

上海律协婚姻家庭专业委员会

# 法律资讯

婚姻家庭与私人财富管理



2023

第11期



主任：吴卫义

副主任：（按姓氏拼音）

付忠文

桂芳芳

吴琼

编委：（按姓氏拼音）

陈芸

陈雁

顾继云

高明月

彭梅芊

翟雯婕

沈奇艳

王晨

吴琼

邬晓嫣

徐丹

许慧芳

杨燕亭

张焕娥

赵薇薇

张玮颖

执行编辑：高明月

## 目 录

### → 行业动态

- 1、全市首创！长宁“法院+公证+民政”，共建全周期家事法律“服务链”  
(来源：上海市司法局微信公众号 编辑：冯小瑜 2023年11月17日) ..... 1
- 2、浙江启动巾帼法助营商公益行活动——以“法”为媒，助力女创客行稳致远  
(来源：中国妇女报 记者：姚改改 2023年11月3日) ..... 4
- 3、山东首个未成年人亲情探视基地成立  
(来源：法治日报 记者：曹天健 2023年11月8日) ..... 6

### → 媒体聚焦

- 1、当八十岁父亲想要再婚…… | 至正-法官札记 137  
(来源：上海二中院微信公众号 作者：李彦 2023年11月6日) ..... 7
- 2、父母争夺孩子抚养权，怎么办？  
(来源：上海二中院微信公众号 作者：王梓焱 2023年11月8日) ..... 12
- 3、孤寡老人去世后，遗产谁来管理？  
(来源：最高人民法院微信公众号 作者：王坤、王翊颖 2023年11月14日) ..... 16

### → 新规速递

- 1、《取消外国公文书认证要求的公约》将于2023年11月7日在中国生效实施  
(来源：外交部 2023年10月23日) ..... 19

### → 案例评析

- 1、共同遗嘱中，其中一方撤销，效力如何认定？  
(来源：深圳市中级人民法院微信公众号 作者：栾媛 2023年11月1日) ..... 22
- 2、藏着孩子不让探望，怎么办？  
(来源：上海二中院公众号 文字：王梓焱 2023年11月2日) ..... 25
- 3、为取出亡父的银行存款，他不得已踏上寻母之路 | 今晚九点半  
(来源：最高人民检察院微信公众号 作者：史隽、雷淑燕 2023年11月5日) ..... 28
- 4、最高法发布人民法院反家庭暴力典型案例（第一批）

(来源: 人民法院报微信公众号 作者: 最高院 2023 年 11 月 25 日) . . . . . 34

## ➔ 裁判实务

1、王蓉、姜英超: 婚内侵权的民事责任刍议 | 至正研究

(来源: 至正研究微信公众号 作者: 王蓉、姜英超 2023 年 11 月 13 日) . . . . . 42

2、最高院二巡法官会议纪要: 夫妻离婚股权分割裁判观点

(来源: 最高裁判指南微信公众号 作者: 最高院 2023 年 11 月 16 日) . . . . . 51

3、最高院: 夫妻二人出资设立的有限公司, 实质就是一人有限公司, 应对公司

债务承担连带清偿责任

(来源: 最高判例研究微信公众号 作者: 最高院 2023 年 11 月 25 日) . . . . . 58

4、听干货 | 离婚纠纷中, 精神损害赔偿的适用情形

(来源: 法信微信公众号 编辑: 小舟、Alice 2023 年 11 月 18 日) . . . . . 72

## ➔ 业务研究

1、涉外继承公证难点实务问题探析

(来源: 长安公证微信公众号 作者: 李青、樊江宁 2023 年 11 月 2 日) . . . . . 80

2、李安宁: 公证机构在遗产管理人制度中的角色担当

(来源: 家事法苑微信公众号 作者: 李安宁 2023 年 11 月 18 日) . . . . . 90

→ 行业动态

全市首创!

长宁“法院+公证+民政”，共建全周期家事法律“服务链”

(来源：上海市司法局微信公众号 编辑：冯小瑜 2023 年 11 月 17 日)

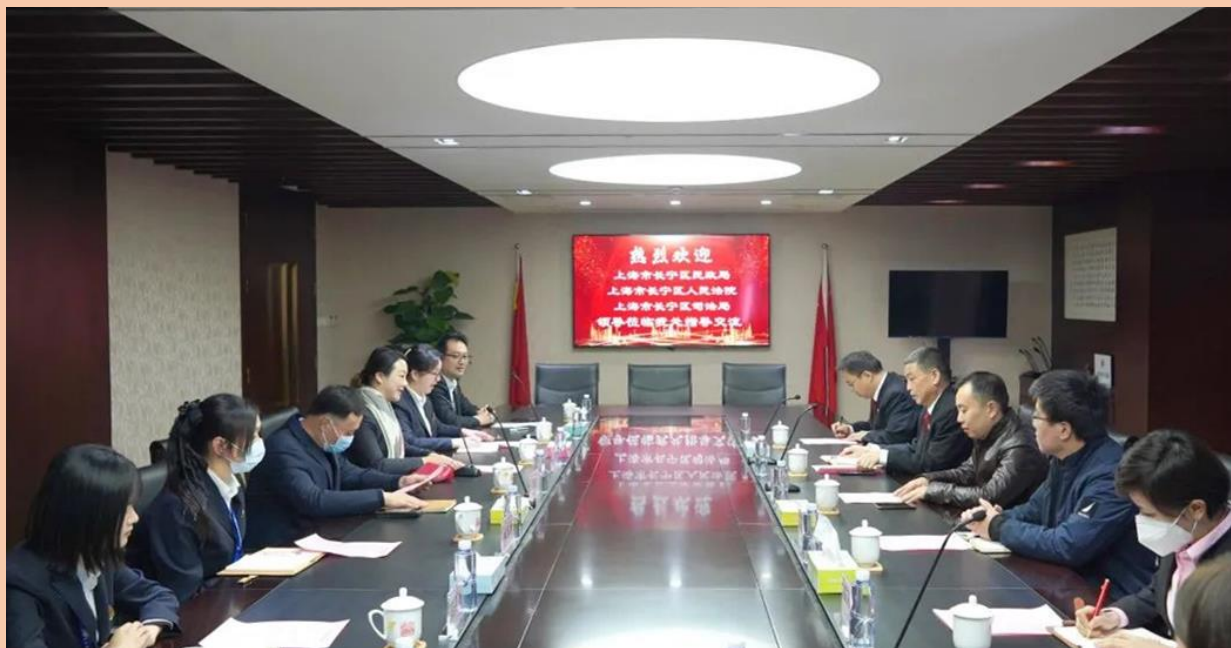
日前，长宁区人民法院未成年人与家事案件综合审判庭、长宁公证处、长宁区婚姻（收养）登记中心三方合作共建签约授牌仪式在长宁公证处举行。



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

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

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



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

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

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

## 浙江启动巾帼法助营商公益行活动 以“法”为媒，助力女创客行稳致远

（来源：中国妇女报 记者：姚改改 2023 年 11 月 3 日）

11 月 1 日，浙江珍琦护理用品有限公司董事长俞飞英收到一份针对本企业的“法治体检”报告。报告从公司治理、劳动人事、经营管理、知识产权、涉诉风险等方面对企业进行了全面“体检”和“诊治”，并贴心地附上了完善建议。

“‘法治体检’报告专业、严谨、精准，为我们将来拓展更为广阔的海外市场，注入了信心。”俞飞英开心地说。

这份由杭州市律师协会副会长、杭州市律师协会女律师工作委员会主任金迎春送达的报告，是浙江省第一份巾帼法助营商“法治体检”报告。

为发挥妇联组织职能优势，团结动员妇联团体会员积极投身三个“一号工程”，彰显巾帼作为，当天，浙江省妇联牵头省女法官协会、省女检察官协会、女律师联谊会、女企业家协会、女科技工作者协会等，在杭州市富阳区启动了巾帼法助营商公益行活动。

活动发布了浙江省巾帼法助营商公益行五大行动，包括组建巾帼法助营商志愿服务团队、设立巾帼法助营商会客厅、开展送法律服务入企巾帼行活动、开展巾帼法助营商法治体检服务、征集中帼法助营商优秀案例等五项行动。

据悉，志愿服务团共有 43 名优秀女性，是浙江省妇联联合省法院、省检察院、省司法厅在全省范围内选拔政治素质硬、专业素养高、社会责任感强的女法官、女检察官、女律师，她们将为创新创业女性、女科技工作者提供普法宣传、法律咨询、法律体检等服务。

“律师的服务细分程度很高，遇到特殊问题时，企业家应该选择怎样的律所和律师？”“企业在全国化的发展过程中，遇到的异地诉讼情况逐渐增多，各地司法环境不一，应如何破解？”

在随即开展的之江市巾帼法助营商圆桌会上，面对女企业家、女科技工作者提出的发展痛点，女律师、女法官、女检察官当即给予了专业解答。

活动现场，杭州市妇联党组书记、主席阮英，温州市检察院第二检察部副主任徐海霞先后分享了“巾帼法助营商”的典型经验交流。现场还给创新创业女性、女科技工作者代表赠送巾帼法助营商服务手册。

“营商环境，是市场主体发展之基、活力之源。我们开展巾帼法助营商公益行活动，就是要充分发挥妇联团体会员的桥梁纽带作用，以‘法’为媒、双向奔赴，合力推动浙江助企服务更高效、市场信心更坚定、发展动能更强劲。”浙江省妇联党组书记、主席何杏仁说。

## 山东首个未成年人亲情探视基地成立

(来源：法治日报 记者：曹天健 2023 年 11 月 8 日)

本报讯 记者曹天健 通讯员郭娟 近日，由山东省青岛市中级人民法院、青岛市妇联联合成立的山东省首个未成年人亲情探视基地，在青岛市市南区人民法院云南路法庭挂牌运行。

今年以来，围绕离婚案件判决后因各种矛盾纠纷导致未成年人探视权履行难问题，青岛中院、市妇联进行深入调查研究，梳理分析问题产生原因，探寻问题解决路径，全力推动调研成果转化运用，最终成立该市也是山东省首个未成年人亲情探视基地，为当事人就近探望未成年子女提供便利，最大限度降低家庭变故对未成年人造成的伤害，保障无抚养权父母的探视权。

据悉，为确保基地有效运行，在中院、市妇联指导下，市南区法院云南路法庭专门打造了儿童活动区、母婴室、温馨调解室等，并建立预约登记、问询意见等工作流程，为当事人提供贴心、温馨、安全的探视场所。市南区各街道“巾帼志愿者”、婚姻家庭纠纷调解员也将通过提供陪同探视、心理疏导、家庭教育等服务的方式，为基层运行助力，推动实现和谐探视。

## 媒体聚焦

### 当八十岁父亲想要再婚…… | 至正-法官札记 137

(来源：上海二中院微信公众号 作者：李彦 2023 年 11 月 6 日)

如今，老年人丧偶后再婚的现象并不鲜见，由此引发的有关赡养、继承等纠纷也日益增多。我最近审理的一起继承纠纷案件，就因老人再婚而起。在这起案件中，子女已经放弃对过世母亲的遗产继承，可当父亲准备再婚时，子女的想法却发生了变化……

#### ➤ 案情——儿女反悔放弃继承

80 岁的父亲突然要再婚！当于女士得知这个消息，简直觉得五雷轰顶。于女士的母亲在十多年前去世，她和两位哥哥一直照顾父亲。为了让父亲能在晚年更好地生活，兄妹三人不仅通过公证放弃了对数套房产的继承，还专门请人照顾父亲生活。因为担心父亲再婚后会横生枝节，于女士在和哥哥们商量之后，决定提起继承诉讼，先把亡母的遗产拿回来。

于女士认为，当初她和哥哥们主张放弃继承是有前提条件的，即父亲不会再婚。虽然这一点没有写下来，但这是人之常情。如果父亲当时就表示会再婚，他们肯定不会放弃继承。此外，于女士认为，父亲隐瞒了其账户里有一千多万存款的事实，在这一点上子女们都被骗了，因此主张放弃继承的行为无效。

收到子女们的诉状，父亲老于也十分气愤。他认为自己早年间命运坎坷，和过世的前妻一起把孩子们拉扯长大，乘着改革开放的春风又挣下了这份家业。前妻过世后，他一个人虽然衣食无忧，但儿女们都在国外，生活寂寞，于是想找个伴。至于一千多万存款，老于认为自己压根就没有想过隐瞒，只不过儿女们没问，他便没说。而且老

于平时做股票投资，名下有几百万股票和资金，儿女们早就知晓，家里还有不少值钱的古董、字画，儿女们也知道。办理遗产继承公证时，子女们连一个多亿的房产都放弃了，值钱的古董、字画、黄金也没要，又怎会为了这笔存款跟他计较呢？

### ➤ 调查——两次遗产公证

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

二审法院经调查，为了让父亲继承遗产，于女士等人曾经先后两次前往公证处办理相关手续。

一次是2013年1月30日，于女士等人在做放弃继承权公证时声明：“被继承人……死后遗有：……所有银行的存款及包括基金等的一切银行理财产品和其他一切动产和不动产。……现经我慎重考虑后，决定放弃。今后也决不反悔。”根据当天公证处制作的《询问记录》记载，公证员询问于女士等人“如果还有其他属于你母亲的银行存款及包括基金等的一切银行金融理财产品，及其他动产、不动产，你是否要继承？”，三人均答“都不继承”；公证员又问“你放弃继承权的原因和目的？”，其三人均答“不要继承，由父亲继承。”

第二次是2013年3月1日，由公证处出具《公证书》，证明老于向公证处申请继承七套房产以及妻子生前名下六万余元银行存款，其他继承人均已放弃继承上述遗产，由老于一人继承。根据当天公证处制作的《询问记录》记载，公证员询问老于及三位子女被继承人遗产情况时，均回答被继承人存在如上遗产；公证员询问“对上述遗产，继承人有何意见”时，子女均表示“自愿放弃，由父亲继承”。

### ➤ 分歧——三大争议焦点

经审理，合议庭将双方的主要分歧归纳为以下几点，一是子女放弃继承是否以老于不会再婚为前提；二是老于没有专门告知其名下一千多万存款是否构成欺诈；三是子女们在公证处表示放弃继承时所陈述的“兜底条款”是否可以涵盖本案中所涉的这一千多万存款。

于女士等认为，首先，子女们放弃继承是为了将这些财产用于父亲养老，如果父亲要再婚，有人照顾，当然就不会放弃继承；此外，父亲在公证处办理房产继承时，提及母亲的遗产包括七套房产和母亲名下六万多元遗产，但故意隐瞒了自己名下有一千多万存款，以此诱使子女们放弃继承，构成欺诈，也不适用“兜底条款”。

老于认为，老人有婚姻自主权，子女是否放弃继承和是否再婚没有关系。当初办公证是为了办理房产过户手续以及领取妻子生前名下存款，所以在公证处陈述的遗产就是需要办手续的这些，不存在故意隐瞒的情节。

### ➤ 探究——逐一厘清难题

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

关于老于是否构成欺诈，首先，法院未发现老于有欺诈的故意。从3月1日《询问记录》来看，本次公证的目的在于“房产过户、继承存款等”，并非放弃继承。而从3月1日公证所涉及的财产来看，均涉及记名财产，亦从侧面印证了双方前往公证处的目的在于处理这些需要通过公证手续才能取得或者转移的财产。因此，老于在3

月1日公证中只陈述了需要公证手续才能处理的部分遗产，不存在欺诈的故意。其次，于女士没有受到误导。根据已经查明的事实，3月1日，老于和子女们一起办理公证，双方共同确认了表格中“申请继承公证所涉及的遗产”一栏的内容，而非老于一人陈述。且罗列的财产显然没有包括子女已知的全部财产。对于明显可能存在的遗产，于女士等人非但没有指出遗漏，反而共同签名确认。这充分说明于女士是明确知晓本次继承的财产并非母亲的全部财产，自然也不会受到误导。再次，1月30日子女们放弃继承公证这天，老于并不在场。老于是在3月1日公证中要求继承房子和妻子生前名下存款，而子女们早在1月30日公证中就已经主动放弃所有遗产了，之间没有因果关系。

关于本案中的“兜底条款”是否可以囊括于女士等人主张的一千多万存款。在1月30日的公证中，在公证处工作人员的引导下，于女士等人先后三次分不同层面提及放弃继承。首先，经公证处工作人员询问，于女士等人以概括性的语言表达了对母亲遗产的放弃继承。此后，公证处工作人员将有凭证证明的遗产一一列明，于女士等人又一次明确放弃继承。最后，公证处工作人员又单独询问“如果还有其他属于被继承人的银行存款及包括基金在内的一切银行金融理财产品，及其他动产、不动产”的处理方式，该种分离式的询问方法足以提醒于女士等人，公证处工作人员所针对的财产已经超出了原罗列的遗产，可能包括下落不明以及价值不明的遗产。但于女士等人直接回答“都不继承”，说明遗产的价值并非于女士等人考虑是否放弃继承的主要因素。于女士等人放弃继承的原因和目的在于“不要继承，由父亲继承”，也从侧面说明于女士等人并非因为遗产价值不高而放弃继承，其追求的法律效果在于由父亲继承母亲的全部遗产。因此，于女士所主张的这一千多万存款，并未超过“兜底条款”的覆盖范围，已被放弃继承。

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

### ➤ 法官心语

近年来，老人再婚一直是个备受关注的问题。本案虽然表面上看来是继承纠纷，实际上是子女因父亲再婚而发生的矛盾冲突。在此提醒，老人们在再婚前不仅应充分了解彼此，还要和儿女进行充分的沟通，打消儿女的防备和顾虑。同时，可以在再婚之前与对方坦率地进行沟通，签订婚前财产协议，对财产事宜进行清晰明确的约定，这样既可以防止目的性过强的婚姻给自己带来压力，也能让今后产生纠纷时有据可依。作为子女，则需要理解父母再婚的初衷，许多老人只是渴望有人陪伴，因此儿女们平时也应从老人的实际情况出发，多看望老人，关心老人。只有双方互相尊重和理解彼此，才能真正实现家庭的和睦与幸福。

## 父母争夺孩子抚养权，怎么办？

（来源：上海二中院微信公众号 作者：王梓焱 2023年11月8日）

### ➤ 案情——父母都录视频 证明孩子跟他/她

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

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

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

### ➤ 孩子怎么想 社工轻轻问

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

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

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

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

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

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

### ➤ 协作——二审灵活质证 尊重孩子意愿

根据儿童访谈工作报告及文文在访谈中表达的相关意愿，为维护文文今后与父母的关系，二审主审法官分别与小茂、芦荟单独谈话，向双方转述报告内容，还重点就报告提到的两人在抚养上做得较好的一些方面给出肯定。与小茂单独谈话时，主审法

官以婉转的方式反馈报告中关于孩子与母亲沟通较多、孩子与母亲的亲密度更高的评价情况。小茂、芦荟都对法官告知的方式和内容无异议，小茂还表示会尊重合议庭的处理意见。

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

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

### ➤ 社工心语

姚燕闻——上海市阳光社区青少年事务中心社工

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

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

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

## 孤寡老人去世后，遗产谁来管理？

（来源：最高人民法院微信公众号 作者：王坤、王翊颖 2023年11月14日）

### ➤ 基本案情

杨某是一名聋哑老人，终身未成家，生活无法自理。顾氏三兄弟的祖母早年间曾照顾过杨某，两家交往甚多。因杨某晚年无人照料，三兄弟主动伸出援手，共同照顾杨某多年，还为老人请了护工。2017年，杨某因病入院治疗，三兄弟轮流探病、陪护，并负责老人医疗等所有费用。2021年，杨某病故，三兄弟尽心处理丧葬事宜，并将杨某及其父母骨灰盒一并安葬，每逢纪念日按当地风俗祭拜。2022年，三兄弟向法院申请指定太仓市民政局为杨某的遗产管理人。

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

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

### ➤ 法官心语

江苏省太仓市人民法院民一庭庭长 王坤

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

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

### ➤ 专家点评

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

关怀老人、敬爱长者自古以来是中华民族的传统美德。顾氏三兄弟对残疾孤寡老人多年悉心照料之举引领了社会道德风尚，法律应当对此弘德扬善之举给予正面评价。太仓法院认定三人对被继承人生前尽到较多扶养义务，有权作为利害关系人申请指定遗产管理人，有效防止逝者财产陷入无人管理的困境，符合《民法典》遗产管理

制度的立法精神。该案的裁判结果对于弘扬中华民族守望相助、扶残救济的善良风俗具有积极意义，也是社会主义核心价值观融入司法裁判的具体生动体现。

➔ 新规速递

## 《取消外国公文书认证要求的公约》 将于 2023 年 11 月 7 日在中国生效实施

(来源: 外交部 2023 年 10 月 23 日)

2023 年 3 月 8 日, 中国加入《取消外国公文书认证要求的公约》(以下简称《公约》)。《公约》将于 2023 年 11 月 7 日在中国生效实施。

《公约》是海牙国际私法会议框架下适用范围最广、缔约成员最多的国际条约, 旨在简化公文书跨国流转程序。11 月 7 日起, 中国送往其他缔约国使用的公文书, 仅需办理《公约》规定的附加证明书(Apostille), 即可送其他缔约国使用, 无需办理中国和缔约国驻华使领馆的领事认证。其他缔约国公文书送中国内地使用, 只需办理该国附加证明书, 无需办理该国和中国驻当地使领馆的领事认证。

中国外交部是《公约》规定的附加证明书主管机关, 并为本国境内出具的公文书签发附加证明书。受外交部委托, 中国相关省、自治区、直辖市人民政府外事办公室以及部分市人民政府外事办公室可为本行政区域内出具的公文书签发附加证明书。办理附加证明书的具体程序和要求请登录中国领事服务网(<http://cs.mfa.gov.cn>)或各相关地方外办网站查询。

中国附加证明书将使用贴纸形式, 加贴银色国徽印鉴。中国外交部以及各相关地方外办签发的附加证明书支持在线核验, 具体可登录 <http://consular.mfa.gov.cn/VERIFY/>。

居住国外人员可关注中国驻当地使领馆官网查询相关信息。

附件 1 《取消外国公文书认证要求的公约》 缔约国名单（截至 2023 年 10 月 23 日）

亚洲（22 个）：中国、亚美尼亚、阿塞拜疆、巴林、文莱、格鲁吉亚、印度、印尼、以色列、日本、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、蒙古国、阿曼、巴基斯坦、菲律宾、韩国、沙特、新加坡、塔吉克斯坦、土耳其、乌兹别克斯坦

非洲（16 个）：博茨瓦纳、布隆迪、佛得角、斯威士兰、莱索托、利比里亚、马拉维、毛里求斯、摩洛哥、纳米比亚、卢旺达、圣多美和普林西比、塞内加尔、塞舌尔、南非、突尼斯

欧洲（44 个）：阿尔巴尼亚、安道尔、奥地利、白俄罗斯、比利时、波黑、保加利亚、克罗地亚、塞浦路斯、捷克、丹麦、爱沙尼亚、芬兰、法国、德国、希腊、匈牙利、冰岛、爱尔兰、意大利、拉脱维亚、列支敦士登、立陶宛、卢森堡、马耳他、摩纳哥、黑山、荷兰、北马其顿、挪威、波兰、葡萄牙、摩尔多瓦、罗马尼亚、俄罗斯、圣马力诺、塞尔维亚、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、瑞典、瑞士、乌克兰、英国

北美洲（21 个）：安提瓜和巴布达、巴哈马、巴巴多斯、伯利兹、加拿大、哥斯达黎加、多米尼克、多米尼加、萨尔瓦多、格林纳达、危地马拉、洪都拉斯、牙买加、墨西哥、尼加拉瓜、巴拿马、圣基茨和尼维斯、圣卢西亚、圣文森特和格林纳丁斯、特立尼达和多巴哥、美国

南美洲（12个）：阿根廷、玻利维亚、巴西、智利、哥伦比亚、厄瓜多尔、圭亚那、巴拉圭、秘鲁、苏里南、乌拉圭、委内瑞拉

大洋洲（10个）：澳大利亚、库克群岛、斐济、马绍尔群岛、新西兰、纽埃、帕劳、萨摩亚、汤加、瓦努阿图

注1：2024年1月11日，《公约》将对加拿大生效，中加之间将于当日开始适用《公约》。2024年6月5日，《公约》将对卢旺达生效，中卢之间将于当日开始适用《公约》。

注2：中国与其不承认具有主权国家地位的《公约》成员间不适用《公约》。

注3：中国与印度之间不适用《公约》。

#### 附件2 签发附加证明书的地方外事办公室名单（共31家）

省级外办（25家）：安徽、重庆、福建、广东、广西、贵州、河南、黑龙江、湖北、湖南、海南、吉林、江苏、江西、辽宁、四川、山东、上海、陕西、云南、浙江、甘肃、河北、山西、内蒙古

市级外办（6家）：长春、哈尔滨、宁波、济南、青岛、深圳

## ➔ 案例分析

### 共同遗嘱中，其中一方撤销，效力如何认定？

（来源：深圳市中级人民法院微信公众号 作者：栾媛 2023 年 11 月 1 日）

#### ➤ 案情简介

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

2002 年 11 月 26 日，方某代被继承人黄某某书写一份遗嘱，称因其与方某分得的单位房改房系由冯某父母出资，故在其死后将其名下的该房产由黄某甲和冯某继承。2003 年 8 月 26 日，被继承人黄某某与方某订立合立遗嘱，约定被继承人去世后，其名下涉案房产的 1/2 份额归黄某甲和冯某所有，由二人为方某养老送终；在两人都去世后，涉案房产归黄某甲和冯某所有。本遗嘱在两位遗嘱人中任何一人去世后均生效，但只能生效属于去世者遗产部分。该遗嘱系打印件，在两位律师的见证下作出，遗嘱人和见证人均在该遗嘱上签名，并注明年、月、日。

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

#### ➤ 法院审理

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

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

效。

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

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

### ➤ 鹏法君说法

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

根据法律规定，遗嘱人可以撤回、变更自己所立的遗嘱。共同遗嘱作为实践中的一种遗嘱形式，遗嘱人同样可以对遗嘱撤销或变更。但是，对共同遗嘱是否能够撤销，存在一定的限制。对夫妻双方约定不得撤销或变更的共同遗嘱、附条件的共同遗嘱，以及存在其他不适宜撤销或变更情形的共同遗嘱，夫妻一方不得单独撤销或变更。如果共同遗嘱中对于共有财产的处分并没有相互制约、互为条件的意思，则在世一方仍可以按照自己的意愿撤回、变更自己所立的遗嘱。本案中，黄某某与方某夫妇所订立的共同遗嘱并无互相制约、互为条件的意思表示，因此，方某有权撤回其遗嘱，但该撤回行为不影响被继承人黄某某的遗嘱内容。

### ➤ 法条链接

#### 《中华人民共和国民法典》

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

第一千一百四十二条 遗嘱人可以撤回、变更自己所立的遗嘱。  
立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为的，视为对遗嘱相关内容的撤回。

立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。

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

## 藏着孩子不让探望，怎么办？

（来源：上海二中院公众号 文字：王梓焱 2023 年 11 月 2 日）

### ➤ 案情——无法探望幼女 父亲诉至法院

小刚与茉莉都是 80 后，相识不久便迈入婚姻殿堂，并很快有了女儿妙妙。也许是因为闪婚闪育，夫妻双方感情基础并不牢固，两人在婚后争吵不断。在女儿 5 个月大时，茉莉诉至法院要求离婚，小刚也一口答应了茉莉的所有离婚条件，两人十分干脆地在法院的调解下离了婚，并约定妙妙随小刚共同生活。不料三个月后，茉莉以哺乳为由从小刚处抱走了妙妙，并起诉要求变更抚养关系。法院考虑到孩子仍在哺乳期，确实更需要母亲抚养，依法判决妙妙随茉莉共同生活。

此后的一年多时间里，由于茉莉的不配合，小刚没再见过女儿，两人还曾因此爆发肢体冲突。忍无可忍的小刚向法院提起诉讼，要求每个月探望女儿半天、茉莉可全程陪同。茉莉则以孩子太小、不认识小刚为由，不同意小刚的探望请求。一审法院判决支持了小刚的诉讼请求，茉莉不服，向上海二中院提起上诉。

### ➤ 社工参与化解 父母达成协议

考虑本案的实际情况，二审合议庭委托阳光中心的青少年事务社工共同参与到本案的化解工作中，并分别与茉莉和小刚约谈。

对茉莉，主审法官从法律规范的角度解释了小刚作为父亲所享有探望权的合法性及合理性，以及茉莉作为母亲所负有的配合义务；社工则从儿童身心发展的角度说明了父亲参与女儿生活、成长的必要性及种种益处。

对小刚，主审法官和社工结合女儿年仅两岁的实际情况和小刚相对“直男”的性

格特点，就探望时如何与女儿接触、沟通给予指导。

为了帮助茉莉和小刚重建信任关系，主审法官和社工努力引导两人学会区分彼此间的关系问题与两人在女儿抚养上的关系问题，努力形成在女儿抚养问题上应相互合作的统一认识。

在社工的提议下，茉莉将手机中女儿的近照分享给了小刚。终于，对小刚的探望权，茉莉也松了口，但希望探望时有法院工作人员陪同。

为了打消茉莉最后的顾虑，主审法官从《上海法院审理未成年人探望权纠纷案件的意见》中找到依据，提议由社工作为探望监督人，协助监督后续探望权的行使。

最终，茉莉和小刚达成调解协议，同意由社工开展为期三个月、每月一次的探望监督。

### ➤ 协作——规范流程、分工合作，引导双方自主探望

为了规范开展监督工作，社工在主审法官的指导下做了精心的研究与准备。每次探望监督前，社工都会和小刚、茉莉联系，就时间、地点、限定参与人员等内容进行约定。

第一次探望监督刚开始时，妙妙不仅对探望地点十分陌生，也对小刚表现得非常生疏。就在小刚不知所措的时候，社工介入其中，先陪伴孩子熟悉环境，再逐步指导小刚通过玩玩具、讲故事等方式与女儿互动。另一名社工则陪伴茉莉在一旁观察，缓解茉莉的焦虑情绪。

每次探望监督结束后，社工都邀请小刚与茉莉填写探望评测单，向社工反馈本次探望的感受，并就各自对后续自主协商探望的信心程度进行自评。

在三个月的探望监督结束之际，茉莉申请延长社工陪同探望监督的时间。经了解，

是因为茉莉与小刚在夫妻财产分割问题上仍存分歧，对小刚心存芥蒂而提出这一申请。考虑到夫妻财产分割与探望权无关，且孩子在探望监督中逐步表现出对小刚的熟悉与接纳，小刚也表现积极，与女儿的互动亲切自然，亲子关系趋于稳定，因此阳光中心未再延长探望监督的时间。结束这个案件的相关工作后，社工制作了探望监督工作报告并提交主审法官。

### ➤ 法官点评

《上海法院审理未成年人探望权纠纷案件的意见》第十二条规定，双方当事人可共同协商确认探望监督人，由其协助探望权的正当行使。人民法院可以在裁判文书中指定和写明如探望权行使过程中发生争议，双方当事人可与探望监督人联系。

探望监督人的人选可从社工、心理咨询师等社会力量和当事人均认可的亲属中产生，并经由双方当事人一致同意选定。探望监督人可在当事人后续探望中协助解决出现的争议问题，并可发挥观察协调、亲职教育等作用，发挥其专业知识、扎根基层等优势，第一时间帮助纠纷化解。

需要注意的是，探望权是在子女成年前非直接抚养子女的父母一方都享有的法定权利。那么，是否意味着探望监督人就应该一直监督到子女成年呢？当然不是。本案中，二审法院委托青少年事务社工担任探望监督人以及社工在探望监督过程中所采取的具体做法，使探望监督人制度的目标更加明晰，即帮助当事人从监督下探望逐步过渡到自主合作完成探望，从而实现探望权纠纷的长效化解。本案中，社工围绕这一目标，运用社会工作领域的原则与工作思路开展探望监督工作，具有一定的典型意义。



## 为取出亡父的银行存款，他不得已踏上寻母之路 | 今晚九点半

(来源：最高人民检察院微信公众号 作者：史隽、雷淑燕 2023 年 11 月 5 日)

### ➤ 父亲离世，遗留银行存款难取出

25 岁的兰某是家中独子，从记事起，他就没有见过自己的母亲，多年来父子俩相依为命。成年后，兰某外出打工，父亲在家勤恳务农，生活还算过得去。

今年 4 月 5 日，兰某突然接到老家邻居打来的电话，告知其父亲被发现在家中离世。兰某迅速赶回老家办理父亲的丧事，当他整理父亲的遗物时，发现了两张银行存折，共计 20 余万元。

待心情平复后，兰某来到银行，准备取出父亲生前的存款。可没想到的是，银行工作人员告诉他，存款人死亡后，其合法继承人必须持有公证处出具的继承权证明文书才能取款。

为了取得相应的证明文书，兰某又跑到公证处。但公证处工作人员称，兰某的母亲也是第一顺位继承人，由于无法确认兰某母亲的情况，故无法出具兰某享有唯一法定继承权的证明文书。

这可难住了兰某。母亲究竟在哪儿？是否还在世？在兰某的印象中，父亲曾说过母亲在他两岁时就离家出走了。他也只依稀记得，母亲是云南人，姓成。后来找到的父母结婚证也显示了相同的信息。

为了取出亡父的存款，兰某不得已踏上了寻母之路。

### ➤ 母亲下落不明，申请撤销父母婚姻登记

兰某先是拿着父母的结婚证到辖区派出所寻求帮助，希望借此查找到母亲的一些

信息。民警对此事很重视，第一时间帮忙查询。可是受早年技术条件所限，相关信息并没有进行联网登记，仅通过查询兰某母亲的姓名和籍贯，根本无法锁定具体对象。母亲下落不明，作为儿子的兰某自然也无法请求民政部门或法院撤销父母的婚姻登记。

父亲生前的存款难道真的取不出来了吗？兰某一筹莫展。

“你母亲当年提供的信息会不会有问题呀？”一位老乡无意间的一句话提醒了兰某。这位老乡还提到，村里曾经有人被冒名登记结婚，最后是检察院帮忙解决了难题。

何不找检察院试试？今年7月3日，兰某向松阳县检察院申请监督，请求帮助撤销其父母的婚姻登记。

接到兰某的申请后，承办检察官经仔细研究发现，这起案件与以往所办理的案件大为不同。本案中，申请人并不是婚姻登记的当事人，而是当事人的子女。子女能否作为监督撤销婚姻登记的申请人呢？经综合研判，检察官认为，本案中申请人遇到的实体问题与婚姻登记相关，如果其父母的婚姻登记存在违法情形，损害了其合法权益，则符合最高法、最高检、公安部、民政部联合印发的《关于妥善处理以冒名顶替或者弄虚作假的方式办理婚姻登记问题的指导意见》第6条所规定的当事人条件，属于其他利害关系人。

与此同时，承办检察官认真查询了兰某父母的婚姻登记档案，发现确实存在问题：在1997年的婚姻登记原始材料上，女方的身份信息仅有姓名和籍贯，并无身份证号码或户口簿信息。检察官决定受理此案，查明事实真相。

➤ 检察官多方调查揭真相，当事人顺利继承遗产

受理案件后，承办检察官第一时间赶往兰某所在地的村委会和当地派出所调查相关情况，并很快从老一辈人口中获悉了一条重要信息：成某曾因犯罪被判过刑。如果真有这样的事，肯定留有案底，再找人就不难了。

然而，检察官经多方查询，却没有查到有关成某犯罪的记录。当得知和成某一起被判刑的还有其他人时，检察官又通过同案犯的名字去查找档案，最后，还真锁定了一起案件，发现在那起案件中，有一罪犯“陈某”与成某的信息重合度较高。

此“陈某”和成某会是同一人吗？检察官随后查看相关笔录，并将成某与“陈某”的个人信息逐一进行比对，结果真的对上号了。至此，检察官基本能确定，那起刑事案件中的“陈某”就是成某。

为了进一步查明事实真相，承办检察官马不停蹄地到法院调取了那起刑事案件的卷宗材料，但相关信息里也仅包含“陈某”的名字及其户籍地云南省某县。于是，检察官又向该户籍地的检察机关发出协助查询函，查询是否可以匹配到该人员，但得到的回复是，查无此人。

案件似乎又回到了原点。通过再次研判“陈某”所涉案件的信息，检察官敏锐地捕捉到服刑地监狱这一关键信息点，并以此为切入点展开工作。松阳县检察院向“陈某”服刑地监狱发出协助查询函，调取“陈某”的入狱照片等信息。

充分利用数字化办案手段，再由公安机关协助利用人脸识别技术进行比对，发现“陈某”和人口信息系统中的“陈某某”相似度极高，其籍贯为云南省某县，住所地为浙江省某县。为此，松阳县检察院又向浙江省某县检察院发出协助查询函，查询“陈某某”是否仍在此居住，终于得到了肯定的答复。经过两省三地的监狱、公安机关、法院、检察院多方联动，终于找到了“陈某某”。

那么，这个“陈某某”就是兰某的母亲吗？

承办检察官拨通“陈某某”的电话，向她说明事情的前因后果。“陈某某”承认，自己就是那起刑事案件中的陈某，且在松阳县曾和他人登记结婚并育有一子。通过辨认婚姻登记申请表上的照片，“陈某某”确认那人就是她本人。她表示，早年自己被人以打工的名义骗至松阳县，并被安排至兰某父亲家中居住，后来与兰某的父亲结婚。由于当时未到法定婚龄，她便使用虚假的姓名与兰某的父亲办理了结婚登记。

“陈某某”表示，当初与兰某的父亲结婚并非其真实意思表示，希望能撤销该婚姻登记。另外，她还表示，这么多年没有陪伴在儿子兰某身边，心里十分愧疚，她自愿放弃对兰某父亲遗产的继承权。

征询完兰某和“陈某某”的意见后，松阳县检察院主持并安排母子相认。事后，检察官问兰某：“你恨过你的母亲吗？”兰某说：“没有母亲陪伴的童年，确实有不少的辛酸。曾经也恨过母亲，但见到母亲的那一刻，发现我根本不恨她，母亲一直把我放在心上，从来没有放下我。”兰某的回答让检察官十分欣慰，同时也为他高兴——父亲虽然不在了，但是他找到了母亲。

为依法维护婚姻登记秩序和当事人合法权益，帮助申请人切实解决问题，今年7月20日，松阳县检察院召开公开听证会，邀请人民监督员、人大代表等担任听证员，邀请特约检察员及银行、公安机关、司法行政机关、属地乡镇等的代表作为列席人员参与听证会。

承办检察官对调查查明的案涉婚姻登记情况进行展示，并介绍了本案的前期办理情况和当前的问题焦点。同时，松阳县民政局代理人对案涉婚姻登记情况、履职难点等进行了阐述和说明。

随后，听证员们围绕婚姻登记、履职情况等进行现场提问，并结合自身专业知识发表了听证意见。他们一致认为，案涉婚姻登记应当予以撤销，检察机关应依法督促

行政机关积极履职，保障人民群众的合法利益。

参加听证会的银行工作人员表示，检察机关的检察建议和民政部门撤销婚姻登记的文书就是有效的法律文书，凭这些文书，银行可以协助兰某办理相关的取款手续。

在查明成某身份涉及刑事案件被告人自报姓名后，为守护司法的公平正义，松阳县检察院及时将案件线索移送相关检察机关刑事检察部门。目前，检察机关已向法院发出检察建议，建议更正刑事判决书中被告人陈某的姓名、出生日期，同步更正犯罪档案。

如今，兰某的烦心事彻底解决了，他不仅顺利继承了父亲的遗产，还重新收获了来之不易的亲情。

### ➤ 检察官说法：本案撤销婚姻登记具有重要意义

婚姻关系是一项重要的人身关系，是配偶权、继承权、亲子权等重要人身权利的基础，冒用他人身份信息或使用虚假身份信息办理婚姻登记，不仅危害当事人合法权益，还会严重破坏婚姻登记秩序。

此前，民法典未明确规定冒名登记结婚、弄虚作假结婚可撤销情形，2021年11月，最高法、最高检、公安部、民政部《关于妥善处理以冒名顶替或者弄虚作假的方式办理婚姻登记问题的指导意见》的出台正好解决了这个难题。

本案中的申请人兰某虽然不是婚姻登记的当事人，但其实体权益受婚姻登记的影响，自身已穷尽救济途径无法解决。检察机关分析研判认为其属于《指导意见》中的“其他利害关系人”，最终受理该案。

兰某的父亲已经死亡，是否还需要撤销虚假的婚姻登记？有人认为婚姻登记一方已死亡，婚姻关系自动解除，因此认为撤销婚姻登记没有必要。但检察官认为，这种

婚姻关系的自动解除指的是配偶权的终止，其仍会产生继承权、亲子权等法律后果，而婚姻登记被撤销后，婚姻自始不受法律保护，婚姻双方不需要承担相互扶养义务，不享有配偶继承权，同居期间所得的财产可以协商解决或诉讼。

具体到本案，兰某的继承权无法顺利行使，是因为在法定继承上还有一个母亲。随着调查的深入，检察机关找到了兰某的母亲，她作为婚姻登记的当事人也表示要撤销这段虚假的婚姻登记。因此，在申请人以及当事人都要求撤销，且婚姻登记本身存在虚假的前提下，即使婚姻登记当事人一方已经死亡，对该婚姻登记作出撤销处理仍然具有重要意义。

检察机关对该案的办理，正是对最高检在全国检察机关开展的全面深化行政检察依法护航民生民利专项活动、切实维护弱势群体权益的积极响应。在办案过程中，检察机关运用大数据思维和一体化机制，联合两省三地检察机关、公安机关、监狱，充分行使调查核实权，查明案件事实，督促行政机关主动撤销虚假婚姻登记，有效维护了婚姻登记秩序及当事人合法权益。

## 最高法发布人民法院反家庭暴力典型案例（第一批）

（来源：人民法院报微信公众号 作者：最高院 2023 年 11 月 25 日）

家庭是社会的基本细胞。家庭和谐稳定是国家发展、社会进步、民族繁荣的基石。党的十八大以来，党中央高度重视家庭文明建设。习近平总书记指出：“家庭和睦则社会安定，家庭幸福则社会祥和，家庭文明则社会文明”。家庭暴力行为虽然发生在一“家”之内，但家暴不是家务事，它不仅侵害受害人个人合法权益、影响整个家庭和谐，也对社会安全稳定、树立文明新风产生重大影响，必须坚决予以否定和制止。2016 年实施的反家庭暴力法表明了国家禁止任何形式家庭暴力的鲜明态度；2021 年实施的民法典再次强调禁止家庭暴力；妇女权益保障法、未成年人保护法、老年人权益保障法、残疾人保障法等法律对依法保护弱势群体，防止对妇女、未成年人、老年人、残疾人实施暴力也作出特别的保护性规定。最高人民法院坚决贯彻落实党中央决策部署，立足司法职能，坚持以人民为中心，真做实干，常抓不懈。2022 年，针对反家庭暴力法实施 6 年以来在审判实践中遇到的难点、堵点，最高人民法院联合全国妇联、教育部、公安部、民政部、司法部、卫生健康委共同发布《关于加强人身安全保护令制度贯彻实施的意见》，并出台《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》），精准对标家庭暴力受害人寻求司法救助时面临的“急难愁盼”问题，进一步细化完善家庭暴力发现机制、证据收集机制、执行联动机制等，明确人身安全保护令案件的证据形式和证明标准，加大对违反人身安全保护令的惩罚力度。文件一经颁布，即得到社会各界广泛好评，在实践中取得了积极的效果，人身安全保护令签发率逐年提升，为预防家庭暴力的发生或者再次发生提供制度保障。

11 月 25 日是国际消除对妇女暴力日。为进一步提高全社会反家庭暴力意识，对

施暴人或者潜在施暴人形成法律震慑，同时也通过案例对审判实践中常见问题作出回应，最高人民法院从全国法院报送的反家暴案例中选出10个典型案例分两批发布。此次发布的第一批案例具有以下三方面特征。

一是进一步明确精神暴力也属于家庭暴力。近年来，人民群众对家庭暴力的认知不再局限于身体暴力，向人民法院诉请禁止精神暴力的案件数量有所增加。反家庭暴力法第二条规定，家庭暴力是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。在审判实践中，除了经常性谩骂、恐吓等精神侵害外，还有其他行为也属于精神侵害。如本批典型案例中，丈夫李某采用喝农药、跳楼等自残自伤方式威胁妻子王某，虽然施暴人没有采取直接谩骂、威胁的方式，但其自残自伤行为使王某处于惊惧的心理状态，精神的不自由亦属于精神侵害，故人民法院对王某申请人身安全保护令的请求予以支持。这个案例丰富了精神侵害类型，明确精神暴力也是家庭暴力的司法裁判原则，对人民法院处理精神侵害案件具有借鉴意义。

二是发挥人身安全保护令的快速反应优势。反家庭暴力工作，以预防为主。快速制止家庭暴力或者家庭暴力发生的现实危险，使受害人得到及时法律救助，是反家庭暴力工作的重中之重。基于人身安全保护令的时限性要求，同时，充分考虑不同人群收集、固定证据能力的差异性，使更多暴力情形得以有效规制，在证据标准方面，《规定》第六条第一款明确，人身安全保护令案件中待证事实的证明标准存在较大可能性，比一般民事案件中待证事实需具有高度可能性的证明标准更低。比如，在李某申请人身安全保护令案中，李某提供了受伤照片、报警电话记录，而听证过程中李某丈夫对李某的受伤照片解释称是其自己摔倒所致，该解释不具有说服力，人民法院结合上述证据及当事人陈述情况，认定李某遭受丈夫家庭暴力存在较大可能性并签发人身安全

保护令，充分保障妇女合法权益。这个案例也提醒广大人民群众，如果存在家庭暴力情况，要及时保留照片等证据，第一时间报警，相关证据将作为人民法院签发人身安全保护令的重要依据。在申请主体方面，考虑到恋爱、同居等关系中发生的暴力行为，反家庭暴力法第三十七条规定家庭成员以外共同生活的人之间实施的暴力行为，参照本法规定执行。新修订的妇女权益保障法第二十九条专门就恋爱、交友或者终止恋爱关系、离婚后，纠缠、骚扰妇女的行为明确规定可以向人民法院申请人身安全保护令。在本次发布的典型案例中，就有一个这样的案件。在林某申请人身安全保护令案中，人民法院对赵某在恋爱结束后骚扰、跟踪林某的行为依法签发人身安全保护令，使家庭成员以外的亲密关系中的暴力行为得以通过合法途径得到有效规制。

三是强调人民法院的司法能动作用。与一般民事案件不同，家庭暴力行为对受害人的身体、心理产生直接伤害，人民法院需要在办理具体案件中坚持以人民为中心，依法保护好特殊群体利益。如在陈某申请人身安全保护令案件中，人民法院充分考虑陈某已年逾七旬的实际情况，在收到申请后主动向属地派出所调取报警记录等材料，使陈某免于遭受奔波之苦。

家和万事兴。对家暴零容忍，是社会共识，更是司法的态度。希望广大人民群众通过学习、了解典型案例，不断提高反家暴意识，增强自我保护能力，做新时代文明新风尚的建设者、维护者、笃行者！

➤ **【案例一】**林某申请人身安全保护令案——人身安全保护令可适用于终止恋爱关系的当事人

关键词：终止恋爱关系 骚扰 暴力 不法侵害

**基本案情：**林某（女）和赵某原系情侣，后因双方性格不合，林某提出分手。此后，赵某通过使用暴力、进行定位跟踪、使用窃听设备、破坏家门锁与电闸、安装监控摄像头等多种形式对林某进行骚扰，严重影响了林某的正常生活与工作，且对林某的人身安全构成威胁。林某多次通过人民调解委员会与赵某调解，但赵某拒不改正。林某遂向人民法院申请人身安全保护令。

**裁判理由及结果：**人民法院经审查认为，妇女权益保障法明确规定，禁止以恋爱、交友为由或者在终止恋爱关系、离婚之后，纠缠、骚扰妇女，泄露、传播妇女隐私和个人信息。妇女遭受上述侵害或者面临上述侵害现实危险的，可以向人民法院申请人身安全保护令。申请人提供的证据，可以证实被申请人自双方终止恋爱关系后，以不正当方式，骚扰申请人，干扰申请人的正常生活，致申请人面临侵害的现实危险，符合作出人身安全保护令的法定条件。裁定：禁止被申请人赵某殴打、骚扰、跟踪、接触申请人林某。

**典型意义：**妇女权益遭受的侵害除了来自家庭，也常见于恋爱关系中或者终止恋爱关系以及离婚之后。为此，新修订的妇女权益保障法第二十九条明确规定，禁止以恋爱、交友为由或者在终止恋爱关系、离婚之后，纠缠、骚扰妇女，泄露、传播妇女隐私和个人信息。妇女遭受上述侵害或者面临上述侵害现实危险的，可以向人民法院申请人身安全保护令。该条规定将适用人身安全保护令的主体范围由家庭成员扩大至曾经具有恋爱、婚姻关系或者以恋爱、交友为由进行接触等人群，可以更好地预防和制止发生在家庭成员以外亲密关系中的不法行为。本案中，人民法院根据上述法律规定，及

时签发人身安全保护令，让被申请人意识到其实施的行为已经构成违法，通过人身安全保护令在施暴人和受害人之间建立起了一道无形的“隔离墙”，充分保护妇女合法权益。

➤ **【案例二】李某申请人身安全保护令案——发出人身安全保护令的证明标准是“存在较大可能性”**

关键词：人身安全保护令 证明标准 较大可能性

基本案情：申请人李某（女）与龚某系夫妻，双方于 2000 年 4 月登记结婚。婚姻关系存续期间，李某多次遭到龚某的暴力殴打，最为严重的一次是被龚某用刀威胁。2023 年 4 月，为保障人身安全，李某向人民法院申请人身安全保护令，但其仅能提交一些身体受伤的照片和拨打报警电话的记录。龚某称，李某提供的受伤照片均为其本人摔跤所致，报警系小题大做，其并未殴打李某。

裁判结果与理由：人民法院经审查认为，虽然李某提供的照片和拨打报警电话的记录并不能充分证明其遭受了龚某的家庭暴力，但从日常生活经验和常理分析，该事实存在较大可能性，已达到申请人身安全保护令的证明标准。裁定：禁止被申请人龚某对申请人李某实施家庭暴力。

典型意义：当遭受家庭暴力或面临家庭暴力现实危险时，受害人可以向法院申请人身安全保护令。该制度的创设目的在于对已经发生或者可能发生的家庭暴力行为作出快

速反应，及时保护申请人免遭危害。实践中，预防和制止家庭暴力最大的障碍是家暴受害人举证不足问题。鉴于人身安全保护令作为禁令的预防性保护功能，《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》第六条规定，签发人身安全保护令的证明标准是“存在较大可能性”。本案中，虽然受害人提供的受伤照片和报警电话记录不能充分证明存在家暴行为，但人民法院综合考量双方当事人的陈述、多次报警情况，结合日常生活经验，认定家庭暴力事实存在较大可能性，符合法律应有之义，特别关注了家庭暴力受害人举证能力较弱、家暴行为私密性等特征，最大限度发挥人身安全保护令的预防和隔离功能，以充分保护家庭暴力受害人的合法权益。

➤ **【案例三】** 王某申请人身安全保护令案——通过自伤自残对他人进行威胁属家庭暴力

关键词：自伤自残 精神控制

基本案情：申请人王某（女）与被申请人李某系夫妻关系。双方因家庭琐事经常发生争议，李某多次以跳楼、到王某工作场所当面喝下农药等方式进行威胁，王某亦多次报警皆协商未果。为保证人身安全，王某向人民法院申请人身安全保护令。

裁判理由及结果：人民法院经审查认为，李某自伤自残行为会让申请人产生紧张恐惧情绪，属于精神侵害，王某的申请符合人身安全保护令的法定条件。裁定：一、禁止被申请人李某对申请人王某实施家庭暴力；二、禁止被申请人李某骚扰、跟踪、威胁

申请人王某。

典型意义：精神暴力的危害性并不低于身体暴力的危害性。本案中，被申请人虽未实施殴打、残害等行为给申请人造成身体损伤，但其自伤、自残的行为必定会让申请人产生紧张恐惧的情绪，导致申请人精神不自由，从而按照被申请人的意志行事。该行为属于精神暴力。人民法院通过签发人身安全保护令，明确通过伤害自己以达到控制对方的行为也属于家庭暴力，这不但扩大了对家庭暴力的打击范围，也为更多在家庭中遭受精神暴力的家暴受害人指明了自救的有效路径，为个体独立自主权及身心健康的保障提供了有力的后盾。

➤ **【案例四】** 陈某申请人身安全保护令案——子女对父母实施家庭暴力的，父母可以申请人身安全保护令

关键词：子女 殴打父母 家庭暴力

基本案情：申请人陈某与被申请人郑某系母子关系。2022 年 6 月，郑某前往陈某居住的 A 房屋，以暴力威胁向陈某索要钱款，陈某拨打“110”报警。2022 年 9 月，郑某再次到陈某住处向陈某索要钱款，并对陈某进行辱骂和殴打，在陈某答应给予 2 万元的前提下才允许其离开住所。为避免进一步被威胁和伤害，陈某向人民法院申请人身安全保护令。

裁判理由及结果：人民法院经审查认为：申请人陈某已七十高龄，本应安度晚年，享

受天伦之乐，但郑某作为子女非但没有好好孝敬申请人，而是多次使用辱骂、威胁、殴打的手段向申请人索要钱财，给申请人的身心造成了巨大打击，申请人无法正常生活。申请人的申请符合《中华人民共和国反家庭暴力法》第二十七条规定的发出人身安全保护令的条件。裁定：一、禁止被申请人郑某殴打、威胁申请人陈某；二、禁止被申请人郑某以电话、短信、微信等方式骚扰申请人陈某；三、禁止被申请人郑某前往申请人陈某居住的 A 房屋。

**典型意义：**尊老敬老爱老是中华民族的传统美德。本案中，郑某作为具有独立生活能力的成年子女，不但没有孝敬母亲，反而以殴打、威胁方式索要钱财，不仅违背了法律规定，也有悖于人伦，法院应对该行为作出否定性评价。同时，本案申请人作为年逾七旬的老人，无论是保留证据能力还是自由行动能力均有一定局限性，人民法院充分考虑这一特殊情况，发挥司法能动性，与当地公安、街道联动合作，依职权调取相关证据，为及时保护申请人的合法权益织起了一张安全网。

## ➔ 裁判实务

### 王蓉、姜英超：婚内侵权的民事责任刍议 | 至正研究

（来源：至正研究微信公众号 作者：王蓉、姜英超 2023 年 11 月 13 日）

#### 魏某诉张某生命权、身体权、健康权纠纷案

##### ➤ 裁判要旨：

自然人平等且独立享有生命权、身体权、健康权等民事权益，任何自然人在上述民事权益受损时，均有权要求行为人承担相应侵权责任。婚姻家庭关系不享有侵权责任豁免权，配偶身份关系不构成受害人主张权利的法律障碍，共同财产关系不限制损害赔偿责任的承担。目前立法亦未区别保护自然人的上述民事权益，故即便涉案双方当事人系夫妻关系，财产混同，行为人亦应为其婚内侵权行为承担相应民事责任。

##### ➤ 案情

魏某与张某系夫妻关系。2018 年 11 月 25 日 20 时许，魏某与张某因家庭矛盾发生争执期间，张某手持两把菜刀将魏某砍伤。经鉴定，魏某的损伤程度构成轻伤一级。2019 年 3 月 22 日，鉴定机构出具司法鉴定意见书，对张某的精神状态、刑事责任能力和受审能力等进行评定，鉴定意见为“被鉴定人张某患有精神分裂症、案发时处于发病期、目前病情基本缓解，对本案应评定为具有限定刑事责任能力、目前应评定为具有受审能力”。2019 年 12 月 24 日，法院出具 1019 号刑事判决书，判决张某犯故意伤害罪、判处有期徒刑八个月、缓刑一年。

魏某受伤后，于当日被送往医院诊治。2018 年 11 月 26 日至 2018 年 12 月 9 日，魏某先后至多家医院治疗并支付相关医疗费、住院期间陪护费。2021 年 9 月 24 日，鉴定机构出具司法鉴定意见书，评定魏某因外伤所致头面部及四肢多处皮肤裂创、深

及肌腱、右尺骨骨折等，遗留面部条形瘢痕累计长度超过 10.0cm，构成十级残疾；伤后可予以休息 120 日、营养 90 日、护理 90 日。魏某支付相关鉴定费。嗣后，双方未就赔偿事项达成一致意见，魏某遂起诉至一审法院。

另，2021 年 6 月，魏某因与张某婚姻无效纠纷一案起诉至一审法院。2021 年 8 月 30 日，一审法院出具 9723 号民事判决书，判决驳回魏某要求宣告其与张某婚姻无效的诉讼请求。

### ➤ 审判

一审法院作出判决：张某赔偿魏某医疗费、住院伙食补助费等。

上海市第二中级人民法院二审判决：驳回上诉，维持原判。

法院生效判决认为，自然人的生命安全、身体完整和身心健康均受法律保护，任何组织或个人不得侵犯他人的生命权、身体权、健康权。本案中，双方当事人就张某应承担赔偿责任的范围及大小存争议。首先，本案系因刑事案件引发的民事赔偿纠纷且张某已承担相应刑事责任，目前关于刑事犯罪被害人可获得残疾赔偿金赔偿的法律依据尚不明确。其次，自然人平等且独立享有生命权、身体权、健康权等人格权益，任何自然人在上述人格权益受损时，均有权要求行为人承担相应侵权责任。婚姻家庭关系不享有侵权责任豁免权，配偶身份关系不构成受害人主张权利的法律障碍，共同财产关系不限制损害赔偿责任的承担。目前立法亦未区别保护自然人的上述人格权益，故即便涉案双方当事人系夫妻关系，财产混同，张某亦应为其婚内侵权行为承担相应民事责任。再次，在引发本案的刑事案件审理中，张某被评定为限定刑事责任能力，而刑事责任能力系行为人构成犯罪和承担刑事责任所必须具备的刑法意义上辨认

和控制自己行为的能力。本案系民事纠纷，张某在刑事案件中被评定为限定刑事责任能力，并不能完全等同于其在本案民事行为能力的限制。现无证据证明本案事发时，魏某即为张某的法定或指定监护人，且即便存在需为张某设立监护人之情形，在张某与魏某系本案纠纷双方当事人之情形下，作为配偶的魏某的监护人资格的合理性尚待商榷。另外，监护人身份亦不能阻却人格权益的合法享有。最后，张某未提供充分证据证明本案存在被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人责任的情形。故张某应承担相应赔偿责任。

### ➤ 评析

目前我国司法实践中存在不少类似本案的婚内侵权案件，但因对婚内侵权民事责任制度的认识不统一，司法裁判观点不尽相同。笔者从婚内侵权与离婚损害赔偿的关系论证出发，认为婚内侵权民事责任制度有其独立存在的必要。司法裁判在适用一般侵权立法规定处理此类案件时，应注意婚内侵权行为构成要件的特殊之处，并充分利用损害赔偿及其之外的民事责任承担方式，实现维持稳定婚姻家庭关系和保护个人合法权益的动态平衡。

#### 一、婚内侵权与离婚损害赔偿

婚内侵权系指婚姻关系存续期间，夫妻一方以作为或不作为方式实施的危害配偶一方的人格、财产等权益，造成配偶一方的人身、财产、精神等损害的侵权行为。婚内侵权行为既应满足一般侵权行为的构成要件，又有其独特之处。通说认为我国立法并未明确规定婚内侵权民事责任制度，仅婚姻立法中规定了离婚损害赔偿制度。

离婚损害赔偿系指因夫妻一方的重大过错致使婚姻关系破裂，过错方应对无过错

方的损失进行赔偿的法律制度。我国 2001 年婚姻法第 46 条规定了离婚损害赔偿的四种情形。2001 年婚姻法司法解释（一）第 29 条规定了在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独依据上述规定提起损害赔偿请求的，人民法院不予受理。民法典第 1091 条在上述婚姻法规定的基础上，增加了“有其他重大过错”情形，扩大了离婚损害赔偿的适用范围。民法典婚姻家庭编的解释（一）第 87 条延续了上述婚姻法司法解释（一）的规定。关于离婚损害赔偿和婚内侵权民事责任的关系，众说纷纭。有观点指出这是两种不同的法律制度，笔者对此赞同，同时认为离婚损害赔偿和婚内侵权民事责任制度的区别体现为：**1.权利主体**。只有婚姻当事人中无过错的一方才有权提起离婚损害赔偿请求。而婚姻当事人双方均可主张婚内侵权损害赔偿；**2.时间要求**。过错方的侵权行为导致夫妻感情破裂而离婚，才产生离婚损害赔偿请求权。故离婚损害赔偿需以离婚为要件，无过错方可在离婚时或离婚后一年内主张离婚损害赔偿。婚内侵权行为发生时间限于婚姻关系存续期间，行为发生后诉讼时效内权利人即可主张婚内侵权损害赔偿；**3.责任承担形式**。离婚损害赔偿中，过错方承担责任的形式限于物质损害赔偿和精神损害赔偿。婚内侵权民事责任的承担方式除损害赔偿外，还包括停止侵害、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等；**4.法律依据**。无过错方提起离婚损害赔偿请求以上述婚姻法和司法解释的规定为依据。而当事人主张婚内侵权损害赔偿则以一般民事侵权立法规定为依据。就离婚损害赔偿请求权和婚内侵权赔偿请求权之间的关系，有学者指出尽管二者可能因同一行为引起，但不是针对同一个给付，二者不存在竞合关系，行使其中的一个请求权并不能使另一个请求权消灭。笔者赞同此观点，认为不可因现行立法规定的离婚损害赔偿制度而否认婚内侵权民事责任制度的构建。

### 二、婚内侵权民事责任制度的设立之争

针对我国立法是否应当构建婚内侵权民事责任制度，存在诸多争议，具体而言：

一方面，否定说。具体可分为绝对否定说和相对否定说。前者秉承夫妻侵权豁免原则，认为夫妻双方之间不能成立侵权行为，不存在婚内侵权赔偿问题，按照夫妻侵权不成立的原因，又可细分为阻却违法说和扶养义务先履行说。后者认为婚内侵权赔偿请求权系抽象、理论的权利，司法实践中不得行使。上述观点均否认婚内侵权民事责任的实际承担，理由如下：1.目前我国绝大多数家庭仍施行共同财产制度，婚内侵权赔偿难以执行。婚姻关系存续期间，主张婚内侵权赔偿，无非是将左口袋的钱转移至右口袋；2.婚姻家庭生活有其特殊性、私密性，且夹杂复杂多变的情感因素，带有一定自我修复功能，夫妻之间的侵权行为依靠道德等领域来调节能达到更好效果，法律不应过多介入。同时一般婚内侵权行为不具有反社会性，其社会危害性小，具有天生的违法阻却性，故应秉承夫妻侵权豁免原则；3.立法已规定离婚损害赔偿制度，可救济婚姻关系中的无过错方，无必要单独构建婚内侵权民事责任制度。且民法典婚姻家庭编的解释（一）第87条表明立法对婚内侵权持否定态度。

另一方面，肯定说。该观点认为立法和司法实践中应明确构建婚内侵权民事责任制度。理由如下：1.传统夫妻一体主义观念已向夫妻别体主义理念转变，目前国外立法大多明确支持婚内侵权赔偿，且使其独立于离婚损害赔偿制度；2.自然人平等且独立享有人身、财产、人格等民事权益，我国立法并未规定婚姻家庭关系享有侵权责任豁免权，故尽管配偶身份关系具有私密性，其并不构成受害人诉请损害赔偿的法律障碍；3.民法典规定了夫妻个人财产范围及夫妻约定财产制，同时就婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产进行了规定，婚内侵权民事责任制度的构建有一定经济基础。且共同财产制度系判后执行问题，执行中被执行人是否有个人责任财产可供执行不妨碍对

实体争议的审判；4.离婚损害赔偿需以离婚为要件，个人可能会基于经济成本或情感等因素考量，慎重选择该方式。而放纵婚内侵权行为，可能助长家庭暴力等违法犯罪行为的发生，建立婚内侵权民事责任制度有利于实现构建和谐稳定的婚姻家庭关系和保护个人权益之间的平衡。笔者赞同此观点。

另外，有观点指出夫妻一方故意实施侵权行为，配偶一方才可主张婚内侵权赔偿。该观点认为基于婚姻关系的私密性及自我修复性，婚内侵权民事责任制度需实现填补损害、惩罚加害方、保护个人权益与维持婚姻家庭生活之间的平衡，故对婚内过失侵权行为应秉承夫妻侵权豁免原则，对婚内故意侵权行为方可主张侵权赔偿。有学者指出这是折中说的观点。笔者认为，该观点仍是肯定婚内侵权民事责任制度的构建，只是在婚内侵权行为构成要件上有不同见解。

### 三、婚内侵权行为构成要件分析

婚内侵权民事责任制度虽有独立构建之必要，但在目前我国立法未就此单独明确规定前，司法实践在处理婚内侵权案件时应适用一般民事侵权立法规定，同时应从侵权行为构成要件角度对涉案行为进行剖析。婚内侵权行为既应满足一般侵权行为的构成要件，又有其独特之处，体现为：

首先，行为的违法性。婚内侵权行为系夫妻一方以作为或不作为方式实施的危害配偶一方的人格、财产等权益的行为，其具有以下特征：**1.行为人主体身份特殊。**婚内侵权行为系夫妻一方对配偶一方实施的行为，行为人与受害人的主体身份均特殊，即二者在侵权行为发生时需具有合法的婚姻关系；**2.行为发生时间限定。**婚内侵权行为限定发生于婚姻关系存续期间，即只要双方当事人未依法解除合法的婚姻关系即可，包括离婚诉讼期间或夫妻双方分居期间等。此系对婚内侵权行为发生时间的要求，

离婚后夫妻一方就婚姻关系存续期间实施的婚内侵权行为仍可主张婚内侵权赔偿；3.行为方式多样化。婚内侵权行为可以作为或不作为方式呈现，前者系行为人以积极作为的方式实施的侵权行为，典型的如本案侵害生命权、身体权、健康权的行为，后者系行为人消极履行基于配偶身份产生的作为义务，如拒不履行夫妻之间的扶养义务给配偶一方造成损害；4.行为损害后果广泛。婚内侵权行为危害了配偶一方的人身、财产、人格等权益，损害后果广泛，详见下文论述。

其次，有损害事实的存在。夫妻一方实施的婚内侵权行为危害了配偶一方的人格、财产等权益，具体而言：一方面，人格权益受损。人格权系民事主体为维护其独立人格所必备和固有的民事权利，包括基于人格独立、人格自由和人格尊严产生的一般人格权和生命权、身体权、健康权、隐私权等具体人格权。典型的如本案侵害生命权、身体权、健康权的家庭暴力行为，还有家庭虐待行为等。另外，基于婚姻家庭关系的私密性，夫妻一方一般会掌握配偶一方的诸多私密信息，若非法使用这些私密信息可能会涉及侵害隐私权等；另一方面，财产损益受损。不仅包括夫妻一方损害配偶一方法定或约定的个人财产，也包括夫妻一方未经配偶一方同意擅自处分、毁坏夫妻共同财产。值得注意的是，基于婚姻家庭生活内含的道德情感因素较多，审查婚内侵权行为的损害事实时强调其后果的严重性，司法实践中应结合侵权行为持续时间、影响范围、精神痛苦等具体案情判断婚内侵权行为是否对配偶一方的人格、财产等权益造成严重损害。如本案中，涉案行为已涉刑事，可见其对受害人权益的严重损害。另外，此类案件中当事人可能会提及精神损害问题，笔者认为单纯的精神损害后果不能作为判断婚内侵权行为是否符合侵权构成要件的因素，与上述损害事实并存的精神损害可作为考量涉案行为造成损害后果严重性的因素之一。

再次，行为与损害后果之间存在因果关系。即婚内侵权行为与配偶一方人格、财

产等权益的损害需存在引起与被引起的关系。鉴于婚姻家庭生活的私密性，婚内侵权行为往往具有一定隐秘性，此处的因果关系需限于直接因果关系，且实践中需结合当事人的特殊身份、婚内侵权行为发生的时间地点等因素综合考量。

最后，行为人主观上有过错。如上文所述，很多观点基于婚姻家庭生活稳定性和个人权益合法保障的平衡考量，认为只有行为人故意实施婚内侵权行为时，配偶一方才可主张相应赔偿。笔者认为，就行为人实施的婚内侵权行为，其故意或重大过失的主观因素都具有可归责性，此时配偶一方均可主张婚内侵权赔偿。

#### 四、民事责任承担方式及衍生问题

民法典侵权责任编规定了多元化的侵权责任承担方式，婚内侵权案件在适用一般侵权立法规定时亦可采取多样的责任承担方式，且应结合婚内侵权行为的特点有所取舍，充分利用损害赔偿之外的方式，另外婚内侵权话题可引发一些衍生问题，详述如下。

就婚内侵权责任的承担方式，按照是否涉及金钱给付，可以分为两种：一方面，损害赔偿。否定说认为目前夫妻共同财产制度下婚内侵权损害赔偿并无实际意义，对此笔者认为共同财产关系不限制损害赔偿责任的承担，且共同财产制度下的损害赔偿亦有相应解决路径。倘若婚内侵权行为发生前，侵权人拥有约定个人财产或法定个人财产的，受害人可从侵权人的个人财产处获得婚内侵权损害赔偿，从而成为受害人的法定个人财产。倘若侵权人无个人财产的，侵权人应支付给受害人的婚内侵权损害赔偿可转换为受害人的债权，如果侵权人获得法定个人财产或遇离婚需分割共同财产时，受害人可请求侵权人支付相应赔偿。且在上述可实现债权的情形发生前，可引入诉讼时效中止制度，以确保受害人婚内侵权损害赔偿权的实现。此处的损害赔偿包括

婚内侵权行为侵害配偶一方人身权益造成严重精神损害时，受害人可主张的精神损害赔偿；另一方面，其他责任承担方式，如停止侵害、排除妨碍、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等。鉴于夫妻共同财产制度可能影响损害赔偿的履行效果，笔者认为在婚内侵权案件中，损害赔偿以外的责任承担方式可充分发挥其作用，如法院可判令行为人具结悔过、赔礼道歉等，同时在具体案件审理中可根据案情依职权对行为人训诫等。在饱含情感和道德因素的夫妻家庭关系中，对婚内侵权行为采取此类责任承担方式可有效实现维持婚姻家庭关系的稳定和保护个人合法权益的平衡。

另外，从本文婚内侵权话题出发，亦可引伸出其他亲属关系之间的侵权问题，譬如监护关系、继承关系等。如本案中除去婚内侵权争议，还涉及张某的民事行为能力问题。笔者认为遇此类亲属关系侵权问题，需秉承的原则是侵权人的特定身份不可阻却受害人对其民事权益的合法享有，同时在侵权行为发生后需考虑侵权人特定身份资格的合理性，如监护人的变更、继承人资格的丧失等。

## 最高院二巡法官会议纪要：夫妻离婚股权分割裁判观点

（来源：最高裁判指南微信公众号 作者：最高院 2023年11月16日）

纪要观点：以夫妻共同财产出资登记在一方名下的股权，股东有权单独处分该股权。该股权不属于夫妻共同财产，而因转让该股权所取得的收益属夫妻共同财产。

原《婚姻法》第17条，现《民法典》第1062条规定“夫妻在婚姻关系存续期间所得生产、经营的收益，归夫妻共同所有。”实务中，尤其夫妻以共同财产出资设立有限公司，股权登记在一方名下时，股权往往作为一方离婚分割夫妻共同财产的重要内容，在财产争夺中作为主要角色出现。非股权登记一方会以另一方无权处分为由向法院起诉请求确认股权转让合同无效。之所以有此起诉请求，系因一方认为股权虽然登记在一方名下，但该股权确是夫妻共同财产，既然是共同财产当然也不能仅由一方处置。

其实，对于在婚姻关系存续期间以夫妻共同财产出资并登记在一方名下的股权，并非夫妻共同财产。原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第16条第1款，现《最高人民法院关于适用〈民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第73条规定：“人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理：

（一）夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，其他股东过半数同意，并且其他股东均明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东；（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，其他股东半数以上不同意转让，但愿意以同等条件购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。其他股东半数以上不同意转让，也不愿意以同等条件购买该出资额

的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。”由此可知，即便认定登记在一方名下的有限公司股权由夫妻共同财产转化而来，另一方也不能直接分割股权，而只能分割“出资额”。如果夫妻一方欲获得股权，则应当按照《公司法》的规定，完成相应的股权变更。

笔者检索发现与夫妻离婚，股份分割的其他裁判观点：

一、若夫妻双方不能就股权分割问题达成一致意见，为了保证公司的人合性，应对另一方请求分割的股份折价补偿

因离婚纠纷涉及股权分割，股权登记一方应向非登记一方折价补偿股权对应的价值，该价值可以通过评估确定。如果离婚的夫妻双方无法对股权的分配达成一致意见：如转让股权获得转让款，或者评估股权价值，由对方进行补偿，那么，从有限公司人合性特点出发，非登记一方的股权分割请求权将不会得到支持。(2018)最高法民申 796 号

再审法院认为：

卓辉公司成立于 2004 年，是在刘奕、王军卿夫妻关系存续期间由王军卿出资设立的有限责任公司，应认定是夫妻共同财产。因二人离婚时签订的《离婚协议书》中未就该公司股权分割问题进行处理，二审判决认定该公司股权属于离婚时未处理的夫妻共同财产，并无不当。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十六条的规定，人民法院审理离婚案件时，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，若夫妻双方不能就股权分割问题达成一致意见，为了保证公司的人合性，应对另一方请求分割

的股份折价补偿。因在本案二审审理过程中，刘奕坚持要求分割股权，不同意折价补偿，也不同意评估股权价值，二审判决对刘奕要求分割股权的诉讼请求不予支持，并无不当。

二、夫妻一方婚前所持有的股权，在婚后产生的收益应属夫妻共同财产。但是该股权溢价的部分属于自然增值，不属于婚后共同财产

《最高人民法院关于适用<民法典>婚姻家庭编的解释（一）》第26条规定：“夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。”由此可知，夫妻一方婚前所持有的股权，在婚后产生的收益除孳息和自然增值外应当属于夫妻共同财产。股权溢价属于自然增值，不能被认定为夫妻共同财产。(2020)最高法民申1003号

再审法院认为：

本案争议的焦点是，雷某在与谭某的夫妻关系存续期间将其所持有的新鸿基公司股权转让，转让有无溢价以及该溢价应否作为夫妻共同财产进行分割。根据查明的事实，新鸿基公司于2009年成立，成立时受让了雷某与他人设立的贵州黔东南州燕子岩旅游公司的土地及地上建筑物，经营范围包括房地产开发、销售、物业服务。谭某再审申请认为新鸿基公司2010至2012年的《公司年检报告书》可以证实新鸿基公司成立之后一直在经营。经审查，《公司年检报告书》系用于工商登记年检，可以证明新鸿基公司处于存续状态但并不足以证明公司在生产经营，更不足以证明新鸿基公司资产因此而增值，故谭某提交的新证据材料不足以推翻原审判决。而根据原审查明的事实，新鸿基公司成立后，未对土地进行开发，也未进行其他生产经营活动。由此，

雷某持有的新鸿基公司股权价值在婚后的变化,主要是由公司所持有的地产市场行情变动引起,并不是雷某对公司进行经营管理或者利用该股权进行再投资产生的收益,原审认定事实不缺乏证据证明。《最高人民法院关于适用<中华人民共和国婚姻法>若干问题的结算(三)》第五条规定:“夫妻一方个人财产在婚后所产生的收益,除孳息和自然增值外,应认定为夫妻共同财产”。原审据此认为,雷某转让其持有的新鸿基公司股权即便有溢价也应定性为自然增值,不应作为夫妻共同财产进行分割,适用法律并无不当。根据查明的事实,原审认为已能认定新鸿基公司未对土地进行开发,也未进行其他生产经营活动,在此情形下,谭某申请调查收集的证据已无必要,原审不予准许亦无不当。

三、如果公司股东同意对股权进行分割,且分股股权并不存在导致公司僵局的结果出现,可平均分割股权

原最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(二)第15条规定“夫妻双方分割共同财产中的股票、债券、投资基金份额等有偿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。”夫妻一方在离婚时,要求对双方婚后出资成立的公司份额对应的股权予以平均分割。如不存在损害公司股东优先购买权的情况,如过半数股东同意转让或视为同意转让,则可以对该部分股权进行分割。(2017)最高法民终336号

二审法院认为:

关于对案涉3家公司出资额及股份平均分割是否有误的问题。一审中,魏某要求分割的5家公司均注册成立于李某和魏某结婚登记之后,其中吉林省温馨鸟装饰有限

公司已被注销，魏某提出不予分割，一审法院予以准许。一审法院对其余 4 家公司的出资额及股份予以平均分割。现李某仅针对吉林省温馨鸟集团有限公司、长春温馨鸟名店广场有限公司、北京温馨鸟贸易有限公司 3 家公司的分割问题提出上诉。《中华人民共和国婚姻法》第十九条规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。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，对双方具有约束力。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。”李某主张案涉 3 家公司登记在其与魏某名下的股份应归各自所有，但并未提供相应的证据予以证明，一审法院对其主张不予支持，并无不当。李某上诉主张，一审判决违反《中华人民共和国公司法》第七十一条的规定。经查，一审判决明确载明“魏某已于 2016 年 3 月和 11 月两次向上述公司的其他股东魏东、魏红及吉林省巴帝服饰有限公司发出告知函，就其是否同意股权转让给魏某及是否行使优先购买权征询意见，魏东和郭云舫回函同意股权转让，魏红和吉林省巴帝服饰有限公司在告知函限定的期间直至本案判决之前均未予回复。本院认为，魏红与吉林省巴帝服饰有限公司未予答复的行为应视为同意转让”，由此可见，一审判决并未损害案涉公司其他股东的优先购买权。另，李某主张，案涉 3 家公司股权平均分配，将导致公司股东会无法作出有效决议以致公司僵局，严重损害李某及公司全体员工的权益。在本院调解过程中了解到，李某与魏某共同创立案涉 3 家公司，且魏某经营公司多年，李某对此亦予以认可。魏某明确表示其一直以公司利益为主，公司运营并未因离婚受到影响，李某对此未提出异议。以上事实表明，将案涉 3 家公司的股权平均分割，并不必然导致公司僵局。若李某担心股权平均分割不利于公司经

营，可以在本案确认股权权属之后，与魏某另行协商解决。综上，李某的该上诉理由，无事实和法律依据，本院不予支持。

四、夫妻作为公司股东，即便工商登记显示各自股权比例，离婚分割时也可能出现平均分割股权的情形

夫妻双方在婚姻关系存续期间出资设立的有限公司，虽然工商登记各自比例。但在双方离婚分割股权时，法院也会综合考虑夫妻双方的出资来源、经营管理及贡献大小等实际情况作出分割股权的判定。（2019）赣民再5号

再审法院认为：

2012年4月19日，双方出资共同设立了佳科公司。涂金花提起本案诉讼，要求分割其与徐平生同居期间购买的汽车、房屋和佳科公司股权，因佳科公司设立于涂金花与徐平生同居生活期间，股东仅为涂金花和徐平生两人，在同居关系解除后，涂金花请求对同居期间用共同财产投入成立的公司股份进行重新分割，符合法律规定，依法应予审理。关于具体的股份分割比例问题，佳科公司设立时的工商档案资料中虽显示徐平生出资160万元，享有公司80%股权，涂金花出资40万元，享有20%股权，但公司设立时徐平生与涂金花已同居生活十余年，双方同居期间的收入用于共同的生活消费，双方财产已混同，故本案有别于普通股东之间的股权分配纠纷，根据《最高人民法院关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》第8条和第10条的规定，应综合双方对于佳科公司的出资来源、经营管理、贡献大小等实际情况，按一般共有财产来进行妥善分割。首先，对于200万元注册资金的来源双方当事人存在争议，涂金花称全部都是通过第三方过桥而来，徐平生称其出资的

160 万元系个人在外筹措来的，但双方均未提供充分的证据证明出资款项系个人所有，考虑到双方的同居时间和财产混同情况，应认定佳科公司设立时注册的资金为双方同居期间共同财产投入。其次，徐平生是经涂金花介绍认识了案外人涂某，后徐平生与涂某签订了合作协议共同开发南昌经开区佳宝汇商业街项目，而佳科公司的唯一收入来源即为收取该项目商铺的租金，公司设立后徐平生为佳科公司法定代表人，涂金花为公司监事，双方均参与了公司的经营管理，故双方对于公司的设立和经营均有贡献。第三，公司章程虽约定公司利润分配按照公司法及有关法律法规执行，但再审庭审中涂金花称公司从未分过红，徐平生称在 2015 年 6 月以前即双方同居共同生活期间，公司的收入放在家 xxx 用，此后一直未分红，故可以认定在公司经营过程中双方并未按照工商登记的股份份额进行利润分配，即便如徐平生所述，公司的收益在同居期间也是作为共同收入使用，更进一步佐证了双方在同居期间财产混同的事实。因此，涂金花要求在工商登记的股权比例基础上多分佳科公司股权，符合法律规定。

## 最高院：夫妻二人出资设立的有限公司，实质就是一人有限公司，应对公司债务承担连带清偿责任

（来源：最高判例研究微信公众号 作者：最高院 2023年11月25日）

**【裁判要旨】**《公司法》第五十八条第二款规定：“本法所称一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。”夫妻二人出资成立的公司，注册资本来源于夫妻共同财产，公司的全部股权属于双方共同共有。即公司的全部股权实质来源于同一财产权，并为一个所有权共同享有和支配，股权主体具有利益的一致性和实质的单一性。在此情况下，该公司与一人有限责任公司在主体构成和规范适用上具有高度相似性，系实质意义上的一人有限责任公司。基于此，应参照《公司法》第六十三条规定，将公司财产独立于股东自身财产的举证责任分配给作为股东的夫妻二人。

中华人民共和国最高人民法院

民事判决书

（2019）最高法民再372号

再审申请人（一审被告、二审被上诉人）：熊少平，男，1984年12月11日出生，汉族，住江西省九江市。

委托诉讼代理人：吴燕芝，上海市锦天城律师事务所律师。

委托诉讼代理人：尹火平，上海市锦天城律师事务所律师。

再审申请人（一审被告、二审被上诉人）：沈小霞，女，1987年10月20日出生，汉族，住江西省九江市。

委托诉讼代理人：吴燕芝，上海市锦天城律师事务所律师。

委托诉讼代理人：尹火平，上海市锦天城律师事务所律师。

被申请人(一审原告、二审上诉人)：武汉猫人制衣有限公司，住所地湖北省武汉市经济技术开发区民营科技工业园\*\*。

法定代表人：游林，该公司董事长。

委托诉讼代理人：习飘飘，女，该公司工作人员。

委托诉讼代理人：李睿，湖北今天律师事务所律师。

被申请人(一审被告、二审被上诉人)：江西青曼瑞服饰有限公司，住所地江西省南昌市红谷滩新区红谷中大道\*\*江信国际花园综合大楼\*\*。

法定代表人：熊少平，该公司执行董事兼总经理。

再审申请人熊少平、沈小霞因与被申请人武汉猫人制衣有限公司(以下简称猫人公司)、江西青曼瑞服饰有限公司(以下简称青曼瑞公司)申请执行人执行异议之诉一案，不服湖北省高级人民法院(2018)鄂民终 1270 号民事判决，向本院申请再审。本院于 2019 年 7 月 22 日作出(2019)最高法民申 3045 号民事裁定，提审本案。本院依法组成合议庭，开庭审理了本案。再审申请人熊少平、沈小霞的委托诉讼代理人吴燕芝、尹火平，被申请人猫人公司的委托诉讼代理人习飘飘、李睿到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

熊少平、沈小霞申请再审请求：一、撤销湖北省高级人民法院(2018)鄂民终

1270 号民事判决；二、依法改判驳回猫人公司的一审诉讼请求或发回重审；三、本案一审、二审及再审诉讼费用由猫人公司承担。事实和理由：（一）二审法院将青曼瑞公司认定为一人有限责任公司错误。1.熊少平、沈小霞两名股东系夫妻关系，不能作为将青曼瑞公司认定为一人有限责任公司的依据。《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第五十七条规定，本法所称一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。故是否属于一人有限责任公司，是以自然人股东或法人股东的数量来认定的。青曼瑞公司股东为熊少平、沈小霞两个自然人，不能认定为一人有限责任公司。现行法律或司法解释并未将有夫妻关系的股东视同为一个自然人股东，也未规定将夫妻共同设立的有限责任公司视同为一一人有限责任公司，二审将青曼瑞公司认定为一人有限责任公司没有法律依据。2.熊少平、沈小霞在注册青曼瑞公司时未备案财产分割证明或协议，不能作为认定青曼瑞公司为一一人有限责任公司的理由，也不能作为熊少平、沈小霞承担连带责任的理由。一人有限责任公司的认定标准为公司股东人数，而非公司注册资本来源或股权归属。无论青曼瑞公司股权是否是双方共同共有，熊少平、沈小霞在青曼瑞公司均为独立股东，并独立行使股东权利。熊少平、沈小霞无备案财产分割证明或协议的义务，备案财产分割证明或协议也不属于夫妻注册有限责任公司的前置条件，法律也未规定未备案财产分割证明或协议所可能承担的后果，二审法院以此认定青曼瑞公司为一一人有限责任公司，没有法律依据。（二）二审法院将“熊少平、沈小霞应否对青曼瑞公司的债务承担连带责任”作为本案争议焦点错误。1.本案产生的原因为猫人公司要求在执行程序中追加熊少平、沈小霞为被执行人，追加理由为青曼瑞公司为一一人有限责任公司，故本案的争议焦点仅为青曼瑞公司是否属于一人有限责任公司。二审法院将“熊少平、沈小霞应否对青曼瑞公司的债务承担连带责任”作为本案争议焦点，超出了执行异议之诉的审

查范围。同时，在一审法院未对该争议予以实体审查情况下，二审法院径行判决，剥夺了熊少平、沈小霞的上诉权利。2.二审法院对“熊少平、沈小霞应否对青曼瑞公司的债务承担连带责任”进行审查和判决，超出了猫人公司的一审诉讼请求。猫人公司若要追究熊少平、沈小霞的连带责任，需另案起诉。3.二审法院即使审查“熊少平、沈小霞应否对青曼瑞公司的债务承担连带责任”，也应依据法律规定进行举证责任分配。猫人公司若主张需刺破公司面纱，熊少平、沈小霞构成滥用法人独立地位，则应对此承担举证责任。二审法院在猫人公司并未能提供相关证据证明的情况下，判决熊少平、沈小霞应承担连带责任错误。（三）二审法院依据《公司法》第二十条规定认定熊少平、沈小霞应对青曼瑞公司的债务承担连带责任，就应当由猫人公司对熊少平、沈小霞存在滥用法人独立地位的事实承担举证责任，二审法院在猫人公司无法提供可采信证据的情况下，却参照《公司法》中关于一人有限责任公司的规定进行举证责任倒置，加重了熊少平、沈小霞的举证责任，显失公平。另外，本案系执行异议之诉，应依照《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》（以下简称《变更追加执行当事人规定》）第二十条规定进行审查和判决，二审适用《公司法》第二十条、《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十七条规定错误。

猫人公司辩称，（一）对于夫妻共同设立并完全持股的有限责任公司的法人人格否认，《公司法》没有对举证责任分配做出规定，可以类推适用一人有限责任公司的规定，由不能证明公司财产独立性的夫妻股东对公司债务承担连带责任。1.夫妻公司与一人公司在构成要件上具有相似性，其股东利益和对公司的意思表示都具有单一性，在我国法定的夫妻财产共同共有体制下，夫妻股东在公司经营与财产的处理上高度一致。本案中，熊少平和沈小霞在婚姻关系存续期间设立公司共同经营，其股权的

真正归属是一个整体，与一人公司并无区别。2.本案这种特殊的夫妻公司个案中适用举证责任倒置规则与《公司法》第六十三条规范目的具有一致性。夫妻公司与一人公司具有相同的财产混同的风险，同样需要强化夫妻公司的财务制度，为债权人提供更高程度的保障。本案中，熊少平与沈小霞的青曼瑞公司财务混乱，大部分货款回款等都是通过熊少平和沈小霞个人银行卡来收支，同时这些用于公司账务的个人银行卡在相同年限又有诸多购买私生活物品或吃饭等个人消费；另外，熊少平、沈小霞还随意以公司名义为他们个人借款提供担保。熊少平、沈小霞并未遵守有关公司财产独立性的要求，青曼瑞公司就是实质意义上的一人公司。3.相关判例亦支持夫妻公司是实质意义上的一人公司的观点，本案类推适用一人公司人格否认举证责任分配规则，具有法理基础。（二）熊少平、沈小霞与青曼瑞公司的人员、业务、财务等表征人格的因素高度混同，各自财产无法区分，致使青曼瑞公司已丧失独立人格。根据《公司法》第二十条第三款：“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任”的规定，熊少平、沈小霞应对青曼瑞公司债务承担连带责任。1.熊少平、沈小霞的职责既是董事又是监事、既是管理决策者又是财务执行者，为了对外借款，随意出质、担保、出具股东会决议，已经构成人员混同。2.熊少平、沈小霞对外宣传二人都能独立代表公司，在各种业务往来合同中签字等行为，构成业务混同。3.2013—2015年，青曼瑞公司向熊少平个人银行卡账户累计转出人民币1116万元，而熊少平个人银行卡账户向青曼瑞公司转入人民币只有96万元；青曼瑞公司向沈小霞个人银行卡账户累计转出人民币977万元，而沈小霞个人银行卡向青曼瑞公司转入人民币只有454万元。构成财务混同。退一步说，即使上述事实无法达到证明熊少平、沈小霞与青曼瑞公司构成财产混同的程度，也至少能够印证青曼瑞公司实际是一人公司的事实。（三）熊少平与猫人公司东

区总监于2014年11月18日签订《江西市场备忘录》，表示愿意承担包括本案货款在内的所有责任，根据《中华人民共和国合同法》第八条规定，熊少平应对青曼瑞公司该笔债务承担连带责任。（四）青曼瑞公司于2019年6月17日被吊销营业执照，目前登记状态为吊销未注销，由此可知该公司未清算。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（二）》第十八条规定，熊少平、沈小霞作为青曼瑞公司股东，应当对案涉债务承担连带责任。

青曼瑞公司辩称，（一）青曼瑞公司自成立时，股东即为熊少平、沈小霞两人，不符合《公司法》第五十七条关于一人有限责任公司的规定。（二）根据《变更追加执行当事人规定》第二十条规定，在青曼瑞公司非为一人有限责任公司的情况下，本案不应追加两股东熊少平、沈小霞为被执行人。（三）二审法院擅自扩大《公司法》规定的一人有限责任公司的认定范围，判决错误，损害了青曼瑞公司及其股东的合法权益。

猫人公司向一审法院起诉请求：1.追加熊少平、沈小霞为(2015)鄂武汉中执字第00707号执行案件的被执行人；2.青曼瑞公司、熊少平、沈小霞承担诉讼费及公告费260元。

一审法院认定事实：2011年8月3日，熊少平与沈小霞登记结婚。2011年11月，熊少平、沈小霞出资成立青曼瑞公司。青曼瑞公司为有限责任公司，注册资本为200万元，实收资本200万元，熊少平、沈小霞各持股50%。2015年6月24日，湖北省武汉市中级人民法院（以下简称武汉中院）作出(2015)鄂武汉中民商初字第00494

号民事调解书，确认青曼瑞公司于 2015 年 7 月 31 日前一次性支付猫人公司货款 2983704.65 元。该民事调解书生效后，猫人公司于 2015 年 8 月 5 日向武汉中院申请执行。同日，武汉中院以(2015)鄂武汉中执字第 00707 号立案受理。因青曼瑞公司未履行财产申报义务，武汉中院将其纳入最高人民法院失信被执行人名单库。2016 年 6 月 2 日，武汉中院依法裁定扣划被执行人青曼瑞公司在交通银行南昌抚河支行账号中的存款 13069.31 元，并发还申请执行人猫人公司。武汉中院还依职权对被执行人其他银行存款、房地产登记、车辆登记信息进行了查询，未发现被执行人可供执行的财产线索。2016 年 6 月 15 日，武汉中院裁定终结案件的本次执行程序。后猫人公司认为(2015)鄂武汉中执字第 00707 号案件执行过程中，被执行人青曼瑞公司无财产可供执行，青曼瑞公司符合一人公司的实质要件，请求依据《变更追加执行当事人规定》第二十条规定追加熊少平、沈小霞为被执行人，对青曼瑞公司所欠债务承担连带责任。2017 年 10 月 11 日，武汉中院作出(2017)鄂 01 执异 986 号民事裁定书，驳回猫人公司追加熊少平、沈小霞为本案被执行人的请求。猫人公司遂提起本案诉讼。一审法院判决：驳回猫人公司的诉讼请求。

猫人公司不服一审判决，上诉请求：1.撤销一审判决，改判追加熊少平、沈小霞为武汉中院(2015)鄂武汉中执字第 00707 号执行案件的被执行人，对青曼瑞公司债务承担连带责任；2.青曼瑞公司、熊少平、沈小霞承担本案诉讼费及公告费。

二审法院认为，本案的争议焦点为熊少平、沈小霞出资设立的青曼瑞公司是否属于一人有限责任公司，熊少平、沈小霞应否对青曼瑞公司的债务承担连带责任。

首先,《公司法》第五十八条第二款规定:“本法所称一人有限责任公司,是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。”第六十三条规定:“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的,应当对公司债务承担连带责任。”青曼瑞公司股东登记一直为熊少平、沈小霞,股东人数为复数。但熊少平、沈小霞为夫妻,且青曼瑞公司设立于双方婚姻存续期间。依《中华人民共和国婚姻法》第十七条规定,除本法第十八条规定的财产及第十九条规定的约定财产制外,夫妻在婚姻存续期间所得财产归夫妻共同共有。熊少平、沈小霞经二审法院限期举证仍未提交证据证明双方对其婚前财产或婚后所得财产归属进行了约定,而青曼瑞公司设立于双方结婚后,故应认定青曼瑞公司的注册资本来源于熊少平、沈小霞的夫妻共同财产。虽然家庭成员发起设立有限责任公司时,需强制提交财产分割证明或协议的规定已被废止,但法律并不禁止夫妻发起设立有限责任公司时自愿备案财产分割证明或协议。一审法院调取的青曼瑞公司工商登记备案资料中并无熊少平、沈小霞财产分割的协议或证明,熊少平、沈小霞二审中亦未补充提交,因此熊少平、沈小霞以共同财产出资将股权分别登记在各自名下,不构成对夫妻共同财产分割的约定。故应认定青曼瑞公司的全部股权是熊少平、沈小霞婚后取得的财产归其双方共同共有。猫人公司二审中所举证据虽不能证明熊少平、沈小霞的财产与青曼瑞公司财产混同,但从一定程度上印证了熊少平、沈小霞均实际参与了青曼瑞公司的管理经营,青曼瑞公司实际由夫妻双方共同控制。上述全部事实表明,青曼瑞公司的全部股权实质来源于同一财产权,并为一个所有权共同享有和支配,该股权具有利益的一致性和实质的单一性。据此应认定青曼瑞公司系实质意义上的“一人公司”。

其次,从公司财产混同角度分析,准许一人设立有限责任公司的出发点在于节约

创业成本，繁荣市场经济。但该种便利性亦会带来天然的风险性。《公司法》规定的“一人公司”财产独立性举证责任倒置规则就是对该种风险予以规制的措施之一。青曼瑞公司在为同一所有权实际控制的情况下，难以避免公司财产与夫妻其他共同财产的混同。在此情况下，有必要参照《公司法》“一人公司”举证责任倒置规则，将公司财产独立于股东自身财产的举证责任分配给熊少平、沈小霞。在二审法院就此事项要求熊少平、沈小霞限期举证的情况下，熊少平、沈小霞未举证证明其自身财产独立于青曼瑞公司财产，应承担举证不力的法律后果。熊少平、沈小霞应对青曼瑞公司案涉债务承担连带清偿责任。猫人公司申请追加熊少平、沈小霞为被执行人具有事实和法律依据。

最后，从法律效果和社会效果分析，“夫妻公司”对债权人的利益保护存在天然缺陷，导致债权人与“夫妻公司”发生纠纷时，得不到法律的有力保护，此情况尚待立法及法律适用的完善。但依照我国《婚姻法》确立的夫妻财产共同共有原则，夫妻股东持有的全部股权应构成不可分割的整体，而公司实质充任了夫妻股东实施民事行为的代理人，若依法人有限责任制度认定夫妻股东设立的公司承担有限责任的同时，不对夫妻股东其他义务予以强化和规制，则有违民法的公平原则，也不利于对交易相对方利益的平等保护。

二审法院判决：（一）撤销武汉中院(2017)鄂01民初4309号民事判决；（二）追加熊少平、沈小霞为武汉中院(2015)鄂武汉中执字第00707号执行案件的被执行人，对青曼瑞公司在武汉中院(2015)鄂武汉中民商初字第00494号民事案件中所负债务承担连带清偿责任。

再审中，猫人公司提交了如下证据：1.专家意见书，拟证明夫妻婚后用共同共有财产出资设立并持股的有限责任公司与一人公司在构成要件、规范目的等方面具有高度相似性与一致性，能够类推适用《公司法》第六十三条举证责任倒置的规定。熊少平、沈小霞质证认为，对该证据真实性、合法性及关联性不认可。专家意见不属于法定证据，不能作为认定本案事实的根据。专家意见讨论争议焦点与本案无关，对本案无参考价值。《公司法》对股东滥用法人独立地位应如何承担责任有明确规定，不应类推适用《公司法》第六十三条规定。2.熊少平与青曼瑞公司往来财务汇总表、熊少平银行流水；3.沈小霞与青曼瑞公司财务汇总表、沈小霞银行流水，拟证明熊少平、沈小霞与青曼瑞公司财产混同、资产混同。熊少平、沈小霞质证认为，猫人公司未提供获得该组证据的合法依据，对该组证据的合法性不认可。对该组证据的关联性及其证明目的亦不认可，仅有公司与股东之间的转账记录不能证明公司与股东之间存在财产混同，该组证据与本案争议焦点无关，猫人公司追加一人有限责任公司股东为被执行人的前提是该公司为一人的有限责任公司，在本案青曼瑞公司并非一人有限责任公司情况下，无论是否具有财产混同关系，均无法适用《变更追加执行当事人规定》第二十条的规定追加熊少平、沈小霞为被执行人，若猫人公司坚持主张青曼瑞公司存在财产混同情形，应另案起诉。4.青曼瑞公司盖章确认的往来账、流水表；5.个人贷款合同、股权质押合同、承诺书、股东会决议、公司章程，拟证明熊少平、沈小霞明知青曼瑞公司尚欠猫人公司高额款项仍将其股权恶意出质；熊少平、沈小霞的夫妻公司与一人公司在股东利益、意思表示、构成要件、规范目的等方面具有高度相似性和一致性；熊少平、沈小霞与青曼瑞公司人员混同、资产混同。熊少平、沈小霞质证认为，对证据4、5真实性无异议，关联性、证明目的不予认可。熊少平、沈小霞将持有的青曼

瑞公司股权出质，属于正常商业行为，符合《公司法》相关规定，不能证明青曼瑞公司与熊少平、沈小霞资产混同。我国法律没有禁止股东在公司任职，不能证明青曼瑞公司与熊少平、沈小霞人员混同。该组证据与本案争议焦点无关。6.2012 经销商广告核销申请表；7.江西市场备忘录，拟证明熊少平与青曼瑞公司业务混同，熊少平自愿为案涉债务承担连带责任。熊少平、沈小霞质证认为，对证据 6、7 真实性无异议，对关联性及证明目的不认可。该组证据所涉纠纷已经调解结案，与本案非同一法律关系，与本案争议焦点无关，也不能证明青曼瑞公司与熊少平、沈小霞业务混同。8. 申请书、担保合同、反担保合同、猫人公司代熊少平、沈小霞还信用卡凭证；9.熊少平信用卡账单；10.（2018）鄂 0191 民初 1646 号民事判决书、（2018）鄂 0191 民初 1647 号民事判决书，拟证明熊少平、沈小霞与青曼瑞公司业务混同、财产混同。熊少平、沈小霞质证认为，对证据 8、9、10 真实性无异议，关联性、证明目的不认可。青曼瑞公司为股东借款的担保方提供反担保，属于正常商业交易，不为法律所禁止，不能据此得出青曼瑞公司与熊少平、沈小霞业务混同、财产混同。11.孙国亮证言、孙国亮银行流水、饶国民银行流水，拟证明沈小霞与青曼瑞公司财产混同。熊少平、沈小霞质证认为，对证据 11 真实性、合法性、关联性及证明目的均不认可，该证据在本案二审时已经出示，并被法院不予采信。12.青曼瑞公司企业信息报告，拟证明青曼瑞公司吊销未注销，至今未履行清算义务，股东熊少平、沈小霞应依法对青曼瑞公司债务承担连带责任。熊少平、沈小霞质证认为，对证据 12 真实性无异议，证明目的不予认可，青曼瑞公司股东是否履行清算义务、是否应对公司债务承担连带责任，不属于本案审查范围，与本案争议焦点无关。本院认为，上述证据与本案待证事实缺乏关联性，均不予采信。

本院对一、二审法院认定事实予以确认。

本院再审认为，本案猫人公司依据《变更追加执行当事人规定》第二十条：“作为被执行人的一人有限责任公司，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，股东不能证明公司财产独立于自己的财产，申请执行人申请变更、追加该股东为被执行人，对公司债务承担连带责任的，人民法院应予支持”的规定，申请追加青曼瑞公司股东熊少平、沈小霞为被执行人。故本案焦点为青曼瑞公司是否属于一人有限责任公司；猫人公司申请追加熊少平、沈小霞为被执行人应否支持。

关于青曼瑞公司是否属于一人有限责任公司问题。《公司法》第五十八条第二款规定：“本法所称一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。”本案中，青曼瑞公司虽系熊少平、沈小霞两人出资成立，但熊少平、沈小霞为夫妻，青曼瑞公司设立于双方婚姻存续期间，且青曼瑞公司工商登记备案资料中没有熊少平、沈小霞财产分割的书面证明或协议，熊少平、沈小霞亦未补充提交。

《中华人民共和国婚姻法》第十七条规定，除该法第十八条规定的财产及第十九条规定的约定财产制外，夫妻在婚姻存续期间所得财产归夫妻共同共有。据此可以认定，青曼瑞公司的注册资本来源于熊少平、沈小霞的夫妻共同财产，青曼瑞公司的全部股权属于熊少平、沈小霞婚后取得的财产，应归双方共同共有。青曼瑞公司的全部股权实质来源于同一财产权，并为一个所有权共同享有和支配，该股权主体具有利益的一致性和实质的单一性。另外，一人有限责任公司区别于普通有限责任公司的特别规定在于《公司法》第六十三条，该条规定：“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。”即一人有限责任公司

的法人人格否认适用举证责任倒置规则。之所以如此规定，原因系一人有限责任公司只有一个股东，缺乏社团性和相应的公司机关，没有分权制衡的内部治理结构，缺乏内部监督。股东既是所有者，又是管理者，个人财产和公司财产极易混同，极易损害公司债权人利益。故通过举证责任倒置，强化一人有限责任公司的财产独立性，从而加强对债权人的保护。本案青曼瑞公司由熊少平、沈小霞夫妻二人在婚姻关系存续期间设立，公司资产归熊少平、沈小霞共同共有，双方利益具有高度一致性，亦难以形成有效的内部监督。熊少平、沈小霞均实际参与公司的管理经营，夫妻其他共同财产与青曼瑞公司财产亦容易混同，从而损害债权人利益。在此情况下，应参照《公司法》第六十三条规定，将公司财产独立于股东自身财产的举证责任分配给股东熊少平、沈小霞。综上，青曼瑞公司与一人有限责任公司在主体构成和规范适用上具有高度相似性，二审法院认定青曼瑞公司系实质意义上的一人有限责任公司并无不当。

关于猫人公司申请追加熊少平、沈小霞为被执行人应否支持问题。如上分析，青曼瑞公司系实质意义上的一人有限责任公司，适用《公司法》第六十三条规定，而《变更追加执行当事人规定》第二十条的实体法基础亦在《公司法》第六十三条规定。据此，熊少平、沈小霞应对青曼瑞公司财产独立于双方其他共有财产承担举证责任，在二审法院就此事项要求熊少平、沈小霞限期举证的情况下，熊少平、沈小霞未举证证明其自身财产独立于青曼瑞公司财产，应承担举证不力的法律后果。二审法院支持猫人公司追加熊少平、沈小霞为被执行人的申请，并无不当。

综上所述，熊少平、沈小霞的再审申请理由不能成立。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零七条第一款、第一百七十条第一款第一项规定，判决如下：

维持湖北省高级人民法院（2018）鄂民终 1270 号民事判决。

本判决为终审判决。

审 判 长 万会峰

审 判 员 李相波

审 判 员 关晓海

二〇二〇年六月二十八日

书 记 员 贺 权

## 听干货 | 离婚纠纷中，精神损害赔偿的适用情形

(来源：法信微信公众号 编辑：小舟、Alice 2023 年 11 月 18 日)

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

### ➤ 裁判规则

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

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

审理法院：福建省龙岩市武平县人民法院

案例来源：《人民法院报》2021 年 7 月 7 日第 3 版

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

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

审理法院：重庆市第二中级人民法院

案例来源：重庆高级人民法院网 发布日期：2023年03月28日

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

案例要旨：双方夫妻关系未见缓和且分居一年以上，现一方起诉要求离婚，另一方明确表示同意离婚，足见双方感情确已完全破裂，应依法准予离婚。因另一方在家庭生活中存在对一方使用暴力的行为，结合其过错程度和承担责任的經濟能力，应当承担精神损害赔偿。

案例来源：梅州市中级人民法院网 发布日期：2022年3月11日

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

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

案例来源：江苏法院网 发布日期：2021年12月20日

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

案例要旨：在婚姻关系存续期间，夫妻一方与婚外异性存在不正当关系的，应认定该一方在导致夫妻感情破裂问题上存在过错，无过错方请求精神损害赔偿的，人民

法院可以判令过错方赔偿相应的精神损害抚慰金。

案例来源：江苏法院网 发布日期：2021 年 3 月 8 日

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

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

案例来源：江西法院网 发布日期：2020 年 12 月 14 日

## ➤ 司法观点

### 一、离婚损害赔偿的适用条件

#### 1. 一方对离婚存在过错

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

#### 2. 过错方实施了妨害婚姻家庭关系的违法行为

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

### （1）重婚。

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

### （2）与他人同居。

离婚损害赔偿的适用以合法婚姻关系的存在为前提，故本条规定删去了2001年修正的原《婚姻法》第46条中“有配偶者”的表述。《民法典婚姻家庭编解释（一）》第2条规定：“民法典第一千零四十二条、第一千零七十九条、第一千零九十一条规定的与他人同居的情形，是指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住。”重婚行为以外的有配偶者与他人不以夫妻名义同居的行为，同样违反一夫一妻制，构成对配偶权的侵犯。

### （3）实施家庭暴力。

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

### （4）虐待、遗弃家庭成员。

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

(5) 有其他重大过错。

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

### 3. 另一方没有过错

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

### 4. 过错方的损害行为造成了损害结果

只有过错方的损害行为给无过错方实际造成了损害结果的，无过错方才能要求赔偿。未造成损害结果的，过错方的损害行为不构成对无过错方合法权益的侵犯，因而

也无须赔偿。根据《民法典婚姻家庭编解释（一）》第86条的规定，《民法典》第1091条规定的“损害赔偿”，包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的，适用《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。

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

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

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

### 5. 过错行为与损害结果之间存在因果关系

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

（摘自最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著：《中国民法典适用大全

（婚姻家庭卷）》，人民法院出版社 2022 年版，第 448~450 页）

## 二、离婚损害赔偿中精神损害赔偿的适用

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

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

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

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

本条（《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第 86 条）规定，离婚损害赔偿涉及精神损害赔偿的，适用《民事侵权精神损害赔偿解释》的有关规定。

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

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

## 业务研究

# 涉外继承公证难点实务问题探析

(来源: 长安公证微信公众号 作者: 李青、樊江宁 2023 年 11 月 2 日)

### ➤ 摘要

随着国际间交往的加深, 区域一体化的发展, 投资趋势的全球化, 涉外继承案件也逐步增多。与诉讼手段相比较, 继承公证周期短、成本低, 私密性强, 在保护隐私的同时, 更加有利于财富传承。在涉外财富传承实践中, 比较常见的公证事项就是遗嘱和继承权公证。这两者相互关联, 密不可分。本文首先从涉外民事法律关系的概念入手, 分析了涉外继承权公证的常见场景, 最后从准据法的确认问题、跨境遗嘱在中国的承认与涉外遗嘱订立、家族基金会与遗嘱信托文件在境内的承认和执行等三个方面探讨了涉外继承公证目前面临的难点问题及解决对策。

### ➤ 正文

随着国际间交往的加深, 区域一体化的发展, 投资趋势的全球化, 越来越多的公民成了“国际人”, 地球也变成了“地球村”。近年来, 中国作为国际交流频繁的国家, 越来越多的中国公民在海外投资、购买房产, 或者与外国人缔结婚姻关系, 长期在国外生活。也有很多中国人选择移民, 加入外国籍, 或者是取得国外永居身份。同时, 随着中国经济的腾飞, 也吸引了很多外国人前往中国工作、生活、置产。随之而来的是一系列复杂的涉外财富传承法律问题。

一个自然人去世后, 他在全球范围内的财产如何能顺利地传承给他的继承人, 公证无疑是一个非常值得考虑的手段和工具。在当事人生前, 公证机构可以与律师事务所、信托、税务筹划、保险等机构相互配合, 通过夫妻财产约定、遗嘱、遗嘱信托、

意定监护、遗赠扶养协议等多种方式进行生前全面合理的规划。在当事人去世后，因涉及股权、不动产、机动车、证券、投资理财产品、存款等遗产的提取和过户，继承人往往也要向有关部门提交公证处出具的继承权公证书，或者去人民法院通过诉讼取得有关继承的判决书或调解书。而与诉讼手段相比较，继承公证周期短、成本低，私密性强，在保护隐私的同时，更加有利于企业和家族稳定，具有一定的优势。而在涉外财富传承领域，比较常见的公证事项就是遗嘱和法定继承权公证。这两者相互关联，密不可分。

### 一、涉外民事法律关系的概念

涉外因素的具体情形，根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（一）第一条的规定，民事关系具有下列情形之一的，人民法院可以认定为涉外民事关系：（一）当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人；（二）当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外；（三）标的物在中华人民共和国领域外；（四）产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外；（五）可以认定为涉外民事关系的其他情形。根据上述规定，我们可以将涉外民事法律关系归纳为：主体涉外，包括被继承人涉外与继承人涉外；客体涉外，如需要继承的财产涉外；事实涉外，如中国公民在外国去世等情况。值得注意的是，上述法条中，中华人民共和国领域外，一般指的是境外，即港澳台及其他国家和地区，都是涉外民事法律关系的范畴。

### 二、涉外继承权公证的常见场景

继承公证一般包括法定继承和遗嘱继承公证，但不论哪种继承权公证，遇有涉外

因素时，在公证实践层面，我们均可以用公证文书是否在境内使用加以区分，将其划分为两个场景：

第一个场景是，需要继承境外的遗产。如被继承人在中国北京市去世，但在美国有房产，这时候就需要北京的公证机构为之办理死亡证明、亲属关系、结婚证等一系列的涉外民事公证，有些情况下，还需要公证机构就我国继承相关法律规定及继承人情况出具法律意见书，提供给美国当地的有关机构。这种情况涉及境内公证文书要在境外使用。

第二个场景是，需要继承境内的遗产，但是被继承人或继承人中有境外人士（如子女、配偶是外籍），或者继承人与被继承人都是境外人士，仅在境内有遗产的。此种情况往往是涉及境外法律文件，如死亡证明、委托书、声明书、亲属关系、遗嘱等要在境内使用。这时就需要将上述有关文件先在当地进行公证，再结合实际情况进行认证（外国）或转递（港澳台地区），之后提交给境内的公证处使用，最后由境内的公证机构出具继承权公证书，公证文书均是在境内使用。

举例来说，李女士（中国籍）系一名女企业家，其配偶赵某（加拿大籍）于2022年在北京去世。赵某的父母（中国籍）已经先于其去世。李女士和赵某系原配夫妻，育有两个子女，女儿赵甲，儿子赵乙，均为加拿大籍，且常年生活在加拿大。赵某没有留下任何遗嘱。李女士和丈夫赵某的主要财产分为两部分：财产一是在加拿大的银行存款、基金、房产；财产二是在北京的三处房产、银行存款、股票证券账户、公司股权。李女士与子女经协商一致，子女均愿意放弃继承，全部遗产由李女士继承。对于财产一，即继承加拿大的财产，公证处为其办理了赵某的死亡医学证明公证、李女士和赵某的结婚证公证、女儿赵甲和儿子赵乙的出生医学证明公证。如有需要，还可以为其出具法律意见书。对于财产二，即继承境内财产，公证处为李女士发放了亲属

关系调查表，开具了银行及证券查询函，出具了女儿赵甲、儿子赵乙的放弃继承权声明书和同一人声明书模板，并告知他们在加拿大做声明书的公证、认证。待手续齐全后，为李女士办理继承权公证。

由此我们也可以看出，虽然涉外继承法律关系只比普通的增加了一个“涉外”因素，但由此带来的影响却使整个法律关系都更加复杂，办理继承时，需要提交的证明材料更是需要“一事一议”。因为家庭成员可能国籍不同（如子女中有外籍），婚史情况不同（如多段婚姻、跨国婚姻），死亡顺序不同（是否有转继承、代位继承），能够提供的证明材料不同，对于涉外继承权公证来说，很难总结具有普适性的证明材料，更不会有模板化的材料清单，因此，在办理这类案件时，当事人或其委托的律师、亲友应第一时间跟公证员进行对接，由公证员结合不同的案件情况告知需要准备的材料。同时，在境外的当事人如果要办理放弃继承权声明书或者继承的委托书，文书模板应提前与公证员进行确认，以免在境内办理继承权时不能使用。

近期，很多当事人也比较关注海外远程视频公证，但是需要注意的是，远程视频公证仅适用于具有中华人民共和国国籍的大陆地区居民，如果继承人中有加入外国籍的人士，是不能适用海外远程视频公证的，仍需要按照公证、认证流程来办理。

### 三、涉外继承公证目前面临的难点问题及解决对策

#### 1. 准据法的确认问题

我国目前对于涉外继承适用领域相关的法律规定有《中华人民共和国民法典》继承编、《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》三部法律。其中，民法典继承编主要是对继承关系的实体法律关系进行规定，对于涉外继承法律适用方面并无明确规定。民事诉讼法第三十三条第三款虽然对继承纠纷的

管辖法院作了规定，但除此之外也没有更为具体的规定，对公证实务工作指导意义有限。因此，目前在办理涉外继承公证中，公证机构主要还是应该根据涉外民事关系法律适用法来确定准据法，即确定适用哪个国家的法律。

值得注意的是，原继承法第三十六条规定，中国公民继承在中华人民共和国境外的遗产或者继承在中华人民共和国境内的外国人的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。外国人继承在中华人民共和国境内的遗产或者继承在中华人民共和国境外的中国公民的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。而民法典继承编中此条已经不复存在。那么，目前，公证机构办理继承案件，主要依据的就是《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四章“继承”。

根据该法第三十一条规定，法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律。第三十二条规定，遗嘱方式，符合遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律、国籍国法律或者遗嘱行为地法律的，遗嘱均为成立。第三十三条规定，遗嘱效力，适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律。由上述法律规定，我们可以看出，《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》区分了法定继承和遗嘱继承。对于法定继承，基本延续了原来继承法的准据法判断规则，尤其是对于公证机构经常处理的不动产继承，依然适用不动产所在地法律。那么，对于没有遗嘱的被继承人，其遗留在北京的不动产，北京的公证机构可以毫无争议的受理并按照民法典有关规定进行办理。

在法定继承部分，需要特别注意的是动产的准据法确认，比如公证机构经常遇到的银行存款的继承。举例来说，一对英国籍夫妻，妻子在香港工作，丈夫在英国死亡。丈夫在北京短暂工作过一段时间，在中国银行北京分行有存款人民币五十万。妻子现

在想要继承这笔存款。丈夫生前并未与妻子签订夫妻财产约定，也未协议选择法律适用，无遗嘱。虽然妻子经常居所地是香港，但丈夫很少在香港，在香港也无任何财产。

在公证机构处理继承案件的实践中，第一步，我们要判断遗产是否属于夫妻共同财产，把遗产从夫妻共同财产中区分出来。那么，就涉及判断夫妻财产关系的准据法，看存款五十万都是丈夫的遗产，还是其夫妻共同财产。关于夫妻财产关系，涉外民事关系法律适用法第二十四条规定，夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。因此，此案例中，应适用二人共同国籍国法律，即英国法律。而英国法律采用的是夫妻分别财产制。因此，丈夫名下在中国银行的存款为其个人财产，个人遗产。

第二步，应判断法定继承的准据法。涉外民事关系法律适用法第三十一条规定，法定继承，适用被继承人死亡时经常居所地法律，但不动产法定继承，适用不动产所在地法律。因被继承人死亡时经常居住地是英国，而该笔存款属于动产，应适用英国法律。

在这里，有一个经常居住地的认定问题。最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（一）第十三条规定：自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方，人民法院可以认定为涉外民事关系法律适用法规定的自然人的经常居所地，但就医、劳务派遣、公务等情形除外。

关于判断经常居住地的争议，广东省高院在（2020）粤民申4080号一案中，提供了一个新思路，即酌情考虑被继承人资产来源、经营、收入等因素。在该案中，广东省高院认为，被继承人生前以商业经营为主要生活来源，其经常居住地的认定除了

要考虑其本人、父母、子女的居住情况外，还应对其资产来源、投资经营、资金流转、财产分布等状况进行考量。广东省高院认为，被继承人虽然取得了澳门特别行政区永久性居民身份，但仍然长期在中国内地从事商业经营活动，并在内地购置诸多不动产，开设诸多银行账户进行上亿元的巨额资金流转。而被继承人在澳门特别行政区的投资远小于内地经营实业的资金及规模。最终，广东省高院结合以上因素，认定被继承人居所地为中国内地，适用中国内地法律。

在公证机构办理实践中，如果将有关夫妻财产关系和继承关系的适用法律确认为境外法律，那么依据《中华人民共和国涉外法律关系法》第十条规定，涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。在法律实践中，人民法院大多数情况下都会选择第三方查明机构，而不会简单地认定不能查明，适用我国法律。人民法院的做法也值得我们公证机构借鉴。目前，我国在多地建立了第三方查明机构，可查明的外国法也基本涵盖主要国家以及与中国交往密切国家。这五家机构分别是：华东政法大学外国法查明中心、西南政法大学中国东盟法律研究中心、武汉大学外国法查明研究中心、中国政法大学外国法查明研究中心、深圳市蓝海法律查明和商事调解中心。在涉外继承案件中，当事人可以向上述第三方查明中心提交查明申请，及时提交准确法律文本。依据第三方查明中心出具的报告，公证机构在办理涉外继承案件中可以更好地适用法律，查明事实，第三方查明中心也可以起到一定的风险分担作用。

### 2. 跨境遗嘱在中国的承认与涉外遗嘱订立问题

对于资产分布在不同国家及地区的高净值人群，其遗产规划不可避免涉及到跨境

遗嘱。例如，在中国境外订立的遗嘱，对位于中国境内的资产进行处置。但是相对于法定继承来说，遗嘱继承准据法的判断相对更为复杂。

根据涉外民事关系法律适用法第三十二条规定，遗嘱方式，符合遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律、国籍国法律或者遗嘱行为地法律的，遗嘱均为成立。但是要注意的是，该法第三十三条规定，遗嘱效力，适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律。对于公证机构来说，如果一份遗嘱是在境外订立，那么判断其是否成立可以适用经常居所地法律、国籍国法律或者遗嘱行为地法律，只要符合其中一个，遗嘱都成立。但是，在判断遗嘱的效力时，缺少了遗嘱行为地法律，仅能适用经常居所地法律或者国籍国法律。

举例来说，李某、王某系夫妻关系，二人均为中国籍，共生育四个子女，分别为儿子李甲、李乙，女儿李丙、王丁。王丁刚满月就被送往王某哥哥家，未与李某、王某一起生活。李甲、李乙、李丙三人均长期生活在比利时，为了照顾老人，在 10 年前兄妹三人便将李某、王某接到比利时生活。但几人中，只有李丙正式加入了比利时国籍，其他人还是中国籍。李某、王某于 2021 年在比利时订立了自书遗嘱，在遗嘱中表示，要将北京的一处房产留给李甲和李丙，要将二人所有中国境内银行存款留给儿子李甲、李乙，女儿李丙、王丁平均继承。2023 年初，李某，王某相隔一个月在比利时过世。现四子女向公证处申请办理遗嘱继承公证。

李某、王某国籍为中国，可以适用民法典来判断遗嘱的成立（是否符合自书遗嘱的形式）和效力（是否处分了夫妻共同财产、是否为生前最后一份有效遗嘱、是否违反“必留份”的规定，是否存在遗嘱无效的情况，遗嘱受益人是否存在丧失继承权的情况）。经过审查，公证机构受理并出具遗嘱继承公证书。

但是下面的案例，就比较复杂。一位美国公民在北京购买了一处房产，其委托北

京的律师表示过段时间要来中国出差，想顺便就该房产在北京的公证处订立遗嘱。公证员了解到，该美国人经常居住地是美国加州，其在北京没有居住证，没有工作，也没有长期生活，仅有一处房产。于是，公证员告知其虽然可以在北京的公证处订立遗嘱，但是该份遗嘱订立后，如立遗嘱人真的去世了，虽然遗嘱行为地是中国，根据民法典规定，遗嘱成立，但是判断遗嘱效力，却要适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律。那么，显然，遗嘱人经常居住地是美国，国籍国也是美国，需要依据美国加州法律来判断遗嘱效力。从这个案例可以看出，在某些情况下，如果判断遗嘱的效力可能会适用境外法律，那么针对不动产，没有遗嘱反而可以直接适用我国法律，公证处处理起继承问题也更为简单。如果要排除某人继承权或未来可能有纠纷，还是有订立遗嘱的必要性。那么，为了继承手续的便捷，也为了确保遗嘱有效，应该在立遗嘱人经常居所地或者国籍国地订立遗嘱。

在提供涉外遗嘱的咨询和建议时，一定要有“终局思维”，要从立遗嘱人真去世以后，在境内办理继承权公证时，从准据法的确认角度出发去考虑问题：首先，需要保证遗嘱符合立遗嘱时经常居所地法律、国籍国法律或者遗嘱行为地法律；其次，要充分分析遗嘱人经常居所地或国籍国法律对于遗嘱和继承的规定，从遗嘱人的行为能力、遗嘱形式要件及当地法律强制性规定等方面进行筹划，以确保该遗嘱根据当地法律可以有效成立，在继承阶段如发生纠纷，亦在自己能力所及范围内。

### 3. 家族基金会与遗嘱信托文件在境内的承认和执行问题

近几年，随着越来越多的人前往海外生活居住，了解到了国外继承制度中的家族基金会制度以及信托制度，因此在设立遗嘱的时候，加入了相应的条款。这种做法尤其在北美地区比较流行，如美国、加拿大。这种立遗嘱的方法还可以避免高额遗产税。

而由于我国的继承法律制度并无相关规定，这种具有基金会、信托性质的遗嘱就成为了涉外继承案件中一个较新的课题。

举例来说，常先生（中国籍）在美国北卡罗来纳州去世，其配偶李女士（美国籍）在世，二人是原配夫妻，有两个儿子均已成年，是美国籍。常先生生前在美国留有一份遗嘱，其上海的家族律师联系到长安公证处财富传承中心负责人，称要根据遗嘱，办理李女士继承北京一套房产的手续。

公证员仔细阅读律师提供的遗嘱，发现该遗嘱虽然名称为“Will”，但是内容中写道：在我去世后，将我的遗产全部装入我和我太太李女士设立的家族信托，我指定我太太作为遗嘱执行人/受托人，我太太可以管理、出售、处置我的遗产，本遗嘱的受益人是我们的两个儿子。

因为整个遗嘱中，没有“由李女士继承”这样的字眼，那么，李女士其实只是作为信托的受托人和遗产管理人，在实践中，公证机构无法直接将李女士认定为继承人，为其出具继承权公证书，而不动产登记部门仅认可继承权公证书。根据现有的经验，类似这样将遗产装入信托或基金会的遗嘱，最后只能经过漫长的法院判决，通过生效判决文书过户至受托人名下。

作为公证机构来说，我们建议，如果在境外想要订立一份遗嘱，将遗产装入信托或基金会，可以针对境内的遗产，再订立一份“遗嘱”作为信托文件的配套，将境内遗产明确写明“由某某继承”。

总之，涉外继承案件包罗万象，各不相同，非常考验公证员的法律水平和专业素养，要在为当事人排忧解难和确保自身执业安全之间寻找合适的平衡点。公证机构应不断提升自身的能力，迎接公证“国际化”时代的到来。

## 李安宁：公证机构在遗产管理人制度中的角色担当

（来源：家事法苑微信公众号 作者：李安宁 2023 年 11 月 18 日）

### 目次

#### 引言

一、角色与场域：遗产管理人制度作用的场域

二、角色解构：公证机构在“公证+律师”遗产管理模式中的角色

三、重构角色：公证机构何以担任管理人

四、角色证成：作为管理人的公证机构

#### 结语

### 摘要：

在既有的“公证+律师”遗产管理人制度实践模式中，公证机构通过担任“库管员”的角色间接参与遗产管理。但从公证角度来看，“库管员”角色与公证制度的价值功能无法衔接；从遗产管理人角度来看，“库管员”角色违背遗产管理人的任职资格要求，不当限制了非入库律师事务所和公证机构担任遗产管理人的可能。而在公证机构担任遗产管理人的直接模式中，公证机构基于其中立客观的价值定位与遗产管理人独立的法律地位价值相契合；同时基于公证机构在遗产继承活动积累的丰富技术经验以及公证机构自身具有的官方权威性、社会认可性等社会资本优势，公证机构担任遗产管理人更能够促进遗产管理人制度实施。因此，在律师事务所担任遗产管理人的普遍共识下，公证机构能够直接担任遗产管理人。

关键词：遗产管理人；公证机构；遗产管理人的选任；

### The role of Notary Agency in the Estate Administrator system

Abstract: In the existing "notary+lawyer" estate administrator system, notary agencies are indirectly involved in estate administration by acting as a "warehouse keeper". From the perspective of the function of notary agencies, the role of "warehouse keeper" is incompatible with the value function of the notary system; from the perspective of the function of the administrator system, the role of "warehouse keeper" violates the qualification requirements for administrators and unduly restricts the possibility of law firms and notary agencies outside the warehouse to act as administrators. In the direct model of notary agency acting as the estate administrator, the value position of notary agency based on its neutrality and objectivity fits with the value of the independent legal status of the estate administrator; Meanwhile, based on the rich technical experience accumulated by notary agencies in inheritance activities and the social advantages such as official authority and social recognition possessed by notary agencies, Notary agencies acting as estate administrators can more promote the implementation of the estate administrator system. Therefore notary agencies is certainly able to act as administrator directly under the general consensus of law firms acting as administrators.

Keywords: Estate Administrator; Notary Agency; Appointed Estate Administrator

引言

《民法典》继承编新增的遗产管理人制度（Estate Administrator System，后文简称 EAS）填补了《继承法》在遗产处理中的漏洞，〔 [1] 〕具有重要的制度功能价值。《民法典》第 1145 条-1149 条构建了 EAS 的基础框架雏形，但 EAS 的具体内容仍需要进一步细化，其中最为重要的问题之一就是关于遗产管理人（后文简称为管理人）的选任。依照《民法典》第 1145 条的规定，〔 [2] 〕首先，管理人由被继承人通过遗嘱指定；其次，被继承人没有选定的，由继承人共同推选或继承人共同担任管理人；再次，在没有继承人或者继承人都放弃继承的，由居委会或村委会担任管理人；最后，学者们普遍认为法院也可以依申请或职权指定管理人。〔 [3] 〕《民法典》第 1146 条也认可在管理人有争议的情形下，利害关系人可以向法院申请指定。就 1145 条规范内容而言，虽然明确了管理人产生的顺序，却忽略了最为关键的管理人主体的资格要素，即选任管理人是否还应考量其它的任职因素。〔 [4] 〕如果仅仅按照《民法典》第 1145 条的内容，结合《民法典》总则编的关于民事主体的规定，得出的唯一解释是管理人只要具备行为能力就有资格成为管理人。

而在 EAS 适用场域中，管理人并非解决简单财产的分割，而是面临数额较为巨大、种类多样且形式复杂的财产和债权债务的现实环境，因此在遗产管理中，仅考虑行为能力的因素明显不妥。〔 [5] 〕为解决《民法典》第 1145 条的上述缺陷，实践中已经自发形成了“管理人库”制度，该制度可简要概括为：公证机构选任符合要求的律师事务所作为“管理人库”的成员，需要时再从遗产管理库中挑选合适的律师来担任管理人。在这种“律师+公证”的间接模式下，律师是 EAS 的主体，而公证仅是管理人的认证机构。〔 [6] 〕就此模式而言，其赋予公证机构的监督职权与公证机构的公证证明职责并不相容，而当管理人产生违约或侵权行为时，会产生公证机构和律所的责任划分不清的弊端；〔 [7] 〕并且此模式下，无法充分发挥公证机构在遗嘱继承领域

丰富的实践经验优势，进而很可能影响 EAS 制度的实施。

恰值《公证法》修改之际，正是基于上述问题的思考，本文认为公证机构应当直接担任管理人，直接参与遗产管理；不赞同目前“律师+公证”的间接参与模式，建议在《公证法》中明确遗产管理属于公证业务之一。为了证明观点的合理性，本文将从《民法典》EAS 的具体规范入手，分析公证机构进入管理人的路径（制度现实基础）、解剖公证机构直接作为管理人的模式优势（变更即有模式的必要性），来证成本文的结论。

### 一、角色与场域：遗产管理人制度作用的场域

按照社会学家布迪厄的定义，场域一词指的是“各种位置之间存在的客观关系的一个网络（network）或一个构型（configuration）。”（[8]）而 EAS 作用的场域，简言之就是 EAS 的运作环境以及 EAS 各主体之间的关系。虽然遗产管理人作为一种新的制度，但是司法实践中并非无例可循。在遗产管理人制度之前我国就存在遗嘱执行人制度，因此考察遗嘱执行人制度在我国的实践情况，就得以管中窥豹一览遗产管理人在我国未来实践中运行的场域。

本文利用北大法宝数据库，在法院认为部分搜索“遗嘱执行人”，将法院层级限制在最高人民法院、高级人民法院，搜索得到 48 案件，进行手动阅读后发现四个案例属于重复案例，还有一部分案例法院只是引用《继承法》第 16 条时出现了遗嘱执行人，实际案情中并不存在遗嘱执行人，剔除上述案件，将剩余关于遗嘱执行人的案件汇总（见表一）。从案例中可以明确看到，我国继承案件纠纷很多，而在继承中设有遗嘱执行人的继承却仅仅为 18.7%，这说明遗嘱执行人制度并没有在我国的继承中得以普遍适用；但是凡是设有遗嘱执行人制度的纠纷绝大多数都是复杂案件，

〔 [9] 〕或者涉及到遗赠财产的处理〔 [10] 〕。尤其就具体案件而言，不仅涉及到股权的继承，还涉及数量复杂、种类多样的财产分配。因此遗嘱执行人所要解决的是一个复杂的遗产管理和分配活动，这时就需要遗嘱执行人自身具备一定的专业知识。

比较法上，不管是遗产管理人还是遗嘱执行人，其作用场域的复杂性、专业性早已成为 EAS 的特色。美国从 1980 年开始，遗产管理人面临越来越复杂的工作和不断提高的要求，主要原因是遗产复杂多样，尤其是股票、债券、投资产品的出现，要求遗产管理人具备更加专业的金融、法律知识。〔 [11] 〕这些现实情况转变使得各州的 EAS 需要变革，对遗产管理人行为给出更多的明确指引。〔 [12] 〕即使是在少数并未正式规定遗产管理制度的州，律师也凭借其专业特长在遗产管理活动扮演了重要角色。〔 [13] 〕并且因为专业律师介入使得遗产管理活动得以更加有效地进行。〔 [14] 〕此外，美国的遗产管理与信托制度联系紧密，而信托属于专业金融服务领域，因此增加了遗产管理的专业性和复杂度。〔 [15] 〕在德国，遗产管理人分为清算型遗产管理人和管理型遗产管理人。〔 [16] 〕清算型管理人主要为了实现遗嘱，尤其是落实遗赠和加重的负担，并结清遗产债务，分配遗产；管理型管理人对遗产进行管理，典型代表是对独资企业或者股份公司继承中遗产管理人。〔 [17] 〕就前者而言，遗产管理人角色类似于破产管理人，有相当大的权限，既可以进行必要的处分行为和负担行为，如遗产的处分、债务的负担，还可以承担诉讼角色。就后者而言，遗产管理人相当于公司或独资企业的管理者。因此德国的 EAS 也是相当的复杂，从其制度设计来看遗产管理人设立并不是为了解决简单的遗产分配问题，而是为了适应复杂的遗产继承纠纷。

总之，EAS 并非是针对简单的遗产继承而设计，而是为了适应当下家庭不断增加的财富、复杂多样的财产继承的场域。遗产管理人角色和场域的明晰，就表示遗产管

理人本身含有专业性的制度基因。因此谁更符合 EAS 应用场域的专业角色特征，就能够更好的完成遗产管理人的制度功能。确定了遗产管理人制度作用的场域，就确定了遗产管理人这一角色基本特征，即处理复杂遗产继承任务；同样也决定了公证机构在这一场域中理应担任的角色。

### 二、角色解构：公证机构在“公证+律师”遗产管理中的角色

公证机构在遗产管理活动中的角色有两类：一是在直接参与模式中由公证机构担任管理人，扮演遗产管理活动中主要参与者的角色；二是在间接参与模式中，作为管理人库的管理员，负责管理人的“进库”与“出库”，角色定位是遗产管理活动的辅助人员，公证机构并不直接参与具体的遗产管理活动。实践中已经形成的模式是间接参与模式，（ [18] ）即“公证+律师”模式。间接参与模式中，公证机构作为管理人库的负责人，担任对律师类管理人资格审查的制度角色，负责管理人库中人员的入库和出库。但这种公证机构参与遗产管理的模式，既与公证制度功能定位无关，又与 EAS 规范相左，使得公证在遗产管理制度中处于可有可无的边缘地位，进一步减弱了公证在整个诉源治理中的作用。

#### （一）“库管员”角色与公证制度无法衔接

从公证的制度功能而言，公证功能无法与现有管理人库的“库管员”的角色相“匹配”。公证最为重要的功能有二，一是公证证明功能，即公证通过对各种法律事实的认定，出具公证文书，以其法定证明地位和公证人员技能的专业性来确保公证内容的权威性与可靠性。（ [19] ）二是由证明功能衍生的纠纷预防与私权保障功能，公证作为一种非诉制度，旨在预防纠纷，减少诉讼，从而保障私权。（ [20] ）但是现有的“公证+律师”的遗产管理实践中，公证却充当了管理人库的“库管员”角色，负

责律师管理人的入库和出库，这种监管角色与公证制度的证明功能、预防功能都无法兼容。

首先，就公证的证明功能而言，证明功能主要是通过对既有法律事实的认定，而管理人库“库管员”的角色，看似通过公证对管理人的资格赋予专业性与可信度的背书，实则是超越我国现有公证机构的权责范围。因为“库管员”承担着管理人资格的审查功能，从任何角度看，这种证明功能的制度属性都无法嫁接管理人的监管角色。而且律师事务所担任管理人是因为本身是专业的法律服务机构，其专业性已经得到法定的事前程序认可。具体而言，不管是作为律师事务所成员的律师还是律师事务所自身都是因具备法定专业条件才取得营业资格，已经过法定程序筛选的律师和律师事务所无须也不需要公证机构筛选后才有资格担任管理人。因此，公证机构通过设立“管理人库”的方式，违法限制律师事务所从事遗产管理的资格。

其次，就预防纠纷、保障私权的功能而言，作为“库管员”的公证机构既不能通过监管防止遗产管理活动的各种纠纷，又不能实现“保障私权”的目的。因为“库管员”角色只有对“管理人库”的管理权，无法监督管理人在遗产管理活动中的具体行为，从而不能对管理人在管理遗产过程中侵犯债权人、继承人权利的违法行为进行及时有效的管制。因此在间接参与模式中，公证机构无法达到预防纠纷保障私权的目的。此外，在管理人失职的诉讼案件中，作为“库管员”的公证机构很可能与管理人作为共同被告被要求赔偿权利人的损失，导致公证机构的诉讼风险增加。

### （二）“库管员”角色与管理人制度之间存在矛盾

第一，“库管员”角色与EAS无法从法理上衔接。从“库管员”的监督角色来看，《民法典》EAS并没有对管理人的任职资格设定准入限制。在选任管理人时，遗

嘱人可以直接指定，并不需要事前对管理人进行筛选。即使是在本文强调的复杂的遗产管理活动中，需要专业的律师事务所或公证机构作为管理人时，也并不代表没有入选管理人库的律师不具有担任管理人的资格，更不能证明公证机构无权担任管理人。在美国，遗产管理人(personal representatives)选任只需要得到法院的认可就行，并没有限制管理人选任的范围；〔[21]〕在德国，被继承人原则上可以指定任何自然人为遗产管理人；〔[22]〕在日本，遗产管理人选任范围与德国类似。〔[23]〕所以公证机构作为管理人库“库管员”的角色与EAS存在制度衔接上的矛盾，EAS并不存在对管理人进行资格审查的前置程序；甚至，“公证+律师”的管理人模式因不当剥夺了非入库律师事务所担任管理人的法定权利，存在违法的可能。

第二，“库管员”角色排除了公证机构担任管理人的可能性。首先，我国公证体制与大陆法系的公证体制差别巨大。一方面，从法定地位来看，我国公证机构并不是国家机关，而是事业单位。2015年的《公证法》明确将公证机构定位为事业单位，〔[24]〕强调了公证机构并非国家机关的组成部分。另一方面，从具体制度来看，法定公证制度在我国民事领域阙如。〔[25]〕此种公证制度的现实决定了我国的公证机构只能是专业性的法律服务组织，而无法具有比较法上的“人民生活必需品”的地位。因此无法照搬比较法上的公证机构作为中立的监督者角色来参与社会活动。当下，公证体制的改革如火如荼，合作制公证的呼声越来越高。〔[26]〕如果在EAS实践中默守大陆法系公证体制的“沉舟”，无异于缘木求鱼，公证也必将错过EAS带来的业务契机。其次，既然公证作为专业性的法律服务组织，“间接参与模式”却将公证机构排除在外，其不利于EAS制度实施与落地。因为间接参与模式无法将公证机构在遗产继承领域多年积累的经验、信任等社会资本作用发挥出来。且相较于律师事务所的专业性，公证机构在继承领域经验与专业性要远高于律师事务所。〔[27]〕因此按照

律师事务所因具备专业性的法律知识可以胜任管理人角色的实践逻辑，公证同样也有理由成为管理人角色的候选人。

总之，实践中形成的“公证+律师”模式，从公证机构自身来看，既无法通过间接参与 ESA 来实现公证机构本身的价值；还可能因“间接参与”模式给公证机构带来不可预见的诉累负担，这与公证机构选择间接模式参与 ESA 的初衷相背离。从 EAS 制度实现观察，“间接参与模式”不当限制管理人的范围，将公证机构与非入库的律师排除在管理人之外，违背了《民法典》EAS 中管理人选任规则，即“间接参与模式”的实践路径违反了 EAS 的基本规范。但是否定既有实践模式中的“库管员”角色之后，需要从现实制度环境出发为公证机构参与遗产管理活动寻找一个更为合适的制度角色。

### 三、角色重构：公证机构何以担任遗产管理人

在否定公证机构的“库管员”角色后，公证机构在遗产管理制度中能够担任的角色就只剩下管理人。公证机构能否担任管理人取决于 EAS 的具体规范，因此需要考察《民法典》第 1145 条的管理人选任规则。本文伊始就已经详细分析了 1145 条中的管理人产生方式，即遗嘱人指定、继承人推选或共同担任、居委会和村委会的兜底以及法院的指定；除居委会和村委会担任兜底的管理人选任路径外，其他三种路径都有公证机构担任管理人的可能。因此需要就三种具体的路径来一一分析公证机构进入 EAS 方案的可行性。

#### （一）遗嘱执行人担任管理人

第一种路径：由遗嘱确定的遗嘱执行人直接担任管理人。此时管理人和遗嘱执行人主体重合，因此只需要考察遗嘱执行人选任，就能够直接确定管理人。学界一般认

为在遗嘱人指定遗嘱执行人时，遗嘱人既可以指定法定继承人，也可以指定法定继承人以外的人担任遗嘱执行人；〔 [28] 〕如果执行人是自然人具有行为能力即可；如果执行人是社团机构，则需要具备民事主体资格。〔 [29] 〕而公证机构属于《民法典》所规定的事业单位法人，当然符合遗嘱执行人的主体资格要求。所以从积极要件来看，公证机构担任管理人符合《民法典》的规定。从消极要件来看，遗嘱执行人除具备主体资格要件外，遗嘱执行人不能是破产企业；因此如果公证机构被认定为破产状态时，〔 [30] 〕就不能担任遗产执行人。但就目前公证机构法人性质是公益性质的事业单位，极少出现事业单位的破产事实。所以从消极要件来看，公证机构没有不能担任遗嘱执行人法定情形。因此，如果遗嘱人明确指定了公证机构担任遗嘱执行人，公证机构就是第一顺位的管理人。

此外，相较于继承人推选或共同担任的管理人与民政部门、居委会担任的遗产管理人，执行人性质的遗产管理人是管理人最重要的类型和最主要的来源。各国民法对遗产管理人的规范中绝大部分都是集中在遗嘱执行人部分。在美国管理人分为两类，一种是执行人（*executor*），一类是管理人（*administrator*）。前者是最为常见的遗产管理人，一般都由遗嘱人指定（*appoint*），后者只出现在没有遗嘱或遗嘱没有指定的情形中。〔 [31] 〕在德国，执行人性质的管理人，在德国遗产管理职责的承担者主要是继承人和执行人，《德国民法典》也是更重视执行人而非继承人担任的管理人，《德国民法典》继承编第 3 章第 6 节用了 231 个条文来规范执行人。继受德国法的日本情况与德国类似，将执行人作为遗产管理人最为重要的规范类型。〔 [32] 〕因此，即使是公证机构只能通过担任遗嘱执行人来参与 EAS，鉴于执行人性质的管理人在 EAS 中的地位，公证机构仍然能够在将来 EAS 的实践中发挥重要的作用。

### （二）继承人推选或共同担任管理人

第二种路径，在被继承人无遗嘱或没有在遗嘱中指定遗嘱执行人和管理人时，管理人由继承人推选或共同担任。在此种情况下，继承人共同担任当然排除了公证机构担任管理人的可能。有疑问的是在继承人推选管理人时，能否推荐法定继承人以外的人或组织担任管理人。对于此问题学说有争议，有观点认为继承人选任管理人只能是继承人，（ [33] ）也有观点认为继承人选任管理人的范围并不局限于继承人，只要具有“民事主体的自然人、法人、非法人组织都可以担任管理人”。（ [34] ）此外，虽有部分学者就继承人以外的自然人、法人、非法人组织能否担任管理人没有明确肯定或否定态度，但从其“全体继承人共同推举出其中一名或数名继承人担任管理人”表述中则可以明确推断出将继承人选任管理人范围应当限于法定继承人范围之内。（ [35] ）

但是既有的论据都无法支撑对管理人选任范围的限制。限制继承人选任管理人范围的主要理由是：①遗产管理、分配是继承人对被继承人生前抚养照顾义务的延伸；②继承开始时，遗产一般为继承人实际的管理控制，限制管理人的选任范围有助于遗产的管理和分配。（ [36] ）首先，就遗产管理是对被继承人抚养照顾义务的延伸而言，遗产管理的主要目的是在遗产交付继承人或继承人放弃继承前，通过对管理人遗产清理、保全，确保遗产分配的公平和效率，同时维护交易安全。（ [37] ）而继承人与被继承人之间的亲属关系并不能当然证成继承人更适合担任管理人角色，尤其是在本文所强调的存在多种遗产种类、复杂债权债务的遗产管理场域，律师事务所、公证机构担任管理人更具有显著专业优势，更有助于实现遗产管理的目标。其次，基于继承开始时继承人占有遗产的普遍社会现实，让继承人担任管理人方便遗产管理的理由也不合逻辑。第一，按照此逻辑，继承人占有的遗产越多就越方便管理遗产，因此就更

有资格担任管理人。但是在多个继承人占有遗产情形中，由于法定继承人之间享有的平等继承份额，占有更多遗产的人出于自身利益的因素，更有理由藏匿遗产，让其担任管理人不仅会增加管理遗产的障碍，还可能会危害其他继承人的利益。相反，让占有遗产少的继承人管理遗产，其为了自身分得更多的财产肯定会积极地查清遗产，这样更有助于遗产管理制度目的的实现。第二，管理人首要考虑因素是管理人能否中立地处理遗产，保障债权人和继承人的合法权利。若站在此角度观察，继承人之外的第三方担任管理人，更有助于遗产的查清、公平的分配遗产。所以更没有理由将公证机构排除在继承人选任管理人的范围之外。因此，继承人推选管理人时，有必要将公证机构纳入管理人的候选名单。

### （三）法院直接指定遗产管理人

第三种路径，法院直接指定管理人。从《民法典》1146 条的文意来看，〔 [38] 〕法院指定管理人构成要件是“对管理人确定有争议”与“利害关系人向法院申请指定管理人”。“对管理人确定有争议”，可能的情形有：A 遗嘱执行人不愿意担任管理人或多个遗嘱执行人之间存在纠纷；B 继承人因遗产管理发生纠纷；C 其他利害关系人对管理人确定有异议。〔 [39] 〕

就 A 情形来看，如果唯一的遗嘱执行人不愿担任管理人，则会出现没有遗嘱执行人的情况，需要各继承人选任或共同担任，此时就符合第二种路径，正如前文言，公证机构当然可以成为遗嘱管理人的候选人；如果是多个遗嘱执行人之间存在纠纷，出于对被继承人意思表示的尊重，法院只需要在遗嘱指定的执行人里选任适格的管理人，并不存在公证机构担任管理人的可能性。

就 B 情形而言，又可以细分为三种情况：第一，如果继承人之间就管理人的选任

根本无法达成一致，即无法形成普通多数的一致意见。因为继承人之间原本就存在纠纷，且纠纷已经达到无法协调的程度。如果法院强令继承人共同担任管理人，必然会陷入遗产管理的僵局。此时可能最为妥当的途径是法院选任第三方担任管理人，因此公证机构作为第三方当然能够参与遗产管理。第二，当占普通多数的继承人推选出其一方的继承人担任管理人时，虽然能够启动遗产管理的程序，但是少数反对方的继承人利益缺乏有效保障。为了避免管理人自身的偏向性，此时第三方担任遗产管理人更为恰当。此种情况，公证机构也能参与遗产管理。第三，占绝对多数继承人已经推选出管理人，其他少数继承人不同意，此时应当尊重继承人会议的决议。但是正如第三（二）部分所言，继承人推选管理人范围并不仅仅限于继承人范围之内，而是有权选任继承人以外的第三方担任遗产管理人，因此此种情况下，公证机构还是有机会担任遗产管理人。总之就 B 情形的三种情况，公证机构皆有参与遗产管理的可能。

就 C 情形而言，遗嘱执行人和继承人之外的第三人对管理人的选任有异议的，法院按照具体情况处理，首先，法院必须实质性审查现有的管理人是否会损害第三人的权益；如果第三人没有足够的证据证明现有的管理人会损害第三人权益，法应当就驳回第三人更换管理人的请求。其次，如果第三人的证据能够证明管理人会损害第三人权益，需要对管理人进行更换。如果遗嘱指定了多位执行人，只需要将与第三人有利害关系的遗嘱执行人解任，由剩余的遗嘱执行人继续负责遗产处理；如果遗嘱指定的唯一执行人被解任，就需要继承人选任或共同担任管理人，与下一种情形相同，不再赘述。再次，如果管理人由继承人共同选任或继承人共同担任，视管理人的单数还是复数又有不同。继承人只推选了一位管理人时，就需要继承人再次共同推选管理人，只有继承人无法推选继承人时，法院才能指定管理人，此时情形又和 B 情形完全重合，公证机构担任管理人资格无须赘言。如果继承人推选了多个管理人或由继承人共同担

任管理人，其中的管理人被解任并不影响其他管理人继续处理遗产，并不需要法院指定新的管理人。但是，如果被解任的管理人对遗产管理有重要影响时，如涉及独资企业、一人公司的遗产管理案件中，管理人中唯一的律师事务所或会计事务所被解任，法院需要及时指定新的具有专业性技能的管理人，以确保遗产管理活动正常进行。概括而言，《民法典》1146 条的“确有争议”时才能选任管理人，需要限缩解释，并非对管理人争议的所情形，都需要法院直接指定，而是只有无遗嘱执行人或继承人无法选任新的管理人才需要指定。而在确需法院指定管理人时，考察具体情形，公证机构都有机会成为管理人，甚至相较于继承人担任管理人，法院指定第三方的公证机构担任管理人更具有可行性。

总之，除了村委会或民政部门担任兜底性质管理人路径外，在遗嘱人指定管理人、继承人共同推选管理人以及法院指定管理人三条路径中，公证机构都能够以管理人身份参与遗产管理。所以，考察管理人选任制度得出的结论是：《民法典》遗产管理制度并没有将公证机构排除在管理人之外，公证机构担任管理人具有现实的制度基础。

#### 四、角色证成：作为遗产管理人的公证机构

虽然公证机构担任管理人不存在的法律障碍，但是按照法律论证的基本要求，如果无法证明公证机构担任管理人的直接模式具有比较优势，就无须改变现有“律师+公证”的间接参与模式。因此需要将进一步讨论直接参与模式的优势，进而证成本文主题——公证机构应该担任管理人的角色。这一论证将从两方面展开，一是从 EAS 和公证制度内在价值角度考察，比较律师制度和公证制度内在价值，两者的内在价值体系更一致；〔40〕二是从技术经验视角观察，公证机构在遗产管理活动中更具有技术经验的比较优势，这种优势所具有的信任、技术等社会资本是遗产管理制度落地

实施地不可或缺的因素。

### （一）公证机构担任遗产管理人的内在价值优势

EAS 和公证制度内在价值都要求管理人和公证员必须秉持客观中立，关于管理人的法律地位的学说繁多，既有法德民法的代理说与固有权之争，〔 [41] 〕又有英美国家的信托代理人学说。〔 [42] 〕我国学者多认可固有权学说，即“管理人具有独立的、不受继承人约束的、指示的法人地位”。〔 [43] 〕具体而言，在管理人由遗嘱人通过遗嘱指定的情形，在执行遗产管理的职务时，管理人并不是为了遗嘱人的利益，因为遗嘱人已经死亡，不具有主体资格；〔 [44] 〕在管理人由继承人推选的情形中，管理人也不是仅仅为了赞同自己担任管理人的继承人利益，而是对包括反对管理人在内的全体继承人负责，因此继承人推选出管理人之后，管理人需要履行法定职责；在法院指定管理人的情形中，管理人独立的地位更是体现无疑，此时管理人只能是负责处理遗产的第三方，与遗嘱人、继承人意志无任何关系。而管理人这种独立地位又正好与公证机构在公证活动中地位相吻合。《公证法》第 4 条要求公证机构在具体的公证业务中秉持客观公证的原则，同时《公证法》第 6 条又赋予公证机构独立的主体地位和非营利性的组织性质。〔 [45] 〕这些公证制度的基本价值追求使得公证制度和 EAS 在内在价值体系上具有高度的同质性。因此当公证机构担任管理人时，出于自身内在价值属性，更加有可能独立的履行管理人的职能。此外，EAS 另一价值就是通过遗产管理制度，做到公平的遗产分配，减少因遗产处理中继承人之间、利害关系人与继承人之间的矛盾引发的诉讼，其本身就具有预防纠纷的价值，又符合了公证制度的减少诉讼的价值目标。

相较于律师制度的专业的法律服务机构，并且是有偿提供法律服务机构的定位，〔 [46] 〕律师事务所主要目的在于获取报酬，从律师制度和 EAS 契合性相较于公证制

度与 EAS 价值的契合程度而言，明显低于后者。因此既然律师事务所担任管理人得到普遍认可，按照当然解释的推理逻辑，〔 [47] 〕公证机构当然能够担任管理人。

### （二）公证机构担任遗产管理人的技术经验优势

如果说价值优势仅能从抽象层面支持公证机构担任管理人，并不能凸显公证机构担任管理人必要性，那么公证机构在遗产管理活动所积累的技术经验优势则是公证机构担任管理人的“关键证据”。首先，从 1985 年《继承法》规定了公证遗嘱以来，遗嘱公证就是公证机构最为重要的业务之一，公证机构每年都要处理大量遗嘱公证业务，对不动产遗产管理具有丰富的经验。并且由于《继承法司法解释》第 42 条赋予公证遗嘱优先效力，〔 [48] 〕使得公证机构在遗产管理领域已经形成了社会信任资本。即使在《民法典》已经明确取消了公证遗嘱的优先效力，但基于公证文书在诉讼程序中当然的事实推定效力，〔 [49] 〕公证机构在参与遗产管理活动的社会信任并没有减弱多少。〔 [50] 〕就律师事务所而言，遗嘱业务更是律师稀有业务，而我国遗嘱继承制度中，并不必须要律师参与遗嘱继承。因此从制度角度来看，公证机构参与遗产管理的活动频率明显远高于律师事务所参与遗产管理的频率。其次，即使是遗嘱指定律师担任遗产管理人，也需要将遗嘱交公证机关保管，〔 [51] 〕这意味着，律师担任遗产管理人的制度中势必会增加遗嘱人的成本，同时还增加不必要的程序，给遗嘱人带来不必要时间成本和负担。最后，在不动产继承领域，公证机构相较于律师机构也有更大的优势，而不动产作为遗产中最为重要、价值最高的财产，在继承中处于绝对的核心地位。依据《不动产登记暂行条例实施细则》第 14 条规定，公证机构订立的公证遗嘱可以直接办理不动产的过户登记。〔 [52] 〕但是如果律师事务所担任遗产管理人，按照 14 条的规定则还需要提交“死亡证明材料、遗嘱或者全部法定继承人

关于不动产分配的协议以及与被继承人的亲属关系材料”的复杂材料，履行较为繁琐的程序。所以不动产在继承财产中绝对的主导地位放大了公证机构比律师事务所在遗产管理人制度中的优势。正是基于这种实践经验制度优势，公证机构更加适合担任遗产管理人。

### 结语

公证机构在中国的式微是一种罕见的现象，既有制度层面的设计使得公证无法融入到丰富的经济生活中，进而不具有比较法上人民生活“必需品”的地位；〔 [53] 〕也有已有的行政公证体制死而未僵，阻碍公证向新业务拓展的步伐。面对 EAS 的角色实践选择，再一次表明变革中的公证制度面临的巨大挑战。一方面担心“直接参与模式”给公证机构带来的种种挑战，另一方面又不愿放弃 EAS 带来的业务契机，于是退而居次选择了“库管员”的角色。正值公证理念革新、公证制度变革的当下，只有具有勇于担当责任，不断开拓新的业务，加深公证制度与人民日常生活的交融程度，才能使得公证制度在中国焕发新的活力。而 EAS 中公证机构的“直接参与模式”，则是这种理念下必然的实践之路。

〔 [1] 〕 参见杨立新. 我国继承制度的完善与规则适用[J]. 中国法学. 2020, (4):96.

〔 [2] 〕 《民法典》第 1145 条“继承开始后，遗嘱执行人为管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任管理人。”

〔 [3] 〕 参见石婷. 遗产管理制度研究[D]. 西南政法大学 2015 年博士论文, 第 166 页.

〔 [4] 〕 参见杨嘉璐等. 遗产管理人制度建构的“非讼法理”——以《民法典》继承编为视角[J]. 法治论坛. 2020, (2): 321.

〔 [5] 〕 参见吴国平. 民法典遗产管理人的规则适用与立法完善[J]. 法治现代化研究. 2022, (2):116.

〔6〕参见单志. 公证机构担任管理人的问题研究[J]. 中国公证. 2022, (8):46.

〔7〕同前注 6, 单志文, 第 47 页.

〔8〕本文在整体框架上采用了布迪厄提出的“场域理论”，站在遗产管理人现实运行这一场域来描述场域中的各种关系，但是要强调的是本文观察视角是公证机构如何参与遗产管理人制度，并不涉及遗产管理人制度的中其他主体。[法]皮埃尔·布迪厄、[美]华康德. 实践与反思: 反思社会学导论[M], 李猛、李康译. 北京: 中央编译出版社, 2004. 133.

〔9〕典型如最高人民法院(2020)最高法民再 113 号, 北京市高级人民法院(2021)京民申 5415 号, 广东省高级人民法院(2017)粤民申 449 号(2018)渝民申 2296 号等。

〔10〕被继承人将自己唯一的一套房屋通过遗嘱赠与其侄女，并没有留给四位继承人。这种继承虽然简单，但是仅靠法定继承人肯定无法实现被继承人愿望，所以遗嘱执行人制度显得极其重要。参见四川省高级人民法院(2015)川民申字第 2465 号案件。

〔11〕See George T. Drake & Robert I. Kleinberg. Estate Administration in the 1980s.” American Bar Association Journal, vol. 67, no. 1, January 1981, pp. 54-61.

〔12〕See Lerner, Steven D. Need for Reform in Multistate Estate Administration. Texas Law Review, vol. 55, no. 2, January 1977, pp. 303-322.

〔13〕See Stein, Robert A., and Ian G. Fierstein. The Role of the Attorney in Estate Administration. Minnesota Law Review, 68, July 1984, pp. 1107-1230.

〔14〕See Stein, Robert A., and Ian G. Fierstein. The Role of the Attorney in Estate Administration. Minnesota Law Review, 68, July 1984, pp. 1107-1230.

〔15〕See Rohan, Patrick J. Estate and Trust Administration. Syracuse Law Review, vol. 30, no. 1, Winter 1979, pp. 351-366.

〔16〕《民法典》所有具有管理职责的人都称为遗产管理人，为了与《民法典》概念术语的统一，此处介绍的是德国的遗嘱执行人制度，为行文统一，直接称为遗产管理人。

〔17〕参见[德]雷纳·弗兰克、[德]托比亚斯·海尔姆斯. 德国继承法[M]. 中国政法法学出版社, 2014. 100-106.

〔18〕目前主要公证机构已经颁布了第一批入库的管理人名单，并且各公证机构已经建立了互认机制。例如北京市正阳公证处、上海市新虹桥公证处、重庆市公证处、广东省广州市南粤公证处、四川省成都市律政公证处、江苏省南京市南京公证处、江苏省苏州市苏州公证处、江苏省无锡市江南公证处、湖北

省武汉市尚信公证处、浙江省杭州市杭州互联网公证处、安徽省六安市江淮公证处、江西省南昌市豫章公证处等都已经公布了第一批入库的管理人名单。

〔19〕 参见罗厚如主编. 中国公证制度研究[M]. 北京: 法治出版社, 2017. 21.

〔20〕 参见张文章主编. 公证制度新论[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2005. 19; 邓云鹏. 公证法新论[M]. 台北: 元照公司, 2005. 65 页。

〔21〕 See Uniform Probate code (2019), § 2-301, § 2-302.

〔22〕 同前注 17, 参见[德]雷纳·弗兰克、[德]托比亚斯·海尔姆斯书, 第 101 页。

〔23〕 《日本民法典》，第 1006 条第 1 款“遗嘱人，可以以遗嘱指定一人或数人为遗嘱执行人，或者将其指定委托给第三人”。参见渠涛编译. 最新日本民法[M]. 北京: 法律出版社, 2006. 218.

〔24〕 具体内容参见“《关于深化公证体制机制改革促进公证事业健康发展的意见》的通知”（司发〔2021〕3号）。

〔25〕 以最重要的不动产和婚姻领域的法定公证制度为例，法国和德国都需要公证机关的参与才能完成此类民事行为，但是我国不管是《民法典》还是以前的《婚姻法》、《物权法》都没有涉及法定公证制度。参见廖永安、蒋龙威. 我国不动产法定公证制度的重新审视与规则构建[J]. 湖湘法学评论. 2023, (2): 34-56; 参见李全一. 大陆法系国家或地区民法典公证事项规定概述[J]. 中国公证. 2019, (10): 13-14.

〔26〕 参见刘疆. 机遇和挑战: 合作制公证处试点改革若干重大问题[J]. 中国公证. 2019, (5): 14-26.

〔27〕 详见第四（二）部分的论证。

〔28〕 参见陈苇主编. 婚姻家庭继承法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2018. 332 页; 房绍坤、范李英等著. 婚姻家庭继承法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2018. 240.

〔29〕 参见叶英萍. 遗嘱执行人地位及其权利义务[J]. 中华女子学院学报. 2013, (2): 35.

〔30〕 房绍坤、范李英等著. 婚姻家庭继承法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2018. 241.

〔31〕 See Caroline Sawyer & Miriam Spero. Succession, Wills and Probate (5th). Routledge Press 2015. P. 224.

〔32〕 《日本民法典》在第七章第四节的遗嘱执行人中用 18 个条文来规范执行人。

〔33〕 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编. 中华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. 620.

〔 [34] 〕 此部分由王洪执笔，参见陈甦、谢鸿飞主编. 民法典评注：继承编[M]. 北京：中国法制出版社, 2020. 218.

〔 [35] 〕 此种表述具体参见黄薇主编. 中华人民共和国民法典解读[M]. 北京：中国法制出版社, 2020. 114; 杨立新. 中华人民共和国民法典释评·继承编[M]. 北京：中国人民大学出版社, 2020. 270.

〔 [36] 〕 同前注 25，参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书, 第 620 页.

〔 [37] 〕 参见陈苇主编. 中国遗产处理制度系统化构建研究[M]. 北京：中国人民公安大学出版社, 2019. 111.

〔 [38] 〕 《民法典》第 1146 条：“对管理人的确定有争议的，利害关系人可以向人民法院申请指定管理人。”

〔 [39] 〕 同前注 27, 黄薇书, 第 116 页.

〔 [40] 〕 本文此处借鉴朱岩教授提出的用内在体系（价值）与外在体系（制度框架）视角来观察法律制度与法律价值的关系，即“内在价值取向决定外在体系”。参见朱岩. 社会基础变迁与民法双重体系建构[J]. 中国社会科学. 2010, (6):151.

〔 [41] 〕 法国民法将遗嘱执行人视为被继承人的代理人。《法国民法典》第 1025 条：“遗嘱人得指任一名或数名具有关注或执行其意愿的完全民事行为能力人作为遗嘱执行人。”参见《法国民法典》，罗结珍译，北京大学出版社, 2010. 280. 德国民法采用固有权说，认为遗嘱执行人类似于破产管理人，具有独立法律地位，同前注 17, 第 101 页.

〔 [42] 〕 参见武晋. 民法商法化背景下遗产管理制度构建的价值选择[J]. 河南财经政法大学学报. 2017, (4):107.

〔 [43] 〕 王葆蔚、吴云瑛. 民法典遗产管理人适用问题研究[J]. 财经法学. 2020, (6):55; 刘耀东. 论我国遗产管理人立法. 广西大学学报（哲学社会科学版）. 2014, (4):113.

〔 [44] 〕 参见马丁. 管理人的地位与功能的阐释[J]. 交大法学. 2022, (3):36.

〔 [45] 〕 《公证法》第 4 条：“公证机构办理公证，应当遵守法律，坚持客观、公正的原则。”第 6 条：“公证机构是依法设立，不以营利为目的，依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构。”

〔 [46] 〕 参见王俊民. 律师与公证制度教程[M]. 北京：北京大学出版社, 2009. 9-10.

〔 [47] 〕 参见杨仁寿. 法学方法论[M]. 北京：中国政法大学出版社, 1900. 120-122.

〔 [48] 〕 参见《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》（法（民）发（1985）22 号）（已经失效）第 42 条：“遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱，其中有公证遗嘱的，以最后所立

证遗嘱为准；没有公证遗嘱的，以最后所立的遗嘱为准。”

〔 [49] 〕 《中华人民共和国民事诉讼法》（2021）第 72 条：“经过法定程序公证证明的法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据，但有相反证据足以推翻公证证明的除外。”

〔 [50] 〕 海淀法院发布的《2022 年度遗嘱继承纠纷审判白皮书》指出法院对公证遗嘱的认可度极高，在 2022 年的 54 个公证遗嘱样本中，53 个被法院认定有效；其认可度远高于自书遗嘱、代书遗嘱。  
<https://bjhdfy.bjcourt.gov.cn/article/detail/2023/03/id/7219370.shtml>，访问日期 2023 年 4 月 15 日。

〔 [51] 〕 如广州市律师委员制定的《律师担任遗产管理人操作指引》第 7 页，要求将遗嘱交由公证机构保管，参见 <http://www.gzlawyer.org/info/b4ee00d486ee4d66bab16e5dab8e0577>，访问日期 2022 年 12 月 25 日；上海财经大学法学院发布《遗产管理人操作流程指引》（1.0 版）也建议将遗嘱交由公证机构保管 [http://mp.weixin.qq.com/s?\\_\\_biz=MzA4MTQ5MjU4Nw==&mid=2247499159&idx=1&sn=92e4f20ecad3d786667fc277b139fb12&chksm=9f969293a8e11b8592c32e62ffc46a60807c698c84debd3269cec84ee3e45104dc25877194a#rd](http://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA4MTQ5MjU4Nw==&mid=2247499159&idx=1&sn=92e4f20ecad3d786667fc277b139fb12&chksm=9f969293a8e11b8592c32e62ffc46a60807c698c84debd3269cec84ee3e45104dc25877194a#rd)，访问日期 2022 年 12 月 28 日。

〔 [52] 〕 《不动产登记暂行条例实施细则》（2019）第 14 条：“因继承、受遗赠取得不动产，当事人申请登记的，应当提交死亡证明材料、遗嘱或者全部法定继承人关于不动产分配的协议以及与被继承人的亲属关系材料等，也可以提交经公证的材料或者生效的法律文书。”

〔 [53] 〕 公证机构在中国式微首要原因归结制度设计弱化公证制度，以《民法典》为例必须要由公证机构参与的民事活动只有公证遗嘱，这与《德国民法典》和《法国民法典》中频繁的要求民事活动必须由公证机构参与形成了强烈的对比。当然这也可能是历史习惯原因，公证在罗马早已有之，在中国出现还未满百年。