

上海律协婚姻家事专业委员会

2025年7月

第07期

# 法律资讯



婚姻家事与财富传承



主任：吴卫义

主编：吴琼

编委：（按姓氏拼音）

陈宏伟      陈雁

杜伟        方青

高明月      高兴

葛珊南      韩静

胡瑞平      刘创

刘琪        陆以洁

马赛男      钱元春

邵玉民      沈美娇

沈奇艳      王慧婷

吴琼        武鹏

徐巧月      燕晓凤

杨燕亭      叶盈盈

元玲慧      袁芳

张玮颖      赵宁宁

执行主编：杨燕亭

## 目 录

### ➡ 媒体聚焦

- 1、一份检察建议终结 20 多年“冒名婚姻”  
(来源: 法治日报, 作者: 刘中全、张美欣) . . . . . 1
- 2、女儿擅自取走母亲存款, 如此“啃老”可以吗?  
(来源: 人民法院报, 作者: 梁军) . . . . . 5
- 3、为避免征信问题替前夫还房贷, 能要回吗?  
——法院: 所还房贷属前夫个人债务时, 女方代为偿还后有权追偿  
(来源: 人民法院报, 作者: 郭燕、朱永好、姜叶萌) . . . . . 9

### ➡ 裁判动态

- 1、津南法院发布涉妇女儿童权益保护典型案例  
(来源: 天津市津南区人民法院) . . . . . 13
- 2、法答网精选问答 (第二十三批) ——婚姻家庭专题  
(来源: 人民法院报) . . . . . 20
- 3、债务人将财产低价转让给家庭成员, 法院: 恶意躲债, 撤销!  
(来源: 山东省高级人民法院) . . . . . 24

### ➡ 案例评析

- 1、《赡养协议》免除赡养义务, 就真的无赡养义务了? | 基层治理案例 (家事纠纷篇) ⑮  
(来源: 上海二中院, 作者: 杨青青) . . . . . 27
- 2、长期照顾被征收房屋内的老人, 是否享有征收补偿利益? | 基层治理案例 (家事纠纷篇) ⑯  
(来源: 上海二中院, 作者: 裘泱泱) . . . . . 32
- 3、泰和泰研析 | 从宗某某豪门遗产案看非婚生子女继承法律问题  
(来源: 泰和泰律师, 作者: 瞿龙) . . . . . 38

➔ 业务研究

1、国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权分配的方法论

（来源：《武大国际法评论》2025年第3期，作者：刘阳）·····53

2、反抗家暴致害案件轻刑化路径实践探析

（来源：《刑事法学研究》第七辑，作者：覃雪梅）·····87

3、机构养老规范化发展的法理基础与法治实现

（来源：《山东大学学报（哲学社会科学版）》2025年第3期，作者：袁文全、程海玲）·····106

➔ 媒体聚焦

## 一份检察建议终结 20 多年“冒名婚姻”

(来源：人民司法杂志社 作者：刘中全、张美欣)

“检察官，多亏了您，帮我撤销了这段持续了整整 25 年的冒名结婚登记。您看，现在我和心爱的人已经领到了真正的结婚证……”

前不久，在吉林省磐石市人民检察院，检察官刘晓娟如往常一样在办公室里紧张忙碌着。案件当事人小丽满脸喜悦地走进来，手中崭新的结婚证格外醒目。刘晓娟看着眼前这一幕，脸上也绽放出由衷的笑容，打心底里为小丽感到高兴。

### “冒名”领证存隐患

回想起 2024 年 3 月，刘晓娟对于第一次见到小丽时的场景依然历历在目。

那天，小丽行色匆匆地走进办公室，手里紧握着一本结婚证，那本证件由于年代久远，已然发黄破旧，边角处还有些磨损。小丽整个人显得焦急万分，眼神中满是无助，她一见到刘晓娟，便急切地开口，话语中带着一丝颤抖与期待：“检察官，您能帮我把这个婚姻登记撤销吗？”

故事追溯到 1998 年。小丽与大军经人介绍相识，经过一段时间的相互了解，到了 1999 年，这对情侣满心欢喜地准备结婚。然而，当时的大军并未达到我国法定的结婚年龄。

大军的一位亲属（现已去世），出于对晚辈的关心，竟帮大军伪造了一张假身份证。身份证上的照片是大军本人，名字是他的曾用名，而身份证号则是堂哥的。

2000 年 1 月 25 日，大军拿着这张假身份证，与小丽走进了婚姻登记处。由于当时登记流程不完善，他们竟然顺利办理了结婚登记，领取了结婚证。而这个看似“解决”问题的举动，也为日后埋下了巨大的隐患。

### 离婚遭遇棘手难题

婚后的生活并不像两人想象中的那般一帆风顺，小两口因为生活琐事频繁发生争吵，曾经如胶似漆的感情，也在一次次的矛盾冲突中渐渐出现裂痕。

在漫长的 20 年共同生活里，小丽和大军都感到身心俱疲，两人经过深思熟虑，最终决定结束这段婚姻。

当他们前往当地民政局协议离婚时，一个意想不到的难题横亘在了他们面前——民政局的工作人员在审核两人的婚姻登记信息时，敏锐地发现大军的婚姻登记存在“重婚”嫌疑，遂拒绝为他们办理离婚手续。

面对这突如其来的变故，小丽决定通过法律途径来解决问题。于是，她向当地法院提起了撤销婚姻登记的行政诉讼。然而由于距离当初办理结婚登记已过去多年，早已超过了提起行政诉讼的起诉期限，法院依法裁定不予受理。

遭遇挫折的小丽并未放弃，她和大军又抱着一丝希望，来到民政局婚姻登记处，再次请求撤销婚姻登记。但民政局经过审查后，认为他们的情况不符合撤销登记的法定条件，无法自行撤销婚姻登记。

### 检察建议解除困扰

就在小丽几乎要放弃的时候，偶然间听别人说起检察机关或许能解决这个棘手的难题，她决定前去试一试。

那天，小丽声泪俱下地诉说着自己的遭遇：“为了撤销这个错误的婚姻登记，我不知跑了多少趟，磨破了嘴皮子，可还是没有任何结果，检察官请您一定要帮帮我……”

案件受理后，刘晓娟深感责任重大。为了彻底查清案件事实，刘晓娟将调查重点精准聚焦在大军和小丽的结婚登记是否存在冒名登记这一关键问题上。她前往民政局，仔细调取了两人的结婚登记档案。随后走访了当事人所在的村委会详细了解了两人的家庭情况，同时组织村干部们辨认结婚登记档案中的照片信息，并对当事人进行了详细询问，查清冒名登记的前因后果。

经过一系列深入调查，刘晓娟发现，小丽的起诉确实已过起诉期限，从法律程序上来说，法院裁定不予立案并无不当，民政局不予撤销的行为也符合相关规定。但为了不让当事人就这样陷入困境，防止程序空转，检察机关决定全力化解这起争议。

“他们是 2000 年登记结婚，当时我国还没有建立完整的婚姻信息网络，导致民政局在办理登记时，无法及时察觉男方的身份信息存

在问题。”刘晓娟说。尽管这是受客观条件所限，但不可否认的是，这一婚姻登记行为从本质上来说，确属错误，依法应当予以纠正。

为充分听取社会各界的意见，确保办案质量和效果，磐石市检察院邀请了人大代表、政协委员、人民监督员等社会各界人士召开公开听证会，围绕“是否应撤销小丽与大军冒名婚姻登记”展开讨论。而在场的听证员一致认为，民政部门在婚姻登记过程中，未依法履行审慎审查义务，应当依法注销该冒名婚姻登记。

2024 年 3 月 18 日，综合考虑当事人的真实意愿，磐石市检察院依据相关规定，郑重向当地民政局制发检察建议，明确建议撤销小丽与大军的婚姻登记。民政局高度重视检察院的建议，经过认真研究和审核，采纳了检察建议，并于同年 3 月 25 日正式作出撤销决定。

至此，这段困扰小丽和大军长达 20 多年的“冒名婚姻”终于画上了句号。

（文中当事人均为化名）

## 女儿擅自取走母亲存款，如此“啃老”可以吗？

（来源：人民法院报 作者：梁军）

# 本周说法



漫画：蔺颖

家住湖北枣阳的李大妈已经年过七旬，膝下有三个女儿和两个儿子。如今儿女都早已经成家立业，正常来说，李大妈这个年纪的老人理应快乐地安享晚年才是，但李大妈却因为两笔存款与大女儿闹得不可开交。

李大妈是农村人，老伴去世后，这些年一直省吃俭用，手里慢慢

有了一点积蓄。考虑到钱放在银行有利息，而自己岁数大了出行不便，李大妈便委托住在附近的大女儿周某某前往银行代办存款业务。然而，信任的种子这次并没有开花结果，反而在悄然间出现了裂痕。

2024 年 2 月 13 日，李大妈将 3 万元现金交给周某某代存。拿到钱后，周某某在填写单据时，以其丈夫倪某的名字存入枣阳某银行太平支行。半年后，李大妈又委托大女儿将其积攒的 1.8 万元存入银行。这次，周某某以自己的名字存入枣阳某银行蔡阳支行。两笔存款办妥后，周某某将存单交到了母亲手上。

同年 9 月初，李大妈因治疗疾病、生活开支等事项需要用钱，让女儿把存款取出来。可周某某每次接到电话，都以种种理由推诿不办理。无奈，李大妈只好委托小儿子去银行取款。银行工作人员查看存单及电脑上显示的消息后表示，两张存单已被挂失，钱款被人取走。听闻消息，李大妈对大女儿的行为非常生气。

几次向大女儿周某某讨要钱款不成，李大妈只好找到村干部，将两次让大女儿代办存款业务的事情一五一十地告诉了村干部，希望能通过他们帮忙解决此事。此后，村干部多次上门进行调解，可惜双方非但没有达成和解意见，反而因“家丑外扬”导致关系进一步恶化。

2024 年 9 月 23 日，李大妈委托律师，将大女儿诉至枣阳市人民法院，要求周某某返还不当得利款 4.8 万元。

庭审中，围绕存款的归还问题，双方各执一词。

原告代理律师认为，4.8 万元存款是李大妈委托被告去办理的，原告有权按照自己的意志支配、决定、使用上述钱款，被告以种种理

由不愿意返还，属于不当得利，应当返还钱款。

周某某则辩称，老母亲年事已高，需要用钱的地方多，小弟尚没有稳定的工作，她是担心老母亲的这笔钱被小弟拿去花掉，才替母亲保管起来以备不时之需，母亲却不理解她的苦心。

“我现在老了，身体不如从前，等着用钱，你拿在手里不给我，这是安的什么心？说句不好听的，这跟抢有啥区别？”李大妈气得直跺脚。

“在家里我是长女，付出了很多。对待儿女，母亲要一碗水端平，不能把重心偏向某个人。”周某某坦言，钱可以返还给母亲，同时也提出一个条件，要求母亲把另外 4 个子女都召集回来，由他们承担养老义务，以后母亲的生养死葬，她一律不会过问。

随后，承办法官向双方了解调解意向，试图寻找案件的突破口，虽经多次调解，但因双方意见分歧较大而未能达成调解协议。

承办法官认为，不当得利是指没有合法根据取得不当利益而使他人受损的行为，不当得利成立要件为在没有法律依据的情形下一方取得利益，另一方受损，得利与受损之间有因果关系。

本案中，原告李大妈委托被告周某某存款 4.8 万元，周某某将该款存入其丈夫及自己名下，在原告向其索要该款时却拒不偿还，周某某的行为构成不当得利。因此，李大妈要求周某某返还 4.8 万元的诉讼请求，于法有据，予以支持。

法官认为，赡养老人不仅是美德，也是法定义务，周某某作为李大妈的子女，以不履行赡养义务为返还原告钱款的前提条件，这显然

是不道德的，也是我国法律所不允许的，故对周某某的辩称理由，不应支持。

据此，枣阳法院依法判决被告周某某返还原告李大妈 4.8 万元。宣判后，承办法官再次向被告进行判后答疑，最终母女双方达成和解协议，并当场履行完毕。

### 【法官说法】

#### 积极保障老年人财产权益

老年人权益保障法第二十二条规定，老年人对个人的财产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利，子女或者其他亲属不得干涉，不得以窃取、骗取、强行索取等方式侵犯老年人的财产权益。本案中，被告周某某违背母亲意愿，不归还存款，显然侵犯了母亲的合法权益，案涉款项构成不当得利。原告李大妈作为不当得利之债的债权人，享有请求受益人返还不当利益的债权。

老年人财产是其安享晚年的重要物质保障，作为子女应当积极赡养年老父母，切不可私自占有和处分父母的财产。总之，老人一定要重视自身的合法权益，当遇到子女私自占有钱款的问题时，要冷静应对，积极通过合法的途径去解决，维护自己的财产安全和尊严。

## 为避免征信问题替前夫还房贷，能要回吗？

——法院：所还房贷属前夫个人债务时，女方代为偿还后有权追偿

（来源：人民法院报 作者：郭燕、朱永好、姜叶萌）

本报讯（记者 郭燕 通讯员 朱永好 姜叶萌）离婚后，替前夫偿还债务，还能向他追回吗？近日，上海市虹口区人民法院审理了这样一起追偿权纠纷案。

小雅和小昊曾是夫妻，婚后共同贷款购买了一处价值上千万的房产。三年后，因感情破裂，两人经法院判决离婚。根据该判决，两人共有的房子归小昊一人所有，剩余房贷由小昊负责偿还。同时，小昊需要支付小雅一笔房屋折价款。此前，由于夫妻双方无力偿还按揭贷款，小雅曾向其母亲借款 68 万元，其中 67 万元用于还房贷，1 万元用于小雅个人消费，但因离婚时该笔借款未到期，双方在离婚诉讼时未处理。

离婚判决后，小昊迟迟不还房贷造成逾期，银行多次催收无果。作为共同贷款人的小雅，也收到了银行方面的催还通告。为了不让自己的信用“背黑锅”，小雅又向母亲借款 40 万元，替小昊偿还银行已到期贷款。事后，小雅多次找小昊要钱，但小昊总是以各种理由推脱。一气之下，小雅将小昊告上法庭，要求其偿还借款还贷款项 100 余万元，并支付相应的利息。

审理中，小昊辩称，小雅向其母亲两笔借款还贷款的行为，分别发生在婚内和离婚判决生效前，均属于双方婚姻关系存续期间，所以小雅借款属于夫妻共同债务，应当由双方各半承担。关于借款利息，小昊认为，其从未同意小雅向其母亲借款并支付利息，即使存在借款也是无息的。此前，两人向小昊的姑妈借钱还贷，均未收取任何利息，因此小雅主张借款利息，无事实和法律依据。对于离婚判决后没有按期还贷款，小昊表示并非不愿还，而是双方还有其他债务没有处理完毕，且离婚判决在二审上诉期间，双方都有偿还的义务。

法院审理后认为，小雅对外借款归还贷款之事实，分别发生在婚内、离婚判决作出后，应当分别作出认定：

对于婚内借款，小雅向其母亲借款的目的，是用于归还双方共有房屋的贷款，属于法律规定的夫妻共同债务，应当由小雅、小昊各半承担，但是该借款中用于小雅个人消费部分，属于其个人债务，应予扣除。至于该部分借款利息，小雅未提供与其母亲约定利息的相关证据，法院不予支持。

对于离婚判决作出后的借款，因为判决确认剩余贷款由小昊一人偿还，此时小雅还贷款所借的款项，不应当再认定为夫妻共同债务，而是小雅使用该借款偿还法院判决确认属于小昊的个人债务即剩余房贷，故小雅依法有权向小昊追偿该部分还贷款项。关于该部分款项

的利息，对于双方来说，离婚判决后，小雅有判决理由和依据认为其已没有偿还剩余房贷的义务，小雅为避免自身征信问题的代偿行为，小昊是受益更大的一方，故对于小雅主张要求小昊支付该部分利息，法院予以支持。

最终，法院判决小昊偿还小雅款项 73.5 万元，并赔偿部分利息损失。

判决后，双方均未上诉，该案判决已生效。

### 法官说法

婚姻不仅是感情的契约，更是经济 and 责任的共担。在婚姻关系中，夫妻双方共同贷款用于购房、购车或者生产经营等是常见之事。然而，当婚姻走到尽头，如何处理这些共同债务，往往成为双方争执的焦点。

离婚不只是“一别两宽”，共同财产、债务也要分清。婚姻走到尽头，除了情感上的割舍，经济上的清算同样重要。离婚时夫妻双方在有能力和条件的情况下，尽量一揽子解决子女抚养、财产分割、债务承担等问题，避免今后发生新的纠纷。本案中，小雅、小昊就是在经法院判决离婚时，未能全部处理完夫妻双方共同债务，两人因长期拖延未决，生节外之诉。

离婚时，夫妻共同债务应共同偿还，但确定为一方个人债务的，则由该方自行承担。民法典规定，夫妻关系存续期间，夫妻一方对外

借款等债务，用于夫妻共同生活、生产经营等事项，应认定为夫妻共同债务，离婚时由双方共同偿还。但是双方一旦离婚，对于原夫妻共同债务，被依法确定属于一方个人债务，该方应当积极履行，避免产生不必要的诉讼风险和经济损失。本案中，小雅在婚内借款用于还房贷的部分，依法认定为夫妻共同债务，离婚时由双方各半承担；离婚后，小昊并未积极履行法院判决确认属于其个人债务即剩余房屋房贷的义务，小雅借款代为偿还后，有权向小昊追偿。

双方就夫妻财产分割之约定或裁判结果，不能对抗夫妻共同债务的债权人。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第三十五条规定，当事人的离婚协议或者人民法院生效判决、裁定、调解书已经对夫妻财产分割问题作出处理的，债权人仍有权就夫妻共同债务向男女双方主张权利。该规定符合合同相对性原理，即对于夫妻财产分割处理，仅对夫妻双方产生法律约束力，但是对于该夫妻共同债务的债权人不发生效力。诚然，若夫妻双方通过协议离婚或人民法院调解离婚，一方将夫妻共同财产全部处分给另一方所有，存在逃避个人债务情形的，债权人有权向人民法院申请撤销该财产分割约定或者调解协议。

→ 裁判动态

津南法院发布涉妇女儿童权益保护典型案例

(来源：天津市津南区人民法院)

7月4日，津南法院召开新闻发布会，会上介绍了该院《涉妇女儿童权益司法审判白皮书（2024）》和典型案例情况。此次发布的4个案例覆盖婚姻家庭、人身安全、财产权益等社会关切热点，以案释法，展现了津南法院为妇女儿童的健康发展提供有力司法服务和保障的责任与担当。

津南法院涉妇女儿童权益保护典型案例

1. 郭某与王某离婚纠纷案
2. 刘小某与刘某抚养费纠纷案
3. 白某申请人身安全保护令案
4. 李某诈骗案

案例一

郭某与王某离婚纠纷案

基本案情

郭某与王某均系再婚，婚后王某将户籍迁至郭某所在村，二人未生育子女，王某无偿帮助照顾郭某孙女长达十余年。婚后二人所在村集体经济组织拆迁整合，郭某作为家庭代表选取安置楼房，每年从中分得村民收益。后郭某因犯罪被判刑，王某在郭某服刑期间独自承担

家庭开支及孙女抚养费用。后郭某起诉离婚，王某同意离婚并提出经济补偿、分割还迁安置房及夫妻共同财产等请求。

### 裁判结果

法院生效判决认为，二人婚姻关系存续期间，王某长期照顾郭某年幼的孙女，投入了较多的家庭劳动，故判决郭某给予王某经济补偿。此外，根据双方所在农村集体经济组织拆迁安置政策，结合拆迁安置档案、村委会出具的证明等，能够确认郭某名下的安置楼房中包含王某个人应享有的拆迁安置面积，故依法判决郭某补偿王某相应折价款即村民收益。

### 典型意义

本案是肯定农村妇女家务劳动价值，并依法保障农村妇女经济组织成员权益的典型案例。离婚纠纷中，农村妇女常面临“劳务无偿化”、“财产边缘化”等问题，其集体经济组织成员权益亦有被侵害的可能。本案综合考虑女方承担较多家务劳动及作为农村集体经济组织成员同样享有的村民收益、拆迁安置待遇等，在离婚析产中，给予女方适当经济补偿和应得财产份额，体现了对农村妇女隐性劳动价值的尊重，也保护了农村妇女基于集体经济组织成员身份衍生的财产权益。

## 案例二

### 刘小某与刘某抚养费纠纷案

### 基本案情

2021 年居住在四川的刘小某邮寄诉讼材料，向户籍地在天津市津南区的父亲刘某提起抚养费诉讼。经津南区人民法院审理，判决刘某每月支付刘小某抚养费 2000 元。该判决生效后，刘某每月主动支付抚养费。2023 年 1 月，刘小某罹患病毒性脑炎、脑器质性精神障碍，生命垂危之际，其母高某联系法院请求刘某增加支付医疗费用。此时，刘小某通过提起诉讼的方式，显然无法立即解决就医问题，经承办法官与刘某多次沟通，刘某额外支付医疗费 5000 元。2024 年 3 月，母亲高某再次联系承办法官，称已带孩子来到天津，准备向刘某再次提起抚养费诉讼，要求对方支付上次抚养费判决后至今产生的大额医疗费用。

### 裁判结果

法院主动联系区司法局为该母子指派的法律援助律师，确定律师次日能来法院立案后，立即联系立案庭为刘某开辟绿色通道当日即完成立案。因刘小某母亲无力缴纳诉讼费用且孩子病情急需就医费用，承办法官建议此种情况下原告可依法申请缓缴诉讼费、先予执行部分医疗费，同时联系区民政局咨询异地困境儿童的救助政策。立案当日，承办法官即作出先予执行裁定书，次日执行局即冻结刘某存款 15000 余元。与此同时，母亲高某向法官提出，刘小某精神心理存在严重问题，思想偏激，甚至有自杀倾向，请求给予心理辅导，法院及时对接区妇联安排心理咨询师在亲情呵护室对刘小某进行免费心理疏导。同

时，联合家事调解员与刘某进行调解，双方虽就医疗费用给付金额未达成一致意见，但刘某已同意先带刘小某前往本地知名医院进行全面检查。最终，刘小某在立案两周后收到了增加给付抚养费 40000 余元的判决书，先予执行款项也汇入刘小某账户，刘小某及时住院接受治疗。判决生效后，刘小某申请执行，经执行局联系刘某现任妻子，讲明利害关系，刘某妻子主动拿出剩余款项，刘小某后续治疗费用得以保障。

### 典型意义

该案例充分体现出人民法院以保障未成年人合法权益为根本宗旨，主动联系司法行政部门、社会保障部门共同解决未成人面临的实际困难，通过立、审、执各环节积极响应、密切配合、协作联动，为未成年人提供更加高效、便捷的司法服务，切实维护未成年人的合法权益。

## 案例三

### 白某申请人身安全保护令案

#### 基本案情

申请人白某（女）与杨某系夫妻关系，婚后因杨某多疑、猜忌导致二人经常发生言语冲突，此后因矛盾升级，杨某对白某实施家庭暴力并威胁白某的近亲属。白某曾多次报警，但杨某仍然对白某及其家人进行跟踪尾随、言语侮辱、暴力威胁，使得白某及其家人长期生活

在恐惧中，故白某于 2024 年 12 月 4 日通过津南区妇联向法院申请人身安全保护令。

### 裁判结果

结合白某提交的报警记录、医疗诊断证明、微信聊天记录等证据及杨某的自认，法院认定杨某存在对白某及其近亲属殴打、辱骂、威胁、跟踪等行为。考虑到白某有遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险的情形，法院依法发出人身安全保护令。然而保护令发出一段时间后，承办法官进行回访时了解到，杨某仍存在言语辱骂、跟踪白某女儿（系其与前夫所生）及殴打白某的情况，也因此报过警。承办法官立即对杨某进行了依法训诫和警告，并责令其改正。在接受训诫后，杨某表示双方已经在离婚诉讼阶段，承诺以后将严格遵守人身安全保护令。在之后对白某的回访中得知，经过法院训诫后，杨某未再对其实施家庭暴力行为。

### 典型意义

家庭暴力并非仅仅是家庭内部的龃龉纷争，也是侵蚀家庭幸福根基的恶疾，更是危害整个社会公序良俗的毒瘤。人身安全保护令并非一纸空文，而是厚重的裁决、坚实的护卫，一旦作出，必须得到尊重和执行。无视人身安全保护令、公然违抗法院裁判是触犯司法底线，必将受到法律的严惩。本案中，人民法院发出人身安全保护令后积极进行回访，密切关注人身安全保护令的执行情况，对继续施暴行为进

行训诫，确保家暴受害者及时得到有效保护，督促施暴者真正认识并改正自身错误行为。

### 案例四

#### 李某诈骗案

##### 基本案情

被告人李某与代某某在“和平精英”游戏中锁定被害人郭某某（2012年6月5日出生），并通过快手 APP 添加郭某某为好友。为骗取郭某某钱款，代某某以送游戏皮肤、装备的名义，哄骗郭某某使用其姥爷王某某的手机操作，通过提供手机验证码、刷脸验证等方式，将被告人李某提供的支付宝账户绑定为王某某支付宝账户的亲情号，并分多次转走王某某支付宝账户内钱款共计人民币 7,237.78 元。后代某某、李某将骗得钱款挥霍。案发后，被告人李某被公安机关抓获归案，如实供述了上述事实。被告人李某已退还被害人及其家属人民币 7300 元并取得谅解。

##### 裁判结果

被告人李某以非法占有为目的，伙同他人通过网络寻找未成年被害人，采取虚构事实的方式骗取他人钱款，数额较大，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第二百六十六条之规定，犯罪事实清楚，证据确实、充分，应当以诈骗罪追究其刑事责任。被告人归案后如实供述自己的犯罪事实，属坦白，且自愿认罪认罚，依法予以从轻处罚。

其退赔被害人并取得谅解，酌情予以从轻处罚。最终，法院依法判决被告人李某犯诈骗罪，判处有期徒刑六个月，缓刑一年，并处罚金人民币三千元。缓刑考验期内，依法实行社区矫正。案件宣判后，被告人未上诉，公诉机关未抗诉。

### 典型意义

随着网络时代的发展，未成年人上网越来越普遍，互联网在给未成年人的学习和生活带来便利的同时，也带来一些风险。广大未成年人应增强防范意识、法治意识，切莫轻信“官方赠送”“低价充值”，注意保护个人信息，不随意向陌生人提供家庭地址及联系方式。同时，广大家长也应强化未成年人监管职责，关注未成年人身心健康，不可放任其沉迷游戏、无节制游戏消费，用心呵护未成年人茁壮成长。

## 法答网精选问答（第二十三批）——婚姻家庭专题

（来源：人民法院报）

**问题 1：夫妻一方起诉离婚时是否可以向另外一方主张分居期间子女的抚养费？**

答疑意见：从实体上看，《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）》第四十三条规定：“婚姻关系存续期间，父母双方或者一方拒不履行抚养子女义务，未成年子女或者不能独立生活的成年子女请求支付抚养费的，人民法院应予支持。”可见，分居期间未尽到对子女抚养义务的，未成年子女或者不能独立生活的成年子女可以请求支付抚养费。从程序上看，虽然离婚纠纷与抚养费纠纷属于两个不同案由，当事人也存在差别，但从减少当事人诉累的角度看，对于分居期间的抚养费，在离婚诉讼中一并处理效果更好，否则，子女还要再另外提起一个诉讼。

咨询人：北京市第三中级人民法院未成年人案件综合审判庭 刘 洋

答疑专家：最高人民法院民一庭 王 丹

**问题 2：离婚诉讼中，一方当事人为无民事行为能力人且没有其他成年近亲属可以担任监护人时，应如何处理？**

答疑意见：如果当事人还没有被依法认定为无民事行为能力人，程序上应先中止离婚诉讼，告知当事人通过特别程序认定民事行为能

力。在一方已经被认定为无民事行为能力人的情况下，需要由其配偶以外的监护人作为法定代理人代为诉讼。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第八十三条的规定，事先没有确定监护人的，可以由有监护资格的人协商确定；协商不成的，由人民法院在他们之中指定诉讼中的法定代理人。当事人没有父母、子女、其他近亲属等民法典第二十八条规定的监护人的，可以指定民法典第三十二条规定的有关组织（指民政部门、具备履行监护职责的居委会、村委会）担任诉讼中的法定代理人。对于题述情形，人民法院在离婚诉讼中可以依据上述规定直接指定有关组织作为该无民事行为能力人诉讼中的法定代理人。

咨询人：北京市高级人民法院民一庭 史智军

答疑专家：最高人民法院民一庭 王 丹

**问题 3：离婚协议中，就夫妻共同财产分割折价款的给付义务约定的违约金条款效力，应如何认定？能否对违约金进行调整？**

答疑意见：一、离婚协议就夫妻共同财产分割折价款给付义务约定的违约金条款的效力。民法典第四百六十四条规定：“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定。”据此，在民法典婚姻家庭编并未明确规定离婚协议中可以约定违约金，亦未加以禁止的情况下，有关离婚协议中约定违约金条款的问题，应当遵循民法典第四百六十四条的规定确定相应的法律适用规则。具体而言，对于约定的

违约金条款涉及纯粹身份关系内容的，除法律另有明确规定外，不宜认可其法律效力；对于离婚协议中的财产部分，则应当允许当事人约定违约金条款，此亦符合意思自治原则的要求。因此，夫妻双方针对共同财产分割产生的给付义务约定的违约金，如无其他影响该约定效力的事由，则应当认定该约定有效。

二、关于离婚协议中违约金能否调整的问题。民法典合同编允许当事人请求对违约金进行调整。如果合同中约定的违约金过分高于造成的损失，违约方可以请求人民法院予以适当减少，此旨在贯彻损失填平原则，更好体现民商事交易过程中的公平原则。而离婚协议中公平原则的体现方式与民商事交易中公平原则的体现方式并不相同。在涉离婚协议中，既不强调等价有偿，也不要求平均分配。同时，男女双方为了尽快离婚或者避免诉讼离婚，往往会在离婚协议中约定一些权利义务看似失衡的条款。这些条款系双方的真实意思表示，与公平原则并不冲突，其隐含的对价是对方配合办理离婚手续，快速了结双方之间的感情纠葛。以逾期付款违约金为例，该约定发挥着督促付款义务方按约付款的作用。此类纠纷发生时，男女双方通常已经办理了离婚手续，如果付款义务方违约，会导致等待取得折价款的一方因对方失信行为而难以尽快从双方之间的纠纷中解脱，故在处理涉及此种情形下的违约金调整问题时，除了依法参照适用民法典合同编及有关司法解释的规定外，更应侧重对诚信原则的遵循，考虑上述当事人约定违约金的具体场景来酌定。

咨询人：上海市杨浦区人民法院民事审判庭 孙婵琦

答疑专家：上海市高级人民法院民事审判庭 李 彦

## 债务人将财产低价转让给家庭成员，法院：恶意躲债，撤销！

（来源：山东省高级人民法院）

### 鲁法案例【2025】339

#### 案情简介

2019 年，被告甲从原告王某处借款 60000 元。后王某提起诉讼，法院于 2022 年 5 月依法判决被告甲偿还原告王某借款本金 60000 元及利息 7200.00 元，但被告甲未履行还款义务。原告王某在执行过程中发现被告甲、乙（甲方）与被告丙（乙方）于 2020 年 6 月签署《不动产买卖协议》，载明：“甲方将案涉房屋出售给乙方，商定案涉房屋（113.04 平方米）成交价为人民币十五万元，付款方式为一次性。”甲乙丙均签字并捺印。同日，被告甲与乙对案涉房屋变更了产权登记，房屋所有人变更为丙。经查，被告甲与被告乙是夫妻关系，被告丙系被告甲、乙之子。

现原告提起诉讼，请求撤销三被告之间签订的该《不动产买卖协议》。

#### 法院审理

法院认为，对于原告的合理诉求法院应予以支持。本案争议的焦点为：原告行使撤销权有无事实和法律依据。

第一，债务人转让财产时，转让价格是否是以明显不合理的低价，应当视具体情形综合分析认定。对“明显不合理的低价转让财产”进

行判断的时间基准应为事实上交易行为时；空间基准应为交易行为地。本案中，案涉房产 2022 年的市场指导价为每平方米 3088.00 余元，根据近年来本地房地产市场的走势，2020 年价格应不低于 2022 年的价格，故案涉房屋（113.04 平方米）以 15 万元的价格转让明显不符合常理，系“以明显不合理的低价转让财产”的行为。

第二，关于被告丙作为案涉房屋的购买方是否知道或应当知道该情形的问题。①本案的借款事实发生在 2019 年；②被告甲称与丙的房屋买卖的交易是以现金方式一次性交付，但三被告未提供现金交付的交易证明；③被告之间系父母子女关系。以上事实足以证明被告丙对被告甲的债务情况系明知，其买卖房屋的行为存在相互串通、具有逃避债务的主观故意。综上，原告行使撤销权符合法律规定，对其诉讼请求法院依法予以支持。

法院判决，撤销三被告就案涉房屋签订的《不动产买卖协议》；三被告于判决生效之日起七日内变更房产登记，恢复到变更前状态。

一审判决发出后，双方当事人均未提起上诉，一审判决已生效。

### 法官说法

本案主要涉及到债权人撤销权在家庭财产转让中的实现。债权人依据《中华人民共和国民法典》第五百三十九条提起撤销权诉讼，应当审查其行使撤销权有无事实和法律依据。即债权人的撤销权实现需基于以下两点，一是债务人以不合理的方式处分财产，二是相对人知道或应当知道该情形。

首先，关于债务人是否以不合理的方式处分其财产，应当视具体情形综合分析认定。此种情形下，债务人往往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，从而影响债权人的债权实现；其次，债务人的相对人知道或者应当知道该情形。通常情况下，主观的意愿需以客观的行为来体现，需要根据债务人与相对人的具体交易行为进行分析；最后，关于债权人撤销权在家庭财产转让中的实现，往往涉及到债务人与其家庭成员行为是否存在相互串通、具有逃避债务的主观故意，恶意串通行为作为相对无效的行为对待，当撤销权与恶意串通发生冲突时，应当优先保护行使撤销权的债权人的利益。

### 法条链接

《中华人民共和国民法典》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。

➔ 案例评析

《赡养协议》免除赡养义务，就真的无赡养义务了？ | 基层  
治理案例（家事纠纷篇）⑮

（来源：上海二中院 作者：杨青青）

在公房动迁安置利益分配过程中，认定同住人标准具有三个条件，其中居住满一年的标准认定，涉及到事实查明问题。有时因为举证困难及对方当事人的强烈否认，往往无法达到认定居住事实的证据优势。但倘若符合同住人标准的老人患有较严重的疾病，主张居住的当事人具有长期照顾老人的情节，且能结合其他证据印证居住情况的，可以认定其为同住人。

以案释法

卜某某和丈夫生育张某甲、张某乙、张某丙、张某丁、张某戊。卜某某患有肢体残疾二级，需人照顾，其丈夫及父母均已过世。2021年3月2日，卜某某与上海市杨浦第二房屋征收服务事务所有限公司签订《上海市国有土地上房屋征收补偿协议》，上海市杨浦区某房屋为公房，房屋用途为居住，承租人为卜某某。涉案房屋由上海市杨浦第二房屋征收服务事务所有限公司征收后，卜某某应获得征收补偿款共计4700100元，另有70000元奖励费。征收时，涉案房屋内在册户籍为七人，包括卜某某，张某甲及其配偶邵某某、女儿张某、外孙沈某某、张某乙。所有当事人均认可卜某某在该房屋内居住。对于张某

甲、邵某某的居住当事人亦不持异议。对于张某乙的居住，张某甲不认可，张某丁、张某戊陈述：“张某乙在照顾母亲的时候居住的”，张某丙陈述：“我们是轮流居住的……张某乙可能居住的多一点，对她的居住是认可的。”张某丙、张某丁、张某戊的代理人表示：“以当事人的陈述为准，认为张某乙没有长期居住，只是照顾母亲的时候居住，没有持续长期的居住”。在 2021 年 10 月 22 日的质证笔录中，当时卜某某健在，其代理人陈述：“张某乙从 2018 年开始照顾老人，在这里居住至动迁。现在也是张某乙照顾。张某乙符合同住人条件。”居委会在《居住补充说明》中“以上邻居证人都是户籍和居住在我们这里的居民”的字样上盖章。该证明书写了“2018 年 4 月起由张某乙全职照料母亲，2019 年 6 月起轮流照料”的内容。张某甲、张某丙、张某丁、张某戊、张某乙写有协议一份，载明为照料母亲达成协议，推荐张某乙照顾卜某某日常起居和饮食、医疗等具体事务。

**法院经审理认为**，自然人的合法民事权益受法律保护。案例中的房屋是公有住房，因被征收所获得的补偿款，由承租人与同住人共同享有。该房屋承租人卜某某，在房屋征收过程中其尚健在，且实际居住，考虑卜某某年老患有疾病且存在身体残疾等因素，在认定其可以享有动迁安置利益的前提下，还应当适当多分，酌定为 25%。因卜某某在案件审理过程中过世，未留有遗嘱，应当由其继承人按照法定继承办理。张某甲、邵某某户籍在内，且当事人对二人的居住并无异议，张某甲经法庭调查，当事人均认可其曾经居住，故依法也认定为同住人参与分配。对于张某乙，根据现有证据，因照顾母亲卜某某，其长

期居住在房屋内具有高度盖然性，其余当事人虽不完全认可其居住情况，但并未提供切实、充分的证据予以反驳。且张某乙未享受过福利分房，应当作为同住人参与分配。

综上，法院认定能够参与分配的为张某甲、邵某某、张某、卜某某（其部分作为遗产一并处理）、张某乙。卜某某应当享有的份额为 1192524.87 元。张某甲、邵某某、张某、沈某某不要求法院分割，故四人共同享有的份额为 2683180.96 元，张某乙享有的份额为 894393.65 元。对于卜某某的份额，应当由第一顺位继承人继承，众继承人也表示需要法院予以处理。从现有证据可见，众子女皆尽到了对卜某某的赡养，理应均分。卜某某已经获得动迁安置款 1410029.84 元，并已交付张某乙，因卜某某处分时共有物并未分割，故不能直接将交付张某乙的行为视为赠与，该处分实是无权处分。应当按照动迁安置需要进行分割。张某丁取得了奖励费 70000 元，也同样需要进行分配。

综上所述，法院依法计算并确定，张某甲、邵某某、张某、沈某某应当取得的动迁款共计为 2921685.94 元；张某乙应当取得的动迁款共计为 1132898.63 元。张某丙、张某丁、张某戊分别享有 238504.97 元。

### 法治建议

在公房动迁安置利益分配过程中，要认定同住人，需要具备户籍在内、居住满一年、他处无福利性质分房三个基本条件。其中户籍在

册、他处无福利分房均可以通过客观证据加以反映。但对于居住满一年的事实认定，有时候客观上确实无法查明。即证成的当事人没有充分证据证实，而证伪的当事人也没有证据予以反驳。此时，法院通常需要根据例如缴纳水电煤的凭证、证人证言等间接证据加以判断，但这些证据通常难以形成有效的证据链。倘若符合同住人标准的老人患有较严重的疾病，主张居住的当事人又具有长期照顾老人的情节，且能结合其他证据印证居住情况的，可以认定其为同住人。

**对此，建议如下：**

●公有住房征收中坚持倡导孝亲敬老。城市旧改进程中，基层组织在配合征收推进的过程中仍然要关注老年人权益的保障，以及对爱护、关心老人的行为给予肯定。实践中，居委会一般不会就被征收公房居住情况作出说明，但对确实弘扬优良家风的行为，应及时予以肯定。日常工作中，对辖区内高龄老人的居住、照顾及家庭情况可登记建档，必要时帮助缺乏证据意识的当事人。

●注重家庭文明建设。近年来，因房屋征收分割利益而引发的纠纷十分普遍。和睦的家庭互谦互让，平等协商，互相尊重，各自确实因城市旧改而获得实际利益；而缺乏沟通、相互攀比指摘、为夺利丧失诚信的家庭则往往因征收利益分割经历多年诉讼，不仅伤害了相互之间的亲情，还往往并未及时将征收利益转化为切实的生活利益，“多”败俱伤的情形不在少数。面对房屋征收带来的利益，每个家庭和每个自然人都须保持本性，实事求是，通过平等协商的方式消除分歧；也

可预防性约定权利义务清晰的协定，从源头避免家族矛盾。家和方能万事兴。

### 相关法条

《中华人民共和国民法典》第二条 民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护，任何组织或者个人不得侵犯。

第六条 民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。

长期照顾被征收房屋内的老人，是否享有征收补偿利益？ |

## 基层治理案例（家事纠纷篇）⑩

（来源：上海二中院 作者：裘泱泱）

实践中，子女间签订赡养协议分工赡养父母是比较常见的。赡养协议增加了赡养制度的灵活性，是实际生活中解决赡养问题的有效方法。根据法律规定，经老年人同意，赡养人之间可以就履行赡养义务签订协议。赡养协议的内容不得违反法律的规定和老年人的意愿。实际上，子女赡养父母既是道德上应该遵守的孝敬行为，也是法律规定的强制义务。即使赡养协议的签订经过了老年人的同意，亦不能完全免除子女对老年人的赡养义务。赡养协议签订后，如果老年人身体、经济等客观情况发生变化，在子女有能力赡养的情况下，子女不应当以赡养协议已免除自己的赡养义务为由拒绝承担。

### 以案释法

陈某甲的法定代理人陈某标与陈某乙、陈某丙、陈某丁均为陈某甲的子女，陈某甲的妻子已经死亡，2017 年陈某甲经法院判决宣告为无民事行为能力人。陈某甲现每月的养老金为 4250 元。证人吉某某出庭作证：每月保姆费 6000 元，后增至 6500 元。依据陈某甲自 2017 年至 2019 年 5 月的个人历史账户信息查询表，其同期的医药费现金支付部分为 12808.45 元。1999 年，陈某甲与子女签订家庭问题处理意见（以下简称《家庭意见》），载明：……自陈某丁搬出后，

父母的赡养、护理及寿终以后等全部费用及事项陈某丁均不负担……  
父母有生之年的生活居住费用（房租、水、电、煤等）由陈某标全部责任……

法院经审理认为，本案争议焦点是《家庭意见》能否免除陈某丁和陈某乙的赡养义务。根据法律规定，子女对父母有赡养扶助的义务，赡养老人是每个子女应尽的义务。虽然经老年人同意，赡养人之间可以就履行赡养义务签订协议，本案中，《家庭意见》亦经过陈某甲盖章确认，但子女赡养父母既是道德上应该遵守的孝敬行为，也是法律规定的强制义务，任何形式的赡养协议都不能完全免除子女对老年人的赡养义务，故陈某丁对陈某甲的赡养义务不因《家庭意见》的签订而得到完全免除。况且，《家庭意见》签订于 1999 年，距今已有二十年，现陈某甲已近 90 岁高龄，且无生活自理能力，其情况发生重大变化，所需的赡养费用有重大变动。基于此，陈某丁、陈某乙亦应承担赡养的责任。此外，《家庭意见》中由陈某标负责的是陈某甲居住方面的费用，而非全部赡养费，陈某标亦否认其愿意承担全部赡养义务。综上，陈某甲生活所需在扣除其养老金后的不足部分及另外的医药费应与其四子女分担。

### 法治建议

敬老爱老是中华民族的传统美德，赡养老人是每个公民的责任和义务。随着社会老龄化进程加快，如何处理好老年人的赡养问题是长期而艰巨的任务。在法律上，赡养义务是专属于赡养人对于被赡养人

的义务，该项义务具有人身专属性，是身份义务的一种。虽然赡养义务具有人身专属性，但赡养人之间仍可以就履行赡养义务签订赡养协议。赡养协议是赡养人之间就赡养义务的实际履行作出的事先安排，基于赡养协议产生的按份赡养义务之债属于赡养人之间的内部约定，并不当然拘束被赡养人。只有赡养协议内容未违反法律的规定和被赡养人的意愿时，赡养协议才可能有效。例如本案中，赡养协议中完全免除部分子女赡养义务的条款，就因违反赡养义务属于法定义务这一法律规定而无效。

同时，即使赡养人间订立了赡养协议并且经过被赡养人同意，赡养人在实际生活发生变化的情况下，比如父母的身体状况发生变化致医疗费等支出增加，父母的经济状况发生变化等，仍有权要求子女承担与协议约定内容和份额不同的赡养义务。在被赡养人客观情况发生变化，要求对赡养义务进行再次分配时，赡养费的数额，可以根据赡养人在生活、居住、医疗等方面的实际需要、被赡养人的收入情况、赡养人的负担能力和当地的实际生活水平确定。在赡养费的支付方式上，既可以通过金钱的方式支付，也可以通过实物的方式支付。有多个赡养人的，各子女应共同承担赡养费用。同时，赡养义务的履行，也不限于经济上的供养义务，还包括生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要，例如将被赡养人接到家中共同生活、经常探望被赡养人等。

综上，赡养协议是赡养人之间协商安排被赡养人赡养事宜的重要途径。在被赡养人的要求下或者经被赡养人同意，赡养人之间以及赡

养人与被赡养人之间均可以达成赡养协议。但赡养协议属于有关身份关系的协议，首先适用有关该身份关系的法律规定，没有规定的，根据其性质才参照《中华人民共和国民法典》合同编的规定。

对此，建议如下：

● 赡养老人本应尊重老人意见。赡养人之间签订赡养协议，首先应征得老年人的同意。老年人在签订后知情的，也可以对赡养协议进行追认。赡养人之间对赡养义务有争议或者老年人提出要求的，赡养人或者被赡养人所在的居民委员会、村民委员会可以主持签订赡养协议，并监督赡养协议的执行。

● 正确认识赡养协议的性质。父母子女之间的亲情，尊老爱幼的美德都不会因赡养协议的签订而消灭，我们应当认识到赡养问题不是简单的市场交易，有伦理、有道德、有法律基本义务的要求。认可赡养协议的效力，仅仅是尊重一定限度内家庭就赡养问题所作的协商，而赡养义务从不会因这种安排而被免除。因此，赡养协议应当避免完全免除部分子女赡养义务的约定。赡养义务属于法定义务，不得协议免除。赡养人不得以放弃继承权、被赡养人未尽抚养义务、老年人婚姻关系变化、财产分配不公等理由，拒绝履行赡养义务。

● 鼓励多种形式的赡养。基层组织日常要充分宣传赡养形式的多样性，鼓励子女从经济资助、生活照料、精神慰藉等多个方面赡养老人，考虑老人的特殊需求；引导多子女家庭分工协作，共同照顾好老年人的晚年生活。

## 相关法条

《中华人民共和国民法典》第一千零六十七条 父母不履行抚养义务的，未成年子女或者不能独立生活的成年子女，有要求父母给付抚养费的权利。成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。

《中华人民共和国老年人权益保障法》第十四条 赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要。赡养人是指老年人的子女以及其他依法负有赡养义务的人。赡养人的配偶应当协助赡养人履行赡养义务。

第十八条 家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人。用人单位应当按照国家有关规定保障赡养人探亲休假的权利。

第十九条 赡养人不得以放弃继承权或者其他理由，拒绝履行赡养义务。赡养人不履行赡养义务，老年人有要求赡养人付给赡养费等权利。赡养人不得要求老年人承担力不能及的劳动。

第二十条 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。基层群众性自治组织、老年人组织或者赡养人所在单位监督协议的履行。

第二十四条 赡养人、扶养人不履行赡养、扶养义务的，基层群众性自治组织、老年人组织或者赡养人、扶养人所在单位应当督促其履行。

第七十五条 老年人与家庭成员因赡养、扶养或者住房、财产等发生纠纷，可以申请人民调解委员会或者其他有关组织进行调解，也可以直接向人民法院提起诉讼。人民调解委员会或者其他有关组织调解前款纠纷时，应当通过说服、疏导等方式化解矛盾和纠纷；对有过错的家庭成员，应当给予批评教育。人民法院对老年人追索赡养费或者扶养费的申请，可以依法裁定先予执行。

## 泰和泰研析 | 从宗某某豪门遗产案看非婚生子女继承法律问题

(来源: 泰和泰律师 作者: 瞿龙)

### 引言

近日, 多家媒体报道, 自称是企业家宗某某子女的三名原告向香港法院起诉, 追索高达 21 亿美元的信托资产, 又向杭州中级法院起诉, 要求继承宗某某在某集团有限公司名下 29.4% 的股权, 被告为宗某某的长女, 三名原告称是被告“同父异母弟妹”该消息吸引了很多人的关注, 让其家族财富进入公众视野, 这不仅是豪门家族遗产继承的内部婚姻家庭事务, 也是涉及公司股权相关 (如股权继承、股权结构变化等) 的公司法相关法律问题, 让这家老牌知名企业备受关注。

法律人深有体会, 继承纠纷涉及当事人隐私信息, 网上各种消息和观点看似热闹, 其实公开的信息不仅非常有限, 而且在未参与案件办理未查阅案件材料的情况下, 网上公开的信息并不全面, 甚至真假难辨, 案外人得知的信息和案件的当事人掌握的信息往往存在信息不对称的情况, 可能得知的信息与实情相差巨大。

仅从公开的信息尚不足以了解案件的全貌, 遗产继承纠纷中, 有无遗嘱或者遗赠扶养协议以及遗嘱或遗赠扶养协议是否有效、继承人范围、遗产范围, 是继承纠纷的热点问题和关键问题。本文假设在不同场景下, 对遗产继承纠纷几个法律热点问题进行探讨。为简化表述, 文中人物表述为: 宗某某 (被继承人)、三原告 (宗某某长女的同父异母弟妹三人)、被告 (宗某某长女、婚生女)。

## 一、假设：原告父母与宗某某未结婚，三原告为非婚生子女

（一）假设原告三人系被继承人宗某某的非婚生子女的信息属实，三原告是否享有与婚生子女同等的继承权？

根据《民法典》第一千零七十一条第一款规定：“非婚生子女享有与婚生子女同等的权利，任何组织或者个人不得加以危害和歧视。”所以，三原告如果确实是被继承人的亲生子女，即使是非婚生子女，也享有与婚生子女同等的权利。需要注意的是，享有同等的权利并不简单等于继承相等份额和/或相等金额的遗产，即使在法定继承情形下，法律规定了丧失继承权的情形、应当不分或者少分、可以多分等不同具体情形。比如，根据民法典规定：“对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。”

《民法典》第一千一百二十三条规定：“继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理。”有消息称，被告团队出示了一份 2020 年的遗嘱副本，声称父亲已明确将境外全部资产留给她一人，假设这份遗嘱真实有效，根据法律规定，应当按照遗嘱继承办理。也有消息称，该份遗嘱存在有利害关系的人作为遗嘱见证人等程序上的瑕疵，这个问题的讨论详见后文。从公开的信息分析，该案原告主张适用的是法定继承的遗产继承方式，被告主张按照被继承人的遗嘱进行继承。

（二）在证明继承人身份问题上婚生子女与非婚生子女有无区别？

一般来讲，婚生子女在证明自己是被继承人的婚生子女这一身份或实事的情况下，通常可以认定其法定继承人的身份，即具有法定继承人资格，其他特殊情形不是本文探讨的重点，在此不作赘述。例如：宋某方诉庄某霞法定继承纠纷案[1]，裁判要旨：夫妻双方在婚姻存续期间一致同意通过辅助生殖技术生育子女的，若女方于婚姻存续期间受孕成功，即使子女出生时间发生在双方离婚之后，或者所生子女与一方或双方不具有血缘关系，仍应当认定所生子女系双方的婚生子女。该子女在其父或母去世后具有第一顺位法定继承人资格，其监护人不得擅自作出放弃继承权的意思表示。非婚生子女要证明自己继承人的身份，通常需要证明自己与被继承人有血缘关系。在继承纠纷实践中，因为被继承人已经死亡，亲子鉴定可能存在困难。司法实践中，非婚生子女确认与被继承人亲子关系常见的方式有两种：亲子鉴定和亲子关系推定。《法医类司法鉴定执业分类规定》（司规[2020]3号）第三十四条第二款规定：“法医物证鉴定包括个体识别，三联体亲子关系鉴定，二联体亲子关系鉴定，亲缘关系鉴定，生物检材种属和组织来源鉴定，生物检材来源生物地理溯源，生物检材来源个体表型推断，生物检材来源个体年龄推断以及与非人源生物检材相关的其他法医物证鉴定等。”实践中，常见的亲属关系鉴定为亲子关系鉴定和亲缘关系鉴定。继承纠纷发生在被继承人死亡之后，可能因为被继承人火化之后无法取得检材导致客观上无法通过亲子鉴定确认亲子关系。有消息称，原告方提交了其中一名原告的出生证明，并申请调取宗某某2023年在某医院的血液样本做DNA比对，若消息属实，该原告可能

通过亲子鉴定确认其与被继承人是否存在亲子关系。出生医学证明是证明亲子关系的常见证据之一，但是，非婚生子女单独仅凭出生医学证明能否证明亲子关系，需要根据具体情况分析。关于亲子关系的推定，《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）》第三十九条规定：“父或者母向人民法院起诉请求否认亲子关系，并已提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以认定否认亲子关系一方的主张成立。父或者母以及成年子女起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以认定确认亲子关系一方的主张成立。”根据上述规定，父或者母以及成年子女起诉请求确认亲子关系，能够提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以认定确认亲子关系一方的主张成立。但是，在继承纠纷中，婚生子女与非婚生子女之间是否能适用亲子关系推定的规定，实务中存在不同的观点。

### （三）非婚生子欲继承遗产，婚生子女有无义务配合做亲子鉴定？

一种观点认为，婚生子女不配合婚生子女做亲子鉴定的，继承案件可适用“亲子关系推定”，另一种观点认为，亲子关系推定规则的适用主体为亲子关系纠纷中的父母子女之间，非婚生子欲继承遗产，婚生子女无义务配合做亲子鉴定，不适用适用“亲子关系推定”。司法实践中，一般认为，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第三十九条规定，亲子关系推

定的适用主体为亲子关系纠纷中的父母子女之间，在继承纠纷案件中，若被继承人已去世，非婚生子提出要求婚生子女配合亲子关系鉴定或亲缘关系鉴定，婚生子女拒绝配合的，不能直接据此推定非婚生子与被继承人存在亲子关系。如：王\*\*、卢\*等法定继承纠纷案[2]，二审法院认为：……。关于上诉人原审时申请被上诉人作为婚生子女配合其作亲缘关系鉴定的意见，缺乏法律依据，且亲缘关系鉴定适用主体应为父母子女之间，故原审对此不予准许，并无不当。……。

### 二、假设：无遗嘱且原告能证明其亲子关系，原告能否取得股东身份？

《公司法》第九十条规定：“自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。”如上所述，原告需证明是被继承人的合法继承人，在此不再赘述，同时，还要看公司章程是否另有规定。

#### （一）确定遗产范围

假设宗某某与原配在婚姻关系存续期间用夫妻共同财产出资，持有某集团有限公司 29.4%的股权，若宗某某与原配没有签订财产协议也没有离婚，29.4%的股份属于夫妻共同财产，根据《民法典》第一千一百五十三条第一款规定：“夫妻共同所有的财产，除有约定的外，遗产分割时，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。”29.4%股权的一半即 14.7%为宗某某的遗产；如果宗某某已经离婚并在离婚时对夫妻共同财产中的该股权进行了

分割处理，则需根据离婚协议约定或离婚判决书/调解书的内容进行分析；如果宗某某夫妻之间签订了有效的书面财产协议，对夫妻财产的归属进行了有效的约定，比如约定该公司 29.4% 股权为宗某某的个人财产，则 29.4% 股权为宗某某的遗产。

**（二）假设宗某某持股的公司为国有企业参股的公司，且公司章程对继承股东资格无特别规定，三原告为外国籍，能否取得股东身份？**

原告主张继承股东资格并取得公司股东身份，应当符合相关法律规定，若公司实际控制人变更需要履行相应审批手续的，应当履行相应审批手续。《国有企业参股管理暂行办法》第二条规定：“本办法所称国有企业是指各级国有资产监督管理机构履行出资人职责的企业及其子企业，参股是指国有企业在所投资企业持股比例不超过 50% 且不具有实际控制力的股权投资。”《中华人民共和国外商投资法》第二条规定：“在中华人民共和国境内（以下简称中国境内）的外商投资，适用本法。本法所称外商投资，是指外国的自然人、企业或者其他组织（以下称外国投资者）直接或者间接在中国境内进行的投资活动，包括下列情形：……。”若相关行业法律法规禁止或限制外商投资准入或外资持股比例，那么外国身份的继承人可能无法成为股东无法获得公司股东身份，其有权继承的股权份额可折价由继承人取得相应的价款。《外商投资准入特别管理措施（负面清单）》（2024 年版）第一条规定：“《外商投资准入特别管理措施（负面清单）》（以下简称《外商投资准入负面清单》）统一列出股权要求、高管要

求等外商投资准入方面的特别管理措施。《外商投资准入负面清单》之外的领域，按照内外资一致原则实施管理。境内外投资者统一适用《市场准入负面清单》的有关规定。”

### （三）公司章程是否另有规定。

公司法对继承股东资格的问题进行了明确的规定，但实务中的情况是多种多样的，比如，公司章程对自然人股东资格继承问题有规定但内容不明确，或者对股东退出情形有规定但未明确规定股东资格不得继承，或者对自然人股东去世后股权的处理已经作出了规定但未明确去世股东的股东资格不能继承的，继承人在继承股东资格的过程中若产生争议，判断公司章程有无对股东资格继承问题作出例外规定往往会成为双方争议的焦点问题。

### 【案例】

启东市某某房地产开发有限公司、周某股东资格确认纠纷案[3]

最高人民法院二审认为，……，判断本案中周某是否有权继承其父周某某的股东资格，关键在于解读某某公司章程有无对股东资格继承问题作出例外规定。……。2015 年 1 月 10 日某某公司章程第七条在前述章程规定基础上增加第三款规定“对正常到龄退休、长病、长休、死亡的股东，应及时办理股权转让手续，股东退股时，公司累计有盈余的，持股期间按本人持股额每年享受 20%以内回报”。周某某自 2011 年诊断患病，至 2015 年 12 月 4 日去世，前述章程的修订，其作为法定代表人均有参与，且签字确认。公司章程作为公司的自治规则，是公司组织与活动最基本与最重要的准则，对全体股东均具有

约束力。正确理解章程条款，应在文义解释的基础上，综合考虑章程体系、制定背景以及实施情况等因素加以分析。首先，如前所述，某某公司自 2007 年以来先后经历五次章程修订。自 2009 年起章程中删除了继承人可以继承股东资格的条款，且明确规定股东不得向股东以外的人转让股权，可以反映出某某公司具有高度的人合性和封闭性特征。其次，周某某去世前，2015 年 1 月 10 日的公司章程第七条第三款对死亡股东股权的处理已经作出了规定，虽然未明确死亡股东的股东资格不能继承，但结合该条所反映的某某公司高度人合性和封闭性的特征，以及死亡股东应及时办理股权转让手续的表述，可以认定排除股东资格继承是章程的真实意思表示。再次，周某某去世之前，股东郁尚新、曹敏华在离职时均将股权进行了转让，不再是某某公司的在册股东，某某公司亦根据章程规定支付了持股期间的股权回报款。该事例亦进一步印证了股东离开公司后按照章程规定不再享有股东资格的实践情况。因此，纵观某某公司章程的演变，并结合某某公司对离职退股的实践处理方式，本案应当认定公司章程已经排除了股东资格的继承。

### 三、假设：被继承人生前订立了遗嘱，遗嘱是否有效？

遗产继承纠纷案件，若无法协商调解解决纠纷的，一方提供遗嘱并主张按照遗嘱继承遗产的，遗嘱的效力往往会成为原被告双方争议的焦点问题。提供遗嘱一方会认为遗嘱有效，主张按照遗嘱继承，对方则会在遗嘱订立的程序、立遗嘱人订立遗嘱时是否具备完全民事行

为能力、遗嘱是否符合法定形式要件等方面提出抗辩，寻找遗嘱无效的情形和事由，主张按照法定继承的方式继承遗产。

### （一）遗嘱是否存在瑕疵？

有消息称，被告团队出示了一份 2020 年的遗嘱副本，声称父亲已明确将境外全部资产留给她一人。但这份遗嘱存在程序瑕疵，其见证人仅为两名某公司高管，没有家庭成员在场。从公开的信息中，尚不知道该份遗嘱的形式，根据民法典规定，应当有两个以上见证人在场见证的遗嘱形式如：录音录像遗嘱、代书遗嘱、打印遗嘱、口头遗嘱。且法律对不能作为遗嘱见证人的人员进行了规定，《民法典》第一千一百四十条规定：“下列人员不能作为遗嘱见证人：（一）无民事行为能力人、限制民事行为能力人以及其他不具有见证能力的人；（二）继承人、受遗赠人；（三）与继承人、受遗赠人有利害关系的人。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉继承编的解释（一）》第二十四条规定：“继承人、受遗赠人的债权人、债务人，共同经营的合伙人，也应当视为与继承人、受遗赠人有利害关系，不能作为遗嘱的见证人。”笔者的疑问是，从被继承人宗某某以及被告的经历、身份、学识等综合情况看，被继承人订立遗嘱时应当会咨询专业律师并注意订立的遗嘱符合遗嘱的法定形式要件，被告在提交遗嘱副本时，也会注意与律师团队分析遗嘱是否符合法定形式要件以及对遗嘱效力进行分析后，再出示该份遗嘱。因此，被告提供的遗嘱是否存在瑕疵、是否有效，尚未到下结论之时。

### （二）遗嘱见证人仅为某公司高管？

从被继承人的身份、经历等信息分析，被继承人在订立遗嘱的过程中应当会咨询法律人士并注意让订立遗嘱的符合法律规定，如果订立需要见证人在场的遗嘱，即使被继承人疏忽了或者因为涉及个人隐私信息的考虑，被继承人在订立遗嘱时没有咨询专业法律人士，但被告提交了该遗嘱副本，根据被告的知识、经历、身份等信息，或许有这么一种可能，被告是在与律师团队对该份遗嘱的情况进行综合分析之后才向法院提交的呢？进一步分析，或许有这么几种情况：

1. 订立了需要见证人在场见证的某种形式的遗嘱，见证人仅为公司高管，但有该份遗嘱比没有好，所以提交了。也或许除了遗嘱之外，还有其他证据可以佐证遗嘱有效，比如在订立遗嘱过程中进行了录音录像，可以佐证该遗嘱的效力。

2. 自书遗嘱法律并没有规定应当有两个以上见证人在场见证，根据民法典规定，自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。若被继承人在订立自书遗嘱过程中为了避免以后遗嘱执行过程中的困难，让某位在家族中有一定话语权或者一定威望的亲人朋友作见证，也是常见的，一般来讲，自书遗嘱符合法律规定的要件的，一般应当认定为有效。既然法律不要自书遗嘱需要见证人在场见证，那么，自书遗嘱立遗嘱人在订立遗嘱时，即使让有一定利害关系的人作为见证人，也不应当据此否认自书遗嘱的效力。当然，自书遗嘱还有无其他不符合自书遗嘱法定要件的情形，需要具体问题具体分析。

3. 订立了需要见证人在场见证的某种形式的遗嘱，虽然有公司高管作为见证人之一，但另外还有两名以上无利害关系的合格见证人在

场见证。不同遗嘱形式的法定要件也有所不同，比如自书遗嘱、公证遗嘱，法律并没有规定应当有两个以上见证人在场见证，目前公开的信息并不知道遗嘱的具体形式，遗嘱是否成立是否有效，需根据具体情况进行分析。

### （三）遗嘱的解释应探寻被继承人的内心真意

被继承人的法律知识、文化水平、经济能力、家庭关系等情况各不相同，遗嘱形式和内容也各不相同，比如录音录像形式的遗嘱、口头遗嘱的立遗嘱人口语表达上意思不够清楚明确或者前后表述存在歧义，这种情况下，应探寻被继承人的内心真意，探寻其内心的真实愿望。

#### 【案例】

简某甲诉简某乙等四人遗嘱继承纠纷案[4]——探求遗嘱人的内心真意是遗嘱解释的首要原则

裁判要旨：遗嘱是典型的要式行为、死因行为、无相对人的单方法律行为，与合同等双方法律行为存在本质区别，故遗嘱解释不同于一般的合同解释。被继承人立遗嘱的本意是希望其所立的遗嘱能够生效，并能够按照遗嘱人的真意来处理遗产。因此，遗嘱的解释应探寻被继承人的内心真意，力求符合遗嘱愿望，而非仅仅因遗嘱存在个别错误或部分歧义而轻易否定其效力。

### （四）遗嘱是否有效？

遗嘱效力的审查应当注意遗嘱是否符合法定形式要件、是否具有完全民事行为能力，是否因遭受欺诈、胁迫等原因订立的遗嘱。遗嘱

应当反映被继承人真实的意思，如果有证据证明被继承人在遭受欺诈、胁迫的情形下订立的遗嘱，因该遗嘱不是被继承人的真实意思表示，不能反映被继承人对遗产安排的内心真实意愿，应当对该遗嘱效力作出否定性评价，应认定遗嘱无效。《民法典》第一千一百四十三条规定：“无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所立的遗嘱无效。遗嘱必须表示遗嘱人的真实意思，受欺诈、胁迫所立的遗嘱无效。伪造的遗嘱无效。遗嘱被篡改的，篡改的内容无效。”

#### 四、假设：遗嘱有效，老年人等特殊人群利益如何保护？

##### （一）为老年配偶保留必要的份额

《中华人民共和国老年人权益保障法》第二十二条第三款规定：“老年人以遗嘱处分财产，应当依法为老年配偶保留必要的份额。”

##### （二）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

《民法典》第一千一百四十一条规定：“遗嘱应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉继承编的解释（一）》第二十五条规定：“遗嘱人未保留缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的遗产份额，遗产处理时，应当为该继承人留下必要的遗产，所剩余的部分，才可参照遗嘱确定的分配原则处理。继承人是否缺乏劳动能力又没有生活来源，应当按遗嘱生效时该继承人的具体情况确定。”

#### 【案例】

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遗产份额——刘某与范小某遗嘱继承纠纷案[5]

### 基本案情

范某与吉某原系夫妻关系，于 1989 年育有范小某，后二人离婚，范某 2011 年与刘某再婚。范小某自 2006 年即患有肾病并于 2016 年开始透析治疗，2020 年出现脑出血。范某 2021 年 6 月订立自书遗嘱一份，载明：“我所有的房产及家里的一切财产，待我百年后，由妻子刘某一人继承，产权归刘某一人所有。”2021 年 11 月，范某去世。刘某诉至法院，要求按照遗嘱内容继承案涉房屋。诉讼中，范小某辩称其身患重病，丧失劳动能力，亦无生活来源，范某虽留有遗嘱，但该遗嘱未按照法律规定为其留有必要份额，故该遗嘱部分无效，其有权继承案涉房屋的部分份额。

### 裁判情况

审理法院认为，范某在自书遗嘱中指定刘某为唯一继承人虽是其真实意思表示，但因范小某作为范某的法定继承人身患肾病多年，缺乏劳动能力又无生活来源，故应为其保留必要份额。结合案涉房屋价值和双方实际生活情况，酌定由刘某给付范小某房屋折价款。遂判决：案涉房屋由刘某继承，刘某给付范小某相应房屋折价款。

### 典型意义

《中华人民共和国民法典》第一千一百四十一条规定：“遗嘱应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。”该条规定的必留份制度是对遗嘱自由的限制，旨在平衡遗嘱自由和法

定继承人的利益，以求最大限度保护缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的生存权利。遗嘱人未为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留遗产份额的，遗产处理时，应当为该继承人留下必要的遗产，所剩余的部分，才可参照遗嘱确定的分配原则处理。本案裁判通过房屋折价补偿的方式，既保障了缺乏劳动能力又没有生活来源的范小某的权益，又尊重了范某遗嘱中财产由刘某继承的遗愿，实现了保护弱势群体权益和尊重遗嘱自由的有效平衡。

### 五、结 语

继承纠纷产生的根源复杂多样，财产争议、爱与亲情、观念差异、情感裂痕等，为减少和避免因遗产继承产生纠纷，应当重视生前规划和财富传承工具的运用，《民法典》第一千一百三十二条规定：“继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题。遗产分割的时间、办法和份额，由继承人协商确定；协商不成的，可以由人民调解委员会调解或者向人民法院提起诉讼。”常言道“家和万事兴”，不是每一个继承纠纷都要对簿公堂，让互谅互让成为成为矛盾化解的减震器，让法理情促进和睦团结，留下家的亲情和温度。正如有人说：让法律成为亲情的守护者而非终结者，或许是我们研究遗产继承法律问题的意义。

### 注 释

[1]案例来源：人民法院案例库，入库编号：2024-14-2-029-001，宋某方诉庄某霞法定继承纠纷案——婚内人工受孕离婚后所生子女的继承权保护；仅摘录案例中与本文探讨主题相关的部分内容，案例信息可能经隐私处理，如需引用或者阅读完整内容请与原文书核实，下文相同，不再提示。

[2]案例来源：(2021)粤 13 民终 9082 号民事判决书。

[3]案例来源：(2018)最高法民终 88 号民事判决书

➔ 业务研究

## 国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权分配的方法论

(来源:《武大国际法评论》2025 年第 3 期 作者:刘阳)

**摘要:**《海牙国际性非法诱拐儿童民事事项公约》将国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权分割为国际诱拐儿童返还事项管辖权(先决事项管辖权)和国际诱拐儿童监护事项管辖权(主要事项管辖权),且二者的管辖权标准不尽一致。国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权分割方法兼具私法法理基础和公法法理基础。在分割方法的运用过程中,国际诱拐儿童返还事项管辖权大多维持静态模式,但国际诱拐儿童监护事项管辖权规则带有原生转移机制,偏向动态模式。动态模式的根本目的在于平衡诱拐来源地国和诱拐目的地国的司法管辖利益。我国尚未制定国际诱拐儿童返还事项管辖权规则,纯国内监护事项管辖权规则亦无法确定国际诱拐儿童监护事项管辖权。对此,我国宜采取分割方法,在国际诱拐儿童返还事项中将诱拐目的地作为专属管辖权连结点,并规定国际诱拐儿童监护事项管辖权规则的动态模式。

**关键词:** 国际诱拐儿童返还; 国际诱拐儿童监护; 国际民事裁判管辖权; 诱拐来源地国管辖; 诱拐目的地国管辖; 分割方法

### 目次

- 一、国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权分割方法的兴起
- 二、国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权分割方法的法理
- 三、国际诱拐儿童返还事项管辖权的确定

### 四、国际诱拐儿童监护事项管辖权的确定

### 五、国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权分割方法的启示

### 六、结语

当跨国婚姻家庭关系破裂后，父母跨国诱拐子女(International Parental Child Abduction)的情形随之出现。各国对父母跨国诱拐子女纠纷的定性尚不统一。有些国家认为父母跨国诱拐子女构成刑事犯罪，有些国家将之视为涉外家庭法纠纷。例如，在 F. v. N. 案中，加拿大最高法院指出，国际诱拐儿童不仅牵涉两个不同的法域，而且攸关不同的家庭法传统。父母跨国诱拐儿童在中国属于私法事项。如何确定国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权是亟待解决的难题。

国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权应在诱拐来源地国法院 (A Court in the Abducted-from Country) 和诱拐目的地国法院 (A Court in the Abducted-to Nation) 之间实现对国际诱拐儿童民事纠纷治理权的合理分配。诱拐来源地国法院，是指儿童被非法转移或滞留前惯常居所地国法院。诱拐目的地国法院，是一些文献亦将其称为“滞留发生地国法院” (The Court of the Country Where Retention has Occurred)、 “避难国法院” (The Court of the State of Refuge) 或“被请求国法院” (The Court of the Requested State)。为行文方便，笔者统一使用“诱拐目的地国法院”的表述。

迄今，中国学者对国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权的研究较少。在实践中，国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权的确定普遍采取分割方

法，即国际诱拐儿童民事诉讼程序被分割为国际诱拐儿童返还程序和  
国际诱拐儿童监护程序，相关法院分别依不同标准先后确定二者的管  
辖权。例如，在 *Friedrich v. Friedrich* 案中，博格斯（Boggs）法  
官指出，诱拐目的地国法院有管辖权裁决国际诱拐儿童返还事项，但  
无权裁决国际诱拐儿童监护事项。在 *F. O. v. D. B.* 案中，加拿大  
魁北克省蒙特利尔高等法院亦指出，国际诱拐儿童返还事项由诱拐目  
的地国法院行使管辖权，但国际诱拐儿童监护事项一般由诱拐来源地  
国法院行使管辖权。本文拟对分割方法的兴起、分割方法的法理、分  
割方法的运用和分割方法的启示展开研究，以便对分别编撰中国国际  
诱拐儿童返还事项管辖权规则和中国国际诱拐儿童监护事项管辖权  
规则有所启发。

### 一、国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权分割方法的兴起

在国际私法中，分割方法发轫于涉外民事法律选择领域，但其适  
用范围不止于此。例如，为促进外国判决的执行，分割方法在外国判  
决执行领域运用甚广。分割方法亦延伸至国际民事裁判管辖权领域，  
如涉外不动产管辖权的分割和涉外知识产权管辖权的分割等。国际诱  
拐儿童案件民事裁判管辖权分割方法的产生可追溯至 1980 年《海牙  
国际性非法诱拐儿童民事事项公约》（*Convention on the Civil  
Aspects of International Child Abduction*）（以下称《海牙诱拐  
公约》）第 16 条。《海牙诱拐公约》第 16 条规定：在收到第 3 条所  
述非法转移或滞留儿童的通知后，诱拐目的地国司法和行政机关不应

对监护权的实质内容作出裁决，除非已经决定依本公约不返还儿童，或者在收到通知后一段合理期间内无人依本公约提出申请。该条文将国际诱拐儿童民事诉讼程序分割为国际诱拐儿童返还问题和国际诱拐儿童监护问题，每个问题都要进行单独的管辖权分析。例如，在 Carlson v. Switzerland 案中，欧洲人权法院指出，《海牙诱拐公约》第 16 条力求确保国际诱拐儿童监护程序不会预先决断(Prejudge)国际诱拐儿童返还程序，两套诉讼程序的分离使相关法院能够谨慎对被诱拐儿童的跨国返还问题作出裁决。在 Father v. Mother and Others 案中，坎波斯·桑切斯—博多纳 (Campos Sánchez-Bordona) 法官亦指出，尽管国际儿童返还之诉和国际儿童监护之诉皆攸关被诱拐儿童，但性质和目的截然不同，因此，二者彼此独立，不可互换。1989 年《关于国际儿童返还的美洲公约》(Inter-American Convention on the International Return of Children) 第 15 条规定，返还儿童的事实不影响国际诱拐儿童监护事项裁决。2001 年斯里兰卡《国际儿童诱拐民事方面的法律》(Civil Aspects of International Child Abduction Act) 第 19 条规定，斯里兰卡高等法院根据该法第 10 条作出的国际诱拐儿童返还裁决不得被视为国际诱拐儿童监护裁决。2022 年菲律宾《关于国际儿童诱拐案件的规则》(Rules on International Child Abduction Cases) 第 32 条亦规定，受理国际诱拐儿童返还纠纷的菲律宾家事法院不得对监护权的实质内容作出裁决，而且国际诱拐儿童返还事项裁决不得被视为国际诱拐儿童监护事项裁决。

分割方法的问题在于，如何处理国际诱拐儿童返还程序和国际诱拐儿童监护程序的关系？国际诱拐儿童返还程序普遍被认为属于先决诉讼程序。例如，在 *Vujica v. Croatia* 案中，欧洲人权法院指出，《海牙诱拐公约》第 16 条禁止诱拐目的地国法院在跨国返还儿童之诉未决时对国际诱拐儿童监护问题作出裁决。1986 年澳大利亚《家庭法（诱拐儿童公约）条例》 [Family Law (Child Abduction Convention) Regulations] 第 19 条规定，若当事人诉请返还被诱拐儿童，则相关法院裁决该问题之前不得作出国际诱拐儿童监护判决，但临时监护判决除外。2010 年新加坡《国际儿童诱拐法》 (International Child Abduction Act) 第 13 条第 1 款亦规定，若原告根据本法第 8 条向新加坡高等法院提出国际诱拐儿童返还申请，则任何法院不得在任何诉讼中对儿童的监护、照料或探视作出任何裁决，直至新加坡高等法院对国际诱拐儿童返还事项作出裁决。那么，国际私法分割方法的适用范围是否包括对国际私法先决问题与主要问题之间的分割？学理上存在两种观点。一是肯定说。因国际私法分割方法的基本特征是化整为零，故其涵盖对国际私法先决问题与主要问题的分割。二是否定说。因先决问题与主要问题系从属关系，故国际私法分割方法排除对国际私法先决问题与主要问题的分割。本文认为，国际私法先决问题与主要问题的分割属于国际私法分割方法的表现形式。理由如下：首先，在措辞上，中外学者常用“*dépeçage*”（可译为切割、肢解、拆分）和“*issue-by-issue approach*”两词来表示国际私法分割方法。这体现了国际私法分割方法的基本要素是拆分

和问题导向，待决问题之先后顺序不影响对国际私法分割方法的认定。其次，国际私法分割方法是一个具有包容性的概念，其包括且不限于以下类型：水平分割（Horizontal Dépeçage）、垂直分割（Vertical Dépeçage）、简单分割（Simple Dépeçage）、复杂分割（Complex Dépeçage）、狭义分割（Narrow Dépeçage）、广义分割（Dépeçage in the Broad Sense）、主观分割（Subjective Dépeçage）、客观分割（Objective Dépeçage）、限制性分割（Limited Dépeçage）和非限制性分割（Unlimited Dépeçage）等。综上，对国际私法先决问题与主要问题的分割理当作为国际私法分割方法的一部分。因国际私法先决问题与主要问题是并列关系，国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权的分割整体而言属于横向分割。

## 二、国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权分割方法的法理

国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权分割方法的兴起不仅旨在保护被诱拐儿童利益，亦受保护人权原则、密切联系原则、公正原则和国际礼让原则等原则的综合影响。

### （一）管辖权分割之私法法理基础

第一，分割方法符合儿童利益最大化原则。例如，在 *Re D (A Child)* 案中，泰斯法官指出，国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权是一种福利管辖权（Welfare Jurisdiction），法官应将保护儿童利益作为首要考虑。分割方法将国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权问题分解为更小

的单元，以便对如何维护被诱拐儿童利益进行更充分的分析。分割方法的价值在于它能够使法官更准确地考虑利益和政策。

第二，分割方法符合保护人权原则。在一般国际民事裁判管辖权中，保护人权原则是指国际民事裁判管辖权的确立和行使不应妨碍当事人的诉诸司法权和公正审判权。与前者相比，保护人权原则对国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权的影响体现为两个层面。首先，在实体层面，国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权标准应阻止国际诱拐儿童行为，促进父母与子女团聚，以保护当事人的家庭生活权。例如，在 *Penchevi v. Bulgaria* 案中，欧洲人权法院指出，即使父母的婚姻关系已破裂，但父母和子女相互享受彼此的陪伴是《欧洲人权公约》（Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）第 8 条所规定的家庭生活的基本要素，故国际诱拐儿童纠纷受《欧洲人权公约》第 8 条的约束。其次，在程序层面，国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权标准应保护当事人的诉诸司法权和公正审判权。虽然国际诱拐儿童返还事项属于先决问题，但对该事项行使管辖权应基于充足理由。例如，在 *Y. S. and O. S. v. Russia* 案中，欧洲人权法院指出，《欧洲人权公约》第 8 条包含一项特殊的程序性义务，即法院在裁决国际诱拐儿童返还申请时不仅考虑儿童返还将面临的严重风险，而且还应阐述具体的和足够详细的理由，否则将违反《欧洲人权公约》第 8 条。分割方法意在单独确定先决问题的国际民事裁判管辖权，以使先决问题中当事人的上述人权得到充分保障。

第三，分割方法符合最密切联系原则。如前所述，国际诱拐儿童返还问题和国际诱拐儿童监护问题分别是国际诱拐儿童之诉的先决问题和主要问题。关于涉外先决问题管辖权与涉外主要问题管辖权的逻辑关系，存在“连带说”和“分立说”两种主张。首先，连带说是指受理涉外主要问题的法院对涉外先决问题亦具有管辖权，这有利于提高诉讼效率和减少司法资源浪费。例如，1995 年意大利《国际私法制度改革法》曾规定，虽然先决问题不属于意大利法院的管辖权范围，但因意大利法院受理的主要问题以先决问题的解决为前提，意大利法院对先决问题具有附带管辖权。其次，分立说是指涉外先决问题管辖权与涉外主要问题管辖权相互独立，分而治之。因受理涉外先决问题与受理涉外主要问题的法院不存在最密切联系，故涉外先决问题管辖权和主要问题管辖权无法合二为一。分割方法侧重于对涉外先决问题进行单独的管辖权分析。

第四，分割方法符合公正原则。程序正义要求原被告皆可获得同等的诉讼救济手段。例如，在 *C. L. M. v. J. E. A. and A. D. M.* 案中，加拿大新斯科舍省上诉法院指出，父母一方的诱拐行为不仅会单边断绝子女与另一方的联系，而且可能导致挑选法院的后果。挑选法院给被告带来诸多不便，使之难以从法院获得救济，有违程序公正原则。分割方法将国际诱拐儿童返还事项和国际诱拐儿童监护事项分别交由不同法院审理，有利于防止诱拐者在域外建立人为的管辖权联系，避免诱拐者挑选法院，以实现管辖权分配的公正性。

第五，分割方法符合合理性原则。分割方法管辖权分配的结果分别符合国际诱拐儿童返还事项和国际诱拐儿童监护事项的不同特点和各自需求。国际诱拐儿童返还和国际诱拐儿童监护的诉讼内容相异。国际诱拐儿童监护之诉的内容攸关父母与子女的实体权利义务关系，但国际诱拐儿童返还之诉主要目的在于恢复原状，不影响被诱拐儿童和父母之间实体权利义务的分配。例如，在 *Jwalitha Kommineni v. Gopala Krishna Kumar Guggilam* 案中，加拿大安大略省法院指出，国际诱拐儿童返还之诉旨在恢复子女被诱拐前的原状，剥夺父母跨国诱拐行为之非法所得。在 *F. v. N.* 案中，加拿大最高法院指出，国际诱拐儿童返还裁决异于国际诱拐儿童监护裁决，前者不会导致父母丧失法律权利。上述诉讼内容的差异性决定了国际诱拐儿童返还事项和国际诱拐儿童监护事项不宜合并管辖和审理，故二者的管辖权应被区别化处理。

### （二）管辖权分割之公法法理基础

首先，国家利益使然。国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权攸关诱拐来源地国和诱拐目的国的利益。分割方法通过将国际诱拐儿童纠纷切割成不同部分的方式，使上述两国皆可行使管辖权，有利于平等维护诱拐来源地国和诱拐目的国的利益。

其次，国际礼让缘故。国际礼让原则不仅频现于涉外法律选择领域和外国判决承认与执行领域，而且逐渐影响国际民事裁判管辖权的确定。目前，不少中国学者主张将该原则作为国际民事裁判管辖权的法理基础和协调各国国际民事裁判管辖权的原则。本文认为，国际礼

让原则与国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权之分割方法互相影响。一方面，国际礼让原则为分割方法的使用创造了一定的基础。诱拐来源地国和诱拐目的国出于礼让相互让渡国际诱拐儿童纠纷部分事项的管辖权，有利于促进国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权分割方法的形成。另一方面，分割方法可以避免上述两国管辖权的直接对抗，结束争抢管辖权的状态，促进两国之间的尊重和礼让。

最后，社会和谐所需。父母跨国诱拐子女使原本和谐稳定的家庭关系破裂。“家国同构”的理念使家庭的意义超越私人领域。家庭是最基本的社会组织和社会细胞，家庭影响社会政策目标的实现，家庭关系是最重要的社会关系。家庭和谐与社会和谐彼此关联，故国际诱拐儿童对国际社会的危害不容小觑。和谐国际社会的构建需要在各国合理分配国际民事裁判管辖权。国际诱拐儿童纠纷远复杂于涉外一般民事纠纷，而分割方法便于复杂问题的解决及维护社会和谐。

### 三、国际诱拐儿童返还事项管辖权的确定

国际诱拐儿童返还，专指将被诱拐儿童送还至诱拐来源地国。例如，在 *Father v. Mother and Others* 案中，欧洲法院指出，将被诱拐儿童送还至第三国的申请和被诱拐儿童的监护权申请，皆非国际诱拐儿童返还申请的范畴。国际诱拐儿童返还事项受理法院的管辖权范围仅限于对是否应将被诱拐儿童送还诱拐来源地国这一事项作出裁决，而不得对国际诱拐儿童监护事项和其他安排作出裁决。国际诱拐儿童返还诉讼可由父母一方、诱拐目的地国政府或公共机构提起。

### （一）管辖权连结点的纳入：分歧与协调

目前，国际诱拐儿童返还事项管辖权连结点尚不统一，存在五种立场。第一，国际诱拐儿童返还事项由诱拐目的地国法院行使管辖权。此系当前的主流做法。第二，国际诱拐儿童返还事项由诱拐来源地国法院行使管辖权。例如，1989 年《关于国际儿童返还的美洲公约》第 6 条规定，诱拐来源地国法院对国际诱拐儿童返还事项具有管辖权，原告在紧急情况下亦可选择直接向诱拐目的地国法院申请返还儿童，但后者并不意味着诱拐目的地国法院丧失诱拐来源地国法院的管辖权。2016 年《〈关于婚姻事项、父母责任事项和国际诱拐儿童的管辖权及判决承认与执行条例（修订版）草案〉的一些建议》[Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction, the Recognition and Enforcement of Decisions in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility, and on International Child Abduction (Recast)] 第 9 条规定，诱拐来源地国法院在儿童被诱拐后的 3 年内保留国际诱拐儿童返还事项和国际诱拐儿童监护事项的管辖权。第三，国际诱拐儿童返还事项由起诉时儿童住所地国法院或儿童住所地国法院行使管辖权。例如，2009 年瑞士《关于国际诱拐儿童的联邦法以及关于保护儿童和成人的海牙公约》(Federal Act on International Child Abduction and the Hague Conventions on the Protection of Children and Adults) 第 7 条第 1 款规定，申请返还时儿童住所地的最高法院是唯一有权受理国际诱拐儿童返还事项和保护措施的法院。2013 年日本《国际诱拐儿童民事方面的公

约之施行法》(Act for Implementation of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction) 第 32 条将儿童住所地作为国际诱拐儿童返还事项管辖权连结点。第四, 国际诱拐儿童返还事项由儿童发现地国法院行使管辖权。例如, 2022 年菲律宾《关于国际儿童诱拐案件的规则》第 5 条规定, 国际诱拐儿童返还申请应向儿童发现地或离发现地最近的法院提起。第五, 国际诱拐儿童返还事项亦可由其他适当法院行使管辖权。例如, 2010 年加拿大魁北克省《关于国际和省际诱拐儿童民事方面的法律》(Act Respecting the Civil Aspects of International and Interprovincial Child Abduction) 第 18 条规定, 当事人可向儿童所在地或其他适当地点的高等法院申请返还被诱拐儿童。本文赞同第一种做法。理由如下: 首先, 儿童已被父母一方非法转移或滞留至诱拐目的地国, 诱拐目的地国法院是目前在地理上最靠近被诱拐儿童的法院。由该法院对国际诱拐儿童返还事项行使管辖权, 有利于调查取证, 而且有利于保护被诱拐儿童的听审权。其次, 国际诱拐儿童返还申请常因诸多理由被拒绝, 返还率较低。由诱拐目的地国法院行使管辖权有利于确保国际诱拐儿童返还判决在诱拐目的地国境内得以承认与执行。最后, 虽然诱拐来源地国法院行使管辖权有利于防止诱拐者挑选法院, 但诱拐来源地国判决的域外效力暂不确定, 故在诉讼结果上难以直接恢复原状。诚然, 起诉时儿童住所地或居所地国法院行使管辖权便于维护被诱拐儿童权益, 但在诱拐来源地和诱拐目的地之外新增管辖权连结点会加剧管辖权冲突。儿童发现地国法院固然中立

客观，但儿童发现地国法院与国际诱拐儿童返还纠纷缺乏密切联系。其他适当法院行使管辖权虽然有可能增加原告跨国诉诸司法的机会，但其他适当法院具有较大的自由裁量权，而且对被告而言，其他适当法院具有不可预见性。

防止国际诱拐儿童返还事项发生管辖权冲突，有三种解决路径：

第一，部分国家通过意思自治原则，赋予当事人协议选择国际诱拐儿童返还事项管辖法院的自主权，以缓解各国国际诱拐儿童返还事项管辖权冲突。例如，2009 年瑞士《关于国际诱拐儿童的联邦法以及关于保护儿童和成人的海牙公约》第 7 条第 2 款规定，若各方当事人和原受理法院同意，可将国际诱拐儿童案件移送至另一国法院管辖。第二，部分国家通过移送管辖制度以避免国际诱拐儿童返还事项平行诉讼的发生。例如，2013 年日本《国际诱拐儿童民事方面的公约之施行法》第 37 条第 4 款规定，即使国际诱拐儿童返还案件属于家庭法院管辖权范围，但其亦可自主将全部或部分案件转移至另一家庭法院。第三，部分国家通过跨境司法网络防止国际诱拐儿童返还事项管辖权冲突。例如，2018 年克罗地亚《国际诱拐儿童民事方面的公约实施法》（Law on the Implementation of the Convention on Civil Aspects of International Child Abduction）第 19 条规定，在国际诱拐儿童返还程序中，克罗地亚法院可以通过适当的法官网络（Network of Judges）与其他国家的法院进行合作。本文认为，上述方法欠妥。理由如下：其一，虽然涉外协议管辖在理论上系预防国际平行诉讼的制度，但其对化解国际诱拐儿童返还事项管辖权冲突的

作用较小。通过梳理国内外规定可以发现，涉外协议管辖规则暂未用于涉外家事人身权益纠纷，国际诱拐儿童返还事项协议管辖规则更为少见，故其对预防国际诱拐儿童返还事项诉讼竞合的作用有限。其二，前述移送管辖制度具有任意性、过度的自由裁量性和不确定性，不利于国际诱拐儿童返还事项管辖权的协调，并可能导致后续国际诱拐儿童监护之诉的延迟。其三，跨境司法网络快速便捷，但其构建尚需时日。因此，先受理法院原则更为可取。一方面，先受理法院原则的适用对象具有广泛性。该原则不仅适用于一般涉外民商事管辖权领域，而且适用于涉外婚姻、涉外扶养等涉外家事管辖权领域，故其客观上能被用于解决国际诱拐儿童返还事项的管辖权冲突。另一方面，先受理法院原则具有管辖权分配的中立性和可预见性等优势，而且该原则有利于维护跨国身份关系的稳定性，故其主观上能被用于解决国际诱拐儿童返还事项的管辖权冲突。

### （二）管辖权连结点的排除

国际诱拐儿童返还事项不得援引国籍等国际民事过度管辖权连结点。例如，A v. A 案争议的焦点在于，儿童出生于巴基斯坦，具有英国国籍，但从未在英国实际出现（Physically Present），那么英国法院能否将被诱拐儿童具有英国国籍作为行使管辖权的基础以作出国际诱拐儿童返还判决？帕克（Parker）法官指出，以国籍为标准行使管辖权应存在极度谨慎（Extreme Circumspection）的理由，否则将发生过度管辖的风险。国籍管辖权连结点适用于最罕见的案件

(The Rarest Possible Cases)，但国际诱拐儿童返还案件不属于该例外。

在国际私法中，国籍曾是国际民事管辖权连结点和国内民事管辖权连结点的的重要区分标志。然而，因国籍管辖权连结点的违反国际民事裁判管辖权之公正原则和最密切联系原则，且该连结点的违背了人员跨国自由流动原则，故其在当代国际民事裁判管辖权领域日渐式微。目前，关于是否完全禁用国籍管辖权连结点的的问题，存在绝对主义和相对主义两种立场。第一，绝对主义是指国籍属于过度管辖权连结点的，故应禁用。毕竟，国籍仅表明个人与国籍国存在身份上的法律联系，但涉外民事纠纷与国籍国尚无实质联系。第二，相对主义是指在特定的有限情形下仍应保留国籍管辖权连结点的。例如，涉外婚姻家庭（尤其是涉外身份关系）之诉应采纳国籍管辖权连结点的，国籍亦可作为涉外网络纠纷的管辖权连结点的。虽然二者皆保留国籍管辖权连结点的，但目的各有不同，因涉外亲属身份关系案件影响国籍国公共秩序，故国籍管辖权连结点的的主要目的是维护该国公共秩序；涉外网络案件管辖权的确定以国籍为连结点的只是为了缓解传统属地管辖权连结点的适用困境，因为网络空间的虚拟性导致传统属地管辖权连结点的在物理上难以被判定。中国对国籍管辖权连结点的秉持相对主义立场并限制了其适用对象。2000 年《中华人民共和国国际私法示范法》将国籍管辖权连结点的仅用于涉外离婚和涉外收养关系的解除，其他涉外家事案件皆未规定国籍为管辖权连结点的。2022 年《最高人民法院关于适用〈中

华人民共和国民事诉讼法》的解释》（以下称《民事诉讼法司法解释》）只对涉外离婚诉讼保留国籍管辖权连结点。

本文认为，国际诱拐儿童返还事项管辖权连结点须排除父母和被诱拐儿童的国籍。在涉外婚姻家庭案件中，国籍管辖权连结点的适用须同时具备事实要素与目的要素。事实要素是指管辖权对象应隶属于涉外亲属身份关系之诉。亲属身份关系之诉是指以亲属身份关系的确认、形成或变更为标的的民事诉讼。目的要素是指国籍管辖权连结点以保护国籍国公共秩序为目的。人伦秩序是亲属身份领域公共秩序的重要内容。然而，国际诱拐儿童返还事项不具备援引国籍管辖权连结点的上述两项要素。首先，该事项缺乏援引国籍管辖权连结点的事实要素。如前所述，国际诱拐儿童返还之诉的内容侧重于恢复原状，不影响被诱拐儿童和父母之间实体权利义务的分配。国际诱拐儿童返还之诉不构成涉外亲属身份关系之诉，故不得援引国籍管辖权连结点。其次，该事项缺乏援引国籍管辖权连结点的目的要素。例如，在 *Britni Rianne Heron Basaraba aka Britni Mckeever aka Abigail Heron v. Skye Tibbetts* 案中，加拿大阿尔伯塔省上诉法院指出，国际诱拐儿童迅速返还主要服务于三项目的：阻止父母诱拐儿童、保护儿童免受非法诱拐的有害影响、在儿童惯常居所地国迅速裁决国际诱拐儿童监护纠纷。可见，保护当事人国籍国公共秩序并非国际诱拐儿童返还之诉的目标。综上，国籍不应作为国际诱拐儿童返还事项管辖权连结点。

#### 四、国际诱拐儿童监护事项管辖权的确定

国际诱拐儿童语境下的监护权，专指儿童人身看护权和儿童居所决定权（The Right to Determine the Child's Place of Residence）。父母一方在国际诱拐儿童返还判决中败诉，不妨碍其向有关法院起诉以请求获得监护权。对国际诱拐儿童监护事项管辖权的确定多采取动态模式，即诱拐来源地国法院原则上保留管辖权，但当满足一定条件时管辖权将转移至诱拐目的地国法院。目前，中国学者对于该问题的论述较少。

### （一）动态模式的初成

动态模式初成于《海牙诱拐公约》第 16 条，下文将分别阐述其核心条款和但书条款的司法适用。

核心条款构成一项管辖权禁令，意味着诱拐目的地国法院不得基于儿童出现行使管辖权。一方面，该管辖权禁令的目的是保护诱拐来源地国法院对国际诱拐儿童监护事项的管辖权。诱拐来源地国法院行使管辖权具有可预见性，便于其获取监护权信息和证据，而且有利于维护当事人家庭身份的跨国连续性。另一方面，该管辖权禁令亦旨在避免诱拐者通过在外国建立人为的管辖权联系的方式以获得对儿童的单独监护权。例如，在 *J. E. A. v. C. L. M.* 案中，加拿大新斯科舍省上诉法院指出，《海牙诱拐公约》第 16 条试图防止诱拐者诉请诱拐目的地国法院作出判决而使诱拐事实合法化。

但书条款意在消除管辖权禁令。首先，若国际诱拐儿童返还程序终结后依《海牙诱拐公约》不应返还儿童，则管辖权禁令将消除。例如，在 *In the Interest of S. L.* 案中，格林（Green）法官指出，

若根据《海牙诱拐公约》第 13 条和第 20 条证明不宜返还儿童，或者当事人达成友好安排，则该公约第 16 条的管辖权禁令消除。其次，若当事人在收到通知后的合理期间内未提出国际诱拐儿童返还申请，则管辖权禁令亦将被消除。然而，《海牙诱拐公约》第 16 条合理期间的判断标准尚未完备，尤其是当父母一方缺席诉讼时难以判断其收到国际诱拐儿童通知后的合理期间。

### （二）动态模式的成熟

1996 年《关于父母责任和保护儿童措施的管辖权、法律适用、承认与执行及合作公约》（The Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children，以下称《海牙跨国父母责任公约》）第 7 条依旧采用动态模式。该条旨在遏制国际诱拐儿童和避免诱拐者挑选法院的现象。

首先，《海牙跨国父母责任公约》第 7 条管辖权保留条款所持立场与《海牙诱拐公约》第 16 条基本一致。《海牙跨国父母责任公约》第 7 条重申诱拐来源地国法院不丧失国际诱拐儿童监护事项管辖权。在满足该条所述条件之前的过渡期（The Interim Period），诱拐目的地国法院不具有国际诱拐儿童监护事项管辖权，但有权对儿童紧急措施事项行使管辖权。例如，在 *Z. v. Croatia* 案中，欧洲人权法院指出，在诱拐发生后，诱拐来源地国法院根据《海牙跨国父母责任公约》第 7 条保留国际诱拐儿童监护事项管辖权。

其次,《海牙跨国父母责任公约》第 7 条管辖权转移条款所附条件与《海牙诱拐公约》第 16 条截然不同。《海牙跨国父母责任公约》第 7 条第 1 款规定,转移管辖权的第一个条件是儿童已在诱拐目的地国获得新惯常居所。《海牙诱拐公约》第 16 条未作此规定。这是二者的第一个区别。除此之外,《海牙跨国父母责任公约》第 7 条第 1 款 a 项新增规定,若儿童在诱拐目的地国获得新惯常居所,而且所有监护权人默许跨国诱拐儿童,则可引起国际诱拐儿童监护事项管辖权的转移。这是该条文与《海牙诱拐公约》第 16 条的第二个区别。除此之外,根据《海牙诱拐公约》第 16 条的规定,只有当诱拐目的地国法院已依《海牙诱拐公约》作出不予返还儿童的裁决后,其才对国际诱拐儿童监护事项具有管辖权。而根据《海牙跨国父母责任公约》第 7 条第 1 款 b 项规定,只要不存在国际诱拐儿童返还请求未决的情况,诱拐目的地国法院即可对国际诱拐儿童监护事项行使管辖权。这是该条文与《海牙诱拐公约》第 16 条的第三个区别。

### (三) 动态模式的扩散

1989 年《关于国际儿童返还的美洲公约》第 16 规定,在收到第 4 条所述非法转移或滞留儿童的通知后,诱拐目的地国司法机关和行政机关不应对监护权的实质内容作出裁决,除非其已经决定依本公约不返还儿童,或者在收到通知后一段合理期间内无人依本公约提出申请。2001 年斯里兰卡《国际儿童诱拐民事方面的法律》第 20 条国际诱拐儿童监护事项管辖权的内容亦与上述条文相似。2012 年韩国《国际诱拐儿童民事方面的海牙公约实施法》(Act on the

Implementation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction) 第 7 条第 2 款规定, 若儿童被诱拐至韩国, 则韩国法院在收到非法转移或滞留儿童的通知后应根据《海牙诱拐公约》第 16 条中止国际诱拐儿童监护诉讼, 但下列两种情况除外: 国际诱拐儿童返还申请被拒绝; 在合理期限内未提出国际诱拐儿童返还请求。

长期以来, 欧盟国际诱拐儿童监护事项管辖权规则的内容深受《海牙诱拐公约》第 16 条的影响。因此, 欧盟国际诱拐儿童监护事项管辖权亦采取动态模式。

第一, 欧盟国际诱拐儿童监护事项管辖权之动态模式始于 2003 年《关于婚姻事项和父母责任事项的管辖权及判决承认与执行并废除第 1347/2000 号条例的 2201/2003 号 (欧共体) 条例》 [Council Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 concerning Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility, Repealing Regulation (EC) No. 1347/2000, 以下称《布鲁塞尔条例 II a》] 第 10 条。该条与《海牙跨国父母责任公约》第 7 条存在颇多相似之处, 但管辖权转移至诱拐目的地国法院的条件有所不同。《布鲁塞尔条例 II a》第 10 条由两部分组成, 分别是诱拐来源地国法院管辖权的保留条款和结束条款。首先, 保留条款意味着非法转移儿童的行为不足以导致诱拐来源地国法院转移管辖权。例如, 在 TT v. AK 案中, 欧洲法院指出, 因管辖权转移可

能使诱拐者在程序上获得优势，故《布鲁塞尔条例 II a》第 10 条保留诱拐来源地国法院对国际诱拐儿童监护事项的管辖权。在 CV v. DU 案中，欧洲法院指出，诱拐来源地国法院不仅保留国际诱拐儿童监护事项管辖权，而且亦有管辖权审理依附的涉外抚养事项。其次，结束条款意味着诱拐来源地国法院不具有专属管辖权。例如，在 SJ v. JJ 案中，巴克尔（Baker）法官指出，《布鲁塞尔条例 II a》第 10 条并不是始终维护诱拐来源地国法院的管辖权。若该条 a 款或 b 款的条件得到满足，则国际诱拐儿童监护事项管辖权将被转移至诱拐目的地国法院。

第二，欧盟国际诱拐儿童监护事项管辖权之动态模式延用至 2019 年欧盟理事会《关于婚姻事项、父母责任事项和国际诱拐儿童的管辖权及判决承认与执行的第 2019/1111 号（欧盟）条例（修订版）》[Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on Jurisdiction, the Recognition and Enforcement of Decisions in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility, and on International Child Abduction (Recast)，以下称《布鲁塞尔条例 II b》]第 9 条。该条与《布鲁塞尔条例 II a》第 10 条大同小异。首先，适用条件有别。《布鲁塞尔条例 II b》第 9 条保留诱拐来源地国法院的管辖权，但转移管辖权的部分条件不同于《布鲁塞尔条例 II a》第 10 条的条件。其次，适用范围有别。《布鲁塞尔条例 II b》第 9 条不适用于儿童被诱拐至第三国的情况。在 SS v. MCP 案中，欧洲法院指出，儿童被诱拐至非成员国的情形亦可适用《布鲁

塞尔条例 II a》第 10 条，诱拐来源地国法院在该情形下不得永久保留管辖权。

### （四）动态模式的反思

#### 1. 动态模式缘由的反思

第一，利益平衡理论是动态模式的主要理论基础。利益平衡理论的法律地位存在两种立场。首先，利益平衡理论系国际民事裁判管辖权理论的一个分支。其次，利益平衡理论系国际民事裁判管辖权的独立理论。就国际诱拐儿童监护事项管辖权而言，动态模式旨在平衡诱拐来源地国与诱拐目的地的司法管辖利益，不可顾此失彼，理由如下：

一方面，对诱拐来源地国而言，其一，诱拐来源地国法院保留管辖权契合当事人的心理预期。地域遥远、语言障碍、文化差异和法律冲突等因素会导致当事人对诱拐目的地国法院缺乏信任。其二，诱拐来源地国法院保留管辖权能够减少诱拐和防止诱拐者挑选法院。例如，在 *SJ and Another v. JJ and Another* 案中，巴克尔（Baker）法官指出，即使儿童已在诱拐目的地国获得惯常居所，但非法转移儿童并不导致管辖权从诱拐来源地国法院转移至诱拐目的地国法院，以阻止父母跨国诱拐和确保返还儿童。在 *SS v. MCP* 案中，兰托斯（Rantos）法官指出，父母一方非法转移儿童并非预示国际诱拐儿童监护事项管辖权随之自动发生变化，否则这将导致诱拐者为获取监护权而建立人为的管辖权联系。其三，诱拐来源地国法院保留管辖权符合儿童最佳利益。例如，在 *F. v. N.* 案中，加拿大最高法院指出，诱拐来源地

国法院行使管辖权有利于确定何种安排符合被诱拐儿童最佳利益。其四，诱拐来源地国法院保留管辖权便于法律适用。例如，《海牙诱拐公约》第 3 条第 1 款规定，国际诱拐儿童行为的认定依诱拐来源地国法。诱拐来源地国法院对国际诱拐儿童监护事项行使管辖权，更易理解和适用诱拐来源地国实体法，减轻外国法查明的负担。

另一方面，对诱拐目的地国而言，该国的管辖权曾一度不被认可。国际诱拐儿童监护事项不影响诱拐来源地国重大政治、经济和公共政策。因此，国际诱拐儿童监护事项管辖权的分配不应忽视诱拐目的地国法院的管辖权。例如，在 *SP v. EB and KP* 案中，莫斯汀（Mostyn）法官指出，虽然《布鲁塞尔条例 II a》第 10 条赋予诱拐来源地国法院一种特殊的专属管辖权（A Special Exclusive Jurisdiction），但若所有监护权人默许转移或滞留儿童，则该国法院便会丧失专属管辖权。

第二，密切联系理论是动态模式的另一理论基础。国际诱拐儿童监护事项管辖权之动态模式旨在确定与其具有密切联系的法院。父母一方可能通过单边诱拐行为与另一国建立新的和人为的管辖权联系（New and Artificial Jurisdictional Links），以绕过一国正当法律程序。鉴于此，国际诱拐儿童监护事项管辖权的确定须遵循密切联系理论。例如，在 *Akintayo Dimeji Osaloni v. Faustina Osadebamwen Osaloni* 案中，加拿大阿尔伯塔省王座法院指出，国际诱拐儿童监护事项应由与被诱拐儿童存在密切联系的国家的行使管辖

权。密切联系理论不仅有助于践行国际民事裁判管辖权之公正原则，而且对落实人权理论和利益平衡理论具有积极意义。

在国际诱拐儿童监护事项管辖权领域，密切联系分为原始密切联系和嗣后密切联系。原始密切联系，是指诱拐来源地国曾是被诱拐儿童的生活中心地，儿童与之存在稳定的社会和家庭联系。例如，在 *Khanh Nguyen v. Minh Tran* 案中，加拿大阿尔伯塔省王座法院指出，在国际诱拐儿童案件中，管辖权之真实和实质联系不因诱拐而消失。在 *Doris Povse v. Mauro Alpago* 案中，沙普斯顿（Sharpston）法官指出，国际诱拐儿童监护事项由诱拐来源地国法院行使管辖权符合就近原则。嗣后密切联系，是指被诱拐儿童与诱拐目的地国新产生的事实联系。例如，在 *Office of the Children's Lawyer v. John Paul Balev and Catharine-Rose Baggott* 案中，加拿大最高法院指出，儿童在被父母跨国诱拐后可能会与新的地域建立真实联系。

那么，原始密切联系和嗣后密切联系应以何者为重？一方面，一些判例以原始密切联系为重，由诱拐来源地国法院行使管辖权。例如，在 *E. S. v. Romania and Bulgaria* 案中，欧洲人权法院指出，在一般情形下，诱拐来源地国法院对国际诱拐儿童监护问题具有主要管辖权（Primary Jurisdiction）。在 *X.L. v. C.B.* 案中，加拿大安大略省高等法院指出，若儿童被诱拐至安大略省而且诱拐来源地国不是《海牙诱拐公约》缔约国，则安大略省法院将拒绝行使管辖权。被诱拐儿童监护事项留待由与儿童存在更密切联系的诱拐来源地国法院行使管辖权，但特殊情况除外。另一方面，一些判例以嗣后密切联系

为重，由诱拐目的地国法院行使管辖权。例如，在 Nils Christian Ludwig v. Jennifer Dee Ludwig 案中，加拿大安大略省上诉法院指出，在一段时间后，儿童可能与诱拐目的地国产生更密切联系。因被诱拐儿童与涉案的两处地域（诱拐来源地国和诱拐目的地国）之间的联系具有变动性，而且原始密切联系和嗣后密切联系的地位非固定，故动态模式具有一定的合理性。

### 2. 动态模式条件的反思

国际诱拐儿童监护事项管辖权转移具有条件性。例如，在 Inga Rinau 案中，沙普斯顿法官指出，因本案不符合《布鲁塞尔条例 II a》第 10 条管辖权转移条件，故国际诱拐儿童监护事项管辖权仍归诱拐来源地国法院。然而，国际诱拐儿童监护事项管辖权转移条件尚不统一。根据国际社会现有规定，其整体发展趋势如下：

第一，在数量上，管辖权转移条件由单一制走向综合制。仅凭非法转移行为，或者儿童出现于诱拐目的地国，或者儿童于诱拐目的地国获得新惯常居所，或者诱拐目的地国作出拒绝返还判决，皆不能导致管辖权转移。若欲使管辖权转移，则儿童应与诱拐目的地国存在稳固的事实联系。例如，在 Doris Povse v. Mauro Alpago 案中，欧洲法院指出，尽管被诱拐儿童已在诱拐目的国获得惯常居所，但非法转移儿童原则上无法导致管辖权从诱拐来源地国法院转移至诱拐目的国法院。在 Rosemary Joanne Morano v. Robert Rocco Coletta 案中，加拿大安大略省法院指出，诱拐目的地国法院不得基于儿童出现

对国际诱拐儿童监护事项行使管辖权，否则会导致国际诱拐儿童事件的增多。

第二，在内容上，管辖权转移条件的一般条件是儿童在诱拐目的地国获得新惯常居所，并且有正当理由无须返还儿童。无须返还儿童的正当理由包括且不限于：所有监护权人默许转移或滞留儿童；无人提起或监护权人已撤回国际诱拐儿童返还请求；诱拐目的地国法院已依《海牙诱拐公约》或类似公约所载理由拒绝国际诱拐儿童返还请求；诱拐来源地国法院作出的监护权判决未要求返还儿童等。

### 五、国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权分割方法的启示

国际诱拐儿童争端在中国亦有发生，但 2023 年修正的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下称《民事诉讼法》）对于国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权规则暂未作出规定。中国宜引入分割方法，并从国际诱拐儿童返还和国际诱拐儿童监护两个层面编撰中国国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权规则。

#### （一）中国国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权现状

国际诱拐儿童民事纠纷和 2023 年中国《民事诉讼法》第 276 条第 1 款之外其他涉外民事纠纷管辖权的处境相同，目前皆只有该法第 276 条第 2 款适当联系理论可供援引。国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权与国际一般民事裁判管辖权一概而论，难以充分保护被诱拐儿童权益。另外，2022 年《民事诉讼法司法解释》第 10 条无法实现确定国际诱拐儿童监护事项管辖权的功能，首先，中国法院仅可依其确定

两类纠纷（儿童监护权变更纠纷和指定监护人纠纷）的管辖权。国际诱拐儿童监护是一般涉外儿童监护的非常态类型，故不得适用该条。除此之外，该条只是非涉外管辖权规则，不具备确定国内监护事项管辖权和国际诱拐儿童监护事项管辖权的双重功能，故客观上无法成为后一事项的管辖权依据。其次，国际诱拐儿童监护事项管辖权具有特殊的利益考量和价值取向，故《民事诉讼法司法解释》第 10 条无法为其提供判断依据。

2017 年中国香港特别行政区《掳拐和管养儿童条例》（第 512 章）对国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权作出规定：第一，在国际诱拐儿童返还事项管辖权层面，该条例第 17 条规定，若外国父母将子女诱拐至中国香港特别行政区，则原审法院（中国香港特别行政区高等法院）作为诱拐目的地法院可作出儿童返还令。第二，在国际诱拐儿童监护事项管辖权层面，该条例第 3 条规定，中国香港特别行政区有权适用《海牙诱拐公约》第 16 条的管辖权连结点。

中国澳门特别行政区没有单独的国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权规则，一般直接援引《海牙诱拐公约》以确定国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权。

### （二）中国国际诱拐儿童返还事项管辖权规则的制定

本文认为，为充分保护被诱拐儿童利益，中国应制定专门立法，单独对国际诱拐儿童返还事项管辖权作出规定。国际诱拐儿童返还事项，应由诱拐目的地国法院行使专属管辖权。理由有以下四点：首先，国际诱拐儿童返还问题事关诱拐目的地国公共秩序。例如，《海牙诱

拐公约》第 20 条规定，若交还被诱拐儿童违背诱拐目的地国保护人权和自由的基本原则，则诱拐目的地国法院有权以违反公共秩序为由拒绝返还。该条系诱拐目的地国拒绝返还儿童的安全阀条款，其表明国际诱拐儿童返还事项攸关诱拐目的地国公共秩序，故该事项应由该国法院行使专属管辖权。其次，当儿童已被父母一方非法转移或滞留至诱拐目的地国时，诱拐目的地国法院是在地理上最靠近该儿童的法院。该法院对国际诱拐儿童返还事项行使管辖权便于调查取证，而且其具备保护被诱拐儿童听审权之优势。再次，专属管辖权有利于减少国际诱拐儿童返还事项管辖权的冲突，避免对后续国际诱拐儿童监护之诉造成影响。最后，国际诱拐儿童返还申请常因诸多理由被诱拐目的地国法院拒绝，返还率较低。国际诱拐儿童返还事项直接由诱拐目的地国法院行使专属管辖权，有利于确保国际诱拐儿童返还判决在该国得到承认与执行。

国际诱拐儿童返还事项由诱拐目的地国法院行使专属管辖权面临两个问题：其一，这是否意味着纵容诱拐者挑选法院？例如，在 OL v. PQ 案中，欧洲法院指出，国际诱拐儿童返还程序的目标之一是防止诱拐者通过不法行为逃避法院的管辖权。其二，这是否违反利益平衡理论，导致诱拐来源地国法院和诱拐目的地国法院的司法管辖利益失衡？本文认为，无须过于担忧上述两个问题。不同于国际诱拐儿童监护事项，在国际诱拐儿童返还事项上，诱拐目的地国法院与之存在密切联系，该法院属于审理此事项的适当法院。虽然专属管辖权规则导致诱拐来源地国法院丧失国际诱拐儿童返还事项管辖权，但国

际诱拐儿童返还问题仅为国际诱拐儿童民事程序之先决问题，诱拐来源地国法院的管辖权在国际诱拐儿童监护权事项（主要问题）中得到保留。因此，整体而言不会导致诱拐来源地国法院和诱拐目的地国法院的司法管辖利益失衡，不违反利益平衡理论。

### （三）中国国际诱拐儿童监护事项管辖权规则的制定

在申请人胡某某与被申请人余某某申请撤销监护人资格案中，胡某某系被监护人郑甲的祖母，具有加拿大国籍，余某某系郑甲的外祖母。郑甲自出生起随父母及外祖父母共同在上海生活。2011 年，郑甲的父母皆因车祸死亡。2014 年，余某某被指定为郑甲的监护人。2015 年 2 月，余某某未与胡某某商量擅自将郑甲带至加拿大，以继承其父在加拿大的遗产。在此期间，郑甲居住在加拿大而且在该国上学。胡某某曾在加拿大申请对郑甲的监护权，但被加拿大法院驳回。同年 6 月，余某某与郑甲一同返回上海。胡某某诉至上海市闵行区人民法院，请求撤销余某某的监护权，上海市闵行区人民法院对该事项行使管辖权。

#### 1. 中国国际诱拐儿童监护事项管辖权的形式建议

本文认为，未来中国亦须编撰国际诱拐儿童监护事项管辖权规则，而且涉外一般儿童监护事项管辖权与国际诱拐儿童监护事项管辖权不宜视同一律。理由有以下三点：

第一，在管辖权理念上，国际诱拐儿童监护事项管辖权理念异于涉外一般儿童监护事项管辖权理念。后者主要以保护儿童利益为宗旨；

前者不仅考虑被诱拐儿童利益，亦须平衡诱拐来源地国和诱拐目的地国的司法管辖利益。

第二，在管辖权连结点，国际诱拐儿童监护事项管辖权连结点异于涉外一般儿童监护事项管辖权连结点。如前所述，诱拐来源地是国际诱拐儿童监护事项的重要管辖权连结点，但基于利益平衡理论和密切联系理论，诱拐目的地亦被作为国际诱拐儿童监护事项的管辖权连结点。诱拐来源地和诱拐目的地不存在既定的主次关系，是否采用后一管辖权连结点，取决于特定条件在具体案件中是否得到满足。

第三，在管辖权转移上，国际诱拐儿童监护事项管辖权的转移异于涉外一般儿童监护事项管辖权的转移。在涉外一般儿童监护管辖权领域，原审法院在例外情形下可基于不方便法院原则转移管辖权。在国际诱拐儿童监护管辖权领域，存在两种转移机制。第一转移机制，亦被称为原生转移机制，是指诱拐来源地国法院根据国际诱拐儿童监护事项管辖权规则转移管辖权。如前所述，国际诱拐儿童监护事项管辖权多采取动态模式，国际诱拐儿童监护事项管辖权规则本身具备管辖权转移的效果。例如，在相关案件中，科克特（Kokott）法官指出，若《布鲁塞尔条例 II a》第 10 条 a 款或 b 款的条件得到满足，则国际诱拐儿童监护事项管辖权由诱拐来源地国法院转移至诱拐目的地国法院。第二转移机制，是指诱拐来源地国法院基于不方便法院原则转移管辖权。例如，在 TT v. AK 案中，欧洲法院指出，《布鲁塞尔条例 II a》第 10 条之诱拐来源地国法院在例外情形下亦可根据该条例第 15 条将国际诱拐儿童监护事项管辖权移送诱拐目的地国法院。

诱拐来源地国法院基于不方便法院原则转移国际诱拐儿童监护事项管辖权，除应满足该条例第 15 条的条件外，亦须特别考量《海牙诱拐公约》第 16 条的要求。此案表明，诱拐来源地国法院可依《布鲁塞尔条例 II a》第 10 条将管辖权转移至诱拐目的地国法院（第一转移机制），亦可依该条例第 15 条将管辖权转移至诱拐目的地国法院（第二转移机制）。那么，如何看待第一转移机制和第二转移机制的关系？首先，两种转移机制存在一定联系。例如，两者皆有防止当事人挑选法院的功能，而且法理基础存在部分重合。第一转移机制的法理基础包括利益平衡理论和密切联系理论，第二转移机制的法理基础包括密切联系理论、公正原则和礼让。其次，两种转移机制具有显著差异，尤其是管辖权转移条件截然不同。因两种转移机制所附条件各具特点，故两者互不冲突。虽然中国引入并重构了不方便法院原则，但该原则对中国涉外婚姻家庭管辖权影响较小，亦不调整国际诱拐儿童案件。因此，中国对国际诱拐儿童监护事项管辖权仅可运用第一转移机制。

### 2. 中国国际诱拐儿童监护事项管辖权的实质建议

纵然，适当联系理论于 2023 年正式成为中国国际民事裁判管辖权的理论基础，而且适用于 2023 年中国《民事诉讼法》第 276 条第 1 款之外的所有涉外民事纠纷。本文认为，中国国际诱拐儿童监护事项管辖权规则不能就此止步，国际诱拐儿童监护事项管辖权之动态模式值得中国引入，理由有以下三点：

第一，动态模式注重平等维护诱拐来源地国和诱拐目的地国的司法管辖主权，表明了国际诱拐儿童监护事项管辖权的分配不单是从诱拐来源地国的立场出发，可以有效协调诱拐来源地国和诱拐目的地国的关系。

第二，动态模式系密切联系理论的客观结果。“密切”一词与疏远相对，兼含亲近、慎密、严密和紧密之意，故密切联系理论多属客观联系论。例如，在 X.L. v. C.B. 案中，加拿大安大略省高等法院指出，儿童虽被父亲从中国诱拐至安大略省，但与中国存在真实和实质联系（Real and Substantial Connection）。因此，被诱拐儿童的养育问题（Parenting Issues）应由中国法院行使管辖权。在 Unity Life of Canada v. Worthington Emond Beaudin Services Financières Inc. 案中，加拿大安大略省高等法院指出，加拿大真实和实质联系理论的判断标准包含两个方面：一方面，识别联系真假；另一方面，从重量或意义层面（In the Sense of Weighty or Significant）衡量联系是否具有实质性。中国适当联系理论与加拿大真实和实质联系理论存在区别：首先，二者地位截然不同。真实和实质联系理论既是加拿大现代私法管辖权的核心，亦为加拿大国际民事裁判管辖权的基础。适当联系理论只是中国国际民事裁判管辖权理论，而且该理论呈被动适用和谦抑适用之势。其次，二者内容不同。“适当”一词系指合适、恰当，故中国的适当联系理论偏主观联系论。动态模式侧重考量联系的客观性和实质性，故有利于避免法官主观臆断。

第三，适当联系理论的缺陷是可能造成中外管辖权冲突。动态模式妥善划分诱拐来源地国法院和诱拐目的地国法院的司法管辖界限，促进国际诱拐儿童监护事项管辖权在上述两国有序分配，故有利于防止国际诱拐儿童监护事项管辖权冲突。

### 六、结语

父母双方平等享有同子女团聚的权利，但父母一方跨国诱拐子女会打破此种平衡，而且诱拐者极易通过诱拐行为于域外人为创立新的管辖权联系。合理分配国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权不仅关涉当事人利益，而且关涉诱拐来源地国和诱拐目的地国的司法管辖利益。根据国际社会现有规定，国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权独立于其他国际儿童争端民事裁判管辖权，多国业已对其专设管辖权规则，而且采取分割方法分别确定国际诱拐儿童返还事项管辖权和国际诱拐儿童监护事项管辖权。

对中国而言，2023 年中国《民事诉讼法》第 276 条第 2 款适当联系理论之规定非万能法则，中国法院不宜直接依其确定国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权。未来中国有必要制定专门法并内设国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权规则。国际诱拐儿童案件民事裁判管辖权规则的编撰建议如下：首先，国际诱拐儿童返还问题系国际诱拐儿童民事诉讼的先决问题，应由诱拐目的地国法院行使专属管辖权。其次，国际诱拐儿童监护问题系国际诱拐儿童民事诉讼的主要问题，一般情况下由诱拐来源地国法院行使管辖权，但亦可附条件转由诱拐目的地

国法院管辖。总之，国际诱拐儿童返还事项管辖权和国际诱拐儿童监护事项管辖权不同，不应将二者视为一体。

## 反抗家暴致害案件轻刑化路径实践探析

(来源:《刑事法学研究》第七辑 作者:覃雪梅)

**摘要:** 《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》第 20 条体现了对反抗家暴致害案件从宽处理的精神,但在相关案件处理中,受观念、规范等影响,司法评价反抗家暴致害案件时存在“情节较轻”适用较少、事实认定不充分、从宽情节标准不明等问题,轻刑化意图不达。正当防卫理论、防御型紧急避险理论、期待可能性理论均不能完全适用,被害人过错理论与该类案件处理高度契合,应当在被害人过错范式下,对家庭暴力事实进行准确认定并进行适当的、规范化的刑法评价,在对被害人过错进行充分评价基础上,综合考虑其他情节确定宣告刑,最终实现规范化的轻刑化处理。

**关键词:** 家暴; 被害人过错; 量刑情节; 轻刑化

近年来,我国不断完善举措,旗帜鲜明地反对家庭暴力,但家庭暴力现象依然时有发生。据统计,到 2021 年年底,在 18~64 周岁人群中,有 8.6% 的女性遭受过配偶家庭暴力。面对家暴,有的默默忍受,有的奋起反抗,造成施暴者伤亡。2015 年,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合印发《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》(以下简称《家暴办理意见》),该意见对因反抗家庭暴力引发的伤害、杀害施暴人构成犯罪的案件在量刑总体上体现了从宽处理的精神,回应了民众对此类案件普遍的司法期待。其中第

20 条规定，对行为人因不堪忍受长期家庭暴力而故意杀害施暴人的，可以认定为故意杀人罪中的“情节较轻”，以此区分反抗家暴致害案件与一般故意杀人案件，为该类案件的轻刑化处理提供了正当性依据和具体路径。但在实践中，该规定的适用并不理想。本文以中国裁判文书网公开的涉家暴故意杀人案件为研究对象，通过对实践的观察和反思，认为有必要加强被害人过错情节的认定与适用，以实现该类案件的轻刑化处理目的。

### 实践观察：反抗家暴致害案件的刑事司法现状

笔者以“故意杀人”“家暴”为关键词在中国裁判文书网检索，得到相关刑事裁判文书 170 份，对应 154 件案件，其中 22 件与家暴无关，132 件存在一方长期打骂另一方的家暴行为，剔除 3 件非施暴者或受家暴者致害案件，85 件为反抗家暴致害案件，44 件为家暴直接致害案件。通过分析 129 件存在长期家暴行为的案件，可以发现，司法实践对于反家暴案件的处理存在以下三个方面的问题。

#### （一）“情节较轻”适用较少

《家暴办理意见》第 20 条的区分处理规定体现了对家暴受害人的关怀，并通过认定“情节较轻”给予最终回应，但根据 129 件案件刑期对比分析（见表 1）可见，该规定的作用发挥十分有限。一是适用占比较低。在 85 件反抗家暴致害案件中，仅有 14 件认定了“情节较轻”，占比 16.5%。而令人费解的是，该 14 件案件平均刑期 5.8 年，长于同一量刑区间平均值。二是拒绝适用论述不足。反抗家暴致害案件超过 40%的刑期在 10 年以上，对未认定“情节较轻”的案件，

多以“情节恶劣”“手段特别残忍”“手段残忍”“后果严重”为由拒绝适用。笼统处理表现了司法的犹疑和认识的不确定性，比如，在曹某某犯故意杀人罪一案中，被告人因不堪忍受被害人长期对自己和家人的家庭暴力，在一次冲突后将其用砖头、绳子等物杀死，一审法院描述基本事实后即认为构成故意杀人罪，应判处无期徒刑。二审法院经对事实的进一步论证，认为应属于“情节较轻”，改判为 5 年有期徒刑，量刑相差巨大。

表 1 反抗家暴致害案件与家暴致害案件刑期分布情况

刑期	3 年以下	3 至 10 年 (含本数)	10 年以上	无期徒刑、死刑
反抗家暴致害案件数 (共 85 件)	5	45	22	13
案件占比	5.9%	52.9%	25.9%	15.3%
平均刑期 (年)	2.2	5.6	13.2	—
家暴致害案件数 (共 44 件)	2	19	11	12
案件占比	4.5%	43.2%	25.0%	27.3%
平均刑期 (年)	2.5	6.3	13.3	—

### (二) 对“家庭暴力”事实认定不充分

在涉家暴类案件中，尤其是反抗家暴类案件中，家庭暴力事实是影响责任与刑罚的重要因素，但实践并未对这一事实给予充分关注。一是证据不充分。《刑事诉讼法》第 52 条规定审判人员、检察人员、侦查人员应全面收集有罪与无罪、罪轻与罪重的证据。但实践中，公安机关、检察机关侧重于对杀人事实的调查和认定，对家庭暴力事实的关注不足。129 件案件中，仅有 7 件在检察建议中提及对家暴情节予以考虑，在进入审判阶段后，有 4 件因证据不足而不能认定家庭暴力事实存在。二是未予认定数量多。虽然综合证人证言、被害人陈述、

被告人供述等证据基本可以确定家庭暴力事实，但 129 件案件中，仅有 67 件对家庭暴力事实进行了描述，还有近一半案件未分析阐述，除因证据不足无法认定外，其余均未说明原因。三是将家庭暴力与一般家庭纠纷混同。在进行了事实描述的案件中，有 40 件表述为“家暴”或“家庭暴力”，有 27 件表述为“家庭纠纷”“家庭矛盾”“家庭琐事”等。对家庭暴力事实的认定不足和不当，导致无法对全案事实进行充分评价，进而对案件结果产生影响。

### （三）从宽情节适用标准不明确

在量刑方面，法律规定有法定情节和酌定情节，129 件案件中，主要从宽情节有 7 种（见表 2），但适用先后和作用大小不明，导致出现类案不同判问题。

表 2 反抗家暴致害案件从宽情节分布情况

量刑情节	自首	被害人过错	谅解	坦白	初犯偶犯	认罪悔罪	家暴或家庭纠纷
案件数（件）	60	42	42	13	13	18	10
占比（%）	70.6	49.4	49.4	15.3	15.3	21.2	11.7

一是各情节发挥作用大小不明。比如，汤某某犯故意杀人罪一案认定了自首、坦白、被害人过错及谅解四个情节，判决刑期 15 年，但左某某犯故意杀人罪一案只认定了自首、初犯、被害人过错三个情节，判决刑期却为 12 年。二是个别情节对刑期影响过大。比如，但某某犯故意杀人罪案与丁某某犯故意杀人罪案案情类似，均认定了被害人过错、自首、谅解情节，但因丁某某有赔偿行为，最终对但某某判处刑期 10 年，对丁某某判处刑期 5 年，差异甚大。刑期体现了行为人自由被限制的时长，实践适用偏差急需纠正。

## 追根溯源：司法效果不彰的成因分析

司法在处理反抗家暴致害案件中所表现出的问题，源于现行刑法体系下观念、规范的掣肘。

### （一）观念束缚：传统思想、报复主义、法条主义影响至深

观念对行为具有决定作用。对于本文所观察的案件类型中产生的问题，就深层次而言，也受到观念的影响。在社会整体层面，受到传统思想的影响；在刑罚思想上受到“报复主义”观念桎梏；在刑法适用层面受法条主义禁锢。

#### 1.传统思想影响深远

家庭是中国传统社会的基本雏形，在古代传统家庭中，有着森严的制度体系。对内，以父系原则为主导，强调“三纲五常”；对外，注重维护家庭整体利益、形象，强调“家丑不外扬”。家庭成为具有自身伦理秩序和管理体系的存在，一般人不会干预他人家务事。经过数千年发展，关于家庭的传统观念虽然有所转变，但并未完全消弭，尤其在农村等地区，依然束缚着人们的行为，家庭暴力行为依然可能被视为“家丑”，也会被错误地视为“家务事”。

在本文所观察的案件中，家庭传统思想还深深地影响着相关各方的行为。从施暴者角度看，殴打或辱骂家人是家庭内部管理行为，具有正当性。从受害者角度看，为了维系家庭关系，忍让是一种美德，相反，“家丑”外扬是一件丢面子的事情。从邻居等旁观者角度看，他人家务事不宜干涉。从村委、社区角度看，家暴行为本质上是家庭矛盾，只能从中调停，进行口头批评和劝解。从公安机关角度看，没

有超过限度的家庭纠纷，仅针对某一次暴力事件进行处理，以调解为主，不能使受害者从家暴循环中脱困。从司法角度看，发生在家庭内部的家暴行为也可以归属于家庭纠纷中，从而不能对此类型案件进行准确定义。此种思想使各方行为看似具备合理性，事实上却是纵容家暴行为的思想根基，与现代社会所倡导的自由平等理念背道而驰。

### 2. “报复主义”观念桎梏

我国传统刑法具有报复主义色彩，注重刑罚严厉性，通过国家强制力保障的以恶制恶的方式把关注重心放在对犯罪行为的惩处上，而相对忽视了刑罚预防功能。这种报复主义源于人的反抗本能，通过社会规则演变成大体相称的报应论，体现人类最朴素的正义观。按照报复主义的观点，当某人实施了杀人行为，就应对其进行相当的报复，诸如“杀人偿命”。在本文所关注的案例中，反抗家暴致害案件重刑率超过 40%，虽然裁判文书中未明确表述为报复主义，但内容中依然可以见“报复主义”观念的痕迹。故意杀人罪量刑具有较大裁量空间，但在被告人自首、认罪态度较好且认定了长期家庭暴力存在的条件下，依然有判决对被告人适用仅次于死刑的无期徒刑或顶格有期徒刑。可推知，在实践观念中，故意杀人是一种极其严重的犯罪，即便有前述情节，也应受到严厉的处罚方能实现公平正义。

### 3. “法条主义”制约

法条主义认为法律的社会价值和社会目标已经包含在既定的法条中，法官只要严格按照法条实施，就可以保证这些价值和目标的实现，反对对法条合理性进行审视，也排斥对特殊情况进行个别性、差

异性的考虑。在刑事裁判中，法条主义一直占据主流位置，这既是法律至上的要求，也契合罪刑法定原则，还为法的稳定性、可预见性提供了坚实保障。但近年来在处理复杂案件时，法条主义的机械性、对法官裁量权的过度限制、欠缺对现实的充分考虑等缺点也遭受了批判。反抗家暴致害案件虽常符合故意杀人罪的形式要件，但其具有特殊原因，需要法官在情节考量、法律解释时充分运用裁量权。而在法条主义下，法官很难主动突破文本解释、三段论推理等常用判案思路。经分析该类案件裁判文书，发现在“本院认为”部分通常采用与法条表述相近或类似的说法，严格适用“三段论”说理方式，很少进行详细地分析论述，对“情节较轻”的证成也多直接采用规定原文或者结合法定情节进行考虑。这也进一步导致在反抗家暴致害案件中正当防卫适用少、从宽情节混杂等具体问题。

### （二）规范限制：依据、概念、标准三重缺失

司法适用归根结底是对规范的适用，只有规范明确完整，司法才有作为空间，但在目前的规范体系内，反抗家暴致害案件的处理还存在依据不足、概念不明、标准不一三重问题。

#### 1. 依据不足

目前，我国对涉家暴刑事案件的处理未在《刑法》中给予特殊规定，而是将相关规定分散在《家暴办理意见》《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》（以下简称《宽严相济意见》）等规范性文件中。虽然指导意见作为规范性文件对实践具有积极作用，但不是法律依据，

仅能用作说理依据，其强制性依然低于正式法律法规。总体而言，对家暴受害者反抗家暴致害类案件的刑事处理还缺乏明确的法律依据。

### 2.概念不明

家庭暴力事实影响案件基本事实，然而对于何为“家庭暴力”实则并不明确。《反家庭暴力法》（以下简称《反家暴法》）第 2 条规定，家庭暴力是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。但是在刑事裁判文书中，对该概念的引用甚少，因为一般的家庭暴力行为未能达到入罪标准。《家暴办理意见》第 17 条对构成虐待罪的家庭暴力进行了规定。该规定列举了常见多发的家庭暴力情形，但未明确什么叫“持续时间较长”“次数较多”“手段残忍”等，也未明确该概念能否在虐待罪之外的其他罪名中适用，对于反抗家暴致害案件，家庭暴力事实究竟如何认定在现有概念下尚不明确。同时，由于《宽严相济意见》第 22 条规定：“对于因恋爱、婚姻、家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的犯罪……应酌情从宽处罚”，第 23 条规定：“……因婚姻家庭等民间纠纷激化引发的犯罪，被害人及其家属对被告人表示谅解的，应当作为酌定量刑情节予以考虑……”实践中有相当一部分案件将家庭暴力认定为“家庭纠纷”或“家庭矛盾”，导致概念混淆，不利于区分家庭暴力行为与一般的家庭矛盾，也不便于对受害者反抗行为进行特定的评价。

### 3.标准不一

刑罚由犯罪事实、性质、情节和对社会的危害程度确认，在反抗家暴致害案件中，其犯罪事实和性质基本确定，故而，情节和社会危害性的认定就显得尤其重要。在现有规定中，《关于常见犯罪的量刑指导意见（试行）》（以下简称《量刑意见》）对常见犯罪以及情节可酌定比例进行了划分，但故意杀人罪并未列入其中，因此在此类案件中被害人过错、防卫因素、谅解等情节往往只是进行简单罗列，没有进行具体的构成释明，也没有明确每种情形之间的逻辑联系以及影响幅度。

综合来看，多种原因交织导致了反抗家暴致害案件的处理效果与预期存在差距。然而观念和规范的束缚并非一朝一夕可以解除，司法可作为空间在于司法适用，这就意味着，解决上述问题要充分考虑解决方案的可行性和可操作性。

### 路径探索：实现轻型化目的之理论选择

面对司法实践的问题和现实限制，理论界对反抗家暴致害案件轻刑路径进行了研究，主要有两种思路：一种是从法益侵害角度进行违法阻却讨论，比如正当防卫理论和防御型紧急避险理论；另一种是从行为人主观责任角度进行评价，重点在于如何降低其责任，比如期待可能性理论、被害人过错理论。结合实践来看，被害人过错理论比其他理论更加具有可行性。

#### （一）正当防卫与紧急避险成立之困难

正当防卫与紧急避险都是阻却行为违法性，只要二者能够成立其一，便可以出罪，自然能够实现轻刑处理。但二者在家暴受害者反抗部分案件中存在要件缺失的弱点。

### 1. 正当防卫

《家暴办理意见》第 19 条规定，对家庭暴力实施反抗在符合正当防卫条件时应予以认定。《刑法》第 20 条规定，正当防卫的成立应具备五个要件：防卫起因、防卫对象、防卫意图、防卫时间、防卫限度。在反抗家暴致害案件中，最大的问题在于防卫时间和防卫限度两个方面。在防卫时间上，很多案件并不满足“不法侵害正在进行”这一要求。由于长期家暴受害者多为女性，而女性身体力量与男性差距较大，通常不会当场反抗，而是形成积怨后在某个时刻爆发。在本文研究样本中，当场反抗施暴者的仅有 19 件，受家暴后一天之内实施反抗行为的有 35 件，其余 31 件反抗间隔时间更长。同时，反抗行为一般会选择在对方睡觉或醉酒神志不清时借助棍棒、绳索等工具实施。而此时，施暴者对于受害者而言并不具备现实、紧迫的危险。在防卫限度上，受害者常常因为已经达到忍耐极限、害怕遭到更严重的暴力等，积极追求施暴者死亡结果。在 85 件反抗案件中，有 70 件构成故意杀人既遂，既遂率 82.4%。施暴者的死亡结果与家暴受害者所受到伤害相比，明显已经超过了必要的限度。对此，有学者认为，长期性、连续性的家庭暴力形成的威胁已经十分紧迫，受虐者的法益一直处于现实、紧迫的威胁、侵害之中，不实行防卫行为可能再次遭受严重的家庭暴力，具备防卫行为的紧迫性。同时，应从受虐者角度来界

定防卫限度，考虑家暴案件的特殊性，反抗这种严重危及人身安全的暴力行为没有超过必要限度。该观点立足于此类案件的特殊性对正当防卫进行了扩张解释，几乎打破了原有的构成要件框架，不符合刑法的谦抑性，也可能造成正当防卫适用范围过大，可能会产生新的问题。因此，在实践中不具备可行性。在笔者所梳理案件中，有8件案件中辩护人提出了防卫理由，均没有获得法院采纳，便是最好的印证。故而，在反抗家暴致害案件中，正当防卫的适用空间非常有限。

### 2. 防御型紧急避险

紧急避险作为违法阻却事由，同样面临不满足“正在发生”要件的问题。为此，有学者提出，采用防御型避险来区别于目前法律规定中的攻击型避险，在防御型避险理论下，所要防御的可以是正在发生的危险，不必是正在进行的不法侵害，即可以在侵害尚未发生时进行防御行为，将危险直接转嫁给危险造成者本人，同时允许损害的法益超过保护的法益。按照这样的解释，长期家暴受害者处于被家暴的危险之中，其所要保护的法益不明显低于被侵害的法益，以暴力剥夺施暴者生命的行为也是正当的。该观点未能解决核心问题，若将侵害的范围扩大至尚未实际发生的危险，将无法区分假想的危险与真实的危险，造成判断困难或对家暴受害者给予过度保护。同时，该理论的解释缺乏明确的法律依据，若要应用于实践，其可能性和可行性也存疑。

#### （二）期待可能性理论适用空间狭窄

期待可能性理论体现了“法不强人所难”思想，是指根据行为时的具体情况，能够对行为人提出不实施违法行为而实施合法行为的意

志期待。在极少数情况下，由于行为人行为时所处的情境异常，即便其具有违法性认识，也不能对其提出遵从法律规范、实施合法行为的意志期待，便不得对行为人加以非难。依据该理论，长期处于家庭暴力中的受害者生理、心理上遭受了极大的伤害，在家庭暴力造成的极大恐惧面前，不得不选择作出某种极端行为来终结这种状态，其完全能认识到自己的行为会发生的特定危害后果，但在所处境遇下很难作出遵从法律规定的选择，因此不能对其进行法律上的非难。该理论同样面临正当防卫理论、紧急避险理论所面临的问题，往往家暴受害者在实施反抗时，所面临的现实危险并不那么紧迫，除杀死施暴者外，还有其他的选择。在司法实践中，期待可能性理论的运用也很少，本文所观察样本中，未有案件适用该理论。可见，期待可能性理论在反抗家暴致死案件中的适用空间也不多。

### （三）被害人过错理论与实践的契合

被害人过错行为，是指被害人出于主观上的故意或过失，违反法律法规或者道德规范等，诱发他人的犯罪意识、激化犯罪人的犯罪程度或者促成犯罪行为发生的行为。当犯罪行为的实施存在被害人不良行为刺激时，犯罪人动机、人身危险性层面可以具有从轻考虑的因素，按罪责刑相适应原则，可以减轻刑事责任，得以从轻或减轻处罚。被害人过错行为之所以能够影响行为人的刑事责任，主要有两种理论：一是分担责任说，二是谴责性降低说。分担责任说认为被害人过错是犯罪行为的部分原因，危害结果由加害人与被害人共同造成，则被害人应当承担自己过错部分的责任。谴责性降低说则认为，被害人过错

是引起加害人犯意的原因之一，使得加害人的应受谴责性降低，行为的社会危害性减小，犯罪人因此得以减轻刑事责任。在反抗家暴致害案件中，致害结果非因被害人行为直接造成，但是其对行为人的犯意形成和犯罪事实产生具有不可忽视的促成作用，因而须对其进行评价，降低行为人可谴责性，以相应减轻其刑事责任。

实践中被害人过错作为从宽情节也获得法官的青睐，如表 2 所示，该情节是反抗家暴致害案件中最常用的酌定情节。《家暴办理意见》第 20 条以及《宽严相济意见》第 22 条是司法实践中考虑被害人过错最直接的依据。因为规定比较宽泛，不同地区、不同法官对被害人过错的判定标准不一，主要靠法官的自由裁量权发挥作用，逐渐形成了大致的认定标准：（1）被害人主观上具有可谴责性，即具有刑法上的主观故意；（2）被害人行为的危害程度，违反了法律和道德规范；（3）被害人行为的侵害结果，造成了较为严重的后果；（4）被害人行为与犯罪行为具有直接或间接关联性。在此标准下，行为人反抗行为发生的时间、造成的损害结果都不影响对被害人过错行为的评价，也就走出了前述理论所面临的困境。

家庭暴力行为本质上是一种被害人过错行为。首先，在主观上，施暴者明知自己的行为会造成他人身体健康损害，却依然实施，具有故意。其次，在危害程度上，一般家庭暴力行为违反道德伦理，当造成严重后果，则属于违法行为，均应受到否定性评价。再次，在侵害结果上，家庭暴力行为对受害者的身体、心理均造成损害，侵犯了受害者生命健康权。最后，在关联性上，家庭暴力行为影响了受害者心

理状态和行为模式，对家暴受害者极端的反抗行为具有引起或促进作用。在此类案件中，西方国家提出了“受虐妇女综合征”理论，根据该理论，受虐妇女在心理崩溃后作出极端反抗行为具有合理性。如果没有家庭暴力行为，此类案件便不会发生。因此，笔者认为，家庭暴力行为完全符合被害人过错行为特征，应当在定罪量刑中对该事实进行充分客观地评价，并以此作为反抗家暴致害案件的从宽情节。

### 具体适用：被害人过错理论范式下的轻刑化实现

被害人过错理论范式下，对反抗家暴致害类案件的处理需要回到司法适用的基本步骤，在事实认定和量刑方面通过对被害人过错的充分考虑以矫正现有司法偏差。

jpg 事实认定是开展刑事评价的第一步，在反抗家暴致害案件中，家庭暴力事实虽不属于犯罪构成事实，但其是确定被害人过错程度，进而确定行为人可予以从宽处罚幅度的前提，因此，对该部分事实必须予以认定，而不能笼统地归于“家庭纠纷”“家庭矛盾”中。

#### 1.家庭暴力事实的构成

结合《反家暴法》以及《家暴办理意见》中对家庭暴力的规定，可以确定家庭暴力事实的基本构成应当包括对象、手段、频次、后果。对于家庭暴力事实的认定应当依据其构成进行认定，同时要注意每个方面的特殊性。在对象上，《反家暴法》中规定家庭暴力发生在“家庭成员之间”，同时家庭成员以外共同生活的人之间实施的暴力行为也参照执行，因此对“家庭成员”的判断应以“是否存在紧密生活联系”为判断标准，既包括婚姻存续期间的夫妻，也包括同居男女朋

友，还包括未领取结婚证或离婚同居的人。在手段和频次上，应区分殴打、限制人身自由等直接造成被家暴者身体和精神折磨的手段与侮辱、谩骂、恐吓等言辞方式，前者每实施一次所造成的伤害远大于后者，在频次上不应有过高要求，而对于后者，则应当具备经常性特点才能构成家庭暴力。在频次的判断上，应根据具体手段结合刑法体系中常用解释展开，比如，“多次殴打”在刑法上一般以 3 次为标准；对于限制人身自由，则可以参考非法拘禁罪的标准判断。在后果上，家庭暴力对受害者造成的伤害不应止于身体伤害、精神抑郁等直接后果，还应当考虑对受害者行为的影响，比如是否尝试自杀、是否离家出走、是否向外界寻求帮助等，这些情形属于受害者逃离家暴的手段，能够一定程度反映出家暴对其伤害的大小。在 85 件反抗家暴致害案件中，除近一半家暴受害者选择默默忍受或向亲友倾诉外，采取过分居、离家出走、提分手或离婚等方式的有 14 件，占比 16.5%；向村委会、妇联、警察局等寻求过帮助的有 19 件，占比 22.4%；选择自杀未成的有 10 件，占比 11.8%。这些方式都失败后，家暴依然在继续，才产生了故意杀人的严重后果，此时，被害人过错对结果的产生具有更加紧密的促进作用。

### 2. 家庭暴力事实与被害人过错的对应关系

家庭暴力事实应与被害人过错程度对应起来，对其进行认定才有价值。根据实践观察，笔者认为，家庭暴力可以分为一般、严重、特别严重三个等级，分别对应被害人一般过错、严重过错、特别严重过错三个层次（见表 3）。

表 3 家庭暴力与被害人过错程度对应

家庭暴力等级	行为表现	过错程度	过错评价
一般暴力	轻微殴打、限制人身自由或经常性谩骂、恐吓等，未造成行为入实质精神或身体损害	一般过错	未造成实质损害，与案件发生关联性不足，被害人不承担责任，不因此减轻行为入责任
严重暴力	多次殴打、限制人身自由或经常性谩骂、恐吓等，致使行为入一次或多次遭受轻伤以下入身损害或精神受影响	严重过错	造成严重后果，与案件发生具有客观关联性，被害人应承担部分责任，应对行为入适当从宽处理
特别严重暴力	长期殴打、限制人身自由或经常性谩骂、恐吓等，致使行为入残疾、遭受一次或多次轻伤及以上程度入身损害或精神抑郁、精神失常、认知障碍	特别严重过错	造成特别严重后果，与案件发生具有紧密关联，被害人应承担主要责任，应对行为入较大幅度从宽处理

### 3.家庭暴力事实证据的搜集

事实认定离不开证据支撑。首先，公安机关、检察机关在调查取证、提起公诉阶段，应加强对家庭暴力相关证据事实的调查和收集。目前，最常用的证据是亲朋证人证言、被告人辩解，但言词证据有时难以证明事实的存在。因此，还应注重对家庭暴力关联事实证据进行搜集，包括村委会、居委会证明、就医记录、调解记录、出警记录、起诉记录、施暴者保证书，等等。其次，在审判阶段，有必要引入专家证言对家庭暴力行为与受害者反抗行为之间的关联性进行充分说明。在笔者观察样本中，有 3 件案件邀请专家证人解释了家庭暴力的定义、特点、受害者的心理和行为模式等内容。对被害人过错的认定起到了积极作用，也使被告人得到了更加合理的刑罚。专家证言从专业角度所作陈述，一定程度上弥补了当前规范层面存在的不足。

在被害人过错范式下对家庭暴力事实进行分类评价和完善证据搜集，能够有效解决事实认定不充分的问题，为下一步量刑奠定基础。

### (二) 量刑适用步骤及标准

基于法定情节与酌定情节交织的现状，量刑规范化改革一直在进行中，其中，最典型的尝试就是“两高”制定的《量刑意见》。《量刑意见》确定了量刑指导原则和基本方法，并列举了常见的量刑情节适用，但是并未包含被害人过错，也未包含故意杀人罪罪名。笔者认为，《量刑意见》的目的是规范量刑活动，无论罪名是否包含其中，该文件的基本原则和方法均可在案件量刑中进行适用。

#### 1.将“被害人特别严重过错”作为确定基准刑情节

在故意杀人罪中，刑期分为死刑、无期徒刑、10年以上有期徒刑以及3年以上10年以下有期徒刑四个量刑幅度，其中，情节较轻的，刑期落于3年以上10年以下。按照《量刑意见》规定，按照“起点刑—基准刑—宣告刑”步骤确定刑罚，应首先以基本犯罪事实构成确定量刑起点，然后结合其他影响犯罪构成事实确定基准刑。故意杀人罪作为行为犯，只要实施了相关行为就构成犯罪，其对应的四档刑罚差异甚大，若不具备法定减轻情节，其起点刑期、基准刑期基本决定了宣告刑的下限，因此，在定性阶段，不能仅是对罪名的定性，也要更进一步定位到是基本犯还是加重犯、减轻犯。《家暴办理意见》关于故意杀人罪“情节较轻”的规定，直接确定了量刑的起点幅度，属于减轻犯范畴，是定性的应有之意。特别严重家庭暴力行为中，被害人具有特别严重过错，若不将此情节作为基准刑情节考虑，则《家暴办理意见》的相关规定也失去了实质意义。

#### 2.明确“被害人严重过错”量刑幅度

对于严重家庭暴力对应的过错程度，虽然最新修改的《量刑意见》中没有规定相应比例，但是笔者认为可以参照此前版本《量刑意见》关于被害人过错的规定，在基准刑 20% 以内进行酌定调整。原因有三：其一，新修改版本取消关于被害人过错的规定并不是因为该情节的量刑幅度不科学，而是因为该情节适用范围较窄，不具有普遍性。其二，在《宽严相济意见》中依然保留了被害人过错相关规定。其三，在地方量刑规定中，被害人过错依然对应着 20%—30% 的量刑幅度。在反抗家暴致害案件中，保留原规定的调整比例具有必要性和可行性。

### 3. 综合考虑其他量刑情节

对家庭暴力事实中被害人过错进行特殊考虑后，应当继续遵循罪责刑相适应原则，回归惩罚和预防犯罪目的，对案件其他情节进行综合考虑。在惩罚犯罪层面，综合谅解、赔偿等情节确定行为人社会危害性大小，确定各情节的量刑比例；在预防目的层面，综合考虑自首、坦白、认罪悔罪等情节，确定行为人主观恶性，确定各情节的调整幅度，最后在基准刑基础上按照同向相加、逆向相减的方法确定宣告刑。

综上，参考《量刑意见》的规则，在反抗家暴致害案件量刑情节的处理上，应首先对被害人过错情节进行充分考虑，区分被害人过错程度，按照程度确定其对基准刑的影响。如果能够构成“情节较轻”，则应当在 10 年以下综合考虑被害人过错之外的其他情节确定宣告刑；如不能构成“情节较轻”，但构成严重过错，则应当在 20% 幅度内酌定减少处罚，再综合考虑其他情节确定宣告刑；如既不构成“情节较轻”，也不构成严重过错，则应按照一般故意杀人案件处理。以被害

人过错范式对该类案件进行裁判处理，既能对家庭暴力事实进行厘清，也能对从宽情节进行有效统合，理顺裁判思路，有效减少司法实践的混乱，促进此类案件轻刑化目的的实现。

### 结语

家庭暴力是破坏现代家庭文明的毒瘤，是对受害者实施的严重侵害其身心健康的不法行为，应当在司法过程中得到恰当而充分的评价，在无法一蹴而就消除观念桎梏或修改立法的情况下，被害人过错作为酌定情节对实现《家暴办理意见》第 20 条规定的目的，对反抗家暴致害案件进行轻刑化处理有着重要意义，在处理该类案件时应坚持司法能动，对该情节进行充分考虑，对家暴受害者所遭受的苦难进行准确界定和合理评价，充分发挥法律保护机能，在个案中体现司法温情，做到国法、人情的统一。

## 机构养老规范化发展的法理基础与法治实现

(来源:《山东大学学报(哲学社会科学版)》2025 年第 3 期 作者:袁文全、程海玲)

### 摘要

老龄化程度持续提升,机构养老发展困境交织,共同决定了亟须将机构养老发展全面纳入法治轨道,以实现机构养老规范、可持续发展。推动机构养老规范化发展,符合老龄化社会公民养老权实现的内在需求,是国家养老职责履行的具体方式和内在要求,具有充分的现实必要性和理论正当性。推动中国机构养老规范化发展,须树立“满足养老服务需求与推动社会经济增长相并重”的基本理念,因循“利益协调机制、责任追究机制与矫正保障机制相协同”“硬法规范与软法规范相促进”“激励性规制与约束性规制相结合”的技术路径,健全机构养老发展规范体系。聚焦入住老年人权益救济,应区分入住老年人的民事行为能力,以不同归责原则确定人身损害赔偿责任,引入“三层基准论”评价框架,综合软法、硬法规范,细化养老机构过错认定规则,强化激励性规制助推释放养老机构责任保险制度效能等,以促进机构养老实现规范化发展。

**【关键词】**人口老龄化;机构养老;激励性规制;过错认定规则;老年人权益保护

### 一、引言

有研究指出，2022年到2036年是中国老年人口的快速增长期，中国正步入中度老龄化并将加速迈向重度老龄化的现实国情，使社会各界对老龄化问题的关注度进一步升高。积极应对人口老龄化已经成为中国式现代化进程中的“必答题”，而满足老年群体持续增长的养老服务需求则是积极应对人口老龄化的重要突破口。近年来，国家层面对养老服务体系建设的适时调整，充分映射出国家在满足老年人养老需求方面的持续努力。总体而言，党和国家高度重视老年群体养老服务供需平衡的实现，并致力于积极推动居家社区机构“三位一体”养老服务体系建设。

在多元化社会养老模式中，机构养老是指居住于敬老院、养老院等养老机构的老年人接受专业化、全方位照护服务的养老方式。相较于其他养老方式，机构养老具有服务内容专业全面、护理功能突出等特点，且其能便捷高效地提供医养康养等复合型养老服务，并可以以数智化元素赋能养老服务，实现服务的提质增效。然而，当前中国机构养老发展面临着“普遍服务”可及性和均衡性低、“哑铃型”服务供给与“橄榄型”服务需求结构性失衡、入住老年人权益保障不充分、民办养老机构生存发展“步履维艰”等多重困境，这严重束缚机构养老服务资源效用的充分发挥，亟须将其全面纳入法治轨道以保障其规范有序发展。易言之，“进一步规范发展机构养老”是满足老年人机构养老服务需求、构建高质量养老服务体系的现实必然之举。

当前法学界关于机构养老发展的研究，主要是从养老机构监管、风险防范、契约治理及入住老年人权益保障等具体面向展开的对策性

研究,对机构养老规范化发展的基本理念及实现路径的关照略有不足,缺乏对机构养老发展规范体系的整体关照。机构养老发展中存在的实践问题也反衬出既有理论探索的欠缺。鉴于此,有必要立足人口新形势下机构养老发展的现实困境,阐明机构养老规范化发展的法理基础,探究中国机构养老发展规范体系的构建路径,为实现机构养老规范化发展提供理论支撑与实践指引。

### 二、机构养老规范化发展的法理基础

机构养老是社会养老服务体系的重要组成部分,少子老龄化带来的养老服务需求增加决定了以机构养老健全社会养老服务体系具有迫切性和必要性。与此同时,推动机构养老规范化发展亦具有充分法理依据。一是从实现公民养老权面向来看,养老机构运营模式多样,机构养老发展关涉多元主体利益,因此,规范发展机构养老符合贯彻以人民为中心的发展思想、保障公民养老权实现的内在需求。二是从国家养老职责履行面向来看,依据福利多元主义、多中心治理、新公共服务等理论观点,推动机构养老规范化发展,是国家由直接服务提供责任向监督保障责任转化的直观体现,也是国家积极回应机构养老服务需求增加、履行养老职责的具体方式。

#### (一) 公民养老权实现的内在需求

通常而言,老年阶段是个体生命必经历程之一,且在老年阶段,个体身体机能退化等使其普遍具有脆弱性。随着社会生产生活方式的转变,老年群体可能面临的经济风险亦不断提升。这在客观上决定了

国家有必要帮助解决老年群体养老问题。基于养老权的丰富意涵与动态特征，以及养老机构的多样化运营模式和涉及多元主体利益的实现，实现机构养老规范化发展是老龄化社会公民养老权实现的内在要求。

作为一项基本权利（束），基于受益权属性，养老权实现具有渐进性，由此也形成了关于养老权的狭义和广义认知。例如，有学者认为狭义的养老权“是生存权在个体进入老年阶段的特定形态”；广义的养老权则以基本生存保障为起点，逐次表达为发展型保障和自我实现型保障，这一界定更为精准地揭示了养老权的丰富意涵和动态特征。广义养老权亦可被理解为生存权和发展权在个体步入老年阶段的特定形态。“自然之理告诉我们，人们因为出生于这个世界即应享有生存权利”，生存权和发展权乃首要的基本人权，具有前提性、基础性和母体性，是人最高的自然权利。换言之，养老权是一项基本人权，这也意味着老年人的尊严应得到充分尊重、生存和健康应得到充分保障。从法律层面而言，养老权经由国际公约和各国宪法确认后成为一项基本权利（束），并具有社会权利属性。作为一项宪法权利（束），养老权是对个体基于公民身份享有的社会权利的最高法定表达，旨在保障老年人能够实现适当的生活水准。由此可见，无论从自然权利、法定权利视角而言，还是从人权面向、基本权利面向、社会权利面向而论，养老权均系公民享有的重要权利。

养老权具有复合保障（基本生存保障、发展保障等）功能，其实现方式及程度与国家经济社会发展程度相关联。受生育政策施行、社会经济发展、医疗水平提升等多重因素影响，中国的人口呈现年龄结

构加速老化态势，家庭结构演变为“核心化”“小型化”形态；家庭本位价值观逐渐为个人本位价值观所取代，根深蒂固的养儿防老观念渐趋淡化，家庭养老与社会养老相结合的养老观念成为共识；户籍制度改革进一步加速人口流动，经济发展已由高速增长阶段转向高质量发展阶段，发展方式加速转变、经济结构持续优化、增长动力逐步转换。换言之，社会人口结构变迁、文化伦理观念转变、经济社会结构转型等社会现实催生家庭养老功能分化，家庭的“经济供养功能呈强化和弱化分化趋势”且“服务提供功能普遍弱化”。即传统的家庭照护愈发难以充分保障老年人安享晚年，老年群体对养老服务的现实需求持续增加，失能失智和孤寡老年人通过获取养老服务实现基本生存保障在某种意义上已成为必然。与此同时，随着老年群体权利意识逐渐觉醒，老年人对养老服务需求的普遍性及多样化、个性化水平不断升高，政府单一供给养老服务难以有效满足公众需要。

在中国建设的“三位一体”养老服务体系中，机构养老具有服务内容全面性和服务效用独特性的特征，故机构养老的重要地位无可替代。养老机构是机构养老的重要载体，基于公用事业民营化改革在打破政府垄断、促进服务提质增效等方面的积极效用，养老机构的多样化运营模式应运而生。依据举办、经营主体之不同，除传统的公办公营模式外，机构养老还包含公建（办）民营、民办公助等运营模式。从自治原则视角来看，在市场经济领域，对有意愿和能力提供服务或者承担任务的个体、组织，国家不应限缩其行为空间。易言之，规模较大、层级较高的团体不得将基层团体能够完成并且可以获利的事务

工作“据为己有”，国家应当为民办养老机构发展预留空间。而社会力量的参与使得机构养老发展关涉多元主体利益，民办养老机构的营利性与老年群体福祉的公益性存在冲突，因而如何实现养老机构、投资者与入住老年人的利益共赢就成为核心问题。

概言之，从公民养老权实现面向而言，发展机构养老是人口老龄化背景下实现老年人养老权的必然选择。鉴于养老权的丰富意涵及其实现的渐进性特征，以及机构养老发展关涉多元主体利益，为了实现多方主体权益平衡，国家的引导和管制不可或缺，即经由制度设计和规则完善预防冲突，实现机构养老规范化发展，是公民养老权实现的内在需求。由此可见，推动机构养老规范化发展具有充分的现实必要性和理论正当性。

### （二）国家养老职责履行的内在要求

国家养老职责具有“国家德性观”和“国家内在秉性观”双层意涵。自古以来，国家总会积极承担公民养老义务，以树立体察民情关怀民意的良好“家父”形象。从法治视角来看，履行包括养老职责在内的公共服务供给职责，是国家自证其合法性存在的逻辑前提。易言之，国家天然负有公共服务供给职责。马克思主义国家学说认为，公共服务职能（社会职能）与国家相伴而生，正如恩格斯所言，“政治统治到处都是以执行某种社会职能为基础，而且政治统治只有在它执行了它的这种社会职能时才能持续下去”。因此，无论从“‘生存照顾’的‘国家德性观’”还是在“保障公民安全和发展的‘国家内在秉性观’”层面而论，国家在公民养老问题上责无旁贷。聚焦实证法

维度，国家养老责任通常亦直接体现于各国宪法之明文规定，如《中华人民共和国宪法》第 45 条第 1 款即构成国家养老责任的直接宪法依据。

公共服务提供方式取决于不同的社会制度设计，且无法脱离一定的环境制约。因而，作为公共服务职责的重要组成部分，国家养老职责的履行方式和具体内容会随着经济社会发展变化而发生转变与扩展，即国家养老职责的履行方式和具体内容具有动态性。作为社会主义国家，中国的国家性质对国家的养老职责提出了更高要求。就机构养老而言，国家养老职责的传统履行方式是设立敬老院、养老中心等公办养老机构，并由这些机构为老年人提供服务。依据福利多元主义理论、多中心治理理论、新公共服务理论等，多元主体互动参与公共服务供给有助于破除福利供给的垄断性，实现竞争与合作并行，提高服务供给质量和效率，进而达致福利最大化，符合经济社会发展的客观规律。在共建共治共享理念已成为共识的当前阶段，公办公营、公建（办）民营、民办公助等多样化养老机构共同发展的现状表明，中国养老服务供给方式已由政府“独家”供给逐步转变为多元主体协同供给。与之相应，国家的养老职责履行方式也由直接提供机构养老服务向提供服务的同时监督管理民办养老机构运营转变。养老职责履行方式的转变，并非“政府从既有行政任务的全面退却”，而是“政府角色的变迁和规制手段的转型”。

在多样化养老机构运营模式中，国家养老职责的具体内容包含“指引责任、给付责任、制度建设责任和监督责任等方面”。国家在

恪守法治原则的基础上，通过兼任“前台”服务供给者与“幕后”公益保障者的复合角色，采用行政给付等多种规制举措，履行兜底服务供给、竞争环境培育和监管等职责内容，推动公共部门与私人部门伙伴关系（public-private partnership）的建立，进而将“更好的政府，更美好的社会”理想图景转化为现实写照。具体而言，国家制定政策、设计制度引领机构养老事业与机构养老产业规范发展，提供物质性、组织性、程序性给付以保障老年群体权益，建构符合机构老龄事业和机构老龄产业发展需要的机构养老模式并提供相应的制度支持，同时采取监督措施保障“老有所养”目标全面实现等。推动机构养老规范化发展，对养老机构进行适当的监督和管理，确保老年群体能够以公平机会和适当价格获取机构养老服务，是国家建构机构养老模式并提供配套制度支持和监督保障举措的概括表达。

概言之，从国家养老职责履行面向而言，推动机构养老规范化发展，是国家由直接服务供给责任向监督保障责任转化的直观体现，是国家积极回应老龄化社会机构养老服务需求、履行养老职责的具体方式，具有充分的现实必要性和理论正当性。

### 三、机构养老发展规范体系的构建路径

前文论述揭示了机构养老规范化发展的现实必要性和理论正当性，为推动实现机构养老规范化发展提供了理论支撑。而要真正实现机构养老规范化发展，健全机构养老发展规范体系至关重要。法律体系包含内在体系和外在体系，前者是目的体系和价值体系，是实质法

律思想理念在特定历史发展阶段的特殊表现；后者是通过概念构建、规范划分或排序而形成的逻辑统一的规则秩序体系。内在体系的产生具有“自动性”并可奠定外在体系的正当化基础，外在体系“应当尽可能相应地反映它的内在体系”。鉴于机构养老具有主体多元、利益多维、法律关系复杂等特征，机构养老发展规范体系构建的关键在于内在体系与外在体系的融会贯通。基于法秩序内外在体系融贯之视角，本部分主要诠释机构养老发展规范体系构建应遵循的基本理念，在此基础上，进一步探究机构养老发展规范体系构建的技术路径，从而为机构养老发展规范内容的确立和完善提供指引。

### （一）机构养老发展规范体系构建的理念遵循

立足新时代中国人口老龄化现状与经济社会发展实际，机构养老规范化发展除应贯彻公平等普遍理念外，还须遵循“满足养老服务需求与推动社会经济增长相并重”的基本理念。

满足养老服务需求与推动社会经济增长分别为机构养老发展的社会目标和经济目标。养老机构为入住的老年人提供生活照料、康复护理等服务，可在满足老年人养老服务需求的同时，推动社会经济发展。与之相对应，中国大力发展机构养老也具有社会目标（满足养老服务需求）与经济目标（推动社会经济增长）双向关切。其中，社会目标是经济目标的价值旨归，经济目标是社会目标的基础和保障。当然，两者只有在“交互补充和相互限制的共同作用中才能获得其固有的意义内涵”。两者之间可能产生冲突，这一冲突实质上反映了不同主体或群体之间的利益冲突，须依赖法治“表达利益要求、平衡利益

冲突和重整利益格局”来完成利益调控。质言之，机构养老发展规范体系建设，应贯彻满足养老服务需求与推动社会经济增长相并重的基本理念，通过制度设计和规范构造来保障社会目标与经济目标协同实现。

在满足养老服务需求社会目标的指引下，机构养老发展规范体系建设应坚持人本主义和人文关怀，立足老年群体弱势地位及现实需求，以“积极老龄观、健康老龄化”理念为指导规范机构养老发展，强化机构养老风险防控，保障老年人有权享有具有针对性、多样化、人性化和个性化的机构养老服务。然而，如果没有经济增长作为支撑和保障，机构养老发展的社会目标注定难以实现。人口老龄化的现实境况要求深入挖掘老龄社会发展潜能，激发老龄社会经济增长活力。作为老龄社会的朝阳产业，养老产业以老年群体需求为导向，以开发适老性产品和服务为主要内容，正在成为经济增长的新赛道和新契机。在机构养老规范化发展过程中，推动社会经济增长也体现出权利对经济发展所具有的工具价值，是老龄化社会中提升经济效率、形塑公平有序制度环境的重要体现。此外，关注和重视机构养老推动社会经济增长，亦与养老权实现的渐进性特征相关联，唯有协同实现社会目标与经济目标，才能更充分地实现老年群体的养老权。

为真正达到“满足养老服务需求”与“推动社会经济增长”双重目标之间的妥适平衡，机构养老发展规范体系建设必须立足社会特定时期人口老龄化状况及经济发展水平，其目标在于推动机构养老事业与机构养老产业协同发展。《中华人民共和国国民经济和社会发展第

十四个五年规划和 2035 年远景目标纲要》中提及的“尽力而为、量力而行”实际上也体现出适度、均衡的思想理念。养老机构公益性与营利性的双重属性正是机构养老发展双重目标的微观映射。因而，机构养老发展规范体系建设应以满足养老服务需求为根本宗旨，在综合衡量政府、养老机构、入住老年人等各方利益的基础上，合理确定相应的权责义，调和机构养老服务公益性与营利性之间的内在张力并促使两者相得益彰。这一规范体系要通过加强引导、规范及监管推动机构养老发展，维护机构养老服务市场公平竞争、规范有序运转，不断为老龄社会经济增长注入新动力，进而推动实现“满足养老服务需求”与“推动社会经济增长”目标。唯有遵循满足养老服务需求与推动社会经济增长相并重的基本理念，机构养老发展规范体系建设才能持续性、最大化释放养老资源综合效用，进而促进老年人美好生活权利的实现。

### （二）机构养老发展规范体系构建的技术路径

机构养老发展外在规范体系构建作为一项系统性工程，需要进行整体性布局。为实现机构养老发展所涉利益格局的平衡，实现满足养老服务需求与推动社会经济增长双重目标，推动机构养老健康可持续发展，中国机构养老发展规范体系构建应当遵循如下三条技术路径。

第一，利益协调机制、责任追究机制与矫正保障机制相协同。法律的主要作用之一是调和相互冲突的利益，包括个人利益与社会利益。推动机构养老规范化发展意味着对机构养老服务资源现行利用方式的打破与重构，也即对相关利益格局进行调整。完善机构养老发展相

关法律规范是形塑新利益格局的重要途径，但新利益格局不会随着新规范的出台而自动建立，执法与司法同样是新利益格局构建的重要环节。拓展责任追究机制强化执法，既是行政机关履行国家养老职责的重要方式，也是通过规范机构养老发展维护社会秩序及推动社会进步的内在要求。司法救济作为机构养老发展利益格局调控的最后一环，健全矫正保障机制提升司法救济实效是实现机构养老健康有序发展的重要保障。

具体而言，应立足机构养老服务多元协同供给实践，畅通多元主体利益表达渠道、优化利益分配规则，以软法、硬法优势互补良性互动不断调整利益分配格局，健全机构养老发展利益协调机制。构建最低标准与最佳实践标准协同的监管标准体系，加强信用监管，完善政府责任清单制度及机构养老服务评价体系，持续改进监管程序提升监管效用，落实责任追究，通过有机协调标准监管与信用监管，拓展机构养老发展责任追究机制。提升养老机构风险防控能力，确立多元纠纷化解渠道，完善入住老年人权益救济制度，优化机构养老纠纷诉讼制度等，通过协同推进纠纷预防与调处化解，优化机构养老发展矫正保障机制。经由利益协调、责任追究、矫正保障机制的协调联动，为机构养老规范发展奠定坚实法治基础，聚合机构养老发展法治动能，促进机构养老规范发展的新秩序格局构建。

第二，硬法规范与软法规范相促进。“公共领域的软硬法混合治理，不仅仅是一个普遍存在的事实，更被认为是应当采取且推广的规范模式。”软法具有的“制度变革的回应性、创制过程的协商性、制

度安排的合意性、实施方式的温和性”等独特品性，较为充分地契合了机构养老的特征。作为为硬法制定积累经验、凝聚共识的“试验性立法”“先导性立法”，或者促进硬法施行的“后续性立法”“解释性立法”“执行性立法”，软法规范可通过影响机构养老发展中的公共资源配置及公共福利分配等方式发挥作用力，与硬法规范相互促进、相得益彰。基于软法、硬法规范效力差异，应适时将经实践检验行之有效的软法规范转化为硬法规范，以保障规范实效性得以充分发挥。

在机构养老服务多元协同合作供给模式中，硬法侧重于规范宏观层面，明确主体行为底线限制，软法则偏重调整微观层面，引导主体作出理性行为选择，两者共塑软硬兼济、合力而治的格局，进而保障社会福利及实质正义实现。需要注意的是，因社会转型期的规制路径依赖，当前机构养老发展的软法规范存在行政干预强烈和随意的特点，以致阻碍市场竞争机制决定性作用的发挥，这在产业政策领域体现尤为明显。鉴于此，完善机构养老发展的软法规范体系应充分尊重市场竞争机制在资源配置方面具有决定性作用的基本规律，坚持托底性养老服务供给者、竞争环境培育者和监管者等政府的角色定位，确保政府在市场机制作用范围内“不越位”，在市场和社会力有不逮之处“不缺位”，避免不当干预产业发展，持续提升软法规范的理性品格以推动机构养老健康有序发展。

第三，激励性规制与约束性规制相结合。激励性规制指的是非强制性评价、奖励或特殊待遇等方式，有助于激发市场主体自律合规，引导和鼓励市场主体自觉做出一定行为的法律调整方法。激励性规制

赋予市场主体更广阔的发展空间，促使其降低服务成本、提升服务质量，激励性规制具有调动积极性和正向规制的特点，以及促进创新和竞争、降低规制失灵成本等功能，能够最大限度激发市场主体自我规制主动性，推动实现社会福利最大化。约束性规制则指的是以外力对主体行为产生强制性约束，以对市场主体的单向支配完成规制目标。两种规制方式适用的事项领域、发展阶段等有所区别，共同保障了法律功能的多重性。

在机构养老发展领域，激励性规制路径既包括“对立法机关与行政机关的积极作为增加价值引导”，从而落实助推机构养老规范发展的价值秩序，又包括通过彰显政策导向和社会期待影响市场主体行为选择，以更温和的方式调整多元主体之间的利益关系。激励性规制路径指引下的降低养老机构市场准入门槛、给予养老机构财政补贴及税收优惠等财务性激励举措、“软化”实施既有规则等规制措施，为机构养老发展创设了广阔空间，对机构养老高质量发展大有裨益。然而，为实现入住老年人权益与养老机构发展利益的妥适平衡，须将激励性规制与约束性规制相结合，建构宽严相济的机构养老发展规范体系。例如，在降低养老机构市场准入门槛后，应同步强化养老机构事中事后监管，通过创新监管方式、优化监管机制、完善监管责任体系、健全养老机构市场退出规范等措施确保机构养老市场规范有序运行。激励性规制与约束性规制相互配合及协同发力能够为机构养老发展营造良好制度环境，以“组合拳”形成为机构养老发展注入新动能，助推“满足养老服务需求”与“推动社会经济增长”双重目标协同实现。

#### 四、机构养老规范化发展的制度实现：基于入住老年人权益救济的分析

机构养老规范化发展的价值理念落地与规则体系构建，需以相关法律制度设计为着力点。因循“宏观叙事”到“微观规范”的逻辑进路，结合机构养老规范化发展的核心目标——实现入住老年人权益，机构养老发展规范体系建设应重视入住老年人的权益救济问题。为此，本部分遵循规范体系构建的理念指引，因循规范体系构建的技术路径，探讨如何完善机构入住老年人权益救济相关规范，以推动实现机构养老规范化发展。

现阶段，中国机构养老发展仍处于起步期，且养老机构和入住老年人均具有一定程度的“弱势性”。一方面，机构养老服务的公共属性决定了养老机构盈利能力相对较弱，社会资本关注度受限，进入该行业的民营资本通常属于规模较小、经营稳定性差的相对“弱势”资本，即养老机构与其他公共服务供给主体相比具有一定弱势性。另一方面，受社会观念、家庭经济承受能力等多重因素影响，选择机构养老的老年人的认知、行动能力明显衰退，属于伤病高发弱势群体。就此而言，养老机构与入住老年人之间的利益平衡属于“弱势”双方的博弈，因循“利益协调机制、责任追究机制与矫正保障机制相协同”的技术路径形塑利益格局至关重要。

针对当前养老机构与入住老年人服务纠纷持续增多的境况，完善老年人权益救济规范以健全矫正保障机制，从而实现利益协调机制、

责任追究机制与矫正保障机制相协同，对强化入住老年人权益保护尤为重要。对此，需要明确入住老年人人身损害赔偿归责原则以及养老机构过错认定规则。基于机构养老服务的“软性”特征，可以综合软法、硬法规范认定养老机构是否具有过错；同时，基于机构养老责任保险对老年人权益救济的保障作用，结合责任保险市场发展现状，可将激励性规制与约束性规制相结合以释放责任保险制度效能，进而将强化入住老年人权益保护落到实处，贯彻机构养老发展满足养老服务需求的社会目标，协同实现机构养老发展社会目标与经济目标。

### （一）明确入住老年人的人身损害赔偿归责原则以健全矫正保障机制

入住老年人的脆弱性决定了人身损害赔偿纠纷的高发性。民法典与其他法律均未就入住老年人的人身损害赔偿责任作出特殊规定，因而应适用过错责任归责原则确定养老机构赔偿责任。但不考虑入住老年人民事行为能力差异而统一适用过错责任归责原则，由入住老年人承担养老机构存在过错的举证责任，无法充分保护无民事行为能力入住老年人的合法权益。当下司法实践中，入住老年人的人身损害侵权纠纷处理归责原则适用的不一致充分映射出前述问题。基于平衡协调养老机构与入住老年人合法权益的考量，完全民事行为能力、限制民事行为能力入住老年人遭受侵权损害应适用过错责任归责原则，无民事行为能力入住老年人遭受侵权损害则应适用过错推定归责原则。

一方面，入住老年人的人身损害赔偿适用过错责任归责原则吻合侵权法基本法理。具言之，过错责任与无过错责任的归责基础不同，

前者基于行为人主观过错归责，后者则基于行为人行为的危险性归责。在入住老年人的人身损害纠纷中，养老机构对入住老年人提供的照料护理等服务并非危险源，养老机构应仅在具有过错时承担侵权责任。此外，过错责任与无过错责任的本质区别在于对不可归责于双方当事人的意外事件所致损害的风险分配不同，前者由受害人承担，后者则由危险开启者承担。鉴于入住老年人易受损害的风险源于自身脆弱性，该风险应由其自行承担，缺乏转嫁于养老机构的正当理由。进言之，适用过错责任原则确定入住老年人人身损害赔偿赔偿责任，亦吻合“满足养老服务需求与推动社会经济增长相并重”的基本理念。

另一方面，无民事行为能力入住老年人客观上缺乏对养老机构是否具有过错的举证能力，该项举证责任宜由养老机构承担。当遭受损害的入住老年人为无民事行为能力人时，其缺乏对自身及养老机构相应行为的认知、辨识能力，客观上无法负担举证义务，在入住老年人死亡情形下更是如此。与此同时，无民事行为能力入住老年人的监护人固然可以履行相关举证义务，但因老年人持续生活在养老机构，监护人通常无法充分了解相关信息，所能提供的证据较为有限。概言之，无民事行为能力入住老年人面临客观不能的举证困境。基于妥当平衡入住老年人与养老机构合法权益之考量，结合养老机构侵权责任与教育机构侵权责任在责任主体性质、责任基础、损害发生时空范围方面的同质性，参照教育机构侵权责任规则，无民事行为能力入住老年人损害赔偿赔偿责任认定宜适用过错推定归责原则，由养老机构承担其对损害的发生不具有过错的举证责任。而对于限制民事行为能力入住老年

人，其具有一定的认知、辨识能力，故由其承担相应的举证责任不会造成利益保护失衡。

### （二）综合软法、硬法规范细化养老机构过错认定规则

养老服务协议作为服务合同类型之一，具有附随义务重要性突出、合同义务的“手段义务”特征明显、服务质量与服务受领人自身特性关联密切、在损害赔偿责任上更容易面临合同责任与侵权责任的竞合等诸多特征。因手段义务对应的违约责任为一般过错责任而非严格责任，过错认定在养老机构侵权及违约责任认定中均具有重要地位。在过错认定客观化趋势下，养老机构是否具有过错需结合其是否适当履行应尽义务加以判断。手段义务的大量存在增加了养老机构过错认定的复杂性。

在机构养老服务法律关系中，手段义务（债务人无须实现某种特定精确结果，仅负有采取适当手段的勤勉义务）的大量存在意味着，通常需要综合服务过程相关情况判断养老机构是否具有过错。但过错认定具体规则的缺位导致既难以为司法裁判提供清晰规范指引，也无法为相关主体提供稳定的行为预期。日本民法学界针对养老服务等社会性服务提出的“三层基准论”服务质量评价框架具有值得借鉴之处。

“三层基准论”学说考虑到服务的持续性、内容的复合性（软法、硬件两方面）特征，强调从提供服务的条件、服务过程及服务效果三方面对服务质量进行综合判断，由“构造性标准、过程标准和产出标准”共同构成基本评价框架。具体而言，构造性标准通过考察服务提供者的具体环境、设备、专业人员数量等对服务人员、设备、环境等进行

评价；过程标准通过考察服务方法等对服务过程诸要素进行评价；产出标准通过考察服务对象接受服务后的实际变化等对服务效果进行评价。“三层基准论”评价框架化解了机构养老服务的无形性、持续性特征引发的评价难题，提供了机构养老服务质量评价的具体考量因素。

“三层基准论”评价框架与机构养老服务协议、相关法律法规相结合，即可对养老机构过错的有无及大小作出判断。机构养老服务协议是当事人关于养老服务内容的专门约定，彰显机构养老服务的“个性化”色彩。协议中包含的照料护理等级及项目、收费标准、双方主体权利义务、特别约定等构成养老机构义务履行的判定标准。基于服务质量与服务受领人自身特性关联密切、服务内容具有“个性化”色彩的特征，在判定养老机构的义务限度时，应综合考量入住老年人自身特性、照料护理等级及收费标准等因素。立足照顾老年人生活专门机构的定位，若养老机构事前已知晓入住老年人相关特性（如曾有走失经历），对此应负特别注意义务（如避免让其独自外出等）。但因各项服务内容的提供均有相应成本，入住老年人及其家属应避免对养老机构施加与收费标准失配的义务要求和服务期待。应予考量的相关法律法规主要包括法律法规及国家标准、行业标准中为保护入住老年人权益而确立的机构养老服务规范内容，如《养老机构管理办法》中关于养老机构设施设备及用具符合老年人安全保护要求、开展老年活动时提供必要安全防护措施、突发紧急情况时对老年人进行合理救助

等义务规定，以及强制性国家标准《养老机构服务安全基本规范》中的相关内容等。

值得注意的是，因机构养老服务关涉入住老年人生存权益，相关规范系基于机构养老服务的“生存保障”功能而确立，蕴含立法者对机构养老服务法律关系的强力干预，构成养老机构义务履行的最低标准和强制要求。若机构养老服务协议相关内容低于法律规范的要求，则约定内容无效，养老机构应依法履行义务。针对实践中频发的机构养老服务免责条款（如疾病免责、日常生活免责、自伤免责、外出免责、第三人侵权免责等）效力争议，除以民法典第 497、506 条等关于免责条款效力判断为基本依据外，还应结合机构养老服务法律关系的具体内容进行衡量，只有当约定的免责事由属于入住老年人一方过错或固有风险而非意图免除养老机构应尽的法律义务（尤其是安全保障义务等）时，方可认定相关约定有效。

此外，保护入住老年人的人格尊严是民法典、老年人权益保障法、养老机构管理办法等法律规范的价值选择和明确要求，同样构成养老机构的行为底线。养老机构为管理之便而对入住老年人施加身体约束的现象时有发生。国家标准 GB/T 29353-2012（《养老机构基本规范》）对此有所涉及，但规范内容较为简单且不具有强制效力。鉴于施加身体约束将严重影响老年人的人格尊严与行为自由，相关事宜应由法律明确规定。借鉴比较法经验，养老机构对入住老年人施加身体约束应秉持非必要不约束和知情同意原则，确有约束必要时应事先充分告知约束措施的必要性、安全保护计划及持续时间等，并征得入住老年人

或其监护人书面同意；养老机构应采取限制最小的约束措施，全程记录并适时评估继续约束之必要性，在紧急情形消除后立即解除约束。只有符合前述情形，方可认定养老机构的身体约束行为没有侵害入住老年人的人格尊严。

### （三）强化激励性规制以助推释放养老机构责任保险制度效能

对于遭受损害的入住老年人，养老机构实际支付能力是实现其权益救济的客观基础。在实践中，养老机构资金实力及盈利能力相对较弱的客观现实，决定了极有必要借助责任保险制度增强其赔付能力，从而既充分保障入住老年人合法权益，又能提升机构风险应对能力。中国早在 2014 年即颁布相关文件推进养老机构责任保险工作，养老机构管理办法等规范性文件也正式确立养老机构责任保险制度，鼓励养老机构投保责任保险降低运营风险。但从实践来看，养老机构责任保险制度的效用尚未充分发挥。

观察养老机构责任保险市场实况，发现其面临着保险机构和养老机构双方积极性都较低的突出问题。一方面，保费收入微薄且市场规模有限，而赔付率不断提升使盈利空间持续缩减，保险机构承保意愿不强。另一方面，养老机构（尤其是民办养老机构）大多支付能力有限且盈利困难，部分机构风险防范意识薄弱，加之保费标准较为粗略，养老机构普遍缺乏投保积极性。归根结底，养老机构责任保险属于体现社会保障体系“普惠性”的商业保险产品，具有较强的公益性，难以自发因循市场逻辑达致供需平衡。为切实发挥养老机构责任保险制

度的风险分担效用，亟须进一步借助政府力量，运用激励性规制等举措提升责任保险参保率，矫正责任保险市场失灵。

同时，当前养老机构责任保险实施方案由各地根据实际情况确定，地区差异性较大。综合多地实践情况来看，各地提供的保险责任范围不一，涵盖保险期间发生的意外事故致害责任、基于公平责任原则的补偿责任、保险事故法律费用、第三者人身损害责任、紧急救援费用等一项或多项；保费标准及财政补贴比例也存在差异，养老机构责任保险制度效用具有明显的地区差异性。鉴于此，一方面，有必要尽快总结各地实践经验，以切实发挥养老机构责任保险制度效用为目标指引，确立全国范围内统一的最低保险责任范围和地方财政补贴比例，明确单个床位保费上限，鼓励各地保险机构和政府进一步扩大保险责任范围、降低保费标准、提升补贴力度。当前，江苏、北京、成都、广州等多地已陆续发布文件要求实现或力争实现养老机构责任保险全覆盖，今后可在总结这些城市实践经验的基础上，在全国范围内推动实现养老机构责任保险全覆盖，最大化发挥养老机构责任保险制度效用。另一方面，应积极引导保险机构持续优化养老机构责任保险产品供给，以消弭责任保险制度可能引发的“道德风险”——被保险人因存在责任保险而缺乏事前防范责任产生的主动性或事后积极抗辩及快速解决问题的意愿。详言之，保险机构应结合不同养老机构的潜在责任风险，依据养老机构入住老年人数量、风险系数（可参照自理能力或护理等级确定）等要素制定差异化保险条件，确立合理梯次保费标准，并根据养老机构等级评定结果、年度实际理赔状况等调整续

保费用，不断完善费率浮动机制，借助保险费率杠杆的激励约束作用促进养老机构持续提升经营管理水平。与此同时，进一步加强养老机构责任保险市场监管，促使保险机构强化保险业务及风险管理，不断优化给付内容和赔偿限额、规范赔付标准及流程等。此外，因循激励性规制路径，对于积极履行社会责任承保养老机构责任保险的保险机构，亦可提供相应激励奖励政策，进而营造多方主体合作互利共赢的养老机构责任保险市场格局。

机构养老服务的供给、消费与管理各环节均直接或间接关涉入住老年人权益。为推动实现机构养老规范化发展，满足老年人机构养老服务需求，除完善机构入住老年人权益救济制度规范外，亦应完善养老机构分类管理法律制度、健全机构养老发展风险防控法律制度等。一方面，当前机构养老服务供需结构性失衡困境实际上反映出“产业链纵向衔接能力和养老资源横向调配能力之间的局限性”，加强分类管理促进机构养老服务资源综合效益最大化尤为必要，保障各类机构公平发展是完善分类管理规范的核心议题。因循激励性规制与约束性规制相结合的基本路径，政府在通过财政补贴、信贷融资及税收优惠等形式补贴扶持民办养老机构的同时，应对其加强评估及监督管理。可将违法违规行为纳入养老机构等级评定考量因素，以引导其自觉守法规范运营；探索构建最低标准与最佳实践相结合的机构养老服务监管标准体系，增设养老机构强制退出制度、健全非营利性养老机构财产清算监管制度等，完善养老机构市场退出规范。对于公建民营养老机构，应进一步贯彻硬法规范与软法规范相促进的基本路径，确立政

府权力清单制度，规范政府缔结购买机构养老服务合同的“程序约束”与“权限约束”，提升政府合同治理能力；并可通过构建合理明晰的服务评价标准、引入第三方评估机制等加强服务供给主体履约情况监管，破除“重购买、轻服务”的路径依赖。另一方面，除重视防范机构养老发展中的传统风险外，亦应因循硬法规范与软法规范相促进的路径健全智慧养老、医养结合等新型机构养老相关的风险防控法律制度。要贯彻科技与法律协同共治理念，发挥技术治理的自律效用，从源头治理机构智慧养老发展，弥补法律规制尤其是事后救济的局限，推动实现“主动而非被动，预防而非补救”目标。对于机构医养结合发展中可能面临的叠加风险，现行医疗服务规范与养老服务规范的“直接相加”忽视了机构医养结合服务的特殊性与复杂性，应立足机构医养结合发展实际，确立集“医、养、康、护”于一体的机构医养结合服务质量标准，推动出台协议合作合同范本，不断完善软法规范，并健全机构间服务衔接机制和协同监管机制。在利益协调机制、责任追究机制与矫正保障机制相协同的基础上，推动机构养老发展实现满足养老服务需求与推动社会经济增长的双重目标。

### 五、结语

立足当前中国人口老龄化“绝对规模大、发展速度快、高龄化显著”的基本特征，积极回应老年人口日益增长的机构养老服务需求，推动实现机构养老规范化发展，是构建高质量养老服务体系的重要内容，也是提升老龄社会治理能力的必然之举。机构养老规范化发展的

实现有赖于法律内在体系与外在体系的融会贯通。中国机构养老发展规范体系构建应树立“满足养老服务需求与推动社会经济增长相并重”的基本理念，因循“利益协调机制、责任追究机制与矫正保障机制相协同”“硬法规范与软法规范相促进”“激励性规制与约束性规制相结合”的基本路径。作为一项系统工程，机构养老发展规范体系的健全，需要从入住老年人权益保护法律制度、养老机构分类管理法律制度、政府购买机构养老服务合同制度、养老机构发展风险防控法律制度等方面整体协同推进。

