概念本身描述的是权利内容：绝对权意指利益无需他人协助即可实现，因此其支配内容是确定的；相对权则意味着权利之实现尚需他人协助，因此支配内容不够确定。因此，权利的绝对性、相对性与不可侵性、形成机制分别对应权利的内外关系。

法律关系的内外关系不同于权利的内外关系，因为前者的区分是经验性的描述，后者则是一个规范概念，存在因果关联。以同样具有相对人的债和债权为例，一方面，一般所谓债的内部关系即债权人与债务人的关系，但债务人对债权人的作为义务为债权的形成机制，仍系债权的外部关系，债权的内部关系为其权利内容，即债权人要求债务人为特定给付的权利。另一方面，债权的外部关系还包括债权的不可侵性，但债权的不可侵性绝不意味着债权是绝对权。绝对权和相对权是相反的，不可能于同一法律关系中存在：我们不能说一项权利的实现既依赖他人协助，又无需他人协助。因此，身份权不可能既是绝对权又是相对权。

其实，与其他权利一样，身份权上的利益是从身份的外部关系中产生的。身份关系的整体性和平等性意味着，身份关系不存在债之关系的个体结构。亦即，身份关系内部不存在个体化的权利构造，只有把身份关系作为一个整体，在身份的外部关系上，才能产生法律上的身份利益。此时，身份利益的形成是通过包含身份关系相对人在内

的其他人所负有的不作为义务来实现的。身份权由此成为区别于物权、人格权等绝对权和债权的独立权利，它有且仅有绝对权的属性。唯此才能理解萨维尼反对把家庭关系等同于债的良苦用心，认为后者与所有权的关系更近。而在解释《民法典》第 1068 条时，一种有力的主张认为，父母对子女不享有支配权，仅负有抚养、教育和保护的义务，唯在与第三人的关系中，抚养、教育和保护得作为亲权存在。

2. 身份义务的自由属性

当我们把身份关系作为一个伦理实体来形成身份利益时，意味着身份权的内部关系不过是一种特殊义务，本文称之为身份义务。因为伦理关系即相互间的义务关系，家庭作为伦理实体意味着它对个体来说就是一些义务。身份义务不同于法定义务，它具有道德性，义务是否履行由当事人自愿决定，法律大力提倡但不加强制，也无法强制。夫妻之间如此，父母子女之间亦不例外，前提是将身份义务限于精神方面（理由下文再叙）。与之不同，身份的外部关系是一种一般性的法定义务，即包含身份关系相对人在内的不特定主体不得侵害他人对其身份关系的拥有。那么，身份义务为什么会构成一种利益呢？这就涉及身份义务的自由本质，而这又是由身份关系的整体性和平等性决定的。

人们对义务有一种普遍的警惕心理。但实际上，具有约束力的义务，只对无规定的主观性、抽象的自由、自然意志或无规定的善的道德意志的冲动，才是一种限制；在身份义务中，个人反而获得了解放，实现了实体性自由。易言之，一般的法定义务是一种责任，它通常是行为人所不欲的，但身份义务却是在自觉履行义务的过程中实现个人的解放，获得伦理上的满足。也就是说，身份义务与自由具有内在的统一性，身份义务的本质就是自由：基于身份关系的整体性和平等性，单纯地强调个人权利和利益，不会使个人获得伦理上的利益和人格的完整性，这一目标只有通过爱、

通过履行身份义务，从而感化对方、唤起对方的自觉，才可能实现。这样一种看似矛盾实则统一的形成机制，就是身份利益的独特性。

所以克尔凯郭尔说，“在婚姻中，内在是首要的，是某种无法展示或指出的东西，但它的表现形式正是爱情。因此，它被作为义务来要求，我从中看不出有任何矛盾”，“义务所表达的是，他们的希望能够实现……‘爱情应当被保持’，在此有一种暗含的权威性，对应于他们希望的内在性”。这就意味着，诚实、坦率、开放和理解才是婚姻的准则。“如果没有这种理解，婚姻就是不美好的，实际上也是不道德的……由爱情所联结起来的感官性的东西和精神性的东西就分离了。”上述原理对亲子关系也同样适用，但亲子间的身份义务有其特殊性：父母对子女的爱强于子女对父母的爱，因为子女日益走向独立和自主，于是就把父母丢在身后，而父母则在子女身上获得了他们结合的客观对象性。所以，在身份关系中，亲权的义务属性也更容易为人们接受。当然，与西方不同，中国有孝的文化传统，包含财产性的养和精神性的敬等内容，后者作为子女对父母的自然亲情，也是一种道德性的身份义务。

3. 身份义务的精神属性

以上讨论围绕身份精神利益展开，但身份精神利益总离不开财产的内容。《民法典》第 1059 条、第 1061 条、第 1067 条、第 1070 条、第 1074 条、第 1075 条也分别规定了夫妻之间的抚养费请求权、夫妻之间的继承权、未成年子女的抚养费请求权和父母的赡养费请求权、父母和子女之间的继承权、父母已死亡或无力抚养的未成年孙子女（外孙子女）对有负担能力的祖父母（外祖父母）的抚养费请求权和子女已死亡或无力赡养的祖父母（外祖父母）对有负担能力的孙子女（外孙子女）的赡养费给付请求权、父母已死亡或无力抚养的未成年弟（妹）对有负担能力的兄（姐）的抚养费请求权和既缺乏劳动能力又缺乏生活来源的由兄（姐）对由兄（姐）扶养长大的有负担能力的弟

（妹）的抚养费请求权。以上权利均作为相对权，学理上又被称为支分身份权，与基本身份权相对。它们为什么不属于身份权？前文仅明确了立场，未作理论说明。

确实，身份利的精神利益无法撇开与财产的关联。“家庭作为人格来说在所有权中具有它的外在实在性。只有在采取财富形式的所有权中，它才具有其实体性人格的定在。”在家庭中，抽象所有权所代表的个人私心及欲望，转变为了对共同体的关怀和增益，也即转变为伦理性的东西。从这个意义上说，基于身份关系产生的财产性请求权当然也是伦理的要求，或者说身份的精神利益会影响身份关系中的财产利益。但这是从存在的必要性上来说的，是一种伦理而非规范的语境。在法律上，精神就是精神，财产还是财产。好比人之尊严作为人存在的道德基础，既要求保护人的人格权，也要求赋予其财产权，但并不因此模糊两者的关系。这样，就区分了身份利益的两种语境——伦理的和规范的，后者只能具有精神属性。

在学理上，把身份利益理解为纯粹的精神利益，也是一种有力的主张。至于《民法典》上所谓的身份权利，由于判断标准是产生领域而非权利性质，发生了与既有权利的重叠，已如前述。所以有学者说，《民法典》第 1001 条中的“身份权利”实为对身份关系中若干具体的“身份权”之概括，是性质各异的“权利”之集合。此外，传统民法关于基本身份权、支分身份权的区分本质上也是基于产生领域的划分，只是同时又依据身份关系的衍生关系再行类型化，同样无法避免与人格权、财产权的重叠。

至此，终于完成了身份权的规范建构。而这样一种身份权，也拥有了独立于财产权、人格权的底气。在揭示身份权独特的规范原理之后，可以回过头来审视身份权的类型与一般性结构。其一，由于身份权要求保护身份外部关系，故在公认的基于夫妻关系、亲子关系的身份权外，原则上不应存在其他身份权。但在我国社会的背景下，虽

然立法未作回应，发生于其他亲属关系的隔代探望仍受到理论与实践的认可，似应成立身份权。至于生育权，则已落入人格权的体系中：任何人不得强制他人生育，但可决定自己是否生育。其二，身份权的主体即身份关系当事人，任何一个身份关系的当事人均为身份权主体。身份权的内容即身份关系的存在，进而体现为当事人为各种关爱、尊重等身份义务并享受伦理快乐的可能。

最难理解的是身份权的客体。由于利益是权利的内容，任何权利均体现为某种利益，因此，把身份利益作为身份权的客体是不合时宜的。那么，身份权的客体是什么，是身份关系相对人吗？答案是否定的。在现代法上，“人是一切客体的对立面……支配权的客体既不能是自己，也不能是他人”。实际上，身份权的客体难题源自客体理论本身。传统客体理论具有一种拟物思维，因此，权利的客体被认为是物、人身、权利等权利义务的指向对象。然而，客体语境中的指向不应是权利范围内的相关，而应是权利在法律关系上的形成。因此，法律关系所界定的义务人应为或不为之行为才是权利的客体。这就剥离了客体受支配的内涵，也与支配权的概念相契合：支配权仅指权利之实现是否需要他人协助，它是对权利内容的描述。据此，身份权的客体即身份关系相对人和第三人的不作为义务。

四、违反身份义务的后果

前文述及，自然人缔结身份关系并不因此丧失人格权利，身份关系内部又不存在债一样的权利结构。那么，在行为人违反身份义务的情况下，相对方能否直接解除身份关系？或者说，身份义务能否对相对方的人格自由产生影响？由于本文采狭义的身份权概念，故下文仅从精神角度讨论违反身份义务的法律后果。

（一）对婚姻关系的影响

由于违反身份义务的后果以存在身份义务为前提，故仅涉及身份关系的解除，在婚姻关系中即涉及离婚。关于离婚，《民法典》第 1041 条第 2 款、第 1042 条第 1 款明确了婚姻自由原则，禁止包办、买卖等干涉婚姻自由的行为。不过，婚姻自由虽然会导致夫妻身份关系的消灭，但它本质上属于人格自由的范畴，《民法典》第 110 条第 1 款也将婚姻自主权作为自然人的身份权对待。那么，在夫妻一方违反身份义务时，另一方能否径行解除婚姻关系？答案是否定的。

我国法实行离婚自由原则，同时又反对轻率离婚。这就意味着，作为身份行为的离婚意思表示，既应是真实的又应是稳定的。因此，婚姻当事人虽然享有婚姻自主权，此种权利却受到来自身份义务的制约，而这正是身份义务的特殊性。所以黑格尔说，由于婚姻是伦理性的东西，离婚就不能听凭任性来决定。为了反对任性、轻率离婚，离婚意思表示的认定必须诉诸外在的伦理权威，此种权威在我国为婚姻登记机关和法院，分别对应协议离婚和诉讼离婚。关于协议离婚，《民法典》第 1077 条、第 1078 条分别规定了 30 天的离婚冷静期和婚姻登记机关的查明义务，诉讼离婚则适用《民法典》第 1079 条规定的“感情确已破裂”的判断标准。本文认为，上述制度均旨在查明当事人离婚意思表示的真实性和稳定性，只不过诉讼离婚须进行综合判断，亦有例示类型；协议离婚则因其合意性和离婚冷静期的经过而减轻了婚姻登记机关的查明负担。

《民法典》第 1043 条规定，夫妻应当互相忠实、互相尊重、互相关爱。其中，互相尊重、互相关爱属于身份义务，但夫妻身份义务还包括《民法典》未直接规定但属必然的同居义务。至于忠实义务，由于其系指夫妻性生活的专一性，也即不为婚外性生活的义务，实际上属于身份权的外部关系。但忠实义务又与同居义务紧密关联一同居意味着共同生活，自然也包含性生活，所以两者经常被放在一起讨论，其义务属性也引起了学

界的普遍关注。就同居义务而言，主流学说认为是法定义务，即便《民法典》未予规定，亦应于修法时予以明确；或者说，《民法典》关于禁止有配偶者与他人同居、分居作为感情破裂判断要素的规定，已认可了同居义务。但也有意见认为，同居义务关涉人身自由，不受任何强制。至于忠实义务，由于《民法典》已有明确规定，基于“应当”的当为性质，似应为法定义务。但也有学者认为，夫妻应当互相忠实只是倡导性规定。

本文认为，同居义务与忠实义务虽然都涉及对夫妻性生活的约束，但两者的属性截然不同。同居义务为身份义务，具有道德属性，故不得强制。仅仅违反同居义务亦不受任何不利益，但可能导致婚姻关系的解除。至于相对方能否解除婚姻关系，仍以离婚意思表示具有真实性、稳定性为准。而忠实义务则为身份权的外部关系，是一种一般的法定义务，无需法律作出规定。当然，仅从《民法典》第 1043 条关于“夫妻应当互相忠实”的规定，无法推出忠实义务的法定性，因为它同时规定的互相尊重、互相关爱的义务显然属于道德义务。但违反忠实义务也不必然导致婚姻关系的解除，《民法典》第 1079 条列举的重婚、与他人同居之事由，也只是离婚意思表示具有真实性、稳定性的类型化，所以才准予离婚。

（二）对亲子关系的影响

在亲子关系中，自然血亲关系的稳定性是固有的，因此，基于自然血亲的亲子关系不因身份义务的违反而解除，但行为人可能丧失监护人资格。《民法典》第 36 条规定，监护人严重损害被监护人利益的，法院应根据有关个人或组织的申请，撤销其监护人资格。不过，自然血亲亲子关系仍可能因送养而终止。《民法典》第 1095 条规定：“未成年人的父母均不具备完全民事行为能力且可能严重危害该未成年人的，该未成年人的监护人可以将其送养。”收养关系成立后，依《民法典》第 1111 条规定，养子女与生父母以及其他近亲属

间的权利义务关系消灭。但此时，因父母不具备完全民事行为能力，无所谓“违反身份义务”，故导致自然血亲亲子关系消灭的事由是终止而非解除。

与自然血亲亲子关系的固有性相比，拟制血亲亲子关系要脆弱得多。拟制血亲亲子关系包括因生父母再婚并存在抚养教育关系形成的继父母与继子女关系和因收养成立的养父母与养子女关系。由于拟制血亲亲子关系系后天形成，其稳定性不如自然血亲亲子关系，故存在因一方当事人违反身份义务而被解除的可能。不过，虽然同为拟制血亲亲子关系，由于继父母继子女关系与养父母养子女关系有着不同的拟制基础，其亲子关系的解除也相异。此外，继子女、养子女成年与否也会对亲子关系的解除产生重要影响。

现行法对收养关系的解除较为明确。《民法典》第 1114 条规定：“收养人在被收养人成年以前，不得解除收养关系，但是收养人、送养人双方协议解除的除外。养子女八周岁以上的，应当征得本人同意。收养人不履行抚养义务，有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的，送养人有权要求解除养父母与养子女间的收养关系。送养人、收养人不能达成解除收养关系协议的，可以向人民法院提起诉讼。”该条对收养的解除规定了较为严格的条件，旨在保护未成年被收养人的合法权益。但即便养子女已成年，若其与养父母关系恶化，仍可通过协议或诉讼解除收养关系（《民法典》第 1115 条）。

就继父母继子女关系的解除而言，《民法典》未予明确。依《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）》（法释〔2020〕22 号）第 54 条规定，生父与继母离婚或者生母与继父离婚时，对曾受其抚养教育的继子女，继父或者继母不同意继续抚养的，仍应由生父或者生母抚养。《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）》（法释〔2025〕1 号）第 19 条第 1 款则规定了两种例

外情形：继父或者继母与继子女存在依法成立的收养关系或者继子女仍与继父或者继母共同生活。据此，继父母继子女关系以解除为原则、不解除为例外。或者说，在不存在例外的情况下，继父母享有单方解除权。

那么，成年继子女与继父母的亲子关系能否解除呢？1986 年《最高人民法院关于继母与生父离婚后仍有权要求已与其形成抚养关系的继子女履行赡养义务的批复》（〔1986〕民他字第 9 号）规定，继父母与继子女的亲子关系不因继父母婚姻关系的解除而受影响。但 1988 年《最高人民法院关于继父母与继子女形成的权利义务关系能否解除的批复》明确，一方起诉要求解除的，人民法院应视具体情况作出是否准许解除的调解或判决。虽然该批复已于 2013 年被废止，但司法实践多沿袭其基本立场，此在学界亦为有力主张。

本文认为，继父母继子女关系与基于收养的亲子关系存在明显不同，故后者得为解除并不意味着前者亦得解除。基于收养的亲子关系的拟制基础，是未成年的被收养人处于某种不利状态——父母无民事行为能力或死亡等，而法律又对收养人有着严格的资格限制，因此，收养通常有利于未成年被收养人。故除非与送养人达成协议，收养人不得解除收养关系。若被收养人已满八周岁，其还享有否决权。但若收养条件丧失——收养人不履行抚养义务，或有虐待、遗弃未成年养子女等行为的，送养人也可以要求解除收养关系。与之不同，继父母继子女亲子关系的形成主要是由于生父母再婚，继子女本身存在生父母的依靠，继父母继子女关系的成立，体现了继子女的某种选择。此时，赋予继父母于离婚时的单方解除权也体现了当事人的自治。

此在成年子女，情况又有所不同。理论上，成年子女具有劳动能力和认识能力，养父母、继父母的义务也已履行完毕，为稳定身份关系计，拟制血亲亲子关系似不得解除。但收养有其特殊性，允许收养关系解除可使养子女恢复与生父母的亲

子关系，从而获得继承权。按照《民法典》第 1118 条规定，即便解除收养关系，经养父母抚养成年的养子女应在养父母缺乏劳动能力时支付生活费，若成年养子女虐待、遗弃养父母的，养父母还可以要求返还抚养费。因此，允许收养关系解除既保护养子女的选择自由，也兼顾了养父母的养老需求。继子女则与之不同，由于继父母继子女关系的成立不消灭与生父母的权利义务关系，故当亲子关系破裂时，允许亲子关系解除无任何实益，反而为继子女逃避身份义务提供了空间，故无解除的必要。

结语

梅因“从身份到契约”的论断是深刻的，它揭示了法律现代化的一般历程。确实，与古代家庭法相比，近代家庭法对家庭的依存大为不同——在这里，人格平等和人格自由得到了兼顾。然而，若据此认为个人已取代家庭成为家庭法的调整单元、身份关系也不过是一种契约关系，则未免过于武断：个体性有其限度，它或许可以解释市民社会中的人际关系，却无法掩盖人在伦理生活中的不完整性。更何况市民社会亦有其伦理性，个体的利己性也离不开国家的保护。立足于人在家庭中的不完整性，确立一个不同于市民社会的伦理原则，可以为人类的多元生活提供制度支撑：个人自治为人的经济行为预留空间，身份伦理为人的灵魂活动提供港湾，后者并非个人自治的妨碍，而是其必要补充。这是身份权的社会基础。

应当承认，现代家庭具有多元性，既有承担生育功能的传统家庭，也有不承担生育功能的新式家庭。确实，身份关系的整体性和平等性以传统家庭为理想类型。然而，法律必须从理想类型的角度，建构家庭法的意义体系，以引领人民走在幸福生活的道路上。因此，只要这个意义体系是正确的，身份利益的绝对性和身份义务的自由性没有问题，各类新式家庭就会变得更好。

本文展示了内外权利说对身份利益形成的解释困境，同时提出了身份关系的外部权利理论，论证了身份权的独立性：身份关系内部不存在个体化的权利构造，而是由具有自由性的身份义务组成。也即，身份义务作为伦理的存在，是义务与自由的统一，履行身份义务可以获得伦理上的价值满足，身份利益由此产生。此外，身份义务通常交由道德调整，父母对未成年子女的教育保护义务亦不例外。当然，行为人违反道德性的身份义务仍有可能导致身份关系的解除。或有人说，此种身份义务理论即便合理，也超出了一般人的生活理解，因而不具有实践价值。然而，家庭生活历来需要智慧，如果身份关系的内部权利说不能引领家庭，无法促进家庭和谐，不能降低离婚率，正确的做法是直面难题，通过国家、社会和个人的

协力，尽可能地使人们理解家庭伦理、承担家庭责任，为建设社会主义和谐家庭而努力。

限于篇幅和主题，本文的一些理论前提未及展开。例如，为何身份利益应限于精神利益，它与身份行为存在何种关联，将对财产行为产生何种影响？即便身份伦理是人的个体性的补充，这也只是一种关于必要性的经验说明，两者是否存在共同的私法基础，也即能否在正当性上获得统一？这是今后的研究话题。

来源

《东方法学》2025 年第 3 期（青年学者特刊 2）（总第 105 期）。转引转载请注明出处。限于篇幅，注释从略。

责任编辑：卢玮 郭骏

王雷：建构中国婚姻家庭法学与继承法学自主知识体系的三个维度

2025-06-06 人大社法律出版

<https://mp.weixin.qq.com/s/Uu0IDuAgLZ2MVxNg442Xsg>



建构中国婚姻家庭法学与继承法学

自主知识体系的三个维度

摘自王雷《中国婚姻家庭法学与继承法学》前言

2020 年 5 月 29 日，习近平在中共十九届中央政治局第二十次集体学习时指出，要“加强对民事法律制度的理论研究，尽快构建体现我国社会主义性质，具有鲜明中国特色、实践特色、时代特色的民法理论体系和话语体系”。2022 年 4 月

25 日，习近平在中国人民大学考察调研时强调，“加快构建中国特色哲学社会科学，归根结底是建构中国自主的知识体系”。以中国婚姻家庭法学自主知识体系为例，婚姻家庭法律制度是民法典的组成部分，婚姻家庭法学知识体系是民法学知识体系中不可或缺又独具特色的组成部分。建构中国婚姻家庭法学自主知识体系，要结合我国婚姻家庭立法和司法，直面婚姻家庭关系的特殊性及时代挑战，面向历史、理论、实践等维度展开。

01.历史维度：

婚姻家庭法律制度的回归和再体系化

新中国成立后很长一段时间里，受苏联民法学的影响，我国婚姻家庭法律制度被人为地从民法中分立出去。1950 年《婚姻法》是新中国成立

后制定的第一部法律，意味着婚姻法与民法二元并立体制的开始。1986 年颁布的《民法通则》对民法调整对象采“平等关系说”，将平等主体之间的财产关系和人身关系一并纳入民法的调整范围。这就解决了婚姻家庭法的体系归属问题，维护了传统民法的制度体系，开启了婚姻家庭法向民法形式上的回归。但民事单行法时代的婚姻家庭法，仍呈现多层次、多元化的特点，存在分散、混乱的弊端。

2020 年《民法典》的通过，意味着婚姻家庭法向民法形式上回归的完成。随着《民法典》的施行，作为单行法的《婚姻法》被废止。体系化是《民法典》的生命，《民法典》婚姻家庭编推动了婚姻家庭法的体系化。在立法层面，由于婚姻家庭法属于身份法，故婚姻家庭编成为民法典的有机组成部分，意味着身份法完成了向民法形式意义上的回归。将婚姻家庭法纳入民法体系，并不会因此使得婚姻家庭关系具有商品经济关系的性质。当然，这并不妨碍平等和私法自治这两项重要的民法基本原则在婚姻家庭法领域的适用。

回顾婚姻家庭法和民法的分合，我们可以梳理出婚姻家庭法学自主知识体系的历史逻辑，锚定婚姻家庭法律制度再出发的起点。展望婚姻家庭法律制度在民法典背景下的再体系化，我们能够勾勒出婚姻家庭法学自主知识体系推动婚姻家庭法律制度发展的使命任务。可以说，《民法典》婚姻家庭编成为构建婚姻家庭法学理论体系的起点和基础。在此意义上，《民法典》婚姻家庭编不是婚姻家庭法体系化的终点，而是再体系化的起点。在法律适用和理论体系层面，身份法还需要实现向民法实质意义上的回归，即实现身份法与财产法的体系融贯，同时充分尊重身份法的特殊性。

02.理论维度：

婚姻家庭法学知识体系的两条红线和一个难题

建构中国婚姻家庭法学自主知识体系，要重视对身份法律行为和身份权利的研究。身份法律行为和身份权利是身份法逻辑规范体系展开的两条红线。建构婚姻家庭法学自主知识体系，就是要从民法学科体系、学术体系、话语体系和法律适用角度，实现身份法律行为和民事法律行为、身份权利和民事权利的体系融贯，使得身份法无论从形式上还是从实质上都不再游离于民法之外，实现婚姻家庭法向民法的实质回归。

身份法律行为是贯通婚姻家庭法的重要理论工具，有助于保障私法自治在结婚自由、离婚自由、遗嘱自由、家事自治等领域的实现。通过身份法律行为这一概念，婚姻家庭法和民法其他部门法在法理基础和法律适用上能够进行有效的沟通和有益的对比。身份法律行为在“事物本质”方面有特殊性和一般性，婚姻家庭领域浓厚的伦理感情底色和家庭共同体特点使身份法律行为区别于财产法律行为。身份行为的法律行为属性又使得我们不得不思考民事法律行为规则在身份法律行为中的适用空间，这很大程度上涉及《民法典》婚姻家庭编和总则编的关系问题。

身份法律关系的核心内容是身份权利。身份权利是民事主体基于血缘、婚姻、收养等特定身份关系而依法享有的以身份利益为客体的民事权利。我国现行法上的身份权利主要包括配偶权、监护权和其他亲属身份权。婚姻家庭领域浓厚的伦理感情底色和家庭共同体特点同样使得身份权利既有民事权利的一般性又有自身的特殊性。身份权利并非典型的绝对权，其在对外关系上具有绝对权的性质，在对内关系上具有相对权的性质，故身份权利人的请求权只能向身份义务人主张。身份权利与人格权在同属于绝对权这一点上具有相似性，但身份权利在对内关系上的相对权品格使其具有特殊性。

婚姻家庭法的特殊性何在？这是建构中国婚姻家庭法学自主知识体系需要回答的一个经典难题。婚姻家庭法作为身份法的特殊性主要表现在

其调整对象—婚姻家庭关系的共同体性和伦理性，婚姻家庭关系的共同体性带来了婚姻家庭法平衡整体利益和个体利益的难题，婚姻家庭关系的伦理性带来了婚姻家庭法平衡法律与伦理道德之关系的难题。调整对象的特殊性也要求婚姻家庭法相应规范具有强行性。调整对象的特殊性塑造了婚姻家庭法的独特性。婚姻家庭是一个伦理共同体，这是婚姻家庭鲜明的中国特色。

03.实践维度：

加强家庭家教家风建设的法治保障

习近平指出：“家庭是社会的基本细胞，是人生的第一所学校。不论时代发生多大变化，不论生活格局发生多大变化，我们都要重视家庭建设，注重家庭、注重家教、注重家风……”党的二十大报告要求，“提高全社会文明程度。实施公民道德建设工程，弘扬中华传统美德，加强家庭家教家风建设”。家庭文明是社会文明的重要内容，加强家庭文明建设是提高全社会文明程度的必然要求。建构中国婚姻家庭法学自主知识体系，就要从法学角度深度诠释“家和万事兴”的家庭生活思维和家事法治思维，助力家庭家教家风发挥在基层治理中的重要作用。

加强家庭家教家风建设，加强家庭文明建设，需要德法共治、多法共治。婚姻家庭法学知识体系要诠释家庭文明的新时代内涵，发挥法治在加强家庭家教家风建设中的保障作用，厚植家庭文明建设的法治土壤。平等、敬爱、忠实、团结等是家庭文明的核心内涵和基本“法理”。《民法典》从夫妻关系以及其他家庭成员关系的不同角度对家庭文明的内涵作出具体规定：“夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱；家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系”。重视家庭文明建设有利于预防和化解家庭矛盾，促进家庭稳定、和谐。婚姻家庭法的主要立法宗旨是促进家庭稳定、和谐。婚姻家庭受国

家保护和重视家庭文明建设是婚姻家庭法学价值体系的基点。

习近平要求：“认真研究家庭领域出现的新情况新问题，把推进家庭工作作为一项长期任务抓实抓好。”《民法典》婚姻家庭法律制度积极回应人民群众对家庭文明建设的新期盼新需求，婚姻家庭法律制度是建设好家庭、涵养好家教、弘扬好家风的重要制度接口，是提高基层治理法治化、专业化水平的重要环节。当前，我国家庭文明建设领域展现了一些鲜明的时代特色，也面临一些新的时代挑战，如结婚率下降、人口出生率低、离婚率上升、人口老龄化、独居成趋势、市场经济财产法思维过度渗透等。婚姻家庭法学知识体系应该重视探讨应对家庭伦理共同体新挑战的系统法律举措和具体方案。

家庭的社会功能、文明作用都是不可替代的。家庭稳定是社会稳定的重要基础，家庭制度属于重要的社会制度内容。家庭塑造着中国人的思维，中国文化、中国哲学源于家庭，差序格局从家庭开始往外延展，家国天下以家庭为起点。依法治国应当重视家庭，重视家教，重视家风，重视家庭文明建设。婚姻家庭法律制度和中国特色婚姻家庭法学自主知识体系要坚定《民法典》的基本立场，展现中国人对婚姻家庭关系的基本态度：婚姻家庭是一个具有法的意义的伦理爱的温馨港湾，是一个有福同享、有难同当的亲情和财产的身份共同体、伦理共同体和财产共同体，是一个平等和睦、休戚与共、志同道合、忠实互让、敬老爱幼、团结协作的具有人身信赖关系的紧密结合型团体。

类似地，建构中国继承法学自主知识体系也要面向历史、理论、实践等维度展开。第一，历史维度：继承法也经历了从单行法向民法典的回归。

《民法典》继承编是继承法再体系化的起点，需要在法典化、体系化思维下研究《民法典》继承编与《民法典》其他各编以及民商事特别法的交叉融合、适用衔接，实现继承法在民法典内部和外部的双重体系化。第二，理论维度：法定继承和遗

嘱继承是继承法体系展开的两大支柱。继承法作为身份法的特殊性主要表现在其调整对象——继承关系中法定继承的身份性和遗嘱继承的死因性。继承法具有鲜明的财产法和身份法结合的特点，可以被界定为身份财产法，属于广义的身份法。我们要重视对继承法作为身份财产法的特殊性和一般性的研究，在充分尊重继承法的特殊性的基础上实现继承法与财产法的体系融贯，推动继承法完成向民法的实质回归。第三，实践维度：继承法的立法宗旨是保障家庭财富传承。未雨绸缪即通过遗嘱妥当安排身后之事，有助于定分止争，促进家庭和谐。遗嘱在家庭财富传承中的重要性日益被认可，作用越来越大，遗嘱发挥作用的领域开始超出继承法的调整范围，实践中形成了广义遗嘱观。

本书简介



作者简介

王雷：中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员，中国人民大学法学院教授、博士研究生导师，中国人民大学吴玉章青年学者。兼任中国法学会民法学研究会理事兼副秘书长，中国法学会法学期刊研究会理事，北京市法学会妇女法学研究会副会长。

目录

目 录

婚姻家庭法学

第一章 婚姻、家庭、婚姻家庭法与婚姻家庭法学概述

第一节	婚姻的本质与婚姻制度的历史发展	4
一、	婚姻的本质	4
二、	婚姻制度的历史发展	7
第二节	婚姻、家庭、家庭成员、近亲属与亲属	9
一、	婚姻与家庭	9
二、	家庭与家庭成员	11
三、	亲属与近亲属	15
四、	亲系与亲等	18
五、	《民法典》如何看待婚姻家庭	19
第三节	身份法律行为与身份情谊行为	20
一、	身份法律行为	20
二、	身份情谊行为	22
第四节	婚姻家庭法的立法宗旨、调整对象与调整方法	25
一、	婚姻家庭法的立法宗旨是促进家庭和谐	25
二、	婚姻家庭法的调整对象与调整方法	27
第五节	婚姻家庭法与民商法其他部门法之间的关系	30
一、	婚姻家庭编与总则编的关系	32
二、	婚姻家庭编与物权编的关系	35
三、	婚姻家庭编与合同编的关系	38
四、	婚姻家庭编与人格权编的关系	40
五、	婚姻家庭编与继承编的关系	41
六、	婚姻家庭编与侵权责任编的关系	42
七、	婚姻家庭编与公司法的关系	44

2 | 中国婚姻家庭法学与继承法学

第六节 婚姻家庭法的发展趋势与基本立场	46
一、婚姻家庭法回归民法	46
二、婚姻家庭法的发展趋势	48
三、婚姻家庭法的基本立场	49
第七节 婚姻家庭法学的内容体系	51

第二章 婚姻家庭法的立法变迁

第一节 婚姻家庭法法律渊源的历史变迁	57
一、民事单行法时代的婚姻家庭法	57
二、民法典时代的婚姻家庭法	58
第二节 《民法典》婚姻家庭编的重点问题与核心要义	62
一、婚姻家庭编的重点问题	63
二、婚姻家庭编的核心要义	64
三、《民法典》是感情的试金石	67

第三章 婚姻家庭法的基本原则与重视家庭文明建设

第一节 婚姻家庭法的基本原则	74
一、婚姻家庭法的基本原则概述	74
二、婚姻家庭法中的自由及其限制	76
三、婚姻家庭法的忠实原则	78
第二节 家庭文明建设在《民法典》中的体现	81
一、重视家庭文明建设成为婚姻家庭编的基本价值取向	82
二、家庭文明的具体内涵及在《民法典》中的体现	84
三、从重视家庭文明建设角度发现《民法典》如何看待家	91

第四章 结婚制度

第一节 结婚的法定条件	98
一、结婚的定义与法律特征	98
二、婚姻是具有法的意义的伦理性的爱	99
三、《民法典》中结婚的法定条件	101
第二节 结婚登记是结婚的法定程序	105
一、结婚是要式法律行为	105
二、《婚姻登记条例》规定了结婚登记的法定程序	106
第三节 与结婚法定条件和法定程序相关的其他制度	108
一、婚介服务合同	108
二、婚约	109

目 录 | 3

三、彩礼	113
四、事实婚姻、非婚同居与重婚罪	116
五、婚姻自主权	120
六、贞操权（性自主权）	121
第四节 禁止结婚的法定情形	122
一、禁止结婚的法定情形概述	122
二、禁止近亲结婚条款的解释论	123
第五节 婚姻无效制度	125
一、婚姻无效的法定情形	125
二、婚姻无效的确认之诉及法律后果	128
第六节 婚姻可撤销制度	130
一、婚姻可撤销和婚姻无效的联系与区别	130
二、婚姻可撤销的法定情形	131
三、婚姻可撤销的法定程序及法律后果	134
第七节 涉罪等违法婚姻的效力	135
一、因一方弄虚作假利用假身份而缔结的婚姻无效	136
二、被拐卖妇女与收买方所缔结婚姻的效力	138
三、以冒名方式办理结婚登记的婚姻无效	141
四、通谋虚假婚姻并非无效	143

第五章 家庭关系

第一节 婚姻家庭中的身份法律关系与身份权	151
一、身份法律关系	151
二、身份权	152
三、户	158
第二节 夫妻身份权	159
一、夫妻身份权概述	159
二、配偶权	161
三、生育权	167
第三节 夫妻财产关系	173
一、夫妻法定财产制	173
二、夫妻约定财产制	178
三、婚姻关系存续期间夫妻共同财产的分割	183
四、夫妻日常家事代理权	184
五、父母出资为子女购买的不动产的物权归属	188
六、夫妻共同债务推定规范	192
第四节 父母子女关系	197

4 | 中国婚姻家庭法学与继承法学

一、未成年人在婚姻家庭中的法律地位	198
二、亲子关系推定规范	199
三、亲权与监护	203
四、未成年子女的姓名权	212
第五节 赡养关系	215
一、赡养义务	215
二、成年意定监护制度	219
三、以房养老制度与居住权	221
第六节 其他近亲属关系	222
一、其他近亲属关系概述	222
二、祖孙之间、兄弟姐妹之间、继父母继子女之间的 民事法律关系	223

第六章 离婚制度

第一节 婚姻终止制度	236
一、婚姻终止制度概述	236
二、登记离婚	238
三、诉讼离婚	239
四、登记离婚和诉讼离婚的不可逆性	240
第二节 离婚冷静期制度	240
一、离婚冷静期的定义与立法目的	240
二、离婚冷静期对离婚登记程序的影响	242
三、离婚冷静期的适用范围与制度衔接	243
第三节 离婚诉讼程序	243
一、离婚诉讼程序概述	243
二、夫妻感情确已破裂是诉讼离婚的法定理由	247
三、保障离婚自由、反对轻率离婚是离婚法律制度的指导思想	249
第四节 离婚对父母子女关系的影响	250
一、离婚后父母对子女的抚养义务	250
二、离婚后父母对子女的探望权	258
第五节 离婚对夫妻关系的影响	261
一、离婚对夫妻财产关系的影响	261
二、离婚对夫妻共同债务清偿的影响	267
第六节 离婚协议	268
一、离婚协议的定义与法律特征	268
二、离婚协议的法律适用	270
三、离婚财产分割协议引发物权变动	273

第七章 婚姻家庭领域的救助措施与法律责任

第一节	女权主义法学与婚姻家庭法	289
一、	女权主义法学与婚姻家庭救助措施	289
二、	女权主义法学与夫妻财产制	290
第二节	禁止家庭暴力	291
一、	人身安全保护令	292
二、	抢夺、藏匿未成年子女的法律救济	297
三、	禁止性骚扰	299
第三节	离婚救助措施	300
一、	离婚经济补偿制度	300
二、	离婚经济帮助制度	303
三、	离婚损害赔偿制度	304

第八章 收养制度

第一节	收养制度概述	312
一、	收养的定义与法律特征	312
二、	收养法回归《民法典》	313
第二节	收养法律行为的成立	314
一、	收养法律行为的成立要件	314
二、	不同类型收养法律行为的成立要件	317
三、	民间习惯中的过继（立嗣）	318
第三节	收养法律行为的效力	319
一、	形成拟制血亲关系	319
二、	养兄弟与养姐妹之间可以结婚	321
三、	收养法律行为无效	322
第四节	收养关系的解除	323
一、	解除收养关系的三种方式	323
二、	收养关系解除后的法律效力	324

继承法学

第九章 继承、继承法与继承法学概述

第一节	继承法的立法宗旨与基本原则	332
一、	继承与自然人财富的传承	332

6 | 中国婚姻家庭法学与继承法学

	二、继承法的性质与立法宗旨	334
	三、继承法的基本原则	335
	四、继承法的调整对象	337
第二节	遗产的范围	338
	一、遗产的范围概述	338
	二、股权继承	341
	三、虚拟财产的财产属性与可继承性	343
	四、对遗产税的法律解读	345
第三节	继承方式与继承权	345
	一、继承方式与继承发生的法理根据	345
	二、继承权的概念、类型、行使与保护	346
第四节	继承权的丧失	350
	一、继承权的丧失概述	350
	二、继承权丧失的法定情形	350
	三、被继承人的宽恕	352
第五节	继承法着力协调的三种关系	352
	一、遗嘱自由与限制之间的关系	352
	二、社会变迁与法律发展之间的关系	353
	三、国家法与习惯法之间的关系	354
第六节	继承法的立法变迁	355
	一、从《继承法》到《民法典》继承编	355
	二、《民法典》继承编的重点问题与核心要义	355
第七节	继承法学的内容体系	361

第十章 法定继承

第一节	法定继承制度概述	369
	一、继承习惯法与国家继承法的互动	369
	二、法定继承的定义与法律特征	369
第二节	法定继承人的范围及继承顺序	371
	一、法定继承人的范围	371
	二、法定继承人的继承顺序	373
第三节	代位继承与转继承	374
	一、代位继承	374
	二、转继承	377
第四节	法定继承的遗产分配	378
	一、法定继承遗产分配的一般规则	378
	二、酌情分得遗产制度	379

第十一章 遗嘱继承和遗赠

第一节	继承法的意定主义与法定主义调整方法	388
一、	遗嘱自由原则及其限制	388
二、	遗嘱的概念与法律特征	389
三、	遗嘱继承与法定继承的区别	390
第二节	遗嘱的内容与形式	391
一、	遗嘱的内容	391
二、	遗嘱的形式	395
第三节	遗嘱解释	399
一、	遗嘱解释的方法	399
二、	遗嘱的撤回、变更	400
三、	遗嘱撤回的默示方式及其解释	400
第四节	遗嘱无效	401
一、	遗嘱无效的法定情形	401
二、	遗嘱无效的法律救济	402
第五节	遗赠制度	403
一、	遗赠制度概述	403
二、	违背公序良俗原则的遗赠无效	405
第六节	必留份制度	406
第七节	分家析产与遗嘱信托	407
一、	分家析产	407
二、	遗嘱信托	407

第十二章 遗产的处理

第一节	继承的开始与遗产的处理方法	420
一、	继承的开始	420
二、	因继承取得物权	420
三、	遗产的处理方法	423
第二节	遗产管理人	425
一、	遗产管理人制度概述	425
二、	遗产管理人的法定职责	427
三、	遗产管理人的民事责任	427
第三节	继承遗产与清偿债务	428
一、	限定继承规则	428
二、	无人继承又无人受遗赠的遗产的处理	429
第四节	遗赠扶养协议与继承协议	430

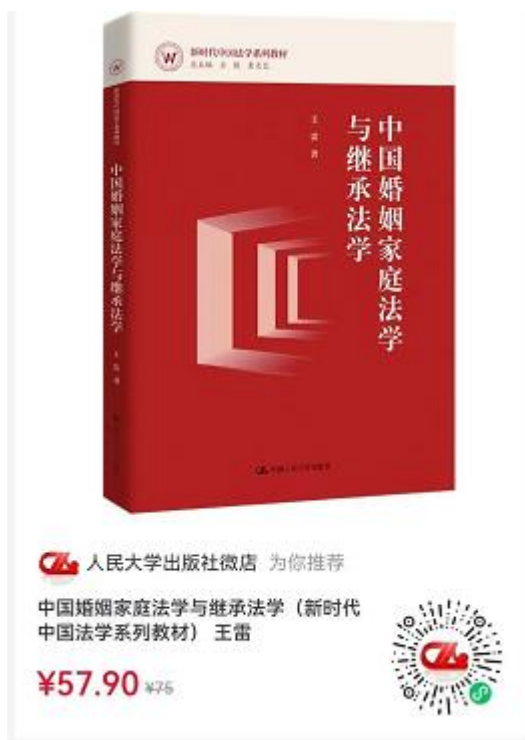
8 | 中国婚姻家庭法学与继承法学

一、遗赠扶养协议 430
二、继承协议 433

第十三章 与死亡有关的其他民法问题

第一节 祭奠利益的民法保护 439
 一、祭奠利益的定义与法律保护 439
 二、侵害祭奠利益的侵权行为 440
第二节 死者人格利益的民法保护 441
第三节 死者著作权益的民法保护 442

后 记 444



责任编辑：许蓉

校对编辑：白俊峰

终审编辑：郭虹、黄强

马忆南：怀念吟兰教授

2025-06-07 家事法苑 马忆南

<https://mp.weixin.qq.com/s/FHMqeOscJNC05PABY950aA>

马忆南：怀念吟兰教授

作者：马忆南，北京大学法学院教授

5月28日我在土耳其，晚饭后回到酒店，接到林建军老师的微信，得到吟兰教授过世的信息，震惊不已。6月2日我回到北京，坐上机场地铁在三元桥转10号线回家，听到广播三元桥几个字我的心一阵发紧，悲从中来。三元桥是吟兰的住处，我和她经常在东城和朝阳开会，会后我们同乘地铁10号线，她回三元桥，我回知春路。

我和吟兰相识在1980年代末，我们作为年轻专家参加《妇女权益保障法》的立法调研，后来我们有机会担任妇女权益保障法、婚姻法、民法典的立法和修法专家。我们都担任过全国妇联执委和北京市妇联副主席，几十年来我们是亲密的同

行和合作伙伴，共同参与法律政策的咨询、论证和性别平等评估工作，在法律政策顶层设计和实施的过程推进性别平等。

前不久我们还一起参加了全国妇联召开的纪念北京世界妇女大会三十周年的座谈会，吟兰还表示95世妇会对中国妇女研究及与妇女相关的法律政策产生了多维度且意义深远的影响。世妇会既推动了诸多新法律的出台，也在政策制定中吸纳了女性主义的先进内容。《妇女权益保障法》所确立的各项保障制度以及机制，其实都受到95世妇会《北京宣言》和《行动纲领》的影响。吟兰在这方面贡献是很大的。

吟兰教授付出大量心力帮助纠正《婚姻法司法解释二》第24条的错误，在当时召开的多个研讨会上，她都公开发表了对该条文的质疑和实施

效果的担忧，也建议法律及早改变夫妻共同债务的认定标准。她长期倡导夫妻共同财产联名登记制、夫妻共同财产申报制，增加法律有关财产权属登记、离婚诉讼期间共同财产查询、离婚时家务劳动经济补偿等规定，加强对女方合法权益的保护。这些建议终于在 2022 年 10 月修订后的《妇女权益保障法》得到实现。

吟兰教授领衔的中国法学会婚姻家庭法学研究会民法典及其司法解释的制定中发挥了重大作用，完成了《民法典婚姻家庭编专家建议稿》，我们完成了若干论证报告，这些论证报告为立法提供了理论支持。吟兰教授不仅贡献思想和理论，更投入大量精力组织协调各路研究力量达成共识。

最近两年，吟兰教授积极为《民法典婚姻家庭编解释（二）》的出台建言献策。她提出在法院处理的离婚案件中需要加大离婚经济补偿的力度。家务劳动中教育子女、满足家人精神需求等活动，需要精神和情感的投入，完全无法量化。育儿中的数字科技使用，大量占用父母的时间、体力和脑力，并且呈现出碎片化和繁琐性等特点。需要重视女性在家务劳动中的超常付出。

跟吟兰教授长期交往中，我感到她对工作非常热爱和投入，对同事朋友非常热情诚恳，豁达

大度，有共情能力，有感召力。大家都喜欢与她合作，与她聊天。我和她除了业务交集，也经常谈论各种社会见闻、家长里短。吟兰的逝世，不仅使我失去了一位专业同道，也失去了一位好姐妹好朋友。

吟兰安息吧，我们会永远怀念你！



孙宪忠：在民法典五周年庆典及民法重大问题研究讨论会上的致辞

2025-06-09 与民法典同行 孙宪忠

<https://mp.weixin.qq.com/s/eAAhW6c0FadB1K1Up0XKJg>

会议致辞

在中国社会科学院法学所举办的民法典五周年庆典及民法重大问题研究讨论会上的致辞

孙宪忠



孙宪忠在会上致辞致辞

首先,请允许我作为本次会议的实际发起人,向尊敬的崔建远教授、李永军教授、刘凯湘教授和来自于全国各地的各位老师、尊敬的各位组织会议的老师和同学们、尊敬的中国社会科学院法学所李洪雷书记所领导的法学所的同志们表示衷心感谢。会议组织非常完满,一百三十多名参加者,提交了六七十篇报告和文章,保证了本次会议肯定能够取得成功。

今天是周末,而且天气炎热,大家抽出时间来共同研究民法问题,我感到非常高兴。数十年来,中国社会科学院法学所民法课题组一直致力于我国民法的编纂和民法学术研究的不断推进,为国家立法和法学学术研究作出了努力,得到了国家和社会各界的认可,也得到了在座的以及因忙没有来得及与会的学界同仁的支持。在此一并表示感谢。

我国《民法典》编纂任务完成之后,我提出建立“中国民法典日”的倡议,并坚持在我们这里持续举办研讨会,推进我国民法的立法、司法和学术研究。每年我们都要花费力气做这样一件事情。为什么要坚持这一创意,持续做这件事?道理基本上来说有两条:

第一,《民法典》作为体系化科学化立法的产物,以其自身的制度理性,强烈地推进了我国立法、司法和法学研究,因此《民法典》值得我们认真学习和研究。大家都知道法典编纂完成后总书记提出借鉴其编纂经验,适时编纂其他方面的法典。目前这一方面的工作也取得了很大的成就。此外,近年来我国还制定和修订了很多法律,这些立法工作中民法典作为基础立法,其制度理性和法理逻辑都发挥了强大的指导作用。《民法典》中的制度理性和法理逻辑,不仅为民事司法提供了基础,而且也为行政司法和行政执法提供了法理和思维基础。因为这些立法活动我都有比较深入的参与,因此体会也就更加深刻。也就是因为

这样,我认为,《民法典》及其蕴含的制度理性和科学逻辑,值得我们永远认真学习和研究。

第二点,必须从国计民生发展的总体格局和视野的角度,审视《民法典》编纂以及实施的重大价值,尤其是要进一步认识肯定民事权利保障在国计民生发展中的重要作用,通过《民法典》的学习和研究,推进民事权利的承认和保障,保护好国计民生发展的根本动力或者根本源泉。

我今年推动这个“民法典日”活动,确定的基本思想是,从国计民生发展动力角度看,思考民事权利保障的正当性与有效性问题。关于这个主题思想,我需要简单解释一下。这个主题思想的确定,来源于我多年以来参加国家立法活动、参加法治调研活动的心得体会。从我国《物权法》到《民法典》编纂,以及今年四月份全国人大常委会刚刚制定的《民营经济促进法》,我们大家都可以看到这样一个事实,那就是民事权利的承认和保障,在我国还并不是一帆风顺的事情。但是,民事权利的承认和保护,却实实在在的是国家经济稳定发展的动力和保障。我在参与国家立法和现实调研中看到,民事权利保护比较好的时期和地方,一般来说经济发展较好;反之,民事权利承认和保护遇到困难的地方和时期,经济发展就不怎么好。疫情以来,加上美国对中国的封杀,我国经济发展出现了问题。这个国际环境确实不好。但是从《民营经济促进法》制定需要解决的问题看,民事权利保障不足,也是经济发展遇阻的障碍之一。所以,中央下决心尽快制定《民营经济促进法》,就是要解决这一问题。

我在《物权法》制定时期就曾经提出,国计民生的发展需要动力,而这一动力,必须由民事权利提供的,而且是由民法来作为基础法律来保障的。宪法是根本大法,但宪法权利需通过民事权利扎实落地。所以我们认真学习研究《民法典》,坚持通过研讨会等方式,保持对法典的关注,并非搞“民法帝国主义”,而是要强调民事权利在道德上的正当性,以及法律制度建设上涉及民事

权利承认与保障的有效性，为国计民生发展注入源源不断的动力。我希望这一方面的指导思想，能够对大家的学习和研究有所启迪。

谢谢大家！

孙宪忠

全国人大常委会委员

全国人大宪法和法律委员会委员

中国社会科学院学部委员

中国社会科学院法学研究所一级研究员

2025 年 6 月 7 日

夏吟兰：立法者的温柔

原创：2025-06-10 中国慈善家杂志 王卫

https://mp.weixin.qq.com/s/nKxdV2XORWXfgf7pj_oY4Q

法律必须看见那些看不见的人，听见那些沉默的声音。



著名法学家、中国政法大学教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰。图/中国政法大学

“夏老师走了。”

邓丽得知这个噩耗时，“如雷电掣，不敢相信。”邓丽是中国社会科学院法学研究所副研究员，“夏老师”是她的研究生导师夏吟兰。就在夏老师去世前一天，邓丽还在群里跟着她做公益，给妇女儿童保护项目捐款。

不管她是多么不愿意相信，这一消息还是得到了证实。5月28日凌晨，著名法学家、中国政法大学教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会会长夏吟兰突发急症，经全力抢救无效，在北京去世，享年68岁。

作为婚姻家庭法学、妇女人权法学知名专家，多年来，夏吟兰参与过20余部法律的起草、修改及相关的调研、论证工作，2016年，她荣获全国三八红旗手称号。

夏吟兰曾说，“用我自己的一生改变妇女的命运，帮助到她们。”

婚姻不应该只有浪漫，还应该有规则

1957年，夏吟兰出生在北京一个知识分子家庭，父亲是某部设计院的工程师。尽管她刚读到小学二年级就遭遇了那个动荡的时代，未能接受完整系统的中小学教育，但受家庭氛围熏陶，夏吟兰从小爱读书，特别是读了很多小说。

1976年，高中毕业的她因病留京免于插队，次年进入北京市新街口服装三厂。有正式工作、留在北京当工人，这在当时是个很好的去向。因此，恢复高考的头两年，夏吟兰都没考虑上大学，安安心心地当着那个踩缝纫机的“文艺女青年”。但看着同学和朋友一个个上了大学，她也决定去试试。说考就考，一年的努力复习，加上博览群书的功力，1979年，夏吟兰如愿考上大学。

因酷爱文学，想当记者，填报志愿时，夏吟兰首选的是北大中文系。第二志愿，一些朋友劝她学法：“别看现在学法律的人少，将来会有大用处的”“法学和文学有相似之处，内核都是对人的关怀”……就这样，夏吟兰懵懵懂懂地选择了法学，最终被北京政法学院（中国政法大学的前身，简称法大）录取，成为了一名法学生。

当时的法大条件很艰苦，学校连桌椅都没有，一人发一个马扎，带着去听讲。学校也没有独立的校舍，跟北京戏校、北京市歌舞团挤在同一个大院里，唱歌的、吊嗓子唱戏的，环境非常嘈杂。

但学习条件的不足，挡不住夏吟兰的求知热情，更何况，那时的法大，汇集了中国法学界的泰斗级人物。夏吟兰曾在 2010 年的一次访谈中，提到对自己影响至深的几位老师。一位是被誉为新中国民法三杰之一的江平，江老师的名言“只向真理低头”，深深影响了夏吟兰那一代的法大学子。“对于法学人而言，这句话特别重要，试想，如果法律是软弱的，任由某些人玩弄于股掌之间，也就失去了公平与正义的终极理念。”夏吟兰说。

另一位是张佩林，张老师当年授课极其认真，每个专题都要准备厚厚的一沓讲稿。这份严谨认真，也成为她日后扎根三尺讲台的榜样。

当然还有她的硕士导师——巫昌桢。巫昌桢是新中国婚姻法学科奠基人之一，也是新中国第一代法学教育家，亲历多部法律的起草修改工作。

当时的北京政法学院，办学规模较小，学生人数较少，老师们课余有较多时间精力组织与自己研究领域相关的“兴趣小组”，通过讲座、理论知识传授与案例研习等丰富多彩的形式，让小组中的成员能够有所收获。学生可根据自己的兴趣爱好自由选择适合的“兴趣小组”。

文艺女青年夏吟兰在小说中看到爱情的浪漫，但法学让她逐渐意识到，一旦进入婚姻，只有浪漫是不够的，还需要规则。于是，在大二时，她加入了巫昌桢组织的婚姻法兴趣小组，从法律角度去思考感情与婚姻，研究家庭中的权利与责任。

她的人生轨迹就此改变，此后余生，她一直在学习、钻研和推动婚姻家庭法的发展。

在这个兴趣小组，最让夏吟兰难忘的是围绕 1980 年婚姻法颁布展开的讨论，“婚姻的基础是政治、经济，还是感情？”她回忆说，每一次讨论都会碰撞出思想的火花。



2019 年 3 月 30 日，武汉，中国法学会婚姻法学研究会会长、中国政法大学教授夏吟兰在武汉大学作“《民法典婚姻家庭编（草案）》评析与反思”的讲座。

随着学习研究的深入，夏吟兰渐渐被婚姻法蕴含的人文关怀所吸引。巫昌桢授课时的学识与才情，和举手投足间展现的典雅大气，也满足了青年夏吟兰对女学者的所有想象。“用现在流行的话说，我就是巫老师的‘小迷妹’。”她曾回忆道。

本科毕业时，夏吟兰一度犹豫要不要找工作，“毕竟那时候都 26 岁了”。巫老师找她谈话，劝她继续读研：“女性要掌握自己的命运，把自己做大、做强，不能依附别人，要独立。”

于是，夏吟兰又报考了巫昌桢的研究生，跟随恩师走上了婚姻家庭法的研究之路。研究生毕业后，夏吟兰留校任教，开启了此后近 40 年婚姻家庭法学的教学和科研工作，成为多项涉及妇女儿童权益立法的主要专家之一。

工作后，夏吟兰也始终保持着好学上进、虚怀若谷的态度。2004 年，虽然早已是教授了，但为了完成自己的博士梦想，她又在母校攻读了江平教授的博士研究生。“这也是一种给自己的压力，保持终身学习态势的选择。”她曾回忆说。

薪火相传

1987 年，夏吟兰研究生毕业，又在导师巫昌祯的建议下留校任教。

当时，中国政法大学婚姻家庭法方面的教师资源匮乏，研究面临着断档的困境——从巫昌祯到夏吟兰及其同辈，两代婚姻法研究者间隔了近三十年的空档期。巫昌祯看中夏吟兰良好的学术能力与表达能力，希望她能留校任教，这份期许也契合了夏吟兰对教师这个职业的喜好与尊崇，于是，她走上三尺讲台，开启了 36 年的教学生涯，也带出了无数优秀的法学学子。

夏吟兰主要讲授“亲属法”“继承法”“妇女人权”“特定群体人权保障”等课程，招收了全国第一个妇女人权研究方向的博士生。她的课程案例丰富有趣，深受学生的喜爱，曾入选中国政法大学“最受本科生欢迎的十位老师”。她主讲的《亲属法与继承法》课程则被誉为“本科上过的最精彩课程之一”，每到选课时节，总是一课难求。200 人左右的大教室，常有学生慕名而来搬着板凳坐过道旁听。曾有学生说：“上过夏吟兰老师的婚姻家庭法，你就很难不萌生出去考她研究生的想法。”事实也确实如此，很多学生因为本科阶段与夏吟兰的一课之缘，便选择了考取她的研究生，将亲属继承法、妇女人权的研究工作薪火相传。

给本科生上课，带研究生、博士生做学术研究，夏吟兰教过的学生数不胜数，其中一个学生让她印象深刻。

上世纪 90 年代中期，有一年上大课时，她组织学生讨论问题。有位男生举手发言，虽然讲话有些紧张，但角度很新颖，还对案例分析提出了不同意见。讨论过后，夏吟兰虚心地接受了这位男生的意见，并肯定表扬了他。男生毕业时写信告诉夏吟兰，他来自农村，有点自卑，那是他第一次在百人大课堂上发言，夏老师的表扬让他渐渐找到了自信。他在信的末尾说：“我会学以致用，

传递法律的力量，做一个对国家和社会有用的人！”

这封信，夏吟兰始终珍藏着。她曾说：“这件事也时刻提醒着我‘培养什么人、怎样培养人、为谁培养人’。”后来，在指导学生撰写论文时，除了理论价值，她还会让他们思索论文主题和研究方向的现实意义。是不是当前法治建设中亟待解决的问题？是不是与人民群众生活密切相关的内容……在她看来，无论是她自己还是学生，“个人理想只有紧跟时代奉献社会，才能发挥最大的价值。”

在回忆江平、巫昌祯等恩师时，夏吟兰曾说：

“他们这些前辈对学生的负责态度可以说到了苛刻的境地，同时又如严父慈母一般引导你、教育你，所以那时的师生关系特别融洽，这也是促成我选择做一名教师的原因之一，今天的你们很难再有这样的师生感情了，因为时代变了，你们学生忙，老师们也忙，都分身无术，都不再像过去那么单纯。”

她成为老师后，尽管也很忙，但仍然传承着前辈老师的作风。在夏吟兰去世后，不少学生纷纷发出悼文，缅怀这位对他们影响深远的老师。

他曾带过的研究生卢文捷现已成为新疆政法学院法学院的副教授，他在悼文中回忆道，“老师非常认真，从论文提纲草拟、到论文结构调整，再到学术观点把握，甚至是一个错别字的改正，都尽心尽力。而且，老师很辛苦，常常是在夜里很晚的时间给我回复邮件。”

夏吟兰也十分关心学生的个人问题，不止一次向卢文捷“催婚”，但同时又语重心长地对他说：“现代社会生活方式是多元的，理解并尊重你的选择。”

中国社会科学院法学研究所副研究员邓丽则在纪念恩师夏吟兰的悼文中，提到自己读研三那年，隔壁宿舍用电不慎引致火灾，因风向原因，她的宿舍成了受灾最严重的房间，钢做的床架被炙

烤成 S 型，电脑、书籍、压在箱底的证书全部覆亡。夏吟兰知道后，连夜送来衣被抚慰安置。

听闻夏吟兰曾在一位研究生做手术时以家属的名义签字，邓丽大感震撼，后来在一次聊天时问老师，万一出事怎么办？夏吟兰眼神温暖，坦然地说：“这个孩子家人离得远，只有我来签，万一出事那就只好担着。”

邓丽在文中感叹：“夏老师，是生死可以相托的长者。”

女性保护与平权

1988 年，夏吟兰刚研究生毕业，便跟随妇女权益保障法起草小组前往多地对中国的妇女问题进行广泛调研，她在调研中发现了一些问题。

比如，当时城市里呼声比较大的问题是机关工厂福利分房存在“分男不分女”的情况。如果夫妻都是本单位职工，也只看男方的职位和资历。夏吟兰在调研中遇到过一位女科长，本来按自己的科长职位能分到较大的房子，却只能按照丈夫的职位住小房子，而且名义上还属于丈夫。

在农村，女性遇到的主要是上学问题，“上学需要花钱，家里如果有不止一个小孩，一定是供男孩读书。我们当时在农村看到，家里的女孩到一定年纪就不上学了，还要背着弟弟下地干活。男女教育不平等的问题很明显。”夏吟兰说。

后来，这些调研内容都被反映到了 1992 年颁布的妇女权益保障法中。在“劳动权益”一章里特别规定“在分配住房和享受福利待遇方面男女平等”。在“文化教育权益”中规定“国家保障妇女享有与男子平等的文化教育权利。”“父母或者其他监护人必须履行保障适龄女性儿童少年接受义务教育的义务。”这些规定实实在在地维护着全体女性的权益。不过，随着福利分房制度渐渐退出历史舞台，“分配住房”四个字也“功成身退”。

妇女权益保障法正式颁布实施 13 年后，2005 年，夏吟兰又参与了这部法律的修订工作，内容

根据女性权益保护的重点难点发生变化，强调男女平等基本国策的法律地位，“劳动权益”修订为“劳动和社会保障权益”。

随着社会经济的发展，中国在女性问题上的立法和研究也逐步与国际接轨。1995 年，联合国第四次世界妇女大会（简称世妇会）在北京召开，成了一个里程碑事件。大会分两个论坛，一个是政府论坛，一个是 NGO 论坛。一共四万多人参加，参会的规模非常大。夏吟兰是这次盛会的亲历者，她曾在接受媒体采访时谈及大会的影响，“我们这一代人基本上都是改革开放之后上大学的，真正的开眼看世界，包括对所谓社会性别、女性主义，对 NGO、家庭暴力等概念的认识都是在世妇会，以及之前的各种论坛当中获取的。这次会议对我自己，以及我们那一代女性学者来说，确实是一次女权主义的启蒙。”

世妇会之后，一系列具体的、可诉性强的追求实质平等的法律法规陆续出台。2001 年的婚姻法修订中，加入反家庭暴力的规定。2002 年颁布农村土地承包法、2006 年修订的义务教育法，在禁止家庭暴力、保障已婚、离异和丧偶妇女的土地权享有，保障女童教育权享有等方面都做出了新的规定。

作为专家建议稿的主要负责人，夏吟兰深度参与了反家庭暴力法的调研、起草及论证工作。她推动确立了“家暴非私事”的立法理念，强调公权力介入的必要性。



夏吟兰参与起草的《中华人民共和国反家庭暴力法》。

她主导设计了这部法律的核心制度，包括“人身安全保护令”制度：允许受害者无需离婚即可申请司法保护，法院须在 72 小时内作出裁定；告诫书机制：公安机关可对轻微家暴者出具书面警告，强化执法威慑力；多机构联动干预：明确妇联、社区等组织的协作义务，构建社会支持网络。这些机制被学界广泛采纳，为中国的家暴防治工作提供了理论基础和实践路径。

2014 年“国际消除家庭暴力日”当天，国务院法制办公布了《中华人民共和国反家庭暴力法（草案）》，同时向全社会公开征求意见，2015 年 12 月 27 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过。

除了在立法上推动“反家暴”的发展，夏吟兰也曾从事着中国法学会反家暴网络的志愿者工作，为遭受家暴的女性提供法律援助。一次次的接触中，夏吟兰看到的是那些受家暴女性眼睛里的无助与不自信，总想努力帮助她们走出胆怯，脱离家暴的泥沼。

她也十分关注各类为“反家暴事业”努力的民间组织，妇女儿童权益保障律师、北京市东城区源众家庭与社区发展服务中心（简称源众）创始人李莹回忆说，夏吟兰一直很关注源众的发展，还曾对她说等退休后没那么忙了，想多参加源众的活动。在夏吟兰去世后，李莹发朋友圈讲到这个永远无法完成的约定，说“今天只有无尽的悲伤和怀念。”

让法律成为温暖人心的力量

在近四十年的学术生涯里，夏吟兰参与起草或修订过妇女权益保护法、婚姻法、未成年人保护法、残疾人保障法、老年人权益保障法，以及反家庭暴力法等 20 多部影响深远的法律法规，构建了中国婚姻家庭法律体系的基本框架。她期望通过立法来推动现有社会观念的改变，从而实现对弱势人群的保护。

在民法典的编纂工作中，夏吟兰作为《民法典·婚姻家庭编》主要召集人，全程参与编纂论证。

中华女子学院法学院副教授但淑华这些年跟着夏吟兰做过几个课题，她印象特别深的是在 2017 年的一次《民法典婚姻家庭编（专家建议稿）》讨论会上，有专家建议将婚姻法中的“婚后所得共同制”修改为“婚后劳动所得共同制”，认为前者可能助长不劳而获的风气。也有专家持不同意见，会场一时间争执不下。夏吟兰思忖良久后表达了反对观点。她说，在中国农村，有大量出嫁妇女事实上是不能继承自己父母遗产的，如果再剥夺她们对丈夫继承遗产的共有权利，实际上会使她们面临两头空的境地，所以财产制的修改要非常慎重，在有充分扎实的调研表明不会影响妇女权益之前，不宜作此修改。

面对《民法典·婚姻家庭编》中网友讨论度极高的离婚冷静期，夏吟兰一再强调，“设置离婚冷静期是善意的提醒”，同时强调需配套心理咨询和婚姻家庭关系调解机制。对于一方存在家暴的情形，她明确主张应通过诉讼程序解决：“协议离婚并不能真正解决家庭暴力问题，离婚后遭受家庭暴力的情形并不鲜见。公安、法院等公权力的介入与干预，才可以真正保护受害者的人身权利不受损害。”

在婚姻家庭编立法中，夏吟兰还推动了多项突破性规定：扩大离婚损害赔偿范围，增加“其他重大过错”的兜底性规定；取消家务劳动经济补偿制度的适用前提；明确夫妻共同债务认定规则，保护未举债一方权益。她提出的“家务劳动补偿入法”等创新条款，重新定义了婚姻中隐性劳动的价值。

2022 年 5 月 1 日，夏吟兰告别了耕耘 36 年的讲台，但她并没有告别奋斗一生的婚姻家庭法学和妇女人权事业。甚至在生命的最后阶段，她仍在做讲座，跟学生沟通工作，为婚姻家庭法的完善继续贡献智慧。

中央民族大学法学教授雷明光在夏吟兰病危之际赶赴医院，和夏吟兰的亲人及几位法学界同仁一起陪伴她走完了最后一程。他在《哭夏吟兰教授》一文中提到，“我注意到夏老师一只眼睛一直睁着，走时也没有闭上，我知道她心有不甘呀！她舍不得离开我们和她热爱的事业，她还太年轻！”

文中，雷明光还提到，每当大家在立法论证会上遇到困境，夏吟兰总会坚定地说：“法律必须看见那些看不见的人，听见那些沉默的声音。”

因此，他觉得：“当我们缅怀夏吟兰教授，最好的方式就是继续她未竟的事业——让法律成为温暖人心的力量，让每个家庭都成为安全的港湾，让每位女性都能在法治的阳光下绽放光彩。”

作者：王卫

图片来源：视觉中国、IC

图片编辑：张旭

值班编辑：张旭

生如夏花 灼灼其华 | 纪念夏吟兰教授

2025-05-29 法学学术前沿

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

生如夏花，灼灼其华

——纪念恩师夏吟兰教授

作者：邓丽，中国社会科学院法学研究所副研究员

来源：法学学术前沿首发

凌晨四点多醒来，披衣坐起，打算续写昨天的论稿。近日文债如山，适逢小女出游，我搬到郊区独自起居，作息调整至晚间早睡，黎明即起，这样能伴着鸟鸣安心码字。这么早，新闻也还没醒，但我还是习惯性地扫了一眼手机，有师妹在12点至1点间数次语音致电，且嘱“见信速回”，何事如此急促？另一位师弟的留言直接揭开谜底：夏老师走了！如雷电掣，不敢相信，明明昨天我还在群里跟着老师做公益，给妇儿保护项目捐款，明明上个月我还跟老师请教前路何从，老师的指示一如往常：勇往直前，有容乃大！听着话筒里夏老师爽朗的笑声和热情的鼓励，便觉千辛万苦也要遵从师命，蹚过去。

夏老师是我生命中的重要引领者，我的求学、工作和生活莫不受惠于恩师。2008年出版拙著《婚姻法中的个人自由与社会正义》时，我曾在后记

中回忆自己如何走上婚姻家庭法研学之路：“彼时夏老师刚刚从美国访学归来，以西式的随和与热烈讲述中国婚姻制度的理念，言辞风趣且举止翩翩，令我对这门学科产生了极大的兴趣。若干年之后，当有幸获得保送研究生的机会时，我在声名显赫的民法或商法方向与幽芳自持的婚姻法方向之间犹豫踌躇。初选时填报了商法方向，但此后一直有种背叛自己的感觉，心绪久久不能平静。当此之际，我冒昧地给夏老师打了电话，她公允地分析了不同研究方向之间的异同。最终，我确定在民商法的大学科环境中研习婚姻法。学校本不允许变更志愿，但考虑到我是从热门方向转至冷门方向，破例允纳。”

研三那年，隔壁宿舍用电不慎引致火灾，牵连甚广，因为风向的缘故我们宿舍反成了最为惨烈的灾民，钢做的床架被炙烤成S型，电脑、书籍、压在箱底的证书全部覆亡，所幸没有人员伤亡。夏老师知道后，连夜送来衣被抚慰安置，令我真切感受到恩师常说的那句话，你就像我的女儿一样。不止我，老师对每一个学生都倍加照拂。听闻老师曾在一位同门做手术时以家属的名义签字，

我大感震撼。有一次会后陪老师坐地铁，我就此问老师，万一出事怎么办？老师眼神温暖，坦然地说，这个孩子家人离得远，只有我来签，万一出事那就只好担着。夏老师，是生死可以相托的长者。

到毕业季，某省政法委来校招录选调生，我有幸入选。有一天傍晚，我突然接到通知要请导师签一份相关文件，便急忙联系夏老师。其时夏老师在国际教育学院任职，公务繁忙，刚刚乘车离开学校，接到电话后马上回转，在路边停下车为我签字，同时也意味深长地说，“出了京，再想回来可就不容易了。”我终究还是没有出京，因为禀报夏老师之后考上了方流芳老师的博士。从此，我的两位导师，一真一智，如耀眼双星指引着我探寻自己的路。

毕业留影时，我去找夏老师合照。母校的小花园里阳光明媚，花草芬芳，老师风华正茂，学生青春正好。我们并肩站在甬道上，一起感受盛世华年。镜头流转间，老师忽然看向娇小的我，眼角带着笑，嗔道，“学生怎么能没有老师高呢？”在她心目中，老师是用来被超越的。

后来，我师从方流芳教授读博。博二时，夏老师忽然打来电话，问我愿不愿参加一个清算组去南方工作一段时间。我不知道具体要做什么，但我知道老师交代的任务一定要尽力完成，便答应下来。后来得知，是某民营证券公司资不抵债面临清算，大量违规委托理财业务一旦处理不善会影响到金融安全，彼时夏老师的先生庞老师负责金融稳定工作，正紧急招募各方专业人士组成清算组前往接管，需要一些实习生辅助工作。夏老师想到我已跟从方老师研习商法，便作了推荐。我又邀约了两位博士同学，一同南下。我们在深圳当时的地标建筑地王大厦工作了数月不等，凭着初生牛犊不怕虎的拼劲儿几乎全面接管了法务部的所有工作。中途，学校举办博士论文开题，我赶回北京，熬了几个通宵洋洋洒洒写就一篇以银行改制为题的大纲，自以为思虑周密，未料被时

任院长的王卫国老师痛批。王老师言语风趣，戏说我是给一位身材高大的模特设计了精巧的时装，为了勉强上身不得不到处开衩。一时间失落、委屈袭上心头，我退下来坐在旁听席上不停地流泪，又不肯撤，觉得撤了就更没心气了。年少无知，我就那么倔强地哭完了剩下的开题会，旁边坐着一位加拿大留学生，年长些，不停给我递纸巾。受挫之后，我痛定思痛，决意写自己在实习中接触到的证券登记结算业务。方老师起初并不确信，未置可否，我便提议说，先试着描摹下业务规程，后续再推进对法律关系的分析。方老师便由着我去。业务规程整理出来之后，方老师允准我继续往下写。这个主题我写得很顺畅，后来在向以严苛著称的民商法毕业答辩中全票通过，陈甦老师、龙卫球老师等都是我的答辩老师。无形之中，夏老师为我的博士学业助力很多，也让我感叹夏老师真正是着眼大局，心无挂碍。

毕业时，夏老师和巫昌桢老师联合举荐，还有其他几位老师的支持，希望我留在母校任教。我也认真恳切写了自荐书，慨言三尺讲台之上自有神圣之使命、个性之华彩，表示愿意以教职为业。不巧的是，当时母校刚刚开始施行不留本校毕业生的政策，校领导转达意见：先在外面晃几年。我向来散淡，又一路幸得师长关照，绝无机心，便随波逐流了。但夏老师没有放弃我，再次启动调动程序，为此专门告诫我开弓没有回头箭。我说想好了，心心念念就是回到老师的团队中。此后却一直没有消息，我心知有变，怕让老师为难也就不再追问。后来再见到老师，她讲了一些细节，自责思虑不周，说怪老师没本事。明明是不才。

再后来，幸得几位前辈厚爱提携，我调至现在的单位。当时辞旧迎新也很曲折，意气用事的我势要证明法律和信义的力量，却被缠夹在现实的种种羁绊中动弹不得。正胶着的时候，有天下午忽然接到夏老师电话，让我去她家一趟。面见老师我当然欢喜，不过事发突然也很忐忑，跟老师汇报说还要等到幼儿园放学接孩子。老师痛快地

说,那接了孩子一起过来。于是,我接了大宝就赶紧开车过去。一进门,发现关心我的几位前辈都在,原来是场“鸿门宴”。大家坐下来讨论我调动的事,我对新单位很是中意,可是之前有很多委屈和情绪放不下。师长们一句句问,我一句句答,慢慢就一桩桩一件件都诉说出来,说得痛彻心扉,哭得泪眼婆娑,用完了夏老师家好几包纸巾。大宝正是好动的年纪,自己跑着玩,东摸摸细看看,全赖师长不时帮我照应。流了很多眼泪之后,块垒渐消,我忽然觉得心明眼亮,所有的不平都可以跨过去,身外之物也尽可抛下,于是向诸位师长郑重表态:不计得失,不争曲直,往前走。之后的轨迹就此铸定。数年之后,母校又向我伸出了橄榄枝,这次我婉谢了,遥望也是一种热爱。夏老师并无芥蒂,一如往常约我参加她的课题,参加她主编的教材撰写工作。

夏老师是有大智慧的人。她虽自谦从不追求完美,但她做任何事在我看来都是恰到好处:身为老师,她言传身教让学生如沐春风;身为学者,她不懈探索对专业精益求精;身为会长,她主持大局引领学会蓬勃发展。伴随着这些成就的是,她永远优雅自信,明朗大气。其实夏老师也有自己的脆弱,她曾直言跟十多位学会会长一起开会时作为唯一的女性着实感受到巨大的压力,她也曾在学术年会上因追忆敬爱的导师巫昌祯教授而泣不成声……正是因为感受到身为女性的压力,她愿意将自己的一生完全融入改变妇女命运的法治事业,正是因为感念老一辈法学家的风骨与高洁,她终其一生坚持正道而行、爱己及人,如空谷幽兰尽吐芬芳。

得遇夏老师这样一位无比温暖的人生导师,无比美好的女性楷模,吾辈之大幸!斯人若彩虹,若灯塔,若星辰,闪耀着美丽温暖的光芒,在天边,在海上,在星空,指引着我们向辽阔处行走,向高远处求索,向壮美处成就!敬爱的亲爱的夏老师,千古!

无题

作者:李洪祥,吉林大学法学院教授、博士生导师

日凌晨,噩耗传来,夏吟兰老师永远离开了我们。心头一震,悲痛难抑,一时间竟不知如何言说这份沉重的别离。

夏吟兰老师,是我深深敬重的一位学者、良师、益友。我们相识于上个世纪80年代中,初识时她总是带着微笑,文静干练,讨论问题谦虚务实。后来的每次婚姻家庭法学研究会开会,我们都是跟随着巫昌祯老师、杨大文老师、杨怀英老师、王德意老师、李志敏老师、李忠芳老师,以及刘素萍老师、陈明侠老师等学习,夏吟兰老师、陈苇老师、龙翼飞老师、杨遂全老师、李明舜老师、马忆南老师、薛宁兰老师、蒋月老师、曹诗权老师、郭兵院长、兰青部长、王歌雅老师、张学军老师、林建军老师等都得到了快速成长,形成了以夏老师为学科带头人的中国法学会婚姻家庭法学研究会集体。研究会在夏老师的带领下,学科优势明显,研究会同仁之间相处十分融洽,大家都默契地将集体放在优先位置,不计较个人得失。

在我和夏老师相识的四十年里,她作为中国法学会婚姻家庭法学研究会会长和妇女人权法学领域知名专家,撰写了《美国现代婚姻家庭制度》

《离婚自由与限制论》等专著、教材三十余本,在《中国法学》等期刊发表论文百余篇,更作为《民法典》婚姻家庭编主要召集人、《妇女权益保障法》及其修正案、《反家庭暴力法》《残疾人保障法》

《未成年人保护法》等法律法规的主要起草专家,推动着我国婚姻家庭、特殊群体保护的立法工作,成为学科当之无愧的奠基者与拓路人。其中,有很多法律的起草工作我也参与其中,是夏老师工作的见证者之一,见证着夏老师用笔墨与讲台,将法治精神传递给一代又一代学子,把守护公平正义的初心融入了讲台和字里行间。

记得她曾说:“用我自己的一生改变妇女的命运,帮助到他们。”她用最朴实的语言,讲最深

刻的道理：她从不居高临下，却总能把复杂的法理娓娓道来；她从不刻意教化，却总能在细语温言中启迪人心。她不求声名显赫，只求为法治之路添一砖一瓦。她真正做到了“经师易遇，人师难求”。

她生活简朴、为人真诚，从不张扬自己的成就，却默默支持着无数年轻人的成长。她的学生遍布各地，不论走到哪里，大家提起“夏老师”，无不心怀敬意。她是一盏灯，在许多人最迷茫的时刻，为他们照亮了前行的方向；她是一棵树，默默扎根在法学的土壤里，为后来者撑起一片清明的天空。

如今，夏老师走了。那个在讲台上不疾不徐、在论文里字字推敲、在走廊中微笑点头的人，永

远留在了我们的记忆里。她推动建立的“家事法实务论坛”已成为年度盛会，就像她当年跟随恩师巫昌祯教授踏入婚姻家庭法领域时那样，一代代学人前赴后继。她的身影不再出现，但她参与起草的法律仍在守护万家灯火，她教会我们的不只是法律知识，更是“以理性观世界，以善意待他人”的为学为人之道。

天地虽宽，斯人已远。愿她在另一个世界，仍能安静读书，温和讲学，无病无痛，无忧无恼。

我们会永远怀念她。怀念她的声音，她的背影，她的话语，她的一切。

夏老师，一路走好。

隗佳：家庭场域中紧急权的适用规则——以家暴反击行为为中心 | 《中外法学》2025 年第 3 期

原创：2025-06-10 中外法学编辑部 隗佳

<https://mp.weixin.qq.com/s/5-pDStuCoW8P-sQUKBAJpg>

家庭场域中紧急权的适用规则

以家暴反击行为为中心

隗佳

南开大学法学院副教授

摘要

家暴反击行为均发生于“紧急而危难的状态”，按照反击行为发生的具体情境，可分为即时反击型、应急预警反击型与常规预防反击型三种类型。有必要在紧急权的框架下探寻此类案件的体系性解决方案。在家庭场域中紧急权的适用空间与法理基础具有特殊性，不同反击场景中可适用的紧急权类型及其法律效果差异颇大。在即时型与应急预警型家暴反击案件中存在正在进行的不法侵害，反击人可行使防卫权，当防卫致死

时由于不法侵害者对于利益冲突的强答责性，该反击行为可以阻却违法。常规预防型家暴反击案件不符合防卫情势的要求，但存在避险情状，具有根据防御性紧急避险使反击人行为合法化的可能性，然而避险致死超过了被避险人的容忍限度，突破了紧急权正当化的效力边界，可通过期待可能性为基础的实质责任论探寻无罪的空间。

关键词 紧急权 防御性紧急避险 正当防卫 类型化 家庭暴力

目录

- 一、家暴反击案件的分析视角之转换
- 二、家庭场域中紧急权的适用空间与法理基础
- 三、即时型与应急预警型家暴反击案件中紧急权的具体审查

四、常规预防型家暴反击案件中紧急权的具体审查

五、结语

一、家暴反击案件的分析视角之转换

近年来,家暴事件屡见不鲜,引发社会各界的广泛关注。当家暴行为突破其能容忍的底线,而外部的救济途径又不充足时,家暴受害人往往会采取暴力手段予以反击以保护自身或家人的人身安全。家庭暴力的受害人主要集中于妇女、儿童和老人,因其较弱的对抗能力导致反击行为的发生时点呈现出高度的随机性。如何准确界定这类反击行为的性质并作出恰当处理,成为理论与实务界亟需解决的问题。

(一) 家暴反击案件的现有方案

2023 年最高人民法院发布了“中国反家暴十大典型案例”,较为明确地体现出司法机关对于此类案件的处理思路:

案例 1. 邱某某故意伤害案

被告人邱某某和张某甲原系夫妻,因感情不和、长期家暴而分居。某日晚,张某甲再次上门纠缠滋扰,辱骂、殴打妻子邱某某和孩子张某乙(时年 9 岁)。为防止孩子手术不足一月的再造耳廓受损,邱某某在徒手制止张某甲暴力侵害未果的情形下,持水果刀扎刺张某甲的背部致其重伤二级。

法院认为,邱某某的行为符合正当防卫的起因、时间、主观、对象等条件,而且根据防卫人面临的危险程度、采取的制止暴力的手段等因素进行综合判断,该防卫行为没有超过必要限度,应认定为正当防卫,邱某某不负刑事责任。

案例 2. 姚某某故意杀人案

被告人姚某某长期遭受其夫方某某的家暴。案发前日,方某某再次因琐事殴打姚某某,要求离婚并令其独自抚养子女,姚某某绝望之下产生杀夫之念。次日凌晨,姚某某趁方某某熟睡之际,

持铁棍击打其头部,后用菜刀切割颈部,致方某某死亡。

法院认为,被告人姚某某的行为属于故意杀人,但其因不堪忍受家庭暴力而杀死施暴人,根据《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》(以下简称 2015 年《意见》)可认定为故意杀人“情节较轻”。故判决被告人姚某某成立故意杀人罪,处五年有期徒刑。

通过以上典型案例可以看出,司法实践处理家暴反击案件时将其区分为对峙性与非对峙性两种类型,在对峙性反击的场合,因存在正在进行的不法侵害,只要反击行为没有明显超过必要限度造成重大损害,即可成立正当防卫从而不以犯罪论处。非对峙性反击则因不符合正当防卫的时间要求,无法排除犯罪的成立,但考虑到家暴反击案件中的防卫因素和过错责任,在量刑阶段可以酌情从宽处罚。换言之,司法机关针对家暴反击行为能否无罪化的判断重点主要在于反击的时点是否符合正当防卫的时间要求,但家暴受害者往往因其生理因素的影响,很难与施暴方直接对抗,导致此类案件非罪化的空间极为有限。

家暴受害者的遭遇不仅引发民众的广泛同情,也促使众多刑法学者尝试各种论证思路为其寻找无罪之可能。有学者认为非对峙性反击行为可以通过扩张正当防卫的时间条件将其正当化,有学者将目光转向紧急避险条款,认为在攻击型紧急避险和正当防卫之间存在防御型紧急避险,借此证成家暴反击行为的正当性。还有学者认为非对峙性反击行为虽然不能阻却违法,却存在阻却责任之可能,其论证思路或采取责任阻却性紧急避险,或采取超法规的责任阻却事由。

(二) 家暴反击案件的再类型化

事实上,将家暴反击行为区分为对峙性与非对峙性的做法虽然直观却稍显粗糙,忽视了家庭暴力相较于一般暴力的广义性与多样性,甚至一

定程度上模糊了反击行为定性中的争议焦点，有必要予以细化。只有借助类型化思维才能更好地衔接抽象理论与具体实践，进而实现刑法理论与刑事司法的有效沟通。

按照司法实践中家暴反击行为发生的具体情景，此类案件大致可以划分为三种类型：第一类如前文提到的典型案例 1，受暴者直面正在进行的家暴侵害即刻进行反击，这种双方对峙的家暴案件学界一般称之为即时反击型，因明显存在正在进行的不法侵害，其判断重点主要在于防卫限度。而非对峙性反击案件的常见表现并不相同：在案例 2 中，前次家暴行为业已结束，下次侵害行为是否发生、何时何地以何种形式发生均不可知，受暴人为彻底摆脱受虐境地趁施暴人不备而予以反击，此类型可称为常规预防反击型，学界就其中最具有代表性的受虐妇女反杀案展开了广泛讨论。此外，实践中非对峙性反击案件还存在另一种常见情形：

案例 3：韩英故意杀人案

被告人韩英与被害人张某原系夫妻，结婚期间张某经常无故打骂、虐待韩英，甚至持刀威胁，要是敢跑就杀死韩英及其儿子、孙子，迫使韩英在其控制下生活。某晚 21 时许，张某再次殴打谩骂韩英直至凌晨 2 时许，让韩英出去借钱为其赌博，并扬言如借不到钱就将韩英及其孩子都杀死。4 时许，被告人韩英趁张某熟睡之机，拿出家中大擀面杖击打头部致其死亡。

这一案例与案例 2 的外观较为相似，均表现为受暴人为避免后期家暴侵害而提前予以反击，本案中法院亦按照 2015 年《意见》将被告人的行为认定为故意杀人“情节较轻”，但事实上这两个案件差异颇大：不同于案例 2 中下次不法侵害是否发生、何时何地以何种形式发生均不可知，案例 3 中家暴者在结束前次侵害时明确表示之后会再次施暴，家暴受害人因恐吓而丧失心理安全感提前进行反击，此时是否存在适格的防卫情形值得探讨。以往将其与常规预防反击型混同归入

非对峙性反击案件，没有充分关注具体案件中反击行为的发生情景，压缩了理论的讨论空间，故本文将该类型归纳为应急预案反击型。

以往实务界的目光只聚焦于正当防卫的成立与否，而理论界注意到家暴反击行为均发生于缺乏公力救助途径的急迫情状，受暴者通过反击行为损害施暴者的身体或生命以保护自身或家人的人身安全，可以通过其他紧急权判断是否存在更多的出罪空间，却忽视了此类案件之间的共性与个性。家暴反击案件均发生于“紧急和危难的状态”，但其发生的具体情境并不相同，应细分为即时反击型、常规预防反击型与应急预案反击型三种类型。目前理论界与实务界尝试适用一种出罪路径解决不同类型的家暴反击案件，欠缺类型化与体系性思维。故本文尝试在家庭场域中充分发掘紧急权的教义学资源，并以此为基础，为各类型的家暴反击案件提供体系性的解决方案，更好地保障家暴受害者的合法权益。

二、家庭场域中紧急权的适用空间与法理基础

与外界环境不同，家庭成员因相互之间的亲密关系与情感关联而形成了较为稳定的共同体。在展开紧急权的具体审查之前，首先需要判断家庭场域中是否存在某种客观的事实情状，符合紧急权要求的“紧急而危难的状态”，这一前提要件决定着紧急权规范的适用空间。

（一）家暴反击案件中紧急权的适用类型

正如迈克尔·桑德尔（Michael J. Sandel）所言，在一个“大体理想的家庭环境中”，家庭成员彼此间利益诉求一致，通常情况下并不存在根本性冲突，绝大部分内部事务可以通过家庭自治得到有效解决。但家庭场域中发生的严重暴力侵害已非单纯的内部矛盾，暴力反击是对家庭秩序出现的异常情况的紧急反应，此时国家需要承担起“拯救者”的职责定分止争，避免暴力事件对社会造成恶劣影响。

然而，司法实践处理家暴反击案件时主要考察反击行为是否符合正当防卫的成立要求，几乎将其视为刑法中唯一的私力救济制度，但家暴反击行为的发生时点较为随机，导致此类案件中是否存在“正在进行的不法侵害”这一防卫情状争议极大。不少学者将家庭暴力视为持续侵害以证成防卫情状，如陈兴良将家庭暴力区分为即时性家庭暴力与虐待性家庭暴力，认为虐待罪属于继续犯，以经常性的殴打、谩骂为表现形式的家庭暴力应评价为一种持续侵害，以此诠释虐待性家庭暴力的正在进行。这种一体化解读家暴侵害的观点极富代表性，但也引发了强烈争议：

一方面，传统理论将虐待罪视为继续犯，认为殴打、冻饿、辱骂等属于具有内在联系的、不可分割的数个动作，应视为一个虐待行为，但这一观点并不合理。继续犯的特征在于不法行为与不法状态同时持续，而在继续犯中可以持续性地肯定构成要件符合性，是因为法益持续性地受到构成要件行为近乎同等程度的侵害，典型例子如非法拘禁罪，即使在拘禁过程中转换地点场所，依然只有一个拘禁行为。但考察虐待罪可以发现，其行为形式极其多样，打骂、冻饿、不予看病等行为对于法益的侵害程度并不一致，并且间隔时间亦不固定，难以评价为持续的一行为。

事实上，单次的殴打辱骂行为符合虐待行为的客观表现，但尚不具备刑事可罚性，只有重复发生时才会对受害人的人身法益产生严重侵害，达到虐待罪的量的要求，传统理论将其归类于继续犯并不恰当，这种重复侵害行为指向的应是罪数理论中的接续犯。在接续犯中行为人基于同一犯罪故意，反复实施具有承接性的数行为，数次行为累积导致“量变引起质变”，最终形成法益侵害的紧迫危险。不同于继续犯的行为单数，接续犯是行为复数。与继续犯相比，虐待罪更符合接续犯的主客观特征，即犯罪目的的同一性和行为举动的反复性或重复性。换言之，针对虐待行为的犯罪单一化建立于承认行为独立性的基础之

上，只是评价性、拟制性地将其作为一个整体予以处断，而非将多次家暴行为整合为一个行为。

另一方面，传统理论认为紧急避险只能针对无辜第三人，危险引发者的不法行为无法成为紧急避险的危险来源，这就导致长期以来针对危险来源的反击行为只能通过正当防卫这一途径合法化。近年来受到德国法的影响，我国赞同紧急避险的对象不应局限于第三人的学者日益增多。

在德国法中，由于民法典已经按照避险对象针对紧急避险的类型作出了明示的规定，刑法学界通常也基于该规定将其区分为防御性紧急避险（Defensivnotstand）与攻击性紧急避险（Aggressivnotstand）。而我国《民法典》中紧急避险条款并未明确提及避险方法，这是否意味着德国法上的分类对我国并无太大的参考意义呢？笔者认为，虽然我国《民法典》并未区分防御性紧急避险和攻击性紧急避险，并分别确立不同的受害人损失分配规则，但这种贯通于民事立法与刑事立法的较为简化的立法技术，恰恰为理论探讨预留了更多的空间。

从实定法的角度来看，认为紧急避险的对象仅限于第三人的观点，无论在民法典还是刑法典中均找不到相应的根据。我国《民法典》第182条点明“因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担民事责任”，可以看出，危险引发人相比于第三人以及避险人在紧急避险事件中需要承担更多的不利后果，这当然也包括避险行为本身带来的损害，换言之，避险人可以针对危险引发者的权益进行避险，即我国民法涵盖了防御性紧急避险这一类型。根据法秩序统一原理，合法化事由应具有统一性，如果认为我国刑法仅包含攻击性紧急避险，那么在民法上获得承认的防御性紧急避险，在刑法上却没有存在空间，违背了整体法秩序的目的诉求，甚至催生了如“对物防卫”等理论难题。而且我国《刑法》第21条并未将避险对象明确限定于第三人，给紧急权的行使条件附加法律没有规定的限制，缺乏法律上的依据，

压缩了违法阻却事由的成立空间，不利于刑法人权保障机能的充分发挥。

据此，我国《刑法》第 21 条应包括防御性紧急避险，法益遇险者并非仅有防卫权这一途径保护法益，在家暴反击案件中过分扩大“正在进行的不法侵害”的涵摄范围并无必要。具体而言，紧急避险要求存在“正在发生的危险”这一避险情状，此处的危险是指建立在实际情况之上的、超出一般生活风险的损害发生的高度可能性，至于危险源于何处并无限制，人的不法侵害引发的危险，只是诸多的危险来源中一种较为特别的情况。换言之，家庭暴力不仅属于不法侵害，还应视为一种危险类型。在家暴反击案件中应结合具体情境，审查反击人面临“正在进行的不法侵害”还是“正在发生的危险”，进而确定其享有防卫权抑或避险权，而非在个案中突破正当防卫的限定条件，模糊各类紧急权之间的界限。

（二）家庭场域中紧急权的适用基础

在违法阻却事由的正当化根据问题上，理论界一直存在一元论与多元论之争。鉴于紧急权理论的高度体系化，各个正当化事由被整合于一个框架之中，相互之间形成阶层关系与适用顺序。一元论与这种体系性建构思路更为契合，这就导致以紧急权为基础分析家暴反击案件的学者大多将聚焦于法益保护的利益衡量说作为立论基础。例如陈璇认为，在家暴案件中施暴者因之前的家暴行为具有过错，其生命的值得保护性，也就是生命的总体价值应该降低，借此证成受暴者反击致施暴者死亡时其行为的正当性。

利益衡量说的确可以为紧急权的出罪根据提供较为简便的体系性解释路径，但该说无法在具体制度中得到真正贯彻。以正当防卫为例，不少学者或采取侵害人利益降低的视角或采取防卫人利益升高的视角，进而借助利益衡量说明为何防卫制度宽松于避险制度。前一视角的问题在于法益的值得保护性只能在具体情境中进行判断，甚

至不同主体很可能得出不同的结论，这就导致他人生命成为被随意评判的对象，甚至司法实践很可能会出现“唯结果论”的倾向。至于防卫人利益升高的观点，主要立足于通说以个人保全与法确证原理解读正当防卫制度，但与个人保全不同，法确证能否作为正当防卫的出罪根据在理论上争议颇大，将防卫行为的附随后果，即法秩序的恢复作为其正当性根据，是值得反思的，更不能以此为依据为防卫行为的正义性加码或背书。即使在紧急避险中，虽然通说将利益衡量作为其出罪根据，却也不得通过公平原则等为针对生命的避险行为不能阻却违法寻找合理解释。

为了克服利益衡量说的固有缺点，理论界针对紧急权体系展开更为深入的教义学分析。有学者提出，在紧急权体系中，公民为应对紧急状态，出于保护法益之目的而损害他人利益的诸项权利，其法理基础是相似的，都是自主原则和团结原则相调和的结果，只是在不同的紧急权中具体配比有所区别。具体而言，正当防卫几乎纯粹地以自主原则为基础，而防御性紧急避险同时受自主原则和社会团结原则的影响，攻击性紧急避险则仅建立在社会团结的基础上。

然而，这一界定与紧急权体系的建构理念并不完全相符。传统理论探讨正当化事由的实质根据时，目光或聚焦于个人权利，或转向社会秩序，紧急权体系的理论突破在于将研讨对象从个人权利和社会秩序转变为“人与人之间的法关系”，个人权利与社会秩序不再是相互割裂的，而是共同作用、相互交融。在现代法治国家个人自由不受妨碍的行使当然具有重要价值，法秩序尊重和保障权利人自主选择 and 决定自己生活方式的自由，但这并不意味着现代刑法按照自由至上主义展开，适度的干预与适度的自由并存才能达成公平与正义的观念已得到普遍承认。这种相互制约以保障公民自由的思想可以追溯至社会契约论，之后罗尔斯的《正义论》更是旗帜鲜明地以“无知之幕”的原初状态与社会契约的“最小最大规则”寻找

个人自由与契约社会的平衡点。据此,正当防卫、防御性紧急避险与攻击性紧急避险这三类紧急权的法理基础均应标记为“自主原则+团结原则”,自主原则对应着个人权利,而团结原则对应着社会秩序,双方呈现此消彼长的关系,并且由于前者在价值上的权重大于后者,进而导致三者的限度呈现出梯度关系,这种互动关系可概括为:个人的自主领域不受干扰,除非其因团结原则而负担忍耐义务;个人干扰他人自主领域的行为应承担法律责任,除非对方因团结原则而不得防御。

在家庭场域中由于各成员之间的亲密关系与情感关联,家庭这一特殊的共同体形式既是个人生活和发展的根基,又是国家治理结构中的基本单位,伦理秩序与法律秩序在家庭中相互交织,导致家暴反击案件中紧急权的适用基础尤为复杂。具体而言,共同生活的家庭成员之间共享法定权利、互负法定义务,其中包括维护共同体存在与稳定的义务。但家暴者率先违反了这一义务,故意地侵害其他家庭成员的人身权益,其不法行为侵入了他人的权利空间,体现出对其他家庭成员的个人权利与法秩序的强烈蔑视,并以正在进行的侵害行为表达出对于自身所担负的排除冲突义务的彻底否定,此时由防卫人通过必要的防卫行为代其解决冲突,通过反击行为解决因家暴者造成的共同体秩序的混乱,不法侵害人应容忍该防卫行为对自身权利空间的侵入。然而,紧急权的行使是一个动态过程,以往解读团结原则时主要立足于紧急权的相对方,认为公民在法律上有牺牲自己的法益来帮助他人脱离危局的义务,从而说明相对方对于紧急行为的忍耐义务。事实上,行使方与相对方作为共同体成员,均负有团结责任,虽然家暴者作为整个事件的引发者,对于冲突的责任程度最高,应为冲突的解决承担更高的代价。但考虑到对方仍具备社会团结的身份,遭受侵害者在确保自身利益获得周全防护的前提下,不应给对方造成特别过分且重大的损害。

如果家暴者在受暴者进行反击时没有正在实施暴力侵害,但先前实施的家庭暴力所造成的共同体秩序的混乱并没有得到有效恢复,其他家庭成员时刻担忧自身的权益将面临严重侵犯,即家暴者的权利空间存在危害其他家庭成员的风险,如正在熟睡的家暴丈夫,虽未正在实施不法侵害,但经常性的家暴行为将其他家庭成员的人身安全置于危险境地,其作为保证人负有及时排除该危险的义务却未履行,最终由避险人通过避险行为代其解决,权利人对该避险行为带来的损害同样负有容忍义务。但与不法侵害者不同,危险引发者并未以完全归责的方式蔑视他人权利、违反“不得侵害他人”这一法秩序的基本准则,其身份更趋向于适法的共同体成员,所以防御性紧急避险的限度判断标准严于正当防卫,并且受到不得已要件的限制。

以往对于家暴反击案件的处理,只关注到家暴者与受暴者之间个人利益的孤立对比,忽视了家庭场域中个人与共同体之间的特有关联,以及家庭作为最小的治理单元所具有的社会意义。家庭场域中紧急权的适用空间与适用基础具有特殊性,结合反击行为发生的具体情境厘清各类型的家暴反击案件中行为人可行使的紧急权类型及其适用效果,才能更为准确地界定家庭场域中暴力反击行为的性质。

三、即时型与应急预警型家暴反击案件中紧急权的具体审查

正当防卫要求存在“正在进行的不法侵害”,如果权利人遭遇或面临他人违反法律的、会给法益带来实质侵害或者紧迫危险的行为,通常认为存在防卫情状。在即时型家暴反击案件中存在“正在进行的不法侵害”已无争议,但在应急预警型家暴反击案件中暴力侵害尚未实质发生,此时进行反击是否属于针对正在进行的不法侵害争论颇多,该问题的解决需要在不同的预期防卫情形中寻找预期侵害与现在性的调和点。

（一）应急预警型家暴反击案件中存在防卫情状

目前针对“不法侵害”的开始时间，我国存在着学说、直接面临说、综合说等多种学说，司法实践一般以着手为判断标准，特殊情况采取直接面临说，但总体上仍是依托犯罪阶段理论将现时性的标准具体化，即不法侵害原则上开始于实行行为的着手，特殊情形中合法权益已经直接面临不法侵害时可以将现时性范围扩展至部分预备行为，而犯意表示一般不被视为正在进行的不法侵害。按照这一标准，只有即时性反击符合防卫时间的要求，而在预警反击型案件中家暴者停止暴力侵害后施加威胁，只能算作下次家暴侵害的犯意表达，形式上不符合现时性要求。然而，犯罪阶段理论与正当防卫的指导精神并不相符，因为判断不法侵害是否进入实行阶段，关注的是国家此时是否有必要动用刑罚来处罚该侵害者，而正当防卫是在国家无法及时阻止利益侵害时，赋予个人防卫权以提供自我保护的可能性，而非赋予个人施加刑罚的权限，此时关注的是在急迫状况下被害者能否有效地保护自己或他人的利益，又不至于使侵害者承受过大的风险，依托该理论界定不法侵害的现时性，无法充分保障防卫的有效性。

有鉴于此，部分学者采取有效理论，认为如果针对他人准备实施的不法侵害，已达到最后有效防卫的时间点，即应视为不法侵害已具备现时性。与之相似，在德国还存在“类似防卫情状”的学说，认为虽然侵害不是直接存在的，但等待其发生会使防卫机会明显恶化时，应当类推适用正当防卫条款。学者们着眼于防卫权的有效行使，使防卫情势在一定程度上扩大到未来的不法侵害，形成所谓的预防性正当防卫。这一观点在家暴反击案件的处理中频频出现，因为家庭暴力具有经常性、反复性的特点，受害者多是妇女、儿童或者老人，大多时候因其生理原因难以与施暴者直接对抗。在这种情况下，如果等到下次家暴侵害再次发生，可以预期受暴者因实力的落差依然无法

有效防卫，为避免之后再次遭受不法侵害，只能在家暴间隙趁对方不备之时进行反击。此时按照确保有效防卫可能性的侵害现在性标准，可以认为此类案件满足正当防卫的前提要求。

值得肯定的是，采取这一思路可以更好地发挥正当防卫制度的防卫功能，确保个人有效保全利益的可能性不受减损，但却忽视了正当防卫作为一种对抗性、攻击性极强的权利，其适用必须被界定在合理范围之内。“正在进行的不法侵害”这一防卫起因正是为防卫权的生成确立先决条件，其界定亦需同时兼顾防卫人与被防卫人双方的风险分配，其中不法侵害现时性的判断，更需要平衡误判风险与有效防卫之间的关系。一方面，只能是有充分证据证明正在实施不法侵害的人才是整个事件的负责者，承担解决冲突所必要的全部代价，并对防卫行为引发的严重后果负有忍耐义务，如果一味强调防卫的有效性，并以最后有效防卫时间点来取代不法侵害现时性的判断标准，极易导致防卫权泛化，架空法律原本设置的限定条件。但另一方面，防卫人不可能等到侵害结果已经出现才有所行动，只能基于自身对于未来事件的发展预测启动防卫权，为了避免重大减损个人有效保全利益的可能性，不法侵害现在性的判断应容许存在一定程度的误判可能。

正如德国联邦最高法院在判决中点明“如果在某个时点，侵害者的行为已经可以直接转变为针对特定法益造成损害的行为，如果再不进行防卫很可能严重影响防卫效果”，此时防卫就是适时的。防卫情状的判断只能在具体案件中综合客观情状审查某一法益是否面临特定危险，并且保证侵害现在性的个案判断结果兼顾有效防卫与降低误判风险。就预期防卫而言，“迫在眉睫”和“将来可能发生”之间的界限在于：前者为紧迫的、高度的危险，其危险性更接近于实害结果，是一种针对法益的具体危险，很容易转化为实际侵害；后者则是缓和的危险，其危险性相对较远，是一种一般的、抽象的危险，并不一定会转化为实害

结果。除了危险程度不同之外，二者的判断基础亦有所区别，前者依托行为的具体情况，判断是否具有发生侵害结果的紧迫危险。后者则难以预测、难以展开具体判断，通常只能以一般的社会生活经验为根据。据此，结合过往的家暴侵害与案发时的具体情境，判断特定法益面临具体危险，还是仅面临在将来可能遭受损害的抽象危险，成为界定家暴反击行为性质的关键。

在案例 3 这一应急预警反击型案件中，家暴者结束暴力侵害之后施加威胁，受暴者为避免再次受虐趁其睡着予以反击，此时是否存在防卫情状，判断重点主要在于特定情境中家暴者预告的不法侵害行为给受暴者带来法益受损的迫切性。根据刑法通说，对于不法侵害之现实紧迫性判断，应以防卫行为发生时防卫人所处具体情境为判断基础，依据社会公众的普遍认知标准，结合案件具体情况进行合乎常理的评判。根据过往的受虐经历与反击时的具体情境，如果处于潜在被害人之境地的社会公众，通常认为即将存在一个直接危及特定利益的具体不法行为，应允许其行使防卫权，并且基于家暴者对于冲突的强答责性，即使存在一定的误判风险亦应由其承担。

在本案中，被告人韩英与被害人张某结婚后长期遭受家暴，自 2017 年以来暴力程度显著增高，张某不仅经常无故对韩英殴打、罚跪、性虐待，甚至将其屋子的门窗焊死，用铁链将其拴住，不许与外人接触，并持刀威胁韩英，要是敢跑就杀死她，迫使韩英在其控制下生活。结合之前的家暴经历，当被害人张某再次借故殴打谩骂韩英，让韩英出去借钱为其赌博，并扬言如借不到钱就将韩英及其儿子、儿媳、孙子都杀死时，这一言语恐吓所预告的不法侵害已经立即而明显，足以使韩英认为自身及其家人的人身安全面临急迫而具体的危险。按照《最高人民法院、最高人民检察院、公安部依法适用正当防卫制度的指导意见》（以下简称 2020 年《意见》）所规定的“对于不法侵害已经形成现实、紧迫危险的，应当认定为不法

侵害已经开始”，此情境下家暴受害者应具有防卫权，无需等待家暴者着手实施下次侵害再进行反击。

（二）即时型与应急预警型家暴反击案件中防卫致死的法律效果

在即时型与应急预警型家暴反击案件中行为人可以行使防卫权，但能否达到合法化的效果，仍取决于反击行为是否满足法秩序为其设置的限制性条件。就此类案件而言，行为要件中的限度条件经常成为司法实践的疑难点，特别是反击致死是否突破了紧急权正当化的效力边界，因涉及生命冲突这一理论难点而引起学术界与实务界的广泛关注。

事实上，长期以来正当防卫制度在司法实践中的适用效果并不理想，很大程度上正是因为部分案件不当认定防卫过当而否定了正当防卫的成立。随着“昆山反杀案”等典型案例的出现，理论界与实务界就“明显超过必要限度，造成重大损害”这一防卫限度条件展开深入探讨，实践中“唯结果论”的问题有所缓解，但对于家庭场域中反击致死的案件，各界对于防卫限度的把握仍显严苛，未充分关注家暴案件的特点。

目前我国学界针对防卫限度的探讨已从传统的必需说、基本相适应说与折衷说的争论转为一体说与二分说之争。一体说认为行为过限与重大损害应视为整体，只有行为过当才会导致结果过当，而通过结果过当也可以反推出行为过当。二分说则认为，“行为限度”和“结果限度”是两个独立的要件，防卫行为同时超过这两个要件才能构成防卫过当。

一体说强调行为过当与结果过当的整体性判断，但从逻辑上讲，行为过当和结果过当是可以分立的，行为过当的判断应关注行为本身是否违反法规范，并具有侵害重大法益的危险，而结果过当则应关注这种危险的现实化。而且在行为过程中，因果流程很可能出现偏差，过当行为未必

就一定造成过当结果，而过当结果也未必就一定是过当行为造成的。如果将行为要件与结果要件做一体化理解，容易导致案件中判断防卫限度时过度依赖行为是否造成了重大损害，再次陷入“唯结果论”的困局。2020 年《意见》第 11 条点明防卫过当应当同时具备“明显超过必要限度”与“造成重大损害”两个条件，可见二分说在理论上与实务上都取得了优势地位。就家暴反击案件而言，2015 年《意见》规定：“防卫行为造成施暴人重伤、死亡，且明显超过必要限度，属于防卫过当，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。”可以看出，此类案件中即使出现被防卫人重伤、死亡的严重后果，如果行为并未明显过当仍可成立正当防卫，甚至可以说此类案件中行为过当具有优先于结果过当的地位。

就“明显超过必要限度”的认定标准而言，2020 年《意见》第 12 条规定：“在判断不法侵害的危害程度时，不仅要考虑已经造成的损害，还要考虑造成进一步损害的紧迫危险性和现实可能性。”针对家庭内部暴力侵害的防卫行为，2015 年《意见》则点明：“应当以足以制止并使防卫人免受家庭暴力不法侵害的需要为标准，根据施暴人正在实施家庭暴力的严重程度、手段的残忍程度，防卫人所处的环境、面临的危险程度、采取的制止暴力的手段、造成施暴人重大损害的程度，以及既往家庭暴力的严重程度等进行综合判断。”根据这两条规定，行为限度的判断关键不在于防卫行为和侵害行为在强度上是否保持均衡，而在于当时条件下行为人所采取的防卫手段是否满足有效制止不法侵害的客观需要。但不同的是，2015 年《意见》除了关注正在实施的家暴侵害，还关注受暴者过往所受到的侵害，而 2020 年《意见》不仅关注行为已造成的损害，还考虑进一步的侵害可能。

然而，与发生在陌生人之间的暴力事件相比，针对家庭场域中的暴力侵害实施反击时行为限度通常受到更为严格的限制。例如在 Schirmstock-

Fall 一案中德国联邦最高院认为“针对殴打妻子和子女的施暴丈夫，妻子使用雨伞进行反击时雨伞尖端致其死亡，不属于适当且最温和的防卫手段”，其理由主要在于夫妻之间建立了一种不存在敌意仇恨的关联密切的生活共同体；而且按照德国民法的要求，夫妻双方在婚姻中负有相互谅解、关照对方的义务。目前很多德国学者仍赞成在亲密关系中限制防卫权，理由或基于保证人地位，或以家庭法规定的注意义务为基础。

这种过分限制家庭成员之间的防卫行为的观点，忽视了家庭暴力的特殊性，甚至呈现出对于弱势群体基本权益的漠视态度。以应急预警型家暴反击案为例，如果家暴者多次实施暴力侵害，单次并未达到严重侵害人身安全的程度，受暴者在既存的防卫情境下实施的反击行为致施暴人重伤或死亡，极易被认定为防卫过当。然而，家庭暴力蕴含着极高的暴力升级的危险，以限制性思路处理家庭暴力反击行为与人权保障的要求相去甚远。事实上，德国联邦最高院在之后的多个判决中声明防卫行为的判断不应依赖于当事人之间的关系，而是与具体的防卫情形相关。德国学者如爱德华·施拉姆（Edward Schramm）也指出，防卫人的注意义务应取决于攻击的强度，如果其生命、身体、自由或性自决权面临重大威胁，防卫行为不应考虑注意义务的要求，例如针对婚内强奸，妻子有充分的防卫权，甚至可以使用危及生命的防卫手段。

结合家庭场域中紧急权的法理基础，更能发现限制家暴反击人防卫限度的观点极为不妥。通常认为，紧急权的法理基础决定了行为限度，防卫行为的强度必须与不法侵害者的答责程度与忍受义务相匹配。在家暴反击案件中家暴者率先违背家庭共同体对其提出的期待与要求，并以违反法义务的方式引发冲突，因此负有消除冲突的义务，却由家暴受害人通过防卫行为代为恢复因家庭暴力破坏的共同体的内部秩序，对于该防卫行为可能造成的利益损害，不法侵害者负有容忍义

务。在这一过程中，防卫人很可能因侵害事实不明导致自身针对侵害程度和防卫必要性产生错误判断，进而采取虽然可以有效制止侵害但会造成更严重损害的防卫手段。借助正当防卫的归责结构，可以更好地理解为何出现重大损害结果之后，仍需要考察防卫行为是否“明显”超过必要限度，特别是“明显”这一要求正是为误判风险预留空间。基于家庭暴力呈现出反复多发、暴力程度不断增强的特点，误判风险的可能性随之增加。由于家暴者对于利益冲突的强答责性，这种误判风险应主要由其承担。

所以对于家暴反击致死案件的处理，应充分考虑家暴受害者所处的特殊情境，行为限度的判断不能仅依据单次虐待行为会造成的实际损害，而应基于当时事态的综合发展情况，结合过往家暴程度并兼顾暴力升级的可能性，采取防卫人个人化的事前判断标准。如果具有受暴者认识能力的理性第三人处于当时的防卫情境之中，也会采取导致施暴者死亡的反击手段，即使根据事后掌握的情况查明当时可以通过更温和的手段进行防卫，该防卫行为亦不过当，故在案例 3 这一典型的应急预警型家暴反击案件中被告人韩英的反击行为具备防卫情状并且符合限度要求，可以通过正当防卫阻却违法性，不应以犯罪论处。

四、常规预防型家暴反击案件中紧急权的具体审查

如前所述，家庭暴力不仅属于不法侵害，还应视为一种危险类型。如果在具体案件中存在正在进行的不法侵害，即可通过审查正当防卫的行为要件判断有无违法性；如果不符合防卫情状的要求，则可以进一步审查是否存在避险情状，反击人仍有根据防御性紧急避险使其行为合法化的可能性。依托实定刑法规范，在紧急权体系下对正当防卫和紧急避险的成立条件做出合理解释，可以更准确地界定不同场景中家暴反击行为的性质，

并为处于紧急状态中的家暴受害人提供更多的出罪空间。

（一）常规预防型家暴反击案件中存在避险情状

与应急预警型不同，在常规预防型家暴反击案件中之前的暴力侵害已经结束，下次侵害是否发生、何时何地以何种形式发生均不可知，当前没有充分客观事实足以确定即将发生不法侵害行为，特定法益尚未面临具体危险。虽然家暴侵害存在反复性、多发性的特点，但家暴者毕竟是具有自主决定能力的个体，在每一个时间点都可以重新做出是否实施不法侵害的决定。只要没有客观证据显示他将会再度实施不法侵害，我们只能将他视为一个举止合法的个人，而不能令其承担防卫行为导致的严重不利后果。换言之，受暴者为彻底摆脱暴力侵害趁施暴者不备进行反击，不符合现在不法侵害必须明显而立即的要求，此类案件不存在防卫情状。此时需要进一步审查是否存在避险情状，能否适用避险条款。因为避险情形比防卫情形宽泛许多，人的不法侵害只是其中的一种危险类型，而且与正当防卫的时间要件相比，危险的现时性也是更广的概念。通常而言，“正在发生的”危险是指法益面临立即或近期将转变为真正损害的危险，如果不立即采取防御措施，人们会严重担忧该状况的继续发展将导致发生或者加剧损害。

考察德国的判决与学说，除立即会现实化为实害的即刻性危险之外，持续性危险亦被涵盖其中，即现时的危险可以包括法益受到持续时间较长的危险威胁，这种危险能够随时实害化，但不排除危害的发生尚需要一段时间的状态。此时危险如同“达摩克利斯之剑”悬于行为人的头上，只有立即采取措施才能避免法益将来遭受无法控制的损害。可以看出，危险现时性的判断关键在于即刻采取防御行为的必要性，而不过分依赖于危险具体实现的时间点。如果危害结果虽然在将来的某个时间点才会发生，但只有立即采取行动

才能有效安全地排除危险，那么其现时性也是应被肯定的。加之避险情势是否存在，需要从一般人视角出发进行客观的事前判断，故审查某个危险是否正在发生，需要看具体情境是否给出了一个让人严重担忧的合理动因，如果人们无法期待理性人继续忍耐迫近的法益损害，只能立即采取行动以回避危险，那么这一危险就具有现时性。

以案例 2 为代表的常规预防型家暴反击案件中，家暴者睡醒之后是否再次施暴并不确定，但既往的暴力经历使受害人长期处于不安全状态，此时虽然尚不存在特别规范所要求的正在进行的不法侵害，但结合家暴行为的反复性及其蕴含的暴力升级的危险，施暴者在将来有很大可能继续实施暴力侵害，家暴受害者的人身安全长期处于暴力威胁之下，这种不知何时会现实化的侵害应视为针对法益的持续性危险，符合紧急避险的前提要求。

有学者认为，与正当防卫相比，紧急避险的成立条件更为严苛，特别是要求了“不得已”要件，很可能导致即使承认此类案件中存在避险情状，也无法成立紧急避险达到出罪效果。笔者对此观点并不赞同，紧急避险之不得已要件的规范内涵并非在于避险手段具有唯一性，而是强调手段选择的最后性，换言之，当且仅当存在具有同等避险效力的更温和手段时，该避险行为方丧失其正当性。就家庭暴力而言，由于家暴案件通常发生于封闭性场域，暴力侵害呈现出高度的隐蔽性，公权力介入极为迟滞。而且受制于经济从属性、社会支持缺失等复合因素，家暴受害者通过离婚诉讼等方式脱离施暴者的可能性较低。虽然我国《反家暴法》明确规定了社会救助、人身安全保护令等救济途径，但现存救助机制在制止暴力升级方面效果有限，特别是人身安全保护令在 multicase 案件中未能有效阻却后续暴力行为。在此结构性困境下，若仍以形式化标准苛求家暴受害者穷尽理论上存在的所有“温和手段”，实则是对不得已要件的误读，更是对实质正义的背离。

（二）常规预防型家暴反击案件中避险致死的法律效果

在遵循法秩序为紧急权设置的限制性条件的前提下，预防型反击案件中受暴者作为潜在被害人虽然无法行使防卫权，但可以赋予其避险权，在保障家暴受害人自身利益的同时，兼顾潜在不法侵害者的重要权益。然而，避险致死能否达到出罪效果，一直是刑法理论中具有重大争议的问题。

理论界通常认为，针对生命不可紧急避险，因为生命无法衡量，每一个人的生命都具有无限高的价值，即使与多人的生命相比也不失其重。然而，通说的问题在于其将利益衡量作为紧急避险的正当化根据，却又因生命的至高价值为功利主义设置例外限制，显示出理论本身的矛盾性。事实上，利益衡量在涉及非财产性法益时均无法做出适当判断而达到逻辑自洽，难以为紧急权的正当化提供充分论证，不应成为紧急避险的出罪根据。据此，我国《刑法》第 21 条第 2 款规定的避险过当中“必要限度”的界定，必须突破传统利益权衡的固有范式，回归法理基础考察紧急权的归责结构予以判断。

正当防卫中自主原则占比最高，并且被防卫人对于冲突的责任程度最高，所以行为限度最为宽泛，只要没有明显超过必要限度造成重大损害，即可阻却违法，即使“保护利益 $\leq$ 损害利益”仍可能符合防卫限度的要求，利益大小只是限度要求的外在表现，并非其正当化根据。而在防御性紧急避险的场合，权利人怠于消除自己的组织领域溢出的风险，由避险人通过避险行为代其解决，如果造成权利人的利益受损，权利人对此负有容忍义务，但危险引发者对于冲突的责任程度远低于不法侵害者，避险行为相较于防卫行为应更为谨慎，不能给被避险人带来过多的损害。在攻击性紧急避险的场合，冲突并非由被避险人引发，对于冲突的责任程度最低，其只是出于社会连带

责任容忍紧急避险，此时避险行为受到的限制最多。换言之，与正当防卫相比，紧急避险制度深受团结原则的影响，不仅为避险方提供实施避险行为的根据，被避险方需对此予以容忍，同时也对该行为进行限制，被避险方作为共同体成员不应遭受过度损害。

综上，紧急避险中“必要限度”的规范内涵并不在于保护法益与损害法益的价值比较，而应着重审查避险行为是否逾越被避险人应承担的社会连带义务之合理边界。如果避险行为对他人自由领域的侵入强度，已超出社会共同体期待公民忍受的一般限度，该避险行为应认定为超过必要限度，属于不法侵害，被避险人对此可以进行正当防卫。

故针对生命的避险行为无法获得正当性的原因在于，共同体成员为了应对充满危机的生存环境，以出让部分权利的方式参与到社会契约中来，通过与他人建立社会连带关系以避免在将来遭受危险时陷入孤立无援的境地。然而，生命法益作为所有法益之元基础，具有不可逆转性与不可补偿性的双重特质。在罗尔斯“原初状态”的理论模型中，自由出让的权利都有受到侵害的可能，理性人必然排斥将生命权作为社会契约的对价，更不可能将其交付出去成为共同体的奠基石。换言之，对生命法益的出让本质上不符合理性人的自利追求，超出了理性人自愿负担的社会连带义务的限度，无法基于理性人的普遍同意而合法化。

在预防性家暴反击案中，施暴者长期实施家庭暴力使受暴者一直处于暴力侵害的威胁之下，为避免之后再次受虐趁其不备杀死施暴者，属于防御性紧急避险，但避险行为侵害了施暴者的生命法益，超过团结原则的限度要求，该杀人行为具备违法性。但这并不意味着加重了家暴受害者的刑事负担，甚至使其丧失了出罪之可能，因为按照犯罪阶层理论，是否成立犯罪还需要进行罪责阶层的审查。如张明楷提出，在家暴反击案件中，如果受暴者除杀死施暴者之外别无他法逃离

暴力侵害，可视为其不具备实施适法行为的可能性，即通过无期待可能性这一超法规责任阻却事由否定犯罪之成立。

然而，这一路径很可能在司法实践中面临适用难题。我国司法机关在处理生命冲突案件时，对出罪事由的适用呈现出显著保守倾向，通常选择定罪免刑或从宽量刑的裁判路径，这从正当防卫长期面临“唯结果论”的批判可见一斑，运用紧急避险以出罪的刑事案件极其少见，更是从未出现援引无期待可能性作为超法规的责任阻却事由的无罪判决。期待可能性的概念不清、标准不明，很难直接将其作为出罪理由加以适用，但其蕴含的对脆弱人性的适度同情仍有其存在价值。故笔者认为，与直接将无期待可能性视为超法规的责任阻却事由相比，借鉴以期待可能性为基础的实质的责任论，可以弥补超法规出罪事由的实践缺位，更加契合我国的实体法规定与司法现状。

目前为学界广泛采纳的规范责任论认为责任的本质在于行为人的意思形成与意思活动的可非难性，这一规范标准正是从“期待可能性”发展而来，即行为人之所以被期待，是因为有“他行为能力”，而选择他行为的可能性则以意志自由为前提。然而，自由意志作为哲学领域最困难的问题之一，难以为责任论提供坚实的理论基础。随着责任理论从规范责任论向实质责任论转化，责任不再只是纯粹的非难性评价，还需要进一步兼顾刑罚目的与预防视角，传统理论中“他行为能力”的解读开始需要考虑预防的需求，即只有行为人对于犯罪行为具有避免可能性，才能对其实施处罚，其原因在于“行为人做不到的事社会不会期待他去做”，社会的期待也即对预防的需求。可以看出，在责任论的转变过程中，期待可能性成为行动控制可能性、处分必要性的规制原理，进而针对责任概念展开实质而具体的阐释，这为针对生命的避险行为提供了新的处理思路。

具体而言，我国《刑法》第 21 条第 2 款规定：“紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的，

应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚”，如果采用不可避免的期待可能性方案，常规预防型家暴反击案件的处理结果只有成立犯罪或不成立犯罪，与该条款的规定并不完全契合。但采取期待可能性为基础的实质责任论的视角，该条款可解读为：紧急避险超过必要限度，并出现不应有的损害结果，此时成立符合构成要件的不法侵害，如果在预防性家暴反击案件中存在的涉及期待可能性的事实在极大程度上影响了不法与责任，导致相应的可罚性程度降低到不能以故意杀人罪追究其刑事责任时，应以无罪论处。如果其可罚性程度并未降低到此程度，则应成立故意杀人罪，但减轻或免除处罚。可以看出，我国刑法关于避险过当时行为人应当负刑事责任之规定，并没有阻断相关避险行为成立无罪之路径，甚至该条款后段中“减轻或免除处罚”的表述为此类案件的处理预留了更多的空间。

综上，在案例 2 这一常规预防型家暴反击案中被告人姚某某一直处于家暴侵害的持续性危险之中，具备避险情状。如果通过其他合法途径无法获得及时有效的救助，家暴受害者可以针对施暴者实施防御性紧急避险，但其侵害生命权的避险行为超过了危险引发者的容忍限度，不能阻却违法。然而考虑到案件中的极端情景，被告人反击行为的不法程度与责任程度显著降低，很可能未达到刑事处罚的必要性，在责任层面仍存在出罪之可能。

五、结语

由于家暴反击案件类型多样、情形复杂，按照反击行为发生的具体情境，大致可分为即时反击型、应急预警反击型、常规预防反击型三种类型。目前理论界与实务界尝试适用一种出罪路径解决不同类型的家暴反击案件，忽视了各类型案件之间存在的共性与个性，有必要采取类型化与体系化的思维探寻紧急权在此类案件中的适用规则。

在即时型与应急预警型家暴反击案件中存在正在进行的不法侵害，可以通过审查正当防卫的行为要件判断有无违法性。而常规预防型家暴反击案件不符合防卫情势的要求，但存在避险情状，反击人仍有根据防御性紧急避险使其行为合法化的可能性。即时型与预警型反击案件中防卫致死时由于不法侵害者对于利益冲突的强答责性，该反击行为可以阻却违法，而预防型反击案件中避险致死则超过了被避险人的容忍限度，突破了紧急权正当化的效力边界，但根据以期待可能性为基础的实质责任论仍有无罪之可能。

与一般案件相比，在家暴反击案件中情理与法理的割裂和冲突体现的尤为明显。以实定刑法规范为基础，依托紧急权体系针对出罪事由的适用条件与法律效力做出恰当解释，准确界定家暴反击行为的性质，并借助刑法编织的出罪事由网为家暴反击案件提供更多的出罪空间，才能使个案最大程度地实现法律效果和社会效果的统一。

（责任编辑：车浩）

孙若军 张婧婕 | 论遗嘱居住权的物权变动规则

原创：2025-06-09 人民司法杂志社 孙若军 张婧婕

<https://mp.weixin.qq.com/s/tnhf6EcpX6ecgQxmLlUX2g>

论遗嘱居住权的物权变动规则

本文刊登于《人民司法》2025 年第 3 期，系国家社科基金项目“民法典体系中亲属间居住权制度研究”（项目编号：19BFX156）的阶段性成果。

文 / 孙若军 张婧婕

作者单位：中国人民大学

内容提要

遗嘱居住权的设立为非基于法律行为引起的物权变动，遗嘱居住权人自遗嘱生效时取得居住权，不参照适用合同居住权登记生效的规定。遗嘱居住权人依据遗嘱取得的居住权不是遗嘱人的遗产，而是遗嘱人为取得房屋所有权的继承人、受遗赠人设立的负担。遗嘱居住权的物权变动规则无须依据继承规则区分遗嘱继承和遗赠。除自愿外，遗嘱居住权人不承担遗产债务的清偿责任。遗产债务的清偿不受遗嘱居住权设立的影响，遗嘱居住权人不具有优先于遗产债权人的法律地位。

目录

一、问题的提出

二、遗嘱设立居住权是否应当参照适用合同居住权

三、遗嘱设立居住权的性质

四、遗嘱居住权设立对内对外的效力

注：本文已开放快捷转载（无须白名单），为方便引用，文中已标注相应页码，如：P77 表示图标之前的内容位于我刊第 77 页。

一问题的提出

居住权，是指权利人为了满足生活居住的需要，按照合同约定或遗嘱，在他人享有所有权的住宅之上设立的占有、使用该住宅的权利。民法典第十四章规定，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。设立居住权，应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时设立。以遗嘱方式设立居住权的，参照适用合同居住权的有关规定。我国居住权登记制度尚未完全建立，审判实践也不以居住权登记为遗嘱居住权设立的先决条件，遗嘱居住权的物权变动规则在理论和实

务界存在重大分歧，主要可以归为两种观点：一种观点认为，不论是通过合同还是遗嘱设立居住权，当事人须办理登记。以遗嘱设立的居住权是基于法律行为引起的物权变动，必须满足公示的要求。另一种观点认为，遗嘱设立的居住权为非基于法律行为发生的物权变动。但持此观点者又因对继承规则的理解不同存在差异。有的认为，P77 居住权人取得的居住权与继承密切相关，因此居住权的生效时间适用因继承引发物权变动的相关规则，需要区分遗嘱继承和遗赠。遗嘱继承人取得的居住权，采登记对抗主义或者登记宣示主义；遗嘱受遗赠人取得的居住权，采登记生效主义。有的认为，以遗嘱方式设立居住权包含遗嘱继承和遗赠两种形式，该两种方式应当被同等对待，遗嘱居住权需要通过登记取得权利。

上述分歧主要集中在以下几个问题：第一，遗嘱居住权的设立是否应当参照适用合同居住权的规定？即遗嘱居住权是否为基于法律行为发生的物权变动？第二，遗嘱设立居住权的性质是什么？是否需要与遗嘱继承和遗赠的物权变动规则衔接适用？第三，遗嘱设立居住权对内对外的效力是什么？对此，笔者拟以民法典体系化为视角，以居住权和继承法律规范为依据，探讨遗嘱居住权的物权变动规则及遗嘱设立居住权对内对外的法律效力。

二遗嘱设立居住权是否应当参照适用合同居住权

有观点认为，民法典第三百七十一条将遗嘱居住权的设立引向适用合同居住权规则，因而遗嘱居住权非经登记不发生效力。但该观点将“参照适用”解释为“适用”值得商榷。

民法典中有“适用”和“参照适用”两种不同表述。“适用”是指该规范调整的法律事实与被适用的规范调整的法律事实具有相同性。“参照适用”意味着拟处理案件事实与被参照法律规范构成要件事实具有相似性。“适用”和“参照适用”两种立法技术都具有避免立法上烦琐重复

的功能。但是，“适用”是指“迳行适用，不必有所变通”，而“参照适用”并非必须适用。民法典第三百七十一条的规定是，以遗嘱方式设立居住权的，参照适用本章的有关规定，而非“适用”。民法典第十四章第三百六十六条至第三百七十条为合同居住权的法律规范，第三百七十一条为概括性的参照适用条款，目的是将遗嘱居住权扩张到合同居住权规则的适用范围。作为一种立法技术，“参照适用”承担着节约条文、避免重复规定的功能，是立法者对法律适用者的授权。对于概括式的参照适用，意味着适用时必须辨别哪些规范可以参照适用，哪些规范不可以参照适用。只有参照与被参照的情形包含相似性要素，才能将法律规定情形的法律效果适用于法律未规定的情形。所谓相似性要素，包括法律关系的性质、构成要件等。民法典规定的合同居住权，在设立的目的、功能定位及双方权利义务等方面与遗嘱居住权是一致的，两者都是房屋所有权人为了满足他人生活居住需要而为居住权人设立的居住权。居住权人对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，可排除第三人对住宅的权利主张；居住权人不得将住宅用于生活居住以外的用途，应当按照合同或遗嘱约定的居住条件和要求使用住宅；居住权不得转让、继承、出租或者抵押，但合同或遗嘱另有约定的除外；居住权期限届满或者居住权人死亡的，居住权消灭。因而，在上述内容方面，遗嘱居住权应当参照适用合同居住权的相关规定，除非遗嘱另有约定。

但是，如果参照适用的条款与被参照适用的条款存在不相容性，即使两个或两类事物之间存在许多的相同属性，只要从适用情形的类似和立法目的考量两方面不存在相同性，则应将其排除出参照适用的范畴。参照适用不是简单的逻辑推理，而是要作目的性评价，包含价值判断和利益衡量。从遗嘱居住权设立的方式上看，如参照适用民法典第三百六十八条“当事人应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时设立”的规

定，则与遗嘱居住权的立法目的相冲突，无法产生预期的法律效果。原因是，合同居住权与遗嘱居住权是两种不同的民事法律行为。

民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。民事法律行为可分为基于双方或者多方的意思表示一致成立和基于单方的意思表示成立的民事法律行为。“双方民事法律行为与单方民事法律行为的最大区别，是行为的成立需要双方的意思表示一致，仅凭一方的意思表示而没有经过对方的认可或者同意不能成立。^{P78}”合同居住权，是房屋所有权人和居住权人之间为设立居住权达成的协议，为典型的基于双方当事人意思表示一致成立的民事法律行为。而单方的民事法律行为不存在相对方，其成立不需要其他人的配合或者同意，仅依据行为人自己的意志就可以产生期望的法律效果。单方民事法律行为可以分为两类：一是，行使个人权利而实施的单方行为；二是，涉及他人权利变动的单方行为。遗嘱是单方的法律行为，即根据一方的意思表示就能够成立的行为，遗嘱居住权是典型的涉及他人权利变动的单方民事法律行为。

遗嘱居住权的设立涉及居住权物权变动规则的适用问题。物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。物权的变动是指物权的设立、变更、转让和消灭。民法典规定的物权变动分为基于法律行为的物权变动和非基于法律行为的物权变动。基于法律行为的物权变动，是指因法律行为而导致的物权变动，合同居住权是典型的基于法律行为发生的物权变动。非基于法律行为的物权变动，是指因法律行为之外的其他法律事实引发的物权变动，包括生效法律文书、继承、事件、事实行为等。民法典第二百三十条规定，因继承取得物权的，自继承开始时发生效力。所谓继承，是指财产所有人死亡或者被宣告死亡时，按照法律的规定或遗嘱的指定将死者遗留下来的财产和财产权利转移给他的继承人所有的一项法律制度”。根据

法律规定，被继承人死亡时，是继承开始之时，由被继承人的法定继承人或遗嘱继承人取得继承财产的所有权，成为新的物权人。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。之所以有观点认为遗嘱设立居住权属于基于法律行为发生的物权变动，是因为遗嘱为单方的法律行为，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。但是，持此观点者没有关注到基于合同设立的居住权与遗嘱设立的居住权存在以下不同。

首先，订立居住权合同与通过遗嘱设立居住权所产生的法律后果不同。合同居住权是房屋所有权人与居住权人共同达成的协议。依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。合同居住权订立后，房屋所有人未经对方同意，不得擅自变更或者解除合同。遗嘱是遗嘱人生前按照法律规定的方式处分其个人财产或者处理其他事务，并在其死亡时发生效力的单方法律行为。遗嘱居住权是遗嘱人对其房屋为居住权人所作的身后安排，其与合同居住权的区别在于：遗嘱在生效前，居住权人不能仅凭遗嘱单方要求居住权登记。即使遗嘱人与遗嘱居住权人在遗嘱人生前共同完成居住权登记，遗嘱也是在遗嘱人死亡时生效。遗嘱人有随时变更和撤销的权利。民法典第一千一百四十二条规定：“遗嘱人可以撤回、变更自己所立的遗嘱。立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为的，视为对遗嘱相关内容的撤回。立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。”这就是说，即使居住权人生前已经在遗嘱人房屋居住，也不意味着遗嘱居住权已经生效。但在遗嘱生效时，遗嘱人已经死亡，实际无法与遗嘱居住权人共同办理居住权登记。

其次，合同居住权与遗嘱居住权的权利义务主体不同。合同居住权是房屋所有权人为居住权人设立的居住权，权利义务的主体是合同当事人双方。但遗嘱居住权是住宅所有权人在生前为居住权人设立居住权。遗嘱生效后，遗嘱人的继承

人、受遗赠人为设立居住权房屋的所有权人。因此，居住权的权利义务主体是遗嘱人房屋的继承人、受遗赠人与遗嘱居住权人。其与合同居住权的区别在于：遗嘱人房屋的继承人、受遗赠人并无设立居住权的意思表示，在双方利益存在冲突的情况下，要求遗嘱人的继承人、受遗赠人在遗嘱人死亡后积极主动地为居住权人及时办理居住权登记并不现实。即使遗嘱人的继承人、受遗赠人愿意且及时为遗嘱居住权人办理居住权登记；即使遗嘱生效后，遗嘱居住权人可以单独办理居住权登记，无须房屋的所有权人配合；即使遗嘱居住权可以由遗嘱执行人、遗产管理人等协助行动不便、神志不清等居住权人办理居住权登记，仍然不能解决遗嘱人死亡后到居住权登记完成期间出现的居住权真空地带。倘若居住权人拿不到遗嘱，或是利害关系人就遗嘱效力、房屋权属等发生争议，当事人双方或多方将进入旷日持久的调解或诉讼程序。如若遗嘱居住权在登记前不生效，P79 必然衍生已经居住在遗嘱人房屋中的居住权人须搬出、遗嘱人的继承人拒绝遗嘱居住权人入住一系列有违遗嘱人设立居住权意愿的问题。据此，以遗嘱方式设立的居住权，若以登记作为居住权取得的先决条件，则可能出现房屋继承人拒绝协助权利人办理登记等违背被继承人真实意思的情形，导致遗嘱设立居住权的目的落空。

最后，按照民法典的规定，可以引起物权变动的原因包括法律行为、事实行为以及法律的直接规定。合同居住权登记设立遵循的是物权公示原则，为典型的基于法律行为引起的物权变动。遗嘱虽为民事法律行为，但遗嘱行为属于死因法律行为，遗嘱在遗嘱人死亡时生效，因而为因事实引起的物权变动。民法典第一千一百三十三条规定，自然人可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或者数人继承。遗嘱人死亡无法与遗嘱继承人、受遗赠人进行财产交付或登记过户，所以因遗嘱继承发生的物权变动规则为非基于法律行为发生的物权变动。同理，遗嘱居住权的设

立并非单纯基于遗嘱行为，还要有遗嘱人死亡的事实。倘若遗嘱居住权参照合同居住权登记生效的规定，会给遗嘱居住权人造成无法克服的障碍，难以实现遗嘱居住权制度对弱势群体的人文主义关怀和法律保障功能。据此，**遗嘱居住权的设立方式为非基于法律行为发生的物权变动，没有参照适用合同居住权的空间，遗嘱居住权在遗嘱人死亡时生效。**

三遗嘱设立居住权的性质

有观点认为，按照民法典第二百三十条规定，继承人和受遗赠人物权变动的时间并不相同。以遗嘱方式设立居住权的，遗嘱继承人自被继承人死亡时设立。但以遗赠方式设立居住权的，被继承人作出遗赠、被继承人死亡均不当导致相应居住权的设立，而只是具有债权效力，受遗赠人还须根据民法典第一千一百二十四条第二款作出接受或者放弃受遗赠的表示。被继承人作出遗赠、被继承人死亡、受遗赠人作出接受遗赠的表示，3个要件齐备时，受遗赠人方享有居住权。该观点依据民法典有关继承和受遗赠取得物权时间不同得出的结论，无疑是将遗嘱设立的居住权等同于遗产或遗产分割，将遗嘱居住权人与遗嘱继承人、受遗赠人划了等号。但是，依据遗嘱取得的居住权是否为遗嘱人的遗产？遗嘱居住权人是否是遗产的继承人、受遗赠人？需要作进一步探讨。

民法典第一千一百二十二条规定：“遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。依照法律规定或者根据其性质不得继承的遗产，不得继承。”遗嘱设立的居住权之所以不是遗嘱人的遗产，是因为居住权不符合遗产的法律特征。首先，遗产为自然人死亡时遗留的财产。凡自然人死亡时未获得的财产不属于遗产之列。遗嘱人生前对自己所有的房屋并不享有居住权。居住权是居住权人对他人的住宅享有占有、使用的用益物权。用益物权是对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利。居住权的客体限于他

人所有的住宅。遗嘱人在生前对自己所有的房屋无法同时拥有所有权和居住权。即使在特殊情形下，如“以房养老”的场景中产权人享有居住权，即产权人欲转让住宅所有权，但又想继续居住于该房屋，因此为自己设立居住权以满足未来的居住需要，也仅具有过渡性和暂时性，当所有权转移的目的达成后，居住权的客体由“个人住宅”最终将过渡为“他人住宅”，这实际意味着并未脱离“他人住宅”的范畴。其次，遗产必须是依法能够转移给他人继承的财产。而居住权是所有权人将所有权的部分权能剥离出来给予特定主体，使特定主体取得所有权中派生出的权利，这种部分权能在法律上具有特殊性，不能为他人承继。对此民法典明确规定，居住权不得转让、继承。假如被继承人生前对他人房屋享有居住权，按照民法典第三百七十条规定“居住权人死亡的，居住权消灭”，不能作为遗产遗留给他人。居住权仅得由特定的权利人对特定的住宅所享有，与可被继承财产应当具有流转性并不匹配。最后，遗产是自然人享有所有权的财产。有学者为将遗嘱设立的居住权归为遗产范围，提出了“所有权自我分割”说，**P80** 视遗嘱人将居住权从所有权中扣除，为所有权的分割，进而得出“居住权当然属于遗产范围”的结论。但是，所有权具有整体性，是对标的物全面支配的权利，而非占有、使用、收益和处分权能的简单相加，所有权不能在内容和时间上加以分割。在所有权上设立用益物权，不是让与所有权的一部分，而是创设一个新的独立的物权。所有权是物权主体对物享有的最广泛的权力，但所有权人不是他物权的权利人，若使所有权人同时享有物的从属权利，则削弱了区分所有权和他物权的意义。据此，“无论是遗嘱继承还是遗赠，其针对的都是遗嘱人的遗产，而遗嘱人为他人设立的居住权并不属于遗产的范围，不能产生遗嘱继承或遗赠，其仅是居住权的设立方式而已”。遗嘱居住权人取得的居住权并非是对遗嘱人居住权的继承或受遗赠。

关于遗嘱设立居住权的性质，目前尚未形成共识。有观点认为，遗嘱设立的居住权“相当于附义务的遗嘱”。有观点认为，居住权是遗嘱人对遗产设定的物权负担，属于处分行为，即直接使一项既存的权利发生变动的法律行为，例如让与权利、设定权利负担。居住权“负担”不同于负担行为，前者是指设定物权负担，后者则指给付义务。另有观点提出，不同于因遗嘱继承而取得物权，基于生效的遗嘱取得居住权创设了新的法律秩序，即死因创设。前者是指因遗嘱人的死亡而取得其既存财产，属于物权的移转继受取得。对第三人而言，权利变动主要是指财产主体的更替。而后者是指因遗嘱人的死亡而使权利人取得一项从既存权利里剥离出的用益物权，属于物权的创设继受取得。对第三人而言，原本的权利义务内容因新增物权发生实质性改变。

笔者认为，无论从哪个角度论证遗嘱设立居住权的性质，其核心思路都是一致的，即确保遗产能够按照被继承人的意愿进行处理，其中既要保障遗嘱继承人、受遗赠人的物之所有权，又要充分发挥物之用益物权，保障遗嘱居住权人享有居住权。目前我国民法典体系有关居住权、后位继承的理论研究仍不成熟，遗嘱设立居住权的性质尚无完整的理论支撑。但可以肯定的是，居住权人取得的居住权和遗嘱人的继承人、受遗赠人取得的房屋是两种不同性质的物权。居住权不是遗嘱人遗产或遗产的一部分，更不宜被视为是遗嘱人对遗产的分割。被继承人以遗嘱的方式为继承人、受遗赠人取得的房屋设立居住权，应视为是遗嘱人对继承人、受遗赠人继受房屋创设的权利负担，无关遗产的移转和归属。据此，取得居住权的居住权人不是遗嘱人房屋的继承人或受遗赠人，无须类推适用继承和受遗赠人取得遗产的物权变动规则，否则与继承规范体系难以形成逻辑自治。

四遗嘱居住权设立对内对外的效力

以遗嘱方式设立的居住权是基于死亡事实引起的物权变动，为非基于法律行为发生的物权变动，登记不是权利取得的依据。但是，居住权登记是重要的物权公示方式，及时向外宣示标的物的权利状态，有利于对居住权人和交易安全的保障。

第一，遗嘱居住权人自继承开始时取得居住权。民法典第一千一百二十四条规定：“继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，以书面形式作出放弃继承的表示；没有表示的，视为接受继承。受遗赠人应当在知道受遗赠后 60 日内，作出接受或者放弃受遗赠的表示；到期没有表示的，视为放弃受遗赠。”据此，设立居住权的房屋在继承开始后由遗嘱继承人直接取得物权。如遗嘱指定由法定继承人之外的人取得房屋所有权的，受遗赠人需要在 60 天内向继承人表示是否接受。受遗赠人接受遗赠的，自办理不动产登记之日起取得该房屋的所有权。无论遗嘱居住权人是遗嘱人的继承人还是继承人之外的人，无论遗嘱人是将设立居住权的房屋指定由继承人还是受遗赠人所有，无论该房屋的继承人或受遗赠人是否放弃对该房屋的继承或受遗赠，遗嘱居住权人都在继承开始时取得居住权。即使继承开始后，出现查找不到继承人、受遗赠人，P81 或是继承人、受遗赠人就遗嘱是否有效发生争议，或是出现房屋产权纠纷等情形，均不影响居住权人自继承开始时取得居住权。唯如此，才可避免采登记生效给居住权人带来的自继承开始到居住权登记完成前的不确定状态，最大限度地满足遗嘱人设立居住权的遗愿。

第二，遗嘱居住权采登记宣示主义。非经登记即可生效的物权变动规则，使法律上的物权状态与事实上的物权状态脱离。遗嘱具有私密性，第三方不易查知不动产上已附有物权负担，因而极易引发权利纠纷。在审判实践中，常见要求对遗嘱设立的居住权进行登记的判决。但法院所称的居住权登记有别于居住权登记生效，而是不动产物权取得者须按照公示原则办理的登记，即宣

示登记。登记宣示的意义是：首先，最高人民法院《关于适用民法典物权编的解释（一）》第8条规定：“依据民法典第二百二十九条至第二百三十一条条规定享有物权，但尚未完成动产交付或者不动产登记的权利人，依据民法典第二百三十五条至第二百三十八条的规定，请求保护其物权的，应予支持。”依此，遗嘱居住权人在继承开始时取得的居住权，虽未登记也始终处于法律保护的范围。其次，民法典第二百三十二条规定：“处分非因法律行为取得的不动产物权，依法需要办理登记的，未经登记，不发生物权变动效力。”依此，继承开始后取得遗产的继承人为新的权利人，在没有办理物权登记前，虽取得了物权，但此种物权的效力是不完整的，是受到限制的物权。这种限制主要发生在物权的处分行为中，不动产未经登记过户虽并不影响合同的效力，但未经登记处分的物权，不能发生物权变动的效果，法律不承认受让人因此取得物权。以继承为例，遗嘱人的继承人在处分不动产物权时，需要先办理过户登记。倘若需要办理继承过户登记而不办理也可以处分继承的不动产，就意味着法院判决等同于产权证书，存在由司法取代登记机构职权之嫌。从遗嘱居住权人的角度看，一方面，非基于法律行为取得的物权，实际权属状况与登记簿所记载的权利外观存在差异，如不限制权利取得人处分物权，任由不动产物权取得者处分物权，极易造成居住权人的合法权益受到损害。遗嘱人的继承人、受遗赠人在办理不动产变更登记前对设立居住权的房屋没有处分权，才可以从源头上杜绝未登记居住权的房屋被处分，从而排除了自遗嘱人死亡到遗嘱人房产变更登记之前居住权人未登记的风险隐患。另一方面，设立居住权房屋的所有权人，在依据遗嘱办理不动产登记过户时，不动产登记机关会依法按照遗嘱的内容将遗嘱设立的居住权登记于不动产登记簿中，从而一并完成产权过户和遗嘱居住权的登记，避免了遗嘱居住权

人与房屋的所有权人有可能就居住权登记与否发生的冲突。

第三，遗嘱居住权自继承开始时生效对遗产债权人的影响。有观点认为，“若遗嘱人以遗嘱方式设立居住权时未考虑到其遗产清偿的情况，或恶意地通过设立居住权阻碍债务清偿，那么居住权自遗嘱人死亡时设立则让遗嘱人得偿所愿，损害了债权人的合法权益。而若采登记生效主义，则对于在先已登记的担保物权，居住权因在后设立而无权对抗其效力，保障了在先登记的债权人的合法权益”。有观点认为，负担了居住权的房屋价值大打折扣，从而减少被继承人的责任财产，导致遗产债权人的权益受到严重损害，因此，“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”。有观点借鉴投资性居住权、以房养老等居住权价值的评估方式，让居住权人与遗嘱继承人共同清偿遗嘱人生前所负债务，提出可以通过遗产债务清偿的优待来解决上述问题，即如果设立居住权房屋之外的遗产足以清偿债务，则不动用该房屋。若需拍卖部分遗产以偿还债务，则设立居住权的房屋列于后位。但上述观点对遗嘱居住权人在遗产债务清偿问题上的定位存在偏差。**其一，遗嘱居住权人并未取得遗嘱人的遗产，除自愿外，遗嘱居住权人不负担遗产债务的清偿责任。其二，遗嘱居住权人并不具有优先于遗产债权人的法律地位，遗嘱设立居住权不得妨碍遗产债务的清偿。**

民法典颁布实施后，社会普遍担心债务人会以设立居住权的方式恶意逃避债务。然而，P82 遗嘱居住权是附着于遗产上的权利，其存在以遗产可以继承或受遗赠为前提。不论继承人是先清偿债务后分割遗产，还是先分割遗产清偿债务，继承人最终能够按照法律规定或者遗嘱人意愿继承的，都是涤除了遗产债务的财产。依法执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人依法应当缴纳的税款和债务。

首先，如果遗嘱人所负债务大于遗产的实际价值，设立居住权的房屋属于被继承人的责任财产，该房屋不因设立了居住权就可以不用于清偿债务。当设立居住权的房屋被用于遗产债务清偿的，遗嘱居住权为不能执行，自始不发生居住权的法律效果。

其次，如果遗嘱人的债务小于遗产的范围，则涉及遗产债务的清偿顺序问题。遗产债务的清偿顺序应当尊重遗嘱人的意愿。按照民法典第一百四十二条的规定，无相对人的意思表示的解释，应当结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定行为人的真实意思。有学者认为，鉴于以遗嘱方式设立的居住权多用于保障特定主体的居住利益，对立遗嘱人的意思表示解释时，应当推定立遗嘱人希望通过居住权照顾优待居住权人，因此应赋予居住权人遗产债务清偿层面的特殊保护。但以设立居住权推定遗嘱人债务清偿顺序的意思表示具有或然性，因而在没有其他证据佐证遗嘱人设立居住权的房屋在清偿债务中有后置的意思表示倾向时，应当按照法定的顺序和比例进行清偿。民法典第一千一百六十三条规定，既有法定继承又有遗嘱继承、遗赠的，由法定继承人清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务；超过法定继承遗产实际价值部分，由遗嘱继承人和受遗赠人按比例以所得遗产清偿。尽管遗嘱设立居住权的房屋是特定物，但民法典第二百零七条规定，国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律平等保护。因此，不宜简单因房

屋设立了居住权，就变更债务的清偿顺序，为保障居住权人的利益而损害其他继承人、受遗赠人的权益。

再次，遗嘱人设立居住权的目的在于使权利人获得纯粹的居住权益而非负担，让居住权人承担遗产债务有违死者的遗愿。但如果遗嘱居住权人愿意与遗嘱的继承人、受遗赠人共同负担的，应当由居住权人与房屋的所有人协商处理，法院不宜对居住权的价值进行评估并判决由居住权人与房屋所有权人共同负担遗产债务。

最后，按照民法典的规定，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。清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务，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。换句话说，为“双缺乏人”保留必留份是清偿债务的前提。如果遗嘱指定的居住权人与必留份权利主体重合，即使遗产的实际价值不足以清偿全部遗产债务，也应当为遗嘱居住权人保留居住权和必要的遗产份额。如果遗嘱设立的居住权人与必留份权利人不重合，应当依法优先保障必留份权利人的利益。

综上，遗嘱居住权人依遗嘱获得的房屋居住权能否实现，取决于该房屋的所有权在债务清偿后还能否为继承人或受遗赠人所承受，除居住权人为必留份权利人外，遗嘱居住权不能对抗遗产债务的清偿。P83。

责任编辑、公号制作：李泊毅

审核：李敏

李贝：《宣告死亡及撤销与婚姻效力之再阐释——兼与翟远见老师商榷》

原创：2025-06-11 南大法学 南大法学

<https://mp.weixin.qq.com/s/mHKd1TIWIMAD5k-po-rkzg>

作者：李贝，上海交通大学凯原法学院副教授。

摘要：对于宣告死亡判决及撤销对于婚姻关系的影响，学界历来存在不同观点，《民法典》第

51 条作为一种折中的产物,难称完美。翟远见教授主张借鉴德国法的规定,认为宣告死亡判决作出后婚姻关系仍然存续,直到善意配偶再婚时原婚姻关系才消灭。但这一解读非但无法从我国的实体法上找到有力的支持,也无法充分保障各方当事人婚姻自由的实现。至于根据配偶的善恶意来确定前后婚效力的立场,不仅与婚姻关系消灭的时间点选择无关,也导致对各方利益评价的失衡,最终将婚姻关系的维持或消灭异化为对当事人的一种单纯奖惩手段,与现代法上对于婚姻的理解大相径庭。因此,在立法论上应认为婚姻关系随死亡宣告判决的作出而当然消灭。在解释论上,应当限缩婚姻关系自行恢复的情形,并且扩大配偶提出异议的可能性。

关键词:宣告死亡;婚姻关系;恶意配偶;婚姻自由

目次

- 一、问题的提出
- 二、我国实体法规定的解释论展开
- 三、宣告死亡制度与配偶婚姻自由
- 四、宣告死亡制度中的善恶意区分
- 五、对我国宣告死亡与婚姻关系规则的评价

来源:《南大法学》2025 年第 3 期。

一、问题的提出

由于行为人长期下落不明,以其为中心的一系列法律关系均处于不确定的状态,各国法律均对该情形予以规制。我国法上设有宣告失踪和宣告死亡两项制度:前者以失踪人尚在人世为基础假设,制度目的乃是对失踪者的财产利益进行保全面管理;后者以失踪人已经去世的推测为出发点,旨在为利害关系人的利益清算失踪人的人身关系与财产关系。这种预设的差异也导致了两项制度在成立要件、申请主体范围、法律效果方面都存在差异。[1] 更重要的是,宣告死亡判决的撤销意味着法律推定和现实状况之间的不一致,因此其

法律后果远比宣告失踪的场合更为复杂。而被宣告死亡者的婚姻关系由于涉及第三人的人身、财产利益,影响甚巨,更是成为立法上值得反复斟酌的问题。

这一问题的复杂性导致了世界各国立法上的巨大分歧,[2]我国学界也并未形成统一的观点。在《民法总则》起草过程中,涉及撤销宣告死亡判决后婚姻效力的规定曾经几易其稿,[3]最终形成的版本更多的是一种各方意见折中的产物,遭到可操作性方面的诟病。[4]

2021 年翟远见教授在《中国法学》上发表了《论宣告死亡及其撤销在婚姻上的效力》一文(以下简称“翟文”),可谓目前中文法学世界中对于这一问题最为详尽的讨论。作者的观点也非常鲜明,其从不同方面论证了德国“婚姻不当然消灭主义”的正当性,并给出了解释论上的实现方案。然而,对于翟文所持的观点以及具体论证的展开,笔者不能完全认同。鉴于此类观点在国内学术界的影响力,[5]故撰写此文与翟远见老师商榷,同时也希望抛砖引玉,吸引更多的学者参与到这场讨论中来。

翟文的论证非常全面和翔实,并且很多结论都非常准确,对其一一回应,既不现实,也无必要。本文拟抽提出该文章中几个核心命题,展开讨论。

二、我国实体法规定的解释论展开

翟文认为,我国实体法上关于宣告死亡的规定并不能解释为采纳了婚姻当然消灭的立场,甚至认为这种理解会导致我国立法体系中的内在矛盾。现分别就这两方面展开分析。

(一) 婚姻当然消灭与体系协调问题

翟文认为,如果宣告死亡直接导致婚姻关系消灭,将会造成与死亡时间推定规则之间的体系矛盾,也会造成与刑法对重婚罪规制之间的体系矛盾。但这两点理由都未必具有决定性。

1. 婚姻当然消灭与死亡时间推定规则之间的“矛盾”

翟文指出,若采用宣告死亡导致婚姻当然消灭的立场,将导致体系上的不协调。原因在于,《民法典》第 48 条对宣告死亡的日期作了二元化的处理:在一般情形下,法院作出宣告死亡判决之日为其死亡的日期,而因意外事件下落不明的,则以意外事件发生之日为其死亡日期。“既然法律规定了死亡的两个日期,则自体系的角度来看,也应有婚姻关系消灭的两个日期:婚姻关系要么自人民法院宣告死亡的判决作出之日消灭,要么自意外事件发生之日消灭。而《民法典》第 51 条却没有作此规定,更恰当的解释应是此处的婚姻关系自死亡宣告之日起 6 消除,并不等于婚姻关系自死亡宣告之日起 6 立即消灭。”[6]

对上述论证,可作如下评价。首先,《民法典》第 51 条在用语上采用“死亡宣告之日”的表述,并不同于第 48 条所说的“宣告死亡判决作出之日”,这就为“死亡宣告之日”在解释上提供了一种新的可能性,可意指死亡被推定的日期。[7] 如此,则作者所说的矛盾并不存在。其次,这一理解也较为符合宣告死亡制度的立法本意。宣告死亡效果的发生显然以自然人被推定死亡为逻辑起点。再次,即便将第 51 条“死亡宣告之日”理解为“死亡判决作出之日”,也未必得出体系矛盾的结论。第 51 条仅仅意味着法律将死亡宣告的作出作为婚姻关系消灭发生的前提。未作出死亡宣告判决,婚姻关系不消灭。然而该效果的发生是否具有溯及力,法条并没有直接加以规定。一旦认为婚姻关系消灭的时间在意外事件场合可以溯及至推定死亡的时间,则所谓的体现矛盾便可轻松化解。对此问题,《民法典》中有关抵销的规定具有参考价值。《民法典》第 568 条第 2 款的规定:“当事人主张抵销的,应当通知对方。通知自到达对方时生效。”该规定仅仅将通知达到作为抵销效果发生的要件,但至于抵销效果是否自通知到达之日起发生,也即抵销的溯及力问题,第 568 条并未

给出明确答案,学界 [8] 和实务界 [9] 也有不同观点和立场。换言之,仅仅规定抵销自通知到达时生效,并未解决抵销是否具有溯及力的问题,两者之间并不存在简单的对等关系。也正基于此,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》(以下简称《民法典合同编通则司法解释(一)》)才正式对该问题予以明确,以避免实践中分歧的产生。[10] 回到本文所讨论的主题,即便第 51 条规定宣告死亡判决是婚姻关系消灭的前提要件,也未对该消灭是否有溯及力予以明确,因而在解释上并不排除因为失踪事由的不同(意外事件或其他)而作区分对待。最后,纵使作者提出的解释方案可能存在,当对法条的解释存在多种可能性,其中之一导致体系自治,另一种则会导致体系矛盾时,也应当优先采取前一种解释方案, [11] 而不能径直以存在矛盾解释为由,强行替换成自己所主张的方案。

综上所述,我们认为婚姻关系自宣告死亡之日起当然消灭,并不会出现作者所担心的体系矛盾。在解释上可以认为,对于一般场合的宣告死亡,婚姻关系自宣告死亡判决作出之日消灭;对于因意外事件下落不明导致的宣告死亡,婚姻关系自意外事件发生之日消灭。

2. 婚姻当然消灭规则与我国刑法上有关重婚的规制相冲突

翟文进一步指出,如果确认婚姻当然消灭规则,会与我国刑法上有关重婚罪的规制发生冲突。理由在于,“根据《刑法》的规定,如果有配偶的失踪人不知道自己已经被宣告死亡而与他人结婚,其主观恶性丝毫不比未被宣告死亡而重婚的已婚人士小,故而都构成重婚罪。对于具有实质相似性的一类法律事实,预先规定相似的法律效果,这是体系化的制度之特点,也是追求平等的结果”[12]。

但在本文看来,上述论证建立在一个似是而非的假设基础之上:主观恶性相同的人在刑法上应当受到同样的惩罚。众所周知,无论采用何种犯

罪构成要件理论, 仅仅存在主观上的犯罪故意, 却没有实施刑法上所定义的犯罪行为, 显然不应成为刑法规制的对象。根据《中华人民共和国刑法》第 258 条的规定, “有配偶而重婚的, 或者明知他人有配偶而与之结婚的”, 构成重婚罪。换言之, 重婚罪中所定义的重婚行为是指“行为人在原有婚姻关系尚未解除的情况下, 又建立新的婚姻关系的行为, 即有配偶而重婚或者明知他人有配偶而与之结婚”[13]。既然重婚罪成立的前提是前婚关系存在, 则刑法对于重婚罪的认定实际上取决于民法上关于宣告死亡法律后果的界定。按照我国实体法的规定, 宣告死亡判决导致婚姻关系消灭, 则此时被宣告死亡的失踪人即便不知该死亡判决的存在, 其另行缔结婚姻的行为也因不满足上述重婚行为(因为此时其已经不是“有配偶者”)的定义而不构成重婚罪。这非但不是对我国刑法原则的违背, 反而是主客观相一致原则的体现。在现实中, 如果下落不明者被缺席判决离婚, 其误以为尚存在婚姻关系而又与他人结婚, 或者第三人误以为与其结婚的对象为已婚而与之结婚, 均会因为客观上未实施重婚行为而不构成犯罪。

若坚持作者自己的“主观恶性相同, 刑法规制相同”的理念并将其推向极端, 则会导致对其所提出的替代方案的合理性的否定。如果认为具有决定性的仅仅是宣告死亡人主观上的恶意, 那么在当事人不知自己被宣告死亡, 并且也不知其原配偶再婚而与他人结婚时, 同样应当因其主观上同等的恶意而成为重婚罪规制的对象。换言之, 即便被宣告死亡人的配偶再婚, 也不应当使该被宣告死亡人从原婚的束缚中摆脱出来。[14] 然而作者认为, “生存配偶再婚后, 原婚姻关系已彻底消灭, 其后被宣告死亡的人再与第三人缔结的婚姻不构成重婚”[15]。为何被宣告死亡者不知其被宣告死亡而结婚的, 仍构成重婚罪, 但不知其原配偶已再婚而结婚的, 却免于处罚? 这种差别对待的理由, 似无处可寻。

作者所举的案例涉及不知自己被宣告死亡而与他人结婚的当事人。但值得思考的是, 若当事人明知其已经被宣告死亡, 此时的再婚行为是否应当构成重婚? [16] 如果答案是否定的, 则作者需要进一步说明, 为何在此种场合下依然有必要限制被宣告死亡者的婚姻自由。

即便我们赞同作者的结论, 即宣告死亡仅应使配偶获得再婚自由, 而不能成为被宣告死亡者摆脱婚姻的工具, 这一效果也可以借由现行法得以实现。按照《民法典》第 51 条的规定, 如果死亡宣告判决撤销时配偶未再婚的, 婚姻关系自行恢复, 除非配偶通过书面声明表示其不愿意恢复。法律在此处并未区分被宣告死亡者是否再婚。换言之, 至少按照文意, 即便死亡宣告判决撤销时被宣告死者已经再婚, 也不影响配偶一方主张婚姻关系恢复。此时, 被宣告死亡者就会因为双重婚姻关系的存在构成重婚, 其后缔结的婚姻就归于无效。由此可见, 婚姻关系消灭的时间点, 与对被宣告死亡者主观故意的规制之间, 并不存在必然的因果关系。

(二) 婚姻关系不当然消灭的解释空间

翟文进一步指出, 我国法条的规定实际上存在“德国模式”的解释空间。其最重要的理由为, 立法者最终使用了“消除”的用语来取代“消灭”的表述。在作者看来, 这一变化应解释为立法者有意为之的产物。“消除”一词在中文的惯常语境中是指对某些主体而言不利事物“不复存在”。

“对于被宣告死亡的人而言, 婚姻关系难谓‘不利的事物’, ; 对于长期下落不明之人的生存配偶而言, 婚姻关系可能构成了再婚的‘法律障碍’, 可谓客观上的‘不利的事物’, 但是否去除之, 仍应当悉听生存配偶的意愿。”[17] 由此, 借助于立法者用语上的区别, 作者试图为婚姻不当然消灭引入了解释上的空间。

然而在笔者看来, 上述理由依然薄弱。第一, 如果立法者使用“消除”一词真的是有意为之,

那么至少应当对该处修改的内涵作出官方的解释和回应。然而我们无法从官方文献中找到任何蛛丝马迹。[18] 第二, 作者的理解也与法条的文意不符。“婚姻关系”永远是针对夫妻双方的, 如果在宣告死亡之时发生婚姻关系的“消除”, 那么无论对该语汇作何等解释, 这种“消除”也应当是指向双方, 而不会仅仅使得配偶一方获益。第三, 无论赋予“消除”一词何种含义, 这种效果都应当是伴随着死亡宣告判决本身的。即便如作者所说, 将这种“消除”理解为再婚障碍的排除, 那么只要死亡宣告判决未被撤销, 此种消除的效果便不应当受到影响。然而作者却认为, 只要配偶知道被宣告死亡者未死, 即便死亡宣告判决并未撤销, 也不应允许再婚。[19] 可见, 即便按照作者自己的理解, 也无法从“消除”一词中得到其所欲的解释结果。

更进一步, 如果采用宣告死亡不导致婚姻关系当然消灭的立场, 同样会造成体系上的矛盾评价。按照法律规定, 当事人被宣告死亡后, 其财产将会按照遗产进行继承。根据《民法典》第 1121 条的规定, “继承从被继承人死亡时开始”。也就是说, 宣告死亡判决一旦作出, 被宣告人便应当被推定死亡。若被继承人被推定死亡, 其婚姻关系却得以继续存在, 则意味着我国法上承认与死者之间的婚姻关系, 这显然与目前实体法的规定相抵牾。[20]

综上, 就实体法的规定而言, 我国采用宣告死亡婚姻当然消灭主义, 应无异议。希望通过解释论的方式引入德国的非当然消灭主义, 存在无法克服的障碍。但仍然需要探讨的是, 在立法论层面是否应当改弦更张, 改变既有的实体法规则。

三、宣告死亡制度与配偶婚姻自由

翟文的一个核心论点是, “宣告死亡的制度宗旨之一乃是赋予生存配偶而非被宣告死亡的人以缔结新的婚姻的权利”[21]。由此得出的结论为: 首先, 规定婚姻关系不当然消灭, 更有利于配

偶婚姻自由的实现; 其次, 这种婚姻自由是生存配偶一方的特权, 而不应当惠及被宣告死亡者。关于后一结论的问题, 在前文中已有讨论, 此处不再赘述。此处要重点探讨的问题是, 宣告死亡后婚姻关系不消灭, 是否真的更有助于配偶婚姻自由的实现?

(一) 婚姻当然消灭与配偶意愿

翟文认为, “当宣告死亡的申请人为生存配偶以外的其他利害关系人时, 使婚姻关系随着宣告死亡判决而直接立即消灭, 意味着生存配偶将因他人的申请行为而变为‘鳏寡之人’, 此种结果未必符合生存配偶的意愿, 可能有损其婚姻利益”[22]。另外, 由于民法典改变了此前《民法通则》中配偶申请的优先顺位规则, 配偶以外的第三人申请死亡宣告的可能性大大增加。[23] 作者认为, 这一顺位的变化固然为了避免失踪人财产关系的长期悬而未决给其他利害关系人的利益造成重大影响, 但并不意味着配偶本人的利益可以被忽略。对于这一观点, 笔者试评价如下。

首先, 作者论证的主要场景是死亡宣告的申请由失踪人配偶以外的第三方提起。这时认为宣告死亡和消灭婚姻不一定符合配偶的内心意愿, 尚有一定的依据。相反, 在配偶一方主动申请宣告失踪人死亡的场合, [24] 大概率可推测其意欲消灭此前的婚姻关系。即使赞同作者的观点, 也只能得出在非配偶申请宣告死亡的场合, 可例外规定婚姻关系存续, [25] 而无法如作者般得出一般性的结论, 因为婚姻不当然消灭的立场同样“未必符合生存配偶的意愿”。这一点可以通过司法实践中的案例得到证明。在《民法典》施行之前, 为数不少的案件中配偶由于未再婚, 死亡宣告撤销后婚姻关系恢复, 其都会选择起诉到法院要求离婚。[26]

其次, 即便配偶的意愿是婚姻关系不消灭, 我们也需要探讨在法律层面上, 这种意愿的违反是否真的损害了生存配偶的婚姻利益。无论失踪人

是否已经被宣告死亡,都不妨碍配偶内心始终相信对方尚在人世。这种内心的信念,法律无须干涉。只有当现实层面维持婚姻关系存在对配偶有意义时,法律才需要考虑对这种意愿的尊重。

此处需区分两种情况。第一种情况是被宣告死亡人此后也没有再出现。此时,婚姻关系的存续不会给生存配偶带来任何财产上的增益(对宣告死亡者财产的继承与婚姻关系是否存续无关,而夫妻间的扶养义务也由于没有义务人而无法主张),反而可能造成不利后果。若生存配偶对被宣告死亡者的父母尽到主要照顾义务,感情深厚,在父母去世后,生存配偶是否可以依据《民法典》第1129条的规定作为第一顺位继承人继承财产?若答案是肯定的,则一方面认定婚姻关系存续,另一方面又肯认其“丧偶”身份,无疑陷入自相矛盾;若答案是否定的,则很难解释法律在自然死亡和宣告死亡场合下进行区别对待的合理性。又比如,配偶此后取得的财产,是否属于婚姻关系存续期间夫妻双方的共同财产?如果答案是肯定的,那么势必影响到配偶一方对此类财产的单独处分权限;如果答案是否定的,又与死亡宣告后婚姻关存续的预设存在冲突。

第二种情况是被宣告者“亡者归来”,此时就身份法上的意义而言,影响甚微。若配偶已再婚,则原婚姻关系已终局消灭;若配偶未再婚,则无论认为婚姻关系自始未消灭,还是事后自行恢复,除了观念上的差异,几无不同。相反,在财产领域,婚姻关系始终存续,确实会对配偶产生实质影响。而这种影响究竟是利益还是负担,实难一概而论。若认为夫妻关系自始未消灭,则意味着被宣告死亡者失踪期间所取得的财产仍然属于婚姻关系存续期间的财产,并因此将大概率被认定为夫妻共同财产,而在婚姻期间所产生的债务也有可能被认定为夫妻共同债务。即便是夫妻一方的个人债务,按照目前通行的观点,债务人在共同财产中的潜在份额也属于责任财产范围。[27] 共同财产的分配和共同债务的承担,对于生存配偶而言既可

能是得利,也可能是负担。[28] 因此,很难说婚姻关系的存续本身即构成对生存配偶的一项利益。

最后,如果认为婚姻关系在宣告死亡之后继续存在,势必会对第三人的利益带来影响。设想张三被宣告死亡,张三的配偶李四将其从自己父亲处继承所得的房产出卖给第三人王五。若张三回归,婚姻关系自始未消灭,该房产的继承发生在双方婚姻关系存续期间,因而构成夫妻共同财产。此时向王五所作的交易行为便可能构成无权处分行为。又比如,被宣告死亡人在其配偶去世之后出现,由于婚姻关系仍然继续存在,因此其非但可以要求属于自己的财产返还,同时还可以以第一顺位继承人的身份参与到其配偶的遗产继承中。若该遗产已经分配完毕,则势必会打破既有的分配现状。上述情形下,婚姻关系的存续可能影响到第三人的既得权利。然而,宣告死亡制度的初衷应当是保障利害关系人的财产利益,并且尽快结束由于当事人长期下落不明所造成的不确定状态。死亡宣告申请顺位的立法变动显示,即便配偶反对死亡宣告,也需要让位给第三人的正当利益诉求。若认为宣告死亡者的婚姻关系继续存在,则第三人的财产利益将很可能受到被宣告死亡人事后回归的影响,与宣告死亡制度的立法目的相背离。

综上,认为宣告死亡导致婚姻关系当然消灭不符合配偶真实意愿的理由,并不能成立。婚姻关系在宣告死亡判决作出后继续维系,在多数场合下并不符合配偶的内心预期,并且会对第三人的利益产生影响。从宣告死亡制度的立法初衷来看,宣告死亡后让婚姻关系继续存在不是一种理想的选择。

(二) 婚姻自由与再婚自由

翟文认为,认定婚姻关系在生存配偶结婚时消灭,即可以充分保障配偶的婚姻自由。在这里,婚姻自由在作者的潜意识中被等同于再婚自由。

“如果善意配偶意欲消灭前婚,可以通过与他人缔结新的婚姻来实现。换言之,只需承认生存配偶

的再婚自由,使原婚姻关系因为新婚姻关系的缔结而消灭,不将后一结婚行为视为重婚即可。”[29]

对此观点,需要指出的是,我国法上并没有规定缔结新婚的行为可以成为原婚消灭的事由。并且如果承认此种可能性,那么重婚罪在概念上就不可能成立:每一个有配偶者缔结新婚之后,若原来的婚姻关系都会自动消灭,那么理论上就不可能在同一个时刻存在两个婚姻关系。

一个更重要的反对理由在于,再婚配偶完整的婚姻自由不应当被简化为再婚的自由,而是包含与谁结婚、是否结婚的选择权,[30]后者在现代社会尤为重要。如果配偶在宣告死亡后一直没有选择结婚,法律并不能从中当然得出结论,认为其愿意与宣告死亡者“再续前缘”。例如丈夫离家出走,多年音信全无,妻子以为丈夫已经死亡,便宣告其死亡。后来与第三人产生情愫,被多次表白,但是妻子因为自己家中孩子反对,没有走到最后一步。现在丈夫背负外债归来,是否恢复婚姻更好?又或者孩子没有反对,并且积极支持母亲再婚,现在妻子和第三人的婚礼已经办完,只是尚未办理结婚登记,此时丈夫归来。在这种场合是否应当恢复婚姻关系?再者,妻子未再婚也可能是因为习惯了一个人的日子,颇觉自在。此时已经消失十年的丈夫突然归来,婚姻关系自然恢复,又是否合适?由此可见,配偶未再婚与想恢复婚姻之间并不存在等价关系。如果在上述案例中强行复活一段名存实亡的婚姻关系,难言对生存配偶婚姻自由的尊重。

实际上,翟远见老师也意识到了这一批评意见,因此其在文中给出了两点回应。第一点,翟文指出既然在当事人被宣告失踪的场合,失踪人的配偶可以起诉到法院要求离婚,举重以明轻,在失踪人被宣告死亡的场合,配偶自然有权起诉离婚。[31]这一说法的问题在于,被宣告死亡者的配偶起诉离婚,并不像失踪人配偶那样具有实体法的依据。[32]而立法者之所以没有规定,恰恰是因

为婚姻关系消灭的效果因死亡宣告的作出而自然发生,故无必要另行主张离婚。

第二点,反驳理由针对配偶所谓的“矛盾行为”。翟文认为,“如果宣告死亡的申请是生存配偶提出的,证明其相信下落不明之人已经死亡;后来生存配偶又作出不愿恢复婚姻关系的声明,证明其相信下落不明之人可能生还。前后两个行为出于同一个人的不同心理,属于典型的矛盾行为(venire contra factum proprium),而矛盾行为有违诚实信用,为各国法律普遍禁止”[33]。该理由同样不能成立。盖因矛盾行为必然以行为人为主观上的恶意为要件。如果在申请死亡宣告时当事人有理由相信其配偶死亡,事后基于新的事实而改变信念,也不能认为存在矛盾行为。相反,作者本人所提出的那种既希望获得宣告死亡所带来的经济上的利益,又不愿意承受因为宣告死亡所带来的婚姻关系消灭的立场,反倒更符合“矛盾行为”的定义:既主张当事人已经去世,以便“代为请求人寿保险金之给付、使被宣告死亡的人的继承人继承遗产”[34],又主张当事人还在人世,以便维持与其的婚姻关系!

由此可见,从确保配偶婚姻自由的角度来看,使婚姻关系当然消灭也是一种更优的选择。

四、宣告死亡制度中的善恶意区分

翟文反对婚姻关系当然消灭的另一项理由是我国法没有区分配偶的善恶意,导致宣告死亡制度很可能沦为摆脱婚姻关系的工具。下文将对该批评理由展开讨论。

(一) 前提性问题:善恶意区分与婚姻关系消灭时间

翟文指出:“若依‘通说’使宣告死亡判决立即产生消灭婚姻关系的效力,则怀有恶意的生存配偶可能先申请宣告死亡,继而与他人缔结新的婚姻以阻止原婚姻关系自行恢复。此时,宣告死亡便沦为了恶意生存配偶规避离婚制度的工具。

生存配偶明知对方下落或者尚存活于世,仍提出宣告死亡的申请,以解除婚姻关系,完全不顾对方是否同意消灭夫妻关系、想要如何对子女进行抚养和监护、打算怎样分割夫妻财产等,其结果相当于在协议离婚和判决离婚之外,仅凭单方意思便可解除婚姻关系,该《6 第三条道路》于被宣告死亡的人殊为不公。”[35]

上述引文显然过度夸大了恶意宣告死亡所产生的法律后果。即便认为婚姻关系消灭的事实终局确定,恶意配偶单方所确定的财产分割和子女抚养安排,也未必就能约束当事人与法官,在“亡者归来”的场合,上述处理结果完全可以被推倒重来。此处需要着重探讨的问题是:对恶意申请宣告死亡的配偶的规制,是否必须通过让婚姻关系不当然消灭这一进路实现?

尽管一些颇有影响力的观点将对恶意配偶的过度保护归咎于我国选择的婚姻当然消灭的立法模式,[36]但本文认为,是否针对生存配偶的善意进行法律上的区分规制,与宣告死亡是否导致婚姻关系的当然消灭,实为两个彼此独立、互不关联的问题。[37] 翟文为了证成自己的观点,引用了“王艳重婚案”[38]和“曹某重婚案”[39]这两个典型案例。在这两个案件中,生存配偶一方均在明知失踪人尚在世的情形下宣告其死亡,并随后与第三人缔结婚姻;法院最终也都认定该恶意的生存配偶构成重婚罪。然而这两个案件都是法院在我国采用婚姻关系当然消灭立场的大前提之下作出的。换言之,即便认定婚姻关系于死亡宣告判决作出之日消灭,也不影响法律认定恶意申请的配偶成为重婚罪所规制的对象。反之,即便采纳作者的观点,认为死亡宣告并不当然影响婚姻关系,只有生存配偶的再婚才能导致该婚姻关系消灭,那么恶意的配偶同样可以通过申请宣告和与第三人再婚的组合,彻底摆脱原来的婚姻关系。为了规制此种行为,立法者必须额外设置针对恶意配偶的专门规定。

最后,上述论证思路体现出的方法论上的误区具有普遍意义,值得特别澄清。任何一项法律制度都存在被居心不良者滥用的风险,而对此类行为进行规制也有足够的正当性。需要思考的是这种规制路径的选择。尽管翟文在此处的论证前提并不成立(即认为善恶意区分规制的问题与婚姻关系当然消灭存在关联),但其显然希望通过宣告死亡制度的一般规则设计来应对配偶恶意宣告的问题。然而一方面,在宣告死亡适用的场合,失踪人存活的概率微乎其微。[40] 因此,死亡宣告判决事后被撤销的比例相当之低。[41] 而在这些错误宣告的判决中,配偶恶意申请的比例也不会过高。由此可见,配偶恶意提出死亡宣告申请,在所有死亡宣告的判决中所占比例极低。以极少数的个案作为一般规则制定时的参考案型,并非明智之举。另一方面,借用彭诚信教授的术语,立法者在规则的制定中原则上应当秉持“常人思维”,若采用“好人思维”或者“坏人思维”来制定一般性规则,都会违背制度设计的应然逻辑。[42]

因此,对于配偶善恶意的规制,本就不应当由作为宣告死亡一般规则的婚姻关系消灭时点来解决,而应当交由特殊规则或者诚实信用等法律原则来兜底处理。

(二) 与配偶再婚者之恶意对婚姻效力的影响

翟文认为,非但配偶非善意的场合下其再婚行为应被认定为无效,而且在配偶善意,但与其再婚者恶意(即明知被宣告死亡者还在人世)的场合,新婚的效力同样应被否定。[43] 作者给出的第一个理由为,“由于结婚为双方身份行为,且攸关公共利益,关于后婚姻双方当事人对死亡宣告判决的信赖,应该有更为严格的要求,即须双方当事人皆为善意才不受被宣告死亡的人仍然生存的影响,不能仅为了保护一方当事人的善意,而牺牲被宣告死亡的人的利益”[44]。然而该理由存在如下瑕疵:首先,结婚为双方身份行为并且攸关公共利益,但前婚和后婚实际都符合这一描述,从中并不

能得出对于后婚应当有更高要求的结论。其次,作者在前文中强调,宣告死亡制度的立法目的是保护善意配偶的再婚自由,而不是出于被宣告死亡者的利益考虑。因此就很难解释,为何在配偶善意再婚的场合,对其善意信赖的保护需要让位于对被宣告死亡者的婚姻利益的保护。最后,保护前婚还是后婚,并不仅仅涉及当事人的利益,而且涉及不特定第三人的利益。而在后婚的场合,第三人的信赖不仅指向婚姻登记,而且指向对法院所作出的死亡宣告判决的信赖。就其所蕴含的公共利益而言,也难以得出前婚较后婚更有保护必要的结论。

翟文为论证保护前婚进一步论证道,“一般而言,尽量维持前婚姻关系,将更有利于促进夫妻共同生活的圆满和子女利益的维护,将更有利于在遵循信赖保护的原则和尊重身份关系的本质之间找到平衡”[45]。这一理由则更难自圆其说。从夫妻情感角度来说,新婚是鲜活的,旧婚是休眠甚至死亡的。在我国法上,夫妻事实分居超过2年便可作为情感确已破裂的依据,更何况宣告死亡从下落不明到最终判决生效,往往需要5年甚至更长时间。法律缘何认为一段久已尘封的情感较之一段眼下鲜活的情感而言,更值得保护?从子女利益维护的角度而言,前后婚都可能涉及子女的存在,并且后婚子女较之前婚子女更有可能处于需要呵护的未成年阶段。既如此,何以认为保护前婚更有利于子女利益之维护?就财产关系来说,旧婚是冻结的,新婚则不断产生新的债权债务。认定前婚有效,后婚无效,将不必要地造成大量财产法上的难题,使得原来两个单身的人的生活强行变成夫妻生活,又使两个夫妻的生活强行变成单身人的生活,同时也给债权人造成极大的困扰。保护前婚的弊端,不一而足。综上,翟文所给出之结论与所作之论述,本文实难苟同。

(三) 再婚双方均为善意时对婚姻效力的影响

在生存配偶与第三人均均为善意的场合,翟远见老师提出了一个非常新颖的观点:赋予善意的生存配偶以撤销权。“在再婚有效而被宣告死亡的人依然生存时,为最大限度尊重生存配偶的意思,从立法论的角度,婚姻法最好赋予其可以重新选择前婚配偶作为终身伴侣或者继续维持当下婚姻生活的权利。因为,善意生存配偶不知前婚配偶尚且存活,是其进入后一婚姻的判断基础,在其知晓被宣告死亡的人依然生存时,允许其以与原配偶结婚为目的,将‘被宣告死亡的人依然生存’作为后婚撤销的原因,乃是对生存配偶意思的进一步尊重。当然,如果生存配偶更愿意继续维持当下的婚姻关系,其也可以不废止后一婚姻。”[46]然而,此时对生存配偶的过度优待,实际上是允许其通过单方意志废止了后婚,这何尝不是对离婚制度的一种架空?对于善意的第三人而言,又是否公平?民法本来就对婚姻的撤销作了严格的限定,即便认为生存配偶在缔结新婚时确实存在重大误解,此种误解是否值得法律上的救济,颇值怀疑。[47]同样是善意的配偶,在第三人恶意时将无法摆脱原婚姻的束缚,而在第三人善意的情况下,又被置于法律优先保护的地位。这种矛盾的立场也体现了作者在处理善恶意因素时的随意性,而这种随意性更集中地体现在对被宣告死亡者善恶意的忽视上。

(四) 被宣告死亡者的善恶意与婚姻效力

翟文在论证过程中花了很大笔墨讨论配偶与第三人的善恶意状态,只有在双方均善意的场合下才承认后婚的效力。但令人费解的是,作者未对被宣告死亡者的主观状态进行法律上的评价。

笔者通过对近年来死亡宣告撤销案件的检索后发现,被宣告死亡人的下落不明常常是可归责于其本人的。常见的情形包括:为了躲避负债[48]或者为了掩盖犯罪[49]而更名改姓,销声匿迹;由于家庭矛盾而负气离家;[50]等等。有些案情仅仅介绍当事人常年外出打工,但如今通信技术高

度发达,外出者与家人互通有无,绝非难事。常年互不往来,也恰恰证实了情感的淡薄。[51]当然,下落不明者有时对于被宣告死亡并无过错,这主要有两种情形:一是当事人由于患有精神疾病而走失;[52]二是当事人年幼时走丢或被拐走。[53]在这两种情形,当事人或者没有能力与家人取得联系,或者已经记不起自己家人的通信方式,此时其对被宣告死亡的事实发生并无过错。

对于主动“玩失踪”的人与被动失联的人,法律不作区分予以一体对待,是否合适?如果结合此前作者的论述,这种价值评价上的矛盾性便进一步凸显:一面是善意无过错的生存配偶,另一面是故意失联杳无音信的失踪人,法律为何仅仅因为与配偶再婚者知道该失踪人尚存人世,就否定新婚的效力?为何对恶意的被宣告死亡者的保护反而超过了善意的配偶?即便配偶是在明知失踪人尚在人世的情况下恶意提出死亡宣告,法律也应当解释,对一个故意制造失踪事实的当事人的保护,缘何要超过一个仅仅是明知事实的当事人?

这种对于被宣告死亡者主观上过错的漠视也影响到了死亡宣告撤销后财产返还规则的设计。根据《民法典》第 53 条第 2 款规定,“利害关系人隐瞒真实情况,致使他人被宣告死亡而取得其财产的,除应当返还财产外,还应当对由此造成的损失承担赔偿责任”。该规则考虑到利害关系人恶意的情形,对其加重处罚固然值得肯定。当事人明知自己长期下落不明,财产有被分割挥霍之风险,甚至可能已经知道自己已被宣告死亡,却依然选择隐姓埋名。由此产生的问题是:对于主观有过错的宣告死亡人,其财产法上的救济是否应当有所不同?其是否值得被赋予同等的保护?

此处仍可作一种方法论上的拓展。有一种观点认为,法律针对不同的情形应当进行不同的规定,以体现法律体系的细致度。例如我国就有学者以德国法区分生存配偶的善恶意为由,赞赏其制度规定的精妙。[54]这一观点貌似合理,却忽视

了一个现实:任何国家的法律都必然是有选择地针对不同的情形作出不同的规制,例如德国法虽然根据生存配偶的善恶意来影响前后婚的效力,却不根据被宣告死亡者的主观过错程度而设置不同的规则,其正当性何在?换言之,重要的问题是,立法者应当在何种场合下选择区分对待,是需要加以特别说明的:为何此种事实上的差异在法律评价上应有所不同,而另一种事实差异则被认为无关紧要。以第三人欺诈与第三人胁迫的规制为例,也可对这一问题有更深入的理解。按照目前法律的规定以及学界的通说,基于胁迫与欺诈对表意自由的影响程度不同,涉及第三人引起的胁迫和欺诈时应作区分对待:第三人胁迫一律构成意思表示撤销的原因,但在第三人欺诈的场合,只有当相对人知道或应当知道该欺诈事实时表意人方可撤销。[55]然而,这种所谓的“不同情形,区分对待”的精细做法,却是以对重大误解和欺诈场合的同等对待为代价的。因此立法者需要回答的问题是:为何相比后两者,在前两者之间作出区分规制是更加合理的?甚至为什么欺诈和胁迫的差别需要在涉及第三人的问题上加以体现?[56]从论证的精细化角度来看,这些思考都是不可或缺的。

五、对我国宣告死亡与婚姻关系规则的评价

(一) 现行法规范的部分合理性

在本文看来,无论是从规则的简洁性还是从婚姻自由保护的周全性来看,我国既有的法律规定相较于德国法上的处理方案,都不失为一种更优的选择。

一方面,如果认为宣告死亡的判决不导致婚姻关系的当然消灭,那么势必会使法律面对一系列非常棘手的问题:在财产方面,婚姻关系的存续是否会导致一方虽被宣告死亡,但是夫妻共同财产制的规定仍要继续适用?进而,若失踪者有朝一日归来,则在其被宣告死亡期间的债务,又是否

应当被认为是夫妻共同债务？在人身方面，当事人在其配偶被宣告死亡后又与他人共同生活，是否构成婚内与他人同居的事实？由于我国采用了宣告死亡判决导致婚姻关系当然消灭的做法，则上述疑难均可迎刃而解。由此，中国法的方案体现出其在简洁性方面的优势。

另一方面，如前文所述，采用婚姻不当然消灭主义的做法，对于配偶一方的婚姻自由的保障是非常有限的。具体来说，这种保障仅仅针对该配偶的再婚自由，默认其未再婚即愿意继续维持与被宣告死亡者的婚姻关系，这种意愿推定不仅武断，也忽视了现实情形的复杂性。相反，我国法规定婚姻关系在死亡宣告作出时当然消灭，给予了配偶更为充分的选择自由：若其不愿意缔结婚姻，则即便未再婚也可通过声明的方式阻断婚姻关系的恢复，而若双方希望再续前缘，则完全可通过重新办理婚姻登记得偿所愿。

综上，我国目前实体法的规定相较翟老师所希望引入的方案，具有一定的合理性。

（二）作为更优选择的婚姻关系终局消灭

在本文看来，在应然层面，规定婚姻关系随着宣告死亡判决的作出而终局消灭是一种更加合理的做法。理由是：当然终局消灭的模式同时也保障了被宣告死亡者的婚姻自由。

在这里，有必要就翟文背后一种隐而不显的逻辑预设作进一步的分析。这种预设实际将婚姻关系的维持或者解除理解为对当事人的一种奖赏或者惩罚。例如不允许被宣告死亡的人获得再婚的自由，不允许恶意的生存配偶通过死亡宣告并与他人再婚的方式来摆脱婚姻关系，凡此种种，不一而足。在这一语境下，我们也能充分理解其对于当事人善恶意的强调。

然而，现代婚姻理念的发展趋势是越来越从个体情感而不是社会结构的角度去证成婚姻制度的正当性。法律需要去维护的并不是抽象的、形式上的婚姻关系，而是具体的、活生生的亲密关系。

宣告死亡撤销之后，原婚与新婚的存续规则也应当遵循此原理，即应当尽可能保障尚有生命力的婚姻关系，切不可惩罚恶意为名，去破坏真实存在的婚姻关系，而一味保护名存实亡的婚姻。当然，这并不意味着对于恶意配偶，法律应当听之任之，放任不管，但是否必须从婚姻效力的管控得到实现，则需要慎重考虑。

学者和立法者在思考宣告死亡撤销场合下的婚姻关系存续问题时，总是倾向于将婚姻关系的存续或者恢复理解为是符合当事人预期的结果。但这种预设抽离了岁月经过带来的裂痕，化约了个案中的特殊因素，充其量只能体现一种家长主义的对婚姻的美好设想，却未必符合当事人真实的想法。〔57〕诚然，《民法典》最终为不愿意恢复婚姻的配偶增加了声明不愿恢复婚姻的可能性，但这一做法非但欠缺可操作性，〔58〕而且完全忽视了被宣告死亡者的内心意愿：在后者不愿意恢复婚姻关系的场合，法律未能提供任何救济。究其原因，仍然是将婚姻关系作为奖惩的手段，而忽视了背后真正重要的意思自治。若失散多年的两人重新聚首，往昔的情愫历久弥新，则他们完全可以选择再婚的方式重续前缘。从这个意义上来说，让婚姻关系终局消灭，并不会影响当事人的再婚自由。〔59〕考虑到我国结婚与离婚的难易程度，显然更能体现对当事人意思自治的尊重。

（三）解释论上的完善空间

鉴于我国法条已经明确规定配偶未再婚场合下婚姻的自行恢复，从解释论的角度只能尽量缓解该条款的负面效应。

一方面，应当激活配偶表达异议的渠道，完善婚姻登记机关的婚姻恢复异议程序；另一方面，由于死亡宣告判决的撤销必须经过法院程序，因此在法院作出撤销判决时，可以征求配偶的意见，若其明确反对婚姻关系恢复，则应当尊重其意见。这种做法显然比向婚姻登记机关提出异议，更具有可操作性。还可以对婚姻关系的自行恢复进行目

的性限缩。由于婚姻关系的自行恢复的目的在于使被宣告死亡者和配偶再续前缘,更多出于身份法上的考量,因此应当认为,当撤销死亡宣告时被宣告死亡者或其配偶中有一人已经去世的,[60]婚姻关系无须恢复。同时,若配偶一方因丧失行为能力而无法表达反对婚姻恢复效力的,也应阻却婚姻关系的恢复。最后,即便认定婚姻关系自行恢复,也应当至少在财产效力层面否定该恢复的溯及力,避免婚姻关系的恢复带来过于复杂的财产问题。[61]

涉及善恶意对后婚效力的影响问题,翟文的讨论并没有对配偶和第三人所谓的善恶意作出明确的定义。但事实上,配偶及第三人主观上的可归责性存在程度上的差异。首先,恶意可能仅仅是指配偶知道甚至是应当知道失踪人尚在人世,也可能是指配偶恶意伪造了失踪人下落不明满4年的事实(例如故意隐瞒当事人曾与家中联系的信息,或者故意操纵当事人下落不明的起算时间)。显然,在上述两种情形下,配偶的主观恶性并不可一概而论:在第一种情形下,法律所规定的宣告死亡所需要的实体要件均已满足,知情的配偶仅仅是利用了宣告死亡制度达到摆脱婚姻的效果。然而在第二种情形下,配偶实际上是通过人为操纵,通过伪造事实“骗取”了死亡宣告判决。[62]其次,翟文也并未对恶意判断的时间节点作出明确的细分:配偶在申请宣告死亡时即为恶意,与配偶在再婚时存在恶意,法律上是否应当作出相同的评价?假设妻子在申请法院作出宣告死亡判决时,并不知晓其丈夫尚在人世,若干年后,其另遇意中人,正在筹备婚礼之际得知自己的丈夫并未死亡,妻子在事后知情的场合下仍然坚持缔结新婚,此时是否仍有必要对“恶意”的配偶进行惩罚呢?

本文认为,对财产性的后果和人身性的后果,法律不应当采用相同的恶意标准。就财产性后果而言,只要知道失踪者尚存人世,此后所发生的恶意挥霍、处分、转移、隐匿其财产的行为就应当受到法律的规制。相反,对于长时间休眠的婚姻关系,

法律并无特别予以保护的必要,只有在配偶或第三人恶意伪造事实,骗取死亡宣告的场合,后婚的效力才应当被例外否定,并成为重婚罪规制的对象。

注释:

[1] 由于宣告死亡对被宣告人的利益产生的影响远大于宣告失踪,因此法律对前者设置了更为严格的适用条件。就下落不明的时间而言,宣告死亡原则上为4年,而宣告失踪只需要2年。就公示时间而言,宣告死亡原则上为1年,而宣告失踪则为3个月。在申请主体上,宣告失踪相较宣告死亡也更为宽松。具体规定可参见《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14条和第16条的规定。就法律效果而言,宣告失踪最主要的效果是为失踪人指定财产管理人,而宣告死亡则是对被宣告人的人身关系与财产关系进行清算。

[2] 在比较法上,有以法国、瑞士以及英美法国家为代表的终局当然消灭主义。死亡宣告一经作出,婚姻关系即会终局性地消灭。有关英国法的相关规则,参见Presumption of Death Act 2013, Section 3(死亡宣告的效力),Section 6(撤销宣告的效力)。日本和我国的规定类似,可称为非终局当然消灭主义,即婚姻关系自死亡宣告判决作出之日消灭,但该判决被撤销后,若配偶未再婚将会导致原婚姻关系自行恢复。以德国为代表的少数国家采取非当然消灭主义的立场,即死亡宣告判决原则上不对婚姻关系产生影响,该关系直至配偶再婚时方才消灭。以上三种立法例的共同特点都在于,如果善意配偶再婚的,则原来的婚姻关系无论如何都会终局消灭。然而在意大利法上,无论新婚双方是否构成善意,死亡宣告被撤销之后原来的婚姻关系都将复活。有关各国立法的更加详尽的介绍,参见翟远见:《论宣告死亡及其撤销在婚姻上的效力》,载《中国法学》2021年第2期,第43—46页。

[3] 关于宣告死亡的规定在我国民法上的规则变迁史,参见前注[2],翟远见文,第46—47页。

[4] 典型观点,参见李永军:《民法典总则论》,中国法制出版社2022年版,第246—247页。

[5] 除了翟远见老师，朱庆育老师在其流传甚广的《民法总论》教科书中也持有类似的观点。参见朱庆育：《民法总论》（第二版），北京大学出版社 2016 年版，第 395—397 页；雷群安：《宣告死亡制度中的若干争议问题探析》，载《韶关学院学报（社会科学）》2010 年第 4 期，第 20—24 页。

[6] 关于各国的立法模式，典型的包括法国、瑞士和英美法国家采纳的婚姻当然终局消灭模式，日本与我国所采纳的婚姻当然非终局消灭主义，以及以德国法为代表的非当然消灭主义。上述立法的共同之处都在于，善意配偶再婚的行为都会导致前婚终局性消灭。然而意大利法规定，只要被宣告死亡人重新出现，都会导致原婚姻关系复活。有关上述各种立法模式的具体介绍，参见前注[2]，翟远见文，第 44—46 页。

[7] 类似的观点，参见张燕、仲伟珩：《论民法总则宣告死亡制度的规则冲突与解释适用》，载《中国应用法学》2018 年第 4 期。

[8] 支持抵销溯及力的学术观点，参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 710 页；许德风：《破产法论——解释与功能比较的视角》，北京大学出版社 2015 年版，第 461—462 页。反对抵销溯及力的观点，参见朱虎：《法定抵销溯及力理论的现代反思》，载《法学》2024 年第 4 期，第 95—109 页；张保华：《抵销溯及力质疑》，载《环球法律评论》2019 年第 2 期，第 101—116 页。

[9] 在《民法典合同编通则司法解释（一）》出台之前，法院判决基本支持抵销的溯及力。参见江西省高级人民法院（2018）赣民终 101 号民事判决书；四川省成都市中级人民法院（2020）川 01 民终 18294 号民事判决书；江苏省苏州市中级人民法院（2016）苏 05 民终 6795 号民事判决书。抵销具有溯及力的观点也得到了“九民纪要”第 40 条的肯定。尽管如此，仍有判决否定抵销的溯及力。参见贵州省黔东南苗族侗族自治州中级人民法院（2022）黔 26 民终 247 号民事判决书。

[10] 参见《民法典合同编通则司法解释（一）》第 55 条。

[11] 参见前注[7]，张燕、仲伟珩文，第 174—186 页。

[12] 前注[2]，翟远见文，第 49 页。

[13] 冯军、梁根林、黎宏主编：《中国刑法评注（第二版）》，北京大学出版社 2023 年版，第 2350 页。

[14] 有一些学者似乎就认为，宣告死亡判决不会影响被宣告死亡者重婚罪的认定，而无论其配偶是否再婚。参见李永安：《论宣告死亡对被宣告死亡人重婚罪的影响——反思宣告死亡刑法上的效力》，载《铁道警官高等专科学校学报》2010 年第 3 期，第 76—79 页；胡平：《浅析宣告死亡撤销时对婚姻关系的处理原则》，载《现代法学》1990 年第 4 期，第 73—76 页。另外，在我国台湾地区，尽管通说认为死亡宣告判决撤销后，若善意配偶已再婚的，旧婚并不恢复，但也有学者认为，旧婚依然溯及既往地恢复，只不过在此种场合善意配偶免受重婚罪的追究。由此得出的结论是，若被宣告死亡者在配偶再婚后与他人结婚的，依然可以构成重婚罪，并不存在免责事由。参见吴从周：《法律上的死而复活——死亡宣告之撤销及其效力》，载《月旦法学教室》2009 年第 4 期，第 30—38 页。

[15] 前注[2]，翟远见文，第 50 页。

[16] 有学者认为，此种情况下不构成重婚。参见潘运华：《宣告死亡制度中的婚姻关系》，载《郑州航空工业管理学院学报（社会科学版）》2009 年第 2 期，第 153—155 页。

[17] 前注[2]，翟远见文，第 56 页。

[18] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典总则编解读》，中国法制出版社 2020 年版，第 146—148 页。

[19] 参见前注[2]，翟远见文，第 54 页。

[20] 类似观点，参见尹田：《论宣告失踪与宣告死亡》，载《法学研究》2001 年第 6 期，第 84—99 页。

[21] 前注[2]，翟远见文，第 49 页。

[22] 前注[2]，翟远见文，第 52 页。

[23] 在《民法通则》时期，我们曾经对宣告死亡的申请人作出了严格的顺位安排，将配偶作为第一顺位的申请人，父母子女作为第二顺位，等等。但是《民法典》总则编第 47 条最终没有引入这一规则。从官方解释来看，其有意抛弃了先后顺位的规定。根本理由在于，有反对意见认为，“如果顺序在前的当事人不申请，则失踪人长期不能被宣告死亡，使得与其相关的法律关系长期不能稳定，如继承不能发生、遗产不能分割等，对利害关系人的利益损害很大，与法律规定宣告死亡制度的初衷相悖”。参见前注[18]，黄薇主编书，第 138—139 页。

[24] 此类情形在司法实践中也很常见。相关判决参见湖南省桂阳县人民法院(2017)湘 1021 民特 120 号湖南省桂阳县人民法院, (2017)湘 1021 民特 120 号民事判决书;江苏省宝应县人民法院(2019)苏 1023 民特 2 号民事判决书。

[25] 实际上曾有学者就主张, 在配偶反对死亡宣告的场合, 婚姻关系不受宣告影响, 继续存在。参见王利明主编:《中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编》, 法律出版社 2005 年版, 第 96—97 页。

[26] 参见大连市沙河口区人民法院(2015)沙民特字第 33 号民事判决书(死亡宣告判决作出一年后起诉法院要求离婚);广东省广州市中级人民法院(2021)粤 01 民终 21190 号二审民事判决书(九个月后退诉离婚);上海市徐汇区人民法院(2016)沪 0104 民初 17862 号民事判决书(撤销死亡判决不到一个月后双方协议离婚);山东省莒县人民法院(2017)鲁 1122 民初 1005 号民事判决书(重新出现后双方没有共同生活。一年半后配偶提出离婚)。

[27] 参见叶名怡:《夫妻债务的清偿顺序》,《法学研究》2023 年第 4 期, 第 74—92 页;张学军:《中国夫妻一方“个人债务”的责任财产之立法研究》, 载《当代法学》2019 年第 6 期, 第 3—13 页。

[28] 实践中就出现了抛妻弃子离家多年的丈夫, 由于妻子获得拆迁补偿款而回来, 主张共同财产分割的案例。参见湖北省武汉市汉阳区人民法院(2020)鄂 0105 民初 3987 号民事判决书。另有判决以配偶需要对离家十多年之久的被宣告死亡人提供住房保障为由, 拒绝其离婚申请。参见上海市卢湾区人民法院 (2009)卢民一(民)初字第 900 号民事判决书。

[29] 前注[2], 翟远见文, 第 53 页。

[30] 关于婚姻自由的含义, 参见冉克平:《论“婚姻家庭受国家保护”原则》, 载《法律科学(西北政法学报)》2024 年第 1 期, 第 180—191 页。

[31] 参见前注[2], 翟远见文, 第 55 页。

[32] 关于失踪人配偶的诉讼离婚权利,《民法典》第 1079 条第 4 款有明文规定。

[33] 前注[2], 翟远见文, 第 55 页。

[34] 前注[2], 翟远见文, 第 53 页。

[35] 前注[2], 翟远见文, 第 52—53 页。

[36] 例如前注[5], 朱庆育书, 第 395—397 页。

[37] 在此方面, 尹田老师提供了一个极佳的范本。其一方面认可我国法律所采用的“非终局当然消灭”的立场, 另一方面又认为配偶的善恶意将会影响到后婚的效力。足见两者之间并无必然的因果关系。参见前注[20], 尹田文, 第 84—99 页。

[38] 参见北京市第一中级人民法院(2005)一中刑终 00329 号刑事裁定书。

[39] 参见辽宁省大连市中级人民法院(2014)大民一终 767 号民事判决书。

[40] 如果现实中该比例过高, 那么需要修改的也是死亡宣告的实体和程序要件。由于宣告死亡对被告人来说产生极大的影响, 因此从出于对其保护的立场出发, 严格宣告死亡的认定标准。参见欧阳梦春:《从人权保护的视角考察宣告死亡制度》, 载《河北法学》2005 年第 8 期, 第 124—126 页。

[41] 根据笔者查阅的数据, 截至 2024 年 11 月 13 日, 北大法宝数据库中所收入的申请撤销自然人宣告死亡的判决书共 720 件, 而同一时间段宣告死亡的判决书为 31245 件。

[42] 参见彭诚信:《论民法典中的道德思维与法律思维》, 载《东方法学》2020 年第 4 期, 第 49—73 页。

[43] 即便在考虑善恶意的学者中, 也有人主张在配偶或者再婚伴侣中一人善意时, 后婚有效。相关观点, 参见前注[20], 尹田文, 第 84—99 页。

[44] 前注[2], 翟远见文, 第 58 页。

[45] 前注[2], 翟远见文, 第 59 页。

[46] 而这一结果恰恰是作者反对恶意配偶申请宣告死亡并通过结婚来消灭前婚时给出的主要理由。

[47] 目前一种有力的观点认为, 我国对于婚姻效力瑕疵的规定采用封闭式立法的模式, 因此重大误解并不能成为婚姻可撤销的事由。参见刘征峰:《家庭关系民法适用和续造的顺序》, 载《法学研究》2024 年第 1 期, 第 72—91 页;龙俊:《〈民法典〉中婚姻效力瑕疵的封闭性》, 载《社会科学辑刊》2022 年第 4 期, 第 68—78 页。

[48] 参见陕西省武功县人民法院(2023)陕 0431 民特 39 号民事判决书;上海市奉贤区人民法院(2021)沪 0120 民特 193 号民事判决书;上海市奉贤区人民法院(2021)沪 0120 民特 193 号民事判决书;上海市徐汇区人民法院(2016)沪 0104 民初 17862 号民事判决书。

[49] 参见江西省峡江县人民法院(2019)赣 0823 民特 1 号民事判决书。

[50] 参见上海市长宁区人民法院(2022)沪 0105 民特 125 号民事判决书;福建省厦门市同安区人民法院(2021)闽 0212 民特 281 号民事判决书;福建省厦门市同安区人民法院(2021)闽 0212 民特 281 号民事判决书;江苏省邳州市人民法院(2019)苏 0382 民特 11 号民事判决书;陕西省蓝田县人民法院(2019)陕 0122 民特 11 号民事判决书。

[51] 参见四川省内江市东兴区人民法院(2023)川 1011 民特 20 号民事判决书;大连市西岗区人民法院(2021)辽 0203 民特 11 号民事判决书;重庆市万州区人民法院(2018)渝 0101 民特 221 号民事判决书;重庆市江津区人民法院(2016)渝 0116 民特 181 号民事判决书;湖南省石门县人民法院(2021)湘 0726 民特 2 号民事判决书。

[52] 参见广东省佛山市南海区人民法院(2019)粤 0605 民特 331 号民事判决书;江苏省常熟市人民法院(2020)苏 0581 民特 31 号民事判决书;江苏省张家港市人民法院(2022)苏 0582 民特 78 号民事判决书;重庆市忠县人民法院(2023)渝 0233 民特 10 号民事判决书。

[53] 参见重庆市万州区人民法院(2018)渝 0101 民特 238 号民事判决书;江西省万安县人民法院(2018)赣 0828 民特 2 号民事判决书;宁波市北仑区人民法院(2019)浙 0206 民特 462 号民事判决书。

[54] 参见前注[5], 朱庆育书, 第 395—397 页。

[55] 参见《民法典》第 149 条和第 150 条的规定。

[56] 在比较法的语境中, 这种区分的正当性也并非显而易见。例如在 DCFR 第 II—7:208 条中就采用了统一规制的模式, 而未对第三人胁迫与第三人欺诈作出区分规制。近年来, 学界也有主张就第三人胁迫与第三人欺诈作统一规定。参见冉克平:《论因第三人欺诈或胁迫而订立合同的效力》, 载《法学论坛》2012 年第 4 期, 第 109—115 页;薛军:《第三人欺诈与第三人胁迫》, 载《法学研究》2011 年第 1 期, 第 58—67 页。

[57] 非但配偶不一定愿意恢复婚姻关系, 被宣告死亡人也未必愿意。实践中不少当事人在撤销死亡判决后, 主动提起离婚之诉, 即为明证。参见上海市虹口区人民法院(2019)沪 0109 民特 584 号民事判决书;江苏省泰州市中级人民法院(2015)泰中民终字第 00647 号二审民事判决

书;重庆市江北区人民法院(2015)江 法少民初字第 00029 号民事判决书;广东省翁源县人民法院(2014)韶翁法民一初字第 418 号民事判决书。

[58] 张谷教授曾在《徘徊于死与未死之间》一文中对该条规定的弊端有一段非常精彩的表述:“本条第二句原本隐含生存配偶应具有恢复婚姻关系的意思, 不过, 立法的这层本意, 太过于隐晦, 太不显豁了, 以至于但书的两种例外, 无法包举一切‘恢复婚姻关系意思欠缺’的情形。比如, 甲为躲避赌债, 远走他乡, 后被宣告死亡。妻子乙照顾老人孩子。隔壁邻居丙对乙, 竭尽全力, 时相接济, 两人日久生情。但为了孩子, 乙隐忍感情。现在孩子成人, 考入大学, 乙丙终于可以谈婚论嫁。就在乙即将重披婚纱之时, 甲忽然出现。乙欲再嫁尚未嫁, 难谓其对甲还是一往情深。但依民法总则第五十一条之文义, 全然置乙丙感情和意愿于不顾, 只要乙未以书面, 声明不欲恢复(凭什么课加乙以声明之‘义务’呢?), 边令甲乙恢复婚姻关系, 不平之甚, 恐怕莫过于此吧!”然而令人费解的是, 作者最终给出的解决方案, 却是参考德国的立法, 仅仅赋予配偶再婚的自由:“死亡宣告, 牵涉诸多利益, 立法者只要秉承‘私人自治’的理念, 执两用中, 赋予死亡宣告者的配偶有再婚自由, 于其再婚时, 由于恩断义绝, 令原来的婚姻消灭即可。一切弊端, 皆可四两拨千斤, 逐一化解。”<https://www.s0hu.COM/a/203264383-657048>(最后访问日期:2024 年 11 月 14 日)。然而若采用这一结论, 作者在文中所指责的现象依然无法得到救济。或许是因为该规则源出于德国法, 使其徒增一层迷惑的光环。

[59] 类似观点, 参见前注[5], 雷群安文, 第 20—24 页;许冰梅、陆伟丰:《论宣告死亡及死亡宣告被撤销的法律后果》, 载《中央政法管理干部学院学报》1999 年第 2 期, 第 31—33 页。

[60] 被宣告死亡人已经死亡的, 并不影响对死亡宣告判决予以撤销。这主要针对死亡宣告判决所确定的死亡时间与当事人真实的死亡时间不同的场合。参见吉林省延吉市人民法院(2024)吉 2401 民特 26 号民事判决书。

[61] 有学者似乎认为, 让婚姻关系在宣告死亡判决作出到撤销之间出现真空期, 当然地构成一种瑕疵。参见杨代雄:《民法总论》, 北京大学出版社 2022 年版, 第 109 页。但至少财产法的领域, 这种观点未必成立。

[62] 实际上，无论是“王艳案”还是“曹某重婚案”，都属于配偶通过伪造事实，恶意骗取死亡宣告的情形。

责任编辑|尚连杰
编辑|余 源

政治与法律 | 刘凝：情事变更视角下彩礼返还规则的重构

原创：2025-05-19 政治与法律编辑部 刘凝

<https://mp.weixin.qq.com/s/e4kwgt3R1AjIffwuTwUcw>



刘凝

北京大学国际法学院助理研究员、法学博士

摘要：法律规范、学理与司法实践关于彩礼返还问题存在明显分歧。既有研究提出的附解除条件的赠与说与目的不达的不当得利说均有不足。前者有违当事人意思，后者存在类似问题且适用范围有限。在技术层面，解决彩礼返还纠纷应当参照适用《中华人民共和国民法典》第 533 条第 1 款规定的情事变更规则，情事变更发生在彩礼给付完成后及给付方存在可归责性均不足以排除该规则适用。彩礼返还请求权的成立要件应当以当事人是否长期共同生活为核心，当事人未办理结婚登记或者给付彩礼导致生活困难均非充分条件。司法实践确定彩礼返还范围时主要考虑四项因素

——共同生活时长、子女生育情况、当事人过错以及彩礼使用情况。

关键词：彩礼返还；参照适用；情事变更；长期共同生活

目 次

- 一、问题的提出
- 二、对既有主流学说的检讨
 - （一）条件说有违当事人意思
 - （二）目的不达说同样有违当事人意思且适用范围有限
- 三、解决彩礼返还纠纷应当参照适用情事变更规则
 - （一）参照适用情事变更规则的法学方法论基础
 - （二）已经完成彩礼给付不排斥参照适用情事变更规则
 - （三）给付方具有可归责性亦不排斥参照适用情事变更规则
- 四、彩礼返还请求权的成立要件
 - （一）关于彩礼返还请求权成立要件的争议
 - （二）以“是否长期共同生活”为核心
- 五、彩礼返还的范围
 - （一）共同生活时长
 - （二）子女生育情况
 - （三）当事人过错
 - （四）彩礼使用情况
 - （五）各项考量因素的定位与关系
- 六、结论

一、问题的提出

一方在缔结婚姻关系前向另一方（通常是男方向女方）给予金钱、实物等彩礼的做法可谓古已有之。时至今日，尽管社会管理层面不断采取措施打击“高彩礼”、提倡“低彩礼、零彩礼”，但在可预见的时间范围内，彩礼仍会是男女双方家庭在结婚前重点商讨的事项。司法实践中亦不乏因彩礼而引发的纠纷，特别是给付彩礼一方能否请求对方返还彩礼。仔细观察不难发现，法律规范、学理与司法实践关于如何处理彩礼返还问题存在明显分歧，该分歧不仅反映国家法（以及政策）与民间习惯之间的紧张关系，而且体现了现有理论与民众日常生活观念的背离。

具体而言，实证法上关于彩礼返还的规定首先是《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）》（法释〔2020〕22号，以下简称《婚姻家庭编解释一》）第5条，在满足该条第1款任何一项时，给付方可以请求对方返还彩礼（后两项须以双方离婚为前提）。相应地，许多研究认为彩礼给付关系属于附条件赠与合同，司法解释规定的各项事由即是合同的解除条件。按此思路，应否返还彩礼取决于是否存在《婚姻家庭编解释一》第5条第1款规定的三种情形。并且，至少根据该条文义，法院无权就彩礼返还范围进行个案裁量。

但观察司法实践不难发现，法院在处理相关纠纷时考虑的因素并未限于《婚姻家庭编解释一》第5条第1款的规定，诸如当事人是否存在过错、婚姻维持时间长短、是否育有子女、彩礼的使用情况等同样影响最终裁判结果。至于彩礼返还范围，法院也不认可附解除条件赠与合同说所对应的“全有全无模式”，根据个案情况调整返还数额甚至设定返还比例的做法颇为常见。就结果而言，这些背离法律规范文义的裁判似乎更符合人们的道德直觉。相较而言，反倒是《婚姻家庭编解释一》第5条在内容上显得不够全面，由此不难

理解为何有学者强调彩礼的法律定性要符合中国人的生活之理。

或许是意识到上述问题，新近颁布的《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》（法释〔2024〕1号，以下简称《彩礼规定》）第5条第1款和第6条一方面规定彩礼返还范围的认定应当综合考虑彩礼的实际使用（及嫁妆）情况、数额、共同生活及孕育情况、双方过错等因素，另一方面还在《婚姻家庭编解释一》第5条的基础上承认了两项例外规则，即已经办理结婚登记但共同生活时间较短同样可能需要返还彩礼，以及未办理结婚登记但已共同生活可能无须返还彩礼。

然而，《彩礼规定》不仅未能在根本上化解相关争议，而且加剧了彩礼返还问题的复杂性。除了上述各种综合考虑因素的解释以及正当性基础，结婚登记与共同生活这两项核心标准的关系也因该规定而变得更为复杂。有鉴于此，本文旨在重构彩礼返还规则。行文上，首先，检讨既有研究中的主流学说，指出其中存在的问题；其次，论证彩礼返还纠纷应当参照适用《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第533条第1款的情事变更规则；再次，阐述彩礼返还请求权的成立要件以及如何确定返还范围。最后是全文结论。

二、对既有主流学说的检讨

既有关于彩礼返还问题的主流学说主要包括附解除条件的赠与说（以下简称条件说）与目的不达的不当得利说（以下简称目的不达说），以下分别检讨这两种学说。

（一）条件说有违当事人意思

前已述及，条件说认为彩礼给付关系属于赠与合同，该合同以法定的彩礼返还事由为解除条件，条件一旦成就赠与合同即失效，给付方可以请求返还彩礼。在赠与合同关系中，已经履行义务的赠与人原则上既无法行使任意撤销权也不得

请求受赠人返还，通过将当事人主观上看重的因素解释为条件并影响赠与合同的效力，条件说很好地解释了在双方未能登记结婚等情形下给付方为何享有彩礼返还请求权。

但该说的不足同样较为明显。一方面，由于条件的内容限于法定的彩礼返还事由，而相关规范包含的事由较为有限，条件说难以回应司法实践中将规范文义外的其他因素纳入考量的做法，只能寄希望于不断修订法律增加返还事由。最高人民法院在《婚姻家庭编解释一》生效后不到两年便需要专门颁布《彩礼规定》并广泛列举各种考量因素即是最为直观的说明。另一方面，由于解除条件成就导致法律行为整体失效，给付方因而可以请求返还全部彩礼，由此形成的“全有全无模式”在法律效果上过于刚性，与司法实践和日常生活观念相冲突，亦无法解释《彩礼规定》第 5 条第 1 款与第 6 条规定多种考量因素的做法。

当然，支持条件说的观点可能会提出以下反驳。其一，法定的返还事由属于条件并不意味着条件仅限于法律规定，当事人在法律规定之外可以约定其他条件，法院也可以对赠与合同进行补充性解释以避免考虑因素有限的问题。比较法上亦有类似观点，例如，关于已经订婚的情侣之间赠与的礼物是否需要返还，英国法认为这主要取决于当事人之间是否存在未能结婚便应返还的明示或默示约定。其二，彩礼返还范围的问题亦可通过合同解释实现弹性化，并不必然按照“全有全无模式”处理。假设某地习俗非常看重婚礼，只要完成婚礼，女方最多只需返还一半彩礼。虽然当事人从未在赠与合同中明示约定与婚礼相关的内容，但法院在处理该地的彩礼返还纠纷时可以认定赠与合同中存在与前述习俗对应的默示约定。所以，通过解释赠与合同可以回应返还事由有限与法律效果过于刚性的质疑。

然而，上述反驳只能在一定程度上化解条件说存在的问题，难以在根本上回应针对该说的批评。

第一，通常认为，在作出附条件的意思表示时，表意人内心对于被设置为条件的情事是否会发生或多或少是不确定的，而给付彩礼时的真实意思更接近于后文将详细论述的行为基础，即当事人将某一情事的存续或在将来出现视为理所当然，以至于将行为建立在他们看来确定的基础之上。以双方办理结婚登记但未共同生活为例，如果认为这属于当事人约定的条件，给付彩礼时作出赠与合同的要约便应当被解释为“我愿意将彩礼赠与你，但如果登记结婚后未共同生活，你应当返还（至少一部分）彩礼”。相反，如果解释为行为基础，则有关何种情况下应当返还彩礼的考虑并不属于赠与合同要约的一部分，该要约仅仅是“我愿意将彩礼赠与你”，但背后隐含了双方之后将会缔结婚姻并长期共同生活的预期。

比较上述两种解释方案可见，更为契合当事人真实意思的应当是第二种。诚如有研究所言，即将步入婚姻关系的当事人对于婚姻往往抱有理想化的期待，他们相信婚姻将顺利地运行，认为没有必要在婚前或者婚姻关系中对个体权利斤斤计较，甚至认为这些考虑可能会破坏彼此之间的感情。实际上，即使给付方考虑到将来可能出现彩礼返还的问题，也很难认为其会（或者说是敢于）在给付彩礼的场合表达出此种意思。有鉴于此，条件说在教义学上是否成立本就值得商榷。

第二，并非所有的案件都存在充足的合同解释资源。在地方习俗等外部解释资源不足时，考虑到给付方在给付彩礼时大多对婚姻存续抱有信心，且缺乏充分预见未来各种情事变化的能力，如果将诸多当事人未必考虑过甚至与其意思相反的因素视作条件，与其说是解释合同，倒不如说是法院基于结果合理性的考虑为当事人拟制了条件。一旦承认彩礼返还问题的核心是法律判断而非完全在于探求当事人真意，倒不如直接按照后文所述的参照情事变更规则处理，以免被质疑过度拟制当事人真意，违反合同解释的基本立场。

（二）目的不达说同样有违当事人意思且适用范围有限

与条件说相对，新近研究提倡的目的不达说认为不应将彩礼给付解释为履行赠与合同，甚至应该完全放弃赠与合同的法律构造。详言之，登记结婚、共同生活等与合同的解除条件无关，而是给付方给付彩礼的目的，彩礼给付因而构成所谓的目的性给付（*datio ob rem*）。在满足法定的返还事由时，由于给付目的未能实现，给付方可以主张目的不达的不当得利返还请求权。与条件说相比，目的不达说关于给付彩礼时的意思并不包含解除条件的理解更为准确，但也存在三点不足。

第一，承认目的不达说的实益有限，就此不妨观察条件说之下解除条件成就后的法律效果。如果在物权变动模式上承认无因性，赠与合同因为解除条件成就而失效，但不影响已经完成的物权变动，给付方本就仅能主张不当得利返还请求权（给付原因嗣后消灭）。即使采纳有因性或者不承认物权行为，解除条件成就后，已经完成的物权变动因缺乏法律原因而回复，给付方可以主张所有物返还请求权，同时也存在与之竞合的不当得利返还请求权。如果原物返还不能，更是需要借助不当得利请求价值返还。可见，条件说本就可以容纳不当得利返还的构造。鉴于给付原因嗣后消灭型不当得利和目的不达型不当得利在法律效果上并无实质差异，另立目的不达说的意义便更为有限。

第二，目的不达说放弃赠与合同的构造值得商榷。根据该说，即使双方当事人之间不存在原因关系也可以变动彩礼的所有权。可见，该说以承认物权变动的无因性为前提。然而，中国法上就此问题素有分歧，是否认可物权行为都尚且存在争议。考虑到这一点，采纳目的不达说的论证负担是相当重的。此外，放弃赠与合同的构造将难以解释实践中的一些特殊问题，例如一方向另

一方出具“彩礼欠条”。此时，双方当事人存在缔结赠与合同并创设债权债务关系的合意，后续的彩礼给付难以解释为目的性给付。

第三，目的不达说同样存在法律效果过于刚性的问题。不当得利的返还对象是得利人所获利益，具体到彩礼返还上便是受领方获得的全部彩礼。不当得利法上能够用来调整返还内容的规则仅限于《民法典》第 986 条的善意得利人得利丧失抗辩，难以涵盖司法实践中确定返还范围时考虑的诸多因素。尽管有观点提出解释当事人的给付目的可以容纳这些因素，但鉴于当事人在给付彩礼时难以预见未来的情事变化，目的不达说同样有过度拟制当事人意思之嫌。例如，假设订婚时双方均同意婚后不生育，但在婚后因意外导致女方怀孕而后流产或生下孩子，离婚时男方要求女方返还彩礼。就此种情形而言，生育子女并不属于男方给付彩礼时的给付目的，但从生活观念出发还是基于现行法秉持的保护女性利益的立场，恐怕很难认为该因素对于彩礼返还范围没有任何影响。

综上所述，条件说与目的不达说在解释彩礼返还问题时均有不足，两种学说的不足也有相似之处。一方面，在解释当事人意思表示时，尽管在具体观点上有所不同，但都存在过度拟制当事人意思的问题。另一方面，由于认为彩礼返还请求权本质上是一种不当得利返还请求权，因而受限于不当得利相关规则的制约，法律效果过于刚性，难以容纳司法裁判纳入考量且被日常生活观念所接受的诸项因素。

三、解决彩礼返还纠纷应当参照适用情事变更规则

鉴于条件说和目的不达说均有不足，因而有必要转换思路，提出弥合规范、理论与实践分歧的新方案。本文认为，在承认彩礼给付关系为特别赠与合同的基础上，应当参照适用《民法典》第 533 条第 1 款规定的情事变更规则解决彩礼返还

纠纷。问题在于，彩礼属于婚姻家庭法范畴，而《民法典》第 533 条第 1 款隶属于合同编，该款为何可以适用于彩礼返还纠纷？彩礼返还纠纷的案件事实与《民法典》第 533 条第 1 款调整的情形具有何种相似性，二者之间的差异可能引发的问题又应通过何种方式化解？

（一）参照适用情事变更规则的法学方法论基础

婚姻家庭领域参照适用合同编规则的依据在于《民法典》第 464 条第 2 款确立的概括性参照适用规范，根据该款，婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议首先应当适用有关该身份关系的法律规定，在没有规定时可以依其性质参照适用合同编的规定。相应地，婚姻家庭法领域的协议参照适用合同编规则应满足以下要求：该协议为有关身份关系的协议；关于该种身份关系协议的规定中对于待决问题缺乏明确规定；该协议的性质决定其可以参照适用合同编的规定。以下分述之。

第一，关于何为有关身份关系的协议，学理上一般认为协议内容不必仅具有身份法的属性，除了纯粹以变动身份法律关系为内容的协议外，还包括基于身份关系发生的与财产相关的协议。所谓基于身份关系，不限于当事人订立协议时已经存在某种身份关系，如果对于在将来建立身份关系存在共同预期，同样属于基于身份关系，否则可能造成法律评价矛盾。例如，如果要求订立协议时必须具有身份关系，则难以解释夫妻在婚前订立的财产协议与婚姻存续期间的财产协议为何均有效。

就彩礼给付而言，当事人作出给付的原因在于双方之间的赠与合同，但在理解此种赠与关系时不能只关注财产利益，还应当意识到双方以缔结婚姻关系、在未来长期共同生活为基础。考虑到此种赠与合同在内容上融合了财产性因素和人身性因素，便不应因给付彩礼未直接引发身份关系的变动或者双方尚不存在身份关系而认为其不属于有关身份关系的协议。与把赠与彩礼的合同

认定为一般的赠与合同进而直接适用《民法典》合同编有关赠与合同的规则相比，更为妥当的立场是认为其构成一种特别的、以结婚为行为基础的赠与。相应地，彩礼返还纠纷一方面可以参照适用合同编的规则，另一方面也需要判断应否修正被参照适用规范的构成要件与法律效果。

第二，从形式上看，现行法已经在司法解释中规定了彩礼返还问题，看似并不满足“缺乏明确规定”的要求。然而，司法解释中虽然列举了彩礼返还条件与返还范围，但就彩礼返还请求权的实体法效果仍然欠缺充分说明，因而有必要通过参照适用合同编的规则予以补充。例如，关于彩礼返还请求权的性质，仅从现有规范无法确定究竟是不当得利返还请求权还是赠与合同解除后的法定返还请求权。再如，《婚姻家庭编解释一》第 5 条第 1 款列举的三项事由是否都足以产生彩礼返还请求权也存在疑问（详见后文）。

此外，根据《中华人民共和国立法法》第 119 条第 1 款，司法解释应针对具体条文作出。由于《民法典》在婚姻家庭编中并未提及彩礼，如果必须为相关司法解释寻得《民法典》层面可能的依据（被解释的对象），第 533 条第 1 款反而是更合适的选择。换言之，可以将司法解释中关于彩礼返还的各项规定理解为在情事变更规则的框架下明确彩礼给付的行为基础以及行为基础何时丧失。此种解释思路于比较法上亦不乏例证，除前述提及的《德国民法典》第 313 条外，《欧洲示范民法典草案》（Draft Common Frame of Reference）第 IV. H-4:203 条规定了赠与合同中基于情事变更的撤销权，官方释义书在解释该条时将订婚戒指与类似礼物的返还作为适用该条的典型案型。

第三，参照适用的核心是相似性判断，即待决案件事实与被参照适用规范所调整的对象是否类似。所以，赠与彩礼的合同能否依其性质参照适用《民法典》第 533 条第 1 款取决于彩礼返还纠纷的案件事实与该款调整的情形是否具有相似性。

参考该款文义与学理见解，其构成要件包括以下要素：存在情事变更的事实；情事变更发生在合同成立后、履行完毕前；情事变更的发生不可归责于合同当事人；当事人在缔约时不可预见情事变更；情事变更导致继续履行原合同对于一方当事人明显不公平。对于给付方而言，其给付彩礼是因为主观上预设双方在此之后将会缔结婚姻关系并长期共同生活。如前所述，此种认识并非给付彩礼的条件，而是当事人给付的行为基础，即当事人是基于此种设想或预期作出给付。

或有质疑，情事变更规则在本质上也是拟制当事人意思，如果认为条件说与目的不达说存在过度拟制当事人意思的问题，类似的批评意见同样适用于参照适用情事变更的方案。此种质疑确有一定道理，但前提是认为情事变更规则属于合同内容的补充规范。然而，一方面，该说并非我国学理的主流见解，在比较法上亦属少数说或已被其他学说取代；另一方面，该说与我国实证法存在一定冲突。根据《民法典》第 533 条第 2 款，法院变更或解除合同所依据的是公平原则，如果情事变更制度旨在补充当事人意思，则难以解释法院为何要依据公平原则而非其他更为契合当事人意思的方式裁判。所以，对于情事变更制度更为准确的理解应是在合同自由的基础上实现实质正义。明确此种定位的意义还在于，法院在处理彩礼返还纠纷时虽然不应忽视当事人可能的意思，但在个案中就是否返还以及返还范围的问题仍可依据公平原则予以调整。

此外，尽管给付彩礼后未能结婚或离婚的情况并非鲜见，但对于身处具体场景的当事人而言，对于未来共同生活的乐观估计会导致其无法准确评估风险。诚如波斯纳所言，一对夫妻离婚的概率是无法在其结婚时计算出来的。所以，如果认为双方未能结婚或嗣后离婚时一概不应调整赠与合同的内容，对于给付方而言并不公平（尤其是未能缔结婚姻且未共同生活时）。可见，彩礼返还纠纷所涉及的情形与《民法典》第 533 条第 1 款

的第 1 项、第 4 项、第 5 项构成要件要素均较为符合。

相比之下有待详细论证的是第 2 项、第 3 项构成要件要素。一方面，彩礼返还纠纷中绝大部分的请求人已经给付全部彩礼，《民法典》第 533 条第 1 款是否因为情事变更发生在义务履行完毕而无法适用。另一方面，当给付方对于未能结婚或者嗣后离婚具有可归责性时还能否主张参照适用《民法典》第 533 条第 1 款。

（二）已经完成彩礼给付不排斥参照适用情事变更规则

关于“情事变更发生在合同成立后、履行完毕前”应否作为情事变更的构成要件要素，学理上长期存在争议。本文认为，“合同成立后”的限制并无问题，因为合同成立前情事变化主要涉及当事人缔约时是否存在错误认识，就此可以交由重大误解制度处理。相较而言，“履行完毕前”的限制难言合理。支持该限制的观点通常认为，合同义务因为履行完毕而消灭，之后的情事变更与合同履行无关。然而，当事人缔结合同的行为基础完全可能延续至履行之后，例如给付内容需要通过一定期限发挥效用或者合同履行完毕后的特定情况构成当事人缔约时预期实现的目的。所以，正如后合同义务的违反（Verletzung nachvertraglicher Pflichten）仍能影响已经履行合同之目的，义务履行后的情事变化也可能造成对一方明显不公平的结果，因而有必要适用情事变更规则。

在涉及亲密关系的财产给与中，义务履行完毕后仍然可能发生情事变更体现得尤为明显。亲密关系之下，给付方预设的往往是双方至少在之后的一段时期内保持亲密关系，如果动辄因为义务履行完毕而否定情事变更规则的适用，不仅在利益平衡上难言合理，而且可能抑制亲密关系主体之间的赠与行为。所以，无论是从情事变更一般理论的角度还是从彩礼返还问题的特殊性出发，

均不宜将“情事变更发生在合同成立后、履行完毕前”作为参照适用《民法典》第 533 条第 1 款的前提。

（三）给付方具有可归责性亦不排斥参照适用情事变更规则

在彩礼返还纠纷中，给付方的可归责性是指因为该方原因未能结婚或嗣后离婚。前者通常体现为给付方不愿与对方结婚，后者例如已经结婚后给付方存在不当行为导致对方提出离婚。实际上，这一点对于前文提及的条件说和目的不达说同样构成挑战。在条件说之下，尽管给付方可以在解除条件成就后请求返还彩礼，但根据《民法典》第 159 条，如果其不正当促成条件成就则无法请求返还。而在目的不达说之下，给付方以有违诚信的方式造成给付目的无法实现同样不得主张不当得利返还。

如果严格遵循情事变更规则的构成要件，给付方存在可归责性时自然不能请求返还彩礼。在支持以情事变更制度解释亲密关系中赠与财产返还的研究中，也有学者持此见解。此外，还有类似观点主张彩礼返还应当尊重我国的历史传统，男方毁约后原则上不能请求返还彩礼，女方毁约则必须返还彩礼。如果追溯彩礼的历史，这一观点确有依据。根据《唐律》，男方悔婚的不得请求返还彩礼。明清时期的户婚律中也有类似规定，《大明律·户婚》更是规定女方悔婚导致男方不愿再与其结婚的须双倍返还彩礼。

但本文认为，一旦给付方存在可归责性便完全排除彩礼返还请求权的做法并不合理。并且，参照适用本就不同于直接适用，法院需要考虑婚姻法秉持的价值理念和法政策目标，不宜直接套用财产法的逻辑。基于亲密关系的特殊性，如果给付方放弃结婚或提出离婚是因为对方存在不当行为，此时自然不应排除情事变更规则的适用。如果是因为双方共同的行为导致未能结婚或者离婚，则本就无法认定某一方存在可归责性。即使

是典型的给付方可归责情形（例如移情别恋），也不应直接排除情事变更规则的参照适用。

上述立场的正当性基础包括三方面。第一，历史上的婚姻法之所以将当事人是否具有可归责性作为能否请求返还彩礼的关键因素，主要是为了保障婚约的强制履行。但在现代法上，出于对婚姻自由的保护，即使当事人已经订立婚约亦不具有请求强制履行的效力，任何一方都可以放弃结婚。此种观念变迁从违反婚约法律效果的差异也可可见一斑。在前述规定毁约即不得请求返还彩礼或必须退还彩礼的时期，违反婚约一方除民事责任还可能承担刑事责任。而在现代法上，不仅刑事责任已经“退场”，而且即使是民事责任也被限定在极其有限的范围内——主要保护信赖利益，不承认履行利益的损害赔偿。

第二，考虑到彩礼给付的现实情况，也不宜因给付方具有可归责性就一概排除彩礼返还请求权。尽管其他法域中也存在彩礼或类似做法，但相较而言，中国社会中彩礼的平均价值以及涉及彩礼给付的婚姻占总体婚姻的比例更高，给付方甚至可能因此负担高额债务。在此种现实背景下，如果认为给付方具有可归责性便不得请求返还任何彩礼，可能导致其在相当长的时间内缺乏资金另行建立婚姻关系，不仅会在实质上限制给付方的婚姻自由，而且容易引发当事人的激烈冲突，甚至酿成恶性刑事案件。

第三，现有的法律制度对于给付方具有可归责性的情形并非“无动于衷”，而是为受领方提供了一定保护，完全排除彩礼返还请求权有过度保护后者之嫌。具体而言，《民法典》已经就给付方可能实施的不当行为给出消极评价，尤其是双方结婚后因为可归责于给付方的原因导致离婚。如果给付方存在《民法典》第 1091 条规定的不当行为，相对方可以在提出离婚时请求损害赔偿。至于该条保护范围之外的情形，法院可以在分割共同财产（《民法典》1087 条第 1 款）时保护相对方的利益。更重要的是，给付方具有可归责性

时仍然享有彩礼返还请求权并不意味着可归责性这一因素不具有任何规范意义，在确定彩礼返还范围时可以将其纳入考虑，亦与司法实践的立场相契合。

综上所述，彩礼返还纠纷参照适用《民法典》第 533 条第 1 款的情事变更规则既符合法学方法论的要求，也具有实质合理性，已经完成彩礼给付以及给付方具有可归责性均不足以排除该款的参照适用。以此为前提，后文分别从彩礼返还请求权的成立要件与返还范围重构彩礼返还规则。

四、彩礼返还请求权的成立要件

（一）关于彩礼返还请求权成立要件的争议

由于《婚姻家庭编解释一》第 5 条第 1 款分三项规定可以请求返还彩礼的情形，根据文义自然应当认为这三项规定分别对应于三种类型的成立要件，亦即这三项规定的内容均构成彩礼给付的行为基础，在满足任一情形时均存在行为基础的丧失（至少部分丧失），给付方进而可以请求对方返还彩礼（至少部分返还）。

然而，问题并非如此简单。一方面，如果仅看《婚姻家庭编解释一》第 5 条第 1 款第 1 项的文义，双方未办理结婚登记时受领方至少应当部分返还彩礼。但有不少裁判在双方虽未办理结婚登记但已经长期共同生活时完全驳回彩礼返还请求，理由在于长期共同生活意味着给付彩礼的目的已经实现（部分案件还考虑了其他因素）。换言之，长期共同生活这一事实本身即足以排除彩礼返还请求权（特别是共同生活时长超过三年时）。最高人民法院也意识到了此种案型的特殊性，早在《全国民事审判工作会议纪要》（法办〔2011〕442 号）第 50 条中就专门进行规定，该条的立场也延续至《彩礼规定》第 6 条，从“是否返还及返还数额”的表述可见，即使未办理结婚登记受领方也可能无须返还任何彩礼。学理上就此也存在分歧。有观点认为登记结婚和共同生活分别构成婚姻关系

在法律上的形式要件与事实上的实质内容，缺少任何一项时均可产生彩礼返还请求权（至少部分返还），二者均满足时才能排除彩礼返还请求权。反对意见则认为，长期共同生活在事实上即可证明女方对于结婚目的的追求，双方共同生活达到一定期限之后应当排除彩礼返还请求权。并且，此类案件中女方收取的彩礼大多已经转化为共同财产或用于共同生活，仅因缺少结婚登记便要求返还彩礼难言公平。另一方面，理论上关于《婚姻家庭编解释一》第 5 条第 1 款第 3 项也不乏反思。有观点提出，尽管该规则旨在保护经济上的弱者，但在彩礼给付的目的已经实现时，仅凭保护弱者的法政策考虑难以证成此种彩礼返还事由。对于本文提倡的参照适用情事变更规则方案而言，该规定尤为值得关注。如果给付方生活条件本就一般，因为给付彩礼而陷入生活困难似乎不难预见，由此引发的质疑是情事变更制度能否解释此类彩礼返还事由。

（二）以“是否长期共同生活”为核心

上述两方面争议的实质在于如何认定给付彩礼的行为基础，本文认为应当以双方是否长期共同生活为核心，只要满足该要求便不当支持返还彩礼请求。相应地，彩礼返还请求权的成立要件仅包括“给付方按照习俗给付彩礼”以及“双方未长期共同生活”两项要素。所以，即使当事人未办理结婚登记或者给付方因为给付彩礼陷入生活困难，也可能不发生任何彩礼返还请求权。换言之，应当对《婚姻家庭编解释一》第 5 条第 1 款第 1 项、第 3 项进行目的性限缩解释，适用这两项以双方当事人未长期共同生活为前提。以下详述之。

1. 未办理结婚登记并非独立的成立要件

首先需要明确，除非满足《婚姻家庭编解释一》第 7 条的规定，否则未办理结婚登记的当事人之间无论如何均不存在法律意义上的夫妻关系，亦即长期共同生活不具有补正结婚登记的效力。

在此基础上，本文仍然坚持双方长期共同生活作为核心标准的理由在于其构成婚姻的本质内容。

诚然，身处现代社会婚姻法律制度所构建的环境中，很难想象彩礼给付的当事人会认为结婚登记是无关紧要的。但是，双方始终未办理结婚登记这一事实本身也足以在一定程度上说明当事人对于婚姻的核心期待并不在于登记这一形式。相比之下更为重要的可能是举办婚礼以及共同生活，在此之后，女方即被认为“嫁给男方”或双方成为“一家人”，由此形成的同居关系的特殊性在于当事人在主观上均认为自己已经结婚，且基于此种认知共同生活。所以，任何一方在关系正常存续时均缺乏补办结婚登记的动力，突然提出补办登记反倒可能引发对方对于亲密关系是否出现危机的怀疑。此外，随着双方共同生活时长的累积，结婚登记这一形式在当事人主观层面的重要性也会不断衰减。实践中促使当事人补办结婚登记的动力绝非补正“婚姻的瑕疵”，办理准生证、生育登记等一系列在现行社会管理体制下缺乏法律上有效的婚姻关系则不易或者无法完成的手续才是关键。

在更一般性的意义上，尽管现代法上通常将结婚登记作为婚姻关系的生效时点，但这并不意味着登记构成婚姻的本质内容。《婚姻家庭编解释一》第 6 条也规定，补办结婚登记的，婚姻关系的效力从双方均符合民法典所规定的结婚实质要件时起算。可见，登记并非结婚的实质要件。实际上，现代法之所以选择结婚登记作为婚姻关系生效的标志，并非因为其符合人们对于婚姻的本质理解，而主要是出于国家行政管理 and 信息公示（尤其是对第三人证明婚姻关系）便利的考虑。

退一步说，即使承认结婚登记构成给付彩礼的行为基础，也不应当仅因为缺乏登记就适用情事变更规则。前已述及，该规则的适用须考虑继续履行原合同对于当事人是否明显不公平，如果行为基础的丧失并未造成明显不公便不应适用。考虑到正常的婚姻关系也可能在一段时间后因为

离婚而结束，在双方共同生活时间较长时，维持原本的彩礼给付关系并无不公。如果在价值判断上难以接受此种观点，不妨对比以下两例：其一，双方办理结婚登记，婚后关系不睦，共同生活三年后离婚；其二，双方因结婚年龄限制未办理登记便共同生活，同居期间关系和睦、育有子女，共同生活十年后女方因病离世。

针对例一，假设三年满足《婚姻家庭编解释一》第 5 条第 1 款第 2 项关于共同生活时长的要求，双方离婚后给付方便无权请求返还任何彩礼。与此同时，如果认为只要缺乏结婚登记便至少需要部分返还彩礼，在双方共同生活时长更久、关系更为和睦且育有子女的例二中，即使非因感情破裂导致同居关系结束，给付方仍可主张部分返还彩礼。问题在于，无论在何种评价维度上，例二中的当事人关系相对于例一而言恐怕都更为符合我们对于婚姻（尤其是理想婚姻）本质的理解。

2. 因给付彩礼陷入生活困难亦非独立的成立要件

至于《婚姻家庭编解释一》第 5 条第 1 款第 3 项规定的给付方因为婚前给付彩礼而陷入生活困难，本文认为其亦非独立的成立要件。此处的陷入生活困难是指给付方满足生活绝对困难的标准，即依靠个人财产和离婚时分得财产无法维持当地的基本生活水平。假设确实如此，如果受领方的个人财产和离婚时分得财产足以保障个人生活，给付方可以根据《民法典》第 1090 条请求受领方给予适当帮助。对比两项规则对权利人经济情况的要求也可看出二者的功能相似性。如果受领方“自身难保”，本就不应当让其承担任何返还或补偿义务。

即使认为《婚姻家庭编解释一》第 5 条第 1 款第 3 项相对于《民法典》第 1090 条而言的特殊意义在于应对男方家庭直接向女方家庭给付彩礼的情形，由于男方父母给付彩礼的行为基础同样是双方子女长期共同生活，仍可参照适用情事变更规则请求返还。此外，成年子女对生活困难的

父母的赡养义务（《民法典》第 1067 条第 2 款）以及男方父母作为赠与人的特别撤销权（《民法典》第 663 条第 1 款第 2 项）也能进一步保障男方父母的利益。

退一步而言，即使认为《婚姻家庭编解释一》第 5 条第 1 款第 3 项规定了一类特殊的彩礼返还事由，与本文提出的参照适用情事变更规则亦不冲突。原因在于，该项的适用不仅须考虑给付方的经济情况，而且以双方离婚为条件。而前已述及，给付彩礼的行为基础是双方长期共同生活。在参照适用情事变更规则时，判断当事人订立合同时能否预见到情事变化应当关注的是能否预见到未来有可能无法长期共同生活，而非是否会陷入生活困难。否则，一旦陷入生活困难，即使未离婚，给付方也可主张参照适用情事变更规则请求返还彩礼，这明显有违《婚姻家庭编解释一》第 5 条第 1 款第 3 项的文义。所以，即使承认因给付彩礼导致生活困难的规范意义，也应当将其作为判断维持彩礼给付关系是否公平的因素，对应于《民法典》第 533 条第 1 款的“继续履行合同对于当事人一方明显不公平”。

3. “是否长期共同生活”标准的解释及其例外

在明确了彩礼返还请求权的发生要件应当以“是否长期共同生活”标准为中心后，接下来有必要进一步解释何为长期共同生活，以及该标准的适用是否存在例外。

第一，共同生活的认定。本文认为共同生活是指规范而非事实意义上的共同生活，其核心在于双方相互扶持、共同应对生活中的困难以形成和维持稳定的亲密关系。所以，双方生活于同一物理空间通常满足共同生活的要求，因为在日常接触中双方通常不可避免地要相互帮助。但即使未处于同一物理空间，只要双方保持相互扶持的状态，也同样满足共同生活的要求。例如，双方因为工作原因分居两地，在此期间，双方仍然会交流感情、彼此关心，所获得的财产也会被纳入整个

家庭的经济规划中，因而就双方的亲密关系而言均有所付出。此外，规范意义上的共同生活还有助于以更为实质的方式评价双方在亲密关系中的付出。假设受领方在共同生活期间持续违反忠实义务，例如持续存在《民法典》第 1079 条第 3 款第 1 项、第 2 项列举的不当行为，则应当将该期间从共同生活期间中扣除。

第二，关于长期共同生活所要求的时长。实践中常见的做法是上级法院在其辖区内通过地方性司法文件确立时长标准，就具体时长而言，选择一年、两年、三年的均不在少数，甚至还有将三年划分为不同区段分别确立返还比例的做法。与此同时，学理上则不乏观点主张参考《民法典》第 1079 条第 3 款第 4 项规定的两年期间作为判断是否长期共同生活的标准。然而，该项规定的两年期间是判断夫妻之间感情是否破裂的标准，彩礼返还中的长期共同生活关注的则是双方一般通过多久可以建立稳定的夫妻关系，即使认为感情稳定到感情破裂通常需要两年也不能反向推导出建立稳定的感情同样需要两年。相较而言，如果必须就共同生活时长设定数量化标准，三年是较为合适的选择。原因在于，相关实证研究表明，大多数彩礼返还纠纷发生在婚后三年内。这一数据隐含的信息是，在双方共同生活时长超过三年的离婚案件中，当事人通常不会提出彩礼返还请求。所以，三年不仅是判断双方关系是否趋向稳定的重要指标，而且反映了当事人主观上对于是否有权请求返还彩礼的认识，否则便难以解释在三年以上的离婚诉讼中，当事人为何普遍不再提及返还彩礼的问题。

第三，与当事人缔结婚姻关系主要目的的契合性。个案中，如果当事人的主要目的不限于甚至并非长期共同生活，法院便应当依据当事人的真实意思判断彩礼给付的行为基础。例如，某男与某女无法与自己的伴侣缔结合法的婚姻关系，但出于购房、获取车号、应对催婚压力等原因结婚。此时，完成合法有效的结婚登记对于双方无

疑具有重要意义。对于此种例外情形，法院一方面需要考虑长期共同生活对于当事人是否具有意义，如果该因素并不重要，给付方便不得以双方未曾长期共同生活请求返还彩礼；另一方面也要意识到长期共同生活之外的其他因素（如结婚登记）的重要性。所以，即使已经长期共同生活，给付方也仍可能仅因为双方未办理结婚登记或者事后离婚而享有彩礼返还请求权。

综上所述，彩礼返还请求权的成立要件应当以双方当事人是否曾经长期共同生活为中心，如果满足该要求，即使符合《婚姻家庭编解释一》第 5 条第 1 款第 1 项、第 3 项的文义，彩礼给付的行为基础也不受影响，彩礼返还请求权不发生。在此基础上，考虑到曾经办理结婚登记对于当事人在婚恋领域的后续影响以及给付方的必要生活保障，以彩礼返还请求权发生为前提，法院在确定返还范围时可以将这两项作为参酌因素，与下文提及的四种典型因素一并纳入考虑。

五、彩礼返还的范围

在明确了彩礼返还请求权的成立要件后，接下来还需要确定彩礼返还的范围。参考《民法典》第 533 条第 2 款，法院在适用情事变更规则时应当根据公平原则确定变更或者解除合同。然而，公平原则无论是在内涵上还是在外延上均较为模糊，难以就彩礼返还范围问题提供直接、明确的指引。对此本文认为，想要实现公平原则在法律适用中的具体化，可以整理司法实践已经表达的观点，发掘其中存在的“法官法”而后分析其是否合理，并从理论上回应裁判观点的分歧。相应地，本文梳理了《彩礼规定》公布前（即 2024 年 1 月 17 日之前）法院适用《婚姻家庭编解释一》第 5 条的 251 件相关案例，统计结果显示，除了前述提及的是否办理结婚登记以及给付方是否陷入生活困难外，既有裁判在确定彩礼返还范围时主要考虑“共同生活时长”（229 件）、“子女生育情况”（74 件）、“当事人过错”（60 件）以

及“彩礼使用情况”（59 件）等因素。参考《彩礼规定》第 5 条第 1 款与第 6 条不难看出，这四项也是该司法解释关于彩礼返还范围问题新增的主要内容。所以，下文将主要围绕这四项因素的解释展开。

（一）共同生活时长

如前所述，给付彩礼的行为基础主要是双方当事人长期共同生活，如果共同生活时长较短，给付方的行为基础至少存在部分丧失。从所收集的相关案件可以看出，法院普遍认可共同生活时长是影响彩礼返还范围的核心因素，在有些案件中几乎是唯一影响因素。

司法实践中，关于共同生活时长的争议主要在于一方或双方因为学习、工作等原因导致分居期间是否属于共同生活。如前所述，共同生活是指规范意义而非事实意义上的共同居住。并且，随着生活模式的变化，越来越多的同居甚至婚姻关系当事人选择“分离共同生活”，即虽然共同生活但分别有独立住处。如果仅以处于同一物理空间作为共同生活的标准，“分离共同生活”的当事人对于亲密关系的投入将无法获得保护。更何况，分居有可能是为了家庭生计（如外出工作），如果因此认为双方不属于共同生活，无论受领方是外出工作还是留守家中照料家庭事务，均难言公平。体系解释上可供参考的是，关于《民法典》第 1079 条第 3 款第 4 项的“分居满两年”，解释上也认为分居原因应当是夫妻感情不和，而非出于学习、工作或住房问题。

关于共同生活时长的证明，由于彩礼返还请求权的成立要件包括双方未长期共同生活，应由提出返还请求的给付方证明双方共同生活时长，在其未能举证或者所证明的共同生活时长满足长期共同生活的要求时，法院应当驳回彩礼返还请求。就证明的具体内容而言，由于办理结婚登记或举办仪式后开始共同生活的可能性较高，给付方可以提供与之有关的证据作为开始共同生活的

证明。至于结束共同生活的时点，可以选择双方在某一时间点分居作为证明。受领方对于给付方主张的共同生活时长存在异议的需要提出证据反证，例如双方在给付方主张的开始时点之前已经共同生活，或者双方分居系因为工作、学习等，因而在给付方主张的结束时点仍处于共同生活状态。

（二）子女生育情况

法院在双方育有子女时往往会减少彩礼返还数额，该因素在有些案件中甚至是法院完全驳回彩礼返还请求的理由之一。考虑到社会观念通常将生育视为婚姻的重要内容，此种做法看似并无不妥。但从现有规则出发，此种做法可能引发的问题是如何与《民法典》第 1088 条规定的家务劳动补偿相协调。具体而言，双方结婚后虽然生育子女但未长期共同生活便离婚的，女方能否在提出彩礼返还数额应当根据生育子女情况酌减的同时，向男方主张基于抚育子女的家务劳动补偿，如果一概支持是否构成重复保护？

结合相关案件的说理可见，司法实践将子女生育情况作为酌减因素旨在保护选择生育的女方，而非补偿女方在此过程中的实际投入，因而与家务劳动补偿并不冲突。通常认为，适用家务劳动补偿规则以一方在家庭事务上付出较多为前提，而相关案件在将子女生育情况列为酌减因素时并不必然提及女方抚育过程中的实际投入，有时甚至不以实际育有子女为必要，例如女方怀孕但因意外或人为因素流产时同样构成彩礼返还的酌减因素。

尽管司法实践在将子女生育情况纳入考虑时有可能受到婚姻是为了传宗接代这一传统观念的影响，但就当前的彩礼返还纠纷而言仍有两点理由支持此种立场。第一，彩礼返还纠纷中不乏双方当事人未办理结婚登记便生育的情况，即使认为考虑子女生育因素在本质上就是变相的家务劳动补偿，考虑到实证法对于同居关系中适用家务劳动补偿规则的保守立场，除了彩礼返还数额扣

减之外，此类案件中的女方在同居期间抚育子女的付出很难得到补偿。第二，女方选择生育所对应的付出以及承担的风险充分表明其对于双方之间亲密关系的投入，该投入有助于促进共同生活的长期化，但由此带来的成本以及可能承担的损失在现有规范体系中获得的保护十分有限。一个例证是，生育子女（尤其是流产）可能会给女方造成身体和精神上的损害，如果双方未能长期共同生活便解除同居关系或离婚，由于男方无法通过亲密关系中的持续付出“填补”该损害，有必要在亲密关系终止时清算女方的剩余损害。然而，此种损害在客观上不易举证，即使举证成功也难以主张侵权损害赔偿（因为性行为系双方自愿发生）。彩礼返还范围的酌减于此同样可以发挥兜底保护的作用。

（三）当事人过错

《彩礼规定》第 5 条第 1 款与第 6 条明确规定应当考虑双方过错，但理论和实践就此则存在分歧。就本文检索到的案件而言，尽管司法实践在认定当事人具有过错时持谨慎态度，但在相关事实较为明显时不少法院还是会将其考虑在内。在理论上，将当事人过错作为彩礼返还范围的考量因素则引发了正当性与必要性的双重质疑。有观点认为，《民法典》关于婚约不具有强制拘束力的立场决定了在彩礼返还时原则上不应考虑给付方的过错，如果悔婚以失去全部或部分财产为代价将限制给付方的婚姻自由。此外，《民法典》第 1087 条和第 1091 条第 1 款已经为无过错方提供了保护。

整体而言，本文更为支持将当事人过错纳入考虑的做法。就正当性而言，相关裁判对于过错因素的分析并不限于给付方，而是包括双方当事人，这与法律上关于夫妻忠实义务的规定即《民法典》第 1043 条第 2 款以及社会观念中对于悔婚、违反忠实义务导致婚姻破裂的道德评价均一致。并且，由于实证法一直以来对于婚约问题的

回避态度，婚约在中国法上具有何种效力本就存在相当灵活的解释空间。更何况，无法诉请强制履行婚约并不等于违反婚约不能产生对违约方不利的法律效果。至于婚姻自由的保护则如前所述，基于给付方存在过错认为全部彩礼均不返还的确可能导致其短期内丧失再次结婚的经济能力，但在确定返还范围时将该因素纳入考量并非不可接受，否则便难以解释法律为何在一定范围内承认亲密关系中限制或惩罚不当行为的约定（例如忠诚协议）有效。至于必要性方面，《民法典》第 1087 条和第 1091 条第 1 款均以当事人离婚为前提，许多彩礼返还纠纷中双方并未办理结婚登记，因而不能直接适用这些规则。所以，现有规则并非如反对说所言可以有效保护无过错方。与子女生育情况类似，考虑到法院在同居关系中适用离婚相关规范的克制态度，如果不在彩礼返还中考虑当事人过错将导致无过错方的利益缺乏必要保护。此外，即使适用离婚有关的补偿或赔偿规则也未必能够有效保护无过错方。例如，《民法典》第 1087 条对于无过错方的保护仅体现为分得更多的夫妻共同财产，但如果共同财产有限或者双方采取分别财产制，无过错方将无法通过该规则获得有效救济。

（四）彩礼使用情况

影响彩礼返还范围的最后一项重要因素是彩礼的使用情况，涉及该因素的案件往往存在类似的事实——女方将所收取的彩礼用于双方共同生活。如果男方在享受使用彩礼带来的利益的同时还能就该部分彩礼请求返还，无异于允许其双重获利。所以，在确定彩礼返还范围时将使用情况考虑在内的做法具有正当性。明确这一点还有助于厘清应当扣减的范围。例如，当支出彩礼主要是为了男方利益时（如偿还男方个人债务），这部分彩礼原则上应当完全扣除。相反，如果双方均可享受使用利益（如双方共有房屋的房贷），则仅能扣除男方从中获益的部分。

当然，女方在收取彩礼后并不必然将其用于共同生活，有些采取实物形式的彩礼（如“三金”）更是具有一定的专属性，除非进行变价否则无法用于共同生活。此时需要区分不同情形确定返还义务的内容及范围。根据《民法典》关于解除法律效果的一般规定即《民法典》第 566 条第 1 款，彩礼本身仍然存在时应当返还原物，原物不存在时受领方需要承担价值偿还义务，不过其仍可主张解除法上对于返还义务人的特别保护。例如，彩礼本身存在瑕疵导致使用情况恶化或毁损的，受领方不承担价值偿还义务。待返还的彩礼因为不可归责于双方当事人的原因毁损灭失的，价值偿还义务同样被排除。

（五）各项考量因素的定位与关系

总结而言，以彩礼返还请求权发生为前提，扣减或者增加彩礼返还数额的因素共计六项：双方是否曾经办理结婚登记；是否因给付彩礼陷入生活困难；共同生活时长；孕育子女情况；双方过错；彩礼和嫁妆的使用情况。其中，第一项、第三项、第四项、第六项为单方面有利于受领方的扣减因素，如果存在相关事实，受领方可以提出减少返还数额的抗辩；第二项为单方面有利于给付方的增加因素；第三项既可能有利于给付方也可能有利于受领方，需要结合个案事实确定其为扣减抑或增加因素。在实际计算时，法院可以先假定给付方有权请求返还全部彩礼，而后分别加总扣减因素与增加因素。此外，尽管第二项至第六项因素均需要法院根据个案事实考虑扣减或增加的程度（例如共同生活时长越长，返还的彩礼就越少），但这六项要素彼此独立，相互之间不存在替代或者补充关系。并且，分析这些因素的前提是彩礼返还请求权已经发生，此处并不涉及通过动态化的诸项要素取代固定的构成要件的问题，故不宜引入动态系统论的思考方式，仅需要法院在个案中行使裁量权。

六、结论

彩礼的给予是一种特别的赠与关系，但在分析是否应当返还彩礼以及返还范围时，不应以条件说或者目的不达说作为理论工具。相比之下，参照适用《民法典》第 533 条第 1 款规定的情事变更规则是更为合理的方案。在判断彩礼返还请求权是否发生时原则上应当以双方长期共同生活这一行为基础是否丧失为核心，《婚姻家庭编解释一》第 5 条第 1 款第 1 项、第 3 项所规定的内容并非独立的彩礼返还请求权发生事由，但法院

在确定彩礼返还范围时可以将之纳入考虑。当前的司法实践在确定彩礼返还范围时重点考虑的共同生活时长、子女生育情况、当事人过错以及彩礼使用情况等因素具有合理性，《彩礼规定》第 5 条第 1 款以及第 6 条新增这些考量因素的做法值得肯定。

作者：刘凝（北京大学国际法学院助理研究员、法学博士）

来源：《政治与法律》2025 年第 5 期“争鸣园地”栏目。

因篇幅较长，已略去原文注释。

龙俊：论夫妻共同财产的三重归属规则 | 中法评 · 专论

原创：2025-06-16 中国法律评论 龙俊

https://mp.weixin.qq.com/s/tC6_zziWFWB2vqw-8ExGvA

编者按

聚焦《民法典婚姻家庭编解释二》

《民法典》颁布已五周年。这五年来最高人民法院制定了一系列司法解释贯彻《民法典》的实施，其中颇受关注的就是 2025 年颁布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（二）》（法释〔2025〕1 号，以下简称《民法典婚姻家庭编解释二》）。

一方面，该解释针对我国司法实践乃至社会舆论中争议巨大的一系列问题出台了新规，并在规则设计中回应了理论界的新动向，如内外有别的夫妻财产制、更加精细化的意思表示解释思路等；另一方面，由于我国司法解释向来“不追求大而全的体系，不追求一揽子解决所有问题”，所以该解释在诸多关键问题上也存在大量留白，这就给学术界深入探讨婚姻家庭编理论根基、构建完整的解释论体系留下了巨大空间。

本期专论特别邀请了四位深入参与司法解释讨论的学者撰写文章，一起完善这幅画卷。

清华大学法学院长聘副教授龙俊《论夫妻共同财产的三重归属规则》一文探讨我国夫妻财产制基础理论的变化趋势，提出将区分内部归属、外部归属、最终归属的三重归属规则作为基础解释论框架，并指出：外部归属规则需要符合财产权一般变动规则；而内部归属和最终归属可以由当事人的意思表示决定，但是因为与婚姻有关的意思表示大多含糊不清，所以存在大量意思表示解释的难题。

北京大学法学院长聘副教授贺剑《家事法中的无偿转让——从意思表示的谜团切入》一文针对前述意思表示解释难题中尤为突出的无偿转让情形，提出系统解释方案：应重点关注无偿转让人单方的通常意愿，考察亲密关系的利益一致性、婚姻家庭特定场景及习俗等因素。其中，父母子女、夫妻之间看似无偿的转让通常并非无偿，例外才构成赠与、彩礼或嫁妆。夫妻一方的婚后赠与、继承所得原则上是其夫妻个人财产；而基于婚姻的赠与、彩礼等所得则大多是夫妻共同财产。

清华大学法学院长聘副教授汪洋《夫妻一方直播打赏的性质、效力与后果——以〈民法典婚姻家庭编解释二〉第 6 条为中心》一文进一步将视角聚焦于直播打赏行为的解释，区分用户与平台、用户与主播这两种不同的法律关系，区分背俗打赏和以共同财产打赏这两种不同情形分别构建效力体系。并在共同财产打赏情形贯彻了内外有别的解释路径，在婚姻法维度主张通过婚内析产或离婚财产分割规则保障配偶利益，在财产法维度主张构成有权处分以保护交易安全。

中南财经政法大学法学院婚姻家庭继承法研究所教授刘征峰《继父母子女关系的动态调整》一文将视角从财产关系转向人身关系，提出继父母子女关系存在全面动态化调整的需求。这种动态化调整需求是由继父母子女关系的多样性和复杂性所决定的。动态体系论与功能主义高度契合，是调整继父母子女关系的妥当选择。



龙俊

清华大学法学院长聘副教授

区分内部归属、外部归属、最终归属的夫妻共同财产三重归属规则正在我国成形。内部归属规则决定夫妻之间财产价值的归属，必须符合“协力理论”，价值取向是公平；外部归属规则决定婚姻关系存续期间在外部交易中财产权的归属，纯由财产权本身的制度决定，价值取向是交易安全；最终归属规则决定夫妻离婚后财产权的归属，判断标准应是“竞价”规则，价值取向是效率。三重归属规则都可能因为当事人的意思自治而改变。其中，内部归属和最终归属可以纯由当事人的意思表示决定，但是因为与婚姻有关的意思表示大多含糊不清，所以存在大量意思表示解释的难题；外部归属的改变除需要当事人的意思表示外，还需要满足公示要件等财产权变动规则。

本文首发于《中国法律评论》2025 年第 3 期专论栏目（第 2-14 页），原文 19000 余字，为阅读方便，脚注从略。如需引用，可参阅原文。购刊请戳[这里](#)。

目录

一、问题的提出

二、三重归属规则的正当性基础

（一）区分三重归属的必要性

（二）三重归属规则的理论基础是潜在共有理论

（三）以潜在共有为基础的三重归属规则正为我国立法和司法解释所接受

三、三重归属规则的判断标准

（一）三重归属规则的一般性判断标准

（二）内部归属的难题：股票期权

（三）最终归属的难题：具有人合性的企业权益

四、意思自治对三重归属规则的再调整

（一）意思自治对三重归属规则的影响

（二）夫妻间的财产“名实分离”

（三）跨越代际的财产“名实分离”

五、结论

问题的提出

《民法典》第 1062 条和第 1063 条基本延续了《婚姻法》第 17 条和第 18 条的规定，构成我国夫妻财产制的基本规则。但这在《民法典》编纂时曾引发争论，很多学者不理解为什么阐释夫妻共同财产时要是用诸如“共同所有”“工资、奖金、劳务报酬”等这类明显不是民法财产权的概念进行表述，一点儿也不“法言法语”。

很多意见提出要将“共同所有”改为“共同共有”，将关于财产的列举改为“物权”“债权”“知识产权”“股权”等，以符合民法财产权概念体系，也与《民法典》总则编、物权编的规定相一致。然而最终立法者没有采纳这些建议，仍然延续了《婚姻法》看似非常朴素的表达，和《民法典》其他编的用语风格迥异，这是为何？

《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）》（以下称《民法典婚姻家庭编解释一》）第 78 条继承了曾备受争议的《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（三）》（以下称《婚姻法解释三》）第 10 条的规定：“夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的”，当不能达成离婚协议时，“人民法院可以判决该不动产归登记一方”。明明是婚姻关系存续期间获得的不动产所有权（登记时间在婚姻期间），为何不作为共同财产分割，而是判归“登记一方”？这是不是物权法法理对婚姻家庭法的侵蚀？

《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）》（以下称《民法典婚姻家庭编解释二》）更是明显出现了放开了对共同财产单方处分效力的迹象：

（1）当夫妻一方“将夫妻共同财产赠与他人”时，不是当然构成无权处分吗？为何《民法典婚姻家庭编解释二》第 7 条却规定只有在“为重婚、

与他人同居以及其他违反夫妻忠实义务等目的”时，才能“主张该民事法律行为违背公序良俗无效”？按照反对解释，如果单方处分共同财产没有违反公序良俗，岂不是能够构成有效处分？（2）明明结婚之后新取得的财产都应当构成夫妻共同财产，但是为何《婚姻家庭编解释二》第 9 条却允许夫妻一方单方处分“登记在自己名下的有限责任公司股权”？

以上种种争议贯穿于民法典的编纂和婚姻家庭编司法解释的起草。无论怎么看，这些新规则似乎都与我国传统观点中将夫妻共同财产看成是对财产权的共同共有的观念相矛盾。为何会出现这种现象呢？

笔者认为，这是因为在我国立法和司法解释制定过程中，一种新的理论倾向正在成为发展方向：不再一体化地判断财产权的归属，而是区分内部归属、外部归属、最终归属三个维度分别建构夫妻共同财产归属规则，即本文所称的三重归属规则。

三重归属规则的正正当性基础

（一）区分三重归属的必要性

夫妻共同财产的三重归属指的是：内部归属解决的是夫妻内部财产份额划分问题，外部归属解决的是交易中夫妻共同财产的财产权归属问题，最终归属解决的是离婚后夫妻共同财产转化为哪一方的个人财产的问题。

这三项规则是有可能独立判断的：比如一套房子，可能因为完全用婚后收入买，所以在夫妻内部份额上是占 50%；但是因为这套房子登记在男方名下，所以在交易中这套房子的所有权人就是男方；然而在离婚时，夫妻双方都想要这套房子，于是双方进行了竞价，由出价更高的女方最终获得了这套房子，但是因为这套房子夫妻双方各占一半，于是获得房子的女方要按照自己在竞价中的出价，将房产价值的一半补偿给男方。

区分为三个维度独立设计归属规则，有利于实现不同的价值判断。

1. 内部归属规则与外部归属规则的切割

例 1：甲男与乙女结婚后，甲男用自己的婚前存款 500 万元购买了一套房屋并登记在甲男名下，此后甲男与乙女离婚，就该房屋所有权的归属产生争议。

例 2：甲男与乙女结婚后，甲男、乙女用婚后工资共同存款 500 万元购买了一套房屋并登记在甲男名下，此后甲男与乙女离婚，就该房屋所有权的归属产生争议。

传统观点会一体化地判断房屋所有权的归属，那么在分析前述例 1 和例 2 时就会发现：如果从“婚姻关系存续期间取得的财产权归夫妻共同共有”的视角看，例 1 和例 2 中的房屋所有权都是在婚姻关系存续期间完成登记的，那么就都应该归甲男、乙女共同共有；如果从物权的公示原则来看，例 1 和例 2 中的房屋所有权都登记在甲男名下，那么房子都应该归甲男单独所有。

然而无论是前述哪个视角，都无视了一件非常重要的事情——买房的钱从哪儿来？如果因为登记的时间在婚姻关系存续期间，就将例 1 中甲男用婚前存款购买的房屋认定为夫妻共同财产，离婚直接对半分割，这显然会和正常人的法感情相违背；同样，如果因为登记在甲男名下，就将例 2 中甲男、乙女用婚后工资共同存款购买的房屋认定为甲男单独所有，离婚时不予分割，也显然不符合正常人的法感情。

前述两种判断思路为什么都会得出显然荒谬的结论呢？本质上是因为理论供给的错位。

我国婚姻法之所以采取“婚后所得共同制”，是因为采取了“协力理论”，即推定婚后夫妻二人对家庭的贡献相等，任何一方的成就都有另一方一半的协助贡献。但是“婚姻关系存续期间取得的财产权归夫妻共同共有”的观点实质上背离了“协力理论”的初心。因为财产权的取得原因多种多样，如果是一方婚前财产在婚姻关系存续

期间发生形态变化，表面上是取得了“新的财产权”，但是这种“取得”却无论如何也推定不出存在配偶的贡献。否则结婚之后从 ATM 中取出婚前的存款，也会因为“取得货币所有权”而构成夫妻共同财产。

因此简单地将婚姻关系存续期间取得的财产权直接认定为夫妻共同财产，实际上与我国采取婚后所得共同制的立法目的相违背。是否构成夫妻共同财产，关键要看取得财产权的原因：是“工资、奖金、劳务报酬”等可以推定配偶有一半贡献而取得的财产，还是因为婚前财产形态转化等完全与配偶无关取得的财产？只有将前者认定为夫妻共同财产才符合“协力理论”。

然而另一方面，如果在夫妻共同财产的判断上贯彻“协力理论”，就要深究取得财产权的价值来源。但是现实生活中获得一个标的物的对价来源可能多种多样？比如一套价值 1000 万元的房屋，有可能其中 400 万元的首付款是夫妻一方用婚前存款出资的，600 万元的贷款是用夫妻的工资还完的。那么这套房屋的所有权如何构成呢？是不是 40% 的单独所有加上 60% 的共同共有呢？

这种所有权结构恐怕超出了《民法典》的规范供给，有违反物权法定原则之嫌。并且这种复杂的所有权结构也无法在不动产登记簿上公示，即便认可其存在也有违物权公示原则。实际上之所以物权要公示，主要是为了保护交易中的第三人。然而当我们讨论“协力理论”时，实际上平衡的是夫妻之间的财产关系，与第三人根本无关。因此，传统的一体化的财产权判断逻辑就是强行要在夫妻财产公平和交易安全保护这两对价值之间做“二选一”，不是让前者迁就后者，就是让后者向前者妥协。

那么有没有“两全其美”的方案呢？一个合理化的判断方案是，将夫妻间的内部财产归属规则和交易中的外部财产归属规则完全切割开来：在夫妻间贯彻“协力理论”判断基于哪些原因取得的财产归夫妻共同所有；在交易中则不考虑夫

妻间的财产归属，直接按照物权、股权等财产权本身的规则判断财产权的归属。

2. 外部归属规则与最终归属规则的切割

区分了内部归属规则和外部归属规则可以同时实现夫妻间的公平和交易安全的保护，但是还有一个问题没有解决，即夫妻离婚时就某项具体财产的最终归属产生争议时，该财产究竟归谁？有观点认为，财产的最终归属应该由财产权的归属规则决定，也就是说最终归属规则和外部归属规则是同一的。

但是如果按照这种观点，那么婚姻中的财产名义所有人将获得一个优势，只要坚持获得此财产，则其配偶完全没有争夺的机会，其配偶只能获得相应的金钱补偿。

这种观点带来了两个弊端：一方面，剥夺财产非显名方配偶的争夺机会难谓公平，且如果该财产对非显名方配偶的价值更大，那么处理结果也不符合物尽其用的原则，显然不效率；另一方面，非显名方配偶无法参与财产最终归属的争夺，那么将会难以发现财产的实际价值，尤其是在该财产没有市场价的情况下。

例 3：甲男与乙女结婚多年后，甲男用夫妻共同攒下的存款购买了单位福利分房，登记在甲男名下，该房不能在市场上交易。此后，甲男乙女离婚，都主张该房屋所有权。

对于例 3，能不能因为房子登记在甲男名下，所以离婚时房屋就直接归甲男所有，由甲男支付购房款的一半给乙女呢？这样处理，就相当于将甲男单位的福利只分配给了甲男。可能有人会觉得甲男单位的福利归甲男不是天经地义吗？然而所谓的“福利”并非天上掉馅饼，本质上也是劳动报酬的一种特别形式，与“工资、奖金”并无二致，只是带有延期支付的特征。

按照“协力理论”，这种凝结了一方婚后劳动的财产当然属于夫妻共同财产，不能归一方独享。那么离婚时应该如何分割呢？如果坚持外部归属规则和最终归属规则同一，那么就会让甲男

在离婚时必然获得此房屋所有权，由甲男支付该福利房价值的一半（不是购房款的一半）给乙女。那么又该如何确定这种包含了福利因素的无法在市场上交易的房屋价值呢？恐怕会成为一大难题。

然而，如果将外部归属规则和最终归属规则切割开来，用“竞价规则”解决最终归属问题，上述难题迎刃而解。即只要该财产中凝结了夫妻任何一方的婚后贡献（按照“协力理论”这就是共同贡献），那么无论该财产的名义所有人是哪一方，离婚时夫妻双方都有权就该财产平等竞价，由出价高者获得该财产的最终归属，再按照其出价并根据内部归属的比例给另一方金钱补偿。

“竞价规则”的优势在于，无论某项财产是否存在市场价，夫妻双方都可以给其一个主观价格。出价更高意味着该财产对其价值更大，由价高者得体现了物尽其用的原则，符合效率价值。出价高者要按照其出价给配偶另一方金钱补偿，对配偶另一方也实质上更加有利。

综上所述，区分内部归属、外部归属、最终归属的夫妻共同财产三重归属规则，可以同时实现公平、安全、效率三大价值，具有明显的优越性。

（二）三重归属规则的理论基础是潜在共有理论

夫妻共同财产三重归属规则的理论基础是“潜在共有理论”，即在婚姻关系存续期间，夫妻对共同财产的共有是潜在的，并不显现出来表达为具体的财产权；直到离婚时这种共有关系才表现出来，在夫妻之间进行共有财产分割。

潜在共有理论和德国的“净益共同制”以及我国学者以净益共同制为基础提出的“债权式共有”等学说，在区分内部归属规则和外部归属规则方面有异曲同工之妙。这一大类别的制度或者学说都认为交易中的财产权归属不受婚姻法影响，纯由财产法自身调整，婚姻法仅仅决定夫妻内部的财产划分。这种内外有别的理论框架相较于传

统的一体化的对财产权的共同共有说具有明显的优势，可以兼顾婚姻公平和交易安全。

然而潜在共有理论与净益共同制或者债权式共有说最大的区别在于，还存在一个独立的最终归属规则。净益共同制、债权式共有说都认为财产权的归属规则不仅决定了财产权在外部交易中的归属，也决定了离婚时财产权的最终归属，离婚时只存在一个清算问题，即另一方对获得财产权的一方存在一个金钱债权。

唯有潜在共有理论认为离婚时“潜在共有”会转化为“显在共有”，于是存在一个共有物分割问题，使得财产的非显名方也取得了一个争夺财产最终归属的机会，从而有可能更加符合物尽其用原则。因此可以说，潜在共有理论相较于其他内外有别的学说，不仅可以兼顾婚姻公平和交易安全，还可以让财产归属尽可能符合效率价值。

（三）以潜在共有为基础的三重归属规则正为我国立法和司法解释所接受

正因以潜在共有为基础的三重归属规则具有前述优势，我国的现行法规则设计越来越倾向这一理论。

《民法典》之所以在已经引发争议的前提下，仍然保持了婚姻法时期看似不规范的表述，是因为已经采用了潜在共有理论：夫妻共同财产并非指向具体的财产权，而是抽象的财产价值，《民法典》第 1062 条、第 1063 条规定的也并非夫妻共同财产的具体形式，而是形成共同财产的原因，所以不用规范的民法权利来表述，而是刻意使用“工资、奖金、劳务报酬”这样看似不规范的表达；夫妻共同财产的“共同”也并不是指共同共有，而是要区分内部关系和外部关系，仅在夫妻关系内部夫妻共享财产，但是这种共享并不发生外部效力，并不构成交易中的权利，所以《民法典》第 1062 条、第 1063 条刻意没有使用“共同共有”的表达，而是采取“共同所有”的表述。

《民法典》通过后，无论是对既有规则整理的《民法典婚姻家庭编解释（一）》还是新出台的《民法典婚姻家庭编解释（二）》，用潜在共有理论解释起来也越来越顺畅。《民法典婚姻家庭编解释（二）》第 7 条改变了过去只要是夫妻共同财产，夫妻一方都不得单独处分的理论倾向，改为要求单方处分的目的是“为重婚、与他人同居以及其他违反夫妻忠实义务等”，才能因为“该民事法律行为违背公序良俗无效”而要求返还。当然有人可能会担心，这样规定导致夫妻共同财产减少，从而损害另一方利益怎么办呢？

对此《民法典婚姻家庭编解释（二）》第 6 条规定：“夫妻一方未经另一方同意，在网络直播平台用夫妻共同财产打赏，数额明显超出其家庭一般消费水平，严重损害夫妻共同财产利益的，可以认定为民法典第一千零六十六条和第一千零九十二条规定的‘挥霍’。另一方请求在婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产，或者在离婚分割夫妻共同财产时请求对打赏一方少分或者不分的，人民法院应予支持。”

这种新思路明显可以更好地平衡婚后夫妻各方的财产自由与婚姻安全的保护问题，比依据传统理论通通构成“无权处分”的路径合理得多。

《民法典婚姻家庭编解释（一）》第 76 条更是直接承认了在房屋所有权的问题上我国法中存在有别于内部归属和外部归属的最终归属规则：

“双方对夫妻共同财产中的房屋价值及归属无法达成协议时，人民法院按以下情形分别处理：（一）双方均主张房屋所有权并且同意竞价取得的，应当准许；（二）一方主张房屋所有权的，由评估机构按市场价格对房屋作出评估，取得房屋所有权的一方应当给予另一方相应的补偿；（三）双方均不主张房屋所有权的，根据当事人的申请拍卖、变卖房屋，就所得价款进行分割。”

该条中最有理论突破性的是第 1 项，在夫妻双方就房屋所有权的最终归属产生争议时，既不是看对房屋购买的贡献（内部归属），也不是看所

有权的登记名义人（外部归属），而是构建了一个由双方竞价取得的独立规则。

三重归属规则的判断标准

（一）三重归属规则的一般性判断标准

对于内部归属规则而言，最重要的是体现夫妻二人对家庭的贡献。按照“协力理论”，应该推定婚后夫妻二人对家庭的贡献相等，所以对婚后取得的财产夫妻二人应该各占一半份额。值得说明的是，因为这里取得的并非财产权而是财产价值，所以财产权变动的的时间并不重要，重要的是取得财产价值的原因是否是基于“工资、奖金、劳务报酬、生产、经营、投资收益、知识产权的收益”等可以推定配偶有协助的因素。因此婚前财产在婚后的被动增值，并不能归入夫妻共同财产；同理，婚前财产在婚后的被动贬值，也不减损夫妻共同财产。

对于外部归属规则而言，最重要的是保护交易安全。因此，在考虑夫妻共同财产的外部归属时，不应该着眼于夫妻内部对财产取得的贡献或者夫妻对财产的特别安排，而应该考虑一般性的财产权归属规则，例如物权的公示规则、股权的登记规则等。值得说明的是，传统观点也并非完全不考虑与交易安全的协调问题，而是在先肯定构成共同共有的基础上，采取“无权处分+善意取得”的理论构造兼顾交易安全。近来亦有学者认为“无权处分+善意取得”与“有权处分+恶意串通”两条路径的效果并无实质区别。

然而笔者认为，在交易安全的保护力度上，“无权处分+善意取得”路径与“有权处分+恶意串通”路径相比仍然存在显著差距。善意取得中的“恶意”只要知道或者应当知道处分人欠缺处分权即可构成，然而恶意串通中的“恶意”构成要件要严格得多，至少仅仅知道欠缺处分权尚不成立“恶意串通”。

以有限责任公司内部的股权转让为例，因为同在一个公司，受让方是知晓出让方已婚的，在此前提下受让方仍然接受了股权转让，该股权转让有效吗？如果走“无权处分+善意取得”路径，受让方显然不能构成善意取得，因此股权转让必须要转让方的配偶追认才能发生。然而这种解释路径显然不符合正常的商业交易习惯，否则任何涉及公司内部股权结构变更的决议都需要各个股东的配偶同意。而且这一路径存在以配偶不同意为由出尔反尔的道德风险。

相反，如果走“有权处分+恶意串通”路径，则首先肯定股权只归属于登记方而非夫妻双方共同共有，因此其处分股权构成有权处分，只有在转让方夫妻出现感情破裂等征兆，转让股权有低价转移婚内财产之嫌时，才有可能以恶意串通为由否定股权转让的效力。单纯知道股权转让方已婚，如果交易过程符合商业习惯，转让价格也合理，则不可能构成“恶意串通”。显然“有权处分+恶意串通”路径对交易安全的保护力度更高。

对于最终归属规则而言，最首要考虑的价值应该是效率，也就是某项具体财产在离婚后归属于谁能够更加物尽其用，从而实现效率的最优化。因此在考虑最终归属时，最符合逻辑的规则设计应该是“竞价”，由出价高者获得争议财产，再由出价高者按照自己的出价并根据前述内部归属规则确立的比例，给另一方补偿。即便是在内部归属中份额并不占优，外部归属中财产没有显名的配偶，也有机会获得该财产的最终归属。

例 4：甲男与乙女结婚后，用 500 万元购买了一套房屋登记在甲男名下，购房款源自甲男出卖婚前个人所有房屋一套的价金 200 万元以及甲男攒下的工资存款 300 万元。多年后甲男与乙女离婚，就该房屋所有权的归属产生争议。

首先来看内部归属：购房款 500 万元中，200 万元由甲男的婚前财产转化而来，其中没有乙女任何可推定的贡献，占整个购房款的 40%；剩下 300 万元虽然是甲男个人的工资存款，但是因为这

是婚后工资收入，所以依据“协力理论”存在配偶的一半贡献，应该认定为夫妻共同财产，这个部分占整个购房款的 60%，所以甲男乙女各占 30%。因此，对于这套房屋，甲男乙女的内部份额分别是 70%和 30%。接下来看外部归属：因为房屋登记在甲男名下，所以房屋所有权在外部交易中应当认定为甲男的单独所有权。

至于最终归属的判断，因为甲男乙女都主张该房屋所有权，所以应该“竞价”，由价高者得。假设甲男出价 550 万元，乙女出价 600 万元，那么尽管在内部归属和外部归属中乙女都不占优势，但是乙女却能最终获得该房屋所有权。当然乙女也应该按照自己的出价给甲男 420 万元（600 万元的 70%）金钱补偿。

当然，在判断夫妻共同财产的最终归属时，并非任何财产都有必要走“竞价”程序。“竞价”程序适合处理离婚后必须只归一方且夫妻双方均想获得该财产的情形。如果夫妻没有争夺同一财产的意愿，自然无须“竞价”。或者有的财产可以根据数量进行分配，也无须“竞价”，直接按照数量分配即可。例如股票、债权、投资基金等有价值证券以及未上市股份有限公司股份等。因为这类权益不涉及人合性问题，通常也都可以用等价的财产折抵。因此《民法典婚姻家庭编解释（一）》第 72 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。”

以上讨论的都是一般性的财产，但是随着时代的发展，一些新型财产的归属也成为了难题，比较有代表性的是股票期权的内部归属难题以及人合性企业权益的最终归属难题。

（二）内部归属的难题：股票期权

毫无疑问，如果夫妻一方在婚姻关系存续期间取得了股票期权并在婚姻关系存续期间行权，期权收益自然应作为夫妻共同财产进行分割。但

难点问题是，股票期权取得到行权之间往往有很长的期限，如果夫妻一方取得股票期权的时间和行权的时间点完美地避开了婚姻关系存续期间，该如何处理呢？其配偶能否主张分割行权之后的收益？

例 5：甲男婚前和公司签订股权激励计划，约定未来 10 年内每年基本工资为 1 元，且没有现金奖励，公司授予甲男股票期权，行权期 10 年。倘若甲男和乙女结婚后 5 年离婚，婚姻关系存续期间甲男一直没有行权，直到 10 年期满甲男才行权获得收益 10 亿元。乙女能否主张分割该收益？

如果按照财产权的取得时间判断是不是共同财产，由于甲男获得股票期权的时间在结婚之前，所以期权应该认定为甲男的个人财产；由于甲男行权时间是在婚姻关系结束之后，所以行权取得的 10 亿元也应该认定为甲男的个人财产。那么岂不是说能够评价进夫妻共同财产的只有甲男每年的 1 元工资？

但是仔细思考我们就会发现：这里判断的是财产在夫妻关系间的内部归属问题，所以不需要讨论具体财产权的取得时间如何，也不需要管财产的具体表现形式如何，只需考虑取得财产的对价来源。例 5 中，甲男之所以 10 年后可以通过行权获得 10 亿元的收益，是因为这 10 年他努力工作让公司升值，这 10 亿元的收益相当于是他 10 年工作的真正对价。而这 10 年中有 5 年在婚姻关系存续期间，应推定这 5 年中妻子对甲男取得前述收益有一半的贡献。

因此，应该认定这 10 亿元收益有一半（5 亿元）属于夫妻共同所有。甲男行权后，乙女可以主张分得其中的一半（2.5 亿元）。显而易见这种处理方式更加公平，也更加贴合夫妻共同财产制的本旨。

（三）最终归属的难题：具有人合性的企业权益

在涉及股票、债权、投资基金等有价证券以及未上市股份有限公司股份等权益的分割，以及个

人独资企业中的共同财产归属时，《民法典婚姻家庭编解释（一）》第 72 条和第 75 条预设的前提是夫妻二人存在争议的情形，然而在涉及有限责任公司的股权归属以及合伙企业财产归属时，《民法典婚姻家庭编解释（一）》第 73 条和第 74 条预设的前提是夫妻二人协商一致的情形，将讨论的重点仅仅集中在夫妻的合意与组织的人合性二者之间的冲突上。

然而司法解释的这一规定就产生了一个明显的规则漏洞，在涉及有限责任公司的股权归属以及合伙企业财产归属时，如果夫妻二人达不成协议时如何处理？此时既存在夫妻二人就共同财产最终归属的纠纷问题，也可能同时存在夫妻一方权益保障与组织人合性之间的冲突问题。

对此法律漏洞，笔者认为判断最终归属最关键的思考要素是效率，需要考察如何确定归属能够实现整体效率最优化。

由于企业权益不像房屋所有权是一个整体，是可以进行数量划分的。所以即便是有限责任公司的股权或者合伙企业的出资额，从逻辑上看也可以根据数量在夫妻二人之间划分。如果企业是夫妻婚后才创办，那么所有股权或者出资额可能都构成了夫妻共同财产，于是夫妻各一半在形式上似乎最为公平。如果其他股东或者合伙人有异议，行使优先购买权即可。问题好像解决了，然而笔者认为这种方案实际上是下下策。因为按照这种方案，离婚后夫妻二人就都成为了公司股东或者企业合伙人，而且大概率二人所持份额相等。双方在离婚时连协议都达不成，现在还成了同一企业的重要决策者，可想而知到时候公司开股东会、董事会时是如何一个场景……恐怕即便是效益不错的企业也经不起这么折腾。

因此，笔者认为在夫妻二人不能达成协议的前提下，不到万不得已不宜对有限责任公司的股权或者合伙企业的出资进行数量分配（除非其他财产不够夫妻二人分配），而应该尽可能进行整体归属判断。

在对企业权益进行整体归属判断时，无外乎两种方案：一是考虑到有限责任公司的人合性因素，直接判决股权归显名配偶一方所有，另一方获得折价补偿；二是类比房产、个人独资企业的归属规则，采取竞价方案，由价高者得，并按照其出价对另一方进行补偿。那么哪种方案更加合理呢？

单纯从企业发展的角度看，直接判决股权归显名配偶一方所有更加有利于公司经营，公司内部治理结构不用发生任何变化。然而这一方案最大的问题在于，如何合理确定配偶另一方获得多少折价补偿？恐怕非常容易产生争议。

笔者认为最合理的方案还是竞价规则。一方面，对有争议的企业权益采取竞价方案，也和《民法典婚姻家庭编解释（一）》第 72 条和第 75 条的规则形成了统一；另一方面，价高者得也就意味着该财产在出价高的这一方心目中的价值大，符合效率原则。且夫妻双方均参与了财产最终归属的博弈，形式上也较为公平。

在采取了竞价规则的前提下，如果是显名配偶一方出价高，获得了公司股权或者合伙出资，自然没有问题；然而如果是非显名配偶一方出价高，获得了公司股权或者合伙出资，那么就又出现了和人合性的冲突问题，如何化解这一冲突呢？笔者认为，这里可以直接将胜出的竞价作为“同等条件”，让其他股东或者合伙人决定是否行使优先购买权。如果其他股东或者合伙人决定行使优先购买权，固然非显名配偶没有最终获得企业权益，但是其获得了完全符合其心理价位的补偿。非显名配偶原本就没有经营该企业，得到这样的结果应该是完全公平合理的。

综上所述，笔者认为最兼顾效率和公平的最终归属方案是：对有争议的具有人合性的企业权益采取整体竞价方案，由出价高一方获得该权益并按照其出价对另一方进行补偿，其他股东或者合伙人有权按照胜出的出价行使优先购买权。

意思自治对三重归属规则的再调整

（一）意思自治对三重归属规则的影响

正如前文所述，对于内部归属规则而言，最重要的是体现夫妻二人对家庭的贡献。而按照“协力理论”，应该推定结婚后夫妻二人对家庭的贡献是相等的，所以婚后取得的财产夫妻二人应该各占一半份额。但是这种各占一半份额的初始设定也可以为当事人通过意思自治而打破，例如，夫妻二人采取了约定财产制，或者其他特别的财产安排，当然应该遵从当事人的意思。

对于外部归属规则而言，最重要的是保护交易安全。因此，在考虑夫妻共同财产的外部归属时，不应该着眼于夫妻内部对财产取得的贡献或者夫妻对财产的特别安排，而应该考虑一般性的财产权归属规则，例如，物权的公示规则、股权的登记规则等。夫妻内部如果有特别的约定，那么也必须将这种特别约定通过符合财产法规格的方式表达出来，才发生外部归属效力。比如夫妻婚后买的房子虽然在夫妻关系内部属于夫妻共同财产，但是如果只登记在夫妻一方名下则应该认定为房屋所有权归该方单独所有，只有登记在双方名下才有可能构成物权法意义上的共同共有。

对于最终归属规则而言，最首要考虑的价值应该是效率，也就是某项具体财产在离婚后归属于谁能够更加物尽其用，从而实现效率的最优化，因此“竞价”规则具有广泛的适用空间。但是，如果当事人自愿作出其他安排，也应该认为当事人自己的选择就是最符合各方利益的效率最大化选择。表面上看，似乎除了外部归属规则还需要和公示规则等相协调，内部归属规则和最终归属规则直接按照当事人的意思自治决定即可，并没有什么疑难。

但是实际上，因为与婚姻有关的意思表示大多含糊不清，所以存在大量意思表示解释的难题。尤其是在各种“名实分离”的情形判断当事人的真实意思尤为困难，包括夫妻间实际出资人与财

产名义所有人分离的情形，以及父母实际出资、子女一方或者双方成为财产的名义所有人的情形。旧有理论常常将三重归属问题混为一谈从而难以得出有说服力的结论，但是如果以区分三重归属的思路进行分析，可以得出更加清晰的解释框架。

（二）夫妻间的财产“名实分离”

学界和司法实务界在夫妻间财产的“名实不符”问题上存在很多争议。比如夫妻一方全款买的房屋登记在双方名下或对方名下，一种观点认为，接受财产的一方取得财产是在婚姻关系存续期间，该房屋属于夫妻共同财产；另一种观点则认为，房屋登记在谁名下就是谁的个人财产，而不能作为夫妻共同财产。

笔者认为上述两种观点都偏离了问题实质。尽管财产取得时间在婚姻关系存续期间，但是并不能推定配偶存在一半贡献，所以不能因此认定为夫妻共同财产；尽管财产登记在一方名下，但是这里处理的并不是交易中财产权的归属，而是财产的内部归属问题，所以财产权的制度也不适用。

实际上，这个问题的关键在于该如何解释给予财产的夫妻一方的意思表示？如果财产处分者的意思表示非常明确，比如他直接表明他的行为是赠与或代持等，自然没有解释的必要。但如果他什么都没说，直接将房屋变更登记给另一方了，我们就要对他这一行为所想表达的意思进行分析：有可能只是表达爱意的情谊行为，有可能是赠与，也有可能是代持，而这些意思表示的法律后果是完全不同的。笔者认为宜区分婚姻中财产和婚前财产进行分析。

1. 婚姻中财产的“名实分离”

如果是就婚姻中新取得的财产，在夫妻双方没有明确意思表示的前提下，在外部公示中形成了不同于各 50% 的归属状况，是否应该认定当事人存在改变婚后所得各 50% 的意思？笔者认为不可以。这仅仅能推定就财产的外部归属达成了一致

意思（可以理解为夫妻间的财产代持），并不推定就财产的内部归属问题形成了任何意思表示。否则如果某个家庭中财产都登记在一方名下（或者被该方占有），岂不是另一方就丧失了全部财产权？

正因如此，《民法典婚姻家庭编解释（二）》第 10 条规定，“夫妻以共同财产投资有限责任公司，并均登记为股东，双方对相应股权的归属没有约定或者约定不明确，离婚时，一方请求按照股东名册或者公司章程记载的各自出资额确定股权分割比例的，人民法院不予支持”，而是仍然要按照共同财产各一半的规则确定股权在夫妻内部的比例。当然，有限责任公司股权的最终归属问题该条没有明确规定，笔者认为应该采取前文所述的人合性公司权益最终归属规则确定。

同理，就房屋所有权等其他财产也应该类推解释《民法典婚姻家庭编解释（二）》第 10 条，婚姻中财产的“名实分离”只决定外部归属，不改变内部归属。

2. 婚前财产的“名实分离”

如果是一方的婚前财产，无论是在婚姻前还是在婚姻关系存续期间，夫妻一方改变该财产的外部归属，似乎都应该认为也存在改变财产内部归属的意思才符合大多数人的期待。问题在于这种对于内部归属的改变是否应该解释为赠与？

传统观点以及《民法典婚姻家庭编解释（一）》第 32 条都将这种意思表示解释为赠与。但是《民法典婚姻家庭编解释（二）》第 5 条的规定改变了传统观点，否定其构成赠与合同的可能性，而认为该约定应属于“广义的夫妻一般财产约定”，并认为当事人不能依据赠与合同规则，以财产权利未转移为由行使任意撤销权。且因为该交易基础通常是为了建立或者维系、巩固婚姻家庭关系，增进双方感情和婚姻家庭凝聚力为目的，所以受益方能够取得多少婚前财产取决于其对婚姻的实质贡献。

这种“广义的夫妻一般财产约定”说，有其优势：（1）将婚姻的维系作为了当事人形成合意的交易基础，避免了闪婚闪离前提下的以婚骗财风险。（2）以婚姻存续的时间和质量决定该部分婚前财产在夫妻间流动的份额，符合内部归属中的公平价值取向。（3）结婚时在房产上加名将不再具有那么大的经济效益，有助于淳化社会风尚。（4）否定了赠与合同的可能性，也就不再区分当事人给予财产的意思是赠与合同还是夫妻财产约定，可以化解司法实践中的判断难题。

但是笔者认为，完全否定赠与合同的解释路径，也可能会带来一个新问题——在没有形式要件的前提下，如何区分是具有法律效果意思的财产约定还是夫妻间的戏言？在过去采取赠与合同解释路径的前提下，形式要件并不具有特别意义，反正赠与财产的一方有任意撤销权，完成财产权转移公示前，可以随时撤销赠与合同。

但是按照如今的规定，夫妻间也将“一言既出，驷马难追”，有可能走向另一个极端，赋予了夫妻一方欠缺审慎思考的允诺以法律效力。鉴于此，笔者认为在解释上宜增加“夫妻财产约定”的形式要件，即使不要求如很多国家那般对夫妻财产约定进行登记，也至少需要采取书面形式。

（三）跨越代际的财产“名实分离”

接下来是另一个难点问题，即父母实际出资，子女一方或者双方成为财产的名义所有人的问题。就该问题法理学界和民法学界分别提出了“家产制”思路和“赠与合同”思路这两条路径。

1. 家产制思路

法理学界普遍认为父母出资为子女买房，其意思仅仅是为几世同堂的大家族增购家族资产，其中并不存在财产的代际流转。并且进一步认为，以“小家庭”为财产主体单位的现代民法和以“大家族”为财产主体单位的中国传统社会是割裂的，忽视了“家”在社会治理中的重要作用。如果再把父母对子女财产的给予简单地理解为赠

与，就是进一步肢解了中国社会的“家本位”，无视“同居共财”的中国传统，吹响“家庭资本主义化的号角”。

那么应该如何评价这种“家产制”解释思路呢？笔者认为，家产制虽然承载了很多学者对于中国传统社会婚姻制度的美好想象，但是实质上是与现代婚姻制度理念完全相悖的。首当其冲难以解释的问题是，如果以“大家族”作为财产主体，那么假如家族中的其中一个小家庭解体，如何分割家族财产？中国古代是不用讨论这个问题的，因为无论是妻子还是赘婿，都无权分割家族财产，最多能够取回嫁妆。

然而现代法治认为夫妻双方有完全平等的财产权，离婚通常要伴随着夫妻财产的分割。不以一对夫妻构成的“小家庭”为单位确定财产的归属，如何解决离婚财产分割问题？本质上，所谓家产制是建立在家族对依附于家族的外来成员的剥削（限制财产取得）和压迫（限制离婚自由）之上的，与现代婚姻男女平等、婚姻自由的理念是相悖的。

现代婚姻制度确实也有着这样那样的问题，比如婚姻结构不稳固、拜金主义盛行等，或者正是基于对这些现象的不满，才使得众人怀念古代家族制度。但社会的发展是不可逆的，古药并非解决当今问题的良方。

2. 赠与思路

民法学界普遍认为，父母实际出资，子女一方或者双方成为财产的名义所有人，在没有更加明确的意思表示的前提下，应该解释为赠与。但是其中的难题是赠与的对象到底是谁？是否包括子女的配偶？赠与是否附条件？

原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下称《婚姻法解释（二）》第 22 条曾规定对于房产的出资，婚前赠与视为对自己子女的赠与，婚后赠与则视为对夫妻双方的赠与。对于前者异议不大，然而对于后者，实践中则始终存在“这真的符合父母

真意？”的疑问。并且随着房屋价值越来越高，这一质疑声也越来越大。

于是《婚姻法解释（三）》第 7 条改变了《婚姻法解释（二）》第 22 条的思路，根据产权登记确定赠与的对象，如果产权登记在出资人子女名下的，则视为只对自己子女一方的赠与。然而该规定在学界广受批判，甚至被评价为反映了起草者“准备后事的末日心态”，以至于《民法典》通过后起草《民法典婚姻家庭编解释（一）》时，老司法解释的绝大部分内容都被保留，但是《婚姻法解释（三）》第 7 条却遭删除。然而《民法典婚姻家庭编解释（一）》又没有提供新的具体判断规则，问题相当于又回到了原点。

正是为了最终解决这一问题，《民法典婚姻家庭编解释（二）》出台了新规则第 8 条：

“婚姻关系存续期间，夫妻购置房屋由一方父母全额出资，如果赠与合同明确约定只赠与自己子女一方的，按照约定处理；没有约定或者约定不明确的，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共同子女情况、离婚过错、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格等因素，确定是否由获得房屋一方对另一方予以补偿以及补偿的具体数额。

婚姻关系存续期间，夫妻购置房屋由一方父母部分出资或者双方父母出资，如果赠与合同明确约定相应出资只赠与自己子女一方的，按照约定处理；没有约定或者约定不明确的，离婚分割夫妻共同财产时，人民法院可以根据当事人诉讼请求，以出资来源及比例为基础，综合考虑共同生活及孕育共同子女情况、离婚过错、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格等因素，判决房屋归其中一方所有，并由获得房屋一方对另一方予以合理补偿。”

最高人民法院之所以如此规定，是在个人主义与婚姻家庭团体主义之间进行平衡：保护出资父母一方权益体现的是对个人财产权利的尊重；

而维护子女配偶一方合法权益，有助于增强其对家庭的认同，鼓励其对家庭的投入和付出，并协助另一方更好地赡养父母，实际上蕴含着对家庭的保护，且从根本和长远上有利于保护出资父母一方权益。笔者赞同最高人民法院在此条所作的价值判断，但是关键是如何将该条纳入教义学体系中。

笔者认为，在解释上应该认为该条是对父母意思表示的合理推定。首先，当父母有明确的约定时，无论是全额出资还是部分出资抑或双方出资，按照当事人之间明确的约定处理。值得注意的是，与夫妻间的财产给予不同，最高人民法院在这里并没有排斥赠与合同的意思。这是因为父母在法律上只有抚养子女的义务，但是在子女结婚的问题上父母实际上没有任何法律层面的义务，所以父母对子女及其配偶的财产给予解释为赠与没有问题，可以享有任意撤销权。

其次，在父母没有明确约定时，要首先遵循父母原则上为自己子女出资的原则，确定房屋在夫妻关系内部的基本归属：当房屋由一方父母全额出资时，房屋应该归该出资方子女一方所有；当房屋由双方父母出资时，房屋应该原则上按照双方出资比例划分夫妻内部份额比例。值得注意的是，这仅仅是确定夫妻财产的内部归属，与外部归属和最终归属都无关。无论房屋登记在夫妻哪一方名下，都不影响前述内部归属的判断。

至于房产的最终归属，笔者认为仍然可以适用《民法典婚姻家庭编解释（一）》第76条由双方竞价确定归属。以上的内容恐怕符合绝大多数父母出资时可推知的意思。最后，完成前述基础归属问题后，再进行综合考量，考虑“共同生活及孕育共同子女情况、离婚过错、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格等因素”，由获得房屋一方对另一方进行补偿。笔者认为，最后这一步是最高人民法院对出资父母意思的善良推定，即父母虽然更疼爱自己的子女，但是如果子女的配偶对家庭的贡献足够多时，父母也愿意拿出部

分财产对子女的配偶进行补偿。这是隐藏在父母赠与意思中的内容。

结论

随着民法典及其系列司法解释的施行，区分内部归属、外部归属、最终归属的夫妻共同财产三重归属规则正在我国成形。内部归属规则决定夫妻之间财产价值的归属，必须符合“协力理论”，价值取向是公平；外部归属规则决定婚姻关系存续期间在外部交易中财产权的归属，婚姻家庭制度本身并不提供特殊规则，纯由财产权本身的制度决定，价值取向是交易安全；最终归属规则决定夫妻离婚后财产权的归属，通常的归属判断标准应是“竞价”规则，价值取向是效率。

上述三重归属规则，都可能因为当事人的意思自治而改变。其中内部归属和最终归属可以纯由当事人的意思表示决定，但是因为与婚姻有关的意思表示大多含糊不清，所以存在大量意思表示解释的难题；外部归属的改变除需要当事人的意思表示外，还需要满足公示要件等财产权变动规则。

对于股票期权收益的内部归属问题，即便当事人通过期权的外部归属规则规避了婚姻关系存续期间，也应该将行权后的收益平摊进行权期间，从而确定行权收益在夫妻内部的份额。对于具有人合性的企业权益的最终归属问题，应采取整体竞价方案，由出价高一方获得该权益并按照其出价对另一方进行补偿，其他股东或者合伙人有权按照胜出的出价行使优先购买权。

当涉及夫妻间的财产“名实分离”且当事人意思表示不明确的：如果是婚姻中的财产，则认定当事人仅就财产的外部归属达成合意，没有改变财产内部归属的意思；如果是婚前财产，则认定当事人形成了改变婚前财产内部归属的“广义的夫妻一般财产约定”，但是存在隐藏的前提条件，即以婚姻存续的时间和质量决定该部分婚前财产在夫妻间流动的份额。

当涉及跨代际的财产“名实分离”且当事人意思表示不明确的：父母的意思表示应在原则上解释为只对自己子女一方的赠与，无论财产登记

在谁名下（仅决定外部归属）都不改变前述结论；仅在子女配偶对家庭付出较多时，推定父母有赠与前述财产的一部分补偿子女配偶的意思。中

贺剑：家事法中的无偿转让 | 中法评 · 专论

原创：2025-06-17 中国法律评论 贺剑

<https://mp.weixin.qq.com/s/jrcHepynIGA6UXonEGjHeg>



贺剑

北京大学法学院长聘副教授

婚姻家庭场景中的赠与、彩礼、继承等无偿转让，意思表示往往难以查明。对此，应诉诸意思表示解释或者任意性规范适用，重点关注无偿转让人单方的通常意愿，考察亲密关系的利益一致性、婚姻家庭特定场景及习俗等因素。其中，父母子女、夫妻之间看似无偿的转让通常并非无偿，例外才构成赠与、彩礼或嫁妆。夫妻一方的婚后赠与、继承所得原则上是其夫妻个人财产；而基于婚姻的赠与、彩礼等所得则大多是夫妻共同财产。彩礼返还、基于婚姻的赠与返还等事后反悔机制，均可以赠与人法定撤销权的类推适用为根据；目的性赠与、情势变更等解释方案各有局限。前述界定、归属和事后反悔机制不可或缺，忽略部分机制的其他替代方案并不足取。

本文原题为《家事法中的无偿转让——从意思表示的谜团切入》，首发于《中国法律评论》2025 年第 3 期专论栏目（第 15-31 页），原文 22000 余字，为阅读方便，脚注从略。如需引用，可参阅原文。购刊请戳这里。

本文的写作得益于王潇同学的研究协助，得益于成尚端、彭小鹰、邓仁江、韩时东、傅天怡、杨慧珍、胡巧莉等同学和同行的批评、建议，并致谢忱。本文系教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“人类辅助生殖技术的法律规制研究”（21JZD032）阶段性成果。

目录

一、分析框架：从探究各方当事人意思到尊重无偿转让人单方的通常意愿

- （一）婚姻家庭场景中的意思表示“谜团”
- （二）意思表示难以查明的潜在解决方案
- （三）意思表示解释和任意性规范适用时的考量因素

二、是否为无偿转让

- （一）单纯涉及亲密关系利益一致性的情形
- （二）涉及婚姻家庭特定场景和习俗的情形

三、无偿所得的夫妻财产归属

- （一）单纯涉及亲密关系利益一致性的情形
- （二）涉及婚姻家庭特定场景或习俗的情形

四、无偿转让事后反悔机制的选择

- （一）赠与人法定撤销权（解除权）的类推适用
- （二）附解除条件赠与、目的性赠与、情势变更等替代方案评析

五、界定、归属和事后反悔三项机制的替代方案

- （一）否定无偿转让的“一阶方案”

（二）忽略或简化夫妻财产归属判断的“二阶方案”

（三）父母为子女提供购房出资问题的分析思路

六、结论

婚姻家庭场景中的无偿转让，通常发生于夫妻之间、父母子女之间，并体现为赠与、继承、彩礼、嫁妆等形式。上述转让发生后，对应转让所得（经济意义上）的终局归属或者分配，部分或全部涉及以下三类问题：（1）前述主体之间看似无偿的转让，是否真的无偿；（2）其中的无偿转让所得，是夫妻个人财产，还是夫妻共同财产；（3）无偿转让人可否事后反悔，请求返还财产（或者财产价值）？

现有研究对上述问题都有涉猎，但聚焦于个别主体之间的特定类型争议，如夫妻间赠与、父母对子女的购房出资、父母对未成年子女的房产转让、离婚协议中的财产给予子女约定、彩礼等。本文拟从相关意思表示难以查明的现象切入，提供整体一贯的分析。《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）》（法释〔2025〕1号，以下称《民法典婚姻家庭编解释二》）第5、8、10、11、15、20条，同样落入前述三类问题，本文一并予以评析。

分析框架：从探究各方当事人意思到尊重无偿转让人单方的通常意愿

（一）婚姻家庭场景中的意思表示“谜团”

在婚姻家庭场景的无偿转让中，往往存在相关意思表示阙如、不明等难以查明的现象。其情形与上文的三类问题对应，包括：（1）无偿转让的意愿难以查明；（2）无偿受让人（是夫妻一方还是双方）难以查明；（3）无偿转让事后可否反悔难以查明。

当事人“没把话讲清楚”，有多方面原因。在客观方面，这主要源于我国（共同共有意义上的）

婚后所得共同制对财产权变动一般规则的偏离。例如，夫妻一方名下的存款、房屋，按照财产法，通常由其单独所有；但按照婚姻法，则既可能是该方夫妻个人财产，还可能是夫妻共同财产，甚至可能是另一方夫妻个人财产。

鉴于此，一项针对特定夫妻财产的法律行为，可能指向截然不同的法律后果：财产法层面的后果、婚姻法层面的后果，或者兼而有之。而对于前述多种法律后果，当事人未必有清晰认识，遑论予以清晰约定。意思表示的疑义由此而生。

《民法典婚姻家庭编解释二》第10条就是明证。根据该条规定，夫妻在“股东名册或者公司章程记载的各自出资额”，原则上意味着“双方对相应股权的归属没有约定或者约定不明确”。其潜台词或道理正在于，前述出资额约定仅单纯指向公司法层面的权属，而不涉及婚姻法层面的权属，后者的相关意思表示阙如或者不明。

在主观方面，当事人有时是没必要把话讲清楚。这见于父母子女、夫妻之间看似无偿的转让是否真为无偿的场景。还有时是由于情面等因素不大允许当事人把话讲清楚。试想，有多少父母在儿子结婚时敢对小夫妻说，“房子在婚姻法上是给儿子的，儿媳没份”，或者“房子虽是给儿子儿媳的，可如果离婚，儿媳分多少得看情况”。至于看何种“情况”，更无法期待当事人事先谈判、逐一列明。

（二）意思表示难以查明的潜在解决方案

当事人意思表示难以查明时，大体有两类解决方案。一是外部助推机制，它旨在督促当事人把话讲清楚。例如，对于夫妻婚后的房屋加名或更名，有些地区会要求提交夫妻财产约定。在北京，夫妻间各类不动产转移登记都须填写《夫妻间不动产归属约定》，并载明：相关不动产将登记为由夫妻双方共同共有，是《民法典》第1062条规定的夫妻共同财产；或者，由夫妻一方单独所

有,是《民法典》第 1063 条规定的夫妻个人财产。据此,赠与意愿有无、夫妻财产归属都一目了然。

二是自治保障机制。多数时候,外部助推机制阙如,就只能诉诸自治保障机制,主要指意思表示解释和任意性规范适用。其中,意思表示解释旨在探求法律行为各方当事人的意思。在意思表示难以查明的所有场合,意思表示解释都多少有用武之地。

任意性规范也应当尽力模拟最大多数当事人的通常意愿,以节省交易成本。不过,无偿转让所得的夫妻财产归属规则是个例外。既有研究指出,如果夫妻一方的无偿转让所得来自其父母、夫妻另一方或者其他在乎财产去向的第三人,(作为任意性规范的)无偿所得的夫妻财产归属,应以无偿转让人单方的(通常)意愿为准。以下稍作展开和补充。

在形式层面,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》(法释〔2023〕13号)第1条第3款规定:“对合同条款有两种以上解释……属于无偿合同的,应当选择对债务人负担较轻的解释。”该条的“负担较轻”,可作为尊重无偿转让人通常意愿的依据之一。

实质理由则在于,夫妻一方的婚后无偿所得是否为夫妻共同财产,虽允许当事人意思自治,但是,在没有约定或者约定不明时,前述无偿所得的归属原本就不是意思自治的产物,而是适用法定财产制的结果。后者有自己的价值考量,就前述夫妻财产归属而言,关键在于尊重无偿转让人的意愿——长期来看,在约定阙如或不明时,如果婚姻法的适用结果背离了无偿转让人的通常意愿,其将被迫谋求明确约定(若可能)或者采取规避措施,如推迟财产赠与的时间、改赠与所有权为赠与使用权或收益权等。这会徒增社会成本,更是对婚姻家庭的“折腾”。

在婚姻家庭场景中,任意性规范(设计或者解释)失当的结果,并不一定是最大多数当事人另

行约定,增加交易成本,而更可能是:一部分人未曾或无法另行约定(意思自治一定程度上“失灵”);另一部分人虽成功约定,但除了金钱成本,还会承受其他成本或代价。下面以父母在子女结婚时赠与购房出资,且无明确约定的四种情形为例。

情形一:假设大多数父母的通常意愿是,购房出资是对子女一方的赠与,是其夫妻个人财产,离婚时由其独享;但法律的任意性规范则将前述出资界定为夫妻共同财产。

于此,出资的父母可分为两类:第一类,因不知晓法律而事前未作决定和安排的,子女一旦离婚,原则上只能承受苦果。但是,也不排除少数人以身试法,如与子女倒签借贷合同、赠与个人的合同等。第二类,事先已经作出决定的,其可选方案包括:(1)“要面子不要里子”,赌子女不离婚,愿赌服输;(2)“要里子不要面子”,与夫妻双方特别是子女的配偶“讲清楚”,明确购房出资是出资人子女的夫妻个人财产;(3)“里子面子都要”,例如,与子女一方私下达成类似约定,但面临举证风险,事后可能被质疑为倒签合同。

作为补救,还有一种目前绝大多数人不知道或想不到的方案:与子女一方私下订立公证协议;如果子女不离婚,永远不要让子女的配偶获悉此事。简言之,要订立“不足为外人道”的公证协议。不论是哪一种方案,缔约或沟通的金钱成本都在其次,关系裂痕、折腾才是婚姻和家庭更难以承受且不应承受的代价。

情形二:假设大多数父母的通常意愿和任意性规范一致,即前述购房出资是出资人子女的夫妻个人财产。在此,情形一中的交易成本、代价就都可以避免。

对于作为少数的其他出资父母而言,如果他们希望购房出资是子女及其配偶的夫妻共同财产,直说就是。在我国的社会文化下,这是法律在帮公婆或者岳父母做“顺水人情”——既然他们想

向儿媳或者女婿赠与（部分）购房出资，即使须明说甚至订立书面协议，都不费吹灰之力，且皆大欢喜。这和情形一的大多数出资人在“里子”“面子”之间的艰难抉择不可同日而语。

至于出资人子女的配偶，若有意求得部分或全部购房出资，同样可以也原本应当诉诸合同自由。以“房产加名”为例，公婆为夫妻双方购房出资，儿媳加名，无论是因为儿子或公婆主动示好，还是源于儿媳争取甚至两家谈判（似乎是常态），当事人潜在的出发点都是：这一切并非理所当然。这多少也印证，大多数人的通常观念是：前述购房出资应当是出资人子女的夫妻个人财产。

情形三：假设大多数父母的通常意愿是，购房出资是对子女及其配偶双方的赠与，是夫妻共同财产，离婚时由二人分享；但是，任意性规范则将前述出资界定为出资人子女一方的夫妻个人财产。在此，大多数出资人的处境，与情形二的少数人境遇类似——任意性规范虽然背离了他们的通常意愿，但另行明确约定，依然是法律在帮他们做顺水人情，“法律唱白脸”“父母唱红脸”。虽然有成本，但皆大欢喜。

情形四：大多数父母的通常意愿和任意性规范一致，即前述购房出资是夫妻共同财产。在此，少数有不同意愿的父母只能诉诸合同自由，与其子女另行约定，并承担情形一中的成本和代价。

不过，有研究提出，应当进一步限制当事人的合同自由。例如，父母向子女为赠与时，子女的配偶享有知情权；如果子女配偶不知情，则前述赠与不构成对子女一方的赠与，而构成对子女及其配偶双方的赠与。又如，如果父母与其儿子约定，购房出资是借贷，而不是赠与，就必须“和儿媳讲好”；不然，就构成对儿子儿媳双方的赠与。

此类见解明显背离了意思自治：法定财产制作为任意性规范，为何不容许当事人自由决定受赠人是夫妻一方，而非夫妻双方？为何不容许当事人订立借贷合同，且一旦订立，还会被自动转化为受赠人是夫妻双方的赠与合同？这些见解背

后，或许有防止当事人倒签合同、伪造证据的考量，但后者本该由证据规则处理（也可以通过采取公证等措施避免），为之而牺牲合同自由，未免得不偿失。

（三）意思表示解释和任意性规范适用时的考量因素

1. 亲密关系的利益一致性

在夫妻、父母子女等亲密关系中，当事人的利益往往一致。当然，程度有别。父母和未成年子女的利益一致性最高，和成年子女则次之。在父母子女关系中，父母爱子女、子女爱父母的程度也有所不同。夫妻之间的利益一致性，视情形而定：婚姻和平时期不分彼此，婚姻危机时期则势如水火。鉴于离婚的风险，夫妻之间的利益一致性整体可能低于父母子女关系。

亲密关系利益一致性的另一面，是姻亲之间的“亲疏有别”。例如，鉴于离婚风险，为人父母者在向子女的小家庭以赠与、彩礼，甚至遗嘱继承、法定继承等方式无偿转让财产时，通常想法不大可能是儿子儿媳、女儿女婿一视同仁，而更可能是“肥水不流外人田”。

2. 婚姻家庭特定场景和习俗

以彩礼为代表，依据特定场景和习俗，无偿转让的意愿不明、受赠人不明等难题可获澄清。例如，男方家庭提供彩礼，女方家庭提供嫁妆，并都由女方收取。基于习俗和常理，首先，前述彩礼、嫁妆均是无偿转让；其次，受让人应是男女双方，而非女方一方。

又如，在父母为子女购房出资场合，有研究指出，基于“伦理压力或声誉”，前述出资应被认定为对子女及其配偶双方的赠与。此处的伦理，应限定为婚姻习俗。其道理在于，在意思表示解释框架下，习俗或者习惯是正当的考量因素，而伦理则否。而依据习俗，父母向子女及其配偶赠与购房出资，也限于结婚前后等特定场景，且当地须存在彩礼或者类似习俗。

3. 两类因素的适用场景

在适用任意性规范、探求无偿转让人的通常意愿时，亲密关系的利益一致性（以及亲疏有别的推论）是主要考量因素，因为此时欠缺其他证据或事实，各方当事人意思难以查明。而在解释意思表示、探求各方当事人意思时，除了亲密关系的利益一致性，更应考察婚姻家庭特定场景和习俗。下文将先考察单纯涉及亲密关系利益一致性的情形，再分析额外涉及婚姻家庭特定场景和习俗的情形。

是否为无偿转让

（一）单纯涉及亲密关系利益一致性的情形

父母子女、夫妻之间的利益一致性，使当事人通常并不注重财产权属的“名分”。在静态的财产公示层面，他们往往不在乎一项财产登记在谁名下或者由谁占有。在动态的财产流转层面，也更容易发生“名实不符”以及基础关系不明的情况。以下稍作展开。

1. 父母与成年子女之间以看似无偿的方式转让财产

这可能是赠与，也可能是借名、代持、借贷或者其他安排。除了直接订立真实合同，还可能采取“阴阳合同”的方式，如名为买卖、实为赠与，名为赠与、实为代持等。如果没有特别场景，这通常难以判断，也很少引发争议。

2. 父母向未成年子女以看似无偿的方式转让大额财产

这原则上不是赠与。父母与未成年子女之间的利益一致性，在所有亲密关系中位居第一。这意味着在其内部关系中，财产“名分”无关紧要。在此背景下，出于各种考量，部分父母有动力将房屋、股票等大额资产登记于未成年子女名下。

该登记过程有不同的交易安排：财产可能从父母流向未成年子女，也可能从第三人流向未成年子女；财产流动的直接基础关系可能无偿，也

可能有偿（如未成年子女购房，父母代为出资）。不同的交易安排，财产的权属变动过程不尽相同。但共同点在于，前述财产在经济意义上都来自父母，父母“出钱”，而未成年子女只是“挂名”。

但是，父母很少真的愿意向未成年子女赠与大额财产。因为通常而言，此种大额赠与基本无益且可能有害。“基本无益”体现为，未成年子女是否拥有大额财产，并不影响父母为之计深远。“可能有害”则体现为，一旦大额财产的所有权人从父母变为未成年子女，根据《民法典》第 35 条第 1 款关于“监护人除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产”的规定，监护人的处分行为有无效之虞，且该风险无法事前排除。这很大程度上会“冻结”前述大额财产，家庭可支配总财富将因此缩水。鉴于此，只有当父母有充分理由“冻结”财产时，如离婚场景，或者为了真正隔离父母的债务风险，父母向未成年子女无偿转让大额财产，才应认定为赠与。

父母对未成年子女的大额财产转让，通常不构成赠与，而属于借名或代持。父母是借名人/委托人，未成年子女是出名人/代持人。当然，这不妨碍子女成年后，真正取得前述财产，但这属于合同的变更，即基于各方当事人同意，当初的借名/代持约定被变更为赠与约定；由于房屋等财产一直登记在子女名下，也无须办理过户登记。

《民法典婚姻家庭编解释二》第 15 条规定：“父母双方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屋后，又以违反民法典第三十五条规定损害未成年子女利益为由向相对人主张该民事法律行为无效的，人民法院不予支持。”该规定应予赞同。

父母以夫妻共同财产购买房产并登记在未成年子女名下，通常并非为了隔离债务风险的赠与（父母事后处分该房产的行为可资印证），而构成借名或代持。其法律后果之一是，未成年子女负有向父母交还房产或者至少允许其任意处置房产的义务。据此，房产虽然登记在未成年子女名

下，甚至在法律上由其所有，但未成年子女对该挂名房产不享有任何经济利益。父母对该房产的有偿或无偿处分，均不“损害未成年子女利益”，《民法典》第35条第1款无适用余地。

退一步而言，假设以夫妻共同财产购买房产并登记在未成年子女名下的行为构成赠与，而父母事后无偿处分该房产，则更有意思的问题是：未成年子女名下的房产先由父母赠与，后由父母无偿处分，这是否属于“损害未成年子女利益”？孤立来看，这是两个不同的行为，父母无偿处分看似损害未成年子女利益；但前后统观，未成年子女的房产得自父母，又因父母而失，其经济利益至少并未因父母的无偿处分而额外受损。这涉及《民法典》第35条第1款的疑义，本文暂不予深究。

3. 夫妻之间通常无赠与

在正常的婚姻状态，夫妻利益攸关、不分彼此。双方所有财产的使用、处置，都遵循生活的逻辑，而非法律的逻辑。在此背景下，夫妻之间通常无赠与。特定夫妻财产的占有、登记等公示方式的变更，不足以表明夫妻双方有变动财产权属的合意；即使有，原则上也不是赠与。因为在夫妻内部关系中，特定财产的权属变动仅影响离婚时的财产分配，对于正常婚姻中的夫妻而言，纯属画蛇添足；即使考虑到和第三人的外部关系，而确需变动财产权属，也可以采取替代安排（如借名、代持），而不是负作用更大的赠与安排。

由此也可解释，为何夫妻共同财产在夫妻之间的公示方式变化，通常并不会使其变成一方的夫妻个人财产。例如，夫妻双方以各自婚前存款作为首付，在婚后购买住房，并登记在妻子名下。若无特别约定、场景或习俗，原则上应认为丈夫并无向妻子赠与购房出资的意思；房屋中包含的夫妻双方婚前存款部分，仍然是各自的夫妻个人财产。

（二）涉及婚姻家庭特定场景和习俗的情形

在一系列婚姻家庭场景中，虽然受赠人是谁不无疑义，但至少存在明确的赠与（无偿转让）意愿。

一是日常生活场景。这大多涉及小额赠与，且罕有争议。如生日礼物、结婚纪念品等。如果由夫妻一方以个人财产购买，则构成对另一方的赠与。

二是结婚场景。彩礼和嫁妆与之有关。彩礼系以婚姻为目的依据习俗给付，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、给付人及接收人等事实予以认定。嫁妆虽法无明定，但也可作类似判断。此外，在没有彩礼风俗的地区，以结婚为契机，父母也可能向子女、子女配偶或者双方转让房产或者其他大额财产。虽然背后缘由不一，可能类似于彩礼，也可能是单纯的家庭财产代际传承，但是，无偿转让的意愿十分清晰。

与彩礼、嫁妆类似，夫妻在结婚前后也可能“基于婚姻赠与房屋”，即一方将名下的婚前房屋过户至双方（加名）或者另一方名下（更名）。其背后考虑不一，但都是基于婚姻，可能是不赠与房屋就不结婚，也可能是为受赠人进入婚姻提供信心（万一日后离婚，受赠人还有经济保障）。这多见于婚后。婚前的房屋加名或更名需要交税，相对少见；且通常只能走赠与途径（不大可能采取买卖方式），并不会妨碍赠与的判定。

三是离婚场景。例如，夫妻一方可能为了挽救婚姻而向另一方转让房产，或者父母在离婚时，也可能为了保障子女的利益而向子女无偿转让房产。

《民法典婚姻家庭编解释二》第20条的“离婚协议约定……财产给予子女”即属此类。在夫妻内部关系上，前述财产给予子女的约定是离婚协议的一部分，一旦生效，不容夫妻一方单独撤销或者变更。这是任何生效约定的应有之义。而从夫妻双方与子女的外部关系来看，前述财产给予子女的约定则属于无偿转让。不过，由于子女

并非合同当事人，前述约定并非赠与合同，而属于《民法典》第 522 条意义上的利他合同约定，即夫妻双方经由离婚协议，向作为第三人的子女无偿转让财产。据此有两点推论。

其一，不论涉及夫妻共同财产还是夫妻个人财产，前述利他合同框架下的无偿转让，都是夫妻双方对子女的转让，而非夫妻财产的权利人（夫妻双方或者一方）对子女的转让。以离婚协议约定丈夫向子女转让其婚前房屋为例，丈夫之所以负担该义务，源自离婚协议的约定，且通常并非毫无对价——例如，作为对价，妻子可能须向丈夫转让部分夫妻个人财产，或者同意分得较少的夫妻共同财产。而子女就该财产的潜在请求权，也同样源自（夫妻双方作为当事人的）前述约定。据此，丈夫无权通过任意撤销权、单方变更等方式，免于承担前述约定项下的向子女无偿转让婚前房屋的义务。

其二，前述夫妻双方在利他合同框架下对子女的无偿转让，有类推适用赠与合同各项撤销权规定的余地。其中，既包括赠与履行前的任意撤销权，也包括履行后的法定撤销权。《民法典婚姻家庭编解释二》第 20 条第 1 款采用赠与人任意撤销权的思路，可资赞同。须指出，在实际向子女给予财产之前，夫妻双方看似还可以基于合同自由，协议变更或者终止向子女给予财产的约定，但这无法解释：当子女基于前述利他合同约定已经取得独立请求权时，为何夫妻双方可以事后剥夺该权利？该疑义的正解，仍在于赠与人任意撤销权的类推适用。

无偿所得的夫妻财产归属

（一）单纯涉及亲密关系利益一致性的情形

上文已述，若无特定场景或习俗，基于夫妻利益一致性，夫妻间通常无赠与。故本部分聚焦于父母对已婚成年子女的无偿转让。

1. 源自父母的赠与所得

基于对赠与人通常意愿的尊重，父母对成年子女的婚后赠与，若无其他因素，应解释为对自己子女一方的赠与，赠与财产是子女的夫妻个人财产。至于婚前赠与，也应如此。

据此，在目的解释层面，《民法典》第 1063 条第 3 项“遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产”中的“确定只归一方”，应解释为“约定只归一方”，从而使赠与所得的夫妻财产归属取决于赠与合同的约定。该“约定”除了狭义合同解释意义上的约定，还应当包括合同补充解释（合同漏洞填补）意义上的约定。

从反面来看，前述“确定只归一方”倘若被限定为“明确约定只归一方”，根据《民法典》第 1062 条第 1 款第 4 项，那些由默示约定或者合同补充解释承载的、仅赠与自己子女一方的赠与与人意愿，就将被错误解释为对子女夫妻双方的赠与。此种“默示约定不是约定”的反常见解，旨在激励赠与人明示约定，但不仅罔顾了赠与人的通常意愿，更忽略了赠与人明示约定仅赠与子女一方的现实难度（参见本文第一部分第二节）。

2. 源自父母的遗嘱继承所得

遗嘱继承和赠与适用相同的夫妻财产归属规则，其背后道理也相通：父母通常不愿意看到，其遗产在子女离婚时被子女的配偶分走一半。据此，遗嘱中向子女分配遗产的“约定”应等于“确定”。例如，“房产归子女 A”的表述，应解释为“房产确定只归子女 A”，其完整含义为“房产归子女 A，且是其夫妻个人财产”。

3. 源自父母的法定继承所得

初步来看，婚后法定继承所得不属于《民法典》第 1063 条第 3 项的情形，因而一律是夫妻共同财产。由此，至少在经济意义上，相应遗产份额就并非由已婚的法定继承人独享，而是一律由其与配偶分享。

但前述推论违背了法定继承规则旨在贯彻的被继承人的通常意愿。例如，在法定继承中，为人父母的遗愿是子女分得 100 元遗产，而不是子女

仅在继承法上“口惠式”分得 100 元，但在法律和经济层面最终仅分得 50 元，而剩下 50 元却由子女配偶取得。为尊重法定继承场合被继承人的通常意愿，避免在实质上架空《民法典》第 1127 条、第 1130 条关于法定继承的规定，《民法典》第 1062 条第 1 款第 4 项应作限缩解释，排除夫妻一方从父母处取得的法定继承所得。

另外，在目的解释层面，纵然我国婚后所得共有制的立法目的是（宽泛的）更多关注家庭和夫妻生活共同体而非个人，但据此仍无从推导出，夫妻一方的婚后法定继承所得与婚后工资收入等婚后所得一样，“都是满足婚姻共同体存在的必要财产”，进而必须是夫妻共同财产。

同理，夫妻一方源自兄弟姐妹的婚后法定继承所得，也应作类似限缩解释。相反，源自子女的婚后继承所得则视情形而定：被继承人若是夫妻双方的共同子女，则遗产是夫妻共同财产；若仅为夫妻一方的子女，则遗产仅为该方的夫妻个人财产。背后道理依旧在于尊重被继承人的通常意愿；只不过，亲疏有别，意愿的内涵也有所不同。

4. 夫妻一方放弃继承大多有效，道理亦在于继承所得是其夫妻个人财产

《民法典婚姻家庭编解释二》第 11 条规定：“夫妻一方以另一方可继承的财产为夫妻共同财产、放弃继承侵害夫妻共同财产利益为由主张另一方放弃继承无效的，人民法院不予支持……”对此，学者多以继承权是身份权、其放弃与夫妻财产利益无关予以论证。即在遗产分割后，继承人对遗产享有的财产权利虽然是夫妻共同财产，其放弃构成无权处分；但在遗产分割前，继承人仅对遗产享有继承权，该权利是身份权，继承人可以自主、有效放弃。

鉴于遗产分割完全系于继承人之手，前述法律技术的区分将助长法律规避的风气：基于生活常识，夫妻一方在遗产净值为正的情形下放弃继承权，绝不是单纯的自由行使继承权或者身份权，而旨在规避法定财产制的适用，即将本可获得的、

属于夫妻共同财产的继承所得无偿转让给其他继承人（如父母一方或者兄弟姐妹），甚至之后以各种方式再行取回。

根据上文分析，前述第 11 条的结论大体仍可成立，但理由在于：以源自父母和兄弟姐妹等为限，婚后继承所得是夫妻个人财产。夫妻一方放弃所谓“继承权”，进而放弃继承开始后的遗产份额，虽然是向其他继承人无偿转让财产，但所转让的是其夫妻个人财产，因而并未“损害夫妻共同财产利益”。

（二）涉及婚姻家庭特定场景或习俗的情形

上文已述，在结婚、离婚等特定场景或习俗之下，夫妻、父母子女等亲密关系主体之间的大额财产转让，不难认定为无偿转让。但是，关于受赠人是谁，则存在疑义。鉴于各地的婚姻习俗未必包含此等内容，意思表示解释的空间相对有限；更多时候，只能回归亲密关系的利益一致性，探求无偿转让人单方的通常意愿。

1. 彩礼和嫁妆

彩礼和嫁妆的夫妻财产归属，目前罕有讨论，《彩礼规定》也未提及。如果各地婚俗对此有明定，自应以习俗为准。但许多时候，习俗也无能为力，而只能排除部分选项。

以彩礼为例，如果接收人是女方父母，则彩礼至少不是夫妻共同财产。但是，“彩礼究竟归女方父母，还是女方自己”，抑或是女方及其父母的家庭共同财产？习俗未必有明确回答。毕竟，在习俗正常运行的大多数场合，并不会发生法律纷争，更无须对罕见个案（如女方与自己父母争夺彩礼）提供结论。

又如，如果彩礼接收人是女方，而非女方父母，习俗也未必会明确，彩礼是对女方一方的赠与，还是对男女双方（小家庭）的赠与。在此，意思表示解释无能为力；只能回到任意性规范的适用，诉诸无偿转让人单方的通常意愿。不论彩礼给付人是男方自己，还是男方父母，从他们的通

常意愿出发，前述给女方的彩礼都应解释为对男女双方的赠与，构成小家庭的“启动资金”。

此外，这也可以合理解释，为何用于家庭共同生活的彩礼无须返还。正面来看，如果彩礼是夫妻共同财产，这是当然之理。反面来看，如果彩礼是女方的夫妻个人财产，则夫妻共同财产将负对女方个人财产的补偿义务；或者说，对于共同生活消耗的彩礼，女方仍须返还其中一半，而非完全无须返还。即使从禁止重复得利原则出发，同样不能以男方因彩礼消耗而获益为由，认定女方无须返还彩礼。在此，男方获益，女方也获益，故女方仍须返还其中一半。

嫁妆的归属判定也类似。基于习俗，如果彩礼、嫁妆并存，且嫁妆的经济价值大致等于或者高于彩礼，则男方接收的嫁妆应认定为女方父母对小家庭的赠与，是夫妻共同财产。作为例外，如果仅有嫁妆而无彩礼，则习俗无能为力。从女方父母的通常意愿来看，此等嫁妆与父母对子女和普通赠与无异，原则上是女方个人财产。

2. “基于婚姻”的赠与

在结婚、离婚等特定场景，还可能存在“基于婚姻”的赠与。但这只是一个模糊的说法：既可能指父母在子女结婚的当口向其传递家业，也可能类似于彩礼，如夫妻一方对另一方的赠与，父母对子女及/或其配偶的赠与。与彩礼、嫁妆场景类似，虽然赠与的意愿不难确认，但受赠人是谁，依旧存在疑义。犹有过之的是，在此几无习俗可依。因此，仍然只能诉诸无偿转让人的通常意愿（任意性规范适用），以及其他跟受赠人有关的证据（意思表示解释）。以下分类讨论。

其一，夫妻间赠与。只要存在赠与意愿，至少可以确认，夫妻另一方是受赠人。不过，鉴于离婚风险，特别是离婚财产分割的后果，从赠与人的通常意愿来看，夫妻间赠与不应解释为一方对另一方的赠与，而是一方对双方的赠与，是夫妻共同财产；当然，另有约定的除外。

其二，父母对子女配偶或者子女及其配偶的赠与。其前提是可以确认，子女配偶至少是受赠人之一。这往往只能基于日常生活经验，结合个案事实判断。例如，父母将房屋过户到子女配偶名下，或者亲自出面、出资购房，但将房屋登记到子女配偶名下或者子女及其配偶名下。在这些场合，至少可以确认，子女配偶是受赠人之一。同时，与上文分析类似，鉴于子女离婚风险，除非有相反约定，作为赠与人的父母的通常意愿是，不论过户登记情况如何，前述赠与都是对子女及其配偶双方的赠与，而非对子女配偶的单方赠与。此类赠与还可能发生在婚前。婚前虽无法定财产制适用，但男女结婚后，前述赠与所得仍应认定为夫妻共同财产，以尊重无偿转让人的通常意愿。

其三，父母对子女的赠与。如果无从确认，子女配偶也是受赠人之一，父母对子女婚后的房屋、购房款等赠与，均应认定为对子女单方的赠与，是其夫妻个人财产。其道理，同样是为父母者的通常意愿。

在征求意见阶段，《民法典婚姻家庭编解释二》第 5 条的前身——《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）》第 4 条曾有一个（非正式的）标题：“基于婚姻赠与房屋的处理”。该“基于婚姻”的限定，在正式稿中隐而未现，但至关重要。这体现在以下两点。

其一，夫妻间看似无偿的转让，可能是（基于婚姻的）赠与，也可能是其他安排，如代持、借名；受赠人也不必然是夫妻双方。鉴于此，前述第 5 条第 2 款的含义如果是——一方将房屋转移至另一方或者双方名下的行为一律属于对夫妻双方的赠与——就未尽妥当。合理的解释方案是，应依据该款提及的“给予目的”，将该款的适用范围限定为“基于婚姻”的赠与。可资印证的是，前述第 5 条第 1 款的适用场景是，一方约定将房屋“转移登记至另一方或者双方名下”但未实际办

理转移登记——鉴于夫妻双方订立此类约定并非无故，该约定通常就应解释为（基于婚姻的）赠与。

其二，父母对子女及/或子女配偶的赠与，也只有是“基于婚姻”的赠与，且有证据表明子女配偶是受赠人之一时，才构成对子女及其配偶的赠与。在其他场合，则构成对子女单方的赠与。

《民法典婚姻家庭编解释二》第 8 条表述上一律将父母的购房出资界定为对子女及其配偶的赠与，应予以限缩解释。

无偿转让事后反悔机制的选择

婚姻家庭场景中的无偿转让，可否事后反悔？除了彩礼的返还，这还涉及夫妻一方对另一方的赠与返还、父母对子女配偶的赠与返还等“基于婚姻”的赠与返还。

在正当性层面，部分场景下的返还理所当然：基于习俗或者各方当事人意思，因女方原因而未成婚，彩礼自应予返还。但是，其他类型的彩礼返还和赠与返还，其正当性仍有待思考。例如，女方在接受男方家庭的彩礼、女婿在接受岳父母赠与的购房出资时，各方当事人是否会同意，如果婚姻存续 5 年，或者受让人在婚姻中付出较少，离婚时受让人仍须返还一定数额的彩礼或者购房出资？

尽管如此，现有研究并不质疑前述事后反悔机制的正当性，且都致力于从无偿转让人的意愿、意思表示、行为“目的”、交易基础等角度予以证成。目前的分歧仅在于，应当采取何种解释方案。

（一）赠与人法定撤销权（解除权）的类推适用

1. 《民法典》第 663 条的规范目的

《民法典》第 663 条规定了赠与人在赠与合同履行后的法定撤销权。一般认为，该条体现了对受赠人忘恩负义的责难，或者与之关联的“公平和诚信原则”“社会主义核心价值观”等。这贴近管制的思维。

本文赞同前述实质判断，但倾向于从自治角度解读：第 663 条是关于赠与合同法定撤销权的任意性规定，旨在保障赠与人对受赠人不忘恩负义等特定行为的期待（合同目的之一）。赠与合同虽然无偿，即受赠人并不负有任何对待给付义务，但是，“吃人家的嘴软，拿人家的手短”，受赠人在受赠之后，仍然负有特定的行为义务。一旦违反，导致赠与人的期待/合同目的落空，赠与人将享有法定撤销权——更准确地说，是（受赠人违约时的、无溯及力的）法定解除权。

赠与人的特定期待（以及对应的受赠人行为义务），大体可分为两类。

第一类是人与人之间的通常期待。《民法典》第 663 条列举的三类情形均属此类，包括：受赠人应当履行原本由“赠与合同约定的义务”（但不构成对价），以及原本存在的、赠与人所看重的法定义务，如对赠与人的法定扶养义务，以及不得严重侵害赠与人或者其近亲属的义务。

以此类推，还可能包括：父母在子女结婚时赠与房产并共同居住，子女婚后不得将父母“扫地出门”；男子贫贱时女友有所馈赠，男子发达后不应始乱终弃。就此而言，即使第 663 条阙如，赠与人仍可诉诸法定解除权的一般规定，在受赠人违反前述义务时享有法定解除权。而第 663 条的实益在于，以类型化方法明确了赠与人的部分行为义务。

第二类是特定场景下的特殊期待。在婚姻家庭场景中，主要是“基于婚姻”的期待，包括婚姻成立（结婚）的期待和婚姻存续的期待。受赠人的对应义务，就包括不应当中途变卦不结婚、因自己过错导致离婚等。

如果说第一类通常期待是受赠人不得忘恩负义，第二类特殊期待则类似于受赠人不得背信弃义。两类期待均对应于受赠人的相应行为义务，并由法定撤销权保障。

2. 《民法典》第 663 条的类推适用及解释力

基于《民法典》第 663 条旨在保障赠与人特定期待、遏制受赠人忘恩负义或者背信弃义等行为的规范目的，该条可类推适用于彩礼返还等各类“基于婚姻”的无偿转让。

需要注意的是，不论是包含债权债务的赠与合同，还是并无债权债务内容的即时赠与，赠与人都享有前述特定期待，《民法典》第 663 条也都有类推适用余地。而且，与合同解除规则类似，赠与人只要以诉讼或非诉方式请求返还，就可以解释出行使撤销权（解除权）的意思。

最关键的是，赠与人特定期待的内涵不同，撤销事由的构成也有差别。据此，目前的彩礼返还和“基于婚姻”的赠与返还规则大体可以得到证成。

其一，在彩礼返还规则中，彩礼给付人的期待主要是“婚姻成立”。其核心内容是日常观念中的婚姻成立——不仅有婚姻之名（婚姻登记），还得有婚姻之实（共同生活）。此外，男女双方即使有婚姻之名实，可一旦离婚且满足若干条件，仍可能“结了约等于没结”。

目前彩礼返还规则的考量因素，大体反映了彩礼给付人关于婚姻成立的想象或期待：

（1）共同生活时间，如果较短则约等于婚姻没成立。

（2）孕育情况，如果双方生育了子女，相当于完成了婚姻的部分使命（传宗接代）；反之，则未必。

（3）双方过错，如果是彩礼给付人一方阻挠了婚姻登记或者共同生活，或者导致离婚，则虽婚姻未成立或近于不成立，但错在给付人，接收人的行为并未违背给付人的期待。

（4）给付人生活（绝对）困难。有研究从基本生存权保障角度予以分析，但这无法解释，为何男女不离婚时，给付人生活困难却无权请求返还彩礼。相反，从给付人的期待来看，如果给付人因给付彩礼陷入生活（绝对）困难，意味着其“无

力负担再娶的彩礼”，这与给付人以彩礼换婚姻的期待（合理与否暂不论）不符。

（5）彩礼数额。彩礼数额原则上不应予以考虑。因为虽然各地都有通行或相对客观的标准，但各人经济条件不同，主观偏好有异，不能强求一致。所谓“彩礼数额过高”（《彩礼规定》第 5 条第 1 款），宜解释为“过高”部分的彩礼反映了给付人对“婚姻存续”（而非婚姻成立）的期待，因而可以适用相应返还规则，以下详述。

其二，在“基于婚姻”的赠与返还规则中，赠与人的期待是“婚姻存续”。以夫妻间基于婚姻赠与房屋为例，《民法典婚姻家庭编解释二》第 5 条第 2 款规定，如果婚姻关系存续时间较短且给予方无重大过错，房屋可以归给予方所有，同时应结合给予目的，综合考虑共同生活及孕育共同子女情况、离婚过错、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格等因素，确定另一方可否获得补偿以及补偿的具体数额。就“婚姻存续”的期待而言，婚姻存续时间是首要考量因素。

而且，“婚姻成立”要求的婚姻存续时间较短，而“婚姻存续”要求的婚姻存续时间明显更长。共同生活、孕育子女情况以及离婚过错，也可作为婚姻存续情况的指标。但是，“对家庭的贡献大小”则不无疑问。该因素由《民法典》第 1088 条专门调整，且并未成为夫妻共同财产分割的考量因素，也是佐证。

（二）附解除条件赠与、目的性赠与、情势变更等替代方案评析

1. 整体比较

关于彩礼返还或基于婚姻的赠与返还，目前还有附解除条件赠与、目的性赠与（目的性给付、给付目的不达的不当得利）、情势变更等替代解释方案。它们与前述法定撤销权方案类似，都旨在保障无偿转让人的特定期待、意愿或目的，并大体属于两类不同的路径。

一是意思表示解释路径。附解除条件的赠与即属此列。意思表示解释路径致力于从赠与、彩礼等行为的内容本身发现返还规则的所有构成要件和法律后果。在彩礼返还的部分场合，如果有明确习俗（不结婚就返还彩礼），这非常顺畅。但是，对于其他场合的彩礼返还（如结婚后又离婚），以及各种基于婚姻的赠与，意思表示解释路径就力有不逮。当然，逻辑上并非走不通；只不过，以“解除条件”囊括前述丰富的要件和后果，拟制色彩过浓。

二是任意性规范的适用路径。目的性赠与、情势变更、法定撤销权均属此类。这一路径将返还的法律后果和部分构成要件交由任意性规范填补；无偿转让人的期待或目的，仅为相应规范的构成要件之一，甚至仅以规范目的的身份出现。其拟制色彩较弱，可操作性更强。而且，不同于夫妻财产归属场合的任意性规范，无偿转让人的期待或目的，不只是其单方的通常意愿，而是依附于合同框架，反映了各方当事人的意思。以下逐一评析各替代方案。

2. 附解除条件的赠与

除了拟制色彩浓厚，其主要局限在于，解除条件一旦成就，赠与解除的后果自动发生，赠与人的事后决定自由被排除。这类似于解除条件与约定解除权的区别。至于担心解除条件只能“全有全无”，无法实现弹性的部分返还，倒大可不必。解除条件并非机械的法律规定，而是对合同约定的描述——经由意思自治，自然可以有允许弹性返还、类似于无名合同的“解除条件”约定。

3. 目的性赠与

以不当得利为根据的目的性赠与，是目前的流行方案之一。其与法定撤销权、情势变更两项方案的区别，主要在于以下问题：应对合同目的落空的适当技术路径是不当得利，还是合同解除？目的性赠与与选择了不当得利路径，而后两项方案选择了合同解除路径。

目的性赠与方案的局限有四：（1）与附解除条件的赠与类似，目的性赠与的不当得利返还请求权自动发生，未能充分保留决定自由。（2）其所属的不当得利框架，仅能个别，而非一般性地证成返还规则中的“双方过错”（如离婚过错）因素。（3）其所属的给付目的不达的不当得利，只能处理没有赠与合同作为基础关系的即时赠与，如彩礼给付。如果存在赠与合同等基础关系，且其并未因撤销、解除而消灭，不当得利就无用武之地。（4）给付目的不达的不当得利虽有学理基础，但并未被《民法典》第 985 条明确承认。

另外，以部分返还为特色的目的性赠与，未必能与不当得利制度兼容。给付目的不达的经典例证，是全部返还意义上的彩礼返还，即在婚姻未缔结、目的（动机）根本未达成时，彩礼应予返还。它未曾设想：如果目的部分达成、部分未达成，或者因当事人过错而未达成，该如何处理。

相反，债务人的履行是否符合合同约定，债务人是否因此丧失已经取得的给付，通常属于违约责任与合同解除范畴。在一个不承认合同解除的法律世界里，未尝不可以求助于不当得利；但在现行法上，跳过成熟的合同解除而强行扩张不当得利，未免舍近求远。另外，德国法虽明确承认给付目的不达的不当得利，但如下文所述，对“基于婚姻之给予”，却依然（勉强）诉诸交易基础丧失，而非给付目的不达，似乎也说明：不当得利之路走不通。

4. 情势变更与“基于婚姻之给予”

在德国法上，“以婚姻为条件的给予”主要由《德国民法典》第 313 条的交易基础丧失规则处理。我国学者受此启发，倡导以情势变更原则解释各类基于婚姻的赠与返还。该方案虽与法定撤销权同属于合同解除路径，却有如下局限。

首先，违背了《民法典》第 533 条关于情势变更的规定。其一，离婚风险以及婚姻未缔结的风险是婚姻家庭场景的典型风险，很难说当事人在赠与时“无法预见”。其二，赠与合同已履行

完毕，不满足“继续履行合同”特别是履行赠与义务对于当事人一方明显不公平的要件。

其次，从情势变更的原理来看，它也无法如论者所言，“目的性扩张”适用于合同履行完毕之后。情势变更所处理的重大变化，必须是合同成立后、履行完毕之前的重大变化。从正面来看，正因为上述重大变化在当事人订立合同时无法被预见，又足以导致合同权利义务在履行阶段的“明显不公平”，基于公平原则，或者基于对当事人潜在意思的尊重，原合同条款才有被解除或变更的必要。

从反面来看，情势变更也不应当扩张适用于合同履行完毕之后的重大变化。该变化所影响的，只可能是当事人基于合同取得的财产、服务的使用价值或者交换价值。此种风险，属于财产权的固有风险，应由合同履行完毕后、已经成为财产权人（而不再是合同债权人）的当事人一方自行承担。不然，任何履行完毕的合同都有被再度解除或变更之虞，稳定的交易预期就无从谈起。

与之类似，赠与人在合同履行过程中的重大变化，如经济状况显著恶化，固然足以产生穷困抗辩权（类似于基于情势变更的解除权），但如果穷困事件发生于赠与合同履行完毕后，为维护“社会财产关系的稳定”，赠与人并无类似抗辩权。

与情势变更原则的扩张不同，法定撤销权方案的内在逻辑更为一贯。它承认，离婚、不结婚等风险，是当事人所能预见的典型风险，也是赠与完毕后才发生的“重大变化”。而法定撤销权的类推适用，正旨在基于赠与人对受赠人不忘恩负义、不背信弃义等的特定期待，合理应对前述风险和变化。

界定、归属和事后反悔三项机制的替代方案

在当事人意思表示难以查明时，前述界定、归属和事后反悔机制，逻辑上各司其职、依次递进

（“三阶方案”），以保障意思自治。但是，也存在功能近似的替代方案，以下予以评析、比较。

（一）否定无偿转让的“一阶方案”

一种方案是，直接在无偿转让的界定环节完成财产的终局分配（“一阶方案”）。例如，父母在成年子女结婚前后为夫妻双方购房出资，可能被界定为借贷，以确保前述购房出资终局归属于出资一方：直接归属于出资人，从而间接归属于出资人的子女。

显然，在当事人意思表示难以查明时，“借贷说”不合常理——在子女结婚的当口，一方或双方父母为夫妻双方购房出资，照理是不打算要回来的。但另一方面，从出资人及其子女的通常意愿，特别是双方的经济利益一致性来看，他们并不在乎，购房出资在法律上是赠与还是借贷；他们在乎的是，购房出资留在他们内部，而不是在离婚时被子女的配偶瓜分——而“借贷说”，至少可以确保这一结果。

在前述情形下，根据上文的“三阶方案”，购房出资首先构成赠与；其次，通常也属于出资人子女的夫妻个人财产，离婚时由其独享。与“一阶方案”相比，这更全面、准确反映了无偿转让人的通常意愿。

（二）忽略或简化夫妻财产归属判断的“二阶方案”

另一种方案是，忽略或简化无偿所得的归属环节，而以无偿转让的事后反悔机制间接实现财产终局分配（“二阶方案”）。其中，又有不同版本。

例如，在彩礼返还规则中，彩礼所得的夫妻财产归属判断（以女方接收彩礼为限）被径直忽略。又如，在父母为子女购房出资的返还规则中，所购房屋以及购房出资一律被隐含界定为夫妻共同财产，但在分割环节，购房出资在相当程度上又由出资人子女一方独享（《民法典婚姻家庭编解释二》第8条）。再如，介于两种做法之间者，是

夫妻间基于婚姻赠与房屋的返还规则：房屋虽一律被认定为夫妻共同财产，但其分割并未明确考虑房屋的出资情况（《民法典婚姻家庭编解释二》第 5 条）。

“二阶方案”与“三阶方案”许多时候功能相当。例如，对于 100 元的无偿转让，二者理论上均可实现 0—100 元的返还。但是，“二阶方案”的固有缺陷在于，无偿转让的事后反悔机制本身无法回答如下先决问题：返还义务人取得了哪些（可以被反悔的）无偿所得？这是本该在无偿所得归属环节予以回答的问题，但“二阶方案”予以忽略，或者“一刀切”给出一律是夫妻共同财产的判定。这不仅在名义上，在实际效果上也可能违背无偿转让人的通常意愿。

例如，一方父母全额出资为夫妻购置房屋，如果单独登记在自己子女一方名下，且无另行约定，就几乎只可能是对子女一方的赠与，而非对子女及其配偶双方的赠与；购房出资就应当是出资人子女的夫妻个人财产。

但是，在“二阶方案”下，前述购房出资会先一律被当作夫妻共同财产，然后再适用事后反悔机制，在考虑婚姻存续时间、共同生活、孕育情况等要素后，由出资人子女及其配偶分享。更大的风险在于：

如果法律适用者忽略了“二阶方案”之下事后反悔机制的双重角色（夫妻财产归属机制+事后反悔机制），而直接将购房出资视作普通的夫妻共同财产，以平分作为出发点，其分割结果更会与“三阶方案”的结论（出资人子女独享购房出资）相去甚远。

鉴于此，针对彩礼返还和基于婚姻的赠与返还，一个关键注意事项为：在目前规则下，相应彩礼、赠与所得虽然名义上是夫妻共同财产，或者夫妻财产归属不明（如彩礼），但在分割时，不能一律以平分作为出发点，而应综合考量相关因素，视“情形”而定。所谓“情形”，就是在观念上回到“三阶方案”的第二步，先行判断无偿所得

的夫妻财产归属，从而殊途同归，力求实现与“三阶方案”相同或相近的结果。

（三）父母为子女提供购房出资问题的分析思路

父母在成年子女结婚前后赠与购房出资，所购房屋在子女离婚时应如何分割？对此，历来争议甚多，以下结合上文所述，简述其分析思路。

（1）区分购房出资的赠与和房屋的赠与。在赠与与购房出资的场合，父母所赠与的并非所购房屋，而是购房资金。对此，只能先界定购房出资的夫妻财产归属。而所购房屋，仅部分或全部是该出资在婚姻法上的“代位物”。

（2）区分赠与对象是夫妻一方还是双方。对于受赠人是谁，如果有习俗，以习俗为准；如果习俗阙如，只能根据彩礼接收人、房屋登记等情况，初步确定受赠人范围。如果可以确定，出资人子女的配偶至少是受赠人之一，则赠与的出资或房屋原则上构成出资人对子女及其配偶的赠与，是夫妻共同财产。如果无从确定受赠人是否包括出资人子女的配偶，则仅成立对子女的单方赠与，赠与财产是其夫妻个人财产。

（3）出资的时间节点不具有决定性意义。即使是婚前出资，只要有习俗、特定场景作为支撑，仍可能属于彩礼或者基于婚姻的赠与，从而原则上是夫妻共同财产。相反，即使是婚后出资，上文已述，也可能是出资人子女一方的夫妻个人财产。

（4）出资所购房屋的登记情况，对于探明意思表示有重要作用。这是因为在购房出资转化为房屋的过程中，仍然存在意思表示解释的变数。主要涉及下述三种场景。

其一，购房出资是出资人对子女及其配偶的赠与，所购房屋登记在双方名下，或者子女配偶一方名下。鉴于购房出资已经是受赠人的夫妻共同财产，其登记状况并不影响夫妻财产的归属。而且，除非有特别事实，如户口、限购政策等因素，在各方都有意将购房出资赠与夫妻双方的背景下，所购房屋不大可能仅登记在出资人子女一方名下。

其二，购房出资是出资人对子女一方的赠与，但所购房屋登记在子女及配偶双方名下，或者子女配偶一方名下。这主要归因于夫妻间（基于婚姻的）赠与：基于出资人的通常意愿，购房出资虽然成为其子女一方的夫妻个人财产；但是，这并不妨碍其子女之后自主决定，将该出资赠与夫妻共同或者夫妻另一方。

其三，购房出资是出资人对子女一方的赠与，且所购房屋登记在子女名下。在赠与全部购房出资的场合，所购房屋完全是购房出资的代位物，是出资人子女的夫妻个人财产。在赠与部分购房出资的场合，所购房屋仅部分是购房出资的代位物，因而可能是夫妻个人财产、夫妻共同财产的混合，或者其他混合情形；而且，还涉及（在房屋总价值中占比较大的）房屋婚后增值分配等内容。

上文已述，《民法典婚姻家庭编解释二》第 8 条采取了“二阶方案”的子类型之一：将购房出资以及所购房屋一律界定为夫妻共同财产；而在夫妻共同财产分割环节（夫妻个人财产无从分割），则引入事后反悔机制，并额外考察出资因素（这接近于将购房出资再度“界定”为出资人子女的夫妻个人财产）。在解释论层面，如欲得出与“三阶方案”相同或相近的结论，关键在于对相关考量因素的适用。

具体而言，如果购房出资属于父母对子女的单方赠与，在分割作为夫妻共同财产的房屋时，应主要考虑出资来源，使购房出资价值一律由出资人子女一方独享；房屋中的婚后增值等其他价值，则适用夫妻共同财产分割的一般规则。

相反，如果购房出资属于对子女及其配偶双方的赠与，它原则上是夫妻共同财产（有明确约定时，才是出资人子女配偶的个人财产）。分割时，仅需考虑“共同生活及孕育共同子女情况、离婚过错”等赠与返还的考量因素，而无需顾及夫妻共同财产分割的一般原则。另外，夫妻共同财产中归属于出资人子女的部分，直接由该子女一方

独享；涉及返还规则适用的，仅为子女配偶一方获赠的相应财产份额。

结论

婚姻家庭场景中的各类无偿转让，意思表示往往难以查明。对此，应诉诸意思表示解释或者任意性规范适用，前者旨在探求各方当事人意思，后者则主要尊重无偿转让人单方的通常意愿。主要考量因素包括：父母子女、夫妻等亲密关系主体之间的利益一致性（以及姻亲之间的亲疏有别）；婚姻家庭的特定场景和习俗（如彩礼）。

基于亲密关系的利益一致性，父母子女、夫妻之间看似无偿的转让原则上不是赠与，而是借名、代持等安排。作为例外，基于结婚、离婚等特殊场景和习俗，仍存在彩礼、“基于婚姻”的赠与等无偿转让。

在单纯涉及亲密关系利益一致性的情形下，夫妻之间通常无赠与。而夫妻一方源自父母（以及兄弟姐妹等）的婚后赠与或继承所得，应是其夫妻个人财产，以契合父母等无偿转让人的通常意愿。相反，在彩礼场合，如果彩礼接收人是女方自己，彩礼应为夫妻共同财产；嫁妆也类似。在“基于婚姻”的赠与场合，夫妻间赠与应解释为对夫妻双方的赠与。父母对子女及/或其配偶的赠与，则须关注子女配偶是否为受赠人的证据（如房屋加名）：若有相应证据，成立对子女及其配偶双方的赠与；若无，就是对子女单方的赠与。

彩礼返还、基于婚姻的赠与返还（《民法典婚姻家庭编解释二》第 5 条、第 8 条）等无偿转让的事后反悔规则，旨在保障无偿转让人关于婚姻成立、存续等的特殊期待；与之对应，受让人在受赠之后，负有不忘恩负义、不背信弃义的合同义务，其违反使得转让人有权撤销赠与。《民法典》第 663 条关于赠与人法定撤销权（解除权）的规定在此有类推适用余地；附解除条件赠与、目的性赠与、情势变更等替代解释方案各有局限。

无偿转让的界定、无偿所得的归属和无偿转让的事后反悔三项机制，逻辑上各司其职、依次递进，构成关于无偿所得终局分配的“三阶方案”。此外的替代方案，包括“一阶方案”（直接

否定无偿转让以间接实现财产的终局分配）和“二阶方案”（忽略或简化夫妻财产归属判断，而以事后反悔机制间接实现财产终局分配）则各有不足。中

汪洋：夫妻一方直播打赏的性质、效力与后果 | 中法评 · 专论

原创：2025-06-18 中国法律评论 清华法学院汪洋

<https://mp.weixin.qq.com/s/newMmA7Xst5cndIYnpE2XQ>



汪洋

清华大学法学院长聘副教授

充值行为属于用户和平台之间成立的网络服务合同的部分内容，打赏行为属于发生在用户与主播之间的有偿网络服务行为。若直播含有淫秽、色情或赌博等违法信息，则打赏行为无效，主播应返还收益，平台依据有无过错返还分成收益甚或承担金钱返还责任；用户基于与主播的不正当关系实施高额打赏实为背俗赠与，主播应返还收益。夫妻一方以夫妻共同财产实施的充值、打赏行为在婚姻法维度构成挥霍或者转移夫妻共同财产的，配偶所受损失可依据《民法典婚姻家庭编解释二》第 6 条，依据婚内析产或离婚财产分割

规则得到救济。配偶经由婚姻法维度救济措施仍无法填补的损害部分，还可通过行使债权人撤销权撤销相应行为。

本文原题为《夫妻一方直播打赏的性质、效力与后果——以〈民法典婚姻家庭编解释二〉第 6 条为中心》，首发于《中国法律评论》2025 年第 3 期专论栏目（第 32-43 页），原文 15000 余字，为阅读方便，脚注从略。如需引用，可参阅原文。购刊请戳[这里](#)。

目录

一、直播打赏各方主体之间的法律关系与行为性质

（一）充值行为：用户与平台之间网络服务合同的组成部分

（二）打赏行为：用户与主播之间有偿的网络服务合同关系

二、夫妻一方违法或背俗打赏的法律效果

（一）直播内容违法导致打赏行为无效

（二）主播与用户存在背俗关系导致打赏行为无效

（三）充值行为与打赏行为的效力独立及关联

三、夫妻一方以共同财产充值打赏的法律效果

（一）婚姻法维度：通过婚内析产或离婚财产分割规则保障配偶利益

(二)财产法维度:构成对夫妻共同财产无偿低价的有权处分

(三)平台原则上不负有返还义务

四、结论

近年来,互联网平台经济快速发展,催生网络直播这一新兴行业以及主播这一新兴职业。直播打赏成为平台用户与网络主播互动的重要方式,也出现了未成年人通过网络直播平台充值打赏、夫妻一方以夫妻共同财产充值打赏、天价打赏等社会问题和法律纠纷。

2024 年发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(二)(征求意见稿)》(以下称《征求意见稿》)第 5 条,用四款内容对未成年人以及夫妻一方通过网络直播平台实施打赏行为进行了全面规制,引发社会热议。2025 年颁布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(二)》(法释〔2025〕1 号,以下称《民法典婚姻家庭编解释二》)第 6 条,仅保留《征求意见稿》第 5 条第 4 款的内容,聚焦于夫妻一方擅自以夫妻共同财产进行大额打赏这一行为。

围绕夫妻一方通过网络直播平台实施打赏行为这一社会现象,本文的分析框架如下:首先,界定直播打赏中各方主体之间的法律关系以及充值与打赏这两项行为的性质;其次,分析夫妻一方违法或背俗打赏的行为效力与法律后果;再次,分析夫妻一方以共同财产充值打赏的行为效力,以及在婚姻法维度与财产法维度不同的法律后果;最后,形成结论。

直播打赏各方主体之间的法律关系与行为性质

直播打赏的典型情形是指“用户在网络直播平台中完成充值,并对特定或若干直播内容提供者进行打赏”。根据《互联网直播服务管理规定》,互联网直播服务提供者是为提供互联网直播平台服务的主体,互联网直播服务使用者包括互联网直播发布者和用户。

直播平台成为用户与主播之间的沟通桥梁并负责搭建直播渠道,一方面,向用户提供直播观看服务,用户注册账户、充值都需要与直播平台订立相关《用户协议》或《充值协议》;另一方面,向主播提供包括接受用户打赏在内的一系列直播间技术服务,主播需要与直播平台订立《直播入驻协议》并勾选同意《直播行为规范》。

多数裁判观点认为,直播平台、用户与主播通过两两之间订立协议形成三类相互独立的法律关系。而少数裁判观点认为,平台与主播为一体关系,仅用户与平台之间存在法律关系。

虽然实践中主播与平台之间可能构成劳动关系,主播作为雇员隶属于直播平台;直播平台作为用人单位,负责发放劳动报酬并为主播缴纳社会保险,主播则作为劳动者,以固定直播时长或固定礼物打赏绩效作为工作内容;但是,当下广泛存在各类成熟的作为 MCN 机构(Multi-Channel Network)或直接公会的第三方直播经纪或直播运营公司,更常见的情形是平台仅为主播或者 MCN 机构提供技术服务,平台对主播是否开播、如何开播没有强制性要求。

除了为满足法律法规和监管要求对直播内容的合法性和安全性进行管控,平台不对直播内容进行选择和干预。平台对主播的管理、监督、考察、奖惩机制不同于用人单位的规章制度,因此,平台与主播双方形成的是平等的网络服务合同关系,平台以向主播以及用户双方提供直播技术与服务为对价,换取主播以用户的打赏收益为基数向平台支付对应比例的网络技术服务费。

基于此,本文在主播与平台形成网络服务合同而非劳动合同关系前提下,探讨用户向平台充值以及用户向主播打赏两种行为的性质。

(一)充值行为:用户与平台之间网络服务合同的组成部分

《互联网直播服务管理规定》第 13 条明确规定:“互联网直播服务提供者应当与互联网直播

服务使用者签订服务协议，明确双方权利义务，要求其承诺遵守法律法规和平台公约。”因此，需要厘清用户与平台订立网络服务合同的时间点。在观看平台网络直播时，用户无法直接对主播实施打赏行为，须使用平台虚拟货币兑换打赏道具并实施打赏。

因此，充值行为构成用户实施打赏行为的必要前提，而用户须以其本人身份信息注册直播平台账户后方可充值。非注册用户以“游客身份”观看平台直播的阶段，用户与平台之间尚不存在网络服务合同关系，但双方仍然存在一系列法定的权利义务关系。

用户在平台勾选“已阅读并同意《用户协议》与《隐私政策》”并完成注册登录，意味着已注册用户与平台之间订立网络服务合同，平台基于《用户协议》为用户提供关注或收藏特定直播间、直播中实时互动发言、实施充值行为或打赏行为等直播技术服务，维护平台在电脑端与手机移动端的软件运营，并围绕直播业务提供包括客服服务、纠纷解决等后台职能服务；作为对价，平台基于提供技术服务收取用户直播打赏中的分成收益；用户有义务根据《用户协议》遵守平台基于监管要求以及自身合理需求设定的各项平台规则。

“充值”指用户购买直播平台提供的用于平台内消费的钻石、快币等虚拟工具，并可用于直播打赏、付费内容解锁、会员订阅等消费行为。对于充值换取的对价物如“钻石”或者积分，有的平台否认其虚拟货币的性质；有的平台明确其虚拟货币的消费性质；还有平台认为虚拟货币是“在平台进行相关消费的在线交付的充值类商品”，其用途是“消费平台的虚拟礼物等各项商品或服务”。

实践中不同判决亦存在较大分歧，认为其属于虚拟债权凭证、非财产性权益或虚拟标的物等观点皆曾出现。多数裁判观点将充值行为定性为“网络消费行为”，但是“网络消费”并非法律概念；部分裁判观点从一方给付金钱进行充值换

取另一方的虚拟货币这一双务有偿交换的给付内容角度，认为充值行为更接近于买卖合同，可以类推适用买卖合同的相关规范。

事实上，“钻石”等虚拟道具只是平台控制的系统架构上的一串符码，其是否可以交易、具有何种效力，都是由平台决定并依赖于平台提供的系统。鉴于物债二分的核心区别是物权通过公示获得对抗力，充值获得的虚拟道具对抗的仅是平台，并不存在需要对抗的第三人，因账号被盗导致的虚拟道具损失则可以通过侵权法解决。

因此，无须将“钻石”等虚拟道具定性为物权，用户的充值行为也就不需要采取买卖合同的架构。更何况，将网络消费引向买卖之定义仅旨在表明用户“享有”虚拟道具之使用权限，而买卖合同相关规范所处理的风险负担、瑕疵担保、质量检验、价款支付等预设场景则在用户充值行为中都不存在，故类推适用买卖合同规范并无较大实益。

不仅如此，虽然用户在平台充值时还需要单独勾选“已阅读并同意《充值服务协议》（或者《充值协议》）”，但是这仍不足以成为将充值行为视为独立于网络服务合同的独立合同关系的关键理由。网络服务合同作为一种未被《民法典》“有名化”的继续性服务合同类型，其内容当然可以囊括用户充值在内的所有平台服务行为，用户实施充值行为获得平台虚拟道具后，仍须借助平台相应直播技术服务才能完成后续打赏行为、兑换账户特权等额外付费服务。

就此而言，网络服务合同作为继续性合同具备“合同内容的不确定性”，与合伙合同类似，其在用户未实施充值行为或打赏行为之前，相关合同内容就不会被确定在整体服务合同之中。易言之，《充值协议》若理解为用户与平台之间网络服务合同内容的补充条款，亦符合其作为继续性合同具备不完全性的规范原理。

一体理解《用户协议》与《充值协议》不仅存在理论上的正当性基础，实践亦为此提供依据。

司法实务中因单纯的充值行为引发的纠纷极为罕见，故认定用户与平台之间仅存在一份网络服务合同，而充值行为仅构成网络服务合同中的部分内容并无不妥。

（二）打赏行为：用户与主播之间有偿的网络服务合同关系

目前的直播类型大致可以划分为主播面向不特定人公开的免费直播、主播面向不特定人公开的付费直播以及主播基于特定打赏在免费直播中进行的指定公开表演三种模式，虽然在合同成立、生效、履行风险等具体制度的建构以及意思表示解释上或有不同，但是相同之处在于，基于网络直播的行业习惯，用户自进入直播间时起即与主播成立网络服务合同关系。

用户取得了观看主播直播以及与主播、其他用户互动的机会和权利，同时负有遵守直播间规则、不影响直播正常运行的义务；主播则负有展现满足用户需求的直播内容、遵守直播规则、保证直播内容健康合法、维护直播间秩序等义务。由虚拟礼物流动所构建的社群生态是直播平台得以运转的基础。用户对主播的打赏行为系其通过熟悉直播间内的产品流程后自行完成，双方不会在打赏过程中另行签订书面协议，由此引发打赏行为对象以及性质的争论。

多数裁判观点将打赏行为定性为网络服务消费，或认为该行为发生在用户和平台之间，而用户和主播之间不存在法律关系；或认为该行为发生在用户和主播之间，二者形成网络消费合同关系。少数裁判观点将打赏行为定性为单务、无偿的赠与，或者当用户和主播存在特定关系并通过打赏之名行赠与之实时，认定其构成赠与。

主张打赏行为发生在用户与平台之间的观点，多认为打赏的虚拟礼物不属于财产性权益，主播无法从打赏行为中直接获取金钱，且由平台而非主播在用户打赏后提供虚拟礼物特效体验；或者依据《征求意见稿》第 5 条第 3 款的立场，把主

播视为平台的履行辅助人，当主播存在不当行为，应由平台承担返还责任。

本文则认为，打赏行为属于用户与主播之间直接发生的财产性法律关系，理由在于用户须进入特定的主播直播间实施打赏，其意思表示为“以打赏行为令主播得到虚拟礼物并因此获益”；不论如何定义虚拟道具的法律性质，用户实施打赏后，其个人账户中的平台虚拟道具数额减少，而主播则得到一项可取得收益的“计分符号”并计入其数据后台。打赏的虚拟礼物道具虽不直接等价于打赏金钱，但平台礼物在用户、平台与主播之间存有一致的衡量方式，主播可定期自平台处收到礼物打赏簿记结算后的收益。

因此，在用户与主播的网络服务合同中，平台在用户打赏过程中仅充当打赏簿记与绩效结算的“中介桥梁”，起到提供数据变更、礼物打赏特效与数据记录的服务作用，且这一中介桥梁功能也约定在平台与用户及主播分别订立的网络服务合同中。鉴于此，《民法典婚姻家庭编解释二》第 6 条删除了《征求意见稿》第 5 条第 3 款内容。

从直播行业的实际现状观察，无论最终能否获得收益，大部分主播皆希望通过提供表演、游戏、知识分享、情感互动等直播服务从用户侧获取收益，这在价值判断上也意味着对主播职业群体尊严以及直播作为一种有价值劳动的肯定。收益途径既包括因用户在直播间打赏所获得的直接收益，也包括用户停留在直播间为主播带来的广告收益等流量利益。

用户在打赏过程中，除了获得主播的直播服务，还通过打赏行为在用户榜单上展示、直播间氛围烘托等方式被其他用户关注、赞扬，获取情感满足等情绪价值，用户账号价值得以提升，同时还可能获得平台基于其打赏行为提供的荣誉道具、稀缺礼物等虚拟权益以及更为便捷的客服服务。据此，很难认定打赏行为完全系属无偿。

打赏行为具备有偿性质，是否必然意味着主播的直播内容与用户的打赏价额之间完全构成对

价？难点在于，直播打赏业务模式下，用户所得的精神愉悦等主观情绪价值无法通过市场价格进行量化，导致是否形成对价不具备精细化客观评价的可能。在主观价值论的视角下，只要用户的打赏金额是其在获得精神享受后做出的价值评判，都是具有对价性的。

但是应该承认，建构于主观价值论基础上的民法体系依然承认显失公平、情事变更等客观价值基础的存在，因此对于巨额打赏与直播内容是否完全具有对价性，在理论上仍有讨论空间。

用户的打赏行为虽然发生在用户与主播之间，但也关涉平台利益。平台为用户及主播双方提供网络平台服务，付出的运营成本需要在直播打赏业务模式下通过收取一定比例分成收益的方式获得弥补。如果轻易否定平台获取分成收益这一商业模式的正当性，会导致直播平台收入模式无法持续，进而影响直播行业的良性发展。

具体路径上，平台与用户之间订立的《充值服务协议》涉及打赏的分成条款，平台与主播之间订立的《主播入驻协议》也有分成约定条款。例如，抖音的《主播协议》明确平台“基于双重服务而收费”，其在主播提现端的表述是“网络技术服务费”，分成比例为“用户直播打赏消费所产生收入的 50%”。由此导致用户打赏的成本与主播获得的收益并不相同，两者之差便是平台的分成收益。由此触发的的问题是，当用户有权要求主播返还打赏收益时，是否同时有权要求平台返还分成收益？留待下文详述。

夫妻一方违法或背俗打赏的法律效果

（一）直播内容违法导致打赏行为无效

平台面向社会不特定人群开展直播业务的前提是取得网络服务许可证。裁判观点多认可，监管部门颁发网络服务许可证即代表着直播业务本身不违反强制性规定且符合公序良俗。此外，为了履行平台责任，平台采取多重技术、人工等方

式监管防止直播间出现涉嫌淫秽色情表演或赌博等违反强制性规范的直播内容。主播只要遵守平台监管规则，直播内容不涉及上述违法内容，就属于提供正常直播服务，用户对其实施的打赏行为即为有效。

不容否认的是，实践中确实存在少数平台上有部分主播诱导用户打赏，或者用户以打赏换取擦边写真集及擦边表演等涉嫌“软色情”的模糊情形。为了规制上述情形，《征求意见稿》第 5 条第 3 款曾规定，“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”。

若直播内容含有淫秽、色情等违法信息，还可能触发《治安管理处罚法》第 68 条、第 69 条规定的“传播淫秽信息”以及“组织淫秽表演”；情节严重的，甚至构成《刑法》第 363 条规定的传播淫秽物品牟利罪、第 364 条规定的传播淫秽物品罪以及第 365 条规定的组织淫秽表演罪。

《征求意见稿》发布之后，反馈意见认为，“低俗信息”并非严格的法律概念，实践中很难被界定并且有扩大适用的风险，不利于直播打赏这一新业态中各方利益的平衡保护。

考虑到直播内容的即时性、观众的不特定性等，各主体之间的权利义务关系以及平台与主播之间的责任划分需要进一步明晰。如果直播内容涉及淫秽、色情等违法信息，还需要通盘考虑民事、行政、刑事责任的有机衔接。最终《民法典婚姻家庭编解释二》第 7 条删除该款内容，但是这不妨碍在司法裁判中，只要认定平台存在淫秽、色情或赌博等违法的直播内容，则打赏行为无效。

进一步而言，鉴于多数平台提供直播技术服务时，负有全过程监管责任，若平台未及时快速封禁淫秽色情或赌博等违法直播内容，则视为平台在主播管理上存在明显放纵和疏于管理等过错

事由，同时也构成平台对用户网络服务合同的履行瑕疵。

鉴于平台也违反了合同义务，平台、主播应向用户分别全额偿还从充值、打赏行为所获取的收益。主播违反了提供合法内容的法定及合同义务，因此平台返还后有权基于与主播之间的网络服务合同，向主播追偿。若平台取得网络服务许可证后，假借正常直播名义组织或纵容主播提供违法信息的直播内容并从中获益，则不仅充值行为因违反强制性规定与违背公序良俗而无效，平台还须向用户承担返还充值款项的责任。

（二）主播与用户存在背俗关系导致打赏行为无效

部分用户在实施长期打赏或大额打赏的同时，与特定主播在平台之外产生婚外情、性交易等不正当关系，越过了用户单方追求主播、线上语言暧昧或实际交往仅限于聚餐等日常行为的边界。少数裁判观点机械地将基于不正当关系的线下赠与同平台打赏割裂对待，未虑及用户行为目的的变化。而多数裁判观点认为，基于不正当关系所实施的大额打赏，实际已转化为旨在维系不正当关系的赠与，或者沦为性交易的对价，因违背公序良俗而无效。

《征求意见稿》第 6 条曾规定，“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”。《民法典婚姻家庭编解释二》第 7 条第 1 款将表述修改为：“夫妻一方为重婚、与他人同居以及其他违反夫妻忠实义务等目的，将夫妻共同财产赠与他人或者以明显不合理的价格处分夫妻共同财产，另一方主张该民事法律行为违背公序良俗无效的，人民法院应予支持并依照民法典第一百五十七条规定处理。”

无论是“违背公序良俗情形”还是“违反夫妻忠实义务等目的”，在文义上都可以涵盖用户

与特定主播在平台之外产生婚外情、性交易等不正当关系的情形，基于上述不正当关系而为的高额直播打赏行为，因违背公序良俗而无效，主播基于打赏所得收益即失去保有基础，应返还其所获收益。虽然在社会生活层面，存在不正当关系的用户与主播之间在线下可以直接完成背俗赠与，没有必要通过直播打赏的方式让平台分得比例不菲的分成收益。

但实践中也确实存在主播为了完成直播任务，基于不正当关系要求用户线上打赏、帮助完成所谓的“考核”，此举实质上是主播为了增加自己的知名度、直播排名等，以为后续的商业化运营如接广告等营造空间，属于主播为了更多的长远利益作出的一种主动选择。

综上所述，在名为打赏，实为背俗赠与的情形下，并不存在真正意义上的打赏行为，主播应当返还所获收益。平台此时基于其业已向双方提供的网络平台服务可以获得相应收益，收益的正当性基础并非源于打赏行为，而是源于其提供的网络服务。

（三）充值行为与打赏行为的效力独立及关联

用户充值成功之后，若平台提供退款或者逆向兑换服务，则讨论充值行为本身的效力并无意义。但是我国主流直播平台的充值协议，为了符合反洗钱等金融合规的需要，以及避免定性为预付款消费合同，除非涉及未成年人保护或者赃款，原则上都不支持退款以及逆向兑换。当打赏行为被认定无效时，若打赏方配偶或者打赏用户希望获得返还的是充值的金钱而非“钻石”等平台虚拟道具，则需要认定充值行为也无效。

问题在于，用户充值获得平台虚拟道具后，并非仅能用于打赏主播，还可用于换取账户特权、参与平台抽奖活动或投放广告等其他行为。充值获得的平台虚拟道具也并不意味着只能向特定或若干主播实施打赏行为，用户可在一次性充值后向

任意主播实施不限次数的打赏行为，充值与打赏之间可能存在明显的时间间隔。

基于上述理由，原则上，充值行为与打赏行为属于相互独立的、分别针对平台以及主播的两项行为。只要平台未以提供违法信息为主要收入模式，即便打赏行为因违法或背俗无效，充值行为的效力仍然不会受到影响。

特殊情境下，当用户于特定直播间以实施打赏为目的进行充值，并即刻将充值兑换的虚拟道具全部用于打赏特定主播，则充值行为与打赏行为不存在时间间隔，具有关联性。若打赏行为因违法或背俗而无效，充值行为则需要进行效力一体化评价。在有充足证据能够证明用户实施充值行为后仅为维系不正当关系而实施打赏的，裁判观点通常也会同时否定充值行为与打赏行为的效力。

当然，从平台角度看，并不会在系统层面特意将某次充值与特定打赏建立关联，用户的该充值仍然是一种高度标准化、非指向性的行为，与其他充值无异。因此，应当严格控制例外特殊情形的适用范围，不能仅凭用户单方的意思，就把给特定主播打赏当作充值的目的，从而将两个法律行为的效力进行绑定。

夫妻一方以共同财产充值打赏的法律效果

（一）婚姻法维度：通过婚内析产或离婚财产分割规则保障配偶利益

依据《民法典》第 1062 条确立的婚后法定共同财产制，夫妻在婚姻关系存续期间所得的工资、奖金、劳务报酬、生产或经营收益等归属于夫妻共同所有。现实生活中，夫妻一方擅自以共同财产实施充值、打赏行为相当普遍。需要厘清何种程度的充值、打赏行为构成挥霍或转移夫妻共同财产的行为；该行为属于有权处分还是无权处分；在财产法维度与婚姻法维度各自发生何种法律效果？

从婚姻法维度，用户实施的充值打赏行为，可能构成挥霍或者转移夫妻共同财产的行为。依据《民法典婚姻家庭编解释二》第 6 条或者第 7 条第 2 款，另一方配偶皆可依据《民法典》第 1066 条，诉请在婚姻存续期间分割夫妻共同财产；或者依据第 1092 条，在离婚分割夫妻共同财产时请求对打赏方少分或者不分。

配偶因打赏所受损失，离婚时还可以类推《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉婚姻家庭编的解释（一）》第 28 条第 2 款，请求另一方损害赔偿。夫妻一方借助打赏主播转移夫妻共同财产时，用户与主播还构成通谋虚伪表示，导致作为表面行为的打赏行为无效。实践中的难点在于，充值打赏行为达到何种程度，构成挥霍夫妻共同财产。

夫妻共同财产制原则上预设夫妻各享共同财产半数抽象份额，因此若一方实施的打赏总额已超过半数份额，为避免配偶的份额受到侵害，婚姻法维度启动婚内析产或者离婚财产分割规则等救济程序，具备实质正当性。

但是，《民法典婚姻家庭编解释二》第 6 条的标准是打赏“数额明显超出其家庭一般消费水平，严重损害夫妻共同财产利益”，并未要求打赏总额达到共同财产半数份额这一更为严苛和僵化的临界点，此举值得肯定。有裁判观点认为，不应以打赏总额判断是否构成挥霍夫妻共同财产，每次小额打赏系独立行为，应分别予以评价。

但是更多的裁判观点认为，打赏行为之间的独立关系并不代表打赏金额总数毫无意义，当总额明显超出家庭一般消费水平，对于家庭生活产生明显影响时，即可认定为“严重损害夫妻共同财产利益”，构成挥霍夫妻共同财产。因此，裁判实践中，应结合家庭收入、支出与负债情况、打赏总额占家庭资产的比例、打赏额占打赏一方收入的比例、夫妻感情因素以及配偶对打赏人打赏是否知情同意等多项考量因素进行个案衡量，不宜因上述规定而对裁判造成限制。

若配偶以打赏方的充值、打赏行为构成挥霍、转移夫妻共同财产为由诉请离婚，有裁判观点认为，须结合其他因素认定是否构成《民法典》第1079条第3款第5项“其他导致夫妻感情破裂的情形”，从而决定是否支持配偶的离婚请求。若夫妻一方实施打赏行为并未构成挥霍、转移共同财产，则仍须存在其他确定夫妻感情破裂的事由，方可支持离婚诉请。

（二）财产法维度：构成对夫妻共同财产无偿低价的有权处分

从财产法维度，裁判观点多认为，用户在长时间内用夫妻共同财产多次实施的小额充值、打赏行为系有权处分。

论证理由之一是日常家事代理进路，认为打赏行为系用户为满足日常精神需求而作出，属于家庭日常生活需要的范畴。

问题在于，一方通过收看平台直播满足自身的精神需求是否属于家庭日常需要已不无疑问。若从观看免费直播业已达到舒缓生活压力的前提下仍主动实施打赏行为，则与日常家事代理的规范目的不相吻合。

论证理由之二是善意取得进路，认为夫妻一方多以其本人身份信息所注册账户、所持有银行账户实施充值和打赏，客观存在用户持有数字货币或银行簿记债权的权利外观，对于平台而言，每日充值、打赏行为不可计数，平台无义务、无能力也无资质对用户每一笔充值资金进行来源审查，何况银行账户资金的归属状态以及合法性来源属银行内部数据，直播平台无权知晓。对于主播而言，只能借助平台对其依照虚拟礼物打赏的簿记绩效结算获得收益，主播并未与用户直接发生金钱联系，更无从得知用户资金的归属状态。

因此，平台与主播皆为善意相对人，平台可就充值行为所取得的数字货币与簿记债权、主播可就打赏虚拟道具对应的收益构成善意取得。然而，善意取得进路也会面临数字人民币形式的金钱与

债权可否善意取得、是否承认金钱“占有即所有”立场、是否需要区分个人账户与家庭账户不同权利外观等诘难。

依据婚姻财产的内外归属方案，应当区分婚姻法维度与财产法维度的归属。夫妻间的财产归属安排不取决于财产法维度的公示系统，处理夫妻之间的财产关系以及离婚利益矫正时，应以婚姻法维度的归属为基准。从财产法维度，仅当夫妻一方擅自处分公示在另一方名下或者双方名下的特定财物时才构成无权处分，无须虑及夫妻财产制的影响。

因此，夫妻一方以个人账户中的夫妻共同财产实施的充值和打赏行为，虽然在婚姻法维度属于对夫妻共同财产无权处分，但是鉴于个人银行账户不具备将其夫妻共同财产的归属性质公示于外的可能性，在财产法维度属于有权处分。

财产法维度的有权处分是否会侵害配偶的财产权益，取决于该处分属于有偿交易还是无偿或低价处分。在前者，夫妻共同财产仅发生形态上的变化，整体并未受损，配偶利益无需财产法上的特别救济。而在后者，夫妻共同财产整体受损，如果按前文所述婚姻法维度的一系列措施仍无法实现救济目的，有观点认为，相较于无偿或低价获得夫妻共同财产的受让方，价值排序上应当优先保护配偶一方。

具体到充值、打赏行为，如前文所述，打赏行为因主播提供直播内容而系属有偿，但是一方面，在天价打赏等情境下，天价打赏与直播内容之间是否完全构成对价关系存在争议；另一方面，尽管用户因打赏行为满足了自身的主观情绪价值，但是从财产利益层面而言，并未因打赏行为使得夫妻共同财产获得增益。因此，对于夫妻共同财产的整体价值而言，夫妻一方擅自实施的打赏行为属于上文中对夫妻共同财产的无偿或低价处分，在天价打赏等情境中优先保护配偶而非主播利益具有正当性。

从救济路径上,《民法典婚姻家庭编解释二》第 6 条并未规定主播作为打赏相对人的返还责任,或可借鉴债权人撤销权制度。当天价打赏方因造成配偶利益受损而对其负有赔偿义务时,配偶作为该赔偿义务的债权人,有权撤销打赏行为中构成诈害债权的部分行为。

鉴于该债权的实现关联婚内析产或离婚财产分割等不确定因素,对债权人撤销权构成要件中“影响债权实现”应作宽松认定,只要配偶证明充值、打赏金额接近或者达到半数共同财产范围,或者因充值、打赏行为变卖了房产等夫妻共同财产中的核心组成部分,债权人撤销权要件即告成立。同时,基于保障配偶利益而非打赏人利益的规范目的,对债权人撤销权的行使范围应作严格认定,配偶仅在婚姻法维度救济措施无法实现的利益范围内,撤销相应部分的打赏行为,并由主播返还相应的打赏价值。

(三) 平台原则上不负有返还义务

平台保有分成收益的理由之一,在于平台商业模式下其收取技术服务费具有正当性。互联网行业存在大量的双边市场商业模式。例如,电商平台存在消费者、商家双边市场,小说阅读平台存在读者、作者双边市场,平台、主播、作者、商家等主体的收入事实上均来源于付费一方的支出,而平台基于付费一方支出收取一定比例的服务费,是平台经济的通常商业营利模式。

平台与用户及主播分别订立网络服务合同,独立于用户与主播之间的网络服务合同。平台获取的分成收益与主播收取的打赏收益也分属性质不同的两类收益。平台获取分成收益的正当性源自平台为用户及主播双方提供的网络平台服务与运营成本,而非用户对主播直播内容的满意感受。

在法律结构上体现为,平台获得分成收益的相关内容不仅出现在平台与主播之间订立的《主播入驻协议》中,同时也出现在平台与用户之间订立的《充值服务协议》中,即抖音在《主播协议》

中所明确的,平台“基于双重服务而收费”。不能仅仅因技术服务费与主播打赏收益来源一致,就认定打赏行为与网络平台服务行为应当混同评价,这会导致整个直播平台行业作为一种新兴的经济模式无法持续。

这种平台整体经营模式体现为互联网行业的经营惯例,以及付费用户基于打赏而享受到的直播整体场域的优质体验,其中不仅包含通过少数付费用户来分摊非付费用户的额外成本的考量,亦涉及付费用户在平台内完整的使用周期(包含打赏前、后)所享受的其他免费服务的行业模式。从直播行业上市平台利润率普遍不高甚至亏损这一后果,也可以看出这一经济模式的持续要求平台有权保有相关的分成收益。

平台保有分成收益的理由之二,在于要求平台返还无助于实现保护配偶的规范目的。有观点认为,直播平台深度参与了直播打赏活动,从打赏中获取高额分成收益,因此应当让平台负担更重的法律责任,从而通过把平台设定为返还义务主体,达到压实平台责任、倒逼规范平台治理的目的。

但如前文所述,平台提供直播技术服务时,只需要依照法律法规的要求,尽到相应的监管责任和管理义务,及时快速封禁违法直播内容。至于用户充值、打赏的资金在婚姻法维度的归属状态,已经完全超出平台知晓及审查的义务及能力边界,即便把平台设为返还义务主体,也无助于相关制度规范目的的实现。

平台的治理义务与治理边界相对应,平台已履行自身内容治理、消费提示等监管、行业惯例、协议约定的服务,要求平台进一步返还打赏,不仅给平台设定无法履行的注意义务、治理责任,超出平台治理能力,还可能不当“补贴”存在过错的用户、主播、配偶,滋生恶意串通、“灰黑产”。

平台保有分成收益的理由之三,在于保护配偶利益的同时仍要遵循意思自治原则。夫妻一方

实施的打赏行为是其真实的意思表示，如果说要求主播返还打赏收益是基于巨额打赏与直播内容不构成对价性，从而应当优先保护另一方配偶利益这一正当性理由，那么通过婚姻法维度的救济措施加上配偶行使债权人撤销权，基本已经可以实现“配偶另一方不因巨额打赏而受困”这一价值目标。

若打赏人或者其配偶进一步要求无过错的平台在业已提供平台服务的基础上仍要返还分成收益，以实现打赏数额的“全额返还”这一法效果，不仅在利益衡量层面缺乏正当性，而且将使打赏人可以违背自己的真实意思，是对自己责任原则的不当突破，产生了高额的社会成本。

考虑到主流直播平台均为上市公司，配偶若有权要求平台返还长周期、高金额的分成收益，平台财务收益缺乏确定性，随时可能因历史用户打赏产生亏损，影响平台财务审计、企业估值和投资者利益。此时，全额保护配偶利益反而会不合理损害交易安全性及第三方利益。

综上所述，对于夫妻一方以共同财产实施的充值、打赏行为给另一方配偶造成的损失，首先应当通过婚姻法维度的婚内析产或者离婚财产分割规则进行救济；从婚姻法维度不足以救济的损失部分，配偶通过行使债权人撤销权撤销相应部分的打赏行为，由主播返还打赏价值。

直播平台不存在过错的，原则上不负有返还义务。平台主观过错的具体判断标准，应当以平台在自身与用户的服务中，是否存在违反行业惯例、合同约定的服务为准，当平台线上服务不存在违法、违规、违约、背俗等内容与服务的，不应以主播过错、问题等推导平台存在过错。

结论

网络直播打赏中最普遍的模式，是直播平台、用户与主播三者两两之间形成三类相互独立的网络服务合同关系。用户完成注册登录即与平台订立网络服务合同，用户的充值行为并非独立的买

卖合同，仅构成网络服务合同中的部分内容。基于网络直播的行业习惯，用户进入直播间即与主播成立网络服务合同关系，用户基于网络服务合同的打赏行为是有偿的，平台根据与用户订立的《充值服务协议》以及与主播订立的《主播入驻协议》，从用户打赏中获得一定比例的分成收益。

若平台直播内容含有淫秽、色情或赌博等违法信息，则打赏行为无效，主播应当全额返还打赏收益。平台自身存在未尽监管责任、疏于管理等过错事由时，应当向用户以“钻石”等平台道具形式全额返还打赏分成收益，并在以组织或纵容提供违法信息牟利时承担金钱返还责任。

若用户与主播在平台外产生婚外情、性交易等不正当关系，基于不正当关系的高额打赏实为背俗赠与而无效，主播须返还打赏收益。用户针对平台的充值行为与针对主播的打赏行为属于相互独立的两项行为，打赏行为无效不会影响充值行为的效力，仅在极为例外特殊情境下会产生效力关联。

夫妻一方以个人账户中的夫妻共同财产实施的充值和打赏行为，在婚姻法层面构成挥霍或者转移夫妻共同财产的，配偶可依据《民法典婚姻家庭编解释二》第 6 条主张婚内析产或者适用离婚财产分割规则保护自身利益。挥霍夫妻共同财产的认定标准不宜过于严苛，打赏总额明显超出家庭一般消费水平，严重损害夫妻共同财产利益即可，应结合多项考量因素进行个案衡量。

依据婚姻财产的内外归属方案，鉴于个人银行账户不具备将其夫妻共同财产的归属性质公示于外的可能性，因此夫妻一方以个人账户中的夫妻共同财产实施的充值和打赏行为，在财产法维度属于有权处分；但是，鉴于夫妻共同财产未因打赏而获得增益，因此其构成无偿或低价处分夫妻共同财产的行为，优先保护配偶利益具有正当性。可借鉴债权人撤销权制度，打赏方造成配偶利益受损则负有赔偿义务，配偶作为债权人，在婚姻法维度救济措施无法实现的利益范围内，撤

销相应部分的打赏行为，并由主播返还打赏价值。
直播平台不存在过错的，原则上不负有返还义务。
中

刘征峰：继父母子女关系的动态调整 | 中法评 · 专论

原创：2025-06-19 中国法律评论 刘征峰

<https://mp.weixin.qq.com/s/5QjDkjB0oFCzRKNokuKb7w>



刘征峰

中南财经政法大学法学院婚姻家庭继承法研究所教授

继父母子女关系存在全面动态化调整的需求。相对于形式主义立场关注父母是什么，功能主义立场关注父母做什么。动态体系论与功能主义高度契合，是调整继父母子女关系的妥当选择。在抚养教育事实的判断上，共同生活时间长短、实际生活照料情况、履行家庭教育职责情况、承担抚养费情况等要素的权重并不相同，前三者通常高于后者，这是由促使继父母子女产生身份认同的规范目的所决定的。《民法典》第 1072 条第 2 款所称“适用”宜理解为“相应适用”，在“补充而非替代”的框架下，根据继父母子女关系的不同发展阶段，动态匹配相应的权利义务。如果所涉规范的法律效果允许被弹性化确定，则继父母功能承担越多，相应的法律效果就越显著。

本文首发于《中国法律评论》2025 年第 3 期专论栏目（第 44-58 页），原文 20000 余字，为阅读方便，脚注从略。如需引用，可参阅原文。购刊请戳[这里](#)。

目录

一、继父母子女关系的动态化调整需求

- （一）继父母子女关系的多样性和复杂性
- （二）形式主义和功能主义的立场选择

二、地位形成要素的动态化

- （一）要素的分层
- （二）要素的协同

三、继父母子女法律地位的动态调整

- （一）父母子女关系规范的相应适用
- （二）法律地位的阶段性匹配

四、结论

改革开放以来，我国离婚率总体呈现上升状态，再婚人口数量在登记结婚人口数量中所占比例也大幅提升，从 1996 年的 4.59% 上升至 2022 年的 23.06%。与此相应的是随着继父母子女数量的增加，其所产生法律调整需求也显著增加。

在立法层面，1950 年《婚姻法》第 16 条就规定了继父母不得虐待或者歧视继子女。1980 年《婚姻法》第 21 条新增 1 款规定：继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。2001 年修正的《婚姻法》和 2020 年《民法典》延续了该条规定。

《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）》（法释〔2020〕

22 号，以下称《民法典婚姻家庭编解释一》）第 54 条进一步规定，生父与继母离婚或者生母与继父离婚时，对曾受其抚养教育的继子女，继父或者继母不同意继续抚养的，仍应由生父或者生母抚养。由于前述规定并未言明如何认定有抚养教育关系的继父母子女，这种关系何时终止，也未言明有抚养教育关系的继父母子女之间的具体权利义务，司法实践对此存在较大的争议。

《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）》（法释〔2025〕1 号，以下称《民法典婚姻家庭编解释二》）第 18 条、第 19 条分别规定了抚养教育事实的认定、生父与继母或者生母与继父离婚对有抚养教育关系的继父母子女的影响。这两项规定仍未解决有抚养教育关系的继父母子女的权利义务是否完全等于生父母子女这一核心问题，亦即《民法典》第 1072 条第 2 款所称“适用本法关于父母子女关系的规定”应如何准确理解。

《民法典婚姻家庭编解释二》的显著特征在于引进了动态体系论，继父母子女关系无疑是其典范运用领域。无论是抚养教育事实的认定，还是继父母子女关系解除后生活费给付数额的确定，实际上都采纳了这种方法。值得思考的是，这种动态体系方法是否存在进一步扩展运用的空间，继父母子女关系能否实现全面动态化。由于动态体系方法不仅是一种立法技术，更是一种解释方法，能否扩展运用不仅关系到后续司法解释的制定，也关系到对既有规则的解释。动态体系论不仅涉及构成要素上的分层，也涉及法律效果上的分层。

本文将首先分析继父母子女关系动态化的原因及边界，然后分别从构成要素的动态化和法律效果的动态化作体系性展开。

继父母子女关系的动态化调整需求

（一）继父母子女关系的多样性和复杂性

法律是否调整继父母子女关系取决于其是否存在特别调整的需求。这种需求需要建立在对继父母子女生活事实复杂性的理解之上。相对于传统核心家庭，继父母子女家庭的人际关系尤为复杂。这主要是由于继亲家庭的边界和成员角色都非常模糊。

当子女成年后，父母再婚对其影响较小，继父母与继子女之间无论是情感联系还是社会交往通常较弱，法律没有特别调整的必要时，他们之间的关系适用抽象人的一般规则，以意思自治为基本调整原则。当然，在偶尔情形中，他们也可能有家庭法上的联系。例如，在扶养法律关系中，继子女和继父母可能处于同一扶养义务人顺位，承担按份责任。

如果父母在子女未成年时再婚，社会学的研究成果表明，总体上，再婚家庭中孩子的情况不如亲生家庭中孩子的情况好。尤其是“在努力建立新的家庭单元时，子女和成人之间的紧张情绪往往会导致仇恨、妒忌、不安全感和竞争。‘真正的’父母和继父母的角色往往会使成人很迷惑，也搞得孩子很不愉快”。无论是继父母还是继子女都要经历再社会化的过程。如果未成年子女从小就跟继父母一起生活，再社会化的过程会更为顺利。

当然，上述观点针对于生活在再婚家庭中的未成年子女。如果未成年子女没有生活在再婚家庭中，父母再婚对未成年子女的影响总体很小。对于生活在继亲家庭的子女，其与继父母的关系状态会受很多因素的影响。例如，非共同生活的生父母的介入是造成上述差异的重要因素。

“通常有一位生活在别处的生身父母，其对孩子或者孩子们的影响可能仍然很大。当离婚双方或者一方再婚时，其间的合作关系常常会变得很紧张。”

不仅如此，非共同生活的生父母对未成年子女施加的忠诚压力“通常会对继父母子女关系造成负面影响，继子女往往会从继父母那里退缩以

缓解紧张状态”。在未成年子女的非共同生活的生父母死亡或者不再联系时，继父母子女关系没有被介入，继父母与继子女关系通常更为融洽。不仅是未成年子女，继父母也可能感觉被夹在中间。简单继亲家庭（单一继亲家庭）和组合继亲家庭中，继子女和继父母的困境和利益冲突各不相同。

父母离婚或者丧偶后再婚不再是继父母子女关系形成的唯一形态。在现代社会，继子女可能是生父母结婚前与第三人同居期间所生，或者是在婚姻关系存续期间与第三人所生。值得讨论的是，如果父母并不是再婚，而是仅仅同居，从功能描述而非法律定义的角度来看，无疑应当将这种关系也纳入继父母子女关系。

伴随着人类生殖技术的发展，继子女也可能是婚外代孕所生。代孕所生的子女仅与生父存在血缘关系，与生父的配偶可能有或者没有血缘关系。由此，可以将继父母子女关系的核心特征描述为“除了两个亲生父母外，至少还有一个社会性父母角色，或者一个已故亲生父母被一个社会性父母所替代”。

从关系的生命历程角度来看，在继子女未成年时，继父母子女关系的发展呈现多样性。如果继父母与其生父母离婚，继子女通常不会跟继父母继续生活。在与其共同生活的生父母死亡时，则情形更为复杂，继子女可能与另外一方生父母生活或者继续与继父母生活。

在继子女成年后，曾经与其共同生活的继父母和生父母离婚或者生父母死亡都会对继子女与继父母的关系造成一定的负面影响，但这种影响有一定差别：继子女与丧偶继父母的联系频率在婚姻终止后逐渐减少，而继子女与离婚继父母的联系则会在离婚后突然大幅下降。继子女对继父母的赡养承诺特别脆弱，对继父母的赡养义务规范也弱于对生父母的赡养义务规范。即使继子女认为应当赡养继父母，程度也往往低于生父母。

（二）形式主义和功能主义的立场选择

继父母子女关系的多样性和复杂性使得立法者难以运用调整生父母或者养父母的形式主义规则来调整继父母关系。形式主义规则的典型特征在于要素和效果的固定和封闭。例如，对于谁是生父母而言，规则应当清晰明确。我国法律虽然没有明确规定，但是确有相应的通说，即对于母亲身份的认定采生育母亲标准，只有在生育母亲无法确认时，才采血缘（基因）标准；对于父亲身份的认定采婚生推定标准，只有在婚生推定被否认或者缺乏婚姻时，才采血缘（基因）标准。即使是在代孕等复杂情形下，也不可能出现要素和效果的动态化，法院的裁量权被完全排除。

从法律效果上来看，一旦被认定为父亲或者母亲，就应当适用涉及父亲或者母亲法律地位的相关规定，确定其享有的权利，承担的义务，不存在部分父亲或者部分母亲这样的效果。对于收养而言，法律同样遵循形式规则，1998 年《收养法》修改后，所有的事实收养都不再被法律承认，对于收养是否成立，法官同样没有裁量权。

此外，根据《民法典》第 1111 条的规定，收养的法律效果也是统一的，不存在碎片化、阶梯化的法律效果。在比较法上，即使各国法律对于法律上的父母界定标准存在差异，但总体呈现对形式主义的偏好。这种偏好反映的是对父母子女关系确定性的强调，父母子女关系的成立及其效果必须清晰明确。

“家庭法上的身份状态需要一定的静态性和透明性。”相对于不断攀升的离婚率，父母子女关系成为最为稳定的身份关系：生父母身份只能在子女被依法送养后消灭；收养关系解除数量较少，养父母身份亦较为稳定。作为最为重要的身份状态，其静态性和透明度明显强于夫妻身份。离婚率和再婚率的增长意味着夫妻身份的动态流动，而父母子女关系则处于相对稳定的状态。离婚法的改革越来越强调清算的彻底性，而亲子关

系却表现出了永续性特征，并构成现代家庭法面临的重大挑战之一。

强调身份关系的静态性和透明度具有对内对外两方面的意义。就对外关系而言，诸如父母的法定代理权、夫妻共同债务认定规则等均会对第三人产生影响，交易相对人清晰、明确的身份状态对于第三人的重要性不言而喻。自然人的身份状态不仅在私法领域至关重要，在公法、社会法等领域同样重要。除有特别规定外，公法和社会法上的身份依赖家庭法上的规则进行认定。对内而言，父母子女关系在静态性和透明度上的高要求，首先是为了维护未成年人的利益。“亲子关系法完全优先地服务于对正如子女这样的弱势群体的保护。而作为中心主导目标的‘子女利益最大化’原则已经在所描述的关系中发挥持续性的作用了。”

子女利益最大化原则已经成为亲子关系法的核心准则。清晰明确的身份状态对于子女的利益至关重要。其一，父母身份，尤其是父亲身份无法确定或者轻易变动可能导致无人对子女承担责任。其二，模糊且不可预见的父母身份认定和权利义务规则还可能引发更多的冲突和纠纷，损害未成年子女的利益。其三，从未成年人的角度来看，父母身份的不确定性可能给其成长带来负面影响，导致其心理产生不安全感，产生身份认同危机。

形式主义规则往往意味着或有或无式的调整，无论是生父母还是养父母，其成为父母的法定要件必须全部被满足，父母的法律地位也是完整而统一的，无论是地位的形成还是其效果的确定，与其抚育功能的实际承担不存在必然的关联。易言之，形式主义意味着对社会性父母地位或者功能主义的排斥，父母的地位并不建立在功能主义立场之上。尤其是在传统核心家庭之外的家庭中，实际承担抚育职责的人并不一定是未成年人法律上的父母，无法获得父母身份，而其法律上的父母同样可能并不承担抚育职责。

虽然实际功能的承担在现行法下可能会影响其权利义务，但原则上并不会影响其身份。例如，根据《民法典》第 1125 条第 1 款的规定，即使未尽扶养义务，只要尚未构成遗弃，并不会导致继承资格的丧失。在存在多个同顺位继承人时，至多只能根据《民法典》第 1130 条第 4 款的规定，确定不履行扶养义务的继承人少分或者不分遗产。

又如，即使生父母或者养父母未实际尽到抚育职责，也并不能当然否定其法律上的身份。根据《民法典》第 37 条的规定，即使父母未履行抚育职责导致被撤销监护资格，其身份并不当然消灭，仍须履行父母的义务。

再如，父母双方实际抚育子女的情况，经由未成年人利益最大化原则可能影响离婚时直接抚养权的归属，但这并不会影响父母的身份。《民法典》第 1084 条第 1 款特别强调，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。

虽然学理上有观点对法律给予生物亲权（包括出生和基因）优先性的立场提出了批评，指出法律改革应该关注实践中的亲权（社会亲权），但这种主张在立法上很难得到采纳。理由是多方面的，在法律上最为重要的理由在于生物性在人权和基本权利层面具有意义，如果在家庭法层面采纳功能主义来认定父母，可能会损害生物父母的人权和基本权利。当然，即使在人权和基本权利层面，这种生物性也不具有绝对性，其他因素也应当被考虑。

此外，实践亲权难以探查，存在高度的模糊性和不确定性，也是难以全面采纳功能主义的原因。更为重要的是，从保护未成年人利益的角度来说，在未成年人出生时，亲权就应当被确定，而不是通过嗣后的实际抚育事实来确定。

毫无疑问，形式主义规则在追求法的安定性的同时可能牺牲个案正义。这种牺牲主要是由其或有或无式的调整模式所带来的。现代亲子关系的首要目标是未成年人利益的最大化，立法者选

择形式主义是因为法安定性给未成年人带来的好处要远远大于功能主义。当我们选择以功能主义来调整继父母子女关系时，其同样是为了实现未成年人利益的最大化。

如前所述，相对于亲子关系法所调整的典型核心家庭形象，继父母子女关系呈现复杂性和多样性，如果以或有或无式的形式主义来调整继父母子女关系，既可能存在调整范围过窄，也可能存在调整范围过宽的问题，既可能保护不足，也可能矫枉过正。完全否认继父母的法律地位，使其完全成为法律上的陌生人，实际上对于未成年子女的利益并非有利。这种否认也并不能当然促进继父母收养继子女。

继父母收养继子女不仅面临诸多实践障碍，也存在法律上的障碍。这种法律上的障碍主要源于继父母收养继子女必须经过非直接抚养方生父母的同意。根据《民法典》第 1097 条的规定，生父母送养子女，应当双方共同送养。只有在生父母一方不明或者查找不到的，才可以单方送养。

完全赋予继父母以生父母相同的法律地位同样可能产生问题。一方面，让继父母承担完整的父母义务，在法理上难以寻找合理的解释，不能从其接纳未成年人共同生活的意愿中推定其存在承担普遍父母义务的意思。另一方面，不考虑具体抚育事实，直接赋予其完整法律权利明显不公，违反比例原则，并且会在法律层面产生多重父母的权利冲突，引发更多法律纠纷。

以功能主义立场调整继父母子女关系的优势在于，它关心个案情境，追求实质正义，在继父母子女关系的复杂生活形态中原则上只截取涉及未成年人利益的部分进行调整。对于成年继子女和继父母，或者继父母未与未成年人共同生活两种情形，由于其与未成年人无关，不涉及实际承担抚育功能，法律自然无特别调整的必要。不仅法律所调整的范围由实际功能所决定，其权利义务也不是固定的，而是取决于其实际承担抚育功能的事实。

易言之，其法律地位并不是统一的，也不存在所谓的完整的法律地位，其法律地位一定是碎片化的。其法律地位并不是在抚育开始就被决定，而是伴随着抚育事实的实际发生而不断增强。总体上呈现抚育功能承担越多，时间越长，其法律地位就越强的特征。

如果一开始就按照形式主义规则赋予共同生活的继父母一个统一而完整的法律地位，将无法满足后期复杂的调整需求，也不符合法律调整的初衷——维护未成年人最大利益，促使继父母承担父母功能角色。就此而言，继父母的利益必然是居于次要地位，其对子女嗣后享有的权利完全依赖于前期父母功能的实际承担。

一项可能的质疑是为何对生父母和养父母的法律调整采形式主义而对继父母的调整采功能主义。从未成年子女的角度出发，其根本原因在于继父母的地位至多是补充，而非替代。法律至少要为未成年人清晰确定一位具有完整地位的父母，确定继父母的法律地位只能是在先以形式主义方法清晰确定生父母或者养父母之后进行。

一旦从功能主义出发构建继父母子女关系，则必然不能完全固定要件和法律效果，但并不必然导向动态体系论。事实上，完全赋予法官自由裁量权也是符合功能主义立场的，但这样的做法可能存在诸多问题。赋予过高自由裁量权所带来的一般性弊端在此同样存在。

毫无疑问，过高的自由裁量权将严重损害法秩序的安定性。如果法官裁判完全诉诸公平正义这样的理念，将导致裁判的恣意化和不可预期。

“法律规定越是试图顾及个案的特殊性，其自身的界限就越不清晰。”“正义有着一张普洛透斯似的脸（a Protean face），变幻无常、随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌”，当法官不受约束时，他不可避免地会将裁判建立在自己的正义观之上。自由法学运动的主张不过“只博得了历史的好奇心”，超出了“法律思维”。

虽然法律调整继父母子女关系是出于保护未成年人的利益，但如果仅依赖该原则授权法官进行调整，无疑裁量权过高。这一原则与公平正义一样过于抽象。对于未成年人利益最大化原则赋予法官过大裁量权的批评从未停歇。

从法官的角度来看，过高的裁量权也会加重其论证负担，产生巨大的程序成本。在家庭法中，过于宽泛的自由裁量权所引发的裁判不可预测性将降低当事人自行达成和解的可能，引发无休止的家庭法律战争，导致更多案件涌向法院。在家庭法语境中，对抗式诉讼并非解决问题的最佳方式。

因此，在形式主义和自由裁量之间寻求中间之道无疑是更为妥当的方式。动态体系论被认为是介于僵化、详细规则和高度抽象、一般化条款之间的中庸之道（goldene Mitte），在确保弹性调整的同时对法官的自由裁量权形成了约束。

在立法层面，“如果立法者指出了相关要素，则会提高人们对判决结果的可预期性和对判决更好的理解，从而提高法律的确定性”。在解释层面，动态体系有助于促使法官将隐蔽的论证公开化，提高裁判的清晰度。动态体系论所持分层、分级、要素协同观念，无论是在立法层面还是解释层面，都与继父母子女的动态调整需求相契合。

地位形成要素的动态化

（一）要素的分层

按照《民法典婚姻家庭编解释二》第 18 条的规定，对《民法典》第 1072 条中继子女受继父或者继母抚养教育的事实，人民法院应当以共同生活时间长短为基础，综合考虑共同生活期间继父母是否实际进行生活照料、是否履行家庭教育职责、是否承担抚养费等因素予以认定。

并不是所有包含要素列举的条款都属于动态条款。例如，立法者指引法官查明事实的条款即不属于动态条款。本条规定表面上看是指引法官

查明事实，但“抚养教育”并非单纯的事实，而是包含了评价。是否抚养教育本身属于一种事实，但是否构成《民法典》第 1072 条所称的“抚养教育”必然会涉及评价。即使客观上存在抚养教育事实，经过评价也可能不构成《民法典》第 1072 条所称“抚养教育”。

从该条司法解释的文义不难看出，司法解释的制定者在此归纳了四项要素，即共同生活时间长短、实际生活照料情况、履行家庭教育职责情况、承担抚养费情况。四项要素的列举并不是封闭的，还可能包含其他要素，其他要素可以从规范目的中进一步发展，该条规定所称“等”宜解释为等外等。例如，损害未成年子女的情况应当作为否定性负面要素。

1. 共同生活时间长短

就共同生活时间长短要素而言，共同生活是继父母发挥实际功能的载体。所谓共同生活，是指继父母与未成年继子女或者不能独立生活的成年继子女在事实上共同生活。继父母作出的共同生活承诺不属于此处所称共同生活。

参照《民法典婚姻家庭编解释一》第 41 条，所谓不能独立生活的成年继子女是指尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失、部分丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年继子女。16 周岁以上不满 18 周岁的继子女，以自己的劳动收入为主要生活来源的，并能维持当地一般生活水平的，参照《民法典婚姻家庭编解释一》第 53 条第 2 款的规定，其抚养需求已经消失，即使与继父母在一起共同生活，亦不构成此处所称共同生活。

质言之，存在法律所认可的抚养需求是形成此处所称共同生活的前提。共同生活首先指向的是“体素”，亦即继父母与继子女必须在物理空间上共同居住生活。否则，即使继父母与继子女感情良好，也存在心理上和社会上的身份认同，也不构成此处所称共同生活。

值得讨论的是，此处所称共同生活是否应当包含双方以父母子女身份共同生活的意愿。双方虽然在一起共同生活，但是可能并不包含形成父母子女关系的主观意愿，而只是“纯粹基于夫妻关系产生的一种经济帮助行为”。这种主观意愿可以从其称呼以及日常对外交往中展现，如继父对外称是子女的叔叔，子女称继父为叔叔。有观点认为，抚养教育是事实行为，因此不应考虑继父母的主观意思。这一观点难以立足。主观意愿不等于意思表示。

在比较法上，对这一问题的看法亦存在分歧。在美国承认事实父母（de facto parents，继父母是最为常见的事实父母）的州，这种分歧可以表现为是否将对外公开声称父母子女关系或者建立与孩子之间具有父母性质的紧密且依赖的关系作为认定事实父母的要件。

美国统一州法律委员会制定的《统一亲子关系法》（Uniform Parentage Act）第 609 条（d）款（6）项明确将对外声称未成年人系其子女作为要件。毫无疑问，从这种对外声称中可以推定其主观意愿。美国法律学会制定的《儿童法重述》（Restatement of Children and the Law）没有采纳这一要件。该重述第 1.82 条（a）项（3）款只是将建立与孩子之间具有父母性质的紧密且依赖的关系作为要件。这一规定与《统一亲子关系法》第 609 条（d）款（5）项一致。

虽然这一要件对主观意愿的反映不如对外公开声称其父母子女关系，但建立具有父母性质的关系必然包含当事人的主观意愿，即心理父母。

“心理父母是满足子女对父母的身体和情感需求的人，而且孩子将其视为实际父母。”与此相对，同为美国法律学会制定的《家庭解除法律原则》（Principles of the Law of Family Dissolution）第 2.03 条对于事实父母的认定既无公开声称要件，也无建立具有父母性质的紧密且依赖的关系要件。

从功能主义角度出发，如果父母和子女均不包含成为相应角色的意愿，继父母难以发挥成为“父母”的功能，也脱离了通过促使继父母发挥其父母功能来保护未成年子女的初衷。我国司法实践中亦有法院关注继子女的主观意愿和身份认同。因此，将反映主观意愿的父母子女角色作为共同生活的潜在要件是合理且必要的。需要注意的是，在继父母子女关系产生于子女具有一定的心智能力之后，双方的角色接纳通常需要一定的时间，这种角色接纳至迟应在抚养教育终止前形成。

此外，此处还隐含了另外一项前置性要件，即共同生活开始时继父母已经取得了继父母身份。在我国法语境下，继父母身份的取得完全依赖形式化的婚姻规则，而非功能化的事实婚姻。合法有效的婚姻是形成继父母子女关系的基础。

按照《民法典婚姻家庭编解释一》第 7 条的规定，1994 年 2 月 1 日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以前，男女双方已经符合结婚实质要件的，按事实婚姻处理，可以形成有抚养教育关系的继父母子女。1994 年 2 月 1 日之后，如果生父母与另外一方符合结婚实质要件，但未补办结婚登记的，只能按照同居关系处理，另外一方与继子女不能形成继父母子女关系。

从这一角度来看，1994 年 2 月 1 日之后，对有抚养教育事实继父母子女关系的认定采纳了形式主义和功能主义的混合立场。继父母子女的判断是基于形式主义，而抚养教育的判断是基于功能主义。

此处强调的是继父母与继子女共同生活，至于直接抚养方生父母是否在一起共同生活在所不问，但至少应当得到直接抚养方生父母的默认。在不承认与继子女有抚养教育关系的继父母可以取得与生父母完全相同地位的背景下，宜认为共同生活不需要取得非直接抚养方生父母的同意。共同生活时间仅包含继父母在继子女存在抚养需求时与其共同生活的时间。继子女丧失抚养需求

后共同生活时间不计算在内。继父母偶尔短期出差、继子女偶尔单独外出旅游等不影响共同生活时间的持续计算。但是，如果继子女长期住校生活，长期住校期间不应计算入共同生活时间。

2. 实际进行生活照料

所谓实际进行生活照料，是指继父母对继子女的饮食起居等进行照料。《家庭解除法律原则》第 2.03 条详细列举了一些典型的生活照料和教育形态，其中涉及生活照料的典型形态包括：（1）满足孩子的营养需求，管理孩子的睡眠和起床习惯，在孩子生病或受伤时照顾他们，关注孩子的个人卫生需求，与孩子一起玩耍并安排娱乐活动，保护孩子的人身安全，以及提供交通；（2）安排医疗保健提供者、医疗随访和家庭医疗保健；安排由家庭成员、保姆或其他儿童保育提供者或设施的替代照顾，包括调查替代方案，与提供者沟通，以及监督照顾情况。

《家庭解除法律原则》区分了父母功能（parenting function）和照料功能（caretaking function），前者包含后者。后者强调与未成年人互动或指导、安排和监督他人提供互动和照顾，不包含非直接针对未成年人的行为。例如，维护或改善家庭住所，包括庭院打理和房屋清洁；开展并安排财务规划和组织工作，汽车修理和维护，食品和衣物采购，洗衣和干洗，以及支持家庭消费和储蓄需求的其他任务。

在我国法下，对生活照料的理解应作宽泛解释，泛指家庭教育和提供抚养费之外的行为，包括但不限于为继子女购买衣物，为继子女做饭、洗衣服、洗澡，带继子女看病，带继子女外出游玩，陪继子女参加课外培训，接送继子女上学等。

需要强调的是，实际生活照料过程中可能会产生费用承担，与后文所述承担抚养费可能存在交叉。例如，为子女挑选并购买衣物既包含了人身性的照料也包含了财产性的费用支付。实际进行生活照料强调的是继父母本人的实际参与，如

果继父母只是出资安排他人照料，不构成实际进行生活照料。

3. 履行家庭教育职责

履行家庭教育职责是指实际上发挥了父母对子女的教育功能。按照帕森斯（Talcott Parsons）的观点，初级社会化是家庭最为重要的功能之一。父母家庭教育是初级社会化的实现方式。父母家庭教育的内容较为丰富。

《家庭解除法律原则》第 2.03 条列举的教育功能包括：（1）引导孩子的各种发展需求，包括运动和语言技能的获得、如厕训练、自信和成熟；

（2）提供纪律约束、教导礼仪，分配和监督家务，以及执行其他关注孩子行为控制和自我约束的任务；（3）安排孩子的教育，包括适合孩子需求和兴趣的辅导或特殊服务，与老师和辅导员沟通，监督家庭作业；（4）帮助孩子发展并维持与同龄人、兄弟姐妹和其他家庭成员的适当人际关系；（5）提供道德和伦理指导。

在我国，判定继父母是否履行家庭教育职责应参照《家庭教育促进法》对于父母履行监护职责的规定。需要强调的是，此处所称继父母履行家庭教育职责，并不是要继父母完全覆盖所有家庭教育内容，继父母与生父母在具体教育内容上的分工不影响继父母存在履行家庭教育职责的认定。

就家庭教育的方式而言，根据《家庭教育促进法》第 17 条的规定，未成年人的父母或者其他监护人实施家庭教育，应当关注未成年人的生理、心理、智力发展状况，尊重其参与相关家庭事务和发表意见的权利，合理运用各种方式方法。应尊重继父母在实施家庭教育方式上的自由空间，只要其方式方法没有严重损害未成年人利益，就应当予以承认。在继父母对继子女实施暴力教育，严重损害未成年人利益，甚至构成家庭暴力和虐待时，不应承认其履行了家庭教育职责。

4. 承担抚养费

参照《民法典婚姻家庭编解释一》第 42 条，承担抚养费是指继父母为继子女支付生活、医疗、教育等费用。继父母本无承担继子女抚养费的义务，事实上承担抚养费表明其发挥了父母对子女经济支持功能。如果继父母以自己的个人财产支付相关费用自无疑问。实践中，有争议的是生父母以和继父母的夫妻共同财产支付抚养费，以及继父母以与生父母的夫妻共同财产支付抚养费是否构成此处所称承担抚养费。

就前者而言，有观点认为，只要是以夫妻共同财产支付抚养费，无论是以继父母还是生父母的名义，均应视为二人共同承担抚养费。另一种观点则认为，生父母以与继父母的夫妻共同财产支付抚养费并不构成继父母承担抚养费，而是履行自己的法定义务。后一种观点较为合理，但理由并不在于这是生父母在履行法定义务，而是继父母缺乏主动承担子女抚养费的意愿，没有自己发挥父母的功能，承担对子女的抚养费。

因此，即使继父母知道生父母以夫妻共同财产承担抚养费的事实且未表示反对，亦不构成自己承担抚养费。就后者而言，继父母以夫妻共同财产来支付抚养费，实际上表明其有主动承担经济支持功能的意愿，宜认定为其自身承担了抚养费。

需要强调的是，前述继父母与继子女共同生活、对继子女进行实际生活照料、对继子女履行家庭教育职责、承担继子女抚养费均不等于监护，监护与共同生活、实际生活照料、家庭教育、承担子女抚养费没有必然关联。承担上述功能的不一定是监护人，监护人也不一定与未成年人共同生活、进行实际生活照料、实施日常家庭教育和承担子女抚养费。

有观点将继父母持续起到了主要监护作用作为认定有抚养教育关系的继父母子女关系的核心要件实属误解。首先，对于继父母而言，这是混淆了要件和法律效果。其次，从《民法典》第 34 条第 1 款的规定来看，监护人职责侧重于代理和保

护，与《民法典》第 1072 条所强调的“抚养教育”，即发挥父母的功能存在较大的差异。

此外，如果继父母对继子女进行生活照料、家庭教育是为了获取一定的报酬，则不符合促使其对继子女无偿付出的初衷。但是，基于继父母与生父母的家庭分工，继父母照顾、教育继子女只是通过夫妻共同财产间接获得了补偿，则可以形成此处所称抚养教育关系。同样，继父母在对继子女进行生活照料、家庭教育或者承担抚养费时，即使抱有继子女将来为其养老送终的目的，也不影响抚养教育事实的认定。受继父母抚养教育的继子女对继父母的赡养义务系法定义务，虽受继父母抚养教育事实的影响，但并非继父母抚养教育的对价。

（二）要素的协同

从其文义中同样不难发现，司法解释制定者对这些要素进行了基础要素和其他要素的划分。共同生活时间长短是基础要素，其他三项要素为非基础要素。这实际上是立法者预先确定“共同生活时间长短”要素的优先性。司法解释制定者预设这种优先性表明该项要素的重要性，同时也表明其在权衡中应占较大份量。

“因设定原理间的优劣关系，为认可一定的效果而要求的事情及其程度就会发生变化。”但是，其具体权重应该根据个案情况而定，无法以精确的数值来表示。该要素处于优先地位并不表明其具有绝对地位。“如果继父母因为工作等非主观原因未与继子女共同生活，但是继父母对继子女进行了持续的、较大数额的经济供养，也可以在特定情况下认定为进行了抚养教育。”

司法解释制定者并没有为共同生活时间确定阈值。部分域外立法例对此进行了明确规定。例如，根据《俄罗斯家庭法典》第 97 条的规定，继父母要求继子女赡养的前提是继父母曾经抚养继子女 5 年以上。又如，按照《家庭解除法律原则》第 2.03 条第（1）款第（c）项的规定，要成立事

实父母关系，必须至少共同生活 2 年时间。我国司法实践中，有法院认为最低应达到 2 年，也有法院认为应达到 3 年，还有法院认为应达到 5 年。

共同生活时间阈值不应当凭空确定，而是应当有一定的依据。这项依据便是父母子女行为稳定身份认同的大致时间。有研究将继亲家庭的发展阶段分为早期、中期和晚期，通常需要 2—3 年来完成早期阶段，即使较快的家庭，也需要 1—2 年来完成早期阶段，用 4 年来完成整个阶段。

当然，如前所述，身份认同很明显受到共同生活开始时间的影响。在继父母与继子女开始共同生活时，如果继子女年龄较小，这种身份认同更容易建立。如果继子女从婴儿期或幼儿期就由继父母抚养，这通常被称为接受为父母（accepting as a parent）类型，研究表明，这种继父母子女关系的发展往往更为顺利。在继父母与继子女开始共同生活时，如果继子女年龄较大，这种身份认同则较难建立，需要更多的时间。

还需要考虑的问题是，如果在法律效果的确定上采形式主义，则对阈值的设定应更高；如果在法律效果的确定上采功能主义，则阈值的确定应该更低。考虑到完成前述初期阶段通常就需要 2 年，以 2 年作为最低阈值相对合理。

在运用动态体系论时，基础评价的设置可以降低其负面效应。“一个固定的起点和比较点是必要的，只有相对于这样一个点，‘更多’或者‘更少’才是有意义的。”基础评价可以由立法确定或者由判例发展，指向单个要素的平均、中等、典型状态。

在此处，司法解释并没有设置基础评价，但从判例来看，基础评价应当为 3 年。有法院认为，达到一定的抚养年限是确立继父母与继子女间抚养关系形成的实质性要求，通常将 3—5 年作为确认抚养关系的基本判定标准，同时根据个案因素推定当事人是否有产生抚养关系的主观意愿，作为酌定延长或缩短该期间的依据。这种观点实际上表明，共同生活时间要素并非固定，在个案中，

如果当事人已经形成较为稳定的父母子女关系身份认同，不仅可以低于基础评价，甚至可以低于最低阈值，当然这需要法官承担较重的论证义务。

就实际进行生活照料、履行家庭教育职责的基础评价而言，通常应以直接抚养方生父母的相应功能作为基准，程度与直接抚养方父母相当。按照《家庭解除法律原则》第 2.03 条第（1）款第（c）项，继父母要成为事实父母，就必须定期承担大部分照料孩子的功能，或者定期承担至少与孩子主要居住父母一样多的照料功能。

需要强调的是，实际进行生活照料、履行家庭教育职责两项要素评价所参照的对象并不是非直接抚养方生父母，而是直接抚养方父母。当然，在直接抚养方父母因为工作、就医等客观原因，未能对子女进行生活照料时，应提升实际进行生活照料、履行家庭教育职责在总体生活照料、家庭教育职责中的比例要求，将承担大部分生活照料、家庭教育职责确定为基础评价。

实际进行生活照料、履行家庭教育职责、承担抚养费在判定抚养教育关系中的权重并不完全相同。相对而言，实际进行生活照料、履行家庭教育职责的权重通常大于承担抚养费，这是由该制度的最根本的目的——促使继父母子女产生身份认同，保护未成年子女的利益——所决定的。

《儿童法重述》对此有不同的看法，不再强调实际照料，使得承担更多经济和非照料功能的父母也能成为事实父母，这实际上反映了对生父母和继父母角色分工的同等评价。还有观点甚至认为判断抚养教育关系的主要标准是抚养费承担，因此即使继父母进行了生活照料和家庭教育，只要没有承担继子女抚养费，就无法形成抚养教育关系。

这两种看法实际上背离了以未成年子女为中心发展身份认同的初衷。实际进行生活照料、履行家庭教育职责的权重通常更大并不表明应当事先预设其具体的权重比例。“不能预先抽象确定要素的权重，而不考虑个案事实情况，这是因为

要素的权重，像其他任何量一样，是一个相对概念。”生活照料和家庭教育是未成年子女初级社会化的基本实现方式。实际进行生活照料以及履行家庭教育职责通常与共同生活挂钩，不共同生活就难以对继子女进行生活照料和家庭教育。但共同生活并不一定对子女进行了实际生活照料和家庭教育，虽然这种情况较为少见。

与此相对，共同生活和承担抚养费没有必然关联。如果继父母对继子女的生活照料或者家庭教育强度未达到与直接抚养方生父母相当的水平，则对于抚养费承担的强度要求就会异常高。在生活照料或者家庭教育要素缺失情形下，只有在继父母几乎承担所有家庭开支和抚养费用时才能例外予以认定。与此相对，如果满足了共同生活、生活照料和家庭教育的基础评价要求，只是在抚养费承担上强度不足，通常并不会影响抚养教育事实的认定。

继父母子女法律地位的动态调整

（一）父母子女关系规范的相应适用

比较法上各国对于继父母子女法律地位有不同的处理模式，例如，弱照顾权模式（如德国、瑞士）、通过协议获得法律上的亲权模式（如英格兰、威尔士、澳大利亚）、法院决定亲权模式（如荷兰）。不同处理模式下，继父母的法律地位存在较大的差异。仅在有抚养教育关系继父母子女的认定层面采动态体系论是无法满足功能主义立场所生全面动态化调整需求的。如果一旦认定为有抚养教育关系，就完全产生相同的法律效果，实际上难以公平调整复杂的继父母子女关系。或有或无式的效果实际上会使得法官在认定有抚养教育关系继父母子女上更为谨慎、犹豫。

在现行实定法体系下，能否对继父母子女法律地位进行动态调整的关键在于《民法典》第 1072 条“适用本法关于父母子女关系的规定”这一表述如何理解。如果采纳拟制说，即将其拟制为父

母子女，完全适用生父母子女关系的规定，则无论是继父母对继子女的抚养教育义务，还是继子女对继父母的赡养义务，以及继父母与继子女相互继承的权利，均与生父母子女无异。

这种看法实际上是一种或有或无式的形式主义观点。有观点认为，应当对《民法典》第 1072 条第 2 款进行限缩解释，以“明确特殊姻亲关系的权利义务，避免亲属关系之间的冲突”。但无论如何对“父母子女关系”进行限缩解释，也难以得出“特殊姻亲关系”的结论。更为妥当的方式是将此处的“适用”理解为“相应适用”。在“相应适用”情形下，不存在法律漏洞，自然无须进行漏洞填补。

由于“本法关于父母子女关系的规定”指向的是规范群而非具体规范，需要根据个案情形讨论是否适用，以及产生何种强度的法律效果。进行效果强度区分的前提是该效果可以被分层或者说弹性确定。例如，根据《民法典》第 1067 条第 2 款的规定，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。该款规定表明成年子女对父母赡养义务存在被弹性确定的空间。

与此相对，《民法典》第 1070 条规定，父母和子女有相互继承遗产的权利。该条的法律效果完全不存在被弹性确定的空间，不可能出现部分继承人这种法律效果。但根据《民法典》第 1130 条的规定，继承份额实际上存在弹性确定的空间。如果法律效果完全不能被弹性确定，则不能进行强度区分。

（二）法律地位的阶段性匹配

继父母子女法律地位“不仅局限于《民法典》，也及于其他私法领域乃至公法领域”，本文仅讨论民法领域的父母子女法律地位。在民法中，父母子女法律地位不仅局限于婚姻家庭法内部，比如抚养教育义务、探望权、姓名决定权，也涉及其他民法分支领域，最为典型的是法定代理权、继

承权、侵权责任承担、死者侵权损害赔偿请求权等。这些不同的法律效果之间本身并不存在当然的层级区分，不能说身份性质的权利义务较弱或者财产性质的权利义务较弱。质言之，不同类型权利义务之间不存在所谓的效果强弱的比较。

有观点将此处所称“本法关于父母子女关系的规定”限缩解释为《民法典》中父母子女监护的有关规定，理由有二：一是为了避免继父母子女权利义务不一致；二是为了防止规避收养管制。两项理由均难以成立。其一，限制在父母子女监护规定恰好不能有效体现父母子女权利义务一致，这将导致承担了主要抚养教育义务的继父母既无法继承继子女财产，也无法要求继子女承担赡养义务。其二，如前所述，实践中大量的继父母并不是不想收养继子女，而是存在需要生父母同意的法律障碍，即使承认继父母子女在其他领域具有法律地位，也并不表明其当然获得完全的法律地位。

因此，最为关键的问题仍是首先从未成年人利益的角度出发，同时兼顾继父母与生父母的利益，确定是否适用相关领域的具体规范。在确定适用某项规范的基础上，若在所含效果层面可以进行弹性区分，则进一步依据“功能越强，效果越强”的原则确定具体的效果。较为妥当的思考方式是从有抚养教育关系的继父母子女关系的生命历程出发，讨论不同阶段、不同情况所应匹配的权利义务。抚养教育关系的形成是为其匹配特殊法律地位的阈值。

设置阈值的意义在于将那些不稳定、偶然的的关系排除在外。从共同生活一开始就为其匹配权利义务明显是不合理的。在形成法律上的抚养教育关系之前，继父母与普通第三人无异，只能通过委托监护等方式与继子女建立法律上的关系。只有达到阈值以后，才能匹配特殊的法律地位。在动态体系论下，阈值不是个别要素的最低值，而是权衡各项要素后的评价结果，其中“较强的

要素可与较弱的要素相互抵消”，以实现法律地位与实际情况的动态平衡。

从继父母子女关系的发展历程来看，在达到抚养教育的特定阈值以后，继续与未成年人共同生活的继父母至少在监护、抚养教育、医疗决定、姓名决定、继承、死者侵权损害赔偿等领域具有一定的法律地位，这种法律地位如果本身存在前述弹性确定空间，则只享有最低层次的法律地位。就监护而言，其主要内核在于法定代理、保护和责任承担。

“在补充而非替代”的立场下，法定代理权的范围首先起步于子女的日常事务。只有当其抚养教育达到异常高的水平时，才享有对重大事项的法定代理权。例如，继父母几乎独自承担对继子女的抚养教育，并且周期较长，已经与继子女形成了稳定的身份认同。但继父母不享有重大事项的单独代理权，需要取得所有生父母的同意，除非事项紧急，客观上无法取得生父母的同意。保护义务的强度从关系形成时就不应该低于共同生活的生父母。

对于责任承担而言，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉侵权责任编的解释（一）》（法释〔2024〕12号）第9条规定，未成年子女造成他人损害的，依照《民法典》第1072第2款的规定，未与该子女形成抚养教育关系的继父或者继母不承担监护人的侵权责任，由该子女的生父母依照本解释第8条的规定承担侵权责任。从该规定的反面解释可以得出，“如果继父或者继母与该实施侵权行为的子女形成了抚养教育关系，则继父或继母就需要承担监护人责任”。继父母与生父母的具体责任应当考虑个案情况进行权衡，根据继父母具体功能承担确定其连带或者比例连带责任。

就抚养教育而言，核心问题在于已经形成抚养教育关系的继父母对继子女是否有抚养、教育的义务。《民法典婚姻家庭编解释一》第54条只是规定了继父母在与生父母离婚时，继父母可以

选择不同意继续抚养，未涉及婚姻关系存续期间的抚养义务。比较法上，极少国家立法例规定继父母需要对继子女承担抚养费用。根据《荷兰民法典》第 1:395 条的规定，婚姻关系存续期间，继父母有义务向属于其家庭的未成年继子女支付抚养费。“‘属于家庭’应作宽泛理解，即使孩子在其他地方接受教育，例如在寄宿学校，或者在家外学习，他也属于家庭，在被安置在家外的情况下，同样适用。”

在我国法下，未形成抚养教育关系的继父母对继子女无抚养教育义务，只是在特殊情况下可能与继子女抚养发生间接关联。例如，夫妻一方可以后婚夫妻共同财产支付前婚所生子女的抚养费，为履行对前婚子女抚养义务而形成的债务属于夫妻共同债务。虽然继父母在此并无直接利益，但如此处理是基于保护未成年人利益的特殊考量。

即使已经形成抚养教育关系，继父母对继子女的抚养教育义务仍然劣后于生父母，处于补充地位。继父母主动承担更多抚养教育义务会进一步强化其法律地位，这种法律地位强化主要反映在权利上，而非义务上。但继父母主动承担更多抚养教育义务不构成第三人代为清偿，不能对生父母进行追偿，也不构成无因管理或者不当得利，不能要求生父母偿还或者返还费用。

继父母的医疗决定权原则上仅针对日常性治疗。即使其与继子女形成了长期稳定的关系，也不享有单独的继子女重大医疗决定权，必须取得生父母的同意，除非情况紧急客观上无法取得生父母的同意。同样，从《民法典婚姻家庭编解释一》第 59 条的规定来看，继父母的姓名决定权虽劣后于生父母，但其并非完全不享有任何权利。例如，在非共同生活的生父母死亡的情况下，根据《公安部关于父母一方亡故另一方再婚未成年子女姓名变更有关问题处理意见的通知》（公治〔2006〕304 号），共同生活的生父母要变更不具有完全民事行为能力子女姓名也需要取得继父母的同意。

如果已经形成抚养教育关系的继父母子女关系未出现解除情况，则会涉及受继父母抚养的继子女对继父母的赡养义务。只要形成了抚养教育关系，继子女就处于第一顺位扶养义务人。如前所述，这种赡养义务存在被弹性确定的空间，继父母之前对继子女的抚养教育程度越高，则继子女对继父母的赡养义务就越高。在有抚养教育关系的继父母子女关系因一方死亡而自然终止时，应认为双方相互享有继承资格。

与生父母不同，继父母抚养教育的程度会对其继承份额产生决定性影响。与继父母对继子女本身无法定抚养义务不同，受继父母抚养教育的继子女对继父母有法定的赡养义务，不应认为其实际承担了赡养义务才具有继承资格。如果其不履行对继父母的赡养义务，应适用《民法典》第 1130 条第 4 款的规定，不分或者少分遗产。

按照《民法典婚姻家庭编解释二》第 19 条的规定，对于已经形成抚养教育关系的继父母子女关系，生父与继母或者生母与继父离婚会导致这种关系终止，除非生父与继母或者生母与继父继续共同生活。此处存在隐含要件，即在继父母与生父母离婚时，继子女仍然存在抚养需求。如果继子女已经成年且能够独立生活，继父母与生父母离婚不应影响已经形成的继父母子女关系，否则对于继父母明显不公。对于与继父母处于婚姻关系的生父母一方死亡情形，应作同等评价。

当然，受继父母抚养教育的继子女在成年后可参照《民法典》第 1115 条的规定，与继父母协议解除或者请求法院判决解除关系。所有解除情形均应适用《民法典婚姻家庭编解释二》第 19 条第 2 款的规定，综合考虑抚养教育情况、成年继子女负担能力等要素动态确定其对继父母的生活费给付义务。如果在抚养教育关系解除时子女尚未成年，继父母的法律地位并未完全消失，在有利于未成年继子女的情况下，应承认继父母对继子女的探望权。

结论

欧洲家庭法学会的研究指出，欧洲多数国家不承认继父母与父母拥有相同的权利，承担相同的义务，不同国家的规则存在较大的差异，缺乏共识。这实际上折射了此问题的复杂性。在处理继父母子女关系时，立法者面临“制定公平反映和界定家庭成员利益的法律，同时不造成过度混淆和不确定性的挑战”，往往一方面需要“稳定和保护继亲家庭成员”，另一方面又“不愿意远离核心家庭偏好从而使体系复杂化”。

功能主义立场关注的是做什么而非是什么，从这一立场出发引入动态体系论对继父母子女关系进行调整无疑是实现未成年子女利益最大化原则同时兼顾生父母、继父母利益的妥当路径。“正

义不仅显示出一般化的倾向，同时也显示出个性化的倾向”，动态体系论的引入为调整复杂继父母子女关系、关注个案情境提供了通道，对由此引发身份关系安定性被破坏的担忧是不必要的。

亲子关系法并没有被全面动态化，形式主义的立场仍然适用于生父母和养父母，法律并非以继父母替代生父母、养父母，而只是促使继父母补充前两者的功能缺失。这不仅不会削弱亲子关系的稳定性，还会提升亲子关系的稳定性。家庭法本就不存在偏向自由裁量权或者固定规则的绝对立场，不同领域对自由裁量权和固定规则的需求并不相同，将“由明确有序原则指导和控制的自由裁量权授予法官”更能契合这一领域的弹性调整需求。中

分居的法律适用争议及其解析

2025-06-19 人民法院报 周丽华

https://rmfyb.chinacourt.org/content/202506/19/article_980064_1391171891_6103415.html

□ 周丽华



在秉持破裂主义原则的离婚立法例下，配偶双方分居满足法定时长，一般可被推定为婚姻关系破裂而被准予离婚。我国即采此种立法例。民法典第一千零七十九条有两款规定与分居感情破裂推定有关：一是该条第三款第四项规定的，当离婚案件调解无效时，若出现“因感情不和分居满二年”的情形，应当准予离婚；二是该条第五款规定的，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。相较于民法典第一千零七十九条所明确规定的其他夫妻感情破裂的推定情形，诸如重婚或者与他人同居，实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员，有赌博、吸毒等恶习屡教不改等，分居推定更加贯彻无责主义，从理论上来说适用范围最广。然而在实施层面，我国对于分居的细节规定甚少，实践对于分居的认定、分居的时间规定以及分居期间配偶双方的权利义务关系等均存在争议，以下将结合法答网中关于分居的相关提问，对分居的法律适用争议进行梳理解析。

一、分居的认定

“分居制度”亦称“别居制度”，在各国婚姻法上普遍存在。对于多数西方国家而言，夫妻进入分居状态需要法院进行裁判，即使在同时施行合意分居制度的意大利，分居协议也需要法官批准才可生效。在上述制度下，由于分居需要官

方法定程序才得以开启，所以分居的时间起点以及状态认定均较为明确。与此相对，我国立法上的分居属于一种事实行为，只能依靠法官在离婚诉讼中进行事后确认，所以分居的认定一方面受限于当事人的举证，另一方面也很大程度受法官对于分居含义理解的影响。在既往的司法实践中，普遍认为法律上的分居需要同时满足客观及主观两个方面的要件：在客观上，夫妻双方需要在物理上分开居住；在主观上，夫妻分居的原因需要为“感情不和”，因此因夫妻一方工作变动或者出国留学等导致的分开居住并不属于民法典第一千零七十九条所规定的分居。

然而由于社会生活的复杂性及立法变动，分居的认定尚存在模糊地带，法答网上与此有关的疑问有二：一是民法典第一千零七十九条所规定的分居是否包括同室分居；二是民法典第一千零七十九条第五款所规定的“分居”是否也需要满足“因感情不和”的主观要件。

同室分居是否可以认定为法律上的分居，需要考察分居的定义，对此我国立法并无明确规定。在比较法视域下，由于德国对分居同样采取事后认定的立法例，其对分居的定义可资借鉴。《德国民法典》第 1567 条第 1 款第 1 句规定，“夫妻已无家庭共同生活，且夫妻之一方，以拒绝婚姻之共同生活，表明不愿继续维持夫妻关系者，此为夫妻之分居”。依据这一规定，“分居”在客观方面的核心要素在于“无家庭共同生活”，而不在住所上的分隔。同款第 2 句则进一步表明夫妻即使居住在共同的婚姻住所内，只要双方在住所内分开生活，家庭共同生活仍然废止。上述以夫妻有无家庭共同生活而非以其是否居住在同一住所判断分居客观要件是否满足的做法，更符合分居作为夫妻感情破裂推定事实的角色定位——在现代社会，夫妻感情的维系并不以居住在同一住所为必要，而夫妻之间的经济共享、情感交流以及亲密关系等共同生活要素则是判断其感情状态是否良好的更为本质的指标。此外，在诸如“北

上广深”等特大城市，昂贵的居住成本也会对夫或妻一方搬出婚姻住所造成阻碍，如果一律否认同室分居的效力，那么经济能力较低的市民将失去一条重要的摆脱不幸婚姻的渠道，有悖于法律的平等原则。

其次，民法典第一千零七十九条第五款所规定的“分居”同样需要满足“因感情不和”的主观要件。尽管单纯从文意上来看，该条第三款第四项在“分居”前加上了“因感情不和”的定语，似乎“因感情不和”外在于分居概念本身；但是依目的解释，民法典第一千零七十九条第五款的立法目的为通过“判决不准离婚 + 又分居满一年”的事实对夫妻感情破裂进行推定，因而上述事实对夫妻感情的反映至少需要在“质”上等同于民法典第一千零七十九条第三款所列事项。在这一前提下，客观上夫妻共同生活的终止并不足以完全指示夫妻感情破裂，必须在主观情感上加以限制，即需要满足“因感情不和”的主观状态。不过因为此种情形的前提条件为“曾判决不准离婚”，所以在这种情况下（因感情不和）分居只需要满一年即可。

二、分居的时间规定

民法典第一千零七十九条规定的两处分居均需要满足一定长度的时长才可发生法律上的效果，按照通常意义理解，上述时长应该是连续不断地进行所达到的最大时长，且在诉讼发生时，分居状态仍须持续——因为只有现时且长时间的分居状态，方能起到推定夫妻感情确已破裂的作用。据此，断断续续地分居但多段分居总时长相加满足法律规定的期间，或者单次分居持续时间满足法律规定但提起诉讼时已经不在分居状态，均不满足民法典第一千零七十九条所规定的时间要求。

问题在于，夫妻分居期间短暂的共同生活是否会中断上述期间。对此，《德国民法典》第 1567 条第 2 款明确规定，夫妻为和好而短暂地共同生活，并不会造成分居期间的中断。这样规定旨在

最大限度鼓励分居的配偶双方为恢复家庭共同生活作出努力，避免夫妻双方因担心分居期间重新计算而不愿意尝试和好的局面出现。这一规定具有一定的借鉴意义，在司法实践中，法官可以根据当事人分居后共同生活的原因以及时长进行自由裁量，而非一律将夫妻分居期间的任何接触均界定为分居的中断，以免阻碍夫妻为和好而进行的可能尝试。

三、分居期间配偶双方的权利义务关系

由于分居期间配偶双方家庭共同生活中断，配偶双方的权利义务关系也可能发生相应变化，比如《瑞士民法典》即规定法院裁判分居后，配偶双方实行夫妻分别财产制，《德国民法典》则明确规定家事代理权在分居期间中止等。我国立法上并未对分居期间配偶双方的权利义务关系进行规定，亟待明确。

在人身关系方面，分居期间配偶双方同居义务中断，但仍然负有对对方的忠诚义务以及扶养义务。这意味着分居期间配偶一方重婚或与他人同居，仍然会导致无过错方于离婚时获得损害赔偿请求权；需要扶养的一方在另一方不履行扶养义务时，同样具有要求其给付扶养费的权利。

同居期间的夫妻财产关系主要涉及夫妻财产制度以及夫妻共同债务的认定两个方面。对于前者，分居期间仍应实行夫妻法定共同财产制，但如果配偶双方在分居时签订了分居协议，对夫妻

财产制度进行了约定，则应依其约定。对于后者，由于同居期间家庭共同生活中断，夫妻家事代理权亦应随之消解，所以夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义所负的任何债务，均属于夫妻一方的个人债务，从而与正常婚姻状态下的夫妻共同债务界定有所区别。

此外，配偶双方分居还会产生子女抚养以及抚养费的请求等问题，在法答网上引起一定疑问。对于分居期间子女的抚养问题，最高人民法院发布的指导性案例 228 号“张某诉李某、刘某监护权纠纷案”曾对此作出解释，该案例认为父母对孩子均享有平等的监护权，但是监护权的行使仍然应符合最有利于被监护人的原则。在该案中，孩子不满两周岁，法院参照适用民法典第一千零八十四条，认为孩子应由母亲抚养为宜，在孩子由一方抚养期间，应当对另一方探望孩子给予协助配合。因此，分居期间子女的抚养问题可以参照适用离婚时子女抚养的相关规定进行裁判。至于子女抚养费的请求，则可直接适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第四十三条，如果未成年子女或者不能独立生活的成年子女请求不直接抚养子女一方支付抚养费的，应当支持。

目前，我国虽然规定了分居事实的推定意义，但是在实施层面仍然有所不足，未来可通过发布典型案例或司法解释的方式进行进一步明确。

（作者单位：国家法官学院）

离婚损害赔偿制度理解与适用的疑难问题探析

原创：2025-03-27 上海大学学报 上海大学学报

<https://mp.weixin.qq.com/s/CnqK6lj0vTcgMzJWsmoza>

离婚损害赔偿制度理解与适 用的疑难问题探析 ——以《中华人民共和国民法 典》婚姻家庭编与侵权责任编 规范的关系为视角

推荐理由

本文从理论维度、比较法维度和司法实践维度探析《民法典》离婚损害赔偿制度可能存在的问题，并在此基础上为其寻求合理的理解与适用方案，为《民法典》婚姻家庭编与侵权责任编规范之间的关系协调略尽绵薄之力。

作者：夏江皓

（中国政法大学 人权研究院，北京 100088）



摘要：2001 年修订的《中华人民共和国婚姻法》增设了关于离婚损害赔偿制度的规定，《中华人民共和国民法典》保留了离婚损害赔偿制度并增加了兜底条款。学理上一般将离婚损害赔偿分为离因损害和离婚损害两种。从理论维度看，离因损害与离婚损害都存在难以逾越的理论困境。从比较法维度看，我国以离婚损害的立法例为参照，却制定了离因损害的规定；而在离因损害的立法例中，规定独立的离婚损害赔偿制度有画蛇添足之嫌。从司法实践维度看，法院对离婚损害赔偿制度适用中的若干重要问题的判决大相径庭。基于此，面对离婚损害赔偿制度理解与适用中的若干疑难问题，应当注意协调离婚损害赔偿与离

婚财产分割之间的关系，同时在离婚损害赔偿制度不能有效发挥作用时，通过诉诸一般侵权责任的路径来实现保护当事人合法权益的功能。

关键词：离婚损害赔偿；离因损害；离婚损害；一般侵权责任；离婚财产分割

2001 年修订的《中华人民共和国婚姻法》（以下简称“原《婚姻法》”）第 46 条增设了关于离婚损害赔偿制度的规定，最高人民法院先后颁布的三个司法解释中就离婚损害赔偿制度适用的一些具体问题作出了规定，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 1091 条保留了离婚损害赔偿制度并增加了兜底条款，由此构成了我国法中的离婚损害赔偿制度。在讨论修订 1980 年《中华人民共和国婚姻法》时，对是否应当规定离婚损害赔偿制度，理论界存在较大分歧，2001 年《中华人民共和国婚姻法（修正草案）》向社会征求意见时也收到了不少针对离婚损害赔偿制度的质疑之声。^①

①具体质疑参见：王胜明，孙礼海主编：《〈中华人民共和国婚姻法〉修改立法资料选》，法律出版社 2001 年版，第 40-41 页。

尽管原《婚姻法》最终确立了离婚损害赔偿制度，但并没有平息理论上的争论，司法实践中离婚损害赔偿制度的适用也较为混乱，由此引发了一系列理论和实务中的难题。《民法典》并未对该制度作出根本性改变，这意味着上述问题在民法典时代仍会继续。〔1〕

鉴于此，本文一方面从理论维度、比较法维度和司法实践维度探析离婚损害赔偿制度可能存在的问题；另一方面，尝试在《民法典》中寻求合理的方案，以有效解决离婚损害赔偿制度理解与适用中的若干疑难问题，同时促进《民法典》婚姻家庭编与侵权责任编规范之间的关系协调。

一、理论维度：离因损害与离婚损害的困境

一般而言，离婚损害赔偿可以分为离因损害和离婚损害两种：前者是指夫妻一方的行为是构

成离婚原因的侵权行为时，他方可请求因侵权行为所生的损害赔偿，例如因杀害而侵害对方的生命权、身体权或人格权，或因重婚、与他人同居而侵害对方的配偶权；后者是指不具备侵权行为的要件，离婚本身即为构成损害赔偿之直接原因，例如由于夫妻一方被判处三年以上有期徒刑或虐待他方配偶之直系尊亲属而离婚时，对配偶并不构成侵权行为，但配偶仍可以请求损害赔偿。[2] 114-118 《民法典》第 1091 条规定的离婚损害赔偿究竟属于离因损害还是离婚损害，学者们存在不同观点，②据此，本文将逐一展开论述。

②有观点认为我国的离婚损害赔偿制度是离婚损害，参见：余延满，《亲属法原论》，法律出版社 2007 年版，第 362 页；王洪，《婚姻家庭法》，法律出版社 2003 年版，第 197 页等。相反的观点认为我国的离婚损害赔偿制度是离因损害，参见：张学军，《论离婚后的扶养立法》，法律出版社 2004 年版，第 42 页；张新宝主编，《精神损害赔偿制度研究》，法律出版社 2012 年版，第 348 页等。

（一）将《民法典》第 1091 条的离婚损害赔偿认定为离因损害存在的理论困境

如果将我国法上的离婚损害赔偿认定为离因损害，紧接着应当探析的是《民法典》第 1091 条和《民法典》第 1165 条第 1 款一般侵权责任规则之间的关系，因为二者都是由于行为人实施过错行为侵害配偶一方合法权益产生的侵权责任。对二者的关系可能存在两种解释：一为请求权竞合，二为法条竞合。根据请求权竞合和法条竞合的区别，离因损害下的《民法典》第 1091 条和《民法典》第 1165 条第 1 款应属法条竞合，因为二者具有特别的逻辑关系，《民法典》第 1091 条包含了《民法典》第 1165 条第 1 款的构成要件，列举了第 1165 条第 1 款中的某些特别情况，同时增加了“导致离婚”的要素。在适用时，应当遵循法条竞合下特别规定优于一般规定的原则，优先适用

《民法典》第 1091 条。厘清《民法典》第 1091 条和《民法典》第 1165 条第 1 款的关系问题后需要进一步阐释的是：离因损害之下，我国法上的离婚损害赔偿制度可能存在的理论弊端。

第一，原《婚姻法》第 46 条规定了重婚、有配偶者与他人同居、家庭暴力、虐待或遗弃家庭成员四种情形下，无过错方有权请求离婚损害赔偿，按此逻辑推进，夫妻一方实施通奸、卖淫嫖娼等行为同样会给配偶造成损害，同样应当予以制裁，原《婚姻法》第 46 条“顾此失彼”却不能给出充足的理由，其瑕疵显而易见。从比较法上看，瑞士、法国等立法中采取的也均为概括规定之方式，并未对有权请求损害赔偿的具体情形进行一一列举。对此有观点建议，可以在原《婚姻法》第 46 条最后增设一个兜底条款，即其他导致婚姻关系破裂的重大过错情形，[3] 《民法典》第 1091 条采纳了此种做法。然而，《民法典》第 1091 条在司法实践中可能存在适用疑难：首先，如何界定“重大过错”难以判断，立法的弹性规定容易导致司法实践的适用混乱；其次，兜底条款有被不断放大的危险，可能导致对当事人行为自由的过度干预；最后，兜底条款最终的适用结果可能是，相较于《民法典》第 1165 条第 1 款，第 1091 条多了“离婚”和“重大过错情形”两个要件，同样是夫妻一方实施过错行为使其配偶遭受损害，过错重大且导致离婚的适用《民法典》第 1091 条，未导致离婚或未达到重大过错程度的行为适用《民法典》第 1165 条第 1 款，其中的“奥妙”恐难参透，其必要性与合理性也不易证成。

第二，我国创设离婚损害赔偿制度的立法意旨在于预防和制裁违法行为，更好地保护无过错当事人的合法权益，然而仔细推敲可以发现：《民法典》第 1091 条的设立在一定程度上并未与其立法初衷完美契合。首先，从责任承担方式上看，在一般侵权法的框架下，夫妻一方可以以《民法典》第 1165 条第 1 款为请求权基础要求过错配偶承担损害赔偿、停止侵害、消除危险、赔礼道歉等责任。

但由于《民法典》第 1091 条的规定，严格遵循特别法优先于一般法之原则，夫妻一方只能依据《民法典》第 1091 条请求损害赔偿，而丧失了要求配偶承担其他责任的机会。其次，从提起损害赔偿请求的条件上看，《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 88 条对无过错方依据《民法典》第 1091 条提起损害赔偿请求的条件进行了较为严格的限制，而一般侵权法则没有此种特别限制，条件更为宽松。最后，从有权请求损害赔偿的主体上看，《民法典》第 1091 条规定只有无过错方有权请求损害赔偿，《婚姻家庭编解释（一）》第 90 条再次明确：“夫妻双方均有民法典第一千零九十一条规定的过错情形，一方或者双方向对方提出离婚损害赔偿请求的，人民法院不予支持。”而一般侵权法不对提起损害赔偿的主体进行限缩，如果配偶双方均实施了过错行为造成了对方的损害，则应当各自承担侵权责任，一方的过错行为不会成为对方承担侵权责任的免责事由。综上，如果为了更好地保护婚姻中夫妻双方的合法权益而创设一个独立的离婚损害赔偿制度，这个制度应当比一般侵权法的适用条件更为宽松、程序更为便利、对受害方的保护更为周全，而《民法典》第 1091 条似乎在一定程度上起到了相左的效果，诚然其有正当之目的，却可能欠缺合理之手段。

第三，《民法典》第 1091 条构成要件中的“导致离婚”可能引起认定离婚损害赔偿责任时因果关系的混乱。离因损害是夫妻一方存在《民法典》第 1091 条规定的情形导致离婚，无过错方因为配偶的侵权行为遭受损害，有权请求损害赔偿。相较于一般侵权责任，离因损害构成要件的特殊性在于增加了“离婚”这一要件，而这一要件应当置于何种位置不无疑问，申言之，在考察因果关系时，过错行为、权益侵害、损害与离婚之间的因果关系为何，难以得到清晰合理的解释。例如，夫妻一方甲与丙同居，配偶乙长期独自带着孩子生

活，受到了亲戚朋友的“非议”，遭受了巨大的精神损害，但乙并没有离婚的打算，甲也打算保持现状继续生活，后来甲因为和丙的同居影响了其在工作中的表现和声誉，被单位开除，乙嫌弃甲没有工作能力，不能赚钱养家而打算离婚，最后甲乙双方关系破裂而离婚。在这个例子中，甲与丙同居引发的对乙的权益侵害并没有导致离婚，真正导致离婚的是甲和丙同居引发的甲因失去工作没有经济来源，此种情况下乙能否依《民法典》第 1091 条主张离婚损害赔偿？离因损害下的《民法典》第 1091 条很难对此问题作出逻辑清晰且自洽的回答。



（二）将《民法典》第 1091 条的离婚损害赔偿认定为离婚损害存在的理论困境

如果将我国法上的离婚损害赔偿认定为离婚损害，即此种损害是离婚本身造成的，而非配偶一方的侵权行为造成的，那么《民法典》第 1091 条与《民法典》第 1165 条第 1 款的关系应为请求权聚合，二者分别针对因离婚造成的损害和因一方的过错行为造成的损害。在夫妻一方实施重婚、与他人同居、家庭暴力、虐待、遗弃等侵权行为导致离婚的情况下，配偶一方可以同时依据《民法典》第 1091 条与《民法典》第 1165 条第 1 款提起离婚损害赔偿和一般侵权法下的损害赔偿。

离婚损害下的离婚损害赔偿更接近于一种婚姻家庭法上的特别责任，其侵害的客体主要体现在夫妻的身份权益上，有学者指出，婚姻本身是

一种伦理关系，是一种规范夫妻伦理生活、承担着分配生育责任、保证人类物种繁衍的社会制度。对此种制度的侵害与对民法上一般权益的侵害相比较，是两种不同性质的不法行为。正因为如此，婚姻家庭编特别规定离婚损害赔偿彰显的制度功能就在于维系婚姻和夫妻身份的伦理价值，因此，将离婚损害赔偿制度界定为特殊保护政策更为合理。〔4〕

将《民法典》第 1091 条界定为离婚损害，通过婚姻家庭法上的特别规定要求配偶一方对因离婚本身造成的损害进行赔偿，在理论上存在难以逾越的困境。

第一，离婚损害背离了当代离婚法的无过错原则，一定程度上限制了当事人的离婚自由。20 世纪 60 年代以来，婚姻家庭的权利已从强调共同体权利逐步转向强调个人权利，〔5〕那种认为当事人因婚姻关系而使得每一方都要委身于对方，即夫妻彼此之间享有类似物权的权利的观点已经被逐渐淘汰，各国法律日益强调家庭成员的个体性和独立性。〔6〕而在过错离婚主义的原则之下，离婚被视为对被告过错行为的一种制裁和惩罚手段，同时作为对无过错方的一种解救措施，只有一方具有严重过错，无过错方才可以据之请求离婚，显然与个人的自由与独立价值相悖。

随着社会的进步和观念的变更，20 世纪上半叶开始出现了过错离婚主义向自由离婚主义过渡的趋势，大多数国家都相继完成了从有责离婚向无责离婚的变革，我国婚姻法也以无过错离婚为原则。现代婚姻观念认为，婚姻的核心在于心灵和意愿的结合，故而应当非常慎重地使用法律强制力。在离婚破裂原则下，出现婚姻危机时，无论双方是不计前嫌、继续生活下去，还是就此分道扬镳，都是双方的自由，属于他们内部关系中应当承担的人身和经济风险。〔7〕76-83 无过错离婚要求尊重当事人对婚姻关系结束的自由，不仅不能把离婚与当事人的过错挂钩，也不能把离婚本身带来的惩罚性后果与当事人的过错挂钩。离

婚损害下的离婚损害赔偿制度要求有过错方承担对方因离婚而遭受损害的赔偿责任，实质上是对离婚本身进行法律上的否定评价，当事人可能囿于承担离婚的不利后果而不提出离婚，由此变相限制了当事人的离婚自由，有悖于无过错离婚的基本原则。

第二，离婚损害存在公权力对婚姻家庭私领域不当干预之嫌。家庭与其说是作为一个本身具有价值的制度，毋宁说是一个为每个人提供其个性充分发展的制度。在现代社会越来越强调个人自主自决主体权利的背景下，公权力对家庭领域的干预有明显后撤的趋势。有观点指出，配偶履行基于婚姻关系所生的义务，只能根据自愿约束和自己的良心加以保证，通过公权力惩罚或者威胁实施惩罚，都会违反婚姻的道德基础。〔8〕易言之，法律一定程度上放弃保卫和保护婚姻价值，而强化了对个人基本自由和权利的保护。〔9〕90 而离婚损害下的离婚损害赔偿制度却刚好与之相反，通过婚姻法上的特别规定维系和彰显夫妻之间的身份权益，通过公权力对婚姻的结束进行了否定式评价，由此可能带来一些问题。

首先，婚姻家庭关系具有相对封闭性和复杂性，涉及较大的时间和空间跨度，且夫妻双方彼此之间的作用和影响是相互的，例如夫妻一方对配偶实施家庭暴力，可能是由于配偶与他人同居造成的，一些情况下难以对双方当事人的行为进行是与非的判断和评价。其次，离婚时过于强调因婚姻破裂造成的损害，会强化一方的受害者心理，对涉案当事人及其子女都会造成更大的伤害，这种看似救济的途径实质上可能不利于婚姻关系的和平结束与当事人对新生活的投入。最后，在大多数法官作出判决的事项中，人们都有合理的信心认为法官本身完美无瑕，但对于家庭关系中的某些事项，并不能作出此种保证。如果法律需要对家庭事项进行道德评价，那么法官戴上虚伪的面具审理案件的可能性非常高。〔10〕

二、比较法维度：离因损害或

离婚损害的选择

（一）明确规定离婚损害赔偿制度的立法例——实质是离婚损害

根据立法资料与学界的普遍观点，建立离婚损害赔偿制度的主要参考立法例为瑞士、法国和我国台湾地区。[11] 210 最早创设离婚损害赔偿制度的是 1907 年的瑞士民法，但 2000 年《瑞士民法典》修订时删除了离婚损害赔偿制度的规定。因此，下文对比较法的考察主要集中于法国和我国台湾地区。

1. 法国的离婚损害赔偿制度

《法国民法典》第 266 条规定：“对于因婚姻被解除而遭受特别严重后果的配偶一方，如其在以夫妻关系变坏无可挽回而宣告离婚的诉讼中作为被告但其本人并未提出任何离婚请求，或者在唯一因其配偶有过错宣告离婚时，可给予损害赔偿……这项请求只能在离婚诉讼时提出。”通过法条的文义可以看出，法国法上的离婚损害赔偿制度实为离婚损害（非离因损害），其是对“因婚姻被解除而遭受特别严重后果的配偶一方”进行的损害赔偿。根据法国最高法院第二民事庭的判决，依据第 266 条给予损害赔偿时，法官必须首先查明所赔偿损害的哪些方面是因婚姻解除所引起的。此外，法国最高法院第一民事庭的判决提到，一方配偶，独立于离婚及特定的制裁，认为在因中断夫妻共同生活而受到损害之外，还受到其他损害时，可以按照普通法规定的条件向（原）配偶请求损害赔偿。[12] 由此也为法国法上的离婚损害赔偿制度系离婚损害提供了佐证。但有学者指出，法国立法和司法上都存在婚姻忠实义务明显弱化的趋势，这种忠实义务的式微从根本上说与个人主义和自由主义推动下人权观念的勃兴有关，法律优先保护的不再是传统婚姻家庭的价值，而是个人基本权利和自由的价值。[9] 92

2. 我国台湾地区的离婚损害赔偿制度

我国台湾地区所谓“民法”第 1056 条第 1、2 款规定：“夫妻一方，因判决离婚而受损害者，得向有过失之他方，请求赔偿。前款情形，虽非财产上之损害，受害人亦得请求赔偿相当之金额，但以受害人无过失为限。”解释上，因离婚所受的损害赔偿属于第 1056 条的范围，至于因对方虐待或通奸等所受之痛苦，则依第 184 条及第 195 条之规定（一般侵权责任），请求损害赔偿。质言之，夫妻一方的侵权行为造成离婚原因时，他方配偶基于侵权行为得请求离因损害，亦得依第 1056 条的规定请求离婚损害。[2] 115-134 史尚宽先生将第 1056 条离婚损害赔偿的构成要件分解如下：须配偶有过失，一方行为构成独立的离婚原因或引起婚姻破裂；须为违法，他方配偶以其人格投入婚姻共同体之内，因自己之非行致婚姻之破绽而毁灭其共同体，于此已有违法性之存在无须再为证明；因离婚所受财产上或精神上的损害。[13] 由此，我国台湾地区的离婚损害赔偿制度也属于离婚损害，其基本立场在于：夫妻之间基于婚姻关系发生了身份及财产上的权利义务，法律应当保护婚姻关系不受夫妻任何一方或第三人的不法侵害，所以因过错行为导致离婚的一方应当赔偿对方因婚姻关系破裂而遭受的损失。

3. 小节：比较法的经验与我国法的选择

通过以上论述，可以看出法国和我国台湾地区规定的离婚损害赔偿制度为离婚损害，且其均未对导致离婚的具体过错行为进行列举。我国以比较法上的立法例为论据，是否意味着我国法上规定的离婚损害赔偿制度也属于离婚损害？回答似乎是否定的，严格来说，我国法中的离婚损害赔偿属于离因损害。全国人大常委会法制工作委员会给出的解释是：如果夫妻一方不履行夫妻义务，与他人姘居、重婚或实施家庭暴力等，侵害配偶的合法权益，致使婚姻关系破裂而离婚，离婚时过错方对其因过错行为给无过错配偶造成的损害理应承担损害赔偿责任。[11] 208-209 最高

人民法院提到,《民法典》第 1091 条规定的损害赔偿包括物质损害赔偿和精神损害赔偿,这种物质损害和精神损害是夫妻一方实施了第 1091 条规定的行为所引起的。[14]从以上资料的表述中可以看出,我国法上的离婚损害赔偿实质上针对的是夫妻一方实施重婚、与他人同居、家庭暴力、虐待等侵权行为造成的损害,而非离婚本身造成的损害。

综上,问题的症结在于:我国法上的离婚损害赔偿制度以比较法上的立法例为参照,却并未继受其离婚损害的路径,而是“另辟蹊径”地创立了离因损害,产生了“南辕北辙”的效果。对此,在作者有限的文献检索中并没有找到具体的原因,但至少可以得出一点结论,即我国确立离婚损害赔偿制度的比较法论据有待进一步商榷。



(二) 没有明确规定离婚损害赔偿制度的立法例——替代路径的选择

与上述立法例相反,一些国家的立法中没有明确规定独立的离婚损害赔偿制度,有趋势表明,在欧洲大部分法律体系中,惩罚过错方配偶已经不再是离婚经济后果相关法律追求的目的。[15]普通法历史上曾承认一系列旨在规制背叛爱情行为的侵权之诉,称为“精神慰藉之诉”,具体包括违反婚姻承诺、非法性交等,但最近几十年,大多数的司法区已经废除了精神慰藉之诉或是限制了其适用范围。英国在 1970 年经国会立法废除了普通法上的通奸损害赔偿请求权。[16]美国现代法上也趋向于不考虑婚姻期间的过错行为。密苏

里州最高法院解释道:“这类赔偿费诉讼原本基于对家庭关系陈旧的财产观念,认为现代司法可以通过法律制裁保护婚姻或其他亲密关系无非只是一种幻想。”①

①参见: *Helsel v. Noellsch*, 107 S.W.3d 231 (Mo. 2003)。

那么接下来的问题是,在没有明确规定离婚损害赔偿制度的国家中,立法是否采取了其他替代方案来实现离婚损害赔偿或离因损害赔偿的法律效果?下文将以日本、德国和意大利为对象,考察其立法中具体替代路径的选择。

1. 日本、德国、意大利的做法

《日本民法典》没有离婚损害赔偿制度的规定,但实务中存在此类诉讼。判例和大多数学说都认为离婚时配偶一方有过错的,无过错一方可以依据《日本民法典》第 709、710 条一般侵权法上的规范提起财产损害或精神损害赔偿的请求,其中精神损害赔偿有时也被称为离婚抚慰金。申言之,夫妻一方有可归责的事由而离婚时,他方可请求因侵权行为所致损害的赔偿。侵权行为的成立,必须具备一般侵权的要件,尤其离婚本身并非侵权行为,因此,仅仅因离婚而非侵权行为所生之损害赔偿,不应适用侵权行为的规定。[17]

在德国法中,配偶一方侵害另一方作为法律上的人而享有的绝对权,例如身体权、人格权等,受侵害的人原则上享有《德国民法典》第 823 条以下规定的一般侵权法上的请求权,可以请求配偶一方承担损害赔偿、停止侵害、排除妨害的责任。婚姻共同生活不能剥夺伴侣的一般法律保护。

[7] 8-84 此外,离婚法中对损害人身性婚姻义务的行为规定了间接的制裁,即根据《德国民法典》第 1579 条的规定,若夫妻一方对配偶或其近亲属实施了犯罪或严重违法行为等严重过错行为,则可以拒绝、减少或在时间上限制该方的扶养请求权。

同样的,在意大利法中,仅仅因为对方违反了忠诚义务,并不能自动地导致损害赔偿责任。如

果出轨一方的故意或过失行为，的确侵犯了另外一方受法律保护的地位，造成了不法损害，并且在损害与出轨一方配偶的行为之间存在为法律所认可的因果关系，那么在这种情况下才会出现《意大利民法典》第 2043 条所规定的一般侵权意义上的损害赔偿责任的适用。[18] 99

2. 小节：比较法上的替代方案与我国法的做法

通过以上论述，可以看出日本、德国和意大利民法上都没有规定独立的离婚损害赔偿制度，也不要求有过错行为的一方对配偶承担因离婚本身带来损害的赔偿责任，其解决方案均是通过一般侵权法上的规范达到离因损害赔偿的效果，质言之，如果夫妻一方的过错行为侵害了配偶的合法权益，那么受害配偶可以依据一般侵权法的规范要求过错方承担侵权责任。反观我国，《民法典》婚姻家庭编以单独的条文规定了实为离因损害的离婚损害赔偿制度，相较上述国家的立法例，实为在一般侵权法外作出了多余的努力，难免有“画蛇添足”之嫌。

三、司法实践维度：制度适用中的困境

诚然，离婚损害赔偿制度存在上述诸多问题，但如果其在实际适用中取得了良好的司法效果，也许我们可以作一些让步，妥协于“事实的力量”。那么自 2001 年确立起，离婚损害赔偿制度的适用情况是否尽如人意？下文将通过案例实证研究，尝试进行一次初步和局部的考察。依托北大法宝案例检索平台，共选取 400 个目标案例进行分析（以下简称“400 个目标案例”）。①

①为更加全面地考量离婚损害赔偿制度在司法实践中的适用情况，本文以对《民法典》第 1091 条和原《婚姻法》第 46 条的实证研究为考察对象。笔者在北大法宝案例检索平台，分别以“《民法典》第 1091 条”“原《婚姻法》第 46 条”为基础进行法宝联想案例检索，设置案由为“离婚后损害赔偿纠纷”“离婚后财产纠纷”，截至 2024

年 12 月 19 日，共检索到 1485 个案例，通过简单随机数方法实际阅读案例 465 个，剔除不相关案件后选取其中有效案例 400 个进行分析。

虽然案例数量有限，但涵盖了不同的审级、地域和案由，故以此为基础进行实证研究具有一定的参考价值。下文将结合案例统计数据，总结出离婚损害赔偿制度在具体适用中的若干问题。

（一）请求事由相对集中，法院支持比例相对较低

由表 1 可见，夫妻一方提出离婚损害赔偿的事由相对集中，对方实施家庭暴力、与他人同居这两项事由适用较多，超过 60%；而重婚和虐待、遗弃家庭成员适用极少，不超过 10%。此外，在 31.8% 的案件中夫妻一方以《民法典》第 1091 条前四项法律具体列举事由以外的其他事由提起离婚损害赔偿请求，不同法院对于某些特定事由（例如，与他人发生婚外性行为、同性性取向等）是否属于《民法典》第 1091 条第五项兜底条款的观点迥然不同。

表 1 夫妻一方提出离婚损害赔偿理由的情况

提出离婚损害赔偿的理由	案件数量(个)	比率
有配偶者与他人同居	130	32.5%
实施家庭暴力	102	25.5%
虐待、遗弃家庭成员	16	4%
重婚	14	3.5%
实施家庭暴力+有配偶者与他人同居	11	2.7%
与他人发生婚外性关系	77	19.3%
子女非亲生	24	6%
其他理由,例如对方有生理缺陷、同性性取向、辱骂、欺骗等	26	6.5%
案件总数	400	100%

由表 2 可见，大多数案件中（约 57%）夫妻一方提出的离婚损害赔偿请求并未得到法院支持。在法院不予支持的原因中，除了当事人没有提交证据或提交的证据不足以外，也有因为一方提出的理由不在法律规定的情形内、双方均有过错、受害方已经多分了财产、过错与离婚没有因果关系、没有在离婚诉讼时提出损害赔偿请求等原因导致败诉。由此可见，由于离婚损害赔偿制度适用条件相对严格、适用主体受限等原因，导致其在司法实践中惩罚过错行为、保护无过错当事人的目的在一定程度上受到影响。

表 2 离婚损害赔偿的请求是否获得支持及其具体原因

	支持/拒绝的原因	案件数量(个)	比率
支持离婚损害赔偿请求	支持的理由即符合法律规定的条件且证据充分,不特别列举	172	43%
拒绝离婚损害赔偿请求	没有提交证据或提交的证据不足	88	22%
	夫妻一方提出的理由不在法律规定的情形内	56	14%
	并未造成严重后果	10	2.5%
	受害方已经多分了财产	17	4.3%
	双方均有过错	21	5.3%
	原告没有在离婚诉讼时提出损害赔偿请求	13	3.3%
	无过错方作为被告的离婚诉讼中,被告同意离婚但未提出损害赔偿请求	9	2.2%
	过错与离婚没有因果关系	11	2.7%
	判决时未提及具体原因	3	0.7%
案件总数		400	100%

（二）离婚损害赔偿与一般侵权责任规则的关系不清晰

与我国法规定的离婚损害赔偿制度属于离因损害或离婚损害密切相关的是,《民法典》第 1091 条（以及原《婚姻法》第 46 条）与一般侵权法的关系。多数法院对离婚损害赔偿制度的定性没有较为清晰的界定，但通过具体判决的表述与法条的适用情况，可以大致归纳出司法实践中存在的三种不同观点：第一，我国法上的离婚损害赔偿系离因损害，在《民法典》第 1091 条规定的过错情形下，第 1091 条与一般侵权责任的规定构成法条竞合关系，适用特别法优于一般法的规则处理；第二，我国法上的离婚损害赔偿系离因损害，但如果离婚损害赔偿不能完全赔偿受害配偶一方的全部损失，受害配偶一方可以另行诉诸一般侵权法上的救济；第三，我国法上的离婚损害赔偿属于离婚损害，《民法典》第 1091 条与一般侵权责任的规定构成法条聚合关系，可以并行适用。综上所述，不同观点的存在导致了不同法院在相关情况处理与法条适用中的大相径庭。

（三）离婚损害赔偿与离婚财产分割的关系处理不一

在 400 个目标案例中，夫妻一方提出配偶有过错，要求在离婚财产分割时多分财产的案件共有 44 个，其中：法院既在离婚财产分割时对非过错方适当多分财产，同时也支持其离婚损害赔偿请求的案件有 20 个；法院认为在离婚财产分割时对非过错方适当照顾、多分财产，故不支持其提出的离婚损害赔偿请求的案件有 17 个；法院支持非过错方提出的离婚损害赔偿请求，故在财产分割时不对其进行照顾的案件共有 5 个；非过错方没有提出离婚损害赔偿请求，仅根据离婚损害赔偿的规定要求多分财产，而法院认为多分财产于法无据，不予支持案件有 2 个。

可见，离婚损害赔偿与离婚财产分割之间的关系值得进一步探究，理论上对此问题存在争议，实践中法院判决结果也较为混乱。处理二者关系的关键在于回到法律解释的方法中，探究离婚损害赔偿制度与离婚财产分割制度设计的规范意旨，以此考察当事人的同一过错行为在两个制度中应如何安排。



四、《民法典》离婚损害赔偿制度的适用建议

基于以上从理论维度、比较法维度和司法实践维度对离婚损害赔偿制度的论述可知，其在理论和实务层面均存在疑难问题。可以考虑的一种方案是摒弃离婚损害赔偿制度而直接适用一般侵权责任条款，^①

①参见：马忆南，《离婚救济制度的评价与选择》，《中外法学》2005 年第 2 期；夏江皓，《论离婚损害赔偿制度的废除——法社会学的视角》，《思想战线》2019 年第 2 期等。

但在《民法典》已经正式实施的情况下，短时间内难以进行此种立法论上的期待，因此，不妨接受离婚损害赔偿作为婚姻家庭法中惩罚过错方、保护无过错方的特有制度这一现实，而将解释论视为解决问题的方案。下文将尝试为离婚损害赔偿制度提出合理的解释和适用建议，攻克《民法典》第 1091 条的理解与适用困难，以期对该制度的法律适用及其与《民法典》婚姻家庭编与侵权责任编的关系协调有所裨益。

（一）离婚损害赔偿制度与一般侵权责任条款

通过前文诉诸立法资料对我国离婚损害赔偿制度的历史解释，以及离婚损害本身与现代婚姻法理念之间存在的理论困境，我国现行法上的离婚损害赔偿制度宜界定为离因损害。那么，如何协调以离因损害赔偿为目的的《民法典》第 1091 条与第 1165 条第 1 款一般侵权责任条款的关系成为《民法典》体系下的一个重要问题。在《民法典》第 1091 条规定的有权请求离婚损害赔偿的情形中，第 3、4 项夫妻一方实施家庭暴力，虐待、遗弃家庭成员，侵害了配偶一方的身体权、健康权，配偶完全可以依据《民法典》第 1165 条第 1 款诉诸一般侵权责任。针对《民法典》第 1091 条规定的第 1、2 项夫妻一方重婚或与他人同居的情况，主要有以下三种解决思路。

第一，承认我国确立了夫妻之间的配偶权，即基于身份关系，配偶一方对另一方独占性的配偶权益，如忠实、同居、扶助义务，家事代理权、生育权等，其核心是忠实义务。重婚和同居在形式上有所差别，但实质上都是违反夫妻间的忠实义务而对另一方配偶权的侵害。此种思路殊难赞同的原因在于：从应然层面说，对配偶一方的忠诚涉及个人情感世界中私密的选择，不应该也不可能通过外在强制手段来解决，虽然另外一方配偶对此存在合乎法律和社会伦理道德的预期，但这种预期不能转变成一种任何人都不能、也不应该去担保的强制性的对于情感的索取，[18]99 因此，不宜炮制出配偶权这一独立的权利类型。从实然层面说，《民法典》第 1043 条第 2 款规定，“夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱”；《婚姻家庭编解释（一）》第 4 条规定，“当事人仅以民法典第一千零四十三条为依据提起诉讼的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉”。可见，我国现行立法中也并未明确确立配偶权。

第二，夫妻一方重婚或与他人同居可能侵犯配偶一方的名誉权，配偶一方可依据《民法典》第 1165 条第 1 款要求过错方承担侵害名誉权的侵权

责任。夫妻一方与他人重婚或同居，使婚姻关系受到干扰，受害配偶感到悲愤、羞辱、沮丧、受人讥笑或鄙视，可认为系名誉权遭受侵害，[19]受害配偶可以要求过错一方承担停止侵害、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉、赔偿损失等责任。尽管此种思路值得尝试，但基于侵害名誉权并非单纯关注受害人主观感受，更要关注此种侵害行为的客观影响，即侵害虽然不以广泛公布于社会为必要，但须由第三人知悉其事，[20]故法院在适用名誉权受侵害处理夫妻一方重婚或与他人同居的行为时，应当特别注意此种行为是否为第三人知悉，以使得受害配偶一方感到羞辱、沮丧或受人讥笑、鄙视等。

第三，夫妻一方重婚或与他人同居也可能构成以故意违背善良风俗的方法对配偶一方造成损害，因此以《民法典》第 1165 条第 1 款之故意背俗侵权作为请求权也是一种值得尝试的做法。背俗侵权的核心要件是故意和违背善良风俗，不要求侵权行为和损害之间特别密切的因果关系，间接的、经由不同中间环节所造成的不利即可，此外，故意背俗侵权也不以法益侵害为前提。考察夫妻一方重婚或与他人同居是否构成背俗侵权，关键在于分析其是否系以故意违背善良风俗之方式加害他人。德国帝国最高法院民事判例集中将“所有公平与正义之思考者的礼仪感”作为对违背善良风俗的解释，这一标准为人们广泛适用。

[21]但这一标准仍然过于抽象，应当从主观和客观两个方面加以具体化。[22]163 客观上看，应当考虑背俗侵权规范的立法目的，即通过法律上的制裁和谴责，防止有人无视被普遍认同的行为标准，我们可以将这一行为标准理解为每个人都能接受的最低标准，其内容既来源于社会伦理因素又来源于法律伦理因素；主观上看，只要加害人知道违背善良风俗的客观事实情况，就可以认定其具备主观因素。[22]164 司法实践中，可以通过总结价值评判的经验归纳出违背善良风俗案件的类型，其中有配偶者重婚或与他人同居的

应属较为典型的案件类型，因为其与传统的道德伦理观念相关，在特定情形下，确实有悖于社会普遍的善良行为标准。配偶因婚姻契约而互负诚实之义务，配偶一方行为不诚实，破坏共同过生活之圆满及幸福……故有配偶者与他人通奸，系以故意背于善良风俗之方法加损害于配偶他方，应负侵权行为的损害赔偿赔偿责任。[23]综上，以《民法典》第 1165 条第 1 款中故意背俗侵权规则来规制夫妻一方重婚或与他人同居的行为是一条可以选择的路径，但其结果并非绝对，关键在于法官需要结合个案，对夫妻一方的行为是否构成故意违背善良风俗进行具体衡量与判断。



尽管如此，在《民法典》继续保留离婚损害赔偿制度的前提下，更为重要的关注点是如何在《民法典》的体系下协调二者的关系。对此，一种可能更有利于当事人权益保障的权宜方案是，在厘清离婚损害赔偿制度的法律性质及其与一般侵权责任条款的关系后，不拘泥于对其进行严苛的理论深究而妥协于实然的力量，以离因损害背后的制度逻辑作为保护受害一方当事人合法权益的价值基础进行法律适用，通过离婚损害赔偿制度与一般侵权责任条款的联动配合实现惩罚过错方、保护受害方的立法意旨。一般情况下，可以优先考虑更具特殊性的《民法典》婚姻家庭编第 1091 条，当第 1091 条无法为当事人提供周延或合适的救济时，《民法典》侵权责任编第 1165 条第 1 款也可以进行补充。[24]例如，遭受家庭暴力的受害方依据第 1091 条主张离婚损害赔偿后，可以依据

第 1165 条第 1 款要求对方赔礼道歉；存在与他人同居过错行为的当事人一方如果遭到对方的家庭暴力，可以依据《民法典》第 1165 条第 1 款请求对方承担一般侵权责任。

（二）离婚损害赔偿与离婚财产分割条款

在我国现行法体系下，离婚损害赔偿与离婚财产分割在实际适用中很有可能重合。原《婚姻法》在规定夫妻离婚财产分割时未将夫妻一方的过错纳入考量，而是将特定过错行为作为夫妻一方方向另一方请求损害赔偿的依据。《民法典》第 1087 条关于离婚财产分割的规定在原《婚姻法》第 39 条的基础上增加了照顾无过错方权益的原则，由此可能造成对“过错”因素的双重评价，如何协调离婚财产分割和离婚损害赔偿的关系在民法典时代显得更为棘手。

如果无过错一方当事人同时提起离婚财产分割时多分财产和离婚损害赔偿的请求，法院应当对行为人的过错程度进行区分。如果行为人的行为不能达到《民法典》第 1091 条规定的重大过错情形，那么不应当要求其进行离婚损害赔偿，只能在离婚财产分割时对无过错一方当事人予以适当多分。如果行为人有《民法典》第 1091 条前四项规定的重婚、与他人同居、实施家庭暴力、虐待遗弃家庭成员等行为，或者有赌博、吸毒等恶习屡教不改，长期与他人发生婚外性行为并生有子女，因性犯罪伤害夫妻感情等其他重大过错行为，[25] 法院则需结合个案进行具体分析。

从目的解释看，把婚姻看成一种生活安排，双方基于感情、为了相互关系和利益的稳固而缔结婚姻，而离婚终结了一个婚姻家庭的历史过程，其结果可能是一方获益，另一方受损。[26] 离婚财产分割应当建立在公平原则的基础之上，目标是对婚姻关系存续期间及婚姻关系结束后双方当事人的情况作出全面的权衡与评价。财产分割规范精细化是现代婚姻立法的趋势，除了形式公平外，实质公平所需要的照顾、奖励、保障等功能也

应当是离婚财产分割的应有之义，离婚财产分割时对无过错一方的酌情适当照顾某种程度上说是一种婚姻法上对无过错配偶一方在婚姻关系中付出的关怀与尊重，兼具补偿与奖励的性质。

在离婚案件的司法实践中，核心在于通过离婚财产分割时多分财产和离婚损害赔偿制度实现对无过错一方损害的填补和对过错方行为的制裁，法院需要结合个案事实和双方当事人在婚姻存续期间及离婚后的具体情况进行综合考量。一般来说，需要首先确定无过错一方当事人应得的损害赔偿数额（包括精神损害和财产损失），离婚财产分割时多分财产和离婚损害赔偿对无过错一方的救济和赔偿数额应大致与其应得的损害赔偿数额相当。如果法院认为基于对过错方加大惩罚力度、对无过错一方加大保障力度的考量，而同时支持离婚财产多分和离婚损害赔偿，并且二者相加的数额略超过无过错一方应得的损害赔偿数额也并无不可，关键在于对双方当事人利益实质公平的考量，既要弥补无过错一方的损害以使其得到补偿、救济和慰藉，也要切忌对过错一方造成有失公允的过度惩罚。[27]



五、结语

由于婚姻家庭领域特有的封闭性与伦理性，长久以来婚姻家庭法都被排除在民法的科学化之外。无论是从形而上还是从形而下角度来考察，婚姻家庭法从一开始就缺少类似于民法的自足体系，而应在恰当时“向外求助”。[28] 当下正值《民法典》理解与适用的关键之际，婚姻家庭编与《民法典》其他各编的规范之间如何协调与统一，一方面保持婚姻家庭法特有的气质与特征，

另一方面更好地融入《民法典》的规范体系之中，这需要法律解释与适用思路进行整体化和互动性的考量，更需要各个具体制度踏实与精细的考辨，本文对离婚损害赔偿制度的理解与适用疑难问题的探析正是这样一次抛砖引玉的尝试。

参考文献

2025 年第 2 期第 1 篇

- [1] 田韶华, 史艳春. 民法典离婚损害赔偿制度法律适用的疑难问题[J]. 河北法学, 2021(1): 74-87.
- [2] 林秀雄. 婚姻家庭法之研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [3] 夏吟兰. 离婚自由与限制论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2007: 265.
- [4] 李明舜, 林建军. 中华人民共和国婚姻法评注·救助措施与法律责任[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2016: 133-134.
- [5] Lynn D Wardle. Autonomy, Protection and Incremental Development in Family Law—A Review of Family Law in America[J]. Family Law Quarterly, 2005(3): 805-820.
- [6] Harry D Krause, Linda D Elrod, Marsha Garrison, et al. Family Law: Cases, Comments, and Questions(Sixth Edition)[M]. St Paul: West Academic, 2007: 7.
- [7] [德]迪特尔·施瓦布. 德国家庭法[M]. 王葆莪, 译. 北京: 法律出版社, 2010.
- [8] 庄加园. 德国法上干扰婚姻关系与抚养费追偿[J]. 华东政法大学学报, 2013(3): 69-80.
- [9] 叶名怡. 法国法上通奸第三者的侵权责任[J]. 华东政法大学学报, 2013(3): 81-92.
- [10] John Eekelaar. Family Law and Personal Life[M]. New York: Oxford University Press, 2006: 121.
- [11] 姚红, 王瑞娣, 段京连, 等. 中华人民共和国婚姻法释解[M]. 北京: 群众出版社, 2001.
- [12] 法国民法典[M]. 罗结珍, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 246-247.
- [13] 史尚宽. 亲属法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 516-519.

[14] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组. 中华人民共和国民法典婚姻家庭编继承编理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2020: 332-333.

[15] Jordi Ribot. The Financial Consequences of Divorce Across Europe[J]. ERA Forum, 2011(12): 71-87.

[16] John G Fleming. The Law of Torts[M]. Sydney: The Law Book Company Limited, 1987: 614-619.

[17] 罗丽. 论日本的离婚抚慰金制度[J]. 法学评论, 2002(2): 126-133.

[18] 薛军. 干扰婚姻关系的损害赔偿: 意大利的法理与判例[J]. 华东政法大学学报, 2013(3): 93-102.

[19] 王泽鉴. 民法学说与判例研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2015: 682-685.

[20] 王泽鉴. 侵权行为[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 109.

[21] [德]埃尔温·多伊奇, 汉斯-于耳根·阿伦斯. 德国侵权法(第5版)[M]. 叶名怡, 温大军, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2016: 112.

[22] [德]马克西米利安·福克斯. 侵权行为法[M]. 齐晓琨, 译. 北京: 法律出版社, 2006.

[23] 曾隆兴. 详解损害赔偿法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 330-331.

[24] 夏江皓. 家庭法介入家庭关系的界限及其对婚姻家庭编实施的启示[J]. 中国法学, 2022(1): 55-76.

[25] 薛宁兰. 民法典离婚救济制度的功能定位与理解适用[J]. 妇女研究论丛, 2020(4): 92-94.

[26] John Eekelaar. Regulating Divorce[M]. Oxford: Clarendon Press, New York: Oxford University Press, 1991: 57-58.

[27] 夏江皓. 离婚财产分割制度的法律适用——以《民法典》实施后的实证研究为切入点[J]. 华中科技大学学报(社会科学版), 2022(1): 34-45.

[28] 刘征峰. 家庭法与民法知识谱系的分立[J]. 法学研究, 2017(4): 56-73.

编辑: 张德妍

校对: 曾晓瑜

终校: 李孝弟

（二）律师视点

家庭析产与不动产“加名”登记的关系

原创：2025-04-30 深度诉讼论坛 师安宁

<https://mp.weixin.qq.com/s/xIGw3oGo8EbBI46Gun55fw>

【编者按】：

本期推送的文章，系 师安宁 律师在自然资源部《中国不动产》期刊上发表的一篇实务性文稿，原刊发于该杂志 2025 年第 4 期，原文题目为《家庭析产与不动产“加名”转移登记的关系》。

本文中所援引案例来自最高法院在发布法释〔2025〕1 号文，即《关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（二）》（下称《解释（二）》）时配套发布的相关涉婚姻家庭纠纷案的典型案例集，以该批案例用以指导家事纠纷的审理工作。

其中，在典型案例四《一方在结婚后将其婚前房产为另一方“加名”，离婚分割夫妻共同财产时，人民法院可以判决房屋归给予方所有，并综合考虑共同生活情况等因素合理补偿对方——崔某某与陈某某离婚纠纷案》在不动产登记实务及司法实践中具有较高的指引价值，值得予以重视并进行深入研究。



师安宁

北京大成律师事务所高级合伙人、法学博士
原最高法院《人民法院报》特约法治评论员
及专栏撰稿人

最高人民检察院第十检察厅“控告申诉专家
组”成员

首届全国律师电视辩论大赛“优秀辩手奖”
获得者

自然资源部《中国不动产》法律委员会委员
全国律协西部培训专家讲师团成员

最高人民检察院特聘首批检察听证员
中国人民大学法学院法律硕士研究生实务导
师

北理工律师学院教学专家指导委员会委员

专栏	家庭析产与不动产“加名”转移登记的关系	师安宁

《家庭析产与不动产“加名”登记的关系》

---原刊《中国不动产》2025 年第 4 期

原题为《家庭析产与不动产“加名”转移登记的关系》

师安宁

最高法院以法释〔2025〕1 号文发布《关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（二）》（下称《解释（二）》），自 2025 年 2 月 1 日起施行。同时发布涉婚姻家庭纠纷案相关典型案例，用以指导家事纠纷审理工作。

在典型案例四《一方在结婚后将其婚前房产为另一方“加名”，离婚分割夫妻共同财产时，人民法院可以判决房屋归给予方所有，并综合考虑共同生活情况等因素合理补偿对方——崔某某与陈某某离婚纠纷案》中，涉及家庭析产与不动产“加名”在离婚诉讼中的处理规则，是人民群众广泛关注的司法政策热点，值得深度解析。

【典型案例】

崔某某与陈某某（男）登记结婚后，男方将其婚前购买的房屋转移登记在双方名下，即在原不动产权证中为崔某某办理了“加名”登记。

后双方因家庭矛盾分居，女方提起本案诉讼，请求判决离婚并由男方向其支付约一半房屋价值的折价款 250 万元。男方辩称，崔某某对房屋产权的取得没有贡献，而且婚后男方的银行卡一直由女方保管，家庭开销均由男方负担，故只同意给崔某某支付 100 万元补偿款。诉讼中，双方均认可案涉房屋市场价值 600 万元。

法院认为，案涉房屋系男方婚前财产，其于婚后为女方“加名”系对个人财产的处分，该房屋现登记为共同共有，应作为夫妻共同财产予以分割。至于双方争议的房屋分割比例，因该房屋原为陈某某婚前个人财产，崔某某对房屋产权的取得无贡献，但考虑到双方婚姻已存续十余年，结合双方对家庭的贡献以及双方之间的资金往来情况，酌定女方可分得房屋折价款 120 万元。该判决作出后，双方均未提出上诉，判决已发生法律效力。

【典型意义】

根据《民法典》第 1065 条规定，男女双方可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有法律约束力。婚姻关系存续期间，夫妻一方将其个人所有的婚前财产变更为夫妻共同所有，该种给予行为一般

是以建立、维持婚姻关系的长久稳定并期望共同享有房产利益为基础。离婚分割夫妻共同财产时，应当根据诚实信用原则妥善平衡双方利益。

【法理精解】

家庭财产是私有财产的重要组成部分，也是自然人财产权的主要存在形态之一。研究家庭财产权的析产效力及其与不动产登记约束力之间的关系，是充分保护和表彰自然人财产权的内在需求。

一、“加名”登记的意思表达、行为后果及其法律效应。

加名登记，本身蕴含着对家庭析产协议的“约定”效力。根据《民法典》第二百一十五条规定，当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者当事人另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。因此，家庭析产协议及加名行为的约定效力，不受未办理共有权分割登记、转移登记、加名登记等物权登记效力的反向制约。

但因登记行为的公示效力，一旦办理了加名登记行为，则原权利人无法再以“原加名意思表示瑕疵”为由而否定物权共有效力。事实上，加名本身即具有“约定”属性，此举对家庭共有财产权的司法认定结论提供了依据，只是在分割共有财产时，由于对原物权形成的贡献因素不同，故加名方无权对原权利人主张均等分割，但依然会在司法自由裁量权的范围内，有可能分割到一定的补偿权益。故“加名登记”必然会构建“共有”物权状态，会对原权利人意图维护物权完整性的诉讼主张产生“分割减弱”效应。

二、婚姻关系的合法性被否定后，不影响对家庭共同财产权的认定与析产。

夫妻共同财产权的构成一般以婚姻关系的合法存续为前提，但在婚姻关系被确认为无效或被

撤销后，原婚姻家庭关系性质改变为同居家庭关系。根据《婚姻家庭编解释（一）》规定，《民法典》第一千零五十四条所规定的“自始没有法律约束力”，是指无效婚姻或者可撤销婚姻在依法被确认无效或者被撤销时，才确定该婚姻自始不受法律保护。也即，根据《婚姻家庭编解释（一）》规定，被确认无效或者被撤销的婚姻，当事人同居期间所得的财产，除有证据证明为当事人一方所有的以外，应按共同共有处理。这就意味着原同居当事人的“夫妻身份”虽然被否定，但“家人身份”因属事实行为而无法被否定。

据此，如果在婚姻家庭关系的合法性被否定前已实施了加名登记行为的，将构成家庭财产“共有”的法定状态，故应参照《解释（二）》第四条规定的立法精神，按照“约定”或“家庭贡献因素”进行析产与补偿。

三、夫妻婚前个人财产与家庭共有财产的转化关系及析产规则

从《民法典》“婚姻家庭编”的立法制度而言，家庭财产制度分为夫妻共同财产制、夫妻分别财产制和夫妻混合财产制三种类型，且除非夫妻双方另有约定外，家庭个人财产权不因婚姻关系的存续期限而转化为夫妻共同财产。

根据《解释（二）》第五条第一款规定，婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房屋转移登记至另一方或者双方名下，离婚诉讼时房屋所有权尚未转移登记，双方对房屋归属或者分割有争议且协商不成的，人民法院可以根据当事人诉讼请求，结合给予目的，综合考虑婚姻关系存续时间、共同生活及孕育共同子女情况、离婚过错、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格等因素，判决房屋归其中一方所有，并确

定是否由获得房屋一方对另一方予以补偿以及补偿的具体数额。

上述第一款适用的前提基础是，夫妻双方存在对某方个人财产转化为家庭共同财产的“约定”行为，但缺乏对不动产的“加名”登记行政行为。此时，对该不动产析产的归属则取决于何方对家庭的“贡献因素大”而定。

根据《解释（二）》第五条第二款规定，婚前或者婚姻关系存续期间，一方将其所有的房屋转移登记至另一方或者双方名下，离婚诉讼中，双方对房屋归属或者分割有争议且协商不成的，如果婚姻关系存续时间较短且给予方无重大过错，人民法院可以根据当事人诉讼请求，判决该房屋归给予方所有，并结合给予目的，综合考虑共同生活及孕育共同子女情况、离婚过错、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格等因素，确定是否由获得房屋一方对另一方予以补偿以及补偿的具体数额。

上述第二款适用的前提基础是，夫妻双方既存在对某方个人财产转化为家庭共同财产的“约定”行为，又实施了对不动产的“加名”登记行政行为。此时，对该不动产析产的归属则是以原权利人“保有”物权为原则，以另一方是否存在对家庭的“贡献因素”及其贡献的大小程度来酌定其是否应当享有补偿权及补偿额度的多少。

很显然，《解释（二）》第五条前两款的规定，对加名登记状态与权属分割的优先性进行了“结构倒置”，即登记加名方可获得物权的优先性反而弱于未加名登记时，从而淡化了加名登记的“确权”效力，强化了对不动产产权来源和贡献因素的保护力，重在引领夫妻双方重视对家庭的“贡献力”。此种不唯登记论的司法指引价值，是该司法解释的亮点之一。

全国律协举办构建和谐婚姻家庭关系法律业务交流会

2025-06-10 中国律师

<https://mp.weixin.qq.com/s/jFsNQIIXpi8CTDJS8rpTg>



6月6日至7日，中华全国律师协会组织老年人权益保障专业委员会与婚姻家庭法专业委员会在北京举办“守护夕阳红”构建和谐婚姻家庭关系法律业务交流会。会议由北京市律师协会婚姻与家事法律专业委员会协办，北京市法学会妇女法学研究会作为支持单位。中华全国律师协会副会长万立、程守太，北京市律师协会副会长万欣出席会议并致辞。中华全国律师协会老年人权益保障专业委员会主任方燕、婚姻家庭法专业委员会主任白敏分别主持开幕式和主旨发言环节。中华全国律师协会监事皮剑龙列席会议并发表监事意见。



中华全国律师协会副会长万立致辞



中华全国律师协会副会长程守太致辞

会议指出，尊老爱老是中华民族的传统美德，养老护老是全社会应尽的共同责任。我国多部法律法规都有涉及老年人权益保护的内容，在敬老、养老、助老方面有着详尽规定。保障好老年人合法权益既关系他们的幸福晚年生活，更关系家庭和谐、社会稳定和国家发展。律师作为中国特色社会主义法治工作者，在服务老年人、助力构建和谐婚姻家庭关系中肩负着重要职责使命。

会议强调，近年来我国实施积极应对人口老龄化国家战略，在老年人权益保障方面取得诸多成效。一系列法律法规和政策措施出台，为老年人提供更加全面、有力的法律保障。当前，老年人权益保护工作仍面临着困难和挑战，一些老年人因缺乏法律知识和维权能力，在遭遇侵害和困难时束手无策，律师要积极发挥作用，围绕老年人日益增长的法律服务需求，提升涉老法律业务能力，为老年人提供更加可感、可知、可及的法律服务，帮助老年人实现老有所养、老有所依、老有所乐、老有所安。

会议要求，广大律师要紧扣“老年人权益保障”核心主题，精准回应我国社会老龄化加速的时代课题，深化理论研究、推动完善涉老法律制

度体系，强化实务创新、提升服务精准度，加强协同联动、凝聚社会共治合力，为银发经济保驾护航，形成全社会爱老护老的良好氛围，为建设老年友好型社会贡献律师力量。

会议邀请中华全国妇女联合会权益部副部长赵明，清华大学法学院博士生导师、院长助理汪洋，中国人民大学法学院教授、博士生导师王雷，中国社会科学院法学研究所研究员、社会法研究室副主任王天玉，分别作“老年妇女婚姻家庭权益保障工作情况介绍”“老年人居住权若干法律问题”“遗产管理人制度若干法律问题”“老年人劳动和社保权益的域外经验”主旨发言。在业务交流环节，与会律师围绕老年人婚姻家庭法律

问题研究、老年人的婚恋伴侣问题与应对、新趋势下养老服务与财产安全的探索与创新等理论实务话题展开深入探讨。

北京协力人口与社会发展研究所、北京市法学会妇女法学研究会有关负责同志，清华大学、中国人民大学、中国政法大学、中国社会科学院等专家学者，中华全国律师协会老年人权益保障专业委员会及婚姻家庭法专业委员会委员，北京市律师协会婚姻与家事法律专业委员会委员、北京市法学会妇女法学研究会会员参加交流会。

来源：全国律协业务部

编辑：杨雪、李冬恺

审定：王焱、曹婧

（三）法官视点

实践法学笔谈 | 宋玫仪：“万元压岁钱”的权利归属及其司法保护——以父母诉请分割孩子压岁钱案为例

原创：2025-03-21 法律适用 宋玫仪

<https://mp.weixin.qq.com/s/iQ0SuGQtexYM5xbfqZWb6Q>



宋玫仪

广东省惠州市惠城区人民法院法官助理

现实生活中，孩子们的压岁钱数额日益增大，许多孩子的压岁钱可以高达数万元。但是，由于我国现行法律未对压岁钱的归属作出明确规定，司法实践中多有父母将孩子的压岁钱作为大人的财产导致孩子起诉请求返还的案件，或父母起诉请求确认压岁钱归属得不到法院支持的案件。本文以一起离婚纠纷中父母诉请分割孩子压岁钱的热点案件为切入点，围绕未成年人压岁钱的法律性质、归属认定及监护权行使边界展开分析。通过梳理民法典及相关司法解释，结合司法实践，探讨未成年人财产保护与监护人职责的平衡问题，为类似案件的处理规则提供有益借鉴。

一、基本案情

原告小红与被告小强婚后育有两名未成年女儿。自女儿出生后，双方亲属逢年过节累计赠与压岁钱 5 万余元，均由小红保管。2025 年 1 月，二人因感情破裂诉至法院要求离婚，并就子女抚养权及压岁钱分割产生争议。被告小强主张压岁钱属女儿个人财产，不可分割；原告小红则认为其作为保管人有权参与分配。经法院调解，双方达成离婚协议，女儿由小强抚养，小红支付抚养费，压岁钱由小强代为保管。

本案中原被告双方的争议焦点是子女压岁钱的分割问题，从法律适用角度，可将之细化为“压岁钱的法律性质认定”“未成年人财产所有权的法律保护”“监护人对未成年人财产管理的权限”三个具体问题，值得探讨。

二、父母诉请分割孩子压岁钱的具体争议问题

（一）压岁钱的法律性质认定

受传统观念的影响，父母对未成年人财产权的认识不足，混淆未成年子女财产所有权和父母之管理权。[1]实际上，最高人民法院早在原《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》[法（办）发（1988）6 号]第 129 条就明确指出，赠与人明确表示将财产赠与未成年人，应认定为未成年人个人财产。当前，《民法典》第 657 条亦规定“赠与合同是赠与人无偿将自己的财产给予受赠人，受赠人表示接受的法律

行为。”且该条并未对受赠人的年龄作出限制性要求。而压岁钱作为传统习俗中的“赠与”，具有以下特征：一是单务性，长辈向晚辈给付，无需对价；二是利他性，赠与对象明确指向未成年人；三是仪式性，基于特定身份关系（如亲属）的财产转移。本案中，长辈赠与压岁钱时具有明确意思表示，对未成年人而言是纯获益的、可独立实施的法律行为，符合赠与合同要件。

（二）未成年人财产所有权的保护

未成年人是否享有独立个人财产，历经古今变迁，颇具时代色彩。《礼记》中曾指出“父母在，不敢有其身，不敢私其财。”可见古代家长制社会礼制禁止未成年人拥有个人财产。而《民法典》第 19 条和第 75 条规定，未成年人可独立实施纯获利益的民事法律行为，肯定未成年人享有独立个人财产所有权。压岁钱作为受赠财产，其所有权自交付时转移至未成年人名下。父母作为监护人仅享有对子女财产的保管权，而不具备所有权。在离婚案件中，应严格区分夫妻共同财产与子女个人财产，防止两者混同，从而侵害未成年人合法权益。本案中，女儿 5 万元的压岁钱未与夫妻共同财产混淆，因此不应作为共同财产进行分割。

（三）监护人的财产管理权限

《民法典》第 35 条规定，监护人应最大限度尊重被监护人真实意愿，非为被监护人利益不得处分其财产。该法条是关于父母维护未成年子女利益的规定，即在未成年子女不具有判断能力时，父母需从一个善意、合理的监护人角度出发判断处分行为客观上是否有利于被监护人。[2] 父母作为监护人应妥善管理未成年子女的压岁钱，防止其损毁或灭失，且在使用这部分财产时应遵循一定的限制。监护人仅可在教育、医疗等必要范围内使用，不得将未成年人压岁钱用于偿还债务或自身消费等损害被监护人合法权益的领域。此外，若监护人擅自挪用压岁钱，且该行为严重侵害了

未成年人的合法权益，未成年人可依照民法典相关规定寻求法律救济，包括但不限于要求返还财产、赔偿损失等。

三、压岁钱案件的审理应以未成年人利益最大化为原则

压岁钱作为一种特定的财产，具有其独特的法律属性。根据我国现行法律规定，未成年人享有独立的财产权，监护人作为法定代理人应当以保护未成年人的利益为首要任务。监护人分割未成年人压岁钱的请求不仅直接影响到未成年人的财产权利，也可能对其心理产生负面影响，特别是在家庭变故的背景下。因此，明确压岁钱的归属，确保其作为未成年人个人财产不被父母随意分割，显得尤为重要。笔者认为，针对监护人离婚时要求分割孩子压岁钱的案件，在处理过程中应当坚持未成年人利益最大化原则。[3] 这一原则在司法实践中有以下四种具体表现。

第一，严格遵循财产权归属规则，避免亲属依附关系干扰财产权认定。根据《民法典》第 657 条，压岁钱作为赠与财产，其所有权自交付时即转移至未成年人名下。父母作为监护人，仅享有对子女财产的保管权，而非所有权。

第二，严格区分夫妻共同财产和子女个人财产。在司法实践中，部分父母将子女的压岁钱用于家庭共同开支，甚至用于偿还夫妻共同债务，这些行为侵害了未成年人的财产权，也违背了民法典关于监护人职责的规定。在处理离婚案件时，应严格区分夫妻共同财产与子女个人财产，防止两者混同，确保未成年人财产权不受侵害。

第三，否定父母对压岁钱的分割请求权。父母作为监护人，无权对子女的个人财产进行分割。法院裁判中，应否定父母的分割请求权，从而进一步明确压岁钱的归属，强化对未成年人财产权的保护。

第四，通过调解明确压岁钱保管责任，降低诉讼对抗性。离婚案件中，父母双方往往因情感纠

纷或经济利益产生激烈对抗，这种对抗性可能对未成年人造成心理伤害。在确认财产归属的前提下，司法机关应优先通过调解明确压岁钱的保管责任，尽可能避免父母双方因财产分割问题加剧矛盾，从而减轻未成年人的心理负担。

综上，压岁钱案件是关涉未成年人利益的一类特殊民生案例，司法机关需在尊重压岁钱文化传统的同时，严格适用法律规则，明确孩子是压岁钱的所有人。该案经法院审理，不予支持父母二人分割两女儿压岁钱的请求，确定该存款归未成年所有，由离婚后实际抚养孩子的父亲小强代为保管，实现了法律效果与社会效果的统一。

注释

[1] 参见杨丽珍：《父母处分未成年子女财之范围、限制及效力论》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2019年第5期，第47-48页。

[2] 参见朱广新：《论监护人处分被监护人财产的法律效果》，载《当代法学》2020年第1期，第21页。

[3] 参见褚衍文：《离婚案件中未成年人利益最大化的司法救济——以二孩政策对抚养裁判规则的冲击为视角》，载《法律适用》2017年第20期，第77页。

文字编辑：王常阳

排版：严嘉欢

策划：姜 丹

执行编辑：刘凌梅

*本文为作者个人观点，仅供理论研究和实践探索参考。

离异夫妻抚养费之争，孩子为何“失语”？

2025-05-27 人民法院报

<https://mp.weixin.qq.com/s/RPQkP83SIXxbMn1087iKw>



近日，湖北省大冶市人民法院审理了一起离异夫妻之间的抚养费纠纷案，男方以“不当得利”为由起诉前妻返还 8000 元抚养费，女方则控诉男方“抢夺孩子、霸占房产”，双方各执一词的背后，是未成年人权益保护的现实困境。这场看似寻常的官司，折射出离异家庭未成年人在父母博弈过程中“失语”及未成年人保护方面的一些难题。



婚姻终结，男子诉前妻“不当得利”

柯某与李某花曾系夫妻关系，生育一子栋栋（化名）。2020 年 6 月，双方协议离婚，并约定栋栋由母亲李某花监护，随母亲共同生活，抚养费（包括生活费、教育费，医疗费）全部由父母双方共同承担，父亲柯某每月支付儿子生活费 3000 元，直至儿子完成学业为止。

2023 年 3 月，双方因抚养费纠纷对簿公堂，大冶法院作出民事调解，确认栋栋暂由母亲抚养至 10 周岁，父亲抚养费降至每月 1600 元，并细化探视条款。

调解书特别设置“双向抚养权过渡条款”：约定 2023 年 4 月起，父亲按月支付 1600 元抚养费；待栋栋年满 10 周岁（2025 年 5 月）后，由孩子自主选择随父或母生活，未直接抚养方继续支付 1600 元/月至成年。

李某花当时也同意栋栋在上学期期间每周五下午 6 时至次日下午 6 时随柯某共同生活，且栋栋在寒假、暑假期间和父母各共同生活 10 天，由父亲负责接送。

没想到，协议改变后，孩子的自主选择引发了执行困境。据柯某诉称，2023 年 9 月，时年 8 岁的栋栋主动前往父亲住处后，拒绝返回母亲家中，自此持续与父亲共同生活。

2023 年 8 月至 2024 年 2 月期间，柯某未按生效民事调解书的内容履行义务，李某花作为栋栋的法定代理人于 2024 年 3 月向大冶法院申请强制执行，要求柯某将栋栋交由李某花抚养，并对柯某的银行账户、微信、支付宝账户中的存款 9600 元或同等价值的财产依法采取冻结、划拨、查封等强制执行措施，以追索 2023 年 8 月至 2024 年 2 月期间的 8000 元抚养费。

同年 4 月，大冶法院冻结并扣划柯某银行存款 8050 元（抚养费 8000 元、执行费 50 元），但李某花始终未领取该款项，也未办理领款手续。

柯某认为，自 2023 年 10 月起栋栋一直随其生活，李某花未履行监护义务，却通过强制执行获取 8000 元抚养费，属于不当得利，故诉至法院，请求判令李某花返还其不当得利 8000 元。

出轨闺蜜，抢夺孩子只为争夺房产？

“他在我怀孕期间就出轨同事闺蜜，离婚后竟带着新婚妻子住进本该属于我的房子，现在抢走孩子不过是为了逼我放弃房产！”庭审中，李某花的答辩，撕开了这场纠纷的隐秘一角。

这场抚养权争夺战中，双方对簿公堂的指控早已超越单纯的经济纠纷，演变为一场裹挟着房产争夺、情感背叛的复杂博弈。

李某花辩称，柯某存在家庭暴力、出轨等各种过错，从而导致双方离婚。2023 年 9 月，因国庆节放假，柯某借机将栋栋接走，上学后没有送回李某花处，并通过承诺购买平板电脑、手机等手段诱导孩子写纸条留言不回李某花家。为此，李某花曾向法官求助，柯某才将栋栋送还给李某花。

2024 年 1 月，柯某以接栋栋吃年夜饭为由，将栋栋带走，再次拒绝送回李某花处至今。此外，双方共同购买的大冶某房产，在离婚时该房产约定

归李某花所有，但柯某再婚生子后，一直居住在该房内并拒绝腾退。李某花认为，柯某带走栋栋并不是真正想抚养，而是以其为筹码，实现霸占该房产的目的。

“我没有诱导小孩，是小孩不愿意回到妈妈处，他是自愿留下的。”对于李某花指控其抢夺孩子、霸占房产等事实，柯某矢口否认。他表示，2023 年 9 月，栋栋到他处居住，之后自愿随他一起生活。其一直尊重栋栋意愿，与栋栋一起生活至今。柯某认为小孩没有跟妈妈一起生活，没有产生费用，李某花主张其支付抚养费没有事实和法律依据，通过强制执行获得的 8000 元属于不当得利，应当返还。

李某花则认为，法院扣划柯某存款 8000 元不属于不当得利。李某花依据生效调解书向法院申请强制执行，是依法维护其合法权益，具有合法依据，不符合不当得利的构成要件，且原告按照调解书支付抚养费系其法定义务。柯某至今将栋栋带走并拒绝送还的行为实属抗拒法院强制执行的违法行为。虽然柯某自 2024 年 1 月 31 日起将栋栋接走并拒绝送回，导致栋栋未与李某花共同生活，但仍然不能免除原告应支付抚养费的义务。在生效民事调解书未被撤销或变更之前，柯某支付抚养费系其应尽的义务，不能认为其强行带走栋栋就认为其自然享有对栋栋的抚养权，李某花才是栋栋的合法抚养人。柯某藐视法律，视法律义务为儿戏，意图通过本案来推翻该生效调解书。李某花系以法定代理人身份申请强制执行，柯某给付标的款为支付栋栋的抚养费，她并非本案适格被告，应驳回原告的全部诉讼请求。

一纸判决，平息抚养费之争

“柯某没有提供足够证据证明孩子是自愿和父亲一起生活的。父亲承诺为孩子购买平板电脑、手机等影响孩子真实意愿表达。”承办法官郭刚表示，孩子真实意愿需通过专业评估，并认为本案审理存在诸多难点：

一是儿童意愿的真实性困境。在父母激烈冲突的环境下，未成年人极易产生应激性顺从心理。离异家庭儿童在接受询问时会根据在场监护人的情绪状态调整回答，这种“讨好型表达”与真实意愿存在本质差异。

二是房产归属让司法陷入两难。男方既非房屋所有权人，亦未设立法定居住权，其拒不搬离行为已涉嫌侵权。然而当这种侵权行为与未成年人生活稳定性产生关联时，往往让司法陷入维护物权与保障儿童权益的两难选择。

三是执行工作面临困境。若严格按调解书执行强制交还孩子，可能违背儿童最大利益原则。若默许现状，则损害司法文书的权威性。

理清思路后，郭刚最终确定三大争议焦点。一是抚养费是否构成不当得利？二是“抢孩子”能否改变抚养关系？三是房产纠纷是否绑架抚养权？他认为，首先民事调解书的既判力不容挑战。在未经法定程序变更前，调解协议仍具强制执行力。即便孩子现状改变，也不能成为拒付抚养费的理由。其次，强制执行具有程序正当性，从法律层面，这属于债务人履行生效文书义务，与不当得利无关。再次，柯某将房产与抚养权挂钩的做法，违背了未成年人利益最大化原则。柯某若主张变更抚养关系，应另行提起诉讼，而非通过拒付抚养费施压。

法院经审理认为，民事调解书已明确约定柯某自 2023 年 4 月起至栋栋年满 10 周岁止每月底支付栋栋抚养费 1600 元，柯某作为栋栋的父亲，应当积极履行生效法律文书确定的抚养费给付义务。柯某未提供任何证据证明其与李某花协商一致对上述民事调解书载明的抚养费给付义务进行变更，在该生效民事调解书未被撤销或者变更前，不因栋栋随柯某生活而免除其支付抚养费的义务。法院最终判决驳回柯某的全部诉讼请求。

观察思考

让“失语的客体”回归“表达的主体”

每起抚养费纠纷背后，都站着一个沉默的孩子。在离异家庭的权益博弈中，未成年人往往成为“沉默的第三方”——他们的声音往往被父母的利益冲突淹没，真实意愿被法律程序的机械性遮蔽，心理创伤被量化指标消解。这个案件反映了协议变更与抚养权调整的执行困局，更暴露出法律文书效力与实质抚养关系间的尖锐冲突，折射出离异家庭未成年人权益保障体系在动态监护、财产执行与利益平衡等多维度的现实难题。

本案中父母双方都将诉讼作为攻击对方的工具：李某花通过申请执行抚养费强化“法定监护人”身份，柯某则通过不当得利诉讼否定对方监护资格。这种“以法斗气”的诉讼策略，将 9 岁孩童置于抢夺旋涡，却无人关注其心理创伤。栋栋的遭遇正是这种系统性“失语症”的缩影，父母争夺抚养费与房产的每一场诉讼，都在加剧其情感世界的坍塌。

当父母将孩子简化为抚养费数字和房产筹码时，他们或许已经忘记了监护权的本质是对生命的责任，当父母将子女异化为财产争夺的工具时，他们伤害的何止是家庭伦理？更是社会文明的根基。

要打破“父母打架，孩子受伤”的恶性循环，亟须通过制度革新，让儿童从“失语的客体”回归“表达的主体”。

一是建立动态监护评估体系。开发“儿童抚养状态指数”，综合居住时长、情感依赖、教育延续性等指标，实现抚养关系变更的量化评估。

二是创设混合执行模式。对拒不交付子女的行为，除传统罚款拘留外，引入“失信监护人名单”与“强制亲职教育”复合惩戒机制。

三是构建社会化保护网络。推行“社区儿童观察员+学校心理干预+司法临时庇护”三级响应机制，确保未成年人脱离监护冲突现场。

四是完善儿童意见优先采纳机制。在抚养权、探视权等核心争议中，若儿童意愿与父母主张冲突，可通过家访、心理评估等方式主动挖掘儿童真实意愿，也可通过技术赋能，采取生物信号辅助判断等方式破解意愿识别的认知迷雾。

当制度能够识别那些沉默的颤抖、技术可以“翻译”未说出口的恐慌、社会化保护为破碎的童年搭建安全网时，我们才能真正实现从“争夺孩子”到“守护童年”的转变——这不仅关乎个案正义，更考验着一个文明社会对弱势群体的良心与温度。

来源：人民法院报·6 版

作者：张国庆 | 漫画：蔺颖

责任编辑：辛九慧 | 联系电话：(010) 67550730 | 电子

邮箱：fzk@rmfyb.cn

新媒体编辑：李璇

青春期少女的抚养权之争，法院：尊重孩子真实意愿

原创：2025-05-28 上海高院 李彦

<https://mp.weixin.qq.com/s/L2eH-S75Q8b081QqXTS-gQ>

一边是再婚且抚养三个孩子的爸爸，
一边是有着更好生活条件的妈妈，
在这场抚养权之争中，
少女丽丽的抚养权究竟该判给谁？



案情回顾



丽丽 3 岁时，
父母协议离婚，
因母亲刘女士工作较忙，
双方约定
丽丽随父亲徐先生共同生活。
后父亲徐先生再婚，
丽丽与父亲、继母
以及比自己大 2 岁的继兄一起生活，
后来，父亲与继母又生了个儿子，
组成了一家五口的大家庭。
十年间，丽丽与父亲这边的家人相处融洽，
母亲刘女士则
时不时接丽丽去过周末。
丽丽 13 岁时，
母亲刘女士认为，
徐先生与自己的教育理念明显不同，
且自己能够为丽丽提供
更好的生活条件，

遂诉至法院，
要求变更丽丽的抚养权。
父亲徐先生则认为，
丽丽的学习生活安排
应该尊重她自身的意愿，
孩子快乐成长比学习成绩更重要；
在生活条件方面，
自己已经尽力做出了
能力范围内较好的安排，
且家中的生活氛围也非常和谐。



审理过程中，
法院征求了丽丽的意愿，
丽丽表示自己喜欢妈妈，
也喜欢爸爸、继母、哥哥和弟弟，
并不想改变现在的状态。
一审法院尊重了丽丽本人的意愿，
对于刘女士要求变更抚养关系的诉请，
不予支持。
刘女士认为女儿的陈述
可能是受诱导而作出，
向二审法院提起上诉。
审理过程中，
二审法院再次与丽丽进行了谈心。
法院经审理认为，
本案中，
刘女士的出发点和用心值得肯定，
但丽丽已经进入了青春期和叛逆期，
这个时期的孩子较为敏感，

本身容易出现逆反心理，
强行改变环境可能给她带来心理问题。
刘女士虽然能够给女儿提供
更好的生活条件，
但考虑到丽丽尚在襁褓中就与母亲分离，
双方缺少共同生活的基础，
心急的刘女士在各项安排上
也未能得到女儿的认同。
与父亲继续保持稳定的共同生活，
更有利于丽丽的心理健康。
至于刘女士担心的孩子的未来规划问题，
经法院调查了解，
丽丽的成绩在班上处于中上游，
学习也较为努力，
父亲的教育方式虽与母亲不同，
但在支持孩子努力学习这一点上，
双方的目标并不冲突。
综上，二审法院从最有利于未成年人原则出发，
结合丽丽本人的意愿，
判决驳回上诉，维持原判。



法官心语



一、司法实践中如何确定儿童真实意愿

按照法律规定，人民法院在判断未成年子女由谁直接抚养时，应当尊重八周岁以上未成年子女独立表达的见解和真实意愿。因此法院在裁判时往往会先征求未成年人的意见。

但是，当未成年人作出有利于一方的陈述后，另一方往往会断言孩子受到了不正当的干扰。因此，这对法官如何进行征询提出了更高的要求。法官不应一味被动接受未成年子女的意愿，而是应当从倾听者的角度转变为判断者，根据未成年子女的年龄、成熟程度听取其意见，探知子女的真实意愿。在征询过程中，一旦发现可能存在利诱、掩盖、施加影响的情况，法官应当更加深入地分析客观情况，澄清利弊，以帮助子女做出理性的、更利于自身健康发展的抉择。

本案中，刘女士告诉合议庭，丽丽是迫于爸爸和后妈的压力才选择与爸爸生活在一起。为了探究丽丽的内心的真实意愿，合议庭三位法官再次与丽丽进行了谈心。丽丽已就读初中，能够清晰、明确地表达自己的想法与主张，她不仅明确表示愿意与父亲共同生活，还详细阐述了不选择与母亲共同生活的理由。此外，丽丽对继母也作出了较高的正面评价。为此，合议庭经过慎重分析，认定丽丽已经表达了其真实意愿。最后，基于其真实意愿与是否最有利于其成长进行了进一步的判断。

二、如何判断哪一方对儿童健康成长更有利

人民法院决定儿童随父母哪一方生活，应当从最有利于未成年人原则出发作出判断。对于最有利于未成年人的理解，在儿童成长的不同阶段其含义也不同。法官在这个过程中应当综合比较父母各自的优势与劣势，综合孩子自身的情况进行分析。

本案中，如果丽丽随父亲生活，她的生活环境不会改变，尤其是不会远离已经与她形成亲密关系的人员，这种安全感对于青春期孩子来说非常重要，更有利于丽丽的健康成长。而劣势在于，父亲要同时照顾三个孩子，精力被分散，对丽丽管束宽松的同时带来了关心不足的问题。

相较之下，母亲刘女士能够给丽丽提供更好的物质条件，对丽丽的学业更有规划，能够提供的培养措施也更多，且女性在照顾青春期女孩方面也更加方便。但其劣势在于，刘女士对丽丽的期望以及紧张的学习安排给孩子带来了较大的心理压力，且与孩子尚未建立起流畅的沟通方式，导致母女之间深层次交流不足。如果与母亲共同生活，丽丽需要离开熟悉的亲人和环境，一旦出现心理问题有可能缺少合适的倾诉对象，心理风险难以防控。

综上，合议庭一致认为，对于青春期和叛逆期的孩子，过多的压力和对其意见的压制，虽然

在督促学习方面可能有一定的正面作用，但更可能导致其性格不良发展。纵观本案，徐先生虽然需要照顾的孩子多，但并未出现无力继续抚养、不尽抚养义务或对丽丽身心健康造成不利影响、侵犯丽丽合法权益等情况，且继母和爷爷奶奶均能够提供帮助，三个孩子之间也可以相互照顾陪伴。母亲刘女士可以利用好每次的探望时间，加强与丽丽的沟通，既维护好母女关系，也为丽丽的成长作出更好的指引。

三、教育理念并无高低之分

古人云，“父母之爱子，则为之计深远。”但在孩子的教育过程中，父母之间常常存在教育理念不一致的问题，其根本原因在于，每个人的教育观点和经历存在差异，且相互之间缺乏有效的沟通和处理方式。在此提醒大家，教育理念本身并无高低之分，如何选择教育方式要从自家孩子的具体情况出发，综合考虑性别、性格、年龄、家庭经济状况等多种因素，尊重孩子自身的特点和需求，既不能一味“鸡娃”，也不能以“轻松教育”为名撒手不管，以致影响孩子成长。同时，家长应在与孩子充分沟通的基础上，为孩子设计发展道路，例如先给孩子安排些探索性的课程，了解孩子的发展潜力以及兴趣方向，也激发孩子对学习的兴趣。如果孩子确实适合往这个方向发展，再为其安排进一步的学习。这样既不会给孩子带来过重的压力，也不至于耽误了孩子的成长。

委员点评





张玉霞

上海市政协委员，上海市律协社会公益和法律援助业务研究委员会主任

在抚养权纠纷中，“经济条件好”常常被视为争夺抚养权的一大优势。本案中，法院不仅通过与未成年子女进行沟通探求其内心的真实意愿，

更是深入考量青春期孩子心理上的稳定性、安全感以及对现有家庭环境的适应度，始终秉持着最有利于未成年人原则，多维度分析比较跟随父母哪一方生活更有利于孩子健康成长，而非简单地以物质条件来做判断。子女的健康成长不仅需要物质保障，更需要稳定的情感依托和舒适的成长环境。本案为同类案件如何贯彻最有利于未成年人原则提供了范例，也向社会传递了科学育儿的价值观念，提醒家长们教育理念的差异并非对立，而应考虑孩子的具体情况，根据孩子的个性与需求灵活调整，才能更好地保障孩子健康成长、全面发展。

来源 | 上海市高级人民法院、上海市第二中级人民法院
高院供稿部门：未成年人与家事案件综合审判庭、研究室（发展研究中心）

文字：李彦

摄影：施蕾

视频：赵玲

责任编辑：陈凤

编辑：左雨欣

声明 | 转载请注明来自“上海高院”公众号

婚姻家庭编司法解释（二）：离婚协议约定财产给予子女条款的相关规则 | 至正开放麦

2025-05-29 上海二中院 杨青青

https://mp.weixin.qq.com/s/Cp8T6Ehsc4zJcULD_a-XKg



主讲人/杨青青

上海二中院少年家事庭法官助理

离婚是婚姻解体时夫妻双方的一个清算过程，夫妻共同财产分割是离婚协议中的重要内容。实践中，基于共同财产难以具体分割、各方对共同财产价值无法协商一致等原因，很多夫妻选择了折中的办法，即将共同财产的部分或者全部给予双方共同的子女，这是双方的共同利益之所在，较容易达成一致。但是，离婚后，该财产的实际占

有一方或登记一方拒绝履行的现象也时有发生。此时，离婚协议中财产给予子女约定的效力以及财产的归属往往成为夫妻双方以及子女之间争议的焦点。

基于此，《最高人民法院关于〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（二）》第二十条对离婚协议中财产给予子女约定的相关争议问题作出细化规定。下面，和大家一起探讨对第二十条的具体理解。

01 条文理解与适用

婚姻家庭编司法解释（二）第二十条第一款对实践中夫妻一方是否享有任意撤销权的问题作出了回应。夫妻双方在签订此类离婚协议后，夫妻一方能否以享有任意撤销权为由，要求撤销该协议。

此前，实践中存在不同理解。一种观点认为，父母将财产无偿给予子女，应为赠与法律关系。根据民法典第六百五十八条规定，在赠与财产的权利转移之前，赠与人享有任意撤销权。另一种观点认为，离婚协议是以解除身份关系为基础的，是一揽子的整体协议，各部分之间虽相互独立，但存在互为条件、互为因果的关系，甚至一方当事人之所以做出离婚决定，恰恰是考虑对方同意将财产给予共同子女，尤其是在该子女由其直接抚养的条件下。因此，另一方不享有任意撤销权。婚姻家庭编司法解释（二）采纳了后一种观点，对财产权利转移前的单方任意撤销权作出了限制。

首先，离婚协议中关于共同财产处分的约定，实际上是夫妻双方分割共同财产的具体形式，且与解除婚姻关系、子女抚养等约定构成不可分割的整体，不能单独撤销其中一部分内容。其次，在婚姻关系已经解除且不可逆的情况下，如果支持一方当事人撤销赠与的请求，可能导致其恶意达到既离婚又占有财产的目的，有违诚实信用原则，也会给子女或原配偶造成经济损害和新的精神伤害，增加诉累，也不利于子女利益的保护。最后，

即便认为该财产是对子女的赠与，也是夫妻共同赠与，在财产权利没有转移前，一方不单独享有任意撤销权。因为双方共同赠与的标的是夫妻共同财产，双方对该共同财产不分份额地共同享有所有权，也不宜认定一方可以享有一半的撤销权。为此，婚姻家庭编司法解释（二）第二十条第一款规定：离婚协议约定将部分或者全部夫妻共同财产给予子女，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。

婚姻家庭编司法解释（二）第二十条第二款：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，人民法院依法予以支持。

这里，需要分三个层面对财产给予子女约定的效力进行解读。首先，应当明确财产给予子女的约定并不具备物权效力，不直接产生物权变动的法律效果，仅具有债权效力。其次，夫妻是离婚协议的主体，离婚协议中关于财产以及债务处理的条款，对夫妻双方具有法律约束力。如果一方违反相关约定，另一方可以要求其承担民事责任。此处的“民事责任”实际是“违约责任”。根据民法典的相关规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。最后，考虑到离婚协议的主体是夫妻双方，子女并非合同主体，将特定财产给予子女更多的是夫妻双方对共同财产的折中处理方案，实际是夫妻分割共同财产的方式之一。如果夫妻协商一致变更原处理方式，是对其自身权利的处分，在财产权利转移之前应予尊重。所以，原则上不直接赋予子女请求权。

婚姻家庭编司法解释（二）第二十条第三款：双方在离婚协议中明确约定子女可以就本条第一款中的相关财产直接主张权利，一方不履行离婚协

议约定的义务，子女请求参照适用民法典第五百二十二条第二款规定，由该方承担继续履行或者因无法履行而赔偿损失等民事责任的，人民法院依法予以支持。

这个条款明确了何种情况下，子女享有直接请求权。实践中，如果夫妻双方有希望赋予子女直接请求权的需求并进行了约定，则可以参照适用民法典第五百二十二条第二款真正利益第三人合同制度。在真正利益第三人合同制度中，合同结构是基本合同加第三人约款。在第三人约款中，债权人与债务人特别约定，债务由债务人向第三人履行，第三人可以直接请求债务人向其履行。如果合同当事人仅是约定由债务人向第三人履行债务，没有赋予第三人履行请求权的，不属于真正的利益第三人合同，可以按照不真正的利益第三人合同处理。

此处需要注意两点。一是，子女取得直接请求权的同时，夫妻一方是否仍然享有婚姻家庭编司法解释（二）第二十条第二款规定的请求权。根据真正的利益第三人合同理论，债权人亦有权请求债务人向第三人履行的权利。因此，夫妻一方在此时仍然享有基于离婚协议的请求权。二是，真正的利益第三人合同的法律效果应限于在债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，第三人可以请求债务人承担继续履行、赔偿损失等违约责任。第三人毕竟不是合同当事人，仅是基于法律规定或者通过合同当事人特别约定获得有限的权利，该权利来源于明确规定或约定，并不是完整的合同当事人权利，不能当然推导出享有合同当事人的解除权或者撤销权等权利。所以，参照适用该制度，子女的直接请求权也有所限制。

婚姻家庭编司法解释（二）第二十条第四款：离婚协议约定将部分或者全部夫妻共同财产给予子女，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，请求撤销该约定的，人民法院依法予以支持；当事人同时请求分割该部分

夫妻共同财产的，人民法院依照民法典第一千零八十七条规定处理。

该条款设置了财产给予子女约定因意思表示瑕疵的撤销条件，即欺诈、胁迫等情形。实践中，存在当事人将财产给予子女后，发现子女非亲生等情况。此时，当事人可以请求撤销财产给予子女的相关约定。在相关约定被撤销后，该部分财产又回到了夫妻共有财产的状态，当事人在撤销的同时，请求重新分割的，基于便利当事人的原则，人民法院可以一并处理。

02 实践建议

一是慎重签订此类离婚协议

夫妻双方在签订离婚协议时应就财产是否给予子女以及是否赋予子女直接请求权等事项进行谨慎考虑，确保协议内容真实、合法，充分意识到财产给予子女约定的法律效力和可能产生的后果，避免随意约定或事后反悔。

二是及时办理过户手续

为保障子女的合法权益，应尽量在离婚后及时办理相关财产的过户手续，避免因一方反悔或其他意外情况导致后续的争议或纠纷。

三是优先协商解决争议

若一方有特殊情况需要变更或撤销财产给予子女条款，应首先与另一方进行充分协商，争取重新达成一致意见，通过和平友好的方式解决争议，减少对子女和家庭的负面影响。

四是及时寻求法律救济

如协商不成，一方不履行给予义务或擅自反悔，另一方或者受赠子女应及时寻求法律救济，要求对方承担继续履行、赔偿损失等民事责任，维护自身合法权益。

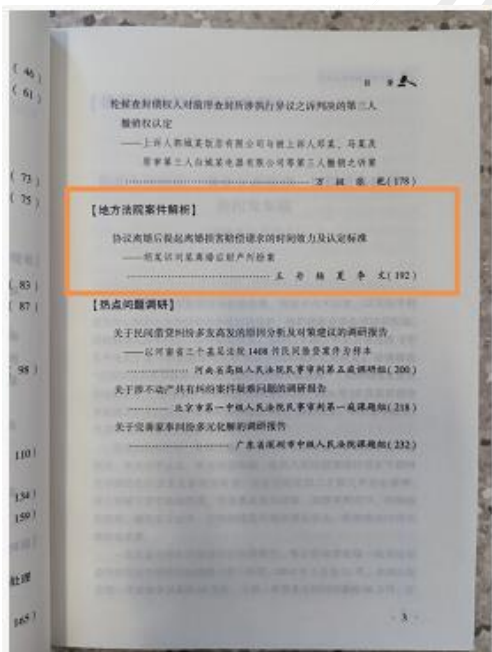
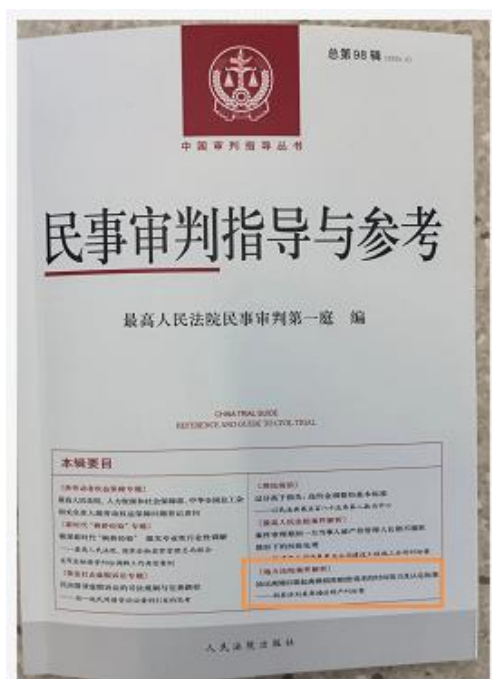
责任编辑 | 郎振宇

视频 | 贝子君 夏佳超

版面编辑 | 周彦雨

法官沙龙 | 协议离婚后提起离婚损害赔偿请求的时间效力及认定标准

2025-06-03 北京市第三中级人民法院

<https://mp.weixin.qq.com/s/DcSJhQs8Pd3UvwgpgiLPWA>

协议离婚后提起离婚损害赔偿请求的时间效力及认定标准

本文刊登于《民事审判指导与参考》总第 98 辑

文 / 王丹 杨夏 李文

【法理提示】

协议离婚时间在民法典实施前，无过错方一年后提起离婚损害赔偿诉讼的，从维护民事主体权益及弘扬社会主义核心价值观、实现“三个更有利于”的角度出发，应当适用民法典及其司法解释的相关规定，保障无过错方的合法权益。

判断构成民法典规定的离婚损害赔偿“有其他重大过错”情形的标准：一是配偶一方实施的行为违反了基本的婚姻家庭义务及家庭伦理，包括夫妻间的忠实义务、扶养义务，夫妻对未成年子女的抚养、教育、保护义务等；二是该行为达到了严重伤害夫妻感情、威胁共同生活的程度，超出了无过错一方配偶的容忍限度，并由此导致婚姻破裂。

一、一审法院查明的案件事实

陈某、王某于 2011 年 6 月 9 日登记结婚，婚后生育一女王某琦。后双方于 2020 年 2 月 18 日在民政局协议离婚，离婚协议约定：王某琦离婚后由女方陈某抚养。关于财产分割，归男方：位于朝阳区某小区 2 号楼 3 单元 1 号房产产权 50%，归女方：个人衣物，归女儿王某琦；位于朝阳区某小区 2 号楼 3 单元 1 号房产产权 50%；宝马 X1 汽

车一辆，男女双方各一半。关于债权债务，婚后无债权债务。2020 年 2 月 21 日王某与他人再婚，于 2020 年 8 月 13 日生育一子王某安。

二、当事人一审起诉与答辩情况

陈某诉称：双方因王某出轨离婚，离婚后王某再婚并与再婚配偶生育一子。2022 年，陈某偶然得知王某再婚所生之子的受孕时间系在陈某、王某婚姻关系存续期间，王某的上述行为给陈某造成了极大的心理创伤。请求法院判令：王某向陈某支付离婚损害赔偿 20 万元。

王某辩称：本案应适用婚姻法及其司法解释的规定，陈某提起离婚损害赔偿的诉讼已超过了协议离婚后一年的期限，法院不应支持。

三、一审法院认定与裁判

一审法院认为，双方于 2020 年 2 月登记离婚，现陈某主张王某存在过错行为，相关法律事实发生在民法典施行之前，应当适用当时的法律、司法解释。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》[以下简称《婚姻法解释（二）》]第二十七条的规定，当事人在婚姻登记机关办理离婚登记手续后，以婚姻法第四十六条规定为由向人民法院提出损害赔偿请求的，人民法院应当受理。但当事人在协议离婚时已经明确表示放弃该项请求，或者在办理离婚登记手续一年后提出的，不予支持。本案中，双方于 2020 年 2 月登记离婚，陈某于 2022 年向法院提出损害赔偿请求时已在办理离婚登记手续一年后，因此，法院不予支持。驳回陈某的诉讼请求。

四、二审法院认定与裁判

二审法院认为：综合双方诉辩主张和查明事实，本案二审争议焦点为王某是否应向陈某支付离婚损害赔偿。经查，陈某、王某于 2020 年 2 月 18 日在民政局协议离婚，离婚三日后王某即与他人

再婚，并于 2020 年 8 月 13 日生育一子。根据王某与他人再婚生子的客观事实及其庭审中的自认，王某存在违反婚姻义务的过错行为，属于民法典第一千零九十一条规定的“有其他重大过错”的情形，陈某作为非过错方，有权通过离婚损害赔偿制度得到相应的补偿和救济。虽然陈某在办理离婚登记手续一年后提出，且离婚事实发生在民法典实施前，但适用民法典的规定明显更有利于保护民事主体的合法权益，更有利于弘扬社会主义核心价值观，对该诉讼请求应适用民法典及相关司法解释的规定进行处理。一审法院对此认定错误，本院予以纠正，具体数额本院结合双方在离婚协议中所作财产的分割处理情况，根据案件实际酌予确定。故判决：撤销一审判决；王某于判决生效后七日内向陈某支付离婚损害赔偿 5 万元；驳回陈某的其他诉讼请求。

五、对本案的解析

自 2001 年婚姻法修订以来，离婚损害赔偿制度始终是理论界和实务界争议较大的热点问题。民法典第一千零九十一条在婚姻法第四十六条的基础上对离婚损害赔偿制度予以进一步完善，解决了该制度在婚姻法时代适用情形过窄的问题。但在司法实践中仍存在一些争议问题需要进一步澄清，通过司法解释、案例制度等不断修正，以更好的追究破坏婚姻关系过错方的责任，为民法典第一千零九十一条的适用积累审判经验。本案即是一起登记离婚后无过错方提出离婚损害赔偿之诉的二审改判案件，争议焦点在于双方在民法典实施前登记离婚，一年后女方知晓男方存在婚内出轨与他人生育的行为，能否适用民法典的规定主张离婚损害赔偿。涉及到离婚损害赔偿制度中重大过错的认定标准、提出离婚损害赔偿的时间要求等法律适用问题。笔者认为，解决上述争议焦点的关键在于厘清以下三个问题。

（一）我国离婚损害赔偿制度的立法沿革

自新中国成立以来,我国先后于 1950 年、1980 年制定、修改了婚姻法,但均未涉及到离婚损害赔偿制度。1993 年,《最高人民法院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》规定了“照顾无过错方”原则,为离婚损害赔偿制度奠定了基础。但其主要是从尊重人权抑或是从人道主义的角度而延伸出来的,并非站在法律上应负责任的立场来保护受害方的利益。2001 年修正的婚姻法对离婚损害赔偿进行了明确的规定,第一次以法律形式确立了离婚损害赔偿制度,充分体现了当代婚姻家庭立法的公平原则和保护弱势群体利益的原则,是我国司法实践不断发展、逐步与世界各国立法接轨的结果。2004 年 4 月 1 日起施行的《婚姻法解释(二)》第二十七条对该制度的具体运用进一步作出规定,明晰了离婚损害赔偿关系的义务主体、适用条件、适用范围、离婚损害赔偿请求权的行使时间、赔偿数额等。但从该制度实施二十年来的实践情况来看,一直在司法适用中支持率不高、作用有限。为了扩大离婚损害赔偿的适用效果,发挥该制度制裁导致婚姻解除过错方的功能,民法典对离婚损害赔偿制度进行了完善和修改,增加了“有其他重大过错”的兜底条款。从我国离婚损害赔偿制度的立法发展脉络来看,其旨在通过不断完善健全该制度,及时回应新时代发展背景下婚姻家庭司法的需求,对无过错方的合法权益加强保护力度,捍卫受害者的婚姻尊严。

(二) 本案应当适用民法典还是婚姻法的相关规定

本案中,经查,陈某、王某二人于 2020 年 2 月 18 日在民政局登记离婚,离婚三日后,王某即与他人再婚,并于 2020 年 8 月 13 日生育一子,王某认可婚内出轨并于再婚后半年内与他人生育子女的事实。但对于王某应否就此承担赔偿责任的问题,双方争议较大,陈某认为王某存在婚内出轨并与他人生子的行为具有延续性,从维

护民事主体权益及弘扬社会主义核心价值观角度出发,应当适用民法典的规定,支持其关于离婚损害赔偿的诉求;王某认为双方在民法典实施前离婚,应当适用婚姻法及其司法解释的相关规定,陈某提起离婚损害赔偿已经超过登记离婚后一年的期限,不应予以支持。对于该问题,本文作以下分析。

1. 关于登记离婚后提出离婚损害赔偿的时间要求

婚姻法中对办理离婚登记手续后,提出损害赔偿请求的时间限制未作出相关规定,但在《婚姻法解释(二)》第二十七条规定了时间限制,即在婚姻登记机关办理离婚登记手续后一年内提出,过期则不予支持。该“一年”的规定有利于督促权利人及时行使权利,保持社会关系的稳定。但存在以下两方面问题:一是我国婚姻法一直将照顾无过错方利益作为离婚夫妻财产分割的原则,离婚损害赔偿作为三大离婚救济制度之一,应当充分体现出这一理念。鉴于司法实践中常常存在无过错方在离婚一年后才得知对方存在符合婚姻法第四十六条规定的过错情形的情况,如果将起诉请求离婚损害赔偿的期限限制在一年,不利于无过错方权利的行使,也与离婚损害赔偿诉讼程序中保护无过错方合法权益的宗旨相背离。二是从离婚损害赔偿请求权的性质和构成要件来看,离婚损害赔偿更加侧重婚姻家庭的身份性和伦理性,有别于一般侵权的损害赔偿。离婚损害赔偿的请求权基础是一种独立于违约责任与侵权责任的特殊请求权基础,属于一种特别的侵权责任。由于《婚姻法解释(二)》规定的一年期间,排除了登记离婚的当事人在一年后行使离婚损害赔偿请求权的权利,作为一项对当事人权利会造成很大影响的规定,在我国民事法律体系中缺乏明确的依据。综合上述各种考量,《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)》]第八十九条规定,双方协议离婚的,办理离婚登

记后，除已明示放弃权利的外，无过错方提起离婚损害赔偿请求的，人民法院仍应受理。该条删除了《婚姻法解释（二）》关于“或者在办理离婚登记手续一年后提出”的协议离婚损害赔偿请求权行使情形。由于婚姻家庭编在民法典体系中位于第五部分，根据体系解释的方法，离婚损害赔偿请求权的行使应同样适用民法典诉讼时效的原则规定。无过错方向法院提起诉讼，请求离婚损害赔偿的诉讼时效应为三年，从当事人知道或应当知道原配偶有重大过错行为之日起计算更为合理。本案中，双方于 2020 年 2 月 18 日协议离婚，陈某提出离婚损害赔偿的时间是在二人协议离婚一年后，如果根据《婚姻法解释（二）》第二十七条的规定，陈某提起损害赔偿的诉讼已超过了一年期限，不应予以支持，一审法院即是根据该审理思路判决驳回了陈某该项诉讼请求。因此，本案的审理关键在于无过错方提起离婚损害赔偿的时间能否适用民法典及其司法解释的相关规定，不受登记离婚后一年的限制。

2. 本案应当适用民法典及《婚姻家庭编解释（一）》的相关规定进行处理

第一，在认定离婚损害赔偿时，应该优先适用法律位阶较高的法律。司法解释的效力低于法律，是规范性法律文件、补充性裁判依据。对于办理离婚登记手续一年后提出协议离婚损害赔偿请求权行使情形，婚姻法、民法典并未明确予以规定，而在与《婚姻法解释（二）》位阶一致的《婚姻家庭编解释（一）》中，该“一年”的规定已经明确予以删除。

第二，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第二条规定，“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。”该条款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。《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《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第二条有利溯及中“三个更有利于”的标准。意思自治作为民法典的基本原则之一，在涉及私人事务的婚姻家庭领域尤为重要。而最能体现意思自治的，莫过于民事主体按自己的意思处分权利。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，如法院仅以超过登记离婚时间“一年”为由即驳回无过错方的诉讼请求，显然会造成对无过错方权利的不当剥夺，也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，本案中离婚损害赔偿请求权适用《婚姻家庭编解释（一）》更符合公序良俗的相关内容，有利于弘扬社会主义核心价值观。陈某在 2022 年初知晓王某再婚生子的具体情形，并在当年即提起离婚损害赔偿之诉，符合法律规定，一审法院仅以该请求超过协议离婚一年为由驳回诉讼请求，处理不当，二审法院予以纠正，是正确的。

（三）民法典第一千零九十一条中关于“其他重大过错”的认定标准

关于离婚损害赔偿的认定标准问题，2001 年修正的婚姻法第四十六条规定：“有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：

（一）重婚的；（二）有配偶者与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的。”该规定是我国以立法形式首次确立离婚损害赔偿

制度，旨在填补受害配偶的损害，通过给予具有经济赔偿和精神慰藉双重作用的抚慰金以抚慰受害方的精神。但由于婚姻家庭的复杂性和特殊性，这种对离婚损害赔偿的法定事由予以限制性列举的方式存在较大局限，审判实践中，法官在面对复杂多变的社会生活中可能出现的以上四种情形之外较为严重的行为，不能根据案情灵活适用法律条文进行扩大化解释。因此，民法典第一千零九十一条考虑到这一实践困境，在婚姻法第四十六条的基础上对离婚损害赔偿制度予以进一步完善和弥补，采取列举式与概括性规定相结合的立法方式，即在原有四项法定过错之外又增设了“有其他重大过错”这一兜底性规定，扩大了离婚损害赔偿的适用效果，为司法审判留下支持的空间和余地。

如何判断是否符合“有其他重大过错”的情形，结合民法典第一千零九十一条前四款规定的内容，“有其他重大过错”应当是与重婚、与他人同居、家暴、虐待遗弃家庭成员相当的违反忠实、法定、道德义务以及严重损害配偶权益的行为。具体认定标准可从以下两方面进行考量，一是配偶一方实施的行为违反了基本的婚姻家庭义

务及家庭伦理，包括夫妻间的忠实义务、扶养义务，夫妻对未成年子女的抚养、教育、保护义务等，例如婚内出轨、婚生子女非亲生等系违背夫妻忠实义务；二是该行为达到了严重伤害夫妻感情、威胁共同生活的程度，超出了无过错一方配偶的容忍限度，并由此导致婚姻破裂的。本案中，王某在婚姻存续期间出轨他人并孕育子女，在行为上越过了道德和法律的红线，违背了夫妻忠实义务，其过错程度已经超出了无过错配偶的“容忍”限度，给陈某及其他家庭成员带来了严重的精神伤害，同时加速了婚姻走向终结，属于上述法律规定的“其他重大过错”情形，陈某作为非过错方，有权通过离婚损害赔偿制度得到相应的补偿和救济。虽然陈某在办理离婚登记手续一年后提出，且离婚事实发生在民法典实施前，但适用民法典的规定明显更有利于保护民事主体的合法权益，更有利于弘扬社会主义核心价值观，对该诉讼请求应适用民法典及相关司法解释的规定进行处理。一审法院对此认定错误，二审法院结合双方在离婚协议中的所作财产的分割处理情况，根据案件实际酌予确定具体赔偿数额，是合理的。

编辑：组宣处

婚姻家庭编司法解释（二）：离婚协议约定一方不负担抚养费的效力及例外 | 至正开放麦

2025-06-06 上海二中院 高胤

<https://mp.weixin.qq.com/s/bymjKR3Q7dqvw05K6SEJ1A>



主讲人/高胤

上海二中院少年家事庭法官

离婚时，子女抚养是父母双方需要处理的重要问题，子女由谁抚养、应支付多少抚养费、如何支付抚养费等，每一个问题都可能成为家事纠纷的源头。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和

民法典》婚姻家庭编的解释（二）》第十六条对于离婚协议约定一方不负担抚养费的效力进行了明确，同时对于抚养费变更和抚养关系变更进行了规定，该条规定对家庭生活和司法实践具有重要指导意义，下面一起探讨对这一条款的理解。

01 冲突与平衡

实践中，父母双方在离婚协议中约定一方抚养子女，另一方不负担抚养费的情形并不罕见，但随着时间的推移，抚养子女一方的经济状况可能发生重大变化，由此导致子女的生活质量明显下降，抚养子女一方如果要求另一方支付抚养费，此时父母双方会再次因抚养费问题发生纠纷。该情形的矛盾在于，一方面，离婚协议是双方自愿达成的，在无欺诈、胁迫等情况下，双方应当按照约定履行；另一方面，离婚协议是双方基于离婚当时特定时点的相对静态分析而达成的，但父母的抚养能力、抚养条件以及子女的成长需求都是动态变化的，如果继续按约履行是否将不利于子女的健康成长呢？婚姻家庭编司法解释（二）第十六条所要解决的核心问题，正是在如何在尊重当事人意思自治与保护子女合法权益之间找到最佳平衡点。

婚姻家庭编司法解释（二）第十六条呼应了民法典第一千零六十七条、第一千零八十五条的立法精神，并在婚姻家庭编司法解释（一）第五十二条、第五十八条的基础上，进一步明确离婚协议中关于一方直接抚养未成年子女或者不能独立生活的成年子女、另一方不负担抚养费的约定，对双方具有法律约束力，还通过但书规定明确了抚养费变更和抚养关系变更的例外情形。最有利于子女原则是处理父母子女关系的最基本原则，该条但书规定则是最有利于子女原则的体现。第十六条通过“原则+例外”的立法技术，既尊重了当事人的意思自治，维护了离婚协议的严肃性，体现了诚实信用原则，又为子女保留了司法救济空间，保障了子女的合法权益。未成年人的生存权、

发展权、受保护权、参与权等权利受法律保护，该规定也是未成年人保护法规定的最有利于未成年人原则的有力体现。

02 条文理解与适用

婚姻家庭编司法解释（二）第十六条首先肯定了离婚协议关于一方不负担抚养费约定的效力，其关于抚养费变更和抚养关系变更的规定也是重点内容，那么，在何种情况下能够突破原则，允许例外呢？

关于抚养费变更

婚姻家庭编司法解释（二）第十六条规定，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，未成年子女或者不能独立生活的成年子女请求另一方支付抚养费的，人民法院依法予以支持，并综合考虑离婚协议整体约定、子女实际需要、另一方的负担能力、当地生活水平等因素，确定抚养费的数额。

首先是抚养费变更的条件，包括两种情形，一是直接抚养方的收入显著降低，二是必要合理费用显著增加。这两种情形的本质是相同的，其导致的结果均是子女生活水平与之前相比显著降低，这种降低不利于子女健康成长。也正是因为出现了这样的结果，从保护子女合法权益，尤其是保障未成年人的正常生活和健康成长的角度出发，法律才规定允许突破当事人的意思自治，变更约定的抚养费负担方式。

其中有几个要点需要把握，一是经济状况发生变化的情形包括失业、重大疾病等，要区分是临时性困难还是长期性困境，二是必要合理费用包括物价上涨等生活成本、升学等教育成本、突发疾病等医疗成本等，但均要求是必要且合理的费用，一些非必要的高消费则显然不属于必要合理的范畴。

其次是重新确定抚养费的考量因素。婚姻家庭编司法解释（二）第十六条规定，法院应综合考虑确定抚养费的数额，具体的考量因素包括离婚协议整体约定，例如夫妻共同财产分割情况，分割时是否已经考虑了对直接抚养一方进行抚养费补偿；子女实际需要，例如未成年子女的年龄、健康状况、教育阶段，不能独立生活的成年子女的健康状况、生活需要；非直接抚养方的负担能力，包括工作、收入、负债等情况；当地生活水平，包括经济发展水平、生活成本、教育支出等情况。总之，只有在全面权衡各种因素之后，才能在最大程度保护子女合法权益与父母负担能力之间找到平衡点，作出公平、合理、准确的判断。

关于抚养关系变更

婚姻家庭编司法解释（二）第十六条规定，前款但书规定情形下，另一方以直接抚养子女一方无抚养能力为由请求变更抚养关系的，人民法院依照民法典第一千零八十四条规定处理。要准确理解该规定，需要与其他法律规定相结合。

民法典第一千零八十四条第三款规定，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。该规定是确定抚养关系的基本规定，集中体现了最有利于未成年子女的原则的价值取向。

另外，婚姻家庭编司法解释（一）第五十六条规定，具有与子女共同生活的一方因患严重疾病或者因伤残无力继续抚养子女；与子女共同生活

的一方不尽抚养义务或有虐待子女行为，或者其与子女共同生活对子女身心健康确有不不利影响；已满八周岁的子女，愿随另一方生活，该方又有抚养能力；有其他正当理由需要变更等情形之一，父母一方要求变更子女抚养关系的，人民法院应予支持。

该条规定同样是以最有利于子女原则为基本衡量标准，来判断是否变更子女抚养关系。准许变更的情形主要包括两个维度：客观不能和主观不愿。客观不能是指客观上无法继续在日常生活中照顾子女，履行直接抚养子女的义务。主观不愿是指基于各种原因不愿对子女尽抚养义务，甚至有家庭暴力、虐待、遗弃子女行为，将会对子女身心健康产生不利影响。这两种情况显然都不利于子女健康成长，不符合最有利于子女原则，故应当变更抚养关系。

对于婚姻家庭编司法解释（二）第十六条的理解，其内在逻辑也是相同的，在第十六条第一款但书规定情形下，另一方请求变更抚养关系的，对其请求是否予以支持，最重要的考量因素也是保障子女健康成长，应从子女权益最大化、最有利于子女原则出发进行判断。

离婚是夫妻关系的结束，也是亲子关系新阶段的开始。法律规定的最有利于子女原则，是对弱势群体的特殊保护，也是对家庭伦理的法治诠释。法律是底线，真正的温暖还是来源于父母的担当。只有当法律理性与人性温度同频共振，才能让每个孩子都在充满安全感的环境中向阳生长。

责任编辑 | 郎振宇

视频 | 贝子君 夏佳超

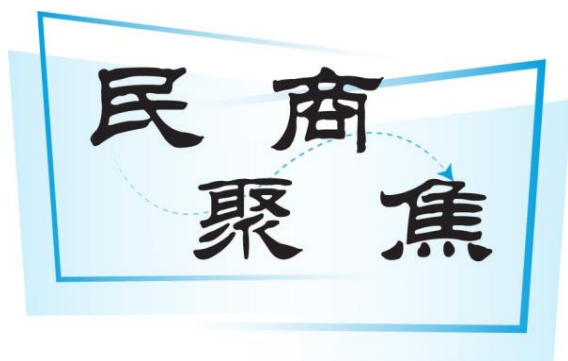
版面编辑 | 周彦雨

债权人撤销离婚协议的审查认定标准

2025-06-19 人民法院报 邵普

https://rmfyb.chinacourt.org/content/202506/19/article_980064_1391171893_6103419.html

□ 邵普



民法典规定了债权人撤销权制度，明确了撤销权的适用范围、条件、效力及消灭等内容。债权人撤销权制度作为债的保全方式，对保障债权人债权实现、维护债权人合法权益意义重大。债权人撤销权也突破了合同相对性原则，影响到第三人权益，有必要对此进行合理限制，避免债权人权利过度扩张，危及交易安全和交易秩序。一般情况下，债权人行使撤销权涉及的第三人与债务人并无特殊关系，适用民法典的有关规定进行处理即可。有一种特殊情况，即债务人与第三人系夫妻关系，通过签署离婚协议对共同财产进行分割，因离婚协议涉及离婚和子女抚养等问题，具有一定的身份属性，此时，离婚协议是否属于债权人撤销权的标的？夫妻分割共同财产多涉及情感因素、子女抚养因素、过错因素等，较为复杂，撤销的审查标准是否有所不同，需要综合考量哪些因素？这些问题在司法实践中争议较大。

2025 年 1 月 15 日，最高人民法院公布了《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）》（以下简称《婚姻家庭编解释二》），自 2025 年 2 月 1 日起施行。《婚姻家庭编解释二》第三条对上述问题进行了回应，即离婚协议中具有财产内容的部分属于债权人撤销权的标的，债权人有权请求参照适用民法典第五百三十八条或者第五百三十九条规定撤销相关条款；在审查应否撤销时，人民法院应当综合考

虑夫妻共同财产整体分割及履行情况、子女抚养费负担、离婚过错等因素。

《婚姻家庭编解释二》一锤定音，将离婚协议中的财产分割条款纳入了债权人撤销权规范范围，有利于债权人合法权益的保护。因此，应当准确理解和适用《婚姻家庭编解释二》的相关规定，厘清争议问题，形成统一的裁判规则。

一、按无偿行为抑或有偿行为审查

《婚姻家庭编解释二》规定债权人可以请求参照民法典第五百三十八条和第五百三十九条撤销离婚协议的相关条款，民法典第五百三十八条和第五百三十九条分别规定了债权人可以撤销的无偿行为和有偿行为，两者具有不同的审查认定标准。债权人提起撤销权诉讼时应明确提出，离婚协议中关于财产分割的约定属于无偿转让还是有偿转让，应适用民法典哪一条。当然，即便当事人无法明确，人民法院在裁判时也需要明确依据哪一条进行认定。

实践中，离婚协议关于财产分割的约定多涉及不同财产，虽有约定不同财产均归属夫或妻一方所有的情形，但多数情况下均是约定不同财产分别归属夫或妻一方，加之离婚协议中还有关于债务承担、抚养费负担、补偿及赔偿的约定，通常很难区分债权人主张撤销的关于财产分割的约定是有偿行为还是无偿行为，导致撤销离婚协议是依据无偿行为（民法典第五百三十八条）还是有偿行为（民法典第五百三十九条）的规定进行审查存在争议。

与一般的交易行为不同，离婚协议关于财产分割的规定并非典型的市场交易行为，不适用等价有偿原则，也无法分清一方分得某项财产是否具有对价以及对价是否合理。仅就共同财产的分割而言，超过应得部分的财产分与可以作为一种赠与或者代物清偿，而从获得超额部分的一方未负担对待给付义务的情况看，该行为具有无偿属性。

就构成要件而言，撤销无偿行为和有偿行为的最本质区别在于是否需要审查债务人的相对人知道或者应当知道该情形，即是否需要审查债务人的相对人是否具有过错。过错属于主观状态，很难举证证明，一般通过当事人的行为、交易背景、当事人的特殊关系等，综合案情进行认定。夫妻关系较为亲密，行为较为隐蔽，债权人取得证据难度更大、成本更高，不宜苛以债权人更重的举证责任。考虑到民法典婚姻家庭编规定了财产分割的基本原则，若夫或妻一方所分割的财产超出了法律规定的范围，就超过部分而言，兼具赠与属性。鉴于此，就债权人撤销离婚协议中具有财产内容的部分，宜按照民法典第五百三十八条关于无偿处分财产权益的标准进行审查，这也有利于平衡各方利益。

实践中，债权人主张依据民法典第五百三十九条所规定的有偿转让撤销离婚协议，或者债权人未明确撤销的法律依据，法院可进行适当释明或引导，若债权人坚持按照民法典第五百三十九条撤销离婚协议的相关条款，也应尊重债权人选择。

二、撤销离婚协议中财产分割内容的审查标准

审查债权人撤销离婚协议的难点在于审查夫妻共同财产分配是否过当，实质在于审查夫或妻一方是否存在通过离婚协议转移财产、逃避债务的情形。基于法律、司法解释的相关规定，结合司法实践，笔者认为，可以从以下几个方面进行审查，并确定审查标准。

1. 共同财产整体分割原则。夫妻对共同财产有平等的处理权。若无其他因素影响，离婚时，夫妻二人各自应得 50% 的共同财产。以此为标准判断离婚协议是否存在无偿或低价转让财产的行为较为简单，但现实生活的复杂性、夫妻关系的特殊性，使得很少单纯适用平均分配原则，而应综合考量其他因素对夫妻共同财产进行分配。需要明确的是，无论是否考量其他因素，平均分配原则

都是判断离婚协议是否存在无偿或低价转让财产的基础。在审查分配是否过当时，还应考虑夫妻共同财产来源、夫妻共同财产的整体情况、分配后的实际履行情况、债务情况等，进行综合认定。

2. 照顾子女原则。离婚协议中对子女抚养作出约定，固属法律明确要求，照顾子女权益在法律上明确规定为判决处理夫妻共同财产的原则，并且是应当“优先考虑的因素”。照顾子女原则作为法定原则，在分割夫妻共同财产时应严格遵守。

与财产分割不同，抚养权利义务系基于天然亲缘关系和身份关系产生，具有更强的人身属性和伦理色彩，抚养费是典型的法定之债，抚养费的给付是基于父母的法定义务。除数额畸高、对债权人危害严重的情况下，离婚协议中的抚养费约定原则上不能撤销。实践中，争议较大的是，若夫妻约定一方抚养子女，另一方一次性支付抚养费，或者一方净身出户，另一方单独抚养子女而无须一方支付抚养费，债权人是否有权撤销。该争议问题的实质为夫妻能否通过离婚协议使本来定期给付抚养费转化为一次性给付，使“未来债务”转化为“到期债务”。抚养费虽为法定之债，但一般为按月支付，夫妻虽可约定一次性给付，但仅在夫妻之间发生效力，一旦涉及债权人利益，可以成为债权人撤销权的对象。照顾子女权益只是在不涉及债权人利益场合由法院裁判分配夫妻共同财产时遵循的原则之一，并不因此使子女对父母的抚养费请求权在法律上具有优先于普通债权的效力。

另外，考虑到子女与父母的特殊关系，离婚协议约定子女归一方抚养，而另一方离婚后明显缺乏支付抚养费的能力，协议约定该方一次性给付子女抚养费的，此时，是否一刀切地允许债权人撤销，也值得进一步研究。

3. 照顾女方原则（离婚经济补偿请求权）。民法典第一千零八十八条规定：“夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较

多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当给予补偿。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。”该规定与民法典第一千零八十七条所规定的照顾女方原则相一致。原因在于民法典中照顾女方原则恰是考虑到已婚妇女的经济收入与财产、谋生能力等低于已婚男性，相对来说，属于弱势一方。现实生活中，子女多由女方抚养，女方不得不付出较多精力，很难在职业上获得更多、更好发展；甚至有的女方放弃职业发展，全身心投入子女抚养和照顾家庭上。此时，在财产分割时，若不考虑女方在抚育子女、照料老人等方面所负担的较多义务，在照顾家庭上所付出的更多精力，对女方一方并不公平。当然，也存在男方在抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的情况，但非典型情况，不再赘述。

鉴于此，夫妻双方协议离婚，所签署离婚协议涉及财产分割内容的，判断是否存在一方向另一方转移财产、恶意逃避债务的情形时，应综合考虑夫或妻一方在夫妻关系存续期间是否负担较多义务、是否有权要求另一方补偿，从而多分夫妻共同财产，进而认定是否存在无偿或低价转让财产的行为。

4. 照顾无过错方原则(离婚损害赔偿请求权)。

民法典第一千零八十七条规定了照顾无过错方原则，民法典新增照顾无过错方原则也是为加大对无过错方的保护，从而避免婚姻解体给家庭、子女、社会带来不利影响。与之一脉相承，民法典第一千零九十一条规定了无过错方有权请求对方赔偿的几种情形，第一千零九十二条规定了一方就共同财产为不当行为时应承担的不利后果。据此，从立法的角度而言，夫妻共同财产分割，并非双方一刀切地各占 50%，而是要按照照顾无过错方权益的原则进行分割，有过错的一方可以少分或者不分，无过错方还有权请求过错方赔偿损失。

离婚经济补偿和离婚损害赔偿是两种因离婚而产生的法定之债，构成了债务人的配偶在离婚

分割时取得更多财产的正当性基础，在判断离婚协议是否存在无偿或低价转让财产时，应予以考量。

5. 情感因素。民法典第一千零九十条规定了有负担能力一方对生活困难一方的适当帮助义务，这也是基于夫妻关系的情感因素。双方结婚一般具有一定的感情基础，婚后共同生活，共同抚育子女，也具有一定的亲情基础。夫妻双方后虽离婚，但双方之间的感情、亲情很难完全割舍，尤其在双方有共同子女的情况下，这种情感因素更难完全消除。在双方协议离婚，并通过签署离婚协议书对夫妻共同财产进行分割时，难免会加入情感因素，很难做到完全理性。在这种情况下，只要离婚协议中关于财产分割的内容并非属于恶意转移财产，即夫妻一方并不存在恶意放弃本属于自己的财产以逃避债务的行为，夫妻一方基于情感因素所作的财产的部分让渡，债权人一般无权撤销。

总之，离婚财产分割不是一道简单的算术题，而是全面衡量夫妻共同财产整体分割及履行情况、照顾子女、照顾女方、照顾无过错方、照顾生活困难方、情感因素等得出的结果，在认定债权人能否撤销离婚协议中的财产内容时，应综合考量上述因素。

(作者单位：北京市第一中级人民法院)

相关法条

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。

第五百三十九条 债务人以明显不合理的低价转让财产、以明显不合理的高价受让他人财产或者为他人的债务提供担保，影响债权人的债权实现，债务人的相对人知道或者应当知道该情形的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。

第一千零八十七条 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。

第一千零八十八条 夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当给予补偿。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。

第一千零九十条 离婚时，如果一方生活困难，有负担能力的另一方应当给予适当帮助。具体办法由双方协议；协议不成的，由人民法院判决。

第一千零九十一条 有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：

- （一）重婚；
- （二）与他人同居；

- （三）实施家庭暴力；
- （四）虐待、遗弃家庭成员；
- （五）有其他重大过错。

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

《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）》**第三条** 夫妻一方的债权人有权证据证明离婚协议中财产分割条款影响其债权实现，请求参照适用民法典第五百三十八条或者第五百三十九条规定撤销相关条款的，人民法院应当综合考虑夫妻共同财产整体分割及履行情况、子女抚养费负担、离婚过错等因素，依法予以支持。

第三方参与矛盾激烈家事纠纷化解的实践探索

2025-06-12 人民法院报 张晓立,王益奇

https://rmfyb.chinacourt.org/content/202506/12/article_979058_1391157462_6091105.html

□张晓立 王益奇

司法
实践

矛盾激烈家事纠纷案件的审理一直是司法实务中的难点，妥善处理该类案件需要法学、心理学、社会学等多方面专业知识，有时也需要不同专业领域人员的协调与配合。早在 2018 年 7 月，最高人民法院就发布了《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》，明确要探索引入家事调查员、社工及儿童心理专家等不同专业背景的人员，依法保障未成年人、妇女和老年人的合法权益，培育和践行社会主义核心价值观，促进社会和谐健康发展。笔者认为，根据案件实际需要，通过对外委托，由工会、妇联等委派社工介入以形成专业化、社会化和人性化的多方合作纠纷处理模式，对于妥善处置冲突矛盾激烈的家事纠纷具有积极意义。

一、矛盾激烈家事纠纷案件的审理难点

近年来，家事相关系列案件的数量一直呈现稳步高速递增趋势。在审理过程中，该类案件当

事人之间冲突矛盾进一步激化的可能性较大，主要呈现以下难点：

1. 主体多元，规模集群。从矛盾激烈家事纠纷案件的主体来看，其身份构成几乎涵盖了大部分的近亲属关系，既有夫妻、父母、子女、兄弟等传统意义上较为常见的亲属关系，也有跨越几代人之间矛盾的情况。从诉讼的规模来看，该类案件中家庭成员之间抱团诉讼明显增多，具有相同利害关系的家属面对共同利益问题很容易选择相同立场，进而进行沟通和串联。

2. 诉求广泛，形式复杂。从诉请的内容来看，该类案件涉及领域非常广泛。从离婚诉讼来看，诉求的内容主要表现为离婚本身、分割夫妻共同财产、争夺抚养权、行使探望权等。就继承、共有等纠纷来说，则往往集中在几代人之间的财产继承、遗嘱效力以及宅基地、动拆迁、丧葬后事等处理。从形式上来看，该类案件的当事人通过诉讼、信访、报警等多种形式主张权利，最终均会回归到某系列案件中，致使案件审理的难度和压力不断增大。

3. 行为反复，处理困难。该类案件中，反复以同一事由不同请求权基础起诉、以各种理由申请再审、申请检察院抗诉的情况频发，特别是一些经过一审、二审、再审多次处理的案件，当事人仍不愿意息诉，更有甚者通过极端的方式表达诉求，严重影响了正常的司法秩序。从处理情况看，几乎每起案件都是独特的个案，在解决问题的过程中存在各种困境，给审判工作带来极大的阻碍和困扰。

二、第三方参与化解矛盾激烈家事纠纷案件的具体尝试

近年来，许多法院都在探索引入第三方参与矛盾化解工作，并初见成效，其主要模式有人民调解参与模式、代表委员参与模式、社会工作者参与模式等。实践探索表明，第三方参与是化解矛盾激烈家事纠纷案件的现实需要。笔者认为，

无论采用何种模式，对于第三方的选择以及第三方参与所应遵循的原则，应当统一认识。

1. 第三方的选择。一般来说，选择的第三方应当具备一定的法律知识和相关工作经验，同时从家事案件审理的实际需要出发，第三方派遣的人员应当符合专业性、中立性和非利益相关性的要求。换言之，参与纠纷化解的第三方必须是能够让当事人信赖和信任的，容易让当事人和社会大众所接受的组织或个人。当然，双方当事人的意愿也必须尊重，若双方均同意由某一组织或个人作为第三方介入较妥，且没有于法有悖的情形，法院亦应当尊重。

一般来说，法院可以根据案件具体情况选择合适第三方。例如，在女性受到家庭暴力的情形，考虑到性别特征以及受害人情绪较为激动的特点，由妇联派遣社工可能更容易令其接受。又如，在涉及未成年子女抚养的情形，由共青团下属的阳光青少年事务中心或妇联下属的妇女权益保护机构提供观护、参与协调，则较为妥帖。

2. 应遵循的原则。一是最有利于未成年人原则。无论是由法院自行审理案件还是委托第三方参与共同处理，在家事审判过程中都必须遵循最有利于未成年人原则，强调对未成年人合法权益的保护。从某种程度上讲，第三方派遣的社工实际上是作为未成年人的“权益代表”，在整个审理过程中为未成年人争取满足其健康成长所需的最佳生活环境、物质条件和精神关怀等，并在案件结束后继续进行监督，保证对未成年人的保护贯穿始终。

二是尊重和保障当事人合法权益原则。坚持在平等、公平的前提下维护当事人合法权益是民事诉讼的根本原则，也是法院委托第三方参与的主要目的。因此，法院委托时要构建兼具抗辩性、互动性和公开性的第三方介入方式，第三方介入时亦应当及时了解双方的诉求并做好平衡处理，既要化解双方的冲突，也要帮助双方各自探寻自

身的问题，在此基础上，再帮助双方协商解决矛盾纠纷。

总之，家庭文明建设和家教家风引导是社会主义核心价值观在家庭文化场域中的核心要求。在家事案件中，家庭成员间关系是否稳定间接决定了社会秩序是否稳定，家事矛盾纠纷如果不能得到圆满解决，可能会带来未成年人权益受侵害、

老人赡养得不到保障、未成年人走上违法犯罪的道路等诸多问题。在处理矛盾激化家事纠纷时，人民法院应当贯彻最有利于未成年人与平衡保护的原则，秉持树立优良家风、弘扬家庭美德的审判理念，善于引入合适第三方参与矛盾纠纷化解，切实提高纠纷实质化解效率。

（作者单位：上海市宝山区人民法院）

（四）检察视点

最高人民法院发布第四批贯彻实施民法典典型案例

2025-06-09 华政民商

<https://mp.weixin.qq.com/s/UoGKdn0E3n7UsadS7CMYYg>

最高检发布第四批

贯彻实施民法典典型案例

以高质效检察履职

保障民法典统一正确实施

5月16日，在民法典颁布五周年之际，最高人民法院以“‘典’亮生活，守护美好”为主题，举办检察开放日活动。活动中，最高检发布第四批贯彻实施民法典典型案例，展现检察机关保障民法典统一正确实施，高质效办好每一个案件的成效。

这6件典型案例分别涉及民法典总则编、物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、侵权编等6编内容，阐释了离婚经济补偿、监护制度、土地承包经营权流转、建设工程领域涉人身损害赔偿、赡养抚养、姓名权保护等法律问题。

目录

1. 刘某珍与康某卿离婚纠纷再审检察建议案
2. 俞某与邵某甲、邵某乙房屋买卖合同纠纷再审检察建议案
3. 董某礼与某村五组、田某明、田某友土地承包经营权确认纠纷抗诉案
4. 贾某勤与贾某满等提供劳务者受害责任纠纷抗诉案
5. 王某廷等人赡养纠纷执行类案监督案
6. 邹某萍与某针织公司姓名权纠纷支持起诉案

案例一：刘某珍与康某卿

离婚纠纷再审检察建议案

【关键词】

离婚 担负抚育子女义务较多 经济补偿 再审检察建议

【基本案情】

康某卿、刘某珍经人介绍相识，于1995年登记结婚，并于1996年生育一子康某。2016年和2018年，康某卿两次向湖北省钟祥市人民法院起诉要求解除与刘某珍的婚姻关系，湖北省钟祥市人民法院均判决驳回康某卿诉讼请求。2021年，康某卿第三次起诉要求离婚，诉讼中刘某珍要求康某卿给付经济补偿并分割夫妻共同财产。2021年12月15日，湖北省钟祥市人民法院作出判决，认为夫妻感情确已破裂，准许双方离婚。因刘某珍未提交相关证据，法院对刘某珍要求给付经济补偿和分割夫妻共同财产的请求未予支持。

刘某珍不服一审判决，向湖北省荆门市中级人民法院提出上诉。2022年10月21日，湖北省荆门市中级人民法院判决驳回上诉，维持原判。刘某珍向湖北省高级人民法院申请再审，被裁定驳回。

【检察机关履职过程】

受理及审查情况。刘某珍不服，向湖北省荆门市人民检察院申请监督。该院依法受理后，围绕

刘某珍要求康某卿给付经济补偿的诉讼请求是否应予支持进行了调查核实。通过询问康某卿及其子康某，查明自 2001 年康某卿外出务工后，其与刘某珍分居，刘某珍独自经营一家小服装店，夫妻二人经济上相互独立。儿子康某一直随刘某珍生活，康某卿未支付抚养费。康某卿现每月领取退休金，有一定的履行能力。

监督意见。2024 年 9 月 26 日，湖北省荆门市人民检察院向湖北省荆门市中级人民法院提出再审检察建议。该院认为，康某卿在二审中陈述其在外打工期间，其子康某随刘某珍和康某卿的父母生活，但未提交证据证明。康某在接受检察机关询问时，陈述其由母亲刘某珍抚养长大，康某卿未陪伴其成长，亦未支付抚养费。据此，可认定刘某珍对抚育子女负担了较多义务。《中华人民共和国民法典》第一千零八十八条规定：“夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的，离婚时有权向另一方请求补偿，另一方应当给予补偿。”据此，康某卿应当给予刘某珍一定的经济补偿。

监督结果。湖北省荆门市中级人民法院采纳检察机关的再审检察建议，于 2024 年 12 月 21 日作出再审判决，判令康某卿给付刘某珍经济补偿 8 万元。

【典型意义】

检察机关在办理离婚析产监督案件中，应当根据民法典的相关规定，依法保护负担较多家庭义务一方获得经济补偿的权利。家庭生活中，常有夫妻一方尤其是女方承担较多抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等家庭义务，但在诉讼中往往对此不易举证，导致离婚时常处于不利地位。对此，《中华人民共和国民法典》第一千零八十八条确立了离婚经济补偿制度，夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的，离婚时另一方应给予补偿。由于承担抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等家庭

义务难以量化举证，在具体案件中，应结合夫妻双方对家庭事务投入的时间、精力、贡献等因素，综合认定一方是否负担较多义务、是否应予经济补偿。本案中，康某卿自其子康某五岁时便外出务工，期间一直未支付抚养费，刘某珍独自抚养康某直至其成年，据此可认定刘某珍在抚育子女方面负担了较多义务，应依法获得经济补偿。本案推动了民法典关于离婚经济补偿制度的贯彻落实，对于引导全社会重视抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等家庭义务的经济价值和社会价值，促进家庭成员之间合理分工、彼此尊重、共建共享具有积极意义。

案例二：俞某与邵某甲、邵某乙

房屋买卖合同纠纷再审检察建议案

【关键词】

房屋买卖 损害被监护人利益 调查核实 再审检察建议

【基本案情】

葛某珍与邵某财（2013 年去世）婚后生育长子邵某甲、次子邵某乙。邵某甲系三级智力残疾人，未婚育。2005 年 12 月，邵某甲分得安置房一套，并于 2017 年办理产权登记。2015 年 8 月 14 日，邵某乙向俞某出具 20 万元借条。同年 10 月 17 日，葛某珍以邵某甲名义与俞某签订房屋买卖合同，将邵某甲的安置房以 40 万价款出售给俞某。同日，俞某支付邵某乙 20 万元，余款以其对邵某乙所享债权抵销，葛某珍、邵某乙共同出具收条，载明收到价款 40 万元，后俞某占有该房屋。2017 年，葛某珍去世。

2018 年 1 月，俞某诉至江苏省南京市江宁区人民法院，要求邵某甲、邵某乙协助办理房屋过户手续。诉讼期间，经邵某乙申请，法院判决确认邵某甲为无民事行为能力人，并指定邵某乙为邵某甲的监护人。江苏省南京市江宁区人民法院审

理认为，邵某乙与俞某之间是否系民间借贷关系，并不影响房屋买卖合同的效力，邵某乙向俞某出具收条即可视为价款已交付，遂判令邵某甲、邵某乙协助办理过户手续。

邵某甲、邵某乙提出上诉。江苏省南京市中级人民法院审理认为，葛某珍作为法定监护人代邵某甲签订房屋买卖合同合法有效。邵某乙代邵某甲收取购房款，应视为俞某已支付对价。邵某甲、邵某乙未提供充分证据证明俞某存在恶意，也未证明葛某珍的处置行为侵害被监护人合法权益，遂判决驳回上诉，维持原判。邵某甲、邵某乙申请再审，江苏省高级人民法院驳回再审申请。随后，案涉房屋被强制执行过户至俞某名下。

【检察机关履职情况】

受理及审查情况。邵某甲、邵某乙不服，向江苏省南京市人民检察院申请监督。江苏省南京市人民检察院依法受理后，为查明本案是否存在损害被监护人利益的行为，开展以下调查核实工作。一是查明买卖双方相识和借条形成过程。通过听取当事人陈述、核实借条等方式，查明邵某乙自2013年起向俞某借款，至房屋买卖合同签订前，已经拖欠俞某借款20万元。二是查明交易是否存在异常。经查，同类房屋同期成交价约为65万元，案涉房屋成交价40万元明显低于当年市场价。俞某明知邵某甲智力残疾，以对邵某乙的债权抵偿购房款，并将剩余价款支付给邵某乙。后续邵某乙和监护人葛某珍亦未将售房款用于邵某甲，致邵某甲未获得任何利益。三是查明损害后果。案涉房屋系邵某甲唯一住房。在房屋被出售后，邵某甲居住在邵某乙为其租用的一间封闭储藏室里，居住环境较为恶劣，导致邵某甲合法权益受到侵害。

监督意见。2022年6月23日，江苏省南京市人民检察院向江苏省南京市中级人民法院提出再审检察建议。经审查，江苏省南京市人民检察院认为，根据《中华人民共和国民法典》第三十五条

的规定，监护人应当按照最有利于被监护人原则履行监护职责，除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。本案中，邵某甲名下唯一住房被监护人葛某珍出售，合法权益受到侵害，且该房屋买卖并非为了邵某甲的利益，俞某也不是善意买受人，案涉房屋买卖合同应认定无效。

监督结果。江苏省南京市中级人民法院采纳了检察机关的再审检察建议，依法启动再审程序。2024年4月23日，江苏省南京市中级人民法院再审认定房屋买卖合同无效，判决撤销原判决，驳回俞某的诉讼请求。因原审判决生效后，案涉房屋被强制执行过户至俞某名下后，俞某于2022年5月以案涉房屋为抵押办理了150万元银行贷款。为涤除抵押权，检察机关支持邵某甲提起返还原物及损害赔偿之诉，并帮助邵某甲申请法律援助。针对邵某甲无固定居所情况，检察机关为其申请国家司法救助金2万元。2024年8月23日，在法院主持下，邵某甲、邵某乙、俞某以及房屋抵押权人达成调解协议：邵某乙返还俞某21.5万元，俞某协助办理解除抵押手续，将房屋过户至邵某甲名下。法院出具调解书予以确认。2024年11月，案涉房屋已过户至邵某甲名下。

另，检察机关认为案涉房屋返还给邵某甲后，因邵某甲没有其他近亲属可以担任监护人，若邵某乙继续单独担任监护人，可能再次侵害邵某甲房屋所有权。经充分沟通，邵某甲所在地居民委员会同意与邵某乙共同担任监护人，并于2022年12月签订监护协议，约定邵某乙负责日常监护，居民委员会对邵某甲的财产使用、处置进行监督，邵某乙处置邵某甲的财产应向居民委员会报告。后经当事人申请，法院指定邵某乙、某居民委员会为邵某甲的共同监护人。

【典型意义】

检察机关在办理涉被监护人房屋买卖合同纠纷案件中，如发现监护人严重损害被监护人利益，应准确适用民法典监护制度相关规定，依法认定

合同效力。为充分保护被监护人的合法权益，民法典构建了以家庭监护为基础、社会监护为补充、公职监护为兜底的多层次监护体系。办案中，当监护人并非为被监护人利益处分被监护人的房产，相对人明知买卖行为损害被监护人利益，仍买受被监护人房产时，应依法认定房屋买卖合同无效。对于被监护人的近亲属侵害被监护人的财产权益、不适宜继续单独担任监护人，且没有其他合适监护人的，检察机关可引导居民委员会与被监护人近亲属共同担任监护人，兼顾被监护人的日常监护和财产监管，依法保护被监护人合法权益。

案例三：董某礼与某村五组、田某明、田某友

土地承包经营权确认纠纷抗诉案

【关键词】

土地承包经营权 集体经济组织成员资格 合同无效 抗诉

【基本案情】

1998 年第二轮土地承包时，董某礼作为农村承包经营户在重庆市彭水苗族土家族自治县某村五组承包十一块土地。2000 年，董某礼作为甲方，田某明、田某友作为乙方，在时任村长作为执笔人、五组组长作为见证人的情况下，签订《售房协议书》，约定：“……甲方的承包田土长期承包给乙方，折承包费 2000 元，公粮和提留款由乙方负责，甲方无任何责任，乙方每年给甲方一次性付 200 斤大米……”协议签订后，董某礼将土地交给田某明、田某友耕种。

2005 年 12 月 1 日，某村五组作为发包方，与董某礼就前述十一块土地再次签订农村土地承包合同，后董某礼户于 2006 年 5 月 20 日取得农村土地承包经营权证。就前述地块，该村五组在 2005 年 12 月 7 日又分别与田某明、田某友签订了农村土地承包合同。2006 年，田某明、田某友亦对前述地块取得农村土地承包经营权证。

2011 年，田某明、田某友分别将户籍从某村六组迁到某村五组，二人其他家庭成员的户籍仍在某村六组。2012 年，为方便务工及子女上学，董某礼家庭成员将户口从某村五组迁入县城，在县城无稳定收入来源。

2019 年 12 月 1 日，某村五组再次分别与田某明、田某友签订农村土地承包合同，将前述地块发包给田某明、田某友。后田某明、田某友再次取得了农村土地承包经营权证。同日，田某明、田某友也分别与某村六组签订了农村土地承包合同，在该村六组承包相应土地。此次确权，某村五组未再与董某礼签订土地承包合同，董某礼未再取得农村土地承包经营权证。

2022 年 6 月，董某礼向重庆市彭水苗族土家族自治县人民法院起诉，请求确认某村五组与田某明、田某友 2005 年及 2019 年签订的农村土地承包合同无效。该院一审认为，本案属于土地承包经营权转让，且已征得发包方同意，田某明、田某友已具有某村五组集体经济组织成员资格，该二人作为受让方并未违反法律的禁止性规定，遂判决驳回其诉讼请求。董某礼不服，向重庆市第四中级人民法院提起上诉。该院二审认为，从协议内容表述来看，田土长期交田某明、田某友承包，公粮和提留款由该二人负责，董某礼无任何责任，约定的内容更符合土地承包经营权转让的特征；协议书签订时，时任村长、组长均在场并签字确认，且田某明、田某友现已成为某村五组集体经济组织成员，故该协议合法有效，故判决驳回上诉，维持原判。董某礼不服二审判决，向重庆市高级人民法院申请再审。重庆市高级人民法院于 2023 年 11 月 29 日裁定驳回董某礼的再审申请。

【检察机关履职过程】

受理及审查情况。董某礼不服，向重庆市人民检察院第四分院申请监督。该院依法受理后，重点对以下问题进行审查：第一，审查董某礼及田

某明、田某友的户籍情况。查明 2012 年董某礼将户口迁出某村五组系为了务工和子女上学，在县城未取得稳定的非农职业，无稳定收入来源。除田某明、田某友二人的户籍在 2011 年由某村六组迁入某村五组外，二人其余家庭成员的户籍均一直在某村六组。第二，审查田某明、田某友土地承包情况。查明 2005 年、2019 年，田某明、田某友分别在某村六组承包有土地。田某明、田某友在某村五组承包涉案土地未经该组村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表同意并报乡政府批准。

监督意见。重庆市人民检察院第四分院认为二审判决认定事实和适用法律确有错误，提请重庆市人民检察院抗诉。经审查，重庆市人民检察院认为：第一，本案土地承包经营权流转的性质并非转让。2005 年实施的《农村土地承包经营权流转管理办法》第三十五条第一款规定：“本办法所称转让是指承包方有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源，经承包方申请和发包方同意，将部分或全部土地承包经营权让渡给其他从事农业生产经营的农户，由其履行相应土地承包合同的权利和义务。”本案中，董某礼户并无非农职业或稳定的收入来源，也未曾向发包方提出过转让申请，不符合土地承包经营权转让的条件。董某礼户于 2005 年与某村五组签订承包合同，并于 2006 年取得土地承包经营权证，以及协议中每年支付大米的约定，均可证明董某礼户并无转让的意思表示。第二，田某明、田某友与某村五组签订土地承包合同未经法定程序审核。2003 年实施的《中华人民共和国农村土地承包法》第十五条规定：“家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户。”第四十八条第一款规定：“发包方将农村土地发包给本集体经济组织以外的单位或者个人承包，应当事先经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府批准。”2018 年修订时，前述规定被吸纳进第三十四条、第五十

二条。本案中，田某明、田某友与某村五组订立农村土地承包合同时既未取得该组集体经济组织成员资格，也未经法定程序审核，因此订立的承包合同因违反前述法律规定而无效。综上，重庆市人民检察院于 2024 年 7 月 24 日向重庆市高级人民法院提出抗诉。

监督结果。重庆市高级人民法院于 2024 年 8 月 27 日作出民事裁定，提审本案。2024 年 12 月 30 日，该院作出再审判决，采纳检察机关的抗诉意见，认定案涉售房协议书涉及的农村土地承包经营权流转性质并非转让，确认某村五组与田某明、田某友于 2005 年、2019 年签订的农村土地承包合同无效。

【典型意义】

检察机关在办理农村土地承包经营权流转案件中，应当依照民法典相关规定，结合当事人的真实意思解释流转合同内容，严格依法把握不同流转方式的条件和程序，切实保障农村承包经营户合法权益。《中华人民共和国民法典》第三百三十四条规定了土地承包经营权可以依法转让。在土地承包经营权流转过程中，双方当事人对约定的土地承包经营权流转方式存在不同理解的，检察机关应根据《中华人民共和国民法典》第一百四十二条第一款、第四百六十六条第一款等规定，结合约定内容，通过调查核实等方式，努力探查当事人真实意思，在此基础上合理解释合同相关内容。在认定是否构成土地承包经营权转让时，应依照法定条件和程序准确把握。本案中，检察机关查明董某礼不符合土地承包经营权转让的条件，亦无转让意思表示；同时田某明、田某友与某村五组订立土地承包合同不符合法定程序，继而依法抗诉予以纠正，有效保障了农村承包经营户的合法权益。

案例四：贾某勤与贾某满等

提供劳务者受害责任纠纷抗诉案

【关键词】

建设工程 转包 违法分包 连带责任 抗诉

【基本案情】

2020 年 11 月，陈某华将某银行支行锅炉房内墙粉刷工程以清包工形式承包给张某文。诉讼中张某文辩称将工程以同样的价格转包给贾某满，贾某满找来贾某勤到涉案工程处提供劳务。2020 年 11 月 10 日，贾某勤在粉刷墙面时，从架子上摔落受伤，经北京市延庆区某医院诊断为腰椎骨折 L1，并于 2020 年 11 月 10 日至 18 日住院治疗。2021 年 5 月 24 日，贾某勤起诉至北京市延庆区人民法院，请求判令张某文、陈某华、贾某满连带赔偿医疗费、营养费、误工费、残疾赔偿金等合计 121607.48 元。

北京市延庆区人民法院经审理认为，贾某勤与贾某满之间形成事实上的劳务雇佣关系。雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。因贾某勤未尽合理注意义务，应当对自己的行为及后果承担一定责任。综合考虑本案的实际情况，该院酌情认定贾某满承担 60% 责任、贾某勤承担 40% 责任。现无证据证明陈某华、张某文对贾某勤的损害存在过错，故陈某华、张某文无需承担赔偿责任。综上，该院于 2022 年 4 月 18 日判决：贾某满赔偿贾某勤医疗费、住院伙食补助费、营养费、残疾赔偿金等共计 53080.52 元，驳回贾某勤的其他诉讼请求。

贾某勤不服一审判决，向北京市延庆区人民法院申请再审。该院于 2022 年 11 月 17 日作出再审裁定，驳回贾某勤的再审申请。

【检察机关履职过程】

受理及审查情况。贾某勤不服，向北京市延庆区人民检察院申请监督。检察机关依法受理后，重点对以下问题进行审查。第一，查清案涉工程转包和违法分包的事实。检察机关经过查阅某银

行支行合同档案资料、询问各方当事人，发现法院审理中遗漏重要当事人，即某建筑集团公司和陈某林。检察机关查明，陈某林作为某建筑集团公司项目经理与某银行支行签订案涉工程施工合同，实为某建筑集团公司将工程转包给陈某林，后陈某林将该工程全部转包给不具备相应资质的个人陈某华，陈某华又将部分工程劳务违法分包给不具备相应资质的个人张某文，张某文在实际施工过程中找到贾某满粉刷内墙，后贾某满找到贾某勤提供劳务。2020 年 11 月 10 日贾某勤粉刷墙面时从架子上摔落致腰椎骨折。第二，厘清工程转包和违法分包后提供劳务者受损害的法律赔偿责任承担问题。经查阅卷宗、检索类案和专家咨询，对本案提供劳务者贾某勤的损害责任应当由实施转包、违法分包的行为人承担连带责任。

监督意见。北京市延庆区人民检察院认为原审判决认定的基本事实缺乏证据证明，适用法律确有错误，提请北京市人民检察院第一分院抗诉。北京市人民检察院第一分院进行全面审查后认为：第一，某建筑集团公司、陈某林是案涉工程前两手承包人和转包人，应追加参加诉讼以查清案件基本事实。第二，法院未认定某建筑集团公司、陈某林、陈某华、张某文承担连带赔偿责任，适用法律确有错误。《中华人民共和国民法典》第七百九十一条规定：“承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程支解以后以分包的名义分别转包给第三人。禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。”本案中，某建筑集团公司作为承包人，将涉案工程转包给不具备资质的陈某林、陈某林将部分工程分包给不具备资质的陈某华、陈某华再次分包给不具备资质的张某文、张某文又清包工给不具备资质的贾某满，上述各方主体的上述行为违反法律法规的相关规定，存在过错，均应当承担连带赔偿责任。第三，贾某勤在施工中受到伤害，虽有其自身原因，但更重要的是某建筑集团公司、陈某林、陈

某华、张某文等主体的层层转包和违法分包，使各主体对工程施工、安全管理的力度层层衰减、不断弱化。因此，为进一步保障建设工程施工人员生命财产安全，促进建设工程行业健康有序发展，理应对前述转包、违法分包行为予以惩戒，认定相关责任主体承担相应责任。综上，北京市人民检察院第一分院遂向北京市第一中级人民法院提出抗诉。

监督结果。北京市第一中级人民法院经审查，指令北京市延庆区人民法院再审。北京市延庆区人民法院启动再审，依贾某勤申请追加陈某林、某建筑集团公司、某银行支行为再审案件被告。经审理，北京市延庆区人民法院采纳检察机关抗诉意见，于 2024 年 3 月 28 日作出再审判决：改判贾某满赔偿贾某勤医疗费、住院伙食补助费、营养费等共计 53080.52 元，某建筑集团公司、陈某林、陈某华、张某文对上述判决内容承担连带赔偿责任。各方当事人未上诉，该判决已生效并执行完毕。

制发检察建议。检察机关分别向某建筑集团公司、某银行支行制发社会治理类检察建议，提示其在后续发包工程中尽到审慎义务，提高对依法治企重要性认识，建立健全依法治企管理制度。某建筑集团公司、某银行支行全部接受检察建议，进一步健全内部管理制度，加大安全管理力度，严格依照《中华人民共和国民法典》等法律法规的规定开展各项建设工程活动。

【典型意义】

检察机关在办理建设工程领域涉人身损害赔偿案件时，应当根据民法典关于建设工程合同和侵权责任的规定，加强穿透式审查、体系化认定、实质性救济。在建设工程活动中，一些工程被多次转包、分包，导致施工人容易发生人身损害事故，且难以得到有效救济。检察机关在办理此类案件中，可以首先通过“合同链—施工链—管理链”穿透式审查施工全链条，查明侵权责任背后

的转包、违法分包、再分包等一系列违规行为。其次，体系化适用《中华人民共和国民法典》合同编“建设工程合同”专章与侵权责任编规则，依据第七百九十一条审查是否存在转包、违法分包等违法行为，依据第一千一百六十五条认定违法违规方是否存在过错等，通过合同关系和过错侵权双重维度认定责任主体，为受损害当事人争取实质性救济。最后，通过个案办理强化建设工程中违法行为的连带责任认定，推进行业领域加强相关问题监管治理，形成“规范引导—风险防控—系统治理”的全方位治理路径，促进建设工程行业依法健康有序发展。

案例五：王某廷等人赡养纠纷执行类案监督案

【关键词】

赡养费 未移送执行 类案监督 检察建议

【基本案情】

王某廷，现年 97 岁，因赡养问题于 2022 年 3 月 7 日将五子女起诉至河南省汤阴县人民法院，请求判令五子女履行赡养义务。结合当事人家庭实际情况，河南省汤阴县人民法院于 2022 年 3 月 17 日判决王某廷两个儿子向其支付赡养费、取暖费等，三个女儿按照养老协议履行看护、照顾义务。判决生效后，五子女均未履行判决确定的赡养义务。河南省汤阴县人民检察院在开展“检护民生”专项行动中，发现王某廷赡养纠纷案件在判决生效后，审判庭未按照法律规定向执行机构移送执行，导致原告王某廷的合法权益未能及时得到有效保障。

河南省汤阴县人民检察院充分运用大数据监督模型，将案件线索排查范围扩大至赡养、扶养、抚养、离婚纠纷等案件，发现崔某堂与崔某某等 13 件案件，分别存在具有给付赡养费、扶养费、抚育费等内容，法院审判庭在判决生效后均未依照法律规定向执行部门移送执行。

【检察机关履职情况】

监督意见。河南省汤阴县人民检察院经审查认为，河南省汤阴县人民法院在赡养、扶养、抚养纠纷案件判决生效后，未依职权移送执行，不符合法律规定。2024 年 5 月 8 日，河南省汤阴县人民检察院向河南省汤阴县人民法院制发类案检察建议，建议河南省汤阴县人民法院审理具有给付赡养费、扶养费、抚养费内容的案件时，应在判决生效后依法及时移送执行部门执行，切实保障老年人、未成年人等群体的合法权益得以实现。

监督结果。2024 年 6 月 6 日，河南省汤阴县人民法院采纳检察建议，采取三项措施进行整改。一是提升司法规范意识。组织法官及助理对《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国民事诉讼法》及相关司法解释等法律法规加强学习，切实统一思想认识，提升业务能力。二是严格相关程序规定。把涉及赡养、扶养、抚养纠纷类民事判决生效后的移送执行作为办案的必经程序，除非当事人明确提出不予申请执行并记录在卷。三是细化院长、庭长监管职责。加强日常审判与执行管理，将此类案件判决生效后严格依法移送执行情况，纳入案件评查，利用好各类平台和巡查系统，常态化开展巡查，确保审判执行活动规范衔接，保障特殊群体胜诉权。通过类案监督，河南省汤阴县人民法院审判庭对审理的此类案件主动移送执行，55 名子女主动履行赡养义务，36 名未成年人的父母主动履行抚养义务。

【典型意义】

检察机关在办理赡养、扶养、抚养纠纷案件中，应主动加强执行监督，推动生效判决得以及时有效执行，切实把民法典对于老年人、未成年人等合法权益的保护落到实处。幼有所育、老有所养既是中华民族的传统美德，也是民法典婚姻家庭编的一项重要内容。但在一些赡养、扶养、抚养纠纷案件中，当事人仍面临胜诉后自身权益难

以实现困境。检察机关在办理此类案件时，应在个案基础上主动加强对审判和执行活动的类案监督，推进民事检察监督“由点到面”，切实保护老年人和未成年人等群体合法权益得以有效实现。本案中，检察机关发现赡养纠纷案件未移送执行个案线索后，主动进行调查核实，不仅对赡养纠纷类案件进行了排查，还通过采用大数据监督模型等方式，将排查范围扩大至同性质的扶养、抚养、离婚纠纷案件，发现一批类案监督案件线索。检察机关可通过向法院制发类案检察建议等方式，与法院建立协作机制，促进法院规范移送执行程序，进一步保障老年人、未成年人等群体胜诉后的合法权益得以实现，切实增强人民群众在司法活动中的获得感、幸福感和安全感。

案例六：邹某萍与某针织公司

姓名权纠纷支持起诉案

【关键词】

姓名权 冒名登记 残疾人权益保护 支持起诉

【基本案情】

邹某萍系江西省新余市分宜县某村村民，患有遗传性精神疾病，无固定工作。2024 年 3 月，邹某萍住所地村委会通知邹某萍，在复审低保相关人员身份信息时，发现邹某萍自 2021 年 2 月起担任了某针织公司的监事。根据《江西省农村居民最低生活保障办法》相关规定，邹某萍父亲享受的最低生活保障待遇将因其担任监事而被取消。邹某萍告知村委会自己从未担任过任何公司的监事，对登记为某针织公司监事一事毫不知情。2024 年 4 月，邹某萍在村委会帮助下，向江西省分宜县市场监督管理局反映：他人冒用邹某萍姓名，登记为该公司监事，请求江西省分宜县市场监督管理局依法撤销邹某萍在某针织公司的监事登记。江西省分宜县市场监督管理局答复称未经某针织

公司申请或提供充分的证据，无法办理监事登记变更手续。邹某萍根据企业信用信息公示系统登记的信息，多次联系某针织公司法定代表人柳某兵，但电话均无法接通，邹某萍诉讼维权陷入困境。

【检察机关履职情况】

受理及审查情况。2024 年 4 月 26 日，邹某萍向江西省分宜县人民检察院申请支持起诉。江西省分宜县人民检察院初审认为，邹某萍患有精神疾病，诉讼能力偏弱，无法正常向法院主张诉讼权利，符合支持起诉条件。江西省分宜县人民检察院受理后，重点围绕邹某萍是否被冒名登记为监事、某针织公司经营状况和身份信息等进行审查，并开展一系列调查核实工作。一是向江西省分宜县市场监督管理局调取某针织公司的工商登记材料和监事身份信息档案。查明，某针织公司在设立过程中提交的登记申请书、股东出资情况表、设立协议书中均无邹某萍签名，邹某萍不是某针织公司的设立人和股东，该公司的监事身份信息档案中无邹某萍的电子签名和人脸识别影像资料，相关材料系某针织公司法定代表人柳某兵签署。二是向某针织公司住所地居委会、江西省分宜县税务局、江西省分宜县社会保险服务中心了解某针织公司经营状况、身份信息和邹某萍社会保险参保情况。查明，某针织公司登记的住所地信息不实，法定代表人已经失联，停止纳税多年，某针织公司没有为邹某萍缴纳社会保险，邹某萍不是某针织公司员工。三是实地走访邹某萍家庭，了解邹某萍的生活状况和主要诉求。查明，邹某萍和父亲均患有遗传性精神疾病，生活十分困难，邹某萍父亲是农村居民最低生活保障对象，由于临近低保复审截止日期，邹某萍撤销监事登记的诉求特别强烈。

处理结果。在加强支持起诉工作的同时，为实质性化解矛盾纠纷，江西省分宜县人民检察院围绕分宜县市场监督管理局的商事登记管理职责、

商事信息审查义务释法析理，告知检察机关查明事实和错误登记可能造成后果，积极推动江西省分宜县市场监督管理局主动撤销邹某萍的监事登记。2024 年 7 月 11 日，江西省分宜县市场监督管理局撤销了邹某萍的监事登记。同日，邹某萍向检察机关撤回支持起诉，江西省分宜县人民检察院对本案终结审查。2024 年 7 月 25 日，江西省分宜县人民检察院电话回访邹某萍，确认其父亲低保复审已通过。

制发检察建议。江西省分宜县人民检察院围绕办理本案中发现的商事登记信息不实、监管审查不严等苗头性问题，运用大数据模型由点及面对分宜县辖区内 2019 年以来注册登记的公司信息进行比对核查，发现 58 家公司的商事登记信息存在手续不全、住所地信息不实、董监高交叉任职等不规范情形。2025 年 3 月 26 日，针对市场监管中商事信息审查不够严实、登记程序不够规范、监管不够有力等问题，江西省分宜县人民检察院向江西省分宜县市场监督管理局制发社会治理检察建议。江西省分宜县市场监督管理局采纳了检察建议，并对相关问题进行了整改。

【典型意义】

检察机关在办理姓名权纠纷案件中，对于冒名登记等严重侵害姓名权的违法行为，尤其是残疾人等弱势群体被冒名登记的，检察机关应当综合运用支持起诉、调查核实等方式加强监督，依法保护当事人姓名权。姓名权是一项重要的人格权，其一旦被侵犯，可能随之导致其他人格权、财产权受到损害。近年来，随着市场主体登记手续逐步简化，冒用他人姓名进行商事登记的行为屡有发生，严重侵害了当事人的姓名权，破坏了市场经济秩序和交易安全。《中华人民共和国民法典》进一步完善了对姓名权的保护和利用，第一千零一十二条、第一千零一十四条等规定任何组织或者个人不得以干涉、盗用、假冒等方式侵害他人的姓名权。本案中，邹某萍被他人冒用姓名

登记为公司监事，因残疾无法有效行使诉权，而其父亲低保复审期限临近，需要及时撤销邹某萍的监事登记。检察机关对于此类冒名登记等侵害姓名权的行为，可通过支持起诉等方式，帮助残

疾人等弱势群体依法行使诉权；同时通过开展调查核实等工作，查明冒名登记相关情况，及时促推相关部门撤销错误登记，依法有效维护当事人的姓名权等合法权益。

准备办理离婚手续时，女方不辞而别，自此杳无音信。男方起诉时才发现，妻子竟然身份不明。民事诉讼行不通，行政诉讼又超过了最长起诉期限，这道难题最终被摆在了检察机关的面前——寻找消失的“她”

2025-06-11 检察日报客户端 史隽 林非凡

https://szb.jcrb.com/mobile/2025/20250611/20250611_008/content_20250611_008_1.htm#page7?operate=true



姚雯/漫画

“20 多年的烦心事终于解决了，我重新组建家庭有望了！”近日，理发师傅李建祥致电浙江省瑞安市检察院，迫不及待地与承办检察官分享好消息。

难以撤销的“婚姻”

1995 年，李建祥在陕西省宁陕县务工时认识了当地女子林书娟。经过一段时间相处，李建祥决定带林书娟回瑞安市鹿木乡（鹿木乡于 2011 年并入湖岭镇）老家生活。同年 10 月，二人登记结婚，并于 1998 年生下一女。

2002 年，这对夫妇因感情不和决定离婚。但是办理离婚手续需要身份证明，林书娟却无法提

供。她告诉李建祥，当时结婚登记时用的身份信息不是她自己的，开不了证明，随后便悄然离开，自此杳无音信。

此后多年，李建祥一直想离婚组建新的家庭，却苦于无法联系到林书娟。直到 2018 年，李建祥前往法院提起民事诉讼，请求法院判令离婚。

但法院在审查后发现，以林书娟当年办理结婚登记时留下的身份证号码根本无法查到对应的人口信息，诉讼主体不明确，不符合离婚诉讼的受理条件，于是未予受理。

与自己同床共枕 7 年的妻子竟然身份不明，何其荒谬！2024 年 11 月，走投无路的李建祥来到湖岭镇政府寻求帮助。考虑到李建祥的情况可能涉及复杂法律问题，湖岭镇政府为其申请了法律援助。

法律援助机构发现林书娟当年与李建祥登记结婚时留下的是 15 位数的身份证号码，于是通过公安机关将该身份证号码升级成现今的 18 位数号码，并委托陕西当地的律师对两个身份证号码都进行了调查。宁陕县民政局经核查后回复称，该县无林书娟的婚姻登记信息，而户籍地派出所也表示，无林书娟的人口登记信息。

如此，可以初步断定，林书娟在 1995 年与李建祥办理结婚登记时使用的身份信息是虚假的。按照相关法律规定，李建祥本可以据此向法院提起行政诉讼，请求法院判令撤销婚姻登记。但李建祥在 2018 年发现该情况时未及时行使权利，如今已超过 5 年最长起诉期限，不符合行政诉讼的受理条件，意味着这条路也走不通了。

2024 年 12 月，湖岭镇政府将该线索移交瑞安市检察院，邀请检察机关介入，共同解开这道难题。

千里跋涉寻人

经初步审查，瑞安市检察院认为，李建祥的情况符合最高人民检察院联合最高人民法院、公安部、民政部制定并下发的《关于妥善处理以冒名顶替或者弄虚作假的方式办理婚姻登记问题的指导意见》（下称《指导意见》）相关规定，于是立案调查。

承办检察官从宁陕县某派出所进一步核实确认，无法查询到林书娟的人口信息，并得知宁陕县曾在 2002 年暴发特大山洪灾害，当地居民的户籍档案存在遗失的情况。

有没有可能在补录户籍时，林书娟的身份信息没有被录入，或录入的身份证号码有误呢？为尽快查清真相，2024 年 12 月，承办检察官远赴陕西，开启了一场跨越 1600 多公里的寻人之旅。

然而，依照林书娟在办理结婚登记时留下的家庭地址——陕西省宁陕县柴家关乡太山村太山坝，承办检察官又发现了新问题：柴家关乡现为柴家关村，太山村太山坝实际是太山村和太山坝村，三者之间并无隶属关系。

12 月的陕西，寒风凛冽。瑞安市检察院承办检察官在宁陕县检察院检察人员的协助下，开始进行实地走访。

“我们村有个叫‘林书娟’的。”在走访的第一站宁陕县四亩地镇派出所，一名来自太山坝村的民警带来了这一信息。承办检察官随该民警

来到这位“林书娟”的家中，发现她多年前就去了重庆，一直未返乡。于是，检察官又去了其兄嫂家中。

经仔细辨认，其兄嫂均否认 1995 年那张结婚证上的人是自己的妹妹。承办检察官也让这位“林书娟”发来身份证正面照片。结果发现此“林书娟”其实是林淑娟，同音不同名，且相貌完全不同。

此后，承办检察官又先后走访柴家关村、太山村。经向当地村干部核实，两个村均没有叫林书娟的村民，且不认识结婚证上的林书娟。在这种情况下，检察官只得将寻人的范围扩大到整个宁陕县，最后查询到了两个名叫林书娟的女子。其中一个在 1995 年时年仅 6 岁，可以排除；另一个与林书娟年龄相近，现落户于宁陕县永红村。

这位“林书娟”会不会就是消失的“她”？带着疑问，承办检察官来到了永红村。经了解得知，这位“林书娟”一直在陕西省内工作和生活。在征得当事人同意后，工作人员提取了其血液样本，与李建祥的女儿小李的进行了 DNA 比对，结果显示其并非小李的生物学母亲。

虚假婚姻登记被撤销

在陕西省几经辗转，虽然始终无法找到林书娟本人及相关线索，但已有充足证据可证明，林书娟登记结婚时确实使用了虚假的身份信息。根据《指导意见》的相关规定，婚姻登记存在错误应当撤销的，检察机关应及时向相关行政机关制发检察建议，督促其撤销。

今年 1 月 17 日，瑞安市检察院召开公开听证会，邀请市人大代表、政协委员及人民监督员参加听证，湖岭镇政府、瑞安市民政局的相关工作人员等出席听证会。听证会上，承办检察官介绍了案件的基本情况，并出示了相关证据材料，就应否撤销李建祥与林书娟的婚姻登记听取各方意见。听证员认真核实证据材料后，围绕法律适用、

身份认定等问题进行提问。经过讨论，听证员一致认为应当撤销李建祥和林书娟的婚姻登记。

“李建祥已经 60 多岁了，渴望获得合法婚姻安度晚年。希望能从法律层面帮助村民解决实际困难。”湖岭镇党委委员郑勇恳切地说道。

“这个案件的特殊之处在于找不到林书娟本人，因此在身份认定上必须多一分谨慎。以目前检察机关调查取得并出示的证据材料，已经可以认定林书娟在与李建祥登记结婚时使用了虚假的身份信息。按照《指导意见》的规定，检察机关发送检察建议书后，我们可据此依法予以撤销。”瑞安市民政局相关工作人员也作出表态。

2 月 13 日，瑞安市检察院向该市民政局送达检察建议书，建议其依法撤销李建祥与林书娟的婚姻登记。3 月 7 日，经审核、公告等法定程序，瑞安市民政局作出撤销李建祥与林书娟婚姻登记的决定，并向瑞安市检察院复函。

“案结”更要“事了”。案件办理期间，承办检察官了解到，李建祥理发店的顾客大多是老年人，其微薄收入既要用于日常开销又要用来抚养女儿，家庭经济窘迫。20 多年间，李建祥不停奔波维权，更让本不宽裕的生活雪上加霜。近日，瑞安市检察院在启动司法救助程序后，向李建祥发放了司法救助金，最大限度为其解忧纾困。

（文中案件当事人均为化名）

离婚了财产分割要算清楚

2025-06-25 检察日报客户端 刘怡廷 冯宵

https://szb.jcrb.com/mobile/2025/20250625/20250625_005/content_20250625_005_4.htm#page4?operate=true

在办理一起持续 6 年的婚姻财产纠纷检察监督案中，湖北省通城县检察院通过充分行使调查核实权，跨越千里获取关键证据，有效监督纠正了原审错误判决，维护了婚姻中无过错方的合法权益。日前，该院承办检察官对这起案件进行回访时，受害人晓梅（化名）表示，她已依据再审判决，申请对前夫黎某强制执行 40 万元财产分割费。

“请检察机关主持公道！”2023 年 2 月的一天，在通城县检察院 12309 检察服务中心，晓梅捧着一摞泛黄的材料，哽咽着讲述自己的遭遇——

晓梅与黎某于 1995 年结婚，于 2017 年 9 月协议离婚。2019 年，晓梅发现黎某在婚姻关系存续期间不仅与宁夏银川的女子阿芳（化名）以夫妻名义共同生活，并育有两女，还动用夫妻共同财产，为阿芳在银川购置房产、车辆，并与阿芳合资开办公司。同年 8 月，晓梅向通城县法院起诉要求返还财产，但因证据不足，诉讼请求和再审

申请均被法院驳回。2023 年 2 月，晓梅向通城县检察院申请监督。

该院民事检察部门受理该案后，经全面审查原审卷宗发现，晓梅在原审诉讼中曾向法院申请调取案涉房产、车辆的付款凭证等关键证据，但法院以“非客观原因无法收集”为由未予调取。

为查明事实，通城县检察院于 2023 年 3 月启动跨省协作机制，由分管副检察长带队赴银川实地调查。办案组调取了阿芳名下车辆信息、案涉房产原始交易票据，并核查了黎某的银行流水，最终查实黎某使用 63 万余元夫妻共同财产以阿芳名义购房的事实。调查同时发现，原审存在庭审笔录无审判人员签名、超审限未合规审批、应调未调重要证据等程序违法问题。

基于所查明的事实，2023 年 4 月，通城县检察院依法向该县法院发出再审检察建议及审判程序违法监督检察建议。法院采纳建议后，就审判

活动中的违法情形对相关人员予以问责，并于同年 12 月对该案裁定再审。

日前，法院作出再审判决：撤销原民事判决书，改判黎某在判决生效后 30 日内一次性向晓梅支付财产分割费 40 万元。

指导性案例传真 | 夫妻共同财产赠与纠纷中行为无效与全额返还的司法评价

2025-06-20 中国检察官 张艳 王皓

https://mp.weixin.qq.com/s/k_IEy8WkVeo3syIyxFzVwQ

编者按

民事生效裁判监督是民事检察监督的重要职能，通过对民事生效裁判的监督，促进统一司法裁判标准，保障国家法律统一正确实施。近期，最高检发布的第五十六批指导性案例（检例第 223—227 号，其中“某建设公司与黄某平、张某标民间借贷纠纷抗诉案”的解读见《中国检察官》2024 年第 24 期），涉及民间借贷、赠与合同、服务合同、交通事故责任等常见多发的纠纷类型。为充分发挥指导性案件的指引与示范作用，关注法律适用的理解以及对司法理念的领悟，《指导性案例传真》专题特邀最高检民事检察厅及办案检察官集中阐释民事检察办案贯彻落实“三个善于”、加强调查核实以及做实依法精准监督的实践路径，为检察官办理此类案件提供监督思路与方法。

夫妻共同财产赠与纠纷中行为无效 与全额返还的司法评价



张 艳
四川省人民检察院
第六检察部副主任
三级高级检察官



王 皓

四川省达州市人民检察院

第五检察部五级检察官助理

摘要：夫妻一方违反夫妻忠实义务，擅自将夫妻共同财产赠与第三人的赠与纠纷案件在司法实务中对行为性质、效力认定及返还财产比例等方面的认识存在争议。检察机关通过抗诉监督明确司法实践中对违背公序良俗的赠与行为应持否定评价，强调全额返还财产的法律立场，既维护婚姻无过错方财产权益，亦警示社会恪守婚姻家庭伦理秩序，为同类案件提供裁判指引，践行社会主义核心价值观。

关键词：夫妻共同财产 公序良俗 赠与无效 返还全部财产

一、基本案情

何某某与冯某某系夫妻关系，育有一子一女。2017 年 8 月起，李某在广东省东莞市沐足场所从事管理工作。何某某因常在沐足场所消费与李某相识并产生婚外情。2017 年 8 月至 2019 年 9 月，何某某通过其持有的中国农业银行卡账户向李某转账 14 笔共 20.19 万元；2017 年 8 月至 2019 年 11 月，何某某通过其微信向李某转款 278 笔共 17.75 万元。上述银行转账和微信转款两项合计 37.94 万元，其中微信转款包含伴有特殊含义的金额，如 1314 元、520 元等。2017 年 8 月至 2019 年 10 月，李某通过其微信向何某某转账共计 9.13 万元，代何某某支付沐足消费款 5.64 万元，两项合计 14.77 万元。

2020 年 1 月，冯某某以何某某赠与李某财产的行为侵害其财产权益为由，以李某为被告、何某某为第三人向四川省宣汉县人民法院提起诉讼，请求确认何某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相应利息。一审法院认为，何某某向李某所转款项是其与冯某某的夫妻共同财产。何某某与李某通过沐足消费认识后发生婚外情，违背公序良俗，应当

受到道德谴责。但何某某与李某之间有相互转款行为，冯某某提供的证据难以区分正常往来资金和不法赠与金额。据此，判决驳回冯某某的诉讼请求。

一审判决后，冯某某、李某均不服，向达州市中级人民法院提起上诉。冯某某上诉请求改判支持其一审诉讼请求；李某上诉请求纠正一审判决认定其与何某某存在不正当男女关系的部分事实，何某某向其转账不属于赠与，是双方正常合作关系和经济往来，但请求维持一审判决结果。二审法院认为，李某虽辩解何某某向其转款行为系基于双方存在投资合作关系的经济往来，但未提供相关证据予以证实。何某某违背夫妻忠实义务，向李某转款 37.94 万元，其财产处分行为未得到冯某某追认，赠与行为无效。赠与款项中有 50% 份额属于冯某某，何某某系无权处分。何某某向李某赠与金额 37.94 万元，在扣减李某向何某某转款金额 14.77 万元后，余下 23.17 万元，其中 50% 份额属于冯某某所有，李某应予以返还。据此，撤销一审判决，判令李某返还冯某某 11.59 万元并支付利息。

二审判决后，冯某某不服，向四川省高级人民法院申请再审被驳回。

冯某某不服生效判决，向检察机关申请监督。四川省人民检察院于 2022 年 5 月 23 日向四川省高级人民法院提出抗诉。2022 年 10 月 31 日，四川省高级人民法院采纳四川省人民检察院抗诉意见，作出再审判决：李某返还冯某某 23.17 万元并支付利息（即扣除李某 14.77 万的垫付及转账款后，其余赠与金额全部返还）。

二、主要问题

之前无明确法律规定，各地法院对赠与合同是否有效以及第三者是否应当返还财产的判决各不相同，产生了赠与财产全部返还、部分返还和不予返还这三种判决。一方面是因为有配偶赠与第三者财产的行为，在法律适用上面临当时有效

的《物权法》《合同法》《婚姻法》等多法竞合的问题，执法者因考察法律的视角不同，可能得出不同结论；另一方面是很大程度上依赖公序良俗原则的适用。上述原因造成法官在处理该类案件时自由裁量权较大，导致裁判标准不一，类案不同判削弱法律权威。

（一）法律评价失当，公序良俗原则的限缩

本案二审法院认定赠与行为违背公序良俗，赠与行为无效，但判决部分返还，实质系变相认可了赠与行为的效力，实质构成“无效行为部分有效”的逻辑矛盾。同时，判决存在价值导向错误，客观上纵容婚外情财产转移行为，损害婚姻制度根基。

（二）财产分配错误，共同共有制度的误用

按照现行法律规定，夫妻共同财产属于共同共有而非按份共有，当时有效的婚姻法和后来实施的民法典在 1066 条、1087 条、1092 条对夫妻共同财产的分割情形作出了相应规定。同时，夫妻双方对于共同共有财产有平等处分权，不等于对共同财产享有一半的处分权。在未满足法定分割条件的情况下，本案二审法院以“各占 50%”为前提计算返还比例违反法律相关规定。

（三）程序法适用冲突，不告不理原则的违反

在程序法的适用和实践中，必须始终坚守“不告不理”的基本原则，充分尊重当事人的诉讼权利。法院作为居中裁判者，应当严格限定审理范围于当事人明确提出的诉讼请求之内，不得主动扩张或变更裁判对象，更不能以职权干预替代当事人的意思自治。本案中，冯某某主张赠与无效以及全额返还，未提出分割共同财产的请求，法院主动分割夫妻共同财产，违反了不告不理原则。

三、抗诉理由分析

（一）李某应返还全部赠与财产

本案涉及包含“1314”“520”等特殊含义的多笔转账，从性质上看不属家庭日常生活所需，从数额上看累计已达 37 万余元，也已超出家事代理范围。何某某擅自将夫妻共同财产赠与李某，转账目的是维系婚外情，两人对于婚外情及转账行为侵犯配偶一方冯某某的合法权利是故意为之，主观上均非善意，应认定案涉赠与行为有悖公序良俗。根据当时有效的《民法》总则第 153 条第 2 款“违背公序良俗的民事法律行为无效”的规定，何某某的赠与行为应认定为无效。民事行为一旦被确认无效，即具有溯及力，双方当事人依无效合同而取得的财产应相互返还，以使财产关系恢复到订立合同之前的原始状态。秉承合同无效溯及力理论，民法总则、《民法典》第 157 条均规定了合同无效后的一般法律后果，即“民事法律行为无效，被撤销或者确定不发生法律效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有返还必要的，应当折价补偿”。本案中，在赠与行为被确认无效后，李某对所取得的财产已没有合法占有的根据，应当返还全部赠与财产，以使双方的财产状况恢复至赠与行为实施前的状态。终审法院一方面认定赠与行为无效，一方面判决部分返还，有悖法律逻辑。

（二）夫妻共同财产不应径行分割

一是共同共有属性的不可分割性。在赠与人和合法配偶未约定其他财产制的情形下，双方对夫妻财产共同享有所有权，此共同财产是一个不可分割的整体。夫妻财产共同共有产生的依据，是由于夫妻共同生活、共同承受家庭负担，负责家庭的生产和消费，共同共有发生的前提条件是婚姻关系确立。在共同共有关系消灭之前，对共有财产原则上不能进行分割，以保持共有关系的稳定性和基础，保护共有人的合法权益。办案中应严格把握这一原则，将允许分割的情形仅限定在法律规定的范围内。这种不可分割性体现了共同共有与按份共有的核心区别在于共同共有强调

共同关系存续下的整体性，而按份共有允许按份额自由处置。二是夫妻双方对共同财产的重大处分应当协商一致。原《婚姻法》第 17 条首次明确夫妻对共同财产享有平等处分权，司法解释进一步细化为“日常家事代理权”与“重大处分协商一致”的双重规则。本案涉及多笔转账，不属家庭日常生活所需支出，也已超出家事代理范围，何某某对此款项进行处分属于对夫妻共同财产做出重要处分，依法应当由夫妻双方协商一致。在本案冯某某、何某某夫妻二人未对赠与款项进行协商处分的情况下，终审法院对无效赠与财产径直分割，没有事实和法律依据。三是应充分尊重当事人的处分权。原告冯某某在本案中的诉讼请求是确认案涉赠与行为无效并要求全部返还，其并未要求对赠与款项进行分割，故终审法院仅将何某某无效赠与李某款项中的 50%判归冯某某，将无效赠与款项在夫妻两人之间进行对半平分，实质上是对冯、何两人的婚内共同财产强行进行分割，该分割行为既非基于当事人的申请，也不是当事人协商的结果，超越了当事人的诉讼请求，是以司法权干预公民权利的选择与放弃。

（三）司法裁判应与社会主义核心价值观相符

一方面，终审判决致使冯某某与何某某的夫妻共同财产遭受损失，损害了冯某某的合法财产权益。终审法院仅判决李某将何某某无效赠与财产中的 50%返还冯某某，李某由此获得 50%的赠与款项，即人民法院通过径行分割冯某某与何某某婚内共同财产，支持并保护了李某因“婚外情”所获得的赠与。同时，根据法律规定，在夫妻关系存续期间夫妻双方依法有相互扶养义务，对婚内女子亦有同等抚养义务，终审判决将本属于夫妻共同财产的赠与款项强行分割一半给李某，导致家庭共同财产减少，势必影响冯某某家庭经济状况，该判决实际是让无过错的冯某某最终承担这段婚外情的不利后果，这样的判决不合理不合情更不合法。另一方面，本案判决变相认可案涉赠

与行为，与诚信、公正的社会主义核心价值观不符。《婚姻法》第 4 条规定，“夫妻应当互相忠实，互相尊重。”司法裁判除对当事人权利义务进行实体处分外，还肩负传递社会正能量，弘扬社会主义核心价值观之责。本案李某受让赠与财产并非善意，此种情形不同于一般的家事代理，支持部分赠与款项有效，这样的判决为违背夫妻忠诚义务的一方通过赠与第三者款项方式转移夫妻共同财产开辟了合法路径，不利于倡导夫妻忠诚的价值取向，有损婚姻关系及婚姻财产秩序之维护。

四、特别提示

（一）公序良俗原则的司法适用边界：道德评价与法律规则的辩证统一

赠与第三者行为在一般情形下并不直接违反法律强制性规定，对其有效与否的判断，很大程度上依赖公序良俗原则的适用。但从民法总则到民法典，对“公序良俗”的认定均采用概括式规定，内涵外延不明确，导致难以准确区分法律行为是否违反公序良俗，以及是否会对法律行为的效力产生影响。公序良俗原则作为法律的“兜底性”条款，在个案中存在适用的需要，但并不意味着可以任意的适用，在审查案件过程中要严格把握公序良俗原则的边界，避免司法权过度干预民事主体的意思自治。

1. 警惕以道德标准代替公序良俗原则的适用。法律是道德共识的沉淀，是最低限度的道德，并非道德本身的复制。道德评判因文化、宗教、群体而异，具有较强主观性和动态性。立法和司法对于公序良俗的认知都较为抽象，缺乏具体的有实施性的规定，适用公序良俗的过程实际上也是法官的自由裁量权过程，对于违反公序良俗的判断标准易受承办案件的个人道德观念影响，在裁判中推行自己的道德标准，可能将较高的、主观性强的伦理道德观念替代公众认知的“公序良俗”标准。以道德代替公序良俗会破坏法律的确定性，

过度道德化还会压制个人自由，甚至诱发部分主体借道德之名行利己之事，掩盖利益冲突，形成“道德绑架”。

2. 公序良俗原则应在秉承基本民法理念基础上结合个案灵活、稳妥适用。公序良俗作为一项法律原则，应当发挥统领立法精神，修补法律漏洞的作用，应严格处于被动、消极地为具体法律条文未明确规定的情形进行补充，而不能简单粗暴地被直接援引作为裁判的依据。在适用公序良俗原则时，要坚守平等、诚信等基本民法理念，又要对具体个案进行分析论证，确保依据公序良俗原则做出的结论符合社会的一般利益和群众的一般道德要求，让公序良俗原则成为连接法律稳定性与社会适应性的桥梁，实现“守护底线道德”与“尊重多元价值”的统一。本案中，夫妻共同财产赠与第三者行为不宜简单定性，应在查明事实的基础上，除了审查夫妻财产平等处分权、还应综合考量赠与人和受赠人的主观心态，来综合判定是否违背“公序良俗”。

（二）夫妻共同财产分割的审查路径：无过错一方的利益平衡与权利救济

夫妻共同财产分割，本质是婚姻家庭伦理秩序和财产法理的调和，通过严格限定分割条件、构建倾斜保护机制，既能实现对无过错方的利益平衡和权利救济，又能维护婚姻制度的根基，对此，进行夫妻共同财产分割需遵循以下路径。

1. 以身份关系稳定为核心，严格限定分割条件。《民法典》明文规定了婚内分割夫妻共同财产、离婚时分割夫妻共同财产、配偶死亡时分割夫妻共同财产三类情形。离婚和配偶死亡产生的共同财产分割是因共同财产依赖的身份关系的消灭，而婚内分割夫妻共同财产则是在不解除夫妻人身关系的前提下将夫妻间“潜在共有”在对外财产关系中显在化。由此，不管出于维系夫妻双方身份关系的稳定亦或是与财产相对人财产关系的稳定，均要求对婚内夫妻共同财产分割的严格限制，

目前，法律规定仅在一方严重损害夫妻共同财产利益和一方负有法定抚养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用两种“重大理由”中赋予了夫妻一方的婚内共同财产分割请求权。因此，司法机关在处理夫妻共同财产中应注重维护婚姻伦理秩序，审慎平衡财产关系稳定与人伦价值导向，避免因财产分割动摇婚姻身份关系。

2. 以保护无过错方为原则，体现权责对等精神。无过错方在配偶无偿赠与第三者大额财产时，要承受财产的损失和精神的双重打击。对此，原婚姻法及民法典均对无过错方配偶进行财产倾斜保护，旨在惩罚过错行为，体现权责对等的法治精神。一是离婚时可请求多分财产。依据《民法典》第 1092 条规定，婚姻关系存续期间若任一方擅自处置了共有财产的，受损方可依据实际情况在离婚分割夫妻共同财产时，要求另一方不分或少分财产，该救济方式亦有别于物权篇中侵犯共有物的民事赔偿责任。同时，《民法典》第 1087 条明确离婚财产分割要按照照顾无过错方权益的原则。若无过错配偶念及夫妻感情、小孩成长，或迫于生活、社会压力等原因，不选择离婚，现行法律也规定了相应救济渠道。二是在不离婚的前提下，可以考虑依法请求婚内分割财产。如前所述，在婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院一般不予支持，但根据《民法典》的规定，一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益的行为且不损害债权人利益的除外。夫妻一方擅自赠与第三者大额财产，应该属于“转移夫妻共同财产”的情形。“转移”和“赠与”都意味着主体的改变。擅自向第三者赠与大额夫妻共同财产严重损害了夫妻共同财产利益，另一方就可以要求在婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产。司法实践中，需要执法者在审查案件时坚持对无过错方的倾斜保护，如将长期冷暴力纳入过错范围等进一步扩大过错范围，适当降低

无过错方举证标准等，推动裁判制度的完善，使法律真正成为无过错方的“保护伞”，过错方的“警示钟”。

（三）司法裁判的社会治理功能：从个案纠偏到裁判规则、社会价值的引领

司法裁判不仅是解决个案纠纷的终局机制，更是推进社会治理现代化的重要抓手。通过精准适用法律规则与传递正向价值导向，司法裁判能够重塑社会行为预期，推动社会治理从“被动应对”向“主动预防”转变。

1. 发挥对婚姻家庭伦理的引导功能。近年来，婚外情赠与逐渐呈现高发态势，部分人将财产转移包装为“生活互助”“生意往来”，试图以经济手段维系不正当关系，此类行为不仅冲击婚姻制度的核心价值，更可能引发家庭破裂、财产纠纷等连锁社会问题。本案再审改判全额返还赠与财产，其意义不局限于个案纠偏，已成为对社会婚恋伦理的重新校准，通过法律解释与价值

宣示，向社会传递“通过不正当关系牟取利益不受法律保护”的明确信号，推动形成正确的婚姻观和金钱观，促进社会养成良好家德家风。

2. 促进类案举证规则的明确。在婚姻家庭纠纷中无过错方往往面临信息不对称、举证能力薄弱等困境，在诉讼中大多仅能提供间接证据证明其主张。本案中，冯某某仅能提供证据证明何某某向李某转账的具体数额，但无法对正常往来资金与不法赠与进行区分。本案凸显了举证规则优化的必要性：传统“谁主张，谁举证”原则在信息不对称情景下易导致实质不公，二审及检察监督确立的“非正常赠与推定规则”——即由被诉方自证款项合法性，有效平衡了双方举证责任差异。这一创新性裁判规则为同类案件提供了可操作性指引，既强化了对婚姻无过错方的倾斜保护，又助力类案处理标准化、规范化，为相应司法解释的出台提供经验。

*本文刊登于《中国检察官》杂志 2025 年 5 月（经典案例版）

浅谈假离婚的法律效力和检察规制

2025-06-25 检察日报客户端 王栋

https://szb.jcrb.com/mobile/2025/20250625/20250625_007/content_20250625_007_4.htm#page6?operate=true

假离婚指的是夫妻双方为实现某种利益，如获得特定城市户籍、拆迁补偿款，规避限购政策，取得购房信贷优惠等，办理离婚手续而并非真正愿意解除婚姻关系的行为。与假离婚相关联的，还有假结婚。但即使在假结婚中，矛盾纠纷也往往在离婚时爆发，因此，假离婚更容易成为关注的焦点。

关于假离婚的效力问题，理论界有不同的观点，有的主张有效论，认为夫妻双方一旦办理离婚登记，婚姻关系就算解除；有的主张无效论，认为依据民法典总则编关于通谋虚伪意思表示的规定，双方关于离婚的意思表示属于通谋虚伪的意思表示，基于该意思表示作出的离婚法律行为应当归于无效，双方的婚姻关系仍然存续；还有的主张，若双方均未与第三人再婚，假离婚无效，相反，则假离婚有效。

与理论界的众说纷纭不同，司法实务界对假离婚的态度一直都很明确，即不承认存在所谓的假离婚，夫妻双方一旦办理了离婚登记，即确认了婚姻关系的解除。早在 1979 年《最高人民法院关于陈建英诉张海平“假离婚”案的请示报告的复函》中，就明确“陈建英与张海平在离婚当时，都是具有法律行为能力的公民，双方依法办理了离婚手续，并已经发生了法律效力，从那时起，他们之间的婚姻关系，在法律上已经消灭”。今年 2 月 1 日起开始施行的《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（二）》第二条再次明确“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”。

笔者认为，旗帜鲜明地否认假离婚，背后的法理基础在于以下三点。

第一，不论背后的实际动机如何，关于离婚的意思表示是一致的、明确的。具备法律常识的成年人应该认识到，一旦办理了离婚登记，即使双方同意以夫妻名义共同生活，这种同居关系也与法律确认的夫妻关系在本质上有区别的，是不可能获得法律同等保护的。所谓“只是办理了离婚登记，实质上没有解除婚姻关系”更多的是指婚姻关系的实质内容具有延续性，而双方关系的法律性质并不当然具有延续性。因此，此时不应适用通谋的虚伪意思表示的相关规定。

第二，无论结婚还是离婚，都是要式法律行为，不仅需要当事人的合意，还需要有行政机关的登记确认才能完成。行政机关的登记确认，不仅体现了国家公权力对当事人婚姻关系的法律认可，还产生了对不特定第三人的公示效力。在市场经济中，这种公示效力显得尤为重要，因为夫妻是重要的交易主体之一，交易方是个人还是夫妻双方决定了责任财产的多少，对婚姻关系的身份判断是经济决策中的一个重要因素，第三人因婚姻登记公示效力产生的信赖利益也应当受到法律保护。如果任由当事人通过假结婚或假离婚来架空婚姻登记行政行为的公信力，将极大损害交易安全的稳定性。

第三，假结婚、假离婚还严重破坏了婚姻的伦理性，违背公序良俗。婚姻不仅是两个成年男女之间的民事法律行为，背后还牵涉子女抚养、老人赡养、财产共有等一系列衍生问题，婚姻的缔结和解体都会产生聚合效应。正是因为婚姻所承载的多重社会功能，法律适度干预是世界各国的通行做法，不管在哪个国家，都没有绝对的结婚自由和离婚自由，都力图在价值观上引导公民以严谨、认真、负责任的态度对待婚姻。如果承认假离婚、假结婚，“必将消解婚姻本身的伦理属性，对婚姻制度的存在根基造成危害”“一方面将败坏社会的诚信风尚，另一方面更会使社会公众对婚姻家庭制度的认知造成偏差，形成‘重利益轻人伦’的不良风气”。

检察机关作为国家的法律监督机关和公共利益的代表，在开展法律监督工作中具有引领社会风尚、树立正确导向的职责使命。从已有的实践情况来看，检察机关在民事检察监督中充分运用调查核实权，查明当事人通过假结婚或假离婚获取不当利益的事实，最终制止行为人获得不当利益，树立了正确的婚姻价值观导向。例如，在北京检察机关办理的孟某清与梁某离婚纠纷等再审检察建议系列案中，孟某清通过伪造证件，与拥有北京市农业户籍的未婚适龄男子梁某假结婚取得北京市户籍，然后向法院起诉离婚后，再与其丈夫高某结婚，帮助高某非法获得北京市户籍。除本案外，北京检察机关排查发现另外3名非京籍女子亦通过同样的手段落户北京市，后又通过诉讼方式骗取法院出具准予离婚的民事调解书。大兴区检察院发出再审检察建议后，大兴区法院裁定撤销4份民事调解书，驳回孟某清等人的起诉。同时，大兴区法院作出刑事判决，对孟某清、南某雨、杨某平等人虚假诉讼、伪造国家机关证件等犯罪行为给予了刑事处罚，虚假诉讼案件当事人的北京市户籍亦被公安机关注销。又如，在浙江检察机关办理的钟某云与陈某根离婚纠纷再审检察建议案中，双方为获取拆迁补偿款结婚，之后又提起离婚诉讼，以法院作出的民事调解书作为双方参与拆迁补偿款分配的依据。检察机关依托虚假诉讼线索筛查系统，从一宗刑事诈骗案件中发现该民事检察监督线索。在对刑事案卷材料、当地拆迁安置政策以及讯问笔录等进行全面、客观审查后，检察机关认定案涉民事调解书存在当事人通过假结婚进行拆迁人口登记，进而骗取国家拆迁补偿款的情形，严重违背了公序良俗，损害了国家利益，遂依职权启动监督程序。法院最后在维持民事调解书中双方离婚条款的同时，撤销了双方分配拆迁补偿款的内容。

（作者单位：广东省人民检察院）

（五）公证专题

公证视角：遗嘱信托在实务中的困境和运用

原创：2025-05-27 律政学堂 潘攀

<https://mp.weixin.qq.com/s/nvcbrEFA1PRGPvrk-LeKnw>



四川省成都市律政公证处
民事一部部长 潘攀

信托制度于中国已有 20 余年，在商事领域有了一定的发展，但在民事领域一直滞步不前。信托制度从国外移植，除了制度本身产生的土壤不同以外，更受到传统文化、历史背景、大众认识等各种因素的影响。为了促进本土民事信托的发展，本文拟从信托制度历史、定义、与类似制度的区别入手，结合遗嘱信托，对目前实务中遗嘱信托存在的困局做一个分析，找到公证可以介入、参与信托的切入点，提出合理化建议，促进民事信托的发展和公证业务的拓宽。

目 录

- 一、信托及遗嘱信托的概述
- 二、遗嘱信托制度中现存困境
- 三、域外相关法律制度的借鉴
- 四、公证之于遗嘱信托
- 五、结语与展望

（因篇幅较长，已略去原文注释）

一、信托及遗嘱信托的概述

（一）信托的概述

1. 信托的历史由来

信托制度来源于英国，产生于中世纪末期，在英美法系，信托制度是被承认的。除苏格兰以外，还有许多离岸英美法域，著名的如英属维京群岛、开曼群岛、马恩岛、泽西岛，随着英国的殖民扩张，美国（除路易斯安纳州以外）、加拿大（除魁北克）、澳大利亚、新西兰、巴哈马、伯利兹、以色列、巴基斯坦、印度、马来西亚、新加坡、中国香港等众多地区也都继受了信托制度。而在大陆法系法域，仅有少数国家承认了信托制度，如中国台湾地区、中国澳门、韩国以及日本等。在不同法系对信托制度的规则也各有不同。

信托制度在中国，从 2001 年颁布《中华人民共和国信托法》（以下简称《信托法》）后，陆续出台了 2007 年的《信托公司管理办法》、2009 年修订的《信托公司集合资金信托计划管理办法》、2017 年《信托登记管理办法》等，但这些规范大多是对商事信托领域的规范，对民事信托领域的规范却较鲜见。因而，对我们研究民事领域的信托制度缺少了一些制度方面的指引。

2. 信托的定义

信托是一种与财产有关的具有信任性质的关系，是一种财产转移和管理安排，由财产所有人（“信托设立人”或“信托人”）将其合法拥有的财产（“信托财产”）转移给“受托人”，由其

持有该信托财产并为他人（即信托“受益人”）的利益管理和处分信托财产。简言之，信托是指受托人为了特定受益人的利益或法律允许的目的，以信托的方式持有权利的法律关系。

“持有权利”的说法在中国法律人的认知里面显得特别晦涩，受过大陆法系专门法学训练的法律人的大脑里“一物一权”、“公示公信”等理论早已固化。而在作为信托制度发源地的英国，早期的大法官大多是神职人员，他们极富创造性并有丰富经验，所以在所有权方面创设了“双重所有权”制度，让受托人对信托财产享有法律上的所有权（the legal title），受益人则享有衡平法所有权（the equitable title），这样受托人与受益人享有的权利均表述为所有权。基于这些背景，形成了信托制度在移植过程中在理论根源水土不服的现状。

3. 信托制度与类似制度的区别

我们和英美法系的信托制度使用的土壤不一样，具体实务的运用也大相径庭。那么我们如何穿透不同制度的壁垒，掌握我国信托的本质和内涵？笔者认为可以与类似概念进行比较：

（1）信托与寄托

寄托是指财产所有人（寄托人）将其财产交给受托人托寄并委托后者保管的行为。寄托转让的仅仅是占有权，而且受寄托人没有高度的信义义务，所涉及寄托物品一般指向动产。而信托所转让的是所有权，受托人对所托物品有高度的信义义务，所涉及的信托物品也没有限制。

（2）信托与行纪

行纪一般指行纪合同，指行纪人以自己的名义为委托人从事贸易的活动，委托人支付报酬的行为。行纪不转移行纪财产的所有权，行纪一般由合同产生，行纪一般为有偿行为。而信托需要转移信托财产的所有权，信托可以通过合同也可以通过遗嘱产生，信托可以为有偿也可以为无偿。

（3）信托与法人

在美国，有类似概念，在 19 世纪，美国的马萨诸塞州出现了商业信托，属于习惯法上私益信托的变形。商业信托利用信托的形式，代表投资人经营事业，投资人成为信托的受益人，投资人的受益权通常是可以转让的，这类似于公司之股票；投资人也有权利选举受托人，如同公司的股东选举董事。

在我国，有一些通过国家许可的金融机构（如信托公司、保险公司等）对委托人进行了投融资和财富管理的商事信托服务，成立一项信托产品，由信托公司的专业人员代为管理委托人的财产，信托委托人类似于公司股东，对运营过程中产生的收益得以分红，这让人产生“信托就是法人”的误解。

究其根本原因，在信托法移植到本土的过程中，囿于法域的区别和制定之初我国经济发展的状况，法条通过“取得”的表达，回避了信托财产所有权归属的问题，也造成了我们在实务运用中边界不明、概念不清、难以运用的局面。

（二）遗嘱信托的相关概念

1. 遗嘱

根据《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 1133 条第 1 至 3 款的规定“自然人可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。自然人可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或者数人继承。自然人可以立遗嘱将个人财产赠与国家、集体或者法定继承人以外的组织、个人。”由此看来，遗嘱是个人生前对自己所有的合法财产的处分。

2. 遗嘱信托

现代各国法律所指称的遗嘱信托，通常是指委托人预先以立遗嘱的方式，将财产的规划内容，包括交付信托后遗产的管理、分配、运用及给付等，详订于遗嘱中，待遗嘱生效时，将信托财产转移给受托人，由受托人依据信托的内容管理信托

财产。即在生前订立，死后再生效的信托。据此，我们可从以下几个方面进行分析：

（1）遗嘱信托的委托人

设立遗嘱信托的主体有一定限制，遗嘱信托的委托人主体只能是自然人，不能是法人。

作为遗嘱信托的自然人还必须是有行为能力的人，不能是无民事行为能力的人或者限制行为能力的人，否则是无效遗嘱。

（2）遗嘱信托的受托人

按照《信托法》第 13 条的规定：“设立遗嘱信托，应当遵守《民法典》继承编关于遗嘱的规定。遗嘱指定的人拒绝或者无能力担任受托人的，由受益人另行选任受托人；受益人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，依法由其监护人代行选任。遗嘱对选任受托人另有规定的，从其规定。”

那么由此可以得出受托人应当是具有完全民事行为能力的自然人和法人。

（3）遗嘱信托的财产

遗嘱信托的财产有三项“独立性”。即独立于委托人，也独立于受托人，同时也独立于受益人。信托财产与委托人、受托人、受益人的固有财产自然而然区分开来。

（4）遗嘱信托有效成立

有效的遗嘱信托是建立在“依法”的基础上。“依法”的意思既指向《民法典》，比如总则编民事法律行为的构成要件、继承编遗嘱的构成要件等，同时也指向特别法，如《信托法》。

（5）公证以后的遗嘱信托的有效成立

如果遗嘱信托需要公证，那么还需要结合《中华人民共和国公证法》、《公证程序规则》等相关法律法规的规定。比如申请办理遗嘱公证，应当向自然人住所地、经常居住地、行为地、事实发生地或遗嘱处分的不动产所在地公证机构提出。办理遗嘱公证时必须要有二人同时办理，其中一名以上为公证员，同时应对遗嘱人订立遗嘱的过程进行录音录像。

由此可见，《民法典》虽对遗嘱信托仅有一句“自然人可以依法设立遗嘱信托”的原则性规定，但当叠加代表国家证明力的公证程序后，其所涉及的法理基础及配套制度需求会更为多元。因此，有必要在综合性的法律框架内，对遗嘱信托的制度设计进行系统性考量。

二、遗嘱信托制度中现存困境

【案例】

一位 50 多岁高龄的父亲（以下简称申请人），2023 年向我咨询了一个问题：他与一位年轻女士刚刚生育了一个小孩，本想过户一套房产给小孩，但对年轻女士未来妥善管理财产能力的不确定，担心年轻女士作为法定监护人擅自处置了未成年人的房产，但又希望小孩终生有此房可居，想把房产先托管登记在第三方名下，待小孩完全具有民事行为能力后再变更登记到小孩名下，由小孩自行管理。申请人希望能通过遗嘱信托公证或其他方式解决他身后事的困扰。

以案引研，我们以此展开讨论实务中可能出现的困境：

（一）遗嘱信托的成立、生效时间

申请人拟订立一份遗嘱信托，受托人系其公司一名颇得信任的老员工，员工得知后欣然应允，其后申请人去世。由于遗嘱为死因行为、单方民事法律行为，根据《信托法》第 8 条第 3 款的规定，受托人承诺信托时，信托成立。但按照《民法典》的规定，遗嘱应在立遗嘱人死亡时生效。那么，这个遗嘱信托的成立和生效时间该如何确定呢？是员工承诺接受信托的时间还是申请人死亡的时间？相关法条或司法解释并未给出明确指引。

（二）适格受托人

根据《信托法》第 24 条的规定，受托人应为具有完全民事行为能力的自然人、法人。假如申请人选任的受托人为法人，那么是否可为任意法

人?相关法律法规对其担任受托人有无限制性规定或者一定的准入要求?目前在《信托公司管理办法》、《证券投资基金法》中,查询到有对成立信托公司、基金管理公司的注册资本的限制,而且这些受托人的身份多为以盈利为目的的经营性机构,那么他们自身的逐利属性是否会阻却他们在民事信托中成为适格的受托人?

(三) 受益人指定受托人过程中形成的权利僵局

继续第(一)款案例,当小孩尚未成年且其父去世,在遗嘱生效时,老员工改变主意,拒绝担任受托人,那其母亲作为其法定监护人,是否可以依据《信托法》第13条第2款的规定另行选任一位受托人,那么这位受托人既然由母亲来选任,母亲是否会选任最有利于自己的受托人?这是否会导致受托人与受益人之间的制衡关系失效?是否和立遗嘱人想掣肘受益人、法定监护人的初衷相悖?是否也让遗嘱信托制度本身的目的落空?

(四) 受益人为多人且选任受托人的意见冲突,如何确定受托人或统一意见?

我们将上面的案例再稍作拓展,假如在上述遗嘱信托中,申请人有数个子女,设立了多个信托受益人,当出现了需要由多名受益人或受益人的法定监护人选任受托人时,每一个受益人都会为了自己利益最大化,选任一位对自己最有利的受托人,那么各自选出的受托人之间是否有冲突?不同的受托人对财产管理方面的意见是否有分歧?出现冲突和分歧又该如何处理?

(五) 遗嘱信托是否需留存“特留份”

另外一种情况,假如这位父亲还有尚未出生的子女和没有收入来源的年迈父母,那么,根据《民法典》第1155条、第1159条,应对胎儿和缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留特定的份额(即“特留份”),那么遗嘱信托是否应该受到“特留份”制度的限制呢?有的观点认为信

托法中强调了遗嘱信托应该依法设立,所谓“依法”,就是依据《民法典》,应保留“特留份”;另有观点则认为遗嘱信托制度设立的初衷就是充分表达立遗嘱人的意思,不拘泥于各种限制,让制度本身富含弹性才是遗嘱信托制度存在的意义,所以不需要保留“特留份”。综上,遗嘱信托是否需留存“特留份”也是有待法条或相关司法解释予以释明。

(六) 遗嘱信托登记部门的缺位

还是上述案例,申请人想以遗嘱信托的方式由第三人代为持有上述房屋并予登记,待小孩成年后再恢复登记到小孩名下。但是根据我国不动产登记部门的实务操作,没有像英美法系中承认“双重所有权”的登记,仅有“一物一权”的单一登记。另在信托登记领域内能够进行登记的机构是中国信托登记有限责任公司(以下简称“中信登”),该机构主要承担的是对信托产品及其受益信息等商事方面的登记服务,目前在北京开展的试点不动登记也仅仅限制在受托人为信托机构的登记,排除了受托人为自然人的信托登记。

(七) 不堪重负的登记税负

最后一个困扰申请人的是登记的税费。在上述案例中,假设我们采用了由自然人或法人暂时代持不动产、最后再转移回受益人名下的路径,在登记环节的税负问题也成为了制度性障碍。在第一次变更到受托人名下就会产生契税、印花税、个人所得税等税费,当再次转让回受益人名下时又会产生一次税费。从税收公平原则考量,两次权属转移仅仅是形式变更,并未产生实际经济增值,却导致重复课税。此等税负的后果实际架空了不动产信托制度的法律功能,阻碍了信托制度的适用和发展。

三、域外相关法律制度的借鉴

(一) 域外遗嘱信托的成立、生效时间

作为遗嘱信托的发源地，英国遗嘱信托制度是比较有参考价值的。英国确认的遗嘱信托的生效时间是遗嘱成立之时。只要立遗嘱人具备了法律规定的遗嘱信托的要件，立遗嘱人死亡时遗嘱信托即生效，而并不以受托人接受信托与否。

在日本，根据《日本信托法》第 4 条第 2 项的规定，遗嘱信托在“该遗嘱发生效力时生效”。日本信托法亦认定遗嘱信托为单方民事法律行为，遗嘱生效即遗嘱信托生效。

如果按照以上两国关于遗嘱生效的立法来看，域外遗嘱信托的前提是遗嘱信托充分尊重立遗嘱人的意思表示，遗嘱信托的生效与否并不取决于受托人是否承诺信托，而仅以遗嘱生效时间作为遗嘱信托生效的时间。

（二）域外法中受托人的选任

《美国统一信托法》中说到，在受托人无法担任受托人时，法院可以在必要时候另行选任受托人，同时还对选任规则做了相应的规定以保障遗嘱信托制度的发展。

在台湾地区的“信托法”第 46 条中规定，遗嘱制定的受托人拒绝接受信托时，利害关系人或者检察官得申请法院选任受托人。

由此可见，在域外信托中，法律是将这些权利交给司法机关，以此避免在受益人自行选任过程中产生的利益冲突。

（三）域外法对“特留份”的规定

在英国遗嘱信托的规定中，当委托人在“将自己的财产转移给法定继承人之外的人”的场景下，必须为法定继承人留出必留份。

在台湾地区，当继承人发现在遗产处分过程中，侵害了继承人的特留份时，继承人享有物权形成权的一种扣减权，即可以类推适用，主张从受益人取得遗产的部分扣减出相应部分。

（四）域外法关于遗嘱信托财产的登记制度

日本和台湾地区的信托登记是以信托专簿的形式体现，是独立于不动产物权登记簿之外的登记，采取的也是登记对抗主义，即若信托财产未办理登记，当与第三人发生冲突时，不得对抗第三人。

在英国，普通遗嘱信托一般无需登记。英国信托法（如《1925 年受托人法》《2000 年受托人法》）未规定普通遗嘱信托必须公开登记，信托的效力主要依赖遗嘱本身的合法性及受托人职责的履行。除非为了申报税务、反洗钱等需求才需要进行登记。在美国，各州在统一的规则下保留了自己的差异，且只有商业信托才是强制登记的事项。

由此可见，英美法系体系下的遗嘱信托在登记方面的要求较为宽松，而大陆法系多数国家的登记也仅仅采用的是登记对抗主义。

（五）域外信托税制

美国信托登记税费制度采用“联邦-州双重构架”，各州都有广泛的自主权，而税收又以个人所得税占比为重，故现以个人所得税为例，在美国信托设立时若涉及财产转移，需征收个人所得税，在信托存续环节，若产生收益才课税，而在信托结束时，财产由受托人转移给受益人时是不需要课税的。

日本在信托登记制度上采取了精细化管理，信托登记环节涉及的税费主要包括登録免許税（登记许可税）、不動産取得税（不动产取得税）和印紙税（印花税）三类，分别对应不同的法律行为和征税环节。这种多税种并行的模式旨在避免重复征税，更利于精确捕捉信托登记各环节的经济实质。

由此可见，域外税费制度是经过精细化管理区分和适当管理，尽量避免重复课税。

（六）一份来自香港地区的遗嘱信托

前几天，笔者接受一个在内地购买的数套房产的当事人的咨询，咨询过程中她提供了自己在

香港律师楼完成的一份《遗嘱信托》，这份《遗嘱信托》思路清晰、构架明确，在此化名引用，以资学习。

四、公证之于遗嘱信托

（一）制度规定的欠缺

在现行法律框架下，有关遗嘱信托制度的规定存在模糊不清、边界不明，不同部门的法律法规之间的规定存在相互矛盾、无法自洽的情况，以至真正能正确运用遗嘱信托这类工具的当事人少之又少，在司法实践中能够查询到的案例也是寥寥无几。但笔者认为，正因为当下制度的欠缺，反而让法律从业人员有了参与其中的机会和施展才华的空间，以实践的方式反向促进理论和立法的进步。

（二）公证对遗嘱信托的优势

从《民法典》施行以来，虽然公证遗嘱减等为与其他遗嘱同等效力，但在实务中，尤其是在法院的裁判中显示，公证遗嘱的效力被认定为无效或部分无效的为5.70%，而其他形式的遗嘱（如代书遗嘱）被认定为无效的情形接近30%。

大陆法系有一句谚语“多一家公证处，就少一家法院”。公证机构在资质能力、中立的社会地位以及公证员在业务操作技能方面具备的先天优势不言而喻。

（三）针对现行法律框架下遗嘱信托存在的困境，公证大有可为

根据笔者二十余年的公证从业经验，对于上述困境，在实务操作中有以下一些建议：

1. 公证机构来确认遗嘱信托的成立、生效时间

在我们日常办理遗嘱公证过程中，根据遗嘱本身单方民事法律行为的性质，我们仅需要立遗嘱人个人签署遗嘱书即可。但当我们在书写遗嘱信托的公证文书时，则同时需要参考《信托法》的

相关规定，以双方民事法律行为产生的文件作为遗嘱信托的基础。

举例，在实务操作中，可提前与当事人沟通，建议其先与受托人事先协商并签署信托合同，取得受托人接受委托的意思表示，再将信托合同作为遗嘱信托文件的附件予以公证，最终文书的载体是有信托文件作附件的遗嘱公证书，同时在遗嘱书上明确本遗嘱在立遗嘱人死亡时生效。当立遗嘱人死亡时，遗嘱信托即生效，就不会再出现遗嘱信托成立、生效时间难以确定的窘境。

2. 公证机构作为受托人

首先，公证机构是代表国家证明力的机构、有国家的公信力背书；其次公证机构区别于其他受托人，有天然的令人信服的优势和其独有的中立地位；第三，公证机构的从业人员都是通过了国家司法考试的专业法律人员，对法律知识掌握透彻，其理论基础足够为信托实务提供法律支撑。

所以在上述案例中，申请人提出过一种方案，即将不动产托管给我处，由我处作为信托受托人，将不动产登记在我处名下，让公证机构担任受托人。

这种信托形式，既可以避免在遗嘱信托生效时指定受托人形成的权利僵局、也可以避免“受益人为多人且选任受托人时产生的冲突”。

3. 公证机构代写遗嘱信托文件预留“特留份”

不论法律法规有无具体规定，“特留份”不明确或者遗忘的缺陷，确实是现存的一些障碍，但这些对于公证机构和公证员来说，都是可以解决的问题。首先，根据公证员的经验，在了解当事人的诉求和家庭情况后，可以给出提前安排好“特留份”的建议；其次，追本溯源，罗马时期的公证人早期就是能做速记后转录成完整的书面记录的人，公证员本就是从事文书代书、法院的书记员演变而来，公证员完全可以在文书的书写上展示自己的专业技巧，提前为立遗嘱人规划。最后，公证人员还可以借鉴外国法域已经成型的优秀遗嘱信托条款，让文书的书写更趋完善。

4. 公证机构作为遗嘱信托财产的登记机构

由于我国采用的“一物一权”的制度，尤其在不动产的信托登记中，不动产登记部门并没有专门用于信托登记的事项，现行登记囿于所有权登记、用益物权登记和担保物权登记，并没有其他可以变通的登记形式（当然目前已有一些试点）。出于现行登记机关的缺位和公证机构本身的职责定位，笔者认为公证机构非常适合担任遗嘱信托的登记机构。在实务中，公证机构就曾经担任过此类角色：在《中华人民共和国担保法》（已废止）中就提到当事人以其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，登记部门为抵押人所在地的公证部门。当时因工程机械车抵押贷款无法办理登记，转而在公证机构进行登记，公证机构为其颁发了《抵押登记证》并予以公示，取得了良好的社会效果。在当下制度不明的情况下，对遗嘱信托我们是否也可以有所借鉴，将遗嘱信托财产在公证机构予以登记。这样既方便了群众、打通了民事信托登记的最后一公里，同时也拓宽了公证机构职能，减轻了登记部门的负担。

5、公证参与后税费的变化

登记税费的优化当然主要来源于相关管理部门。但如果信托登记在未来的某一天能够真正在公证机构实现，那么公证机构的公益性质必然决定了公证信托登记的价优物美、方便快捷，当然减轻了申请人的负担。

假若公证机构作为登记部门的愿景并未实现，登记仍在不动产登记部门或“中信登”，那么公证员参与到其中也是大有可为的。近几年公证从业人员的学习能力、应变能力不断提升，不少公证员纷纷参与了税务师、会计师的考试，涌现了法律、经济均精通的公证行业从业人员，此时公证员可以根据所在地的税务制度及在办理日常公证中积累的实务经验，给出当事人适当的税筹计划，为其优化遗嘱信托的策略，解决当事人的后顾之忧。

五、结语与展望

在英美法系中，信托一直是用来规避税务、保证财富传承的工具，植根于发源国，以普通法和衡平法为其保驾护航，当然具有其不可言喻的优势。如何移植到中国本土，以遗嘱信托最大的优势来满足物质生活愈发丰沛的当下人们对财富传承的需求，信托制度在中国落地的这 20 多年，尤其是在家事领域，发展并不尽人意。本文即将完成的前几天，看到国家金融监督管理总局北京监管局、北京市规划和自然资源委员会联合发布的《关于做好不动产信托财产登记工作的通知（试行）》，该通知在北京市辖区内的信托机构推行不动产信托财产的登记，虽然受托人仅限于信托机构、适用地区也仅限于北京市辖区，但是对学习和研究信托法的人来说，我们一直以来的呼吁被响应了，这还是令我们倍感欣慰。所以任何时候都不要有人微言轻的顾虑和妄自菲薄的胆怯，正如那句名言“即使是微小的光，只要你持续光亮，总会被看到”。

参考文献

1. 高凌云：《被误读的信托》，复旦大学出版社 2021 年版。
2. 方嘉麟：《信托法之理论与实务》，中国政法大学出版社 2004 年版。
3. 赵廉慧：《信托法解释论》中国法制出版社 2015 年 9 月第 1 版。
4. 《中华人民共和国信托法》，2001 年 4 月 28 日中华人民共和国第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议通过。
5. 李霞《遗嘱信托制度论》，载《政法丛论》2013 年 4 月第 2 期。
6. 《中华人民共和国公证法》，2005 年 8 月 28 日中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过。
7. 《中华人民共和国公证程序规则》，2006 年 5 月 10 日司法部部务会议审议通过。

8. 京规自发〔2024〕337 号《关于做好不动产信托财产登记工作的通知(试行)》。

9. [日]《信托法》平成十八年法律第八号, 2023 年 6 月 14 日施行。

10. 台湾地区“民法典”, 1954 年施行。

11. 韩良《信托登记的功能主义定位与制度建构》, 载《甘肃社会科学》2024 年第 3 期。

12. 上海市长宁区人民法院:《2017 年-2020 年涉遗嘱继承案件审判白皮书》, 2021 年 10 月。

13. 《中华人民共和国担保法》(已废止), 1995 年 6 月 30 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过。

司法部、国家档案局有关负责人就《公证档案管理办法》答记者问

2025-06-04 法治日报

https://mp.weixin.qq.com/s/1cjkGUbGCKW_R7Su84Ph3Q

近日,司法部、国家档案局印发了《公证档案管理办法》(以下简称《办法》),司法部、国家档案局有关负责人就《办法》的有关问题回答了记者提问。

问:请介绍《办法》修订的背景?

答:公证档案是记录公证活动过程的基本载体,是国家档案的重要组成部分,也是公证执业监督和质量管理的主要依据。1988 年,司法部、国家档案局印发《关于发布〈公证文书立卷归档办法〉和〈公证档案管理办法〉的通知》,是我国较早出台的专业档案管理规范。《办法》施行以来,在指导公证机构开展公证档案的保管和利用,促进公证业务规范化办理等方面发挥了积极作用。目前,各地公证机构形成并保管了大量公证档案,近年来以年均 1000 多万卷的数量快速增长。2020 年修订的《中华人民共和国档案法》和 2024 年颁布实施的《中华人民共和国档案法实施条例》,对新形势下我国档案管理工作提出了新要求。为适应公证行业的快速发展和档案管理要求的变化,亟需对《办法》进行修订完善。修订过程中,司法部、国家档案局联合开展了调研,广泛听取了地方档案管理部门、公证管理部门、一线公证执业人员和专家学者的意见,完成了此次修订工作。

问:修订《办法》的主要思路是什么?

答:《办法》的修订主要遵循以下思路:一是依法规范调整。贯彻落实《中华人民共和国公证法》《中华人民共和国档案法》《中华人民共和国档案法实施条例》等法律法规有关档案管理工作要求,明确公证机构和司法行政机关、档案主管部门、公证协会对公证档案管理工作职责,加强部门间协调联动,形成工作合力。二是满足新时代工作需求。适当扩大公证档案概念范围,推进公证电子档案信息化建设,优化公证档案保管期限,完善公证文书材料归档范围,对公证机构通过购买服务方式委托档案服务企业进行档案管理提出要求,助力公证工作发展。三是规范工作流程。完善公证档案利用规则,规范内部利用的条件和要求,区别不同主体的利用程序和条件;明确公证档案向国家综合档案馆移交的条件等内容,指导公证机构的档案管理工作。

问:《办法》对公证档案管理部门职责有何规定?

答:公证档案管理部门既有公证行业的行政主管部门和行业自律组织,也有国家档案主管部门。为强化监督管理,《办法》完善了公证档案管理部门的职责任务:一是明确工作职责。《办法》

明确国务院司法行政机关负责制定全国统一的公证档案工作制度，并与国家档案主管部门对全国公证档案工作进行监督、指导和检查。县级以上地方司法行政机关与档案主管部门对本行政区域内的公证档案进行监督、指导和检查，公证协会配合司法行政机关开展对公证档案工作的指导和培训。二是加强沟通配合。《办法》规定司法行政机关、公证协会应当与同级档案主管部门加强沟通协调，做好本地区公证档案移交、保管、检查和公证机构档案工作人员培训等工作。三是强化监督检查。《办法》要求司法行政机关、公证协会和档案主管部门加强对公证档案管理各项工作的监督检查。

问：《办法》增加公证机构通过购买服务方式委托档案服务企业提供相关服务的内容，有何考虑？

答：《中华人民共和国档案法》和《中华人民共和国档案法实施条例》对档案服务企业参与档案工作作出了明确规定。一直以来，公证档案主要由公证机构自行保管，有部分移交当地档案馆保管。近年来，一些地方公证机构为优化完善公证档案管理，委托具有专业资质的档案服务企业开展归档整理和数字化等方面的工作。《办法》明确公证机构可以购买档案服务企业的相关服务，但由于公证档案内容涉及当事人的商业秘密或者个人隐私，为确保档案不被毁损篡改、内容不被泄露，《办法》规定要严格审核档案服务企业的信息安全保障能力和业务资质，签订委托协议，对档案服务进行事前、事中、事后全过程监督，并对档案服务企业提供的档案服务管理提出了具体要求。

问：《办法》对公证档案利用有哪些规定？

答：公证档案利用是公证档案管理工作的方面。哪些主体可以利用公证档案、公证档案中哪些内容可以被利用、公证档案利用又须遵循

怎样的程序，《办法》均作了进一步规范。一是要求公证机构建立公证档案利用制度，根据公证档案的密级、内容和利用方式，规定不同的利用权限、范围和审批、登记手续。二是加强内部利用管理，本公证机构工作人员利用公证档案，应当履行审批、登记手续，未经许可不得将公证档案带离指定区域。三是细化外部利用条件和程序，对本公证机构以外的单位、个人，针对不同的主体采取不同的处理方式，如增加了监察机关、国家安全机关等部门因办案需要利用公证档案的情形，明确其他公证机构因工作需要利用公证档案的要求，以及当事人自行或委托他人申请利用公证档案的程序，扩大和便利了公证档案的利用。

问：《办法》对公证档案的保管和销毁有哪些新规定？

答：1988 年的《办法》规定，公证档案的保管期限为永久、60 年和 20 年，远长于机关文书档案永久、30 年和 10 年的保管期限。对此，《办法》依据新修订的档案法及其实施条例，作了以下规定：一是大幅缩短公证档案保管期限，将永久、60 年和 20 年的保管期限，相应调整为永久、30 年和 10 年，并制作了《公证档案保管期限表》，以附件形式附后。二是明确公证档案保管责任，规定公证机构可以将公证档案的保管期限通过书面告知、办公场所公示等方式告知当事人。三是规范公证档案销毁条件和程序，明确对于保管期限届满的公证档案，经鉴定无保存价值的应当销毁，但销毁前应当留存公证书正本。

问：《办法》在公证档案信息化方面专章作出规定，有什么重要意义？

答：信息化时代，公证档案的电子化与文书材料归档的数字化转型，已成为必然选择。一方面，各地公证机构为便利当事人、提高办证质效，采取在线办理方式形成了大量公证电子档案。另一方面，传统公证档案以纸质为载体，很多地方

将传统载体档案进行数字化存储，不仅极大节约存储成本，减轻了公证机构的负担，而且可以将海量文书转化为结构化数据，让静态数据转化为服务动能，更好促进减证便民。《办法》因此设专章，明确公证档案信息化建设的整体性要求和原

则性规定，规定公证电子档案与传统载体公证档案具有同等效力，倡导推进公证档案数字化，并对已经数字化的档案备查提出要求。

来源 | 司法部 (ID: sfb_sifabu)

编辑 | 韩玉婷 朱晔 朱雨晨

司法部 国家档案局关于印发《公证档案管理办法》的通知

2025-06-04 法治日报

<https://mp.weixin.qq.com/s/kajYfadK0sgIQmbyGJkQUA>

司法部 国家档案局关于印发《公证档案管理办法》的通知

司发〔2025〕1号

各省、自治区、直辖市司法厅（局）、档案局，新疆生产建设兵团司法局、档案局：

为完善公证档案管理制度，有效保护和利用公证档案，根据《中华人民共和国公证法》《中华人民共和国档案法》等法律法规，司法部、国家档案局对《公证档案管理办法》（1988年3月18日（88）司发公字第062号）进行了修订。现印发你们，请结合实际遵照执行。

司法部 国家档案局
2025年5月21日

（此件主动公开）

公证档案管理办法

第一章 总 则

第一条 为加强公证档案管理，有效保护和利用公证档案，根据《中华人民共和国公证法》《中华人民共和国档案法》《中华人民共和国档案法实施条例》《公证程序规则》等规定，结合公证工作和档案工作实际，制定本办法。

第二条 公证档案是指公证机构在公证活动过程中直接形成的，具有保存价值的文字、图

表、数据、图像、音频、视频等不同形式的历史记录。公证档案是国家档案的重要组成部分。

第三条 国务院司法行政机关负责制定全国统一的公证档案工作制度，并与国家档案主管部门对全国公证档案工作进行监督、指导和检查。

县级以上地方司法行政机关与档案主管部门对本行政区域内的公证档案工作进行监督、指导和检查。

公证协会配合司法行政机关开展对公证档案工作的指导和培训。

第四条 公证档案实行集中管理，维护公证档案完整与安全，便于社会各方面的利用。

第二章 管理工作职责

第五条 公证机构应当依法确定、配备档案工作人员，主要职责是：

（一）负责收集、整理、保管、统计本机构的档案，做好档案的接收、登记和移交，开展档案利用工作；

（二）指导、督促和检查公证文书材料立卷归档工作；

（三）定期对公证档案数量进行清点、对保管状况进行检查，并建立检查和处理情况台账；

（四）做好公证档案利用工作，监督公证档案在公证机构指定区域查阅、摘录，按照规定复制公证档案；

(五) 组织开展档案鉴定与销毁工作;

(六) 严格遵守保密规定,履行保密义务,不得泄露国家秘密、商业秘密和个人隐私;

(七) 完成与档案工作有关的其他任务。

第六条 公证机构应当设立符合国家相关标准的档案库房,配置必要的设施设备,加强档案管理,确保档案安全。

第七条 公证机构通过购买服务方式委托档案服务企业开展公证档案整理、寄存、开发利用、数字化加工、电子档案管理技术支持的,应当严格审核档案服务企业的信息安全保障能力和业务资质,签订委托协议,明确档案服务的范围和标准,对档案服务进行事前、事中、事后全过程监督。

档案服务企业应当建立完备的档案服务管理制度,采取有效措施和技术手段,实施场所、系统、设备和人员全方位监管,遵守安全保密规定,确保公证档案实体、信息载体和档案信息安全。

第三章 整理与利用

第八条 公证业务办结后或者公证机构作出不予办理公证、终止公证的决定后,承办公证员应当按照立卷归档要求及时整理立卷,定期向档案工作人员移交,不得拒绝立卷归档或者将归档材料据为己有。

第九条 公证档案一般以卷为单位进行整理,按照一证一卷、一卷一号的原则立卷。当事人为同一目的而申请办理的数项公证,可以合并为一卷。

第十条 公证档案整理工作应当确保公证文书材料齐全,图文字迹清晰,格式标准统一。

第十一条 归档的公证文书材料一般应当为原件。正卷的归档范围主要包括:

1. 公证书正本;
2. 公证书原本(审批稿、签发稿);
3. 公证申请表;
4. 当事人的身份证明;

5. 当事人提供的有关证明材料;

6. 当事人申请证明的文书原件或者底稿,如遗嘱、合同、委托书等;

7. 告知书;

8. 询问笔录;

9. 审查、核实所取得的证明材料;

10. 履行反洗钱义务形成的材料;

11. 公证书领取回执、发送记录;

12. 公证费收费凭证,减免申请与审批意见;

13. 其他需要归档的文书材料。

公证机构内部对公证事项的讨论意见和有关请示、批复等材料,应当装订成副卷,与正卷一起保存。

第十二条 公证案卷应当编制档号,档号结构应当根据立卷归档要求按照“全宗号—档案门类代码·年度—保管期限—业务类别代码—案卷号”编制。

第十三条 公证档案利用包括对公证档案的查阅、复制、摘录等,原则上只能利用档案正卷相关内容。

公证机构应当建立公证档案利用制度,根据公证档案的密级、内容和利用方式,规定不同的利用权限、范围和审批、登记手续。

第十四条 本公证机构工作人员利用公证档案,应当履行审批、登记手续;未经许可,公证机构工作人员不得将公证档案带离指定区域。

第十五条 本公证机构以外的单位、个人利用公证档案,按照下列情况处理:

(一) 司法机关、公证协会因工作需要利用公证档案的,应当履行登记手续。

(二) 监察机关、审判机关、检察机关、公安机关、国家安全机关等部门因办案需要利用公证档案的,应当出示工作函,履行登记手续。

(三) 其他公证机构因工作需要利用未列为密卷的公证档案的,应当出具申请函,履行登记手续。申请函应当载明公证档案利用的目的、范围、形式,并加盖公证机构印章。

(四) 公证当事人申请利用公证档案的, 应当提交书面申请函和身份证明, 经公证机构负责人同意, 履行登记手续后, 可以利用公证档案中的公证书正本、其本人作为申请人提供的有关证明材料和申请证明的文书材料。当事人委托他人申请的, 受托人还应当提交当事人授权利用公证档案的委托书和受托人身份证明。当事人为单位的, 还应当提交介绍信、法定代表人或者负责人身份证明和受托人身份证明。

(五) 其他单位、个人原则上不得利用公证档案。因特殊情况需要利用的, 应当由公证机构报所在地司法行政机关同意。

第十六条 禁止篡改、损毁、伪造公证档案, 维护公证档案的真实性、完整性。公证机构发现档案丢失或者损毁的, 应当立即报告所在地司法行政机关和档案主管部门, 并采取补救措施。

第四章 保管与销毁

第十七条 公证档案的保管期限分为 10 年、30 年和永久, 从公证档案形成之日起算。公证档案保管期限表见附件。

具有特定历史意义或者重大社会影响的公证档案, 保管期限可以定为永久。

第十八条 公证机构可以将公证档案的保管期限通过书面告知、办公场所公示等方式告知当事人。超过保管期限的公证档案, 公证机构不再承担保管责任。

第十九条 对于保管期限届满的公证档案, 应当组成鉴定工作组定期开展档案鉴定。鉴定工作组由司法行政机关代表、公证协会代表、公证机构负责人、公证机构档案工作人员等组成, 必要时可邀请相关领域专家参与。鉴定工作应当形成公证档案鉴定意见书。

第二十条 经鉴定, 对于保管期限届满仍有保存价值的公证档案, 应当延长并再次确定保管期限。对于保管期限届满且无保存价值的公证档案, 应当销毁。

第二十一条 公证档案的销毁程序和办法应当符合国家档案主管部门对档案销毁的相关规定。

第二十二条 公证档案销毁前, 应当将档案中的公证书正本留存一份, 按年度公证书编号顺序立卷, 连同公证登记簿、档案登记簿永久保管。

第五章 统计与移交

第二十三条 公证机构应当建立公证档案统计制度, 对档案的接收、移交、保管、利用等情况进行统计, 并按照相关规定向所在地司法行政机关和档案主管部门报送档案工作基本情况统计表。

第二十四条 经协商同意, 公证机构可以按照有关规定和标准, 向同级国家综合档案馆移交公证档案。公证机构应当编制公证档案移交登记簿, 并永久保管。

第二十五条 公证机构设置调整的, 应当对公证档案进行清理, 按照下列情况处理:

(一) 分立为数个公证机构的, 应当约定由一个公证机构代管。

(二) 合并为一个公证机构的, 各公证机构的档案应当移交合并后的公证机构保管。

(三) 公证机构终止的, 在终止或办理注销登记之前形成的档案, 由承继的公证机构或者所在地司法行政机关保管。

发生前款情形时, 公证机构尚未办结的公证案件, 由司法行政机关指定一个公证机构继续办理, 该公证机构负责将相关公证文书材料立卷归档。

第六章 信息化建设

第二十六条 司法行政机关、公证协会和公证机构应当依法加强公证电子档案信息化建设, 积极推进公证电子档案管理信息系统的建设。

第二十七条 公证机构应当按照国家有关电子档案的要求做好公证电子文书材料的归档、

保管、利用、移交等工作，确保公证电子档案来源可靠、程序规范、要素合规。

第二十八条 通过在线办理方式形成的符合国家有关要求的公证电子文书材料可以采用电子形式归档，公证电子档案与传统载体公证档案具有同等效力。

公证机构提供的公证电子档案经打印输出的纸质件，加盖公证机构档案证明专用章后，具有与档案原件同等的证明力。

第二十九条 鼓励和支持公证机构按照国家档案主管部门有关规定对传统载体档案数字化。

已经数字化的传统载体公证档案，在档案原件销毁后应当留存档案的数字化副本备查。

第七章 监督检查与法律责任

第三十条 司法行政机关、公证协会应当与同级档案主管部门加强沟通协调，做好本地区公证档案移交、保管、检查和公证机构档案工作人员培训等工作。

第三十一条 司法行政机关、公证协会和档案主管部门应当依法加强对公证档案管理各项工作的监督检查。

第三十二条 违反国家相关法律法规和本办法的规定，发生拒绝归档或者造成公证档案丢失、损毁、失真、泄密，或者有其他损害档案实体和信息安全行为的，应当追究相关部门、机构和人员责任。造成财产损失或者其他损害的，依法承担民事责任。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第八章 附 则

第三十三条 各省、自治区、直辖市人民政府司法行政机关和档案主管部门可以根据本办法制定具体实施办法。

第三十四条 本办法由司法部、国家档案局负责解释。

第三十五条 本办法自 2025 年 6 月 20 日起施行。1988 年 3 月 18 日司法部、国家档案局发布的《公证档案管理办法》同时废止。

附件

公证档案保管期限表

一、保管期限 10 年

1. 委托
2. 声明
3. 保证
4. 生存
5. 住所地（居住地）
6. 无（有）犯罪记录
7. 财产权
8. 收入状况
9. 纳税状况
10. 票据拒绝
11. 选票
12. 不可抗力（意外事件）
13. 查无档案记载
14. 证书（执照）
15. 指纹（印鉴）
16. 文书上的签名（印鉴）
17. 文本相符
18. 现场监督
19. 代书
20. 代办
21. 终止的公证事项（事务）

二、保管期限 30 年

1. 赠与
2. 受赠
3. 公司章程
4. 出生
5. 死亡
6. 身份
7. 曾用名

8. 学历

9. 学位

10. 职务（职称）

11. 资格

12. 婚姻状况

13. 保全证据

14. 合同（协议）

15. 具有强制执行效力的债权文书公证书及
执行证书

16. 出具法律意见书

三、永久保管

1. 声明（放弃继承权）

2. 遗嘱

3. 认领亲子

4. 经历

5. 亲属关系

6. 收养

7. 抚养事实

8. 继承（受遗赠）

9. 公证登记

10. 公证提存

11. 公证保管

来源 | 司法部（ID: sfb_sifabu）

编辑 | 韩玉婷 朱晔 朱雨晨

实务 | 民法典婚姻家庭编解释二与公证实务（下）

2025-06-16 公证文选 朱子轩

<https://mp.weixin.qq.com/s/6r6bCRfXpUbuzsr9mF3n-w>

实务 | 民法典婚姻家庭编解释二与公证实务 （下）

朱子轩 河南省焦作市众信公证处公证员

（本文较长，分两期刊发，上期回顾 ↓ ）

实务 | 民法典婚姻家庭编解释二与公证实务（上）

第十五条 父母双方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屋后，又以违反民法典第三十五条规定损害未成年子女利益为由向相对人主张该民事法律行为无效的，人民法院不予支持。

本条规定了父母双方以法定代理人的身份处分未成年子女名下房产的效力问题。公证实务中，在征求未成年子女同意的前提下，父母有充分的证据证明处分未成年人名下房产是为了未成年子女的教育、医疗、侵权赔偿等原因的，可以通过办理声明公证、委托公证等来处分未成年人名下的房产。结合本条的规定，公证人员在办理此类公

证时，应要求父母均到场办理公证，且应在询问笔录中向父母双方告知“出售未成年子女名下的房产后，以侵害未成年子女利益为由向人民法院主张出售房屋行为无效的，人民法院不予支持”。公证人员也可在声明书中增加“声明人表示绝不反悔”等字样。

第十六条 离婚协议中关于一方直接抚养未成年子女或者不能独立生活的成年子女、另一方不负担抚养费的约定，对双方具有法律约束力。但是，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，未成年子女或者不能独立生活的成年子女请求另一方支付抚养费的，人民法院依法予以支持，并综合考虑离婚协议整体约定、子女实际需要、另一方的负担能力、当地生活水平等因素，确定抚养费的数额。

前款但书规定情形下，另一方以直接抚养子女一方无抚养能力为由请求变更抚养关系的，人民法院依照民法典第一千零八十四条规定处理。

本条规定了离婚协议中一方直接抚养未成年子女或者不能独立生活的成年子女、另一方不支付抚养费的问题。那么，该条规定如何与公证实务相结合呢？首先，如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，经双方协商一致，可以办理变更抚养关系协议公证。公证人员办理公证时，不仅可以办理未成年子女抚养关系的变更，也可以办理不能独立生活成年子女抚养关系的变更。其次，离婚双方可以在变更抚养关系协议中约定未成年子女或不能独立生活成年子女由离婚协议中的一方直接抚养变更为由另一方直接抚养，而不直接抚养的一方不负担

抚养费。在询问笔录中，一定要向离婚双方询问不直接抚养的一方不负担抚养费是否是完全自愿且协商一致的、直接抚养的一方是否有足够的经济能力来负担抚养费，一旦离婚双方签字生效，变更抚养关系即不负担抚养费的约定对离婚双方是有约束力的。最后，应在询问笔录中向离婚双方进行清楚告知，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的，子女可向另一方请求支付抚养费。另一方也可以直接以抚养子女一方无抚养能力为由请求变更抚养关系，相关争议由人民法院根据实际情况和民法典第一千零八十四条的规定进行处理。

第十七条 离婚后，不直接抚养子女一方未按照离婚协议约定或者以其他方式作出的承诺给付抚养费，未成年子女或者不能独立生活的成年子女请求其支付欠付的抚养费的，人民法院应予支持。

前款规定情形下，如果子女已经成年并能够独立生活，直接抚养子女一方请求另一方支付欠付的费用的，人民法院依法予以支持。

本条规定了不直接抚养子女一方欠付抚养费谁有权请求其支付的问题。在办理变更抚养关系协议公证时，如果离婚双方经协商一致就抚养费的支付时间、期限、金额和方式达成明确约定的，应在询问笔录中向离婚双方告知，如不直接抚养

子女一方未按照变更抚养关系协议的约定给付抚养费，未成年子女或不能独立生活的子女、直接抚养子女的一方都有权向未按照约定给付抚养费的一方请求其支付抚养费，该请求会得到人民法院的支持。

第十八条 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，人民法院应当以共同生活时间长短为基础，综合考虑共同生活期间继父母是否实际进行生活照料、是否履行家庭教育职责、是否承担抚养费等因素予以认定。

本条规定了如何认定未成年子女与继父或者继母之间存在抚养教育的事实。在现代社会，婚姻关系变得越来越复杂，公证人员在办理继承公证确定继承人的范围时，往往面临着认定继父母是否对继子女进行了抚养教育、继父母与继子女之间是否互为继承人的问题。该条规定给了我们公证人员最基本的认定标准，即以共同生活时间长短为基础，综合考虑共同生活期间继父母是否实际进行生活照料、是否履行家庭教育职责、是否承担抚养费等因素予以认定。

虽然本条列举了几项认定标准，但并未规定共同生活时间、是否实际进行生活照料、是否履行家庭教育职责、是否承担抚养费的具体标准，需要我们公证人员在遇到这种情况时对上述标准进行必要且充分地询问和调查，并根据调查取得的具体情况，在所有继承人之间就此能够达成一致的情况下，综合判断继父母与继子女之间是否互为继承人。如所有继承人对继父母与继子女之间是否互为继承人不能达成一致的，建议继承人就遗产继承纠纷到人民法院进行诉讼。

第十九条第一款 生父与继母或者生母与继父离婚后，当事人主张继父或者继母和曾受其抚养教育的继子女之间的权利义务关系不再适用民法典关于父母子女关系规定的，人民法院应予支持，但继父或者继母与继子女存在依法成立的收养关系或者继子女仍与继父或者继母共同生活的除外。

本条规定了生父与继母或者生母与继父离婚后继父母子女关系如何处理的问题。首先，如果生父与继母或者生母与继父离婚后，继父、继母或者成年后的继子女均可以办理声明公证，声明虽然继子女受继父或继母抚养教育，但其双方之间的权利义务关系不再适用民法典关于父母子女关系的规定，相互不进行抚养、赡养，相互不继承遗产。其次，公证人员在办理继承公证审查继承人范围时，虽然继子女受继父或继母抚养教育，

但生父与继母或者生母与继父已经离婚的，在世一方做出声明认可父母子女关系已经解除的，也可认定继父或者继母与继子女相互不能继承遗产。最后，如果继父或者继母与继子女之间存在依法成立的收养关系或者继子女仍与继父或者继母共同生活的，继父或者继母与继子女之间依然适用民法典关于父母子女关系的规定，依然可以相互继承遗产。

第二十条 离婚协议约定将部分或者全部夫妻共同财产给予子女，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，人民法院依法予以支持。

双方在离婚协议中明确约定子女可以就本条第一款中的相关财产直接主张权利，一方不履行离婚协议约定的义务，子女请求参照适用民法典第五百二十二条第二款规定，由该方承担继续履行或者因无法履行而赔偿损失等民事责任的，人民法院依法予以支持。

离婚协议约定将部分或者全部夫妻共同财产给予子女，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，请求撤销该约定的，人民法院依法予以支持；当事人同时请求分割该部分夫妻共同财产的，人民法院依照民法典第一千零八十七条规定处理。

本条规定了离婚双方在离婚协议中将共同财产给予子女的相关问题，不仅明确了该内容是不能任意撤销的，而且明确了是可以追究不履行一方相关法律责任的。首先，离婚双方在离婚协议中约定将部分或者全部夫妻共同财产给与子女，离婚后，单独一方是不能在财产权利转移前任意撤销该约定的。但如果离婚双方都同意，可以共同向公证机构申请办理变更离婚协议公证或者声明公证，将该约定进行修改或者撤销该约定，从而能够到相关单位顺利办理财产权利的转移。其次，在办理变更离婚协议公证时，离婚双方将部分或者全部共同财产的归属变更为给予子女的，公证机构可以办理，并应在询问笔录中向离婚双方明确告知：一方面，如果一方不履行约定的上述义务，另一方可以向人民法院起诉要求其继续履行或者赔偿因无法履行造成的损失；另一方面，如果公证后有证据证明办理公证做出上述约定存

在欺诈、胁迫等情形的，可以向人民法院请求撤销该约定并同时要求分割该部分夫妻共同财产。最后，在办理变更离婚协议公证时，离婚双方可以将部分或者全部共同财产的归属变更为给予子女，同时可以在变更协议中明确约定“子女可以就变更协议中约定给予子女的财产直接主张权利，一方不履行该约定的，子女可以向人民法院起诉要求其继续履行或者赔偿因无法继续履行造成的损失”。如有离婚双方申请在办理变更离婚协议公证时加入上述条款的，可以办理。

以上是笔者在看到解释二的具体条款后，结合公证实务所产生的一些想法和建议。作为一名公证人员，我们应该始终关注法律的发展与变化，并及时与公证的具体工作结合起来。这样，不仅能让当事人看到公证人员高超的服务水平和法律素养，还能有效地避免因不符合法律规定所带来

的风险和损失，更能体现出公证防范风险、减少诉讼、促进和谐的社会价值。

编辑：北北

实务 | 民法典婚姻家庭编解释二与公证实务（上）

2025-05-26 公证文选 朱子轩

<https://mp.weixin.qq.com/s/IiW6K-yinBmoCTbrTPliRg>

实务 | 民法典婚姻家庭编解释二与公证实务（上）

朱子轩 河南省焦作市众信公证处公证员

（本文较长，分两期刊发）

2025 年初，最高人民法院公布了《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）》（以下简称“《解释二》”），重点解决了夫妻间给予房产、父母为子女婚后购房出资、违反夫妻忠诚义务将夫妻共同财产赠与他人以及抢夺、隐匿未成年子女等人民群众关心

的审判实践中遇到的疑难问题，对于维护公序良俗践行社会主义核心价值观、平衡保护个人财产权利与婚姻家庭团体利益、维护诚信原则保障特殊群体利益、平衡保护夫妻财产关系与市场交易安全等方面有着极为重要的意义。

那么，应该从哪些方面将《解释二》的具体规定与公证实务结合在一起呢？作为一名从业十余年的公证员，笔者将会在本文中按照《解释二》的规定逐一进行分析。

第三条 夫妻一方的债权人 有证据证明离婚协议中财产分割条款影响其债权实现，请求参照适用民法典第五百三十八条或者第五百三十九条规定撤销相关条款的，人民法院应当综合考虑夫妻共同财产整体分割及履行情况、子女抚养费负担、离婚过错等因素，依法予以支持。

本条规定支持了第三方债权人可以向人民法院申请撤销影响其债权实现的离婚协议。公证人员在办理离婚协议的变更或补充协议公证时，应注意什么呢？首先，应在询问笔录中分别向离婚双方询问变更或补充离婚协议的目的和用途，尤其是对于变更重大财产归属（如房产由原来的归一方所有变更为归另一方所有）的情况下，是否存在恶意逃避债务的情形。必要时可对离婚双方分开询问或向相关使用单位核实其是否要求离婚双方办理此公证，以探究离婚双方办理此公证的

真实目的。其次，应在询问笔录中向离婚双方告知如存在以上情形可能会被债权人向人民法院申请撤销该协议，从而导致公证书被撤销，其办理的公证自始无效。最后，公证人员可要求离婚双方签署声明（保证）书，来声明（保证）其办理公证的真实目的和用途，并声明（保证）在影响债权人实现债权时，自愿承担相关的后果和责任并赔偿损失，从而避免公证人员和公证机构因此承担不利的后果和责任。

第五条 婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房屋转移登记至另一方或者双方名下，离婚诉讼时房屋所有权尚未转移登记，双方对房屋归属或者分割有争议且协商不成的，人民法院可以根据当事人诉讼请求，结合给予目的，综合考虑婚姻关系存续时间、共同生活及孕育共同子女情况、离婚过错、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格等因素，判决房屋归其中一方所有，并确定是否由获得房屋一方对另一方予以补偿以及补偿的具体数额。

婚前或者婚姻关系存续期间，一方将其所有的房屋转移登记至另一方或者双方名下，离婚诉讼中，双方对房屋归属或者分割有争议且协商不成的，如果婚姻关系存续时间较短且给予方无重大过错，人民法院可以根据当事人诉讼请求，判决该房屋归给予方所有，并结合给予目的，综合考虑共同生活及孕育共同子女情况、离婚过错、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格等因素，确定是否由获得房屋一方对另一方予以补偿以及补偿的具体数额。

给予方有证据证明另一方存在欺诈、胁迫、严重侵害给予方或者其近亲属合法权益、对给予方有扶养义务而不履行等情形，请求撤销前两款规定的民事法律行为的，人民法院依法予以支持。

本条规定的是社会最为关注的房产加名问题。那么，公证人员在办理婚前财产约定或夫妻财产约定公证时，应注意什么呢？男女双方婚前或婚后办理财产约定，将一方个人所有的财产约定归双方共同所有，通常是给予方为了向另一方表达自己的感情或者欲给另一方以保障。首先，公证人员可以建议男女双方办理婚前财产约定或夫妻财产约定公证公证时在协议中约定清楚公证后房

屋所有权的归属及具体比例，并在询问笔录中向男女双方告知尽快在公证后办理房屋的转移登记，以避免将来发生关于房屋归属或分割的争议。其次，公证人员应在询问笔录中向男女双方告知，如给予方有证据证明另一方存在欺诈、胁迫、严重侵害给予方或者其近亲属合法权益、对给予方有扶养义务而不履行等情形，会导致公证的协议被人民法院撤销而自始无效。

第八条 婚姻关系存续期间,夫妻购置房屋由一方父母全额出资,如果赠与合同明确约定只赠与自己子女一方的,按照约定处理;没有约定或者约定不明确的,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共同子女情况、离婚过错、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格等因素,确定是否由获得房屋一方对另一方予以补偿以及补偿的具体数额。

婚姻关系存续期间,夫妻购置房屋由一方父母部分出资或者双方父母出资,如果赠与合同明确约定相应出资只赠与自己子女一方的,按照约定处理;没有约定或者约定不明确的,离婚分割夫妻共同财产时,人民法院可以根据当事人诉讼请求,以出资来源及比例为基础,综合考虑共同生活及孕育共同子女情况、离婚过错、对家庭的贡献大小以及离婚时房屋市场价格等因素,判决房屋归其中一方所有,并由获得房屋一方对另一方予以合理补偿。

本条规定的是父母在子女婚后为其购房出资如何处理的问题。相信每个公证人员都接待过父母想为子女婚后购房出资又怕离婚时另一方分走一半房产该怎么办等类似的咨询。那么根据民法典第一千零六十三条第三项及本条的规定,父母为子女婚后购房出资的,如果出资的父母与自己子女之间签订有赠与合同,约定出资只赠与自己子女一方的,按照约定处理,该部分出资即为出资方子女的个人财产,另一方在离婚时无权对此要求分割。这个时候对出资父母与自己子女之间签订的赠与合同进行公证就显得尤为重要了。首先,如果是一方父母全额出资,公证人员可以指

导父母与子女双方就赠与合同的内容如赠与出资的归属(明确写明不作为受赠子女的夫妻共同财产)、所赠与出资的转账路径、所赠与出资欲购买房屋的具体信息等进行详细、准确的约定,同时建议父母给子女转账时备注“只赠与子女某某一个人所有,不作为其夫妻共同财产”。其次,办理赠与合同公证可以直接推翻对方提出的“赠与合同系事后所补”等异议。最后,如果是双方父母出资,通过办理赠与合同公证,可以明确约定相应出资只赠与自己子女一方,可以有效地避免纠纷,从而促进家庭和谐、社会稳定。

第九条 夫妻一方转让用夫妻共同财产出资但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害夫妻共同财产利益为由请求确认股权转让合同无效的,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。

本条规定了夫妻一方转让自己名下有限责任公司股权的效力问题。对公证实务来说，在办理股权转让协议公证中，原则上要求配偶一并签字同意股权转让，配偶可作为共同转让人共同申请，也可以仅出具同意转让的声明。一方面，通过询问股东配偶和审查其结婚证等材料，可以对股权出资的来源、是否对股权的归属进行了约定、是否同意以此价格进行转让、是否存在股权代持等问题进行明确，不仅可以有效地避免夫妻之间因股权转让发生矛盾、股东配偶与公证机构之间发生矛盾，也有利于之后股权的顺利转让。另一方面，可以有效地避免股东与受让人恶意串通或低价转让股权损害股东配偶的合法权益从而导致股

权转让协议被法院确认无效的情况，影响公证机构、公证员的公信力和声誉。如股东坚持不让配偶签字或者其配偶因特殊原因不方便签字的，公证人员在办理股权转让协议公证时一定要慎之又慎，除了在询问笔录中告知股东其应如实陈述股权的相关情况（如出资来源、是否对股权的归属进行了约定、是否同意以此价格进行转让、是否存在股权代持等）、告知其不能和受让人恶意串通或低价转让股权损害另一方合法权益外，还应和股东配偶进行视频通话，确认身份并向其询问相关情况、征求意见，手写同意转让的声明书，并将视频录屏和声明书一并付卷保存。

第十条 夫妻以共同财产投资有限责任公司，并均登记为股东，双方对相应股权的归属没有约定或者约定不明确，离婚时，一方请求按照股东名册或者公司章程记载的各自出资额确定股权分割比例的，人民法院不予支持；对当事人分割夫妻共同财产的请求，人民法院依照民法典第一千零八十七条规定处理。

本条规定了夫妻双方均为有限责任公司股东时如何确定各自的持股比例。根据本条的规定，夫妻双方均为有限责任公司股东时，双方对相应股权的归属没有约定或者约定不明确的，夫妻双方各自实际所有的股权应是股东名册或公司章程记载的各自出资额相加的一半。公证人员在办理

夫妻双方均是有限责任公司的股东而一方死亡的继承公证时，在夫妻双方对相应股权的归属没有约定或者约定不明确的，被继承人的遗产应为夫妻双方在股东名册或公司章程记载的各自出资额相加的一半，而不仅仅是登记在被继承人名下的出资额。

第十一条 夫妻一方以另一方可继承的财产为夫妻共同财产、放弃继承侵害夫妻共同财产利益为由主张另一方放弃继承无效的，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扶养义务的除外。

本条规定了夫妻一方放弃继承的效力问题。在公证实务中，如果继承人自愿放弃对被继承人遗产继承权的，公证机构和公证人员是不会征求继承人配偶意见的。但是根据本条的规定，如果存在继承人放弃继承导致其不能履行法定扶养义

务的，继承人的配偶是可以以继承人可继承的财产为夫妻共同财产、放弃继承侵害夫妻共同财产利益为由向人民法院主张继承人放弃继承权无效的。那么，公证人员在以后办理放弃继承权声明公证时是否都需要征求其配偶意见呢？笔者认为

不需要。一方面，继承人放弃的是对被继承人遗产的继承权，权利是否行使取决自己的意愿，而不受他人干涉。另一方面，公证人员应当在询问笔录中询问继承人的经济状况、婚姻情况及配偶的经济状况，并告知其要如实陈述以及不如实陈述的法律后果。在办证过程中，公证人员如发现

继承人或其配偶存在肢体残疾、生活困难、无工作、无收入、无住房、吃低保等继承人放弃继承可能致使其不能履行法定扶养义务的情形时，应当充分征求继承人配偶的意见并留存相关的材料。

（未完待续）

编辑：北北

八、书籍推荐

传统与现代中的家庭关系 | 《家庭关系传承与变革中的民法问题研究》出版

2025-02-12 法律出版社

<https://mp.weixin.qq.com/s/Z1Mm9Fdp06xEv6GKHHIpEQ>



《家庭关系传承与变革中的民法问题研究》

朱晓峰 | 著

《民法典》第 1043 条第 1 款明确将“家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设”作为倡导性规则，对婚姻家庭关系发挥着规范调整功能。

本书以家庭关系在传统与现代的传承和变革中所显现的规范调整问题为着眼点，重新厘定了现行法秩序中的家庭概念，并在此基础上围绕婚姻关系、夫妻关系、亲子关系和赡养关系等家庭关系中的核心问题展开讨论，从中一窥在家庭关系传承及变革中，传统家庭伦理规范与社会主义法治共同作用于我国当代家庭关系调整的具体方

式并最终助益《民法典》第 1041 条第 1 款宣示的国家保护婚姻家庭的目的的实现。



本书特色

一、运用多种研究方法

运用规范分析法、比较分析法、历史分析法、案例分析法等多种研究方法，深入剖析家庭关系规范调整问题，为读者提供理论与实务参考。

二、回应现实热点问题

结合大量真实判例，对单身女性生育权行使、人工辅助生殖、夫妻共同债务、亲子抚养、长辈赡养等热点问题展开探讨，具有较强的现实意义。

三、情理法有机融合

用辩证思维对家庭关系传承与变革中所涉及的民法问题进行深刻思考，围绕个人、家庭、社会三方利益的平衡探讨家庭关系规范调整体系的构建。



本书作者



朱晓峰

法学博士，中央财经大学法学院教授、博士生导师、博士后合作导师，中央财经大学龙马青年学者。

主要研究方向为民法基础理论、人格权法、侵权责任法、个人信息保护法。在《中国法学》等学术期刊发表学术论文、译文 80 余篇；20 余篇被《新华文摘》、《中国社会科学文摘》、《高等学校文科学术文摘》、中国人民大学书报资料中心《复印报刊资料》、《社会科学文摘》等转载。出版学术专著 6 部、译著 1 部。主持国家社科基金后期资助项目、教育部哲学社会科学后期资助项目、北京市社会科学基金后期资助重点项目、司法部国家法治与法学理论研究项目等多项。

识别二维码进入新书购买通道



中文目录

第一章 家庭关系：家庭概念的厘定

- 一、现行法中家庭概念的界定标准
- 二、现行法中家庭概念界定标准与具体法律规则的适用
- 三、家庭概念标准不一的主要原因
- 四、家庭概念在法律实践中及学理上的争论
- 五、家庭概念界定应遵循的法律思想与具体的解释路径
- 六、本章结论

第二章 婚姻关系：比较法视阈下的同性婚姻立法

- 一、同性恋平等法律对待的肇始
- 二、欧洲同性恋立法进程
- 三、欧洲同性恋立法目标的实现效果与发展展望
- 四、荷兰同性恋立法的历史进程与主要成果
- 五、同性恋立法中的普遍主义精神与个别主义精神
- 六、本章结论

第三章 夫妻关系（一）：人身关系中的忠实义务

- 一、配偶权受侵权法保护
- 二、损害赔偿责任人
- 三、赔偿责任人之间的规范关系
- 四、损害赔偿请求权的诉讼时效
- 五、适用损害赔偿规则保护配偶权的传统因素

六、本章结论

第四章 夫妻关系（二）：生育权的行使与保护规则

- 一、生育权的性质
- 二、生育权的主要内容及行使规则
- 三、生育权行使的限制
- 四、生育权的保护
- 五、本章结论

第五章 夫妻关系（三）：财产关系中的夫妻共同债务认定规则

- 一、夫妻共同债务认定规则的演进
- 二、夫妻共同债务规则的基本构造
- 三、双方负债型共同债务的认定规则
- 四、一方负债型共同债务的认定规则
- 五、本章结论

第六章 亲子关系：未成年人最大利益原则的评估机制

- 一、未成年人最大利益原则评估方法的转变
- 二、评估未成年人最大利益原则的要素
- 三、评估未成年人最大利益原则的基本规则
- 四、评估未成年人最大利益原则的程序保障
- 五、本章结论

第七章 赡养关系：孝道理念在当代私法中的运用与启示

- 一、孝道入法引致的问题
- 二、孝道在当代民事司法实践中的具体运用
- 三、孝道入法的基础论证
- 四、孝道成为民法典内在体系构成部分的途径与表述
- 五、孝道作为法秩序内在体系构成部分对外在体系的塑造
- 六、本章结论

结 论

参考文献

九、沙龙活动

讲坛预告 | 唐波涛：人身性财产利益的可继承性（2025 年 7 月 9 日）
家事法讲坛第 48 期

2025-06-21 家事法苑 家事法苑团队

<https://mp.weixin.qq.com/s/L9x9EkEDVlMs0EIMyD0k-A>

家事法讲坛（线上）第48期

主题：人身性财产利益的可继承性

家事法讲坛（线上）第48期

主办单位

中国人民大学法学院婚姻家事法研究所
中国人民大学民商事法律科学研究中心

本期主题

人身性财产利益的可继承性

时间：2025年7月9日（周三）
19:00-21:30

平台：“家事法苑”视频号
(开放式直播，不设回放)



扫码预约直播

【主讲人】



唐波涛

罗马第一大学法学博士，苏州大学王健法学院讲席，主要研究方向为合同法领域。发表过独著论文：曾在《法学》《北大法学》《民法评论》等国内期刊发表学术论文多篇，并先后在国内外法院统一司法、德国莱比锡大学、汉堡包姆勒堡大学及海德堡大学进行访学。可适用意大利语、德语与英语从事学术研究。主持省部级课题2项。

【与谈人】



马骏

上海交通大学思源学院法学博士，助理研究员，法学博士后，主持国家社会科学基金青年项目1项，中国博士后科学基金项目面上资助项目1项，中国博士后科学基金项目特别资助项目1项，上海市哲学社会科学规划课题青年项目1项。获2023年度国家社科博士后研究人员计划（B档），上海市“启明星计划”计划奖励。在《法学研究》《清华法学》等核心期刊上发表过数篇论文。



郭继龙

中南财经政法大学副教授，硕士研究生导师，民商法律系主任，中国政法案例研究中心副主任，教育部“法治蓝皮书系列编写委员会成员”，湖北省法官协会法学理论专业委员会理事，《法法研究》责任编辑，主编《民法典·个人信息保护法》，履行交叉关系，在《法学杂志》《法学论坛》《行政法学论丛》等刊物发表专业学术论文多篇，文章多次被《人民法院报》《检察日报》《第二件事》，合著《侵权责任法的基本问题》（第二卷），比较法的研究一书（第二卷），主持国家自然科学基金、院级、省部级等多项课题。



陈成

江苏省常州市南市区人民法院前庭室专职委员，曾任书记员、法官助理、审判员、审判长，现为江苏科技大学法学院教授，江苏政法学会民法学研究会学术指导专家组成员。在《人民司法》《法律应用》《现代法学》《法制研究》《审判研究》《人民法庭论丛》《家事审判与律师实务》《审判与调解》等刊物发表学术论文及案例分析达250余篇；2015年获中国人民大学法学院“2004—2015年度”法律与学者成就奖（第四类）成果奖一名。

潘熠 一级公证员，上海市徐汇区法院主任、上海市公证协会副会长，上海市公证会业务规则和指数委员会主任委员，中国公益慈善法律援助委员会委员，上海市公证行业优秀人才。	唐应政 北京德恒（成都）律师事务所律师，二级律师。擅长民商事法律事务，四川律师事务所和法律服务人权益保护专业委员会主任，成都市律师协会会员财富管理专委会副主任；中国法学会婚姻家庭法学研究会会员，四川省司法厅司法鉴定专家库成员，成都市政府法律顾问，四川大学法学院客座教授“荣典奖”获得者和新川行：出版专著《婚姻继承案件实务技巧》，合著《大英商法通例与争议解决对策》。	
【致辞·点评人】		
龙翔飞 中国人民大学法学院副教授，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清史研究所科学学研究中心研究员；中国人民大学商学院管理创新研究中心主任，中国人民大学智慧法治研究所所长，兼任中国社会科学院国家法治战略研究中心执行主任，中国政法大学宪法行政法教研室主任，北京市律协理论法学研究委员会会长。	孙敬智 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清史研究所和中国研究中心研究员，中国人民大学国际关系学院副院长兼执行院长，中国政法领域智库建设学术共同体理事。	
【主持人】		
郑雯芳 北京天能盈泰律师事务所合伙人，陕西海政法大学民法博士（婚姻法专业方向），硕士生导师，中国民事诉讼法学研究会常务理事，中国婚姻家庭法制研究会理事，北京清华女子妇女法学研究会常务副主席，北京市婚姻家庭法学研究会常务理事，《当代法学》编辑部主任(2024-2030)。曾在《中国法律网》《家事诉讼季刊》总编等出版物上发表过多篇学术论文，成为知名学者。	霍毓林 北京天能盈泰律师事务所高级合伙人，中国婚家蓝皮书编写组负责人，中国婚姻家庭法学研究会常务理事，中国法官队伍婚恋心理学研究会理事，最高人民法院民事审判庭特邀调解员，中国国际私法研究会理事；中国人民大学法学院婚姻家庭基础理论研究团队首席专家。	
【会务统筹人】		
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，其中离婚家庭直播、继承案所涉及的家务问题更是社会关注热点。2016年以来，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，最高人民法院关于试点工作总结报告又发文明一步深化家事审判方式和工作机制改革。 为进一步加强离婚家事法律问题理论与实务的交叉，中国人民大学法学院婚姻家庭法学研究中心、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精英从多学科、多视角为夫妻共同财产分割、抚养费的实施落地、立法完善以及家事审判效率及家事诉讼程序立法和完善搭建版地。		
 中国婚姻家庭网公众号	 家事法庭公众号	 家事法庭案例号

附件

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群群规则

(2019 年 2 月修订版)

“家事法苑”家事法实务交流系列微信群由“家事法苑”律师团队创建，目前包括以下 12 个群：家事法苑实务交流微信群（A-I 群）、继承法苑实务交流群（A-B 群）、涉外家事法苑实务交流群；此外，还有法律人电影、音乐休闲主题微信群（1-3 群）。

总群主：杨晓林

其中，涉外家事法苑实务交流群分群主：赵宁宁；副群主：李丹、陆珊菁、冉维佳

各群管理员：杨晓林、段凤丽、邓雯芬；王志锋、徐文丽、杨竹一、李琳、李炜、辜其坤、严健、万薇。

1、建群宗旨

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

2、本系列群分享、交流的主题及范围

本系列群定位为特定专业领域主题群、学习型群。

本系列群主题为婚姻家庭继承相关问题，群内分享资讯及交流范围原则上应限于与主题相关的实体及诉讼与非讼程序理论与实务问题。继承法苑实务交流群和涉外家事法苑实务交流群分享资讯及交流范围特定于继承问题和涉外家事问题。

群内主要分享国内外婚姻家庭立法、司法及理论研究动态，如家事审判方式改革、典型婚姻家庭案例等资讯。在主题上涵盖婚姻家庭继承领域权利保护问题，如性别平等、妇女权益保护、未成年人及老年人权益保护等基础法律议题；与婚姻家庭继承有关的新型财产、新型权利等新型法律实务难题；婚姻家庭伦理方面社会学、心理学等相关社会科学议题。

本系列群无意走向综合群，如单纯刑事、商事、劳动、交通事故等其他领域话题可另行解决，但与家事主题相关及交叉领域的除外。

3、入群方式

为保障本群安全、高质量及可持续发展，防止滥加群，本群对外不作任何宣传，群规则只刊发于“家事法苑”微信公号自定义菜单及每期公号推文文末。群友入群由群管理员专人统一审查、邀请新人入群。

请拟申请加入“家事法苑实务交流微信群”者可先添加群主



段凤丽律师（微信号：D13552693593）

邓雯芬律师（微信号：13167578960）

申请信息务必请注明：“城市+单位简称+真实姓名，申请加入家事法苑实务\继承\涉外\法律人电影. 音乐群”；

新群友认真阅读管理员发送的本群规、承诺将严格遵守后，管理员方可拉其入群。

家事法苑实务交流微信群（A-I 群），管理员每天统一分享资讯，群友只加一群即可，不必重复加群。

4、实名交流

本群实行实名（真实身份）交流制！

群友入群后应马上按要求修改群昵称，点击群界面右上角三个点标志，向上划动屏幕，出现“我在本群的昵称”点击即可修改：

1. 律师署名方式：省份+城市+姓名+律师，如：北京***律师、山东淄博***律师，群昵称中不得显示电话、律所名称、字号、具体部门职务、业务方向及其它带有商业营销色彩文字。

2. 公证员署名方式：省份+城市+姓名+公证员，如：上海公证员李**；

3. 学者署名方式：学校简称+姓名，如：北大王**，广西师大李**；

4. 学生署名方式：学校简称+身份+姓名，如：中科大博士生张**，吉大硕士生李**，北大本科生丁**；

5. 法官、检察官署名方式：省份+真实姓氏+法官或检察官的方式，如北京李法官、黑龙江王检察官；

6. 民政部门、妇联、媒体等其他界别群友参考前列署名方式，省份+城市+职业+姓名，如：北京妇联***，上海公司法务***，人民日报***。

群友不能接受实名规则的免入，入群后应当立即按照要求修改群昵称，经过群管理员三次提醒仍不配合的，管理员有权将其移除出群。

5、尊重群友

尊重群友，未经事先允许、不得随意添加其他群友为个人好友。

严禁违反群友意愿，发送广告等商业信息、擅拉群友加入其他主题群等不良行为，一经举报，立即移除出群。

6、温馨免打扰提示



如群消息过多，影响本人工作、学习及休息，可在手机右上角，点开群设置界面开启“消息免打扰”，定期浏览群信息、参与互动即可。

7、友善发言及禁忌

本群群友来自于法律职业共同体各界别，大家非常难得聚在一起，特别要注意自身形象，互相尊重；

群内严禁闲聊，只研讨专业问题。发言交流要注意顾及他人感受，就事论事，不要有任何人身攻击、贬低他人人格或针对其他群体的偏激言行。

严禁转发或发布招聘、推销、心灵鸡汤、拉票、优惠券信息；严禁转发涉及政治性的资讯；严禁转发律师个人及律所营销的帖子；与本群专业领域不相关的公、检、法等机关、机构及组织的纯官宣资讯同样不宜转发本群。

本群除农历大年三十、大年初一、大年初二；农历八月十五（中秋节）；公历 12 月 31 日及 1 月 1 日外，不允许在群内发红包。

8、分享注意事项

本群鼓励群友分享与本群第二条主题及范围相关的各种审判动态、典型判例及最新法律法规及地方法院审判意见等，尤其鼓励群友分享自己原创的相关实务研究文章，包括分享自己个人网站、博客、微信公号上的文章。故本群禁止任何形式的营销行为，群友分享的文章页面上尽可能不要附有过于明显带有营销色彩的个人照片、宣传文字及过于详细的名片式联系方式。

本群谢绝分享过于简单的普法、相关问题说明性的“软文”及单纯诉讼技巧类的文章。

群内严禁功利性地推送微信个人名片及公众号名片；微网站名片及链接；个人网站链接、博客链接，严禁将相关专业资讯贴到自己的个人网站、博客或公众号上再推荐链接到微信群这样以提高点击率、博粉为目的商业推广做法。【注：“家事法苑”公众号（微信号：famlaw）已做到了去商业化，可参考】

9、交流方式建议

鼓励、提倡群友开展与群主题密切相关的理论与实务的互动交流。

本群交流问题，可由个案切入，但禁止单纯的个案办理咨询，应先概括基本事实，从中提取有理论及实务研讨价值的一个或几个问题集中深入交流，最后以旗帜鲜明的问题进行讨论。

本群交流问题的方式建议为：应先主动查找必要资料，一次性把基本案情、事实叙述清楚（不要再让群友追问事实）并注明自己的初步看法，能附上相关法律法规法条及司法解释等依据为宜，抛砖引玉，希望听取群友的意见和建议。

群友在解答问题时，也应先思考，较系统阐述自己对此问题的看法及观点，不要采用漫无边际地三言两语聊天式交流，以免造成刷屏、影响群友。

群友可在群内畅所欲言，严禁群友不管基于任何目的、未经发言群友同意、擅自截屏在群外分享、使用，如有违反，一经发现，管理员有权清理出群。

10、尊重智力劳动成果

尊重智力劳动成果，群内分享资讯仅供群友学术及实务探讨、交流及研究使用。

资讯搜索、编辑、整理需日复一日，耗费相当时间与精力。正常情况下，我团队每天收集、分享、推送的资讯信息，月底汇编起来就是每月的“家事法苑”婚姻家庭法律资讯简报（下载：<http://www.famlaw.cn/download.aspx>）

群友不宜经常性地或整体性取材本群资讯信息，上传到网络（个人网站、博客、公号等自媒体）、转到自己或其他的微信群、QQ 群，或其他非研究用途使用。

规范使用本群资讯，应注明资讯来源于家事法苑实务交流微信群。

11、违规及处理

群友应自觉遵守本群规则并接受群主及管理者的善意提醒及劝告；

对于违反群规则的行为，群主或管理员有权、有义务即时制止。

群友违反群规则经提醒三次，不回应、不接受，管理员可直接移除本群；

群友间应友善相处，如发生争议，应保持克制，务必不要与其他群友或管理员争执、造成刷屏，影响其他群友。建议发生争议时，建议群友及时向群主或管理员反映，由群主或管理员给出处理意见。

良好的群的氛围，需要大家共同维护、共同呵护！

希望大家共同努力，共建阳光下专业领域内律师、法官、检察官、学者、公证员、房管、民政、妇联等政府公务人员、法务工作者及其他法律从业者、学生、媒体等法律职业共同体的探讨交流的和谐平台！

“家事法苑”微信群管理员团队

2019 年 2 月 1 日