

婚姻家事业务研究委员会

# 法律资讯

婚姻家事与私人财富管理



2023

第09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：邬晓嫣

## 目 录

### → 行业动态

#### 1、我国香港地区家事诉讼中证据收集的特别方式

（来源：人民法院报第 08 版 作者：夏先华 2023 年 09 月 22 日）····· 1

#### 2、未缔结婚姻关系的伴侣间大额财产给付纠纷司法规制研究

（来源：中国上海司法智库 作者：周圣 张珣 2023 年 9 月 19 日）····· 6

#### 3、后民法典时代我国家事程序法的意义

（来源：法治现代化研究 作者：郝振江 2023 年 9 月 8 日）····· 22

### → 媒体聚焦

#### 1、上海首例遗嘱指定监护案结局令人欣慰母亲“临终托孤”多方合力化解监护困境

（来源：中国妇女报 作者：钱宇文 2023 年 9 月 6 日）····· 44

#### 2、夫妻生育意愿冲突时应“分阶段优先”

（来源：中国妇女报 作者：李遵礼 周燕 2023 年 9 月 6 日）····· 48

#### 3、拼婚，一种看似新颖的婚姻方式，却使女性处境更艰难

（来源：微信公众号第十一诊室 作者：瑞雪 2023 年 9 月 7 日）····· 52

### → 新规速递

#### 1、为妇女婚姻财产权筑起防护墙--《妇保法》新增婚姻财产权保护条款评析

（来源：微信公众号华政民商 作者：许莉 2023 年 9 月 11 日）····· 58

### → 案例评析

#### 1、家事代理的适用边界及表见代理构成要件的司法认定规则

（来源：上海一中院 作者：任明艳 潘杰二 2023 年 8 月 21 日）····· 60

#### 2、指定民政部门担任遗产管理人制度的司法实践展开——石某某、刘某某诉上海市某区民政局申请指定遗产管理人纠纷案

（来源：中国上海司法智库 作者：李尚伟 李朋 2023 年 9 月 11 日）····· 73

3、女方参与经营男方公司，男方签下对赌协议后因股权回购产生的债务是否属于夫妻共同债务？

（来源：微信公众号小军家事 作者：魏小军 2023 年 9 月 1 日）·····83

4、离婚三天前夫即再婚，半年生子，前妻二年后知晓提起离婚损害赔偿能否支持？---北京三中院 2023 年改判案例

（来源：微信公众号福州律师蔡思斌 作者：蔡思斌 2023 年 9 月 15 日）·····89

## ➡ 裁判实务

1、将房产赠与同事十几年后，93 岁老人再婚欲将其收回，法院：驳回上诉

（来源：微信公众号九派新闻 作者：徐红 2023 年 8 月 30 日）·····95

2、遗嘱中设立居住权有法律效力吗？

（来源：北京西城法院 作者：田婧 杨艺 张欣瑜 2023 年 9 月 7 日）·····99

3、聚焦民法典施行后的家事审判典型案例

（来源：法治周末报 作者：孟伟 2023 年 9 月 22 日）·····103

4、最高院：夫妻一方借款形成的债务，其配偶在事实上受益并不当然产生婚姻法上夫妻共同债务的法律后果

（来源：最高裁判指南 作者：最高院 2023 年 9 月 10 日）·····114

## ➡ 业务研究

1、意定监护公证——上海积极应对老龄化的司法实践

（来源：微信公众号老龄与未来 作者：李辰阳 2023 年 9 月 8 日）·····119

2、个人破产制度从试点到全面实施还有多远

（来源：上海法治报 B6 版 作者：王欣心 2023 年 9 月 6 日）·····130

3、父母出资购房款性质认定与分割裁判分析——兼议《民法典》婚姻家庭编司法解释（一）第 29 条的理解与适用

（来源：微信公众号四川省律师协会 作者：胡小敏 2023 年 9 月 7 日）·····135

## 行业动态

### 我国香港地区家事诉讼中证据收集的特别方式

(来源：人民法院报第 08 版 作者：夏先华 2023 年 09 月 22 日)

我国香港地区的家事立法采分散式立法模式，并以婚姻诉讼为主构建相应的家事与婚姻法律程序，2023 年《家事诉讼程序条例》的出台并未彻底改变这一立法样态。家事诉讼中对诉讼与证据资料的获取，仍以证据开示制度为主，不过也围绕家事案件的独特性设计了一系列特别的取证方式，如身体检验、科学测试、财产披露等。家事立法特别注重对未成年子女权益的保障与利益最大化原则的贯彻，对法官会见子女制定了详细的规范指引，并设立了子女的独立法律代表这一特别制度。

作为不成文法体系的典型代表，我国香港地区在 2023 年以前并无家事诉讼程序的统一法典，相关的程序法律制度主要集中在《婚姻诉讼条例》《婚姻法律程序与财产条例》《婚姻诉讼规则》等规范之中。

2023 年 6 月，香港立法会制定并发布了《家事诉讼程序条例》，从司法管辖权、法律程序等方面作出了统合规定，并要求设立家事诉讼程序规则委员会，负责制定相应的家事诉讼程序附属规则。我国香港地区的家事诉讼案件范围较为广泛，包括婚姻诉讼、分居及附属济助、未成年人监护、领养、家庭及同居关系暴力、父母与子女关系的确定、赡养和财产继承等。

我国香港地区的证据规则主要集中规定在《证据条例》《高等法院条例》以及《区域法院条例》等法律规范中，但有关家事诉讼中证据开示的特别程序规则较少。不过，我国香港地区法律对于家事诉讼中证据资料的收集与案件事实的发现，设置了一系列特别的程序与方式，以帮助法院妥善地处理家事案件。



## 婚姻无效法律程序中的身体检验

《婚姻诉讼条例》第 20 条明确“由于任何一方无能力圆房以致未有完婚；由于答辩人故意拒绝圆房以致未有完婚”，是婚姻无效的重要事由。而对于这一事由的判断，便可通过身体检验程序来进行。身体检验程序依当事人申请而启动，申请人一般为婚姻无效程序中指称性无能或无能力圆房的呈请人。

不过，在答辩人未作出抗辩的诉讼中，若丈夫为呈请人，或者妻子为呈请人，且从妻子呈请书的内容可以排除其存在性无能的情形（如妻子在结婚时是寡妇或离婚妇人、已生有子女或陈述表明自己并非处女等），则不允许该呈请人提出申请，但呈请人指称其本人为性无能的除外。

另外，对于因答辩人故意拒绝圆房而启动的婚姻无效程序，任何一方均可申请进行身体检验。对于当事人的申请，法院应当组织进行聆讯与审查，认为申请合理的，可作出命令委派 1 至 2 名医疗检查人员对双方进行身体检验。身体检验一般需在医疗检查人员的诊室进行，法院也可根据当事人申请，指示在登记处或其他合适的地方对另一方当事人进行检验。检查人员必须向法院报告检验结果，当事人在缴付相关费用后有权获得相应的报告副本。

## 父母身份确定过程中的科学测试

《父母与子女条例》第 5 条明确了对父亲身份及子女婚生地位的推定规则。若关于父母身份发生了争议，则需要利用科学测试手段予以断定。

第一，程序的启动与指令签发。由于父母身份的确定涉及身份利益，故而科学测试程序的启动需由法院主导，法院可自行签发指令或根据当事人申请核发指令。指令的内容包括使用科学测试的手段以及抽取身体样本。当然，法院也可依情况撤销或变

更发出的指令。

第二，样本抽取指令的执行以及违反后果。抽取身体样本，需征得年满 16 岁的未成年人或成年人本人同意；对于 16 岁以下的未成年人，需征得其照顾及看管者的同意；对于精神错乱者，不仅应征得照顾及看管者的同意，还需证明抽取样本不会影响该患者的适当照顾与治疗。上述同意规则的设置限制了法院抽样指令的直接强制性。为保障指令的执行，对于不配合法院指令的，法院可作出对其不利的适当推论。

第三，测试报告的证据效力。负责进行科学测试的人应将测试结果以及对父母子女关系认定的说明，作成报告向法院提交。当事人可在法院指令下或获得法院批准后，从报告人处取得一份书面陈述，解释或阐述报告中的任何部分。上述报告及书面陈述都可作为诉讼证据使用。

### 子女的独立法律代表为发表意见

基于全面保护未成年子女利益的需要，《婚姻诉讼规则》等规范设置了子女的独立法律代表制度，由独立法律代表代替子女发表意见。

第一，独立法律代表的主体。在婚姻法律程序中，法院可视具体情况主动委托法定代表律师或其他适当人士作为诉讼监护人。对于非法定代表律师的其他人士担任诉讼监护人，须由律师代表子女出具证明书，证明申请人在该法律程序中与子女利益并未相悖，且属于诉讼监护人的合适人选。

第二，选任独立法律代表的情形。对于独立法律代表的委任，法院享有广泛的裁量权。一般认为，对于管养权及探视权争议、父或母属于无行为能力人、有关子女存在独立立场和权益、年长子女明确反对建议的行动、子女与父母双方或一方关系疏离、子女遭受虐待或家庭暴力、血缘检验存在争议和建议分开兄弟姐妹等案件情形，法院

可作出委任子女独立法律代表的命令。不过，若子女无意对父母离异发表意见，或者子女意见已在社会调查报告等证据中充分反映，则不存在设定子女独立法律代表的必要性。

第三，独立法律代表的职责。对于诉讼监护人作为法律代表的，其应当代表子女的权益，通过向法庭提供报告，确保该子女的观点在法庭中得到积极跟进。法定代表律师担任独立法律代表的，可以作为法院人员参与探讨如何贯彻子女最佳利益原则，并代表子女发表意见。

### 法官会见子女及聆听意见

在涉及未成年子女权益的诉讼程序中，具备一定认知能力的子女应享有表达意见的权利，法院可通过会见程序聆听子女意见。是否会见由法官基于子女利益保护而裁量决定，法官可依申请或依职权提出进行会见。对此，法官主要审酌该子女的年龄及理解能力、与法官谈话的意愿、确定子女意见的紧急性和涉及子女在不同家庭之间迁移的安排等因素。

法官在作出会见决定之前，诉讼各方可就子女见面的意愿、想法、目的以及会见是否符合子女福利等事项进行陈述。若法官决定不予会见的，应当简要述明原因，对于子女要求会见的，法官还需向其作出书面解释；若法院决定会见的，其应当就见面的目的、时间、地点、出席人和过程记录等有关事项作出具体指示。法官绝不会与子女单独会面。

在会见之前，法官应履行告知义务，向有关子女解释见面过程将全程记录并会向其父母进行传达。子女会见内容是法院审裁有关子女事项的重要资料，各方当事人享



有以证据或陈词形式予以回应的机会。

### 离婚诉讼中的财产披露制度

在香港地区的离婚诉讼中，为保障法院对于家庭财产的妥善安排与分配，夫妻双方均有义务主动向法庭披露其财产状况。具体而言，夫妻一方在申请离婚的同时，可以提出有关生活费及家庭财产分配的附属济助申请。

法院在收到附属济助申请后，将启动解决财务纠纷的处理程序，指定首次约见的日期。双方当事人应在首次约见日的 28 天之前，送交一份经济状况陈述书以及相关解释性附件于法院存档，并与对方进行交换。在这一过程中，双方当事人必须完全且如实地披露自己名下的资产、收入、权益和债务等经济状况和有关文件。陈述书必须由填报人在律师或监誓员面前以宣誓方式签署。

当事人在收到对方交换的陈述书之后，可以通过问卷形式对披露内容提出质疑，要求对方解释说明或证明，也可申请对方进一步披露特定文件。若双方关于某一事项是否需要披露、披露的内容与程度发生争议，则由法庭根据披露信息或文件的关联性、持有情况或可获取性、披露合理性等因素作出相应的命令。

当事人对于财产披露负有真实义务，若其故意作出虚假的陈述，则可能会因作伪证而被刑事检控，比如藐视法庭罪。不过，此种罪行的证明标准非常高，实践中并不常见。如果当事人披露的资料有欠详尽准确，可能导致法庭所作的命令被撤销，或者当事人一方拒绝作出充分的披露，那么法院可以判令其支付诉讼费，或者作出对其不利的财产推断。

## 未缔结婚姻关系的伴侣间大额财产给付纠纷

### 司法规制研究

（来源：中国上海司法智库 作者：周圣 张珣 2023 年 9 月 19 日）

随着社会的发展，在这个男女平等、自主恋爱、婚姻自由的年代，即使没有缔结婚姻关系，基于双方恋爱、因故同居、出于善意或情谊的施惠行为、搭伴养老、因已有婚约而在结婚登记之前共同生活等情形而形成的伴侣关系在现实生活中十分常见。此种伴侣关系延续过程中或结束后，因各种缘由给付财产、支付开销、保管投资等产生纠纷诉至法院的案件频频发生。司法实践中，如何认定各类财产给付行为的法律性质，相关事实如何查明，举证责任如何分配，裁判中是否应考虑约定、风俗、习惯、人伦等的影响，未予结婚登记时应援引何种法律等，均有待深入研究。

探讨之前，须明确本文的研究侧重点：首先，本文所涉纠纷样本主要发生于未缔结婚姻关系的伴侣之间。现实中，伴侣间大额财产给付大致可分为两种情形：一是已缔结婚姻关系的。因婚姻存续过程中夫妻关系不和或离婚而产生的财产给付纠纷，若涉及结婚彩礼，已有《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第五条作出专门规定，非为本文关注重点；若涉及配偶一方未经夫妻双方同意向婚姻关系外的第三人给付财产，其本质涉及夫妻共同财产处置，且相关专项研究已经较多，故亦非本文讨论重点。二是虽然给付大额财产，但双方最终未缔结婚姻关系的。即双方并不负有夫妻扶助、婚姻财产共有、子女共同抚养等基于身份牵连而形成的民事法律关系，此时因财产给付引发的纠纷，既为司法实践中的审理难点，又无法律规范作出明文规定，该范畴内的伴侣间大额财产给付纠纷是为本文研究重点。其次，纠纷因大额财产给付而产生。若仅为小额财产给付，既难以查实，且为节约司法资源计，疏无诉讼之必要。司法实践中，未缔结婚姻关系的伴侣间财产纠纷大

多涉及贵重首饰、车辆、房屋、大额款项等价值较大的财产给付。最后，纠纷通过民事诉讼程序处理。多元解纷机制之下，社会矛盾的化解途径和方式存在多种选择，包括行政调解、民间仲裁、乡邻斡旋等，本文主要关注民事诉讼过程中如何处置未缔结婚姻关系的伴侣间大额财产给付纠纷，包括诉讼主体和案由的确定、审理思路梳理、判决要点归纳、法律援引选择等，最终目标为形成能够较好指导司法实践类案裁判规则。

本文将以中国裁判文书网获取的 158 件未缔结婚姻关系的伴侣间大额财产给付纠纷案例为研究样本，汇总梳理案件特征，深入分析审判过程中存在的疑难问题，进而提出针对性的改进建议并尝试构建类案裁判规则。

## 一、未缔结婚姻关系的伴侣间大额财产给付纠纷案件司法统计分析

在中国裁判文书网中，以“恋爱关系”“财产”“赠与”“不当得利”“借贷”等为关键词进行检索后，剔除重复、程序性裁定、主题不符等无效文书后，获得符合本文研究主旨的判决书 158 份。

### （一）性别之讼：绝大多数为男方起诉女方

普通的自然人财产类民商事案件中，当事人性别差异，既无关案件处理倾向，亦未尝受到社会关注。可未缔结婚姻关系的伴侣间大额财产给付纠纷案件却呈现一定的性别特征。研究样本中，男方起诉女方 133 件，女方起诉男方 24 件，诉讼双方均为女性的 1 件（同性情侣关系），分别占总数 158 件案例的 84.18%、15.19%、0.63%。质言之，绝大多数案件为男方作为原告起诉要求返还大额财产。133 件男方作为原告的案件中，126 件为男方直接起诉女方，1 件为男方死亡后其父母作为继承人起诉男方生前女友，2 件为男方父亲起诉男方的前任女友，3 件为男方及其父母共同起诉女

方及其父母，1 件为男方父母起诉女方、男方作为第三人参加诉讼；24 件女方作为原告的案件，均为女方直接起诉男方（见图 1）。此诉讼态势反映出两方面实践境况：一是现实生活中，受历史文化、风俗习惯、收入水平等影响，伴侣之间的消费、借贷、赠与、投资、置业等给付大多由男方出资；二是伴侣，特别是男女情侣发展至谈婚论嫁时，相互间的给付往往不仅限于个人财产，而是通过彩礼、借贷、赠与等形式，摄入了更多的男方或女方家庭财产，因而产生纠纷时，家庭成员、特别是父母等长辈要求参与诉讼的并不鲜见。

值得关注的是，样本中检索到 1 件案例的诉讼双方均为女性，其系同性恋关系。法院经审理认为，同性当事人之间的亲密关系虽不为中国现行法律所保护，但基于恋爱和同居事实，可对双方之间的财产纠纷依法作出处理。随着国际交往的增多，域外对同性恋和同性婚姻的宽容和认可，可能间接引致中国法院收到与该类身份关系密切相关的诉讼，此时涉及当事人伴侣关系认定、域外法律事实、裁判依据准用等的查明和确认，司法处置中应当审慎。

## （二）行为性质：起诉案由与法院认定差异较大

伴侣间因大额财产给付产生纠纷，诉至法院的诉请大多为确权或要求返还，即主张财产所有权，但此财产纠纷如何定性，以何种法理逻辑提出诉请，司法实践中情形多样。研究样本中，按照立案案由统计，不当得利 88 件、借贷合同 35 件、赠与合同 10 件、婚约财产 10 件、其他案由 15 件，分别占总数 158 件案例的 55.7%、22.15%、6.33%、6.33%、9.49%（见图 2）。其中，其他案由包括共有物分割、返还原物、所有权确认等。数据可知，以不当得利为由起诉的案件占半数以上，盖因基于同居、恋爱、扶助等事实提起的大额财产确权或返还诉讼，其社会关系基础是人与人之间的相互信任、亲密情侣等类身份关系，故财产给付往往无留存书面合同依据之意识，以合

同之诉举证存在困难，遂大多以法定的不当得利案由诉诸法院。

司法实践中，经法院审理，甄别案件事实和确定法律依据后，结案案由与立案案由可能并不一致。研究样本中，生效裁判对伴侣间大额财产给付行为认定的法律关系主要为，不当得利 55 件、赠与合同 40 件、借款合同 15 件、杂糅认定 8 件、其他法律关系 40 件，分别占总数 158 件案例的 34.81%、25.32%、9.49%、5.06%、25.32%（见图 3）。其中，赠与合同包括以结婚为目的、附解除条件的赠与 20 件，以同居为目的、附解除条件的赠与 2 件，分手的补偿性赠与 1 件，恋爱期间的一般赠与 17 件；杂糅认定，指将一个案件中的多次、多笔财产给付行为分别认定为多种法律关系，如不当得利和赠与合同、不当得利和借款合同、赠与合同和借款合同等；其他法律关系中，主要包括认为不成立不当得利、借贷、赠与等的驳回诉请裁判，以及将给付财产行为性质认定为彩礼、合意购房行为等。

综上所述，不当得利纠纷案由在立案环节超过半数（88 件），但经过审理最终被法院以不当得利为结案案由的（55 件）仅占总数 158 件案例的三分之一，与之相似的还有借款合同案由由 35 件减少至 15 件，反之，赠与合同案由则由 10 件增长至 40 件。此状况，一定程度上侧面反映出赠与合同相对而言更易获得司法青睐和证据支持。总体而言，当事人的诉讼选择与法院的裁判认定仍存在较大差异。

### （三）财产形态：现金支付诉请居多

现实中的财产形态表现多元，158 件案例中，主要分为三类：要求返还现金的 151 件，占总数的 95.57%，主要包括恋爱期间购买礼物、共同生活支出、表达爱意代付款（代付购车款）等；涉及房产等不动产的 5 件，占总数的 3.16%，其中，1 件要求确认原告所占房产份额，3 件要求返还包括首付款、按揭贷款等在内的购房款，1 件要求返还房屋；涉及动产的 2 件，占总数的 1.27%，包括电动车、作为结婚聘礼的三



金等（见图 4）。可见，绝大多数案件均为现金支付引发的纠纷，与未缔结婚姻的伴侣缺失法律认可的亲权身份关系的事实存在较强正相关性。

研究样本中，因各地经济发展水平、居民收入、物价变化等的不同，具体的诉讼标的额亦存在一定差异梯等。裁判文书中明确标的额的案例有 153 件，标的额最低的仅 5000 元，最高的将近 400 万元，系购房款。标的额范围为 1-10 万元有 64 件，占可知标的额案例总数 153 件的 41.83%，超过四成，占比最高（见图 5）。该 1-10 万元的标的额范围可侧面反映当前社会经济发展阶段和恋爱、同居等期间伴侣金钱给付的平均数额，且与近年来处于 1-4 万元区间的全国居民人均可支配收入水平基本相当。

#### （四）裁判结论：支持诉请比例较高

如前所述，基于伴侣关系所为的大额金钱给付，往往未预先实施法律上认可的行为定性、凭证备存、转账留痕等举动，一旦产生纠纷诉至法院，如何认定行为法律性质、以何种理由起诉等就成为第一道障碍。研究样本显示，相关案件受理后，经过审理最终对原告确权、要求返还等诉请的支持率并不低。研究样本的裁判结果中，支持全部诉请、支持部分诉请、驳回全部诉请的分别为 48 件、54 件、56 件，分别占总数 158 件案例的 30.38%、34.18%、35.44%（见图 6）。可见，尽管该类案件系“未做预谋”“证据不足”“情绪上头”的“仓促”诉讼，但最终得到支持或部分支持的案例几乎占比三分之二，仅三分之一的案例结果为驳回原告全部诉请，当事人选择通过司法途径维护自身权利的成功率较高。

支持原告诉请的理由主要包括：无法律约定和合同依据的占有构成不当得利，应予返还；给付后未按照约定用途使用款项，应予返还；以恋爱、同居、结婚等为目的的大额赠与，因条件未达成，应予返还；超过恋爱期间必要花费的大额金钱给付，恋

爱关系终结后，符合一定条件可要求返还等。与之对应，裁判中援引的法律规范主要有：1987 年《民法通则》第 62 条（附条件的民事行为）、第 92 条（不当得利），1999 年《合同法》第 185 条（赠与合同）、第 192 条（赠与的法定撤销），2017 年《民法总则》第 122 条（不当得利），以及现行《民法典》中涉及民事法律行为效力、赠与合同、借款合同、不当得利等的法律条文。

## 二、未缔结婚姻关系的伴侣间大额财产给付纠纷案件审理疑难

在现代社会，未缔结婚姻关系而共同生活正逐渐为越来越多的人所接受和实践。但非婚状态下的财产给付行为，既不受婚姻家庭等家事法律制度的规范，又往往未订立书面合同或留存凭证，产生纠纷后如何处理，是当前司法审判中的疑难问题。

### （一）事实查明较难

#### 1. 伴侣身份关系复杂。

新世纪以来，中国适龄人群的婚姻状况发生了一些变化，传统的婚姻模式和家庭观念受到不小的冲击和挑战，最为明显的就是年轻情侣在结婚前就同居在一起的现象非常普遍。而随着社会进步，人民生活水平的提高，人口流动范围的扩大和频率的加快，生活环境和价值观念的变化，社会保障体系的不断完善，近年来不同群体、不同地域的未缔结婚姻关系共同生活现象都不同程度地存在着，社会舆论对此现象的宽容度也越来越高。

未缔结婚姻关系的伴侣的具体表现形式有：年轻情侣为了追求美好的婚姻，把未婚同居作为结婚之前的一个“试验田”；由于经济能力有限，为了节省房租等开支和其他费用而未婚同居；因为嫌结婚登记麻烦，而且认为结婚是个人的私事，办完婚礼就算结婚了，登记不登记无所谓；为了“搭伴养老”，认为办理结婚登记既麻烦，又

可能遭到子女反对，产生家庭矛盾；由于有过失败的婚姻经历，出于对婚姻的恐惧而采取同居方式；一些没有打算结婚的男女也因各种原因同居一室，过起了两人世界的生活，如在校男女大学生的同居行为；为了逃避计划生育监管、任职回避要求等的离婚后继续在一起生活等。未缔结婚姻关系的伴侣，在主体的表现形式上，主要包括：预备结婚而共同生活，未婚者以恋爱、夫妻名义同居，未婚者以生活伴侣名义同居，离婚者未办复婚登记手续而同居，未婚、离异或者丧偶中老年人为了“老来伴”而同居等。

当前中国法律主要保护婚姻家庭关系，对未缔结婚姻关系的伴侣并未制定出台相关法律法规。如果当事人最终未登记结婚或通过其他方式形成亲属关系，无法继续共同生活时可能产生各类社会问题：订婚时所赠彩礼的返还、计划生育政策的落实、非婚生子女的抚养、财产相互给付的确权和返还纠纷等等，甚至有可能因此而出现诈骗、盗窃、伤害等违法犯罪问题，给家庭和社会带来不稳定因素。“既非违法行为，也非合法行为，现行法律对此无明确规定，法律的态度是既不提倡又无法禁止，既不保护也不能惩处。正是因为没有相关法律的规定或相关规定不完善，非婚同居所涉及的生育、财产、债务等问题凸现，多数法院因无据可依，难以受理。”

## 2. 财产给付用途不清。

虽然未缔结婚姻关系，但共同生活的伴侣间关系大多较为密切，相互给付财物的现象非常普遍，且平时对频繁的经济往来不甚担心，甚至以此标定相互信任、感情的深度。一旦情感生变，财产纠纷往往随之爆发，此时诉诸法院时，首先需要明确的是财产给付的目的和用途为何。

由研究样本可知，与其他的民间借贷、房屋买卖等纠纷动辄几十万、数百万的情况不同，伴侣间财产给付纠纷虽不至于全部闹到法院，以大额财产给付为主，但大多

数仍然为标的额在 30 万元以下的纠纷，其中 1-10 万元的纠纷占到四成，此数额的财产给付往往没有固定整额的用途，可能用于生活中的各项开销所需，也因此为之专门订立书面合同或留存诉讼证据的可能性较低。研究样本中，超过半数的案件无借条、欠条、赠与合同、共同投资协议等书面凭证，关于利息计算、还款期限、收益分配等的约定更是付之阙如。多数案件中，原告主张诉请法律关系成立的依据都是各类电子转账凭证，而对方往往抗辩否认该开支系自己使用或涉案款项为赠与、用于恋爱期间共同消费支出等。因涉案金额常常分为数笔甚至数十笔交付，部分款项数额较小或有零有整，不少案件中还涉及钱款相互间往来，故对于是否成立及哪些部分的财产给付成立借贷、赠与、不当得利等的争议较大，查明较难。甚至有的案件中，一方直接以分手费、青春损失费、养胎费、忠诚承诺等不同形式支付钱款，名义上签订借贷、赠与等合同，实为前述不同形式的“情债”。尤其是部分案件涉及婚外情，甚至婚外生子，明显触犯社会道德底线，由此产生了各种类型的补偿费用，或是抚养非婚生子女的费用，引发纠纷。有的案件中婚外恋人以将婚外情告知对方配偶、揭发婚外情损害对方名誉及社会地位等相威胁，逼迫对方承诺给付各种形式的补偿费用或者写下欠条，之后据此起诉要求偿还相应款项。综合而言，未缔结婚姻关系的伴侣间大额财产给付的用途杂糅了情谊、胁迫、欺诈以及正当的借贷、赠与、投资等交互行为，据以起诉的案由往往并非财产给付的实际用途，给案件查明事实、依法作出裁判造成困扰。

### 3. 财产往来真伪难明。

未缔结婚姻关系的伴侣间财产给付主要包括现金交付、各类转账、偿还信用卡、支付购买物品的价款、共同购房或购车、彩礼等形式，而且随着共同生活时间的延长，相互之间的财产给付行为频繁、细碎，难分彼此。伴侣之间因有着特殊亲密身份关系，往往在财务方面容易混同，共同生活必要支出和其他经济往来通常交杂在一起，甚至



互相告知对方银行卡密码或者共用银行卡，而且基于微信、支付宝等电子支付媒介的便利，令相互间或者向第三方支付资金更为便捷和密切。一旦因各种理由分开，一方往往对共同生活期间的大额支出心生悔意，甚至对小额支出也斤斤计较，产生纠纷在所难免。主张返还的一方，往往将双方交往期间的各项支出均计入欠款金额当中，双方对债务是否存在及具体金额存在争议，无法协商解决，只能诉诸司法途径。有些案件名为“借款”“赠与”，但借款合同的形成、赠与意思的表达及款项支付的事实等均处于“雾里看花”的状态，有的是口头允诺借款、赠与，或为挽回感情等书面陈述借款、赠与，却未实际给付，明显有别于正常类型的借贷、赠与合同纠纷。有的案件中，一方当事人无劳动收入，依靠恋人支持其日常生活开支，并认为理所当然；有的案件中，一方在恋爱关系中想方设法要求对方为其买房买车，并登记于自己名下；有的案件中，当事人要求恋人购买奢侈品衣物、饰品、鞋包等，并以之作为对方表达爱情诚意的方式。大部分案件是大额支出较多的一方提起诉讼要求还款，但也有部分案件反而是另一方以其他较小数额的账目提起诉讼，而对方以曾支出更大额的金钱予以抗辩，或是主张抵销。几乎所有案件起诉时双方均已结束恋爱或伴侣关系，往往是一方依据交往期间的金钱往来主张结算，而对于账目性质、金额无法达成一致意见使得矛盾激化，并在讨要欠款中加剧矛盾升级，最后彻底失去耐心而对簿公堂。关于财产实际给付与否，借款合同、赠与合同、收条、欠条等书面凭证签署时的真实意思表示，在诉讼中往往被当事人的“情绪”“表演”等所掩盖，难以查明真伪。

## （二）法律适用较难

### 1. 实体法方面。

未缔结婚姻关系的伴侣间大额财产给付是现实中的行为，对其法律性质的司法认定，要结合当事人之间的意思表示、合同凭证、财产用途甚至公序良俗等因素予以综



合判断。因此，当事人起诉时的案由并不能作为法院审理的唯一法理逻辑推演方式，这就对法官的法学素养、职业技能和审判经验提出了更高的要求。司法实践中，关于未缔结婚姻关系的伴侣间大额财产给付纠纷，其立案案由多种多样，包括不当得利、借款、赠与、婚约财产、共有、共有物分割、返还原物、所有权确认等，每一种案由都涉及到专门的审理思路和类案裁判规则，对于法律行为构成要件、举证责任分配、裁判方式等均有影响。

其中，诉讼中出现较多的主要是不当得利、赠与合同、借款合同三种民事法律关系。三者均为《民法典》明文规定的有名法律术语：不当得利指得利人没有法律根据取得不当利益的，受损失的人可以请求得利人返还取得的利益；赠与合同指赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同；借款合同指借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。而在司法实践中较易引发争议的概念的是婚约财产和情谊行为。婚约财产，指男女双方为缔结婚姻而订立婚约后，因彩礼、置办酒席等给付的财产，因此产生的纠纷的立案案由为婚约财产纠纷。情谊行为，在民法学上不是一个有确定含义的概念，其产生于德国判例，是一种发生在法律层面之外的行为，不能依法产生相应法律后果，因此，有学者将其称为“社会层面上的行为”，也常被称为“好意施惠关系”或者“施惠关系”。民法学视野中的情谊行为是指行为人以建立、维持或者增进与他人的相互关切、爱护的感情为目的，不具有受法律拘束意思的，后果直接无偿利他的行为。情谊行为的当事人分别为施惠者与受惠者，单纯的情谊行为本身不属于民事法律行为，而是处于法律调整范围之外的纯粹生活事实，法律不应当过度介入这一生活关系，否则将使得社会生活规则被破坏殆尽。在未缔结婚姻关系的伴侣之间，双方行为并无法律约束的义务，某些时刻、条件下，施与一定之给付或帮助，可视为情谊行为，其属于伴侣间的内部无偿利他行为，不应受到法律

干涉。例如，研究样本中，被法院认定为恋爱期间的一般赠与的 17 件案件中的行为，即可以归入情谊行为范畴，虽有财产给付发生，但不产生赠与合同的法律后果。

由于涉及以上诸多法律或学理概念，该类案件的承办法官在“不得拒绝裁判”的大前提之下，就必须掌握更多的知识储备，并在纷繁复杂的实际生活中择取最恰适的一种法律关系，向当事人释明应当以该案由起诉并梳理庭审思路，依法作出裁判。不同情境中如何认定财产给付行为的法律性质，是该类案件司法实践中的难点所在。

## 2. 程序法方面。

首先，未缔结婚姻关系的伴侣间大额财产给付纠纷的当事人如何确定。除存在伴侣关系的男、女方之外，存在争议的主要是男、女方的父母是否能够作为原、被告参加诉讼。生活实际中，父母往往是存在婚恋关系的男、女方所给付财产的实际所有者，甚至从支付凭证可证其为实际给付者或履行者。其是否能参加诉讼应在个案中根据实际情况予以明确。

其次，未缔结婚姻关系的伴侣间大额财产给付纠纷的案由如何选择。案由的选择将决定一个民事案件所具体涉及的法律行为，因不同类型的法律行为的构成要件并不相同，对于其是否成立、生效与否、可有履行完毕等的判断将直接决定裁判的走向。可该类纠纷中的财产给付通常发生多次，可能涉及到不当得利、借贷、赠与、彩礼、情谊行为等各类法律行为或事实的认定，无论是当事人还是承办法官，如何选择案由都是一个技术难题。若当事人坚持案由和诉请不变得到败诉结果，是否能够基于同一财产给付事实以其他案由提起诉讼，例如借款合同之诉败诉后再提起不当得利之诉，此时是否存在一案两诉之嫌，值得研究。

再次，未缔结婚姻关系的伴侣间大额财产给付纠纷的举证责任如何分配。因为涉及到情侣、搭伴、同居等事实上的“准婚姻”“准家庭”关系，即使原告以借贷、赠

与等合同法律关系或共有等物权法律关系提起诉讼,其审理过程中对于相关财产给付的来源、流程、走向、用途等的查明,也应有别于一般的民事案件程序,须将亲密身份关系考虑其中。此时,事实不清时的高度盖然性标准如何运用、相关事实的证明责任如何分配、之前的亲密关系需查实到哪一程度等,均需要在类案审理过程中予以探索和明确。

### 三、未缔结婚姻关系的伴侣间大额财产给付司法规制的优化路径

传统民事案件的审理既要因循法律,更要考虑天理、人情、风俗、人伦、习惯等非实定法因素,这在准婚姻关系、搭伴生活、非婚同居等引发的纠纷处理中更为重要和迫切。本部分试图在研究样本分析的基础上,为未缔结婚姻关系的伴侣间大额财产给付纠纷解决探索更为优化的司法规制路径,将各风俗、人伦、习惯等各类因素纳入司法的综合考量中去,以期实现相关裁判法律效果和社会效果的有机统一。

#### (一) 加强法律规范指引

##### 1. 制定、完善相关法律规范。

在搜集、整理相关事例、案例的基础上,就具有典型性的问题作出相应的立法回应,在制定、修改相关法律、法规、规章或司法解释时,对未缔结婚姻关系的伴侣间大额财产给付作出立法指引,为司法审判提供法律依据。虽然因为实际生活场景的复杂多样,该类纠纷涉及到多种案由和法律关系,目前对该类案件难以做到统一适法,但对具有普遍性的法律概念,仍有必要通过司法解释等方式作出统一认定。例如,关于情谊行为,可通过立法将其予以明确,以解决实践中大量存在的伴侣间的必要、小额生活开销支付的定性,避免相关纠纷诉诸法院,节约有限的司法资源。

##### 2. 发布相关案例。

在未缔结婚姻关系的伴侣间大额财产纠纷领域，可以就具有全国普适性、典型性、紧迫性的问题，由最高审判机关发布指导性案例、公报案例、典型案例等，为相关案件审理提供类案审判标准；各地可因地制宜发布参考性案例，对具有地域、民俗、民族等特征的司法疑难问题作出案例指引。目前，各地已经通过审判白皮书附带案例等形式，对该类纠纷的司法规制作出一定指引。

## （二）明确类案审判规则

### 1. 发布类案审理规范。

对未缔结婚姻关系的伴侣间大额财产纠纷案件，在汇总梳理相关审判经验的基础上，充分征求和听取一线审判部门意见，制定高院层面的类案审理规范，对立案条件、案由确定、审判程序、法律关系认定、构成要件提取、裁判尺度、执行方式等，制定细化规则，统一区域内类案判案思路，便利法官审判案件。

首先，关于当事人确定。未缔结婚姻关系的年轻伴侣间大额财产给付，很多时候，父母经历了购房购车、彩礼、大额借款等财产给付的洽谈过程，往往比缔约者本人还要更清楚财产给付的用途、走账和数额。因此，无论是从财产所有权角度还是从给付财产义务履行人角度，父母都与财产有直接利害关系，故父母可以是该类案件的适格当事人。

其次，关于案由的选择。对于当事人而言。处分原则是民事诉讼制度的基本原则，当事人在起诉时可以选择其认为最有利的法律关系和案由，即使经法官释明建议选择其他案由诉讼，也可以基于诉讼目的的考虑坚持自己的选择，或者在起诉时或诉讼过程中提出备位诉讼请求，即预备合并之诉。预备合并之诉，是指原告在提起主位诉讼的同时，于同一诉讼程序中提起预备诉讼，以备主位诉讼无理由时，可以就其预备诉讼申请法院审判的诉讼合并形态。也就是说，原告在提起主位诉讼时，因预计到自己



主位诉讼的请求可能被法院驳回或判决败诉，所以在起诉时即提起一个预备诉讼，以对主位诉讼进行补救。主位诉讼和预备诉讼合并提起，就形成了预备合并之诉。预备合并之诉有主观合并、客观合并之分类，在在同一诉讼中，原告向同一被告提出两个具有先后顺位的请求，属于客观合并，大多数伴侣间的财产给付纠纷即属于此类。在具体实践上，因伴侣间的财产给付往往没有签订借贷、赠与等书面协议，要证明该类合同关系存在举证困难，可提起不当得利诉讼，但司法实践中对不当得利的举证要求较为严格，裁判支持要求较高，选择时需慎重。对于承办法官而言。当审理过程中发现当事人起诉的立案案由与实际的法律关系不符、按照该法律关系处理其诉请难以得到支持时，应当依职权向当事人释明相关法律规定，由当事人决定是否变更案由和诉请、或提起预备合并之诉，若当事人坚持要求按照其所选择的案由审理并拒绝提起预备合并之诉，应当按照当事人的意思作出裁判。

再次，关于举证责任分配。财产给付的具体金额应由原告举证证明，被告抗辩因亲密关系而抵消，或未实际发生原告主张的法律关系的，应由被告提出相应证据，但在裁判时应综合考虑双方的亲密关系及存续时间，对金额作出酌情、合理的认定。

## 2. 强化法理研究。

法学理论来源于实践，更能指导实践。对未缔结婚姻关系的伴侣间大额财产纠纷，应结合中国国情，对不当得利的认定、赠与和借款的标准、类身份关系情谊行为的判断说理等，深入研究其背后的法理概念、原则、规则，在理论上作出突破和创新，为当代法治的发展贡献中国智慧。例如，关于情谊行为，是否可以区分为纯粹的情谊行为、情谊合同、附法律行为条件的情谊行为等类型，不同情谊行为的构成要件和认定标准为何，其类型化之后有何不同效果，司法审判结果是否应当不同。再如，关于未缔结婚姻关系的伴侣间附条件的赠与，包括以恋爱、结婚、生育等为条件的赠与，其



本身有违公序良俗，但亦应结合当事人之前的亲密关系、真实意思表示、伴侣关系时的表现等，综合作出判断。又如，恋爱期间，一方向另一方转账时含有“520”“666.66”“1314”等有特殊含义的数字，其与一般的借贷习惯不一样，将推定为转款时真实意思表示是传达爱意、送出祝福或赠与性质，而不认定为借贷行为，一旦以此类数字的金额转账给对方后，再以民间借贷要求对方返还的，一般不予支持。

### 3. 梳理民俗习惯。

加强对传统民俗的收集、梳理和研究，对民间习俗和礼仪活动进行指导和引导，注重习惯在民商事案件审判中的法律依据地位，依法作出符合中国民商事习惯的裁判。例如，在情谊行为未纳入中国民事事实定法的情况下，可以根据传统习惯对该类行为作出认定：恋爱期间一方自愿赠送给对方未超出日常交往范畴的财物，视为一般性赠与，恋爱关系终止后，赠与方要求返还的，一般不予支持。再如，分手后索要“青春损失费”没有法律依据，因为分手费既不是侵权责任，又不产生合同责任，更不是不当得利，如果不是同居期间的共同财产、合法的赠与关系、债权债务关系等，在分手后索要分手费，一般不予支持。

## （三）强化沟通宣传教育

### 1. 健全民间调解机制。

主动融入大调解格局，加强专业性调解组织建设和多元解纷机制衔接联动，注重一站式纠纷解决，将相关矛盾纠纷及时化解在萌芽状态，维护社会和谐稳定。对于进入司法程序的案件，当事人应当积极面对认真举证、澄清事实，切莫刻意躲避，造成案件缺席审理。

### 2. 倡导正确的婚恋观。

加强法治宣传教育和正面引导，呼吁恋人之间对大额经济往来作出明确约定，及

时固定意思表示和支付转账凭证，为可能产生的经济风险和司法诉讼加上一道安全阀，避免让物质成为“感情的枷锁”。培养健康的恋爱观，如不存在真实的借贷、赠与关系，情侣应慎重考虑，最好不要以出具借条、欠条等形式表达忠实、爱意或补偿。接受财产的一方，若确实是受赠或有其他经济往来，亦应注意留存相关证据，避免“无故”承担虚假的债务。

## 后民法典时代我国家事程序法的意义

(来源：法治现代化研究 作者：郝振江 2023 年 9 月 8 日)

### 引言

2020 年 5 月 28 日第十三届全国人民代表大会第三次会议通过民法典之后，理论界普遍认为我国民事权利保护由此迎来了“民法典时代”。毋庸置疑，民法典作为市民社会的基本法，它的编纂完成必然会使我国民事法律体系趋于完善，因此说它的颁布标志着我国民事权利保护进入一个新的时期，这点并不为过。但是，民法典终究只是对民事权利的确认，要实现民法规范由指引规范向裁判规范的转换，或者说这些规范能否在实践中合乎目的地实现，尚有赖于民事程序法等法律的完备。民法典实施不久，理论上就人格权保护禁令适用程序的激烈争论，也从一个侧面反映了民事程序法亟须完善的现状。

我国民事程序法亟待完备的主要内容之一，就是家事程序法的制定。家事程序法虽然是民事程序法的重要组成部分，但是由于我国民事程序法沿袭的是民事诉讼程序包揽一切的财产诉讼思维，因此家事程序法作为有别于民事诉讼程序的特殊程序，长期在理论上并没有引起太多的关注，立法上也没有独立的家事程序法典。近年来，随着民事审判方式改革的推进，民事诉讼程序的结构矛盾日益突出，家事程序方才引起了理论和实务的关注。在如何使家事程序区别于通常民事诉讼程序以形成特有的构造、原则和制度的讨论上，相关理论已经取得长足的发展，而且已有立法建议稿。但是，对于构造家事程序法典的意义，尤其是在民法典实施之后，构造这一法典对于民法典所具有的意义，尚缺乏深入的讨论与分析。这个命题既涉及家事程序法在民事法律体系整体中的功能性定位，又涉及家事程序法是否具有独立存在价值。因此，有必要在理论上作出回应。

家事程序法与民法典的关系，不同于民事诉讼法与民法典的关系。如果说后者是救济法与权利法的关系，那么由于家事程序有诸多涉及公权力参与方能行使权利的规范，因此后者一定程度上体现为监护法与权利法的关系。这种差异彰显了公权力在财产法和家事法中的不同定位。因此，本文将把公权力介入作为讨论的重要线索。全文从以下侧面展开家事程序法意义的探讨，首先，讨论家事程序法在民法典体系化过程中的意义，阐明家事程序法对于民法典体系化的作用；其次，讨论家事程序法对于民法典中公权力介入配置的意义，探讨运用家事程序法完善公权力配置不足的可能；最后，在明晰妥切的程序设计与实体规范目的实现之间有密切关联的基础之上，阐明家事程序法在介入权力程序化中的意义。此外，鉴于笔者曾在另一篇文章中就我国家事程序法的构造原理进行过阐述，因此本文也将以基于这些原理所构造的家事程序法为基础来展开讨论。

## 一、家事程序法在民法典体系化上的意义

民法典编纂的过程就是民法规范体系化的过程。在体系化时，民法典涉及的基础命题之一就是如何处理权利与权力的界限，亦即公权力介入的边界。私法自治虽然是近代以来世界各国在民商事法律中普遍确立的基本理念，但是基于权利救济的必要、诚实信用和公序良俗等原则以及公益性的强调，又都不同程度、不同方式地允许公权力对私法领域的介入。作为私法的主要组成部分，家事法亦不例外。而且，由于对公益性的强调，公权力在家事领域的介入比起其他私法领域程度会更高。这种介入在我国家事法中也广泛存在。但是，民法典毕竟是以权利为中心的规范构成体系，公权力介入的设置必然会面对如何处理同民法典体系化的关系的问题。

### （一） 民法典中公权力介入的规范状况

民法典中的公权力介入规范可区分为两种基本类型：救济性介入规范和监护性介入规范。这两种构成的区分依据是公权力介入功能的不同。具体而言：

### 1. 救济型介入规范

这类规范是以请求权为基础进行的构造。在权利人受到侵害或纠纷发生后，运用“诉”的方式请求法院进行裁断式介入，通过居中裁判的形式保护权利或解决纠纷。由于民法被认为属于权利法，因此这类以请求权为基础的规范，构成了民法规范的主体。作为民法重要组成部分的家事法亦不例外。这类规范通常会遵循“假定、处理或制裁的法律规范构成方式”<sup>⑧</sup>，请求司法权裁断性介入的表述通常会体现于“处理或制裁”中。但是，对于不同的权利，在表述方式上会有所差异，目前在民法典的家事法中，主要采用了这样几种形式：第一，“……向人民提起诉讼，……”的形式。例如，民法典第 1073 条第 1 款规定，“对亲子关系有异议且有正当理由的，父或者母可以向人民法院提起诉讼，请求确认或者否认亲子关系”。<sup>⑨</sup> 第二，“……由人民法院……判决……”的形式。例如，民法典第 1087 条第 1 款规定，“离婚时，夫妻共同财产由双方协议处理；协议不成的，由人民法院根据财产的具体情况，按照照顾子女、女方和无过错方的原则判决”。第三，“……向人民法院请求……”的形式。例如，民法典第 1052 条规定，“因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向人民法院请求撤销婚姻”。不过，更多的规范没有采用这种表述，只是采用行为规范形式，单纯地表述为行为人“应当怎么做”“不应当怎么做”等。

### 2. 监护型介入规范

与救济型介入规范不同，监护型介入规范中并没有请求权的设定，因此也不以权利受到侵害而须提供救济为前提。它是在民事权利发生、变更或消灭过程中由公权力对民事主体进行保护、协助，或者对具体法律事实或关系进行确认的规范。也许是受



请求权观念的影响，民法典对于此类事项规定了类似于诉权的“申请权”。但是，申请权具有不同于诉权的特点：第一，基于这些事项的处理所具有的公益性，明确规定了具有“申请权”的主体范围，不限于权利义务关系主体的广泛主体；第二，“申请”只是公权力启动的原因，它并不像“诉”一样，可以限制公权力行使的范围；而且，不排除某些法定情形下，公权力不待利害关系人申请，乃至于可以主动介入。

依据是否需要强制性介入，这类规范进一步可以区分为：第一，强制性介入规范。所谓强制性介入是指某一法律关系、事实或行为必须经过公权力机关的确证方可产生法律效力。这类规范有的直接采用了“申请”的表述。例如，民法典第 1049 条前句规定，“要求结婚的男女双方应当亲自到婚姻登记机关申请结婚登记”。有的虽然没有出现“申请”的表述，但是在具体运行时也是采用“申请”的形式。例如收养，民法典第 1005 条规定，“收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收养关系自登记之日起成立”。第二，选择性介入规范。所谓选择性介入是指对于某一法律关系、事实或行为是否需要公权力介入交由利害关系人进行选择。例如，民法典第 1146 条规定，“对遗产管理人的确定有争议的，利害关系人可以向人民法院申请指定遗产管理人”。也就是说，在遗产管理人的产生上，法院指定不是遗产管理人的必备条件；唯有依照法定或议定方式无法确定时，公权力才会介入。

由以上分析，可以形成两点认识：第一，民法典对于公权力介入的规制仅仅止于介入主体、方式或者职责。这一特点是由民法典以权利为中心的规范构成体系所决定的。以权利为中心进行的民法典构造，在设定公权力介入规范时只能以划定权力进入权利边界的形式存在。但是，由于这种先天性也要求设有公权力介入的规范在表述上必须合乎民法典的体系性及它所涉及的具体权利的特点，所以就导致公权力介入规范在民法典中呈零散分布状态，毫无体系性可言。这表明民法典没有完成而且难以完成

公权力介入的体系化，公权力介入的体系化只能由其他法律予以完成。第二，救济型介入规范和监护型介入规范不仅在功能，而且在规范基础、表述形式上的差异也是明显的。它某种意义上反映了国家对于私法领域的两种基本态度：一种是消极的态度，待争议发生时再由公权力以纠纷解决者的姿态介入；一种是积极的态度，主张国家在权利形成过程中就应当积极地为民事主体提供帮助和协助，以促进民事活动的正常进行，秉持的是国家干预主义。

从德、日民法来看，监护型介入规范在规范数量上与救济型介入规范形成了两足并立的状况，这构成了家事程序得以独立存在的重要基础。显然，我国民法虽深受德、日法影响，但是并没有形成这种态势。原因主要在于，我国传统观念中存在着“家事为私事，国家尽量不干预”的思维，这种思维深受近代中国为反对封建礼制提出的自由主义思潮的影响。在这种思潮下，婚姻家庭事务主要交由民事主体自主决定，由此所产生的纠纷也多采用相互协商或者由基层社会组织协助的方式处理，只有在自力方式实在无法化解纠纷时才以诉讼的方式诉之于法院，法院再以“社会正义最后一道防线”的角色出现于私法领域。不过，尽管如此，这两种规范的区分却是现实存在的。接下来的问题，应当是如何依循这种类型化区分，实现公权力介入的体系化。

## （二）家事程序法在民法典体系化上的意义

### 1. 厘清救济型介入规范和监护型介入规范

目前来看，采用“请求（或提起诉讼）”和“申请”的区分，虽然能将表述中有“请求”“提起诉讼”“申请”等用语的规范予以区分，但是更多的规范本身表述并不清晰。这种表述不清也是司法实践中诱发很多程序问题纷争的根源所在。

有些规范虽然规定由法院介入，但对于由法院以何种方式介入却模棱两可。以民法典第 1086 条第 2 款有关探望的实施为例。该条款规定，“行使探望权利的方式、

时间由当事人协商；协商不成的，由人民法院判决”。它虽然采用了“……由人民法院……判决……”的表述形式，但是问题在于，我国现行民事诉讼法中对于监护型介入规范的裁判采用的也是判决形式。对于探望方式和时间的确定，它并不涉及对是否具有探望权的争议，只是双方当事人对该权利的具体内容无法形成一致意见，在实体法上着实难以找到救济的对象。因此，对于采用这种表述形式的规范也有列入监护型介入规范的可能。

而有些规范虽然性质上应属于监护型介入规范，但是法典却没有明确予以设定。以民法典第 1065 条有关夫妻约定财产制的规定为例。该条款第 1 款前两句，“男女双方可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式”。这一条款被视为是关于夫妻约定财产制的规定。夫妻约定财产制具有对内和对外两种效力。世界各国更注重的是对外的效力，因此德日等国家及地区就此制度均采用登记制，以使约定获得对外，亦即对抗第三人的效力。我国在民法典编纂过程中，亦有应当向婚姻登记机关登记观点的产生。但后来基于“登记内容和效力比较复杂”等原因就搁置了这一方案。这种放弃很可能是因对登记性质定位有误解，但由此却使约定完全成了私法行为。民法典为修补这一点，规定“相对方知道该约定的”，约定对相对方产生效力。力图运用证明责任倒置的方式达到具有对外效力的目的，但是这同采用登记制的效果还是有实质性区别的。甄别并将这些规范归入妥当的类型，是家事程序法在将公权力介入体系化时无法回避且应予解决的首要问题。

## 2. 避免民法规范的去体系化

民法典虽然初步实现了体系化，但是由于我国法律移植长期遵循的是问题出发型的路径，所以体系性相对较弱，而且在我国社会中，包括法学界对这种法典化的体系

化立法模式及立法技术也并不完全接受、肯定或赞同，去体系化的倾向颇为强劲。在实体法和程序法的体系化上，原本应是各自去完成自身的体系化。对于权利以及提出请求权的法律规范属于实体规范，而关于诉讼进行的规范属于程序性规范。但是，对于民法典而言，由于它涉及的各种权力介入规范完全分散在各个具体的权利或事项规范之中，这种分散性无疑为实体法针对该介入进一步设立程序或者公权力介入程序规则提供了可能。这种现象在民法典中已经存在。例如，在有关登记离婚上，民法典第 1077 条规定，“自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。前款规定期限届满后三十日内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请”。该条款尽管被认为是我国民法典中对“离婚冷静期”的规定，但是它实质上更是对离婚登记程序的设定：“两次同时申请+30 日冷静期”，亦即离婚的双方须一起提交两次离婚申请且两次间隔 30 日方可满足申请的形式要件。此处不讨论这种规范本身的合理性与否，不过毫无疑问，这种规范在民法典中的大量存在势必导致法典的臃肿，弱化其体系性。

这种状况在有关民法典的司法解释中更为普遍。例如，《婚姻家庭编解释（一）》第 60 条规定，“在离婚诉讼期间，双方均拒绝抚养子女的，可以先行裁定暂由一方抚养”。该程序条款旨在解决探望权实体审理中子女无法抚养问题。笔者不否认它的积极意义，但是它对民法典体系性的损害也是很强的。首先，它在性质上属于典型的司法机关自我赋予程序权力的条款，对于这类权限应由法律而不应由司法解释规定。而司法解释之所以可以大量存在这类条款有两点原因：一是司法解释本身体系性更弱；二是司法解释追求问题导向，往往强调一并解决某一实践问题所涉及的实体和程序。其次，这类条款的逐步增多在导致司法解释日渐庞大的同时，也使民法典陷入为



司法解释所包围的“非体系性的碎片化”状态，进而丧失体系性。由家事程序法去吸收民法典及其司法解释中各类程序法规范，就为法律和司法解释在功能上明确地界分实体规范与程序规范提供了可能，在完成公权力介入本身体系化的同时维持了民法典的体系性。

## 二、家事程序法与公权力介入的配置

尽管公权力如何介入为民事法的基础命题，但是在民法典编纂过程中理论上就此命题并没有给予过多的关注。目前主要是沿袭了民法总则、婚姻法及继承法等单行法律以及司法解释的规范。这些规范中诸多是由计划经济体制下行政权力对社会全面管治的秩序脱胎而来，介入主体上呈现复杂的多元化状况，在有关权力性质的理解上差异也很大。因此，家事程序法在将公权力介入体系化时需要对各种公权力进行梳理并进行再配置。在讨论家事程序法这一侧面的意义之前，这里有必要先梳理一下民法典中公权力介入主体的配置状况。

### （一） 民法典中公权力介入配置的状况

民法典在公权力介入上主要设置了这样几类主体：

#### 1. 行政机关

民法典规定的对家事领域进行介入的行政机关主要是民政部门。不过，由民法典规范来看，民政部门在介入时的职责并不完全一致：一是承担登记职责，例如民法典第 1049 条前句规定，“要求结婚的男女双方应当亲自到婚姻登记机关申请结婚登记”。民政部门的登记使结婚成为附条件的法律行为，经登记之后结婚始产生婚姻的效力。二是许可职责。例如，民法典第 28 条第 4 项规定，“其他愿意担任监护人的个人或组织可以担任监护人，但是须经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政



部门同意”。三是国家监护职责，这种职责又体现为两个侧面：一是直接担任监护人。例如，民法典第 32 条前款规定，“没有依法具有监护资格的人的，监护人由民政部门担任”。二是向法院申请撤销监护人的资格。例如，民法典第 36 条第 3 款规定，“前款规定的个人和民政部门以外的组织未及时向人民法院申请撤销监护人资格的，民政部门应当向人民法院申请”。

## 2. 社会组织

社会组织介入是我国基层社会组织参与婚姻家庭治理模式在民法典中的法典化。这种介入在民法典中属于少量存在，在自然人的辅助和保护中发挥着重要作用。它在民法典中有两种形式：一是对需要保护的民事主体进行监护。这里的监护包括对其他个人或组织担任监护人的许可、指定监护人、担任监护人以及临时监护措施的采取。例如，民法典第 34 条第 4 款规定，可以采取临时监护措施的除了民政部门之外，还包括居民委员会和村民委员会。二是对民事主体提供援助。具体的援助方式包括申请的提出和通知义务。前者如认定民事主体为无民事行为能力人或限制民事行为能力人的申请权；后者如被继承人生前所在单位或者住所地对被继承人死亡的通知。

## 3. 司法机关

司法机关介入是公权力的主要介入方式，由法院以裁判的形式实施。司法机关的介入有两种方式：一是纠纷预防型介入，是在民事活动中由司法权对民事主体进行的辅助或保护，这类介入不以纠纷存在为前提。例如，民法典第 24 条第 1 款规定，“人民法院根据相关主体的申请可以认定无成年人作为民事行为能力或者限制行为能力人”。第 40 条规定，“自然人下落不明满二年的，利害关系人可以向人民法院申请宣告该自然人为失踪人”。二是纠纷解决型介入，是在纠纷发生后由法院以居中裁断方式进行的介入。例如，民法典第 1115 条规定，“养父母与成年养子女关系恶化、

无法共同生活的，可以协议解除收养关系。不能达成协议的，可以向人民法院提起诉讼”。这里的纠纷预防型介入与前文所述监护型介入虽有重叠之处，但是二者强调的重心却差异甚大。前者以纠纷为中心，强调如何预防或避免纠纷的发生；后者却是以权利为中心，强调为权利行使提供的辅助或保护。

## （二）家事程序法在公权力介入配置上的意义

### 1. 厘清公权力的性质

不难看出，民法典在公权力介入上采用的是多元化路径。这种路径带来的直接问题就是不同公权力之间界限或性质的不清晰。具体而言：第一，在有关“民政部门”的职责上，民政部门被同时赋予了监护申请权、决定权和担任监护人等权责。尽管这些职责存在着适用情形的差异，但是由民政部门行使多项相互冲突的权责，不免有既做“运动员”又做“裁判员”的嫌疑，这是违背权力分立的基本法理的。第二，在有关监护人的指定主体上，民法典规定“居民委员会、村民委员会、民政部门或者人民法院均有权指定监护人”。尽管有观点指出，这种规定体现了我国监护制度的体系为“以家庭监护为主、社会监护为补充、国家监护兜底”，但是如此规定实质上混淆了不同主体指定所可能存在的法律效力的差异，而且多主体之间的选择，尤其是法院指定以“救济”形式存在时，很可能为拖延监护人的确定提供契机，使指定丧失迅速性。再者，居民委员会和村民委员会在法律上的地位均被界定为基层群众性自治组织，赋予它们指定监护人的权限，虽然具有了合法的形式，但是却缺乏权力的正当性基础。因此，居民委员会、村民委员会以及民政部门均可以指定这种形式，与其说是“国家监护”制度的建立，倒不如说是对公权力传统意义的维持，是社会救济或者救助含义的扩大。第三，在有关行政机关介入的性质上，通常被定位于行政权。依循这一逻辑，针对行政权的救济只能是提起行政诉讼或申请行政复议。由此，在就须登记方具有法

法律效力的民事法律行为提起诉讼时，往往就会产生行政诉讼和民事诉讼“双轨制”交错的复杂局面。以婚姻登记为例，实务中曾长期存在着对于婚姻登记程序违法的婚姻效力纠纷是采用行政诉讼，抑或民事诉讼的争议。2011 年的《婚姻法解释（三）》虽然确立了婚姻登记效力纠纷采用民事诉讼解决的途径，但只是回避了对行政机关介入性质的定位，将婚姻登记行为违法与否视作当事人主张婚姻关系是否成立或有效的事实或理由，因此理论界仍然不乏基于登记为行政权，认为应当通过行政复议或行政诉讼解决的观点存在。而且，目前的司法解释依然规定，“当事人以结婚登记存在瑕疵为由主张撤销结婚登记的，告知其可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼”。

然而，上述这些公权力虽然性质各异，但是均可被归入监护型介入。在家事程序中，运用“监护型介入”这一共性特征可将这些权力予以统合。依循这一思路，实践中长期争论的行政机关性质问题会迎刃而解。登记只是法律行为的有效要件之一，是国家通过行政机关提供的具有公示效力的证明，因此与行政行为完全无涉。而居民委员会、村民委员会和民政部门在监护人指定上的决定权也将被弱化，通过程序技术将决定权集中于司法机关，使法院在“国家监护”中承担其主要角色。

## 2. 创设监护型介入方式

同样也是受前述“家事为私事，国家尽量不干预”思维的影响，还有相当多需要公权力进行监护型介入，但是民法典却完全没有触及的事项。为了阐明这一点，这里不妨以遗产管理人为例。关于遗产管理人，民法典只是规定了遗产管理人的产生、职责、民事责任的承担以及管理人的报酬请求权。但是，对于诸如遗产管理人解任或辞职等内容在法律上却没有规定。为此，实践中如果产生遗产管理人解任或辞职等问题，就无法予以解决。有观点认为，可由被继承人或继承人与遗产管理人通过协议的方式明确约定这些事项的发生事由，在这些事由发生时即应自行解任或辞职，就这些事由

是否成就发生纠纷时可由当事人诉至法院,由法院通过对抗制的诉讼形式进行居中裁断。但是,问题在于,如果遗产管理人是由被继承人在遗嘱中单方指定的,受指定的一方对于指定如何辞任呢?再者,如果在此情形下遗产管理人接受了指定,但是被继承人认为遗产管理人不能正当地履行职责而欲行解任时,又如何实现呢?显然,对于这些问题仅靠当事人约定然后以违约获得诉权,进而由法院予以救济型介入的方式是根本行不通的。可行的办法只有设定创设监护型介入。

### 三、家事程序法与公权力介入的程序化

介入的配置只是完成权力介入构造的实体侧面,公权力在家事领域还必须遵循一定的程序,亦即权力介入的程序化。程序的目的在于排除恣意,以保证决定的客观正确。但是,程序同时还是一种吸收了时间和行为、原则和制度等多种要素的复杂的技术装置,要素选取的不同会导致效果上产生相当大的差异。这也就意味着家事程序的内在结构与设计方式将会直接影响公权力介入功能的实现效果。因此,家事程序法除发挥外向作用,将实体法中公权力介入予以再配置的同时,还通过将公权力纳入自身的方式进行着自我程序化的构造。在构造程序过程中,它就必须斟酌介入的特点以及介入的目的性。家事程序法,无疑一方面从宏观层面提供了反思我国公权力介入程序现状的契机,另一方面也可为公权力介入的合目的性实现构造更妥当的程序。

#### (一) 公权力介入程序的现状

总体而言,有关民法典中公权力介入的程序,我国目前呈散乱状况,并无统一的构造思路或者理念。这其中,既有行政程序也有民事程序,甚至有些权力介入完全被忽略了程序存在的可能。这里区分介入主体加以考察。首先,关于行政机关介入的程序,以该主体在婚姻事件和收养事件上的介入为例,国务院针对这两类事件分别制



定了《婚姻登记条例》《中国公民收养子女登记办法》和《外国人在中华人民共和国收养子女登记办法》。这两类程序目前均游离于民事程序之外，比较常见的观点是将它们理解为行政确认程序。但是，在将二者理解为行政确认程序时，理论上相应地会产生两个解释的难点：其一，登记程序与行政确认程序的基础构造并不相同。后者采用的是“行政机关+行政相对方”构造基础，是行政机关针对行政相对方作出行政行为时遵循的程序；对于结婚和收养的登记程序而言，它采用的是“申请+登记”的程序结构。以婚姻登记为例，根据民法典第 1049 条规定，它包括“申请+审查+登记”的程序环节，所以只是由婚姻登记机关在审查申请人提交的申请和资料基础之上，在符合结婚要件时将婚姻成立记载于婚姻登记薄的过程，申请登记的主体在此过程中很难称之行政相对方，自然也无“行政机关+行政相对方”构造基础。其二，登记程序与行政确认程序的构造要素也不相同。登记程序通常采用共同申请、申请人到场、申请人提供登记原因证明资料以及登记机关限于申请事项和申请人提供资料进行审查等程序要素。行政确认程序与之不同，它既不要求行政相对方必须到场，也无须限于行政相对方提供的资料进行确认，而且还须遵循行政正当程序原则，亦即“行政机关实施行政行为，可能影响公民、法人或者其他组织合法权益的，应当在作出行政行为之前向当事人和利害关系人告知事实，并说明理由，听取公民、法人或者其他组织的意见”。

其次，关于村民委员会、居民委员会等社会组织的介入，基本处于缺乏程序规制的状态。例如，民法典第 32 条规定，“没有依法具有监护资格的人的，也可由具备监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任”。对此，程序上就需要解决如下问题：“依法没有监护资格的人”的前提事实由谁认定，如果可由居民委员会和村民委员会自己认定，它们应遵循何种程序认定；在法院依照民法典第 24



条认定某一成年人为无民事行为能力人或限制行为能力人之后，可否依职权对“没有监护资格的人”的事实进行调查；法院在审理无民事行为能力或限制行为能力事件期间，发现该自然人没有具有监护资格的人时，可否直接指定其住所地的居民委员会或村民委员会担任监护人等。对于这些问题，法律上目前均没有应对。也因此，在居民委员会或村民委员会担任监护人上，往往给民众一种比较随意的感觉。

最后，关于司法机关的介入，目前主要适用以民事诉讼法为中心的程序规则体系。这套规则体系已经很难适应司法权在家事领域的介入需要。具体而言：第一，就特别程序而言，它通常被认为性质上是以纠纷预防为目的的程序，可以适用于监护型介入规范。但是，一方面特别程序自身仅有审级和审限的程序要素，更多的是借用民事诉讼程序的程序要素和构造，适用民事诉讼程序的规定，这种审理方式难以满足民法典监护型介入规范的审理需要。另一方面特别程序仅适用于宣告失踪和宣告死亡等民诉法典或司法解释限定的少数几类案件。更多基于监护型介入民法规范所产生的事件或者被司法文件明确地置于诉讼程序之下，或者因缺乏明确的程序指向而在实践中被直接推入了诉讼程序，由法院以纠纷解决的方式介入。前者如失踪人财产代管人变更事件。后者主要集中在民法典新增的事件上，例如监护人资格撤销和临时监护人指定、监护人资格恢复、遗产取得权的撤销及遗产管理人指定等。采用诉讼程序予以审理，不仅会导致辅助或保护的实体法规范目的落空，而且使实践为维持两当事人对立的构造不得不凭空制造出纠纷的双方，致使司法资源严重浪费。第二，民事诉讼程序中逐步落实的以财产纠纷解决为特质的程序机理，与家事事件逐渐增强的公益性存在着方向上的背离。传统民事诉讼程序“调审不分、强职权主义”的基础构造大致是适应法院在家事领域的解决纠纷的适应的。但是，随着财产类纠纷案件剧增之下民事审判方式改革的推进，以对抗制为构造基础的辩论主义、处分权主义以及证明责任制

度等程序要素，在民事诉讼程序中得以一定程度的确立。然而，随着家庭观念的变化，婚姻家庭事务难以再被界定为纯粹的“私事”，加之子女抚养、家庭暴力、老年人监护等社会问题日益增多，为此就要求国家基于公益性更多地介入婚姻家庭事务，反映到家事事件的审理程序上就是更多地强调法院职权的运用：修正对抗制构造、限制辩论主义和处分权主义、裁判资料形成上采用职权探知主义等。由此产生的结果是，民事诉讼审判方式改革愈深入，家事事件与民事诉讼程序之间的裂痕愈发扩大。而且，这种裂痕至今并没有消弭的迹象。

## （二）家事程序法对于公权力介入程序化的意义

### 1. 以介入的功能为依据构造共有的程序要素

公权力介入程序不能简单地依据公权力的性质将这一公权力在其他社会生活领域适用的程序直接照搬或者植入婚姻家庭领域。从公权力介入的多元化和多层次性来看，这样只会导致程序的复杂化，致使介入与民事实体法规范目的相背离。摒弃对公权力主体及其性质的过度考量，单纯地以介入功能为依据对介入进行类型化并进而实现程序化，会让介入程序更加契合实体法目的，况且民法典中救济型介入规范和监护型介入规范的区分也提供了这样进行程序化的可能。在具体程序化过程中，鉴于监护型介入涉及多种权力，相对显得更为复杂；而且，也由于这类权力介入的程序在民事程序法中总体上处于基本原则和制度缺失的状况，因此应当是程序构造的重点。

在统一构造监护型介入程序时，首先需要解决的问题是以何种功能为基础进行程序的设计，或者说如何提起各种权力行使的共有程序要素。原因在于，本文虽然将救济型介入之外的公权力介入统称为监护型介入，但是在具体介入功能上依然会存在着监护、确认、公证及许可等的差异。这几种功能在构造程序时所要求的要素未必完全一致。笔者以为，可以监护为基础构造公权力介入程序的共有要素。理由在于：第

一，监护具有保护、帮助以及协助等多层面的含义。确认、证明或许可等功能均具有协助当事人真实且准确地明晰自己意思，帮助他形成正确或成熟地理解自己行为的意义，这些均可作为广义的监护所涵盖。第二，从比较法角度来看，德日法在有关公权力监护型介入的主要程序非讼程序上均是以监护为基础进行构造的，“监护=国家=职权主义”在程序技术上具有契合性。第三，至于无法为监护所涵盖的特殊程序规则，仍然可以采用特别法的形式予以规定。例如，在行政权力和社会权力介入的登记和监护等事项，可以在遵循家事程序法一般规定的基础之上，兼顾登记和社会监护的特点再设立特别规则。

## 2. 将公益性内化于公权力介入程序

“公益性”是婚姻家庭法区别于其他私法领域的重要特征。婚姻家庭法的公益性不仅凝结于实体法规范，而且还应当体现于公权力介入程序，甚至可以说由公权力进行监护型介入的程序本身就是公益性的一种体现。所以，公权力的程序化应当把是否体现公益性作为重要的衡量指标。“公益性”在民事程序上可以体现在三个侧面：第一，程序对象的确定。它要求公权力机关能够基于公益性，不受当事人或申请人的请求范围的拘束对事件进行处理。第二，程序资料的形成。无论是何种机关作出决定，均须先基于相应的资料形成对事件事实的认知。这种资料的形成通常有两种方式：一种是当事人或申请人提供；一种是由公权力机关根据需要进行资料的收集。公益性较强的程序通常采用后一种方式。第三，第三人对程序的参与。这里的第三人并非民事诉讼程序意义上的第三人，而是程序结果可能会影响其利益的第三方。而且，由于事件类型本身公益性强弱等特点的存在，可以根据这些特点再将事件进一步类型化，并基于类型化的结果确定上述公益性要素的适用限度或程度。家事程序法为这种满足不同实体规范需求的多类型程序体系化和理论自洽提供了空间。

先以司法机关的介入为例。监护型介入中的监护人指定事件公益性最强。在上述三个侧面就要求法院积极参与的程度较高。法院就不必再受申请人申请范围的拘束，可以选择它认为最符合被监护人利益的主体担任监护人；在裁判资料的提供上，虽然申请人也应当提供相应的资料，但是法院可以不受证据种类和方法限制地进行事实调查；由于监护型介入事件多采用非对立的程序构造，被监护人虽非程序的主体，法院亦应保障其参与程序的权利，听取其意见。与之相反，救济型介入中遗产分割事件的私益性就较强。在上述三个侧面要求法院介入的程度就低。法院应当尽量地维持对立的构造，受原告请求分割遗产范围拘束，裁判资料可以限于当事人提供的资料。

再以婚姻登记事件为例，婚姻虽然也具有公益性，但是这种公益性已经吸收在婚姻成立的要件之中，体现在婚姻登记程序上的公益性已经相对较弱。由此，就要求婚姻登记机关限于是否符合结婚条件范围内进行审查，审查资料也限于申请人提供的资料范围之内，虽然程序结果也会影响到第三人利益但也无须听取第三人意见。

### （三）以妥当程序推进实体问题的简便化

在前文中，笔者曾提出通过家事程序法创设更多监护型介入方式的思路。但是，对于新设的监护型介入方式，在家事程序法中还必须有妥当的程序设置，就是采用非对抗制结构之上的职权探知主义、自由证明、书面审理等程序要素。运用这种具有快捷、迅速和经济特点的程序，可以将实体法上相对复杂且难以解决的问题借用程序化的路径予以简单化处理。为明晰这点，这里不妨以意定监护制度为例。意定监护制度是“具有完全民事行为能力的成年人，与其近亲属或者其他愿意担任监护人的个人或组织事先协商，以书面形式确定自己的监护人，在自己丧失或部分丧失民事行为能力时，由该监护人履行监护职责”的监护制度。由于民法典只是设置了一个条款，这实质上意味着基于意定监护所发生的所有纠纷都被置于了诉讼程序之下。最高人民法院



《关于适用〈民法典〉总则编若干问题的解释》（法释〔2022〕6号）虽然补充了两项公权力介入的事件：意定监护协议的解除和协议监护人资格撤销两类事件，但基本没有改变就该制度所涉问题以“乱炖”方式运用诉讼程序解决思路。

与我国法同样设立有意定监护制度的日本法，就意定监护规定有意定监护监督人的选任、意定监护人欠缺场合的选任、多个意定监护监督人的选任、开始意定监护审判的撤销、意定监护监督人职务的处分、任意监护监督人辞任的许可、任意监护监督人的解任、报酬给付、任意监护人的解任、任意监护契约的解除等十余项事件，可由当事人或者利害关系人申请法院决定，从规范数量而言可能显得较为复杂。但是，它采用的这种公权力多层次介入，却通过将复杂的实体问题予以程序化的方式提升了事件的应对效率。一方面，它涵盖了意定监护实施过程中的绝大多数事项，由此就避免了在实务中因其中某一事项发生争议从而就要以全部事项名义列为“意定监护纠纷”的概括性做法。另一方面，在介入时间上，只要是涉及这些事项当事人均可以申请法院予以决定，与纠纷是否存在无关，由此就避免了纠纷产生之后再运用对抗制介入而给法院带来裁量的阻力和成本增加。而且，法院在这种事项的裁量上，多采用吸收了非对抗主义和书面审理等要素的非讼程序，可以迅速地作出决定。

#### 四、结语

探讨某一法典的意义，终究是要回答为什么需要这么一部法典，这部法典具有什么样的价值和意义。本文没有从家事程序与民事诉讼程序区分的必要上去追问家事程序法的意义，而是以民法为背景，结合该法典的具体规范，以公权力在家事领域的介入为主线，从民法典体系、公权力介入的配置、公权力介入程序三个侧面探讨了家事程序法的意义。之所以选择这个视角是鉴于纯粹程序范畴内的比较分析，只是关注到



了“权利及其实现”或者“围绕权利的纠纷及解决”对程序的需求，而忽略了每项权利上都会体现出国家在权力上所秉持的态度，这些会反映在民法典的具体规范之上，如何规范这些权力的运行才是家事程序法的实质意义所在。通过探讨，初步得出了以下结论：家事程序法不仅具有将民法典所设置公权力介入予以体系化的意义，而且具有避免民法典去体系化的作用；对于民法典中公权力配置，具有厘清其性质的意义并创设更多监护型介入方式，以使制度合乎目的实施的意义；在公权力介入程序化上，可以功能为依据构造共有的程序要素，可将公益性内化于家事程序。尤其是后两种意义的综合，实际上是形成了一种可将复杂实体问题借助程序化方式予以简单化处理的技术。这点也是以往有关家事程序意义的讨论中所完全忽略的。

借助于这种讨论思路，对消除目前我国理论上关于家事程序的不少错误认识有一定益处。例如，将民事诉讼程序目的直接移植到家事程序法，认为家事程序法也是纠纷解决法；一方面对公权力介入家事领域持消极态度，另一方面又在婚姻事件和收养事件上坚持行政管理的积极思维；家事程序法就是调解法等。从这个角度来说，家事程序法最大的意义是提供了将民法典所有公权力介入统合在一起进行体系化的契机。在体系化过程中，为了保持相互的理论自洽和一致，就不得不对传统上就公权力主体性质、介入方式以及程序设计中存在的相互矛盾的观念进行重新思考。当然，本文只是探讨了家事程序法对于民法典中既有的或者有可能增设的公权力介入的意义。文中还遗留了一个重要问题：公权力，尤其是监护型介入的界限在何处。这是涉及公法与私法界限的基础性命题，请容笔者另文予以探讨。

## 媒体聚焦

### 上海首例遗嘱指定监护案结局令人欣慰母亲“临终托孤”

#### 多方合力化解监护困境

（来源：中国妇女报 作者：钱宇文 2023 年 9 月 6 日）

母亲重病离世、父亲患有精神疾病且长期住院，16 岁的未成年孩子，该由谁来监护呢？

8 月 22 日，一场特殊的庭审正在进行，经上海市长宁区检察院支持起诉，法院最终宣判由孩子的大姨担任其监护人。这是《中华人民共和国民法典》颁布后上海首例遗嘱指定监护案。

#### 强制报告，受理监护困境线索

今年 4 月，长宁区检察院在“宁萌护未”小程序上收到一条线索，内容是未成年人小陈面临着监护困境。

经初步调查，今年刚满 16 岁的小陈是个命运多舛的孩子。几年前，父亲陈某被确诊为双向情感障碍，他在发病时控制不住自己的情绪，不仅会动手殴打妻子徐女士，对小陈也是拳脚相加。2019 年，陈某再次发病，被送往区精神卫生中心接受治疗。此后，陈某就一直住院，再未照顾过家人的生活。

麻绳专挑细处断。2020 年，徐女士被确诊为胃癌晚期。得知这个噩耗后，当时已年过六旬的徐女士的大姐徐阿姨从河南老家赶到上海，专门照顾妹妹和外甥小陈的日常生活。几个月后，徐女士病情逐渐稳定。

然而，去年徐女士的病情急速恶化，徐女士的身体一天天衰弱。知道自己时日无多，她开始考虑身后事，最让她放心不下的，就是儿子小陈。经过深思熟虑，徐女士

决定将孩子托付给她信任的大姐。临终之际，在朋友和居委会干部的见证下，徐女士写下遗嘱，指定小陈的大姨作为其监护人。

立好遗嘱的 6 天后，年仅 51 岁的徐女士病逝。在料理完她的后事之后，还没来得及摆脱悲伤，新的问题就摆在了徐阿姨和小陈面前：小陈的生父还在世，仅凭徐女士一纸遗书，徐阿姨真的能成为小陈的监护人吗？

尽管家庭条件困难，但小陈非常努力，考上了本市一所重点高中，开学就要念高二了。但他现在毕竟是未成年人，在成年之前，还有很多事务需要监护人参与。母亲“临终托孤”如何落实？小陈和徐阿姨找到居委会求助。

《中华人民共和国民法典》第二十九条规定，被监护人的父母担任监护人的，可以通过遗嘱指定监护人。但居委会也不知道该如何操作，更不确定小陈的情况是否适用这一条款。于是，他们带着徐阿姨通过华阳路街道未保工作站的“未成年人关爱保护云”，向检察机关寻求帮助。

### 多方调查核实，依法支持起诉

本案的关键点在于，父亲陈某还有没有监护能力，徐阿姨是否适合作为新的监护人。为了弄清这两个问题，承办检察官去了徐阿姨和小陈居住的小区，向居委会干部了解二人平时的生活状况，又前往区精神卫生中心，和住院的陈某面对面交流，了解他的想法。

长宁区检察院委托华东政法大学司法鉴定中心对陈某进行民事行为能力鉴定，鉴定结论显示，陈某确实患有双相情感障碍，属于限制民事行为能力，且需要长时间在精神卫生中心治疗，无法履行监护职责。陈某在其本人意识清醒时，对于另行确定小陈的监护人无异议。根据《最高人民法院关于适用〈民法典〉总则编若干问题的解释》

第六条关于自然人监护能力认定标准，应当认定陈某丧失监护能力；依据民法典第三十九条第一款第二项，确认陈某与小陈监护关系终止。

检察机关委托上海市阳光社区青少年事务中心长宁工作站的社工，对徐阿姨和小陈进行社会调查。调查报告显示，在小陈成长过程中，除直系亲属外，小陈与大姨关系最为密切。大姨曾多次来沪照顾徐女士小陈母子，生活上相对比较熟悉，具备一定监护能力。在与小陈、徐阿姨谈话交流中，小陈表态愿意大姨成为自己的监护人，徐阿姨也有照顾和监护的意愿。

从最有利于被监护人的角度出发，检察机关认为由徐阿姨担任小陈监护人最为适宜。该院联系了区法律援助中心，为徐阿姨申请到无偿法律援助服务，并指导援助律师协助徐阿姨起草申请书，证明其与小陈之间的亲属关系。

因案件涉及未成年人，且徐阿姨年过六旬，诉讼能力较弱，提起诉讼确有困难，今年 6 月，区检察院决定支持徐阿姨向长宁区法院申请确认其根据遗嘱取得小陈监护人资格诉讼。最终，法院支持检察机关支持起诉意见，并当庭宣布判决结果，确认由徐阿姨担任小陈的监护人。

### 案结事未了，持续跟踪帮扶

案件虽然了结了，关爱却没有结束，检察机关依旧在持续跟踪帮扶，让爱的阳光照亮困境少年小陈的未来。

徐阿姨今年已经六十多岁了，虽然身子骨还算硬朗，但她没什么文化，在上海也没有亲戚朋友，只能找些零活干，收入十分微薄。原本小陈家还可以领低保和残疾补助，由于徐女士过世，低保也不能领了。徐阿姨成为监护人后，如何维持二人的日常生活？

庭审后，这个难题在各方帮助下得以解决。区妇联和街道为小陈申请落实困境儿童补助及助学金，居委会为其提供帮困补助，区检察院联合区妇联、街道、居委会组建了一支监护支持小组，为徐阿姨提供困境家庭生活帮扶、家庭教育指导等。

为了更好地保障小陈的日常生活和学习，区检察院对口小陈学校的法治副校长，为其提供个性化学业帮扶，鼓励、支持小陈顺利完成接下来的学业；小陈所在街道未保站法治副站长、该院第七检察部主任尤丽娜，还与妇联、街道、居委会组建支持小组，就小陈的财产保护监管、生活学习突发困难等提供帮助。



## 夫妻生育意愿冲突时应“分阶段优先”

(来源：中国妇女报 作者：李遵礼 周燕 2023 年 9 月 6 日)

张某某（男）与范某某（女）在外务工时相识相恋并于 2008 年 2 月 20 日自愿登记结婚。张某某系初婚，范某某系再婚，范某某与前夫育有一女跟随张某某与范某某共同生活，婚后二人一直未生育共同的子女。后，张某某得知范某某婚前已做绝育手术，要求范某某通过手术恢复生育能力，但遭到范某某拒绝。张某某称，当时考虑到二人夫妻感情尚好，且范某某承诺会与其白头偕老，便接受了范某某拒绝生育一事，并表示愿意将范某某与前夫之女视为己出进行抚养，现该女儿已成年。范某某因夫妻二人发生矛盾，于 2019 年 10 月诉请离婚，后自愿撤回起诉。2021 年 4 月，范某某再次诉请离婚被法院判决驳回。现张某某认为，范某某多次起诉离婚，背弃了当年白头偕老的承诺，拒绝生育导致自己年岁已高，至今未育有自己的子女，给其造成了严重的精神伤害，故于 2021 年 7 月诉至重庆市潼南区人民法院，要求范某某支付精神抚慰金 15 万元。

法院经审理认为，生育不是婚姻的必然结果，根据《中华人民共和国妇女权益保障法》第五十一条规定，妇女有按照国家有关规定生育子女的权利，也有不生育的自由。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第二十三条规定，夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的，人民法院不予支持。由此可见，夫妻双方因是否生育发生纠纷导致夫妻感情破裂的，一方可以请求按照诉讼离婚的程序处理，但不能要求对方进行赔偿，故判决驳回了张某某的诉讼请求。一审判决后，双方当事人均未上诉。

### 公民生育权受我国法律保护

在我国古代社会，婚姻之本质在于生育，生育之目的在于延续家族血脉，具有强

烈的宗法观念。在“传宗接代”的传统观念之下，生育成为家族成员的主要义务之一，特别对于女性来说更是如此，生育中的家族利益凌驾于个人利益之上。但随着社会的发展和思想的解放，人们权利意识逐渐增强，生育观念也在悄然发生变化，经历从自然生育到生育义务，再到生育权利的转变。

1978 年的《中华人民共和国宪法》和 1980 年的《中华人民共和国婚姻法》在我国法律中最早涉及生育的内容。1992 年的《中华人民共和国妇女权益保障法》第四十七条规定：“妇女有按照国家有关规定生育子女的权利，也有不生育的自由。”标志着我国对女性生育权的首次立法确认。该条文对男性是否享有生育权没有作出规定，这是基于男女不平等的封建观念在我国根深蒂固，妇女长期被当作传宗接代的工具，出于对弱势地位妇女特殊保护的需要，法律专门明确了妇女享有生育或不生育的权利，但并未否定男性的生育权。

2001 年通过的《中华人民共和国人口与计划生育法》第十七条规定：“公民有生育的权利，也有依法实行计划生育的义务，夫妻双方在实行计划生育中负有共同的责任。”标志着我国在立法上正式宣告了享有生育权的主体是全体公民，并不因性别而存在差异。虽然我国上述生育权的立法表达，均伴随着国家人口政策的宏观调控，但这并不影响生育权在法律层面应受保护的立法宣誓。

### 生活中夫妻生育意愿冲突的常见情形

生育需要男女双方配合实现，如此一来，当夫妻双方生育意愿不一致时候，就会发生生育权冲突。现实生活中常见情形如下——

怀孕前主要表现为：一方想生育，另一方拒绝生育、隐瞒不能生育的疾病、隐瞒绝育手术史、使用欺骗手段采取避孕措施；一方不想生育，另一方强迫对方生育、使

用欺骗手段不采取避孕措施、隐瞒采取人工技术受孕。

怀孕后主要表现为：女方未经男方同意擅自中止妊娠、女方要求中止妊娠而男方进行阻碍强制女方生育、男方不愿生育而女方坚持或隐瞒生育、男方采取强制或欺骗手段对女方中止妊娠。

### 生育权冲突时的“分阶段优先”处理规则

生育权冲突时权利行使首先应遵循平等原则、协商原则、倾斜保护女性原则。任何一方不得通过家庭暴力、精神压制、财产克扣等方式，迫使对方生育或不生育，应充分沟通，平等协商。女性生育权不受男性繁衍后代、子嗣绵延等传统思想影响权利自主，男性生育权不因妊娠分娩依托于女性而影响权利自主。此外，因为婴儿的妊娠分娩以及哺乳均由女性身体承受，直接关涉女性生命、身体、健康、自由等诸多权利，故生育权利的实现应当向女性倾斜。

生育权的行使由夫妻平等协商决定，当协商不成时，按照“分阶段优先”规则处理，具体如下：

怀孕前，男女任何一方不生育意愿被优先尊重保护。这是生育权的平等原则所要求的，在女性尚未怀孕之前，不生育的自由应被优先尊重保护。任何一方不愿生育，另一方都不得违背其意愿自由而强制行使生育权，否则将构成对不愿生育一方权利的侵犯。例如，《最高人民法院发布 98 起未成年人审判工作典型案例》第 85 号案例中，对男方张某某的生育选择权予以了充分肯定，认为张某某拥有“不能被迫成为父亲”的基本权利，女方王某某在张某某不知情的情况下，擅自利用原有胚胎进行生育，侵犯了张某某的生育选择权。

怀孕后，女方的生育或不生育意愿被优先尊重保护。这是由生育权倾斜女性原则所要求的，女性怀孕后，承担了生育的主要责任与风险。故在此阶段，应当侧重对女

性的生育权进行保护，将生育最终决定权交由女性行使。女方怀孕后有权利自主决定是否中止妊娠，不必经过男方同意，男方也不能以女方擅自生育或擅自中止妊娠为由提起侵权之诉，更不得强迫或阻止女方，否则将构成对女方生育权的侵害。该阶段男方若不想生育必须经过女方同意，女方若违背男方意愿坚持生下孩子，并不构成对男性生育权的侵犯，男方必须对女方所生子女承担监护责任和义务。

### “分阶段优先”规则在人工辅助生育场景中的适用

人工辅助生育包括人工授精生育、试管婴儿等。人工授精与自然生育并无区别，生育权利的行使都应遵循上述“分阶段优先”规则。

在试管胚胎技术情形下，以何种标准划分“优先阶段”？是以精子和卵细胞结合时划分，还是以体外培养胚胎植入母体时划分？事实上，以体外培养胚胎植入母体划分更具合理性。对于是否进行人工生育、体外培养胚胎是否植入母体、何时植入母体等，均应平等协商，且优先保护男女任何一方不继续推进辅助生育的意愿。当体外培养胚胎一旦植入母体，则优先保护女性生育自由，女性可以自主决定是否继续妊娠、分娩的权利。

## 拼婚，一种看似新颖的婚姻方式，却使女性处境更艰难

（来源：微信公众号第十一诊室 作者：瑞雪 2023 年 9 月 7 日）

前段时间，在上海某相亲角，一个戴墨镜的男子高调分享了自己的「奇葩」相亲观，他言之凿凿：「对方出什么条件，我就出什么条件，公平公正，她自己没有的也不要要求我有。」

他表示自己可以带彩礼 18.8 万到新的家庭，为了公平，女方也必须带同样的数目；结婚后准备生两个孩子，如果女方要求，可以让其中一个孩子随母姓，谁也不占谁便宜。

这种男方不出彩礼，女方不出嫁妆，两个人宛如合伙人一样明算帐的婚姻，被大家叫做「拼婚」。

「拼婚」目前似乎还处在大众的盲区，不算是一个热门的概念，只在一线城市部分人群中间出现了拼婚热。有拼婚意愿的人们，心照不宣地加入几百人的拼婚群，蛰伏其中寻找合适的对象。

Ta 们企盼的是一份 AA 制婚姻。从买车买房，到婚后共同生活，再到抚养孩子的费用，全都平摊。拼婚抛弃了传统婚姻中女方出嫁妆，男方出彩礼，婚后不分彼此共同生活的模式。两个人宛如生意合伙人，共同投资经营一家公司。

它和来自日本的「友情婚」有很多相似之处。

结婚的双方几乎没有感情基础，带着各自的目的协商一致后成婚；既然只是合伙人，公平就是最重要的，不同于传统婚姻「你中有我、我中有你」的相处之道，拼婚需要事无巨细地建立起两个人的边界；在边界之外，彼此互不干涉，可以约会和谈恋爱；婚后可以丁克，也可以生养小孩。

根据拼婚群内的信息，寻求拼婚和友情婚的人群也有很大程度的重叠。Ta 们很多



属于高学历、高收入群体，有稳定且丰厚的经济来源。不少人是一线城市土著，生活优渥，结婚是为了满足父母的期待。

财务自由让 ta 们对许多现实问题多了几分淡然。例如无法 AA 的生育问题，拼婚群里的部分女性认为「男女构造差异属于天定，不用较真，可以让男士们出月子中心的钱来平衡」。大部分拼婚夫妻还会选择生育两个孩子，避免离婚时产生抚养权争议。

拼婚与友情婚也并不完全一样。友情婚讲求双方要能产生真挚的友谊，能像朋友一样和对方舒服相处。相比之下拼婚功利得多，拼婚群里时常出现要求速配，3 个月内立刻见家长结婚的信息。人们较少考虑两个人在性格上是否能和谐相处，而更看重双方的条件和目的是否匹配。

因为目的性极强，拼婚圈子要求不能隐瞒和撒谎。于是，人们将自己的家庭情况、性取向、隐疾、特殊癖好等一一摆出，这样的干脆直接抹掉了亲密关系的梦幻，婚姻变成一场冷酷的交易。

再者，友情婚在日本有专门的介绍所，机构的存在提供着一定的保障；而拼婚是比较松散的，没有统一的机构管理和规则制约，自由度很大，这使它更像一场豪赌。寻求拼婚的人们是在与人性下赌约。

### 1、为什么大家想拼婚？

拼婚是一种「被动的」婚姻，人们因为不想或无法进入传统婚姻——经历相识相知相爱后最终结婚，才找人和自己形式结婚。

大费周章也要领取结婚证的原因，很大部分是来自世俗压力。

到了一定年纪，父母亲戚的催婚如约而至，从逢年过节饭桌上轮番上阵，到日常转发婚恋短视频进行督促，再到用相亲名单轰炸你的周末，让人喘不过气。而这些还

能用糊弄学应对一下，最窒息的是父母的谩骂和声泪俱下：「你不结婚我这辈子都不安心」，叫人难以招架。在这巨大的压力下，不少人萌生了为满足父母期待而结婚的想法。

与此同时，外部环境也在鼓励婚姻，社会仍然以家庭为单位。结婚和生育是社会文化认同的主流生活模式，走另外的路是辛苦的，意味着要承受偏见和压力，人们会为了获得安全感和认同感融入主流。

其次，一些人也会因为渴望婚姻而寻求拼婚。Ta 们渴望的并不是传统婚姻的全部，只是希望与人组建家庭来驱散独身的孤独感，但又不希望承担传统婚姻麻烦的部分，拼婚就成了选择。下班回家时家里不再是空荡荡的，而自己又仍然是自由身，听上去两全其美。

最后，拼婚也成为了性少数群体的选择之一。对于 ta 们来说，选择拼一桩形式婚姻，既能不违背自我，又能应付世俗的眼光。

## 2、AA 制婚姻真的公平吗？

或许在进行了明确的利益分割、不生育孩子的情况下，拼婚真的能达到人们理想中的公平，给无法与他人发生性爱关系，以及不想结婚却迫于世俗压力的人们一种开放式选择。

从这个角度来看，拼婚和友情婚一样都是当代人对于婚姻的解构尝试。而解构背后，人们真正需要的不是婚姻或新型婚姻，而是能够受到制度保障的、多种多样的生活方式，以及不把结婚看作人生任务的社会环境。

但是，追求公平的过程势必然困难重重，在结构性性别不平等的大前提下，绝对公平真的能实现吗？

最好的例子就是网传视频中相亲角男子的发言，他对待拼婚的态度本身就是充满性别歧视的。他说希望婚姻 AA 制的原因是：「女生赚了钱就去吃喝玩乐，男生就要买车买房，不公平。」

乍一听很有道理，但这恰好是男权社会歧视女性后导致的对于男性的逆向歧视，制定这些规矩的不是女性，而是男性，背后仍是对女性的歧视。而他幻想在这之上进行公平分配，其实反而导致了对女性的不公平。

拼婚的陷阱恰好就是 AA 制。一人一半看似合理，但从社会结构的角度来看，这对于其中的女性来说是更费力的，因为她们赚得更少。

BOSS 直聘从 2016 年起每年发布《中国职场性别薪酬差异报告》，「女性的薪酬水平始终在男性的八成上下波动，差距偶有缩小，但难以维持连续性。」2020 年女性平均薪酬只有男性的 75.9%，2021 年差距略有缩小，但仍只有 77.1%。

许多人的第一反应可能是：赚得少是不是能力不行呢？但是，根据报告，「自 2010 年起，我国接受高等教育的女性比例超过男性，在知识素养和职业能力层面，大量研究显示，女性和男性没有差异，且工作表现更为稳定。」

报告还根据劳动经济学中经典的 Oaxaca-Blinder 模型对该问题进行了分析，发现有 61% 的薪酬性别差异可以用人们自身的能力等特征来解释，而 39% 的差异无法归因为个人问题。

国际劳工组织（ILO）发布的《全球工资报告》里分析了出现薪酬性别差异的可能原因——对女性工作的低估和因母亲身份导致的薪酬差距。

「当女性参与劳动力市场时，她们可接触的高质量就业机会与男性相比往往更为有限。造成这种情况的一个原因是家庭无薪工作的时间分配不均：女性承担了大部分家务和大部分无薪照料工作（家庭总体照料，特别是照看老年人和儿童）。因此，时

间利用调查显示，如果将无薪和有薪工作都包括在内，女性的工作时间长于男性。」

职场上存在着针对女性的「天花板」，男性把控着高级管理岗位。企业会因为女性的生育期、产假等因素更抗拒招聘和提拔女性；同时歧视性的文化仍对女性作为管理者抱持不信任的态度，女性要成为领导者会遭受更多质疑和阻碍。

女性长期以来比男性赚得少，经济地位较低，这与传统婚姻中男性在经济上付出更多的模式有关，这是歧视女性后的逆向歧视。如果结构性问题不解决，AA 制是无法弥合差距和歧视的，它反而可能使女性境遇更加艰难。

其次，AA 制无解的问题在于，女性要承担的生育风险和损失非常难界定。男方或许能支付从怀孕到生产的所需费用，但生育的影响最终都只能由女性来承担，而这种影响的痛苦、隐秘、持久根本无法估计。

可能是持续二十几个小时的宫缩，顺产时严重会阴裂伤，产褥期排恶露的烦琐，yin 道肌肉受损导致阴吹，盆底功能障碍导致漏尿、子宫脱垂、yin 道松弛，长时间伤口疼痛，激素紊乱，丧失性欲，产后抑郁，乳腺感染……这些只是冰山一角，也无法真正表达出女性在生育中的苦不堪言。

而在拼婚协议中，男方似乎只要付出金钱就可以享有女性的生育成果，这是一种对生育痛的亵渎。

人们以为能在新的婚姻模式里找到平等，却没发现它可能带来新的问题。而传统婚姻在年轻人中间似乎又注定没落，拿什么来获得保障，又能不落入传统婚姻的鸡毛蒜皮，是当下很多人的困境。

友情婚、拼婚等现象正是在这之上诞生的，它能提供权宜之计，不过终究不是解决问题的办法。

进入怎样的婚姻模式最终还是人们的个人选择，但是如果选择了拼婚，一定要签

署婚前协议和婚内协议,保障各自的财产安全;婚后可以设立共同储蓄用于家庭开销;  
至于生育问题,只能劝大家谨慎再谨慎了。



## ➡ 新规速递

### 为妇女婚姻财产权筑起防护墙——《妇保法》新增婚姻财产权保护条款 评析

（来源：微信公众号华政民商 作者：许莉 2023 年 9 月 11 日）

进一步强化妇女婚姻财产权的保护，增加共有财产联名登记和共有财产查明与申报两项特别保护条款，是此次《妇保法》修订的亮点之一。

男女平等是社会进步和文明的象征，妇女权益保障一直是我国立法关注的重点。2022 年 10 月 30 日，《中华人民共和国妇女权益保障法》（以下简称《妇保法》）修订通过，并于 2023 年 1 月 1 日起施行。《妇保法》是保障妇女权益、促进男女平等的基本法，在整个保障妇女权益的法律体系中居于核心地位，保障的妇女权益内容具有广泛性，婚姻财产权利也属于其中之一。

#### 夫妻共有财产联名登记条款

《妇保法》第 66 条规定：“妇女对夫妻共同财产享有与其配偶平等的占有、使用、收益和处分的权利，不受双方收入状况等情形的影响。对夫妻共同所有的不动产以及可以联名登记的动产，女方有权要求在权属证书上记载其姓名；认为记载的权利人、标的物、权利比例等事项有错误的，有权依法申请更正登记或者异议登记，有关机构应当按照其申请依法办理相应登记手续。”本条系在原《妇保法》“夫妻共有财产平等处理权”条款基础上修订而成，主要增加了妇女对特定夫妻共有财产享有联名登记权利的规定，故称“联名登记条款”。

联名登记条款旨在保护妇女夫妻共有财产平等处理权的行使。我国以婚后所得共

同制为法定夫妻财产制，绝大多数夫妻均有共有财产，尤其是大宗财产，如房产等。这些财产可能登记在夫妻双方名下，也可能登记在夫妻一方名下。但现实生活中，夫妻共有财产登记在男方名下的比例更高。以房产为例，第四期妇女社会地位调查数据显示，已婚女性自己名下有房产的仅占 18.8%。夫妻共有财产只登记在一方名下，更容易发生擅自处分行为，尤其是在夫妻关系破裂时，非登记人的权益常受到侵害。此次新增的联名登记条款有助于促使夫妻共有财产“名实相符”，进而达到防范配偶擅自处分夫妻共有财产、保护妇女婚姻财产权的目的。准确理解这一条款，应注意以下两点：

首先，共有财产登记在一方名下不属于登记错误。夫妻共有财产登记在一方名下，可能基于某种客观因素，也可能是当事人的选择。如基于当时政策规定，售后公房产权只能登记在购买方名下，夫妻因某种考量选择以一方名义购房等，这些都不存在登记错误的情形。如因当事人或登记机关的过错，导致登记信息有误，则应该通过更正登记路径解决，即依据本条第 2 款后半段——“认为记载的权利人、标的物、权利比例等事项有错误的，有权依法申请更正登记或者异议登记”予以救济。

其次，非登记方不能依据联名登记条款直接向登记机关申请“加名”。“对夫妻共同所有的不动产以及可以联名登记的动产，女方有权要求在权属证书上记载其姓名”，并不意味着女方可以据此直接向登记机关申请“加名”登记。登记在一方名下的财产是否属于夫妻共有财产，登记机关无法判明，女方的联名登记需要通过特定路径才能实现。一种路径是请求登记产权人配合，夫妻双方共同向登记机关申请添加共有人。这是最简单、最方便的路径。但如果夫妻已有嫌隙，作为登记产权方的配偶拒绝协助，女方即无法实现联名登记目的。此时需要通过另一种路径，即向人民法院提起确权之诉，依据法院判决申请“加名”。

一直以来，审判实务中法院对婚内夫妻一方提起的确权之诉多持不予受理的态度。理由主要是：依据夫妻财产制，当事人之间的夫妻共有关系客观存在且无争议，因而无须确权。这种观点显然忽视了非登记产权人可能面临的困境。即使登记产权人没有否认另一方的共有权，但因产权登记的缺失，非登记方在共有权受到侵害时很难主张权利，尤其是不能向第三人直接主张权利，只能采取事后救济的路径，夫妻共有财产平等处理权难免落空。联名登记条款使婚内确权之诉有了明确的法律依据，消除了司法实务中的争议，有利于弱势一方通过法律途径维护自己的财产权利。《妇保法》第 67 条规定：“离婚诉讼期间，夫妻一方申请查询登记在对方名下财产状况且确因客观原因不能自行收集的，人民法院应当进行调查取证，有关部门和单位应当予以协助。离婚诉讼期间，夫妻均有向人民法院申报全部共同财产的义务。一方隐匿、损毁、挥霍夫妻共同财产，或者伪造夫妻共同债务企图侵占另一方财产的，在离婚分割夫妻共同财产时，对该方可以少分或者不分。”本条为《妇保法》新增条款，规定了离婚案件中针对夫妻共有财产的法院职权查明和当事人如实申报义务，故称“共有财产查实及申报”条款。

### 共有财产查实及申报条款

共有财产查实及申报条款旨在保障离婚时夫妻共有财产平等权的实现。离婚时共有财产的公平分割是夫妻平等财产权的应有之义。《民法典》第 1087 条规定：“离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成的，由人民法院根据财产的具体情况，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决。”分割财产需首先查实夫妻共有财产，但离婚案件中夫妻共有财产的查明一直是审判实务中的难题。现实生活中，经济强势的一方利用财产实际控制权，在离婚前或离婚诉讼期间转移、隐匿夫妻共有

财产的情形时有发生；经济弱势的一方对配偶的收入或经营状况了解有限，一旦婚姻关系出现问题，即使明知对方有财产，也往往无力完成举证，导致在财产分割中处于极为被动的状态，财产权益无法保障。共有财产查实及申报条款从法院职责和当事人义务两个方面为“夫妻共有财产查明难”提供了对策。

首先，人民法院在特定情形下负有查实夫妻共有财产的职责。在符合一定条件的情形下，依据当事人的申请，法院应依职权对登记在另一方名下的夫妻共同财产进行调查取证。就夫妻财产查明问题，现行法律及司法解释并未明确，一定程度上影响了弱势一方的共有财产分割请求权的实现。

《民事诉讼法》第 67 条规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。”其中“人民法院认为审理案件需要的证据”，在相关司法解释中有所明确，但如何认定“当事人及诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据”，则有赖于法官的裁量。就夫妻财产分割而言，一般情况下，夫妻一方对夫妻共有财产主张权利，负有举证夫妻共有财产存在的义务，但查实对方名下财产状况受制于很多因素。以房产为例，查询房产信息可以到房产交易中心，但此类信息目前并未全部联网，且登记机关多是“以房查人”，而不支持“以人查房”，在当事人不清楚配偶购置房屋具体位置的情况下，查实可能属于夫妻共有的房产就存在较大难度；此外，一些特殊房产，如动迁安置房等，因政策因素，产证取得时间不确定，查询难度很大。类似情形是否属于“当事人及诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据”，审判实务中存在争议。“共有财产查实条款”明确了夫妻共有财产之查明属于职权探知范畴，有助于法院在必要时依职权查实夫妻共有财产，为弱势一方分割夫妻共有财产提供了保障。

其次，离婚案件中夫妻双方负有如实申报全部共有财产的义务。在以往的离婚纠纷案件审理中，虽然人民法院也会告知当事人如实陈述夫妻共同财产情况，但当事人瞒报、拒绝申报夫妻共同财产的情况仍时有发生，而对逾期未报或遗漏申报的当事人却难以进行规制及处理。共同财产申报条款明确了离婚当事人的如实申报义务和违反申报义务的法律责任，为财产申报制度化提供了法律依据。当事人不如实申报或拒绝申报夫妻共同财产的，人民法院可以据此推定当事人存在隐藏、转移夫妻共同财产的情形，在分割夫妻共同财产时，人民法院对该方可以少分或者不分。

自《妇保法》颁布实施以来，湖南、北京、上海、江苏、江西等多个省市陆续发出地方首份《夫妻共同财产申报令》，各地法院纷纷尝试制作财产申报告知书、财产申报清单等文本，探索实施更为便捷有效的财产申报方式。夫妻共同财产申报制度的入法，有助于解决离婚诉讼中存在的夫妻共同财产查明难的现实困境，促使当事人诚信诉讼，节约司法资源，提高案件审理效率，维护弱势一方的合法财产权益。



## ➡ 案例分析

### 家事代理的适用边界及表见代理 构成要件的司法认定规则

（来源：上海一中院 作者：任明艳 潘杰二 2023 年 8 月 21 日）

#### 裁判要旨

夫妻一方实施的民事法律行为不适用家事代理时，方有表见代理、无权代理等制度的适用空间。夫妻一方单方采取处分行为引发的纠纷中，可结合真实性、持续性、关联性、合法性等要素审查是否具有代理权外观事实。审查相对人合理信赖代理权外观时是否构成善意无过失，可通过一般理性人的客观标准对相对人应尽的谨慎义务予以测定，再根据主观标准予以校正，综合认定相对人是否尽到与其注意能力相匹配的谨慎注意义务，进而认定是否构成善意无过失。

#### 相关法条

一、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》  
第一条第二款 民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，适用当时的法律、司法解释的规定，但是法律、司法解释另有规定的除外。

二、《中华人民共和国合同法》第四十八条 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。

三、《中华人民共和国合同法》第四十九条 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代

理行为有效。

## 案件索引

二审：上海市第一中级人民法院（2022）沪 01 民终 3249 号（2022 年 7 月 28 日）

## 基本案情

贾某向一审法院诉称：其与被告周某、吴某、周甲、汤某、周乙等于 2019 年 4 月 20 日订立房屋买卖合同，约定被告向原告出售系争房屋，转让价款为 260 万元。原告已按约支付房款 90 万元，于 2019 年 5 月 8 日实际接收系争房屋并居住使用至今。经原告多次催促，被告迟迟不予配合办理过户手续。原告为维护自身合法权益，诉至法院，请求判令被告周某、吴某、周甲协助原告办理将涉案房屋过户登记至原告名下的手续，并同意剩余房款 170 万元在本案中一并处理，于过户当日支付给被告。

被告周某辩称：不同意原告的诉讼请求。由于自己在外欠债无力偿还，所以在其余四被告不知情的情况下出售系争房屋。与原告签订房屋买卖合同时，被告吴某并未到场，所以出售系争房屋的行为属于无权处分，房屋买卖合同因此无法继续履行。要求解除合同，退还房款并给予原告适当补偿。

被告吴某、周甲共同辩称：请求法院驳回原告的诉讼请求。原告系浙江籍，没有权利购买上海限购的动迁房屋。买卖合同、委托书都是周某一人签名。2019 年 4 月 20 日签订买卖合同当天，吴某未到场，未在房屋买卖合同上签字，周某签订房屋买卖合同属于无权处分。原告以低于市场价的价格购得房屋，且房屋交易程序仓促，交易存档手续也与一般房屋买卖区别巨大，不符合善意取得的构成要件。

法院经审理查明：周某与汤某原系夫妻，为周乙之父母。后周某与吴某登记结婚，为周甲之父母。

2015 年 12 月 16 日，周某作为被补偿人与上海市浦东新区房屋征收事务中心签订

《房屋补偿安置协议》，约定被安置人为周某、汤某、周乙、吴某、周甲。周某选择产权房屋调换方式补偿，征收中心以包括涉案房屋在内的 4 套房屋安置周某。

2016 年 8 月 26 日，周某、汤某、周乙、吴某、周甲签订《分房协议书》，确定涉案房屋产权归吴某、周甲二人所有，周某、汤某、周乙放弃在涉案房屋中的一切权利。

2019 年 4 月 20 日，周某向贾某出具《委托书》，内容为：本人因故不能亲自办理涉案房屋出售事宜，特委托周某为本人代理人代为办理相关手续，具体权限如下：1、代为签订房屋买卖合同、定金协议、居间协议；2、代为收取房屋或定金；3、代为办理房屋交接手续。

委托人处署名：汤某、周乙、吴某、周甲。同日，周某向贾某出具《承诺书》，内容为：本人承诺汤某、周乙、吴某、周甲出具给本人的委托书及证件复印件（若有）真实有效，若日后委托人提出异议，本人自愿按照居间协议及买卖合同约定承担全部违约责任（包括对于买方及居间方）。

审理中，周某、汤某、周乙、吴某、周甲称《委托书》上的签名均由周某一人所签。同日，周某与贾某签订房屋买卖合同，其中约定贾某方向周某购买涉案房屋，转让价款为 260 万元。首期房价款 90 万元，贾某于签订示范文本合同当日内支付给周某。第二期房价款 170 万元，贾某于房地产交易中心出具以周某为权利人的过户收件收据后当日内支付周某。

2019 年 5 月 8 日，贾某与周某签署《房地产交接书》，双方确认涉案房屋于该日交付。涉案房屋由贾某居住使用至今。

2021 年 1 月 16 日，周某、吴某出具《情况说明》，载明根据原先的分房协议，周某放弃涉案房屋的一切权利，但现在夫妻双方协商同意周某持有该套房屋 1%的份

额，以便于今后吴某落户，但等以后户口安置好后，再把持有的 1%份额无偿转给吴某。

2021 年 1 月 21 日，经核准，涉案房屋登记于周某、吴某、周甲名下，其中周某持有 1%、吴某持有 49%、周甲持有 50%。

2021 年 2 月 1 日，贾某诉至一审法院，要求判如所请。

### 裁判结果

一审法院于 2021 年 9 月 6 日作出如下判决：被告周某、吴某、周甲于判决生效之日起十日内配合原告贾某办理将涉案房屋过户登记至原告贾某名下的手续，同时原告贾某支付被告周某、吴某、周甲剩余购房款 170 万元。

周某、吴某、周甲认为：一、一审法院未查明事实，适用法律错误，导致判决错误。2019 年 4 月 20 日签订买卖合同时，吴某、周甲均未到场，对涉案房屋的买卖完全不知情。周某签订涉案房屋买卖合同属于无权处分。周甲是未成年人，周某作为监护人为还赌债代为处理周甲的财产，侵犯了未成年人合法权益。

二、一审法院仅凭主观推测认为吴某、周某夫妻感情尚未恶化，脱离证据认定吴某到了签约现场，属于严重的事实认定错误和程序违法。

三、吴某在 2013 年之后未向公安机关申领过任何身份证件，而涉案身份证复印件载明的办理时间为 2015 年。吴某已将公安机关出具的证明作为证据提交，但一审法院未对该证据予以记载并质证、采纳。一审法院仅对姓名、身份证号等粗略信息进行比对就认定涉案身份证复印件的真实性，属于事实认定错误，法律适用错误。

四、一审法院选择性忽视涉案房屋交易的多处不符合常理的现象。贾某明知且认可《房屋买卖合同》《授权委托书》签字均不是吴某本人签署，且明知涉案房屋价格

低于市场价。涉案房屋从看房到完成交易在不到 24 小时内完成，且贾某的妻子全程未参与，完全不符合常理。

五、周某与吴某系再婚家庭，双方有各自子女，曾离婚后又复婚。周某因赌博欠下巨额外债，导致家庭举步维艰，夫妻矛盾巨大。一审开庭前，吴某才第一次见到中介陈某及买房人贾某。故周某、吴某、周甲向上海一中院提起上诉。

上海一中院于 2022 年 7 月 28 日作出终审判决：一、撤销一审法院民事判决；二、驳回被上诉人贾某一审诉讼请求。

### 裁判理由

法院生效裁判认为：由于贾某并未提供有效的证据证明吴某本人在场或者作出同意出售涉案房屋的意思表示，且在周某出具的委托书上的签字并非吴某和周甲所签的情形下，周某对涉案房屋无处分权，在未征得吴某和周甲同意或者授权的情形下，代表吴某和周甲对外签订房屋买卖合同构成无权代理。

本案中，无证据证明吴某、周甲事后通过明示或者默示的行为追认周某的房屋买卖行为，故无权代理的后果由周某承担。虽然周某与吴某和周甲分别系夫妻和父子关系，但在处分涉案房屋在内的重大财产时，任何一方均不可基于身份关系而有权代表夫妻一方对外进行民事活动的权利，因而必须由双方均作出认可的意思表示，况且，本案还涉及对未成年人周甲房产利益的处分。

本案中，贾某在签约现场曾见到分房协议，明知周某并非涉案房屋的真正权利人，其未审核或者核实周某出具的委托书上的签字是否系吴某和周甲所签或者周某是否享有代理权限，仅凭周某个人出具的承诺书就与周某签订涉案房屋买卖合同，未尽到谨慎的注意义务，自身存在重大过失，不构成善意无过失的情形，不符合表见代理的



构成要件，故周某与贾某签订的房屋买卖合同，因周某属无权代理，周某的行为也不构成表见代理，属于无权处分涉案房屋，在吴某和周甲拒绝追认的情形下，该房屋买卖合同对吴某和周甲不发生法律效力。

## 案例注解

本案争议焦点之一为周某代表吴某、周甲将涉案房屋转让给贾某是否发生法律效力。在房屋买卖合同纠纷案件中，经常涉及房屋被夫妻一方出售应如何处理的问题。一般而言，房屋系夫妻共同财产中较为重要的组成部分，且涉及夫妻双方的居住权，各级法院在处理该类纠纷时均较为谨慎。鉴于该类案件既可能涉及无权代理、表见代理、善意取得等法律问题的辨析，又可能涉及家事代理的法律适用，部分法院在合同效力的判断、代理类型的认定、夫妻另一方与买受人之间的利益衡平等问题上存在分歧，“同案不同判”现象依然存在。本文结合案情对家事代理、表见代理的审理思路与裁判规则进行梳理、提炼和总结。

### 01

框定前提：是否排除家事代理制度的适用

表面上看，该类案件涉及的问题系房屋买卖合同效力与房屋所有权归属之间的争议，实质则是如何衡平房屋共有人与相对人之间的利益，或者更抽象地说是如何在动的交易安全与静的所有权安全之间进行精致权衡。该类案件涉及婚姻家庭关系，只有当夫妻一方实施的民事法律行为不适用日常家事代理时，方有表见代理、无权代理等制度的适用空间，因此法院审理该类案件首先需判定是否构成家事代理。

《民法典》第 1060 条规定，“夫妻一方因家庭生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生法律效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。夫妻之间对一方可以

实施的民事法律行为的限制，不得对抗善意第三人。”[1]该制度的主要规范目的在于方便经济交往和婚姻家庭生活，保护夫妻双方和相对人的合法权益，维护社会交易安全。法教义学中，关于家事代理的法律性质是否为“代理”一直存有争议。

### （一）法律性质界定

较为典型观点认为家事代理是一种“特殊代理”[2]，基于夫妻双方特殊的身份权益而产生，不需要以明示作为成立条件。另有观点认为这是一种特殊的“代表权”[3]，即夫妻一方的行为视为“夫妻共同意思表示”。还有观点认为，家事代理系家事领域特有的“特殊功能”[4]。我们认为，家事代理制度因应便利家庭生活需要、维护交易安全而产生，认定为特殊代理更具有说服力。从体系解释角度而言，家事代理规定位于婚姻家庭编体例，与总则编的代理制度规定相独立。该制度的典型特征为：

#### （1）行为自决

夫妻一方均可自主决定采取一定的行为，无需经过配偶的同意。

#### （2）未贯彻显名原则

夫妻一方以自己的名义而非以夫妻双方名义从事代理行为。

#### （3）效力辐射双方

行为一方的行为并非仅对另一方产生法律效力，而是对夫妻双方产生法律效力。

#### （4）滥用权利产生的法律效力内外有别

夫妻一方滥用家事代理权损害另一方利益的，在夫妻内部由行为人承担责任，不得对抗善意第三人。从目的解释的角度考量，夫妻一方以非典型代理的方式“代理”夫妻双方实施民事法律行为，符合现实交易习惯，有助于提升交易效率，便利婚姻家庭生活，促进家庭生活获得实益。

### （二）适用规则认定

《民法典》施行后，理论界与实务界关于第 1060 条家事代理规范的法律适用尚未形成统一的认识。家事代理可以适用于负担行为并不存在明显分歧，但是否适用于处分行为存在一定争议。

我们认为，家事代理所适用的负担行为原则上应排除与满足家庭日常生活不具有明显关联且具有滥用风险的交易，在适用于处分行为时应谨慎、从严把握。在本案该类纠纷案件中，家事代理应严格适用：在家庭对生活需求更加个性、多元的背景下，对于日常家事的具体范围，可通过具体事项的法律性质、家庭日常管理习惯以及家庭实际经济情况等予以综合判定，不宜设置统一标准。[5]

从代理事项的性质来讲，身份行为不适用家事代理。身份行为通常都是关于身份关系的处分行为，并不涉及家庭日常生活需要，故家事代理并无适用空间。然而，对于抚养费支付等兼具身份与财产属性的行为适用家事代理。

从财产范围来讲，日常家事代理所适用的处分行为，应仅限于针对夫妻共同财产的处分行为，对于非夫妻共同财产的处分，不宜适用家事代理规则。一般而言，处分不动产等价值较大财产不适用该规则，理由为非满足“因家庭生活需要”规范目的。实务中不少法院认定夫妻一方处分价值较大的夫妻共有财产构成无权处分也是基于此种理由。[6]

从时间范围来讲，夫妻分居期间双方的感情基础产生动摇，一方从事的事项多数情形下不适用家事代理。需要注意的是，非因夫妻共同生活需要，但因家庭共同生活需要的事项如抚养子女法定义务的履行，应适用家事代理规则。

本案中，涉案房屋属于价值较大的财产，周某出售房屋并非满足家庭生活需要的目的，贾某也并未提供有效的证据证明出售房屋时，吴某本人在场或者作出同意出售涉案房屋的意思表示，因此处分涉案房产该类事项不适用家事代理规则。

### 精细厘定：精准识别多元化、客观化的代理权外观要素

《民法典》第 172 条规定，“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效”。[7]从代理制度的体系审视，表见代理是无权代理范畴中的特殊类型，表见代理制度是对无权代理制度增设的非常态例外规则。司法实践中，在涉及婚姻家庭的情况下，表见代理与家事代理、无权代理等较易混淆，法院应当审慎认定表见代理的构成要件。

实践中甄别的难点在于，客观上行为人外示于相对人的代理权外观表象，以及主观上相对人对代理权外观坚信不疑的善意无过失，都需裁判者形成对表见代理交易模式和个案客观事实的主观判断和内心确信，亦需裁判者对就行为人、被代理人 and 相对人之间利益关系进行精致权衡。因此，爬梳表见代理构成要件中的重大争议问题有助于精准识别表见代理，妥善处理代理中的内外部关系，公平分配表见代理情形下的责任与风险，防止表见代理制度的适用滑向扩大化和限缩化。

理论界关于表见代理的类型分类主要存在“三分法”与“两分法”之别，而关于构成要素则存在“单一要件说”“双重要件说”和“折衷要件说”等多种观点。[8]相较于理论界各种观点莫衷一是，司法通说认为，除需符合无争议的基本要件外，表见代理的构成不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象，而且要求相对人在主观上善意且无过失地相信行为人具有代理权。[9]由于民事代理涉及基础关系、授权关系、代理行为等三种法律行为，审判实践中尚未形成判定表见代理主客观要件的固定标准与要素。

代理权外观事实是表见代理的核心构成要件，也是表见代理成立的客观基础和前提。审查代理行为是否具有代理权外观可从以下几个要素进行：

### （一）真实性

代理权外观事实需具有真实性、客观性、可识别性。代理权外观是客观、可见的事实，并非由相对人主观臆断、自我揣摩产生，需凭借指向明确的客观载体将之呈现。表征权利外观假象的载体必须是客观真实存在的，即由真实的客观载体促成不真实的代理以“真实的”状态予以呈现，以此获取相对人的合理信赖。例如，行为人向相对人出示由被代理人出具的情况陈述或者说明书等事实。

### （二）可持续性

代理权外观事实需具有稳定性和可持续性。行为人具有代理权外观的事实需保持前后一致、统一稳定，该种状态不需持续到基础法律关系履约阶段，但最低要求应持续至基础法律关系缔结阶段。

### （三）关联性

权利外观事实与基础法律行为之间需具有关联性。行为人造成的权利外观事实需与相对人有意和被代理人缔结的基础法律关系之间具有关联性与对应性，即行为人意图通过造成代理权外观事实与相对人缔结基础法律关系，而这种基础法律关系也是相对人意欲缔结的。

### （四）合法性

代理权外观事实需具有合法性。行为人私造、盗窃、骗取公章或者委托书等行为产生的权利外观事实不应成为代理权外观事实，主要缘由在于该行为不仅不符合法律规范要求，更缺乏被代理人有缔结基础法律关系的意思表示行为。

本案中，周某出具的委托书上的签字并非吴某和周甲所签，中介机构留存的吴某的身份证系伪造。周某在未征得吴某和周甲授权的情形下，代表吴某和周甲对外签订房屋买卖合同未形成具有真实性、持续性、关联性和合法性的代理权外观事实。



03

### 双重审视：相对人合理信赖代理权外观时善意无过失的审查标准

相对人善意且无过失是表见代理的必要构成要件；若相对人存在过失，则不受表见代理制度保护。在民法学界，善意与无过失的关系主要存在三说之争。

有观点认为，区分善意和无过失，将善意理解为单纯的事实上不知情，对过失另作判断。[10]另有观点认为，善意吸收无过失，认为非因过失而不知方为善意。[11]还有观点认为，无过失吸收善意，认为判断交易相对人是否善意，通常从相对人在交易中是否有过失的角度予以界定。[12]

上述主要三种观点是从不同角度进行剖析，只有论述视阈之差，并无优劣之分，相对人善意或者恶意的判断本质上是有无过失的判断。关于相对人合理信赖代理权外观时善意无过失的衡量标准，可以通过主客观标准相结合的理性人标准进行判断，即衡量相对人是否尽到谨慎审查义务，需满足一般理性人的主观注意标准与客观注意标准。

#### （一）客观标准

客观标准（测定标准）强调与相对人整体相当的普通理性人在相同或者类似的情形下应当达到的注意水平或者谨慎程度。至于应当达到何种注意水平或者谨慎程度，司法实践中并无统一标准。在审理该类案件过程中，法院可依据诚实信用原则和公序良俗原则的法律规范要求 and 基本道德要求，提取出绝大多数相对人具有的智商、情商、知识经验水平的最大公约数作为理性人客观标准。

法院在判断相对人合理信赖行为人是否符客观理性标准时，需将普通理性人嵌入个案具体情境中，判断理性人是否会对代理权利外观产生合理信赖，进而判断个案当事人产生信赖是否合理。

## （二）主观标准

在基本框定客观标准之后，再根据主观标准予以校正，妥当调整不同相对人基于信息占有不对称和风险管控能力差异等带来的与客观标准的差异。

所谓主观标准（校正标准），是指相对人需尽到与其习得的知识、经验、能力、谨慎等相匹配的审慎调查义务。相对人的注意能力越强，则其应达到的注意标准就越高。该标准注重适当尊重相对人的个体差异性，避免采用过高的标准可能苛责注意能力相对较弱的相对人，而采用过低的标准可能放纵注意能力相对较高的相对人。

然而，尊重个体的差异性并不意味着忽视相对合理的客观标准，裁判者在具体案件审查中仍需将两种标准综合运用，在查明客观事实的基础上，尽可能探究当事人意思表示，进而形成内心确信，恰当运用裁判权予以认定。

本案中，根据一般的经验法则，对于房屋这一大额的交易，作为房屋买受人应当尽到较高的注意义务。贾某曾从事造价咨询及房地产开发工作，其相对一般理性人具有更高的谨慎审查能力，在法律上应当负有更高的注意义务。

涉案房屋交易过程中，贾某在签约现场见过分房协议，明知周某并非涉案房屋的真正权利人，其未审核周某出具的委托书上的签字是否系吴某和周甲所签或者周某是否享有代理权限，仅凭周某个人出具的承诺书就与周某签订涉案房屋买卖合同，未尽到谨慎的注意义务，自身存在重大过失，不构成善意无过失的情形。

## 注释

[1]在《民法典》施行之前，一般认为，《婚姻法解释（一）》第 17 条是关于家事代理制度的规定，或者至少涵盖家事代理的实质内容。

[2]参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典婚姻家庭编释义》，法律出版社 2020

年，第 67 页。

[3]参见《最高人民法院婚姻法司法解释（二）的理解与适用》，人民法院出版社 2004 年版，第 217 页。

[4]参见缪宇：《走出夫妻共同债务的误区——以〈婚姻法司法解释（二）〉第 24 条为分析对象》，载《中外法学》2018 年第 1 期，第 267-269 页。

[5]家庭日常生活需要并无统一的具体标准，但可以参考国家统计局关于“我国城镇居民家庭消费种类”的八大分类，并根据夫妻共同生活的状态、各地一般社会生活习惯予以认定。

[6]参见浙江省高级人民法院（2019）浙民申 2111 号民事裁定书。

[7]从法条表述上看，《民法典》第 172 条与原《合同法》第 49 条文字表述略有区别，但核心意思一致。

[8]参见张弛：《表见代理体系构造探究》，载《政治与法律》2018 年第 12 期，第 7 页。

[9]参见最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第 13 条；最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第 28 条。

[10]参见叶金强：《信赖合理性之判断：理性人标准的建构与适用》，载《法商研究》2005 年第 3 期，第 96-97 页。

[11]参见王利明：《善意取得制度的构成——以我国物权法草案第 111 条为分析对象》，载《中国法学》2006 年第 4 期，第 83-84 页。

[12]参见冉克平：《狭义无权代理人责任释论》，载《现代法学》2020 年第 2 期，第 52-53 页。



## 指定民政部门担任遗产管理人制度的司法实践展开

### ——石某某、刘某某诉上海市某区民政局申请指定遗产管理人纠纷案

（来源：中国上海司法智库 作者：李尚伟 李朋 2023 年 9 月 11 日）

#### 裁判要点

1. 在遗产管理人难以确定时，被继承人的债权人可以作为利害关系人向人民法院申请指定民政部门担任遗产管理人，以破解遗产处理僵局；
2. 《民法典》并未规定在没有继承人情况下居民委员会的当然遗产管理人资格，在居民委员会明确拒绝担任遗产管理人情况下，不应指定其为遗产管理人；
3. 民政部门不能以缺乏相应岗位、预算及权能为由拒绝担任遗产管理人。

#### 基本案情

申请人石某某、刘某某诉称：其于 2013 年向方某及方某父母购买了上海市某区某处的房屋（以下简称案涉房屋），一直未过户，后方某于 2021 年 1 月 2 日死亡。经查实，方某生前无配偶、无子女、无兄弟姐妹，其父母、祖父母、外祖父母均早于其本人死亡，故方某已无法定继承人。案涉房屋尚在方某名下，现无法完成过户手续，故根据《民法典》的规定，请求法院判令：指定被申请人上海市某区民政局为方某的遗产管理人。

被申请人上海市某区民政局辩称：不同意申请事项。1、申请人未穷尽手段查明方某是否无继承人，希望法院能调查清楚；2、《民法典》规定了遗产管理人的职责，根据该规定，遗产管理人工作非常重要、也非常细致和繁杂，需要花费一定的人财物，被申请人作为本区域民政主管部门，主要负责对本区民政事务和基层单位进行管理和



指导，并不参与具体事务的执行，没有安排相关的岗位和职务，缺乏这方面的能力和成本预算，也缺乏权能查询被继承人的存款、债权等财产状况，难以查明是否存在权利冲突的情况，基于此，遗产清理的时间可能较为漫长，被申请人并不是最合适的遗产管理人；3、方某生前户籍地为上海市某区处，系动迁安置小区，隶属于居委会管辖。《民法典》规定除民政部门外，村委会也可以担任遗产管理人，尽管未将居委会列入，但根据相关法律规定，一般而言，村、居委会是并行概念，权责范围并无二致，《民法典》有关遗产管理人的规定应同样适用于居委会，且系动迁安置小区，居委会即是原来村委会的转化，新居委会作为当地基层组织，对于被继承人的遗产情况、家庭关系的排摸、财产的保护、债权债务的处理和遗产的分配等具有优势，更适合担任方某的遗产管理人。

法院经审理查明：被继承人方某出生于 1976 年 10 月 10 日，2020 年 12 月 17 日下午 17 时 35 分许其被送至上海市某医院，因无人告知具体身份信息，医院以无名氏 130 命名并急诊抢救，后急诊留观，2021 年 1 月 2 日因呼吸停止、心率血压为 0 被宣告临床死亡。方某的父亲方某某与母亲李某某于 1975 年 10 月 17 日登记结婚，方某某于 2018 年 12 月 6 日报死亡，李某某于 2018 年 11 月 13 日死亡，方某某的父母已先于其死亡，李某某的父母也已先于其死亡。由上海市某区公安局 1998 年 9 月 21 日签发的居民户口簿显示，户主李某某，户别非农业家庭，住址上海市某区某室，方某与户主关系为子，方某婚姻状况为未婚。由被申请人下属机构某区婚姻登记中心出具的文件显示，2002 年 1 月 1 日至 2021 年 7 月 12 日期间未查询到方某在本市的婚姻登记记录。

2011 年 10 月 18 日，案涉房屋产权登记至方某、李某某名下。2013 年 12 月 6 日，二申请人作为乙方、方某与李某某及方某某作为甲方签订《房屋转让协议》，约定甲

方将案涉房屋转让给乙方，房屋转让价为 350000 元。2013 年底，方某将案涉房屋交付给申请人，申请人装修入住至今。2014 年 9 月 24 日，申请人（乙方）与方某、李某某、方某某（甲方）签订《补充协议》，约定因甲方限购，暂不能于 2014 年 12 月 31 日前迁出户籍，甲方必须在过户后六个月内迁出户籍。2015 年 9 月 7 日，申请人（乙方）与方某、李某某、方某某（甲方）签订《补充协议》，约定在乙方具备符合办理产权过户条件时，甲方无条件协助乙方办理过户手续。2014 年 9 月 24 日，方伟出具《收据》，确认收到房款 240000 元。2019 年 10 月 23 日，方某出具《收条》，确认收到房款 80000 元。2020 年 12 月 2 日，方某出具《收据》，确认收到房款 30000 元，收到案涉房屋全部房款。2020 年 10 月，二申请人作为原告、以方某为被告向上海市浦东新区人民法院提起诉讼，要求方某涤除案涉房屋上设定的抵押权登记，协助二申请人办理将案涉房屋产权登记过户至二申请人名下的手续。上海市浦东新区人民法院经审理后于 2021 年 3 月 2 日做出（2020）沪 0115 民初 79289 号民事判决，支持了二申请人的诉讼请求。2022 年 2 月，二申请人就前述判决提起再审申请，理由为一审审理中方某已经死亡，导致判决无法执行，上海市第一中级人民法院于 2022 年 5 月 23 日做出（2022）沪 01 民再 35 号民事裁定书，裁定撤销（2020）沪 0115 民初 79289 号民事判决、发回浦东新区人民法院重审。

另查明，方某生前户籍所在地为上海市某区某室。经被申请人利用其现有系统查询全国范围内婚姻登记信息，未能查到方某有婚姻登记记录，但被申请人表示全国婚姻登记信息仅部分互联并非全部互联且无法保证准确性、完整性。经浦东新区人民法院联系方某生前户籍所在地居委会，该居委会主任表示方某户口系从他处迁入，方某去世后无人出面处理，其火化等的费用系居委会出的钱，因不清楚方某的亲属和遗产具体情况，居委会没有能力也没有意愿担任方某的遗产管理人。

## 裁判结果

上海市浦东新区人民法院于 2022 年 10 月 11 日作出（2022）沪 0115 民特 525 号民事判决：指定上海市某区民政局为方某的遗产管理人。

## 裁判理由

法院生效裁判认为：《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条规定：继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。第一千一百四十六条规定：对遗产管理人的确定有争议的，利害关系人可以向人民法院申请指定遗产管理人。本案中，在案证据反映出方某去世时其已无法定的继承人，二申请人因购买方某及其母亲名下案涉房屋并发生诉讼，系利害关系人，二申请人有权提起本案指定遗产管理人申请。因方伟生前户籍所在地位于本市该区，且其生病后被送至上海市该区医院急诊抢救，依常理应系就近送医，被申请人亦无证据证实方某生前居住于外区，故可以推定方伟生前住所地位于该区。现申请人申请指定被申请人为方某的遗产管理人，合理有据，应予支持。

就被申请人的各项辩称意见，法院认为，其一，法律并未规定在没有继承人情况下居民委员会的当然遗产管理人资格，本案中，在方某户籍所在地居民委员会明确拒绝担任遗产管理人情况下，更不应直接指定其为方某的遗产管理人；其二，被申请人虽辩称没有安排相关的岗位、职务、缺乏相应能力和成本预算及权能，但即便理由属实，亦不能据此拒绝履行法定职责，而应积极探索、逐步完善相应履职保障措施，综

上，法院对被申请人的辩称意见不予采纳。

**【相关法条】**

《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条、第一千一百四十六条、第一千一百四十七条、第一千一百四十八条

**【案件索引】**

一审案号：上海市浦东新区人民法院（2022）沪 0115 民特 525 号（2022 年 10 月 11 日）

一审法院独任法官 上海市浦东新区人民法院 李尚伟

## 指定民政部门担任遗产管理人制度的司法实践展开

### ——石某某、刘某某诉上海市某区民政局申请指定遗产管理人纠纷案

（来源：中国上海司法智库 作者：李尚伟 李朋 2023 年 9 月 11 日）

#### 裁判要点

1. 在遗产管理人难以确定时，被继承人的债权人可以作为利害关系人向人民法院申请指定民政部门担任遗产管理人，以破解遗产处理僵局；
2. 《民法典》并未规定在没有继承人情况下居民委员会的当然遗产管理人资格，在居民委员会明确拒绝担任遗产管理人情况下，不应指定其为遗产管理人；
3. 民政部门不能以缺乏相应岗位、预算及权能为由拒绝担任遗产管理人。

#### 基本案情

申请人石某某、刘某某诉称：其于 2013 年向方某及方某父母购买了上海市某区某处的房屋（以下简称案涉房屋），一直未过户，后方某于 2021 年 1 月 2 日死亡。经查实，方某生前无配偶、无子女、无兄弟姐妹，其父母、祖父母、外祖父母均早于其本人死亡，故方某已无法定继承人。案涉房屋尚在方某名下，现无法完成过户手续，故根据《民法典》的规定，请求法院判令：指定被申请人上海市某区民政局为方某的遗产管理人。

被申请人上海市某区民政局辩称：不同意申请事项。1、申请人未穷尽手段查明方某是否无继承人，希望法院能调查清楚；2、《民法典》规定了遗产管理人的职责，根据该规定，遗产管理人工作非常重要、也非常细致和繁杂，需要花费一定的人财物，被申请人作为本区域民政主管部门，主要负责对本区民政事务和基层单位进行管理和



指导，并不参与具体事务的执行，没有安排相关的岗位和职务，缺乏这方面的能力和成本预算，也缺乏权能查询被继承人的存款、债权等财产状况，难以查明是否存在权利冲突的情况，基于此，遗产清理的时间可能较为漫长，被申请人并不是最合适的遗产管理人；3、方某生前户籍地为上海市某区处，系动迁安置小区，隶属于居委会管辖。《民法典》规定除民政部门外，村委会也可以担任遗产管理人，尽管未将居委会列入，但根据相关法律规定，一般而言，村、居委会是并行概念，权责范围并无二致，《民法典》有关遗产管理人的规定应同样适用于居委会，且系动迁安置小区，居委会即是原来村委会的转化，新居委会作为当地基层组织，对于被继承人的遗产情况、家庭关系的排摸、财产的保护、债权债务的处理和遗产的分配等具有优势，更适合担任方某的遗产管理人。

法院经审理查明：被继承人方某出生于 1976 年 10 月 10 日，2020 年 12 月 17 日下午 17 时 35 分许其被送至上海市某医院，因无人告知具体身份信息，医院以无名氏 130 命名并急诊抢救，后急诊留观，2021 年 1 月 2 日因呼吸停止、心率血压为 0 被宣告临床死亡。方某的父亲方某某与母亲李某某于 1975 年 10 月 17 日登记结婚，方某某于 2018 年 12 月 6 日报死亡，李某某于 2018 年 11 月 13 日死亡，方某某的父母已先于其死亡，李某某的父母也已先于其死亡。由上海市某区公安局 1998 年 9 月 21 日签发的居民户口簿显示，户主李某某，户别非农业家庭，住址上海市某区某室，方某与户主关系为子，方某婚姻状况为未婚。由被申请人下属机构某区婚姻登记中心出具的文件显示，2002 年 1 月 1 日至 2021 年 7 月 12 日期间未查询到方某在本市的婚姻登记记录。

2011 年 10 月 18 日，案涉房屋产权登记至方某、李某某名下。2013 年 12 月 6 日，二申请人作为乙方、方某与李某某及方某某作为甲方签订《房屋转让协议》，约定甲

方将案涉房屋转让给乙方，房屋转让价为 350000 元。2013 年底，方某将案涉房屋交付给申请人，申请人装修入住至今。2014 年 9 月 24 日，申请人（乙方）与方某、李某某、方某某（甲方）签订《补充协议》，约定因甲方限购，暂不能于 2014 年 12 月 31 日前迁出户籍，甲方必须在过户后六个月内迁出户籍。2015 年 9 月 7 日，申请人（乙方）与方某、李某某、方某某（甲方）签订《补充协议》，约定在乙方具备符合办理产权过户条件时，甲方无条件协助乙方办理过户手续。2014 年 9 月 24 日，方伟出具《收据》，确认收到房款 240000 元。2019 年 10 月 23 日，方某出具《收条》，确认收到房款 80000 元。2020 年 12 月 2 日，方某出具《收据》，确认收到房款 30000 元，收到案涉房屋全部房款。2020 年 10 月，二申请人作为原告、以方某为被告向上海市浦东新区人民法院提起诉讼，要求方某涤除案涉房屋上设定的抵押权登记，协助二申请人办理将案涉房屋产权登记过户至二申请人名下的手续。上海市浦东新区人民法院经审理后于 2021 年 3 月 2 日做出（2020）沪 0115 民初 79289 号民事判决，支持了二申请人的诉讼请求。2022 年 2 月，二申请人就前述判决提起再审申请，理由为一审审理中方某已经死亡，导致判决无法执行，上海市第一中级人民法院于 2022 年 5 月 23 日做出（2022）沪 01 民再 35 号民事裁定书，裁定撤销（2020）沪 0115 民初 79289 号民事判决、发回浦东新区人民法院重审。

另查明，方某生前户籍所在地为上海市某区某室。经被申请人利用其现有系统查询全国范围内婚姻登记信息，未能查到方某有婚姻登记记录，但被申请人表示全国婚姻登记信息仅部分互联并非全部互联且无法保证准确性、完整性。经浦东新区人民法院联系方某生前户籍所在地居委会，该居委会主任表示方某户口系从他处迁入，方某去世后无人出面处理，其火化等的费用系居委会出的钱，因不清楚方某的亲属和遗产具体情况，居委会没有能力也没有意愿担任方某的遗产管理人。

## 裁判结果

上海市浦东新区人民法院于 2022 年 10 月 11 日作出（2022）沪 0115 民特 525 号民事判决：指定上海市某区民政局为方某的遗产管理人。

## 裁判理由

法院生效裁判认为：《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条规定：继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人；没有遗嘱执行人的，继承人应当及时推选遗产管理人；继承人未推选的，由继承人共同担任遗产管理人；没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。第一千一百四十六条规定：对遗产管理人的确定有争议的，利害关系人可以向人民法院申请指定遗产管理人。本案中，在案证据反映出方某去世时其已无法定的继承人，二申请人因购买方某及其母亲名下案涉房屋并发生诉讼，系利害关系人，二申请人有权提起本案指定遗产管理人申请。因方伟生前户籍所在地位于本市该区，且其生病后被送至上海市该区医院急诊抢救，依常理应系就近送医，被申请人亦无证据证实方某生前居住于外区，故可以推定方伟生前住所地位于该区。现申请人申请指定被申请人为方某的遗产管理人，合理有据，应予支持。

就被申请人的各项辩称意见，法院认为，其一，法律并未规定在没有继承人情况下居民委员会的当然遗产管理人资格，本案中，在方某户籍所在地居民委员会明确拒绝担任遗产管理人情况下，更不应直接指定其为方某的遗产管理人；其二，被申请人虽辩称没有安排相关的岗位、职务、缺乏相应能力和成本预算及权能，但即便理由属实，亦不能据此拒绝履行法定职责，而应积极探索、逐步完善相应履职保障措施，综

上，法院对被申请人的辩称意见不予采纳。

**【相关法条】**

《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条、第一千一百四十六条、第一千一百四十七条、第一千一百四十八条

**【案件索引】**

一审案号：上海市浦东新区人民法院（2022）沪 0115 民特 525 号（2022 年 10 月 11 日）

一审法院独任法官 上海市浦东新区人民法院 李尚伟

## 女方参与经营男方公司，男方签下对赌协议后因股权回购产生的债务是否属于夫妻共同债务？

（来源：微信公众号小军家事 作者：魏小军 2023 年 9 月 1 日）

### 裁判要旨

夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

### 基本案情

八叶公司成立于 2007 年 3 月 21 日，曾用名北京八叶科技有限公司，系有限责任公司。于 2015 年 9 月 21 日变更为股份有限公司。

2015 年 7 月 7 日，甲方陶某莉、乙方八叶公司、丙方肖某河共同签订《合作协议书》，约定：1. 整体方案：1.1. 甲方向乙方提供借款人民币 60 万元（大写：陆拾万元）。1.2. 乙方应在 2015 年 9 月 30 日前完成股份制改造，由有限责任公司整体变更为股份有限公司，并在 2015 年 12 月 31 日前完成在全国中小企业股份转让系统的挂牌（以下简称“新三板挂牌”）并以做市交易方式对部分股票进行交易……1.4. 在乙方完成股份制改造，整体变更为股份有限公司之日起至其向全国中小企业股份转让系统递交挂牌申请及资料之日的期间内，乙方有义务完成向甲方定向增发相当于人民币 60 万元（大写：陆拾万元）金额的股份并由甲方取得及合法持有乙方所增发的股份（以下简称“定向增发”），定向增发的股票的认购价格定价依据以本协议第 4.3 条的约定为准……4.6.1 回购条件：当出现以下任一情况时，丙方承诺可按照增资总



额年化收益率 20%的收益计算，溢价收购其本次定增的全部股权：4.6.1.1 乙方未在 2016 年 3 月 31 日前完成新三板挂牌；4.6.1.2 乙方如期完成新三板挂牌，但其每股股票在挂牌完成 6 个月后的平均交易价格低于本次定向增发中每股定价的 120%；4.6.2 回购时间：丙方承诺在 4.6.1 所示任一情况发生后三个月内以现金形式溢价回购全部股权，逾期视为违约。7.3. 若乙方违约，应当按照甲方借款额的 20%向甲方支付违约金。若乙方违约使得本协议之目的无法实现，或者导致乙方无法成功完成新三板挂牌的，甲方有权选择解除本协议，同时乙方、丙方承担违约责任。

同日，陶某莉向八叶公司转账 600000 元，八叶公司出具收据，确认收到定增款 600000 元。2015 年 10 月 14 日，八叶公司将上述款项退回陶某莉，要求翟某作为代持股人将款转给公司账户。次日，翟某向八叶公司转账 600000 元。

另查，2015 年 10 月 14 日，陶某莉（委托人，甲方）与翟某（受托人，乙方）签订《股权代持协议书》，载明：一、代持股基本情况 1、甲方在北京八叶科技有限公司（股份制改造后会更名）中持有对应出资人民币 600000 元的股份，该股份由乙方代为持股；2、乙方在此声明并确认，代持股份的投资款系完全由甲方提供，只是由乙方以其自己的名义代为投入北京八叶科技有限公司，故代持股份的实际所有人应为甲方；乙方系根据本协议代甲方持有代持股份；3、乙方在此进一步声明并确认，由代持股份产生的或与代持股份有关之收益归甲方所有，在乙方将上述收益交付给甲方之前，乙方系代甲方持有该收益。

2016 年 5 月 24 日，八叶公司完成挂牌。

陶某莉提交（2018）京 0106 民初 24638 号民事判决书，该判决认定根据庭审查明之事实，八叶公司在全国中小企业股份转让系统挂牌的时间为 2016 年 4 月 26 日，晚于《合作协议书》中约定的 2016 年 3 月 31 日，回购条件已经满足。

陶某莉持有八叶公司股票 409277 股。陶某莉于 2019 年 3 月 10 日向肖某河发送邮件进行工作交接，并主张肖某河回购 60 万元八叶公司股票。

肖某河与刘某系夫妻关系。陶某莉向本院提交四川广润机电有限公司企业信息查询、账户明细，欲证明四川广润公司为八叶公司全资子公司，刘某的社保及退休手续均由四川广润公司购买并办理。陶某莉提交多份电子邮件，欲证明刘某共同参与、经营八叶公司及其子公司。肖某河、刘某称上述邮件产生于签订协议后，刘某对此不知情，四川广润公司为独立法人，且不能证明刘某实际参与公司经营。

## 法院裁判

### 一审判决：

法院认为，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第一条第二款规定，民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，适用当时的法律、司法解释的规定，但是法律、司法解释另有规定的除外。故本案应适用民法典施行前的相关法律、司法解释的规定。

陶某莉、肖某河、八叶公司签订的《合作协议书》系各方当事人真实意思表示，不违反法律法规的强制性规定，应属有效。各方当事人应当依约履行。《合作协议书》约定，如八叶公司未在 2016 年 3 月 31 日前完成新三板挂牌，或者八叶公司如期完成新三板挂牌 6 个月后股票平均交易价格低于定向增发中每股定价的 120%，肖某河应回购陶某莉的股份。根据八叶公司企业相关信息显示，该公司于 2016 年 5 月 24 日挂牌，晚于《合作协议书》中约定的 2016 年 3 月 31 日，故回购条件已经满足，肖某河应当按约回购陶某莉所持股票。现肖某河辩称本案已超过诉讼时效，陶某莉在与肖某河发送邮件、微信聊天记录中均有主张其回购股份的请求，构成诉讼时效的中断，故

对其抗辩，法院不予采纳。关于回购金额，应按双方约定年化收益率 20% 计算。关于违约金，肖某河及八叶公司承诺挂牌时间最迟不得晚于 2016 年 3 月 31 日，八叶公司实际挂牌时间晚于 2016 年 3 月 31 日，且未按约定回购股权，已构成违约，八叶公司应按照借款额的 20% 支付违约金，陶某莉主张肖某河共同支付违约金，缺乏合同依据，法院不予采纳。关于陶某莉主张刘某对肖某河负有的支付义务承担共同还款责任一节，夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。陶某莉提交证据虽无法看出刘某于 2015 年对该笔债务的产生知情，但刘某之后参与公司经营管理，客观上享有共同经营收益，现有证据足以证明刘某与肖某河系共同生产经营，法院对其该项诉讼请求予以支持。

据此，一审法院判决：一、肖某河于判决生效之日起十日内给付陶某莉股权回购款 1430000 元；二、刘某对上述债务承担共同给付义务；三、北京八叶科技股份有限公司于判决生效之日起十日内向陶某莉支付违约金 120000 元；四、驳回陶某莉的其他诉讼请求。

二审判决：

本案争议焦点为：肖某河应支付多少股权回购款；股权回购产生的债务是否属于夫妻共同债务。

关于焦点一，肖某河应支付 143 万元股权回购款。《合作协议书》约定股权回购时溢价收购的原则，约定了计算基数和收益标准，但并未约定溢价款计算的起止时间。按照约定结合本案股权回购触发条件成就情况，肖某河应在 2016 年 6 月 30 日前以溢价形式完成股权回购，逾期则视为违约。虽该协议约定应向守约方赔偿全部损失，但

并未约定计算溢价回购款的具体起止时间。1. 关于溢价回购款起算时间，应为陶某莉实际支付款项的时间。陶某莉第一次支付款项的时间为《合作协议书》签订当日即 2015 年 7 月 7 日，根据《合作协议书》，该款项在协议签署之日起 3 个月内为无息借款，但八叶公司为陶某莉出具收据，显示收到陶某莉定增款 60 万元。《合作协议书》约定如股份制改造完成时间早于借款到期时间，则提前偿还借款，完成股票定增事宜，定向增发最迟不得晚于 2015 年 10 月 31 日前。于陶某莉而言，该款项即是定增款，从陶某莉的支付目的以及八叶公司出具的收据可知。虽约定该款项自协议签署之日起三个月内为借款，八叶公司在 2015 年 10 月 14 日与陶某莉指定的代持股人翟某签订了定增协议，但在定增目的未实现而需要股权回购时，双方并未明确约定溢价回购款的起止时间。按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，再结合肖某河为合同文本提供方的情况，认定起算时间为 2015 年 7 月 7 日较为妥当。2. 关于溢价回购款计算截止时间，肖某河与陶某莉产生争议，本案审理中即各执一词，无法达成补充约定。据此，应按照合同有关条款或者交易习惯确定。基于本案《合作协议书》的对赌协议性质，股权回购款计算截止时间为实际支付回购款之日起为较为常见，且肖某河与陶某莉沟通时虽然就标准表述为年化率 5%，但计算时间为 6 年。基于诚实信用原则和交易习惯，同结合肖某河、八叶公司为合同文本提供方的情况。认定截止时间为实际支付回购款之日，对肖某河作出了不利解释，并无不妥。即使以实际完成定增时间作为计算股权回购款的起算时间，陶某莉主张股权回购款 143 万元，亦未超出合理数额，一审判决予以支持，并无不妥，本院予以维持。

关于焦点二，股权回购产生的债务属于夫妻共同债务。根据司法解释规定，夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属

于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。陶某莉主张该债务属于夫妻共同债务，但该债务并非属于家庭日常生活需要所负的债务，也无法反映《合作协议书》系刘某、肖某河夫妻共同意思。同时该款项并未有证据显示直接用于肖某河、刘某夫妻共同生活。所以如认定构成夫妻共同债务，就应证明刘某、肖某河对八叶公司共同生产经营。一审法院并未对相关事实予以查明，直接认定存在共同生产经营，确有不妥。本院补充查明相关事实后予以认定。根据二审审理中查明的事实，足以看出刘某在《合作协议书》签订前后参与八叶公司的经营管理，无论是工作事项汇报、款项支付事宜请示，还是刘某在八叶公司高管微信群发言的客观事实，同时与陶某莉有相似情况的案外人就股权回购事宜与刘某沟通，刘某也进行了处理。综合上述事实，足以认定刘某与肖某河对八叶公司进行共同生产经营。进一步来说，刘某应对本案中肖某河承担的债务承担共同给付责任。

综上所述，肖某河、刘某的上诉请求不能成立，应予驳回。



## 离婚三天前夫即再婚、半年生子，前妻二年后知晓提起离婚损害赔偿能否支持？——北京三中院 2023 年改判案例

（来源：微信公众号福州律师蔡思斌 作者：蔡思斌 2023 年 9 月 15 日）

### 案件情况

这是北京三中院 2023 年案例，案情相当清楚，但涉及的法律关系却有一定说头，并非如此简单。

男女双方原为夫妻关系，后双方于 2019 年 10 月 18 日在民政局协议离婚。2019 年 10 月 21 日男方即与他人再婚，于 2020 年 4 月 13 日生育一子。女方称 2022 年才知晓，故于提起离婚损害赔偿诉讼，要求男方精神损害赔偿 20 万元。

### 一审法院

一审法院以超过诉讼时效为由驳回女方诉讼请求，认为双方于 2019 年 10 月协议离婚，现女方主张男方存在过错行为，相关法律事实发生在民法典施行之前，应当适用当时的法律、司法解释。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称婚姻法司法解释（二））第二十七条规定，当事人在婚姻登记机关办理离婚登记手续后，以婚姻法第四十六条规定为由向人民法院提出损害赔偿请求的，人民法院应当受理。但当事人在协议离婚时已经明确表示放弃该项请求，或者在办理离婚登记手续一年后提出的，不予支持。本案中，双方于 2019 年 10 月协议离婚，女方向法院提出损害赔偿请求已在办理离婚登记手续一年后，因此法院难以支持。

## 二审北京三中院

二审法院可没有含糊，针对该二个争议焦点，旗帜鲜明亮出自己观点。

第一，关于离婚损害赔偿的过错行为认定。

2001 年修订的婚姻法首次确立了离婚损害赔偿制度，体现在第四十六条，即有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚的；（二）有配偶者与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的。该规定是我国以立法形式首次确立离婚损害赔偿制度，旨在填补受害配偶的损害，通过给予具有经济赔偿和精神慰藉双重作用的抚慰金以抚慰受害方。

但是实践中面对复杂多变的社会生活，婚姻法第四十六条以限制性的列举方式对离婚损害赔偿的法定事由予以规定，无法对其他过错情形进行扩大化解释，难以发挥离婚损害赔偿的适用效果，充分实现该制度制裁导致婚姻解除的过错方的功能，民法典第一千零九十一条采取列举式与概括性规定相结合的立法方式，在婚姻法第四十六条的基础上对离婚损害赔偿制度予以进一步完善，即在原有四项法定过错之外又增设了“有其他重大过错”这一兜底性规定，从而解决了该制度适用情形过窄的问题。

本案中，女方、男方于 2019 年 10 月 18 日在民政局协议离婚，离婚三日后 2019 年 10 月 21 日男方即与他人再婚，并于 2020 年 4 月 13 日生育一子。根据男方与他人再婚生子的时间节点及庭审中双方认可的事实，其过错行为的程度已经达到民法典第一千零九十一条规定的兜底条款“有其他重大过错”的条件。

第二，协议离婚后提出离婚损害赔偿的时间要求。

婚姻法对办理离婚登记手续后，提出损害赔偿请求的时间限制未作出相关规定，但在婚姻法司法解释（二）第二十七条规定了时间限制，即在婚姻登记机关办理离婚登记手续后一年内提出，过期则不予支持。

该“一年”的规定旨在督促权利人及时行使权利，保持社会关系的稳定，但存在以下两方面问题：一是婚姻法一直将照顾无过错方利益作为离婚夫妻财产分割的原则，离婚损害赔偿作为三大离婚救济制度之一，应当充分体现出这一理念，对于无过错方在离婚一年后才得知对方存在过错情形的，如将起诉请求离婚损害赔偿的期限限制在一年，不利于无过错方权利的行使，也与离婚损害赔偿诉讼程序中保护无过错方合法权益的宗旨相背离；二是从离婚损害赔偿请求权的性质来看，由于婚姻法司法解释（二）规定的一年期间，排除了协议离婚的当事人在一年后行使离婚损害赔偿请求权的权利，作为一项对当事人权利造成很大影响的规定，在我国民事法律体系中缺乏明确的依据。

综合上述各种考量，2021 年 1 月 1 日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（以下简称婚姻家庭编解释（一））第八十九条规定，当事人在婚姻登记机关办理离婚登记手续后，以民法典第一千零九十一条规定为由向人民法院提出损害赔偿请求的，人民法院应当受理。但当事人在协议离婚时已经明确表示放弃该项请求的，人民法院不予支持。该条删除了婚姻法司法解释（二）关于“在办理离婚登记手续一年后提出的，不予支持”的规定。

由于婚姻家庭编在我国民法典体系中位于第五部分，根据体系解释的方法，离婚损害赔偿请求权的行使应同样适用民法典诉讼时效的原则规定。无过错方向法院提起诉讼，请求离婚损害赔偿的诉讼时效应为三年，从当事人知道或应当知道原配偶有重大过错行为之日起计算。

本案中，女方提出离婚损害赔偿的时间是在二人 2019 年协议离婚一年后，根据婚姻法司法解释（二）第二十七条的规定，女方提起离婚损害赔偿诉讼已超过了一年的期限，不应予以支持，一审法院即是依据该审理思路判决驳回了女方的该项诉讼请

求。因此，本案的审理关键在于无过错方提起离婚损害赔偿的时间能否适用民法典及其司法解释的相关规定，不受协议离婚后一年内的限制。

第三，本案应当适用民法典及婚姻家庭编解释（一）的相关规定。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》（以下简称民法典时间效力规定）第二条规定，民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释有规定，适用当时的法律、司法解释的规定，但是适用民法典的规定更有利于保护民事主体合法权益，更有利于维护社会和经济秩序，更有利于弘扬社会主义核心价值观的除外。该条款主要是针对旧法有规定而新法改变了旧法规定时如何适用法律的规定，包括“法不溯及既往”原则和有利溯及适用规则。其中，在有利溯及标准的把握上，将更有利于保护民事主体合法权益、更有利于维护社会和经济秩序、更有利于弘扬社会主义核心价值观的“三个更有利于”作为判断有利溯及的标准，并以符合诚实信用、公序良俗和日常生活经验法则的要求为判断合理预期的基准，从而确保法律秩序的稳定。

意思自治作为民法典的基本原则之一，在涉及私人事务的婚姻家庭领域尤为重要。最能体现意思自治的，莫过于民事主体按自己的意思处分权利。离婚损害赔偿请求权作为民法典第一千零九十一条明确赋予夫妻中无过错方的权利，如仍以婚姻法规定的四种过错情形作出认定，或以超过协议离婚时间“一年”为由即驳回无过错方的诉讼请求，显然不符合民法典婚姻家庭编保护无过错方利益原则所追求的目的。

基于上述分析，民法典关于离婚损害赔偿法定情形的兜底条款、婚姻家庭编解释（一）中关于协议离婚后提起离婚损害赔偿的条款满足了民法典时间效力规定第二条有利溯及中“三个更有利于”的标准。本案适用民法典、婚姻家庭编解释（一）的规定更符合公序良俗的相关内容，有利于弘扬社会主义核心价值观。

综上，男方的行为已经构成民法典规定的“其他重大过错”，女方作为无过错方，有权通过离婚损害赔偿制度得到相应补偿和救济。虽然女方在办理离婚登记手续一年后提出，且离婚事实发生在民法典实施前，但在离婚协议中其并未明确放弃该项主张，本案适用民法典及相关司法解释的规定更有利于保护民事主体的合法权益。一审法院仅以该请求超过协议离婚一年为由予以驳回，处理不当，本院予以纠正。具体赔偿数额本院结合双方在离婚协议中所作财产的分割处理情况，根据案件实际酌予确定为 5 万元。

当然，实际上还有一个法律争议点一审法院没有提出，但确实存在一定的法律障碍。依据婚姻法第四十六条，即有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚的；（二）有配偶者与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的。而离婚后半年内与他人结婚生子并不在该四条法定情形内。

### 福州蔡律师评析

这个案例有三个启示：1、应活学活用民法典第一千零九十一条规定的兜底条款“有其他重大过错”，在不属于法定情形之外，如确实对于夫妻关系及双方情感带来重大伤害的也是可以要求损害赔偿的。2、民法典时间效力亦非一定遵循法不溯及既往原则，亦可以遵循有利溯及原则，对于更有利于保护民事主体合法权益、更有利于维护社会和经济秩序、更有利于弘扬社会主义核心价值观的等“三个更有利于”应细细研究，灵活运用。3、律师在制作离婚协议时针对夫妻配偶有一方出轨已被知晓的前提下，可以进一步设置相关条款以规避事后被索赔风险。

案例索引：(2023)京 03 民终 2580 号，以上涉及人名均为化名。



## ➡ 裁判实务

### 将房产赠与同事十几年后，93 岁老人再婚欲将其收回， 法院：驳回上诉

（来源：微信公众号九派新闻 作者：徐红 2023 年 8 月 30 日）

8 月 30 日，上海高院发布了一起财产纠纷案。独居老人因感念同事多年照顾，与其建立附赡养义务的赠与关系，承诺去世后把自己的全部财产留给同事，没想到，年逾九旬的老人再婚之际，又想要回已过户至同事名下的房屋。

据了解，王阿公出生于上个世纪二十年代，早年与妻子离异，子女也同他互不往来，多年来独自一人生活。刘家上一辈便与王阿公熟识，刘家夫妇与王阿公既是同事又是晚辈，十几年来一直很照顾独居的王阿公。

2004 年，王阿公立下遗嘱，表示自己去世后，由刘家夫妇继承自己的房屋和财产，他在遗嘱中写道：“他们以胜似亲人的关爱，帮我度过伤病痛，关注我的日常生活，做了许多事情……”

次年，王阿公手写《赡养及财产赠送协议》，明确提出愿与刘家夫妇建立赡养关系，确定其过世后，房屋及全部财产归属刘家夫妇。

当年 12 月，王阿公与刘家人签订房屋买卖合同，房屋过户至刘家人名下。一直以来，王阿公从未向刘家人提出支付房款，刘家人也从未要求王阿公搬离，王阿公在该房屋居住至今。

2019 年 6 月，93 岁的王阿公认识了现在的老伴，一年后，两人登记结婚。期间王阿公两次诉至法院，要求确认房屋买卖合同无效、解除房屋买卖合同，后分别撤诉和被法院驳回。

2022 年 8 月，王阿公再次以刘家人未尽赡养义务为由提起诉讼，要求撤销对房屋的赠与。刘家人表示，在被起诉之前，他们经常陪伴老人，带他参加旅游、聚会等，并在庭审中提供了双方合影照片等；起诉后，王阿公将他们微信拉黑、拒绝登门看望，但他们仍坚持履行赡养义务，发短信关怀老人。

经查，原告王阿公系自行书写《赡养及财产赠送协议》并签字，被告虽未签字，但双方随后办理了房屋产权过户手续，以实际行动履行了该协议，原被告之间成立附赡养义务的赠与关系。被告在获得赠与房屋前已经照顾原告十余年，原告对此认可而将房屋赠与被告。在赠与房屋至原告第一次起诉被告的十几年期间，并未有证据表明被告不履行赡养义务或双方发生矛盾。原告因其自身婚姻关系变化而需要房屋，并非被告不愿意履行赡养义务，原告以被告不履行赠与合同约定义务为由提出撤销赠与，缺乏事实依据，法院判决驳回原告全部诉讼请求。

王阿公不服上诉，二审法院驳回上诉，维持原判。

## 法官心语

### 一、维护社会诚实守信善良风俗

随着老龄化程度的加深，养老问题日益突出，个人通过合同等方式建立赡养关系，不失为社会养老机制的一种有益补充。本案原告系高龄老人，在无亲人照顾的情况下，与同事建立附赡养义务的赠与关系。赠与不可随意撤销，本案中，在被告已照护原告多年，且房屋已经赠与被告的情况下，原告因自身婚姻变化，多次至法院诉讼，欲要回房屋产权，实属有违诚信及和谐社会善良风俗。

需注意的是，法律赋予赠与人在符合一定条件下撤销赠与的权利，根据《民法典》第 663 条规定，受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：严重侵害赠与人或

者赠与人近亲属的合法权益；对赠与人有扶养义务而不履行；不履行赠与合同约定的义务。

## 二、尽量确保被赠与人履行赡养义务

建立附赡养义务的赠与关系后，被赠与人应本着诚实守信、有始有终的原则，即便先获得财产，也应积极履行对老人的赡养义务。同时，为防止赡养义务人在获得财产后怠于履行义务，可由相关政府部门建立附赡养义务的赠与合同联网备案机制，定期回访相关当事人并录入档案，有效监督赡养义务人，减少老人后顾之忧，倘若日后双方产生争议，亦有证可查。本案中原告系高龄老人，我们也希望将来原被告双方能够摒弃嫌隙，多沟通协商，让老人安享晚年。

## 三、老人签订协议前要慎重考虑

虽然签订附赡养义务的赠与协议不失为“老有所养”的一种选择，但老人作为赠与人，在选取赡养义务人、签订协议时要慎重考虑，避免后续因个人婚姻、生活变动等因素而“出尔反尔”、破坏稳定的赡养关系。签订协议时建议采用书面形式，明确双方的权利义务，明确赠与财产的名称、数量、范围以及提供赡养的具体内容、办法和期限。在双方合法权益都能得到保护的情况下，赡养关系才能长久稳定。

诚信是人类社会普遍的道德要求，是社会主义道德建设的重要内容，是构建社会主义和谐社会的重要纽带。在中国传统文化中，不仅形成了诚信的道德观念和行为准则，而且铸就了诚信的心理趋向和道德传统。而如今诚信不再只是一个道德范畴，更是受到法律的约束和保护。

本案中，老人再婚后欲反悔十几年前与同事约定的附赡养义务的财产赠与，在同事已对其照护多年的情况下，意欲撤销赠与，有违和谐社会善良风俗，且不利于赡养关系稳定，法院不支持老人的诉请。二审维持原判。该案再次强调了民事主体从事民

事活动应遵循诚信、公平原则。

人民法院的判决不仅保护了赡养方的合法权益、维护了民事关系的和谐与稳定，又为合同等多元化方式建立赡养关系的新型养老模式提供了法律保障。

## 法条链接

《中华人民共和国民法典》

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。

第七条 民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。

第八条 民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。

第六百五十七条 赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。

第六百六十一条 赠与可以附义务。

赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务。

## 遗嘱中设立居住权有法律效力吗？

（来源：北京西城法院 作者：田婧 杨艺 张欣瑜 2023 年 9 月 7 日）

遗嘱继承问题是与百姓生活最为密切联系的法律问题之一，遗产的分配对和睦家庭关系的维系具有重要作用。

那么，对于遗嘱人立有数份遗嘱，且其中内容相抵触的情况应如何处理？遗嘱人在遗嘱中为他人设立的居住权又是否具有法律效力呢？

接下来，京小槌将通过一起案例为大家解析。

两份遗嘱产生纠纷 兄妹四人对簿公堂

年逾七旬的兄弟姐妹四人因父母的遗嘱继承产生纠纷，多次协商后仍未能达成共识，刘红、刘兰姐妹两人将刘国、刘强两兄弟告上了法庭。

原告刘红、刘兰诉称，2007 年 9 月 1 日，原被告父母刘山、王梅共同立下书面遗嘱，名下房产由子女四人共同继承，一旦拆迁或转租转卖，全部收入由兄弟姐妹四人平均分配。王梅、刘山相继去世后，刘红和刘兰不满刘强仍居住在父母留下的房屋中，认为他未按照原定遗嘱进行财产分配。

对于刘红和刘兰的诉讼请求，刘强表示，原告所述与事实不符，年轻时其长期在外地工作，退休后才回京居住在涉案房屋。在父母 2007 年的共同遗嘱中曾约定刘强一旦回京定居，又无力购房时，可在涉案房内无偿居住，其居住权应当得到法律保护。刘强说，其母亲于 2008 年去世，后父亲于 2020 年重立遗嘱，对涉案房屋中的个人份额及继承妻子的房屋产权份额进行重新分配。刘山于 2021 年 2 月去世。因此他认为，该涉案房屋应当按照两份遗嘱来继承，即母亲的部分由四子女共同继承，父亲的部分



由刘强继承 85%，哥哥刘国继承 15%。

原来，在 2020 年 7 月 8 日，刘山重新订立了一份遗嘱：由于次子刘强照顾自己生活直至去世，而四个子女中唯有刘强没有自己的住房，因此，涉案房屋中的其份额的 85%由次子刘强继承，15%房屋产权份额由长子刘国继承。对此，原告两姐妹认为，第二份遗嘱订立时，刘山年岁已高，神志不清、意识不清，不具备民事行为能力。

法院：遗嘱里设定居住权有效

民法典规定，遗嘱人可以撤回、变更自己所立的遗嘱。立遗嘱后，遗嘱人实施与遗嘱内容相反的民事法律行为的，视为对遗嘱相关内容的撤回。立有数份遗嘱的，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。

民法典物权编第十四章规定了居住权制度。其中第三百七十一条规定，以遗嘱方式设立居住权的，参照适用本章的有关规定。因此，居住权可以以遗嘱的方式设立。

北京西城法院经审理认为，王梅于 2008 年 3 月死亡，其法定继承人为丈夫刘山和四个子女。刘山和王梅于 2007 年 9 月 1 日订立的共同遗嘱符合法定形式合法有效，四个子女对此遗嘱也均认可。因此，王梅名下的二分之一房产份额应按照遗嘱由四个子女进行继承，即各继承涉案房屋的八分之一。

对于刘山的遗嘱部分，在与王梅订立共同遗嘱之后，刘山于 2020 年 7 月 8 日又订立了一份遗嘱。该遗嘱有两位见证人在场见证，并签名、注明了年、月、日，符合法定形式；从遗嘱订立过程的视频中看，刘山回答切题，意识清楚、思路清晰、能独立陈述，具备订立遗嘱的行为能力。原告认为刘山不具备民事行为能力，但并未提交任何证据证明刘山患有严重疾病致使其神志不清，仅以刘山订立遗嘱时已经 92 岁为由认定其神志不清、意识不清，依据不足。

因此，刘山于 2020 年 7 月 8 日订立的遗嘱合法有效，法院予以确认。刘山对于自

己名下的房产份额如何处理订立了两份内容相抵触的遗嘱，应以最后一份遗嘱为准。因王梅已经订立遗嘱将其名下的房产份额指定由四名子女继承，故刘山不能从王梅处继承房产份额，其订立的遗嘱仅能处分其占有的二分之一房产份额，对于该二分之一份额按照遗嘱由刘强继承 85%，由刘国继承 15%。

根据刘山、王梅的遗嘱，其次子刘强享有对该涉案房屋的居住权，且刘强在京定居，尚未在京购房，法院对其享有居住权的主张予以支持。原告称，刘强有购房能力且有其他住房，但并未提供证据予以证明，法院未予采信。

最终，法院判决刘山的次子刘强分得涉案房屋的 55%，长子刘国分得 20%，长女刘红及次女刘梅各分得 12.5%，次子刘强未在本市购房前对涉案房屋享有居住权，驳回了刘红、刘兰、刘强其他诉讼请求。

#### 通过遗嘱设立居住权要确保内容合法准确

居住权是指权利人为了满足生活居住的需要，按照合同约定或遗嘱，在他人享有所有权的住宅之上设立的占有、使用该住宅的权利。

居住权的设立保障了老百姓的“住有所居”，遗嘱继承是在立遗嘱当事人去世后生效，而居住权是房屋所有权人在生前发生的。房屋所有权人提前设定了居住权之后，如果这个人去世了，而居住权还在有效期内，那么居住权优先。居住权不等于继承权。

根据民法典相关规定，居住权的设立有三种方式，一是依合同，可以协商一致设立居住权；二是依遗嘱，立遗嘱人可以通过遗嘱为他人设立居住权；三是依法院裁判，多系法院为解决特殊群体的住房问题而设立的。

通过遗嘱设立居住权，要确保遗嘱内容合法准确，充分满足特定遗嘱类型设立的形式要件和实质要件。包括但不限于遗嘱中所涉及的财产应当权属清晰，具备可处分性。同时，在遗嘱中设定居住权需要明确体现民法典第三百六十七条，设立居住权当

事人应当采用书面形式订立居住权合同。

### 本案法条

《民法典》第 366 条：居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。

《民法典》第 371 条：以遗嘱方式设立居住权的，参照适用本章的有关规定。

关于居住权的设立方式：

1. 合同。当事人订立居住权合同是设立居住权最主要的形式。通过订立居住权合同设立居住权的，必须到登记机构申请居住权登记，居住权自登记时设立。
2. 遗嘱。住宅所有权人可以以遗嘱的方式为他人设立居住权，即住宅所有权人在自己的遗嘱里明确为他人设立居住权。
3. 法院判决。除本章规定的以合同和遗嘱方式设立居住权外，居住权还可以通过法院判决的形式设立。

《民法典》第 1136 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予以注每一页签字，注明年、月、日。

《民法典》第 1142 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。

## 聚焦民法典施行后的家事审判典型案例

（来源：法治周末报 作者：孟伟 2023 年 9 月 22 日）

### 一

男性老人去世后，其子诉请同居 20 年的女性老人搬离房屋

同居老人的居住利益应得到保障

2021 年 5 月 11 日，国家统计局发布的第七次全国人口普查数据显示，60 岁以上人口的占比达到 18.7%，65 岁以上人口占比达到 13.5%，中国已进入老龄化社会（65 岁及以上人口占比超过 7%）。

人口老龄化速度加快，衍生出很多不同的养老模式，除了传统的家庭养老、机构养老外，部分丧偶的老年人“搭伴养老”同居的现象也越来越多，由此也引发了越来越多的老年人同居纠纷。

近日，陕西省高级人民法院发布的 10 件家事审判典型案例中，就有一起老年人同居引起的居住利益的纠纷。

与人同居 20 年后被认作“保姆”

任某甲的父母共育有五个孩子，其中任某乙系智障患者。1997 年开始，李某与任某甲的父亲任某在任某甲名下的房屋内同居生活，李某负责照顾任某以及任某乙的生活起居长达二十多年，其间李某与任某未办理结婚登记。

2018 年任某去世后，任某甲兄弟四人曾与李某协商一致，由李某继续照顾任某乙，由其兄弟四人提供生活费用并支付李某一定报酬。后任某乙病重，任某甲认为李某失职，且没有能力继续照顾，遂提起诉讼要求李某腾出任某甲名下的房屋。

“任某甲在提起诉讼时主张李某为家中保姆，无权在该房屋内居住。”该案二审

审判员、榆林市中级人民法院高级法官杜波云说。

杜波云告诉《法治周末》记者，一审法院支持了任某甲的诉求，一审法院认为因无法证明李某与任某的夫妻关系，任某甲无扶养李某的法定义务，且案涉房屋所有权登记在任某甲名下，因此支持了任某甲要求李某腾出案涉房屋的诉讼请求。

李某不服一审判决提起上诉，手书家谱认定同居事实。

李某是否应腾出、搬离任某甲名下房屋的关键在于，李某与任某的关系是同居还是雇佣。

“李某与任某未曾办理结婚登记，给本案对其关系的认定增加了难度。”杜波云说。

二审期间，李某提供了一份证据——任某手写的家谱原件，该家谱中记载“长子任某于一九九七年一月三日续婚李某”。李某同时提交了 4 张银行存单，印证存单中任某的签字与家谱中一致。

这本家谱打开了本案审理的新局面。

杜波云告诉《法治周末》记者：“在传统观念里我们对家谱是认可的，家谱系任某本人所写，载明上诉人与任某形成民间传统‘续婚’关系。”

她还表示，另一些案件事实也能证明李某与任某是同居关系而非保姆与雇主的关系：“在李某与任某生活期间，李某负责保管任某的工资，任某已经将李某当作妻子对待。且在与任某共同生活期间，任某没有向李某支付薪酬的情况，只有在任某离世后李某照顾任某乙期间获得过报酬。”

最终，二审法院审理认为，李某在任某家庭中长期生活，并照顾任某及任某乙达二十多年，任某甲在其父任某去世后，要求李某搬离案涉房屋，有悖公序良俗，也明显不符合社会主义诚信、友善的核心价值观，故应驳回其诉讼请求。



## 同居老人居住利益探索

近年来，农村妇女进城与城市丧偶老人同居生活现象较为常见，但出于种种考虑，双方往往一般不办理结婚登记。

“考虑到未来的纠纷，很多丧偶老人在找人‘续婚’之前就已经将房产、车辆等资产转移到子女名下了，有些甚至约定好在其百年之后，让女方回归自己原本家庭。”杜波云称，这类情况并不少见，一旦男方去世，女方往往会被要求搬离住所，其合法权益难以保障。

杜波云介绍道，本案依据民法典第七条诚实信用原则，“审理后认为，现李某并无其他居所，亦无生活来源，且已经是七十多岁的老人，在其无能力照顾他人的时候，至少应老有所养，任某甲在其父亲去世后要求李某搬离居住的房屋，不符合社会普遍道德观念，违反了诚实信用原则，不应得到支持”。

杜波云坦言，我国民法典对于居住权人的家庭成员或者同居生活者、保姆等人员的居住权，并没有明确规定。居住权制度产生的基础就是对具有特定身份关系人的利益的保护，实现人民群众住有所居。居住权的功能在于满足生活居住的需要，自然应当包括家庭生活。

在审理期间，榆林中院借鉴了民法典、德国民法典以及澳门民法典中对于居住利益的定义。

民法典第三百六十六条规定：居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。德国民法典第 1093 条第 2 款规定：住宅权人有权将其家庭以及对于符合身份的服侍和护理为必要的人员接纳入住宅中。澳门民法典第 1413 条规定：享有居住利益的仅包括配偶、受权利人抚养之子女以及

其他应由权利人抚养之血亲。除此之外，还可以包括与权利人有事实婚姻关系之人以及基于为权利人服务或上述家庭成员服务而与权利人一起生活的人。

“结合民法典对于居住权的立法精神，以及借鉴以上规定，我们认为居住权人的家庭成员或者保姆等为其提供生活起居照顾的人员，亦应当享有居住的利益。”杜波云说。

## 二

### 陕西首份同居关系人身安全保护令折射反家暴难点

近年来，人身安全保护令的实践效果备受社会关注。不久前，最高人民法院发布中国反家暴十大典型案例(2023 年)，部分案例从人身安全保护令的角度切入，明确人身安全保护令申请对象包括同居结束后的恋人。

今年，陕西省西安市碑林区人民法院就发出该省首份同居关系人身安全保护令。

2022 年 4 月底，韦某与赵某通过短视频平台相识，半个月后发展成恋人关系，后分手。同年 11 月，韦某因租房需求与赵某合租，其间曾多次发生亲密行为，韦某认为双方以恋人关系进行同居。其间双方产生矛盾，赵某对韦某进行殴打，韦某经在西安市某医院进行治疗，诊断结果为左侧第 6 前肋、第 7 腋肋骨折。一个月后，韦某再次被殴打，诊断结果为右侧第 2 前肋、左侧第 6 前肋、第 7 腋肋骨折并骨痂形成。两个月后，两人再次发生矛盾，赵某再次动手殴打韦某，韦某随即报警处理。

因赵某的言行对韦某造成严重人身损害及威胁，韦某向法院申请人身安全保护令，请求禁止赵某殴打、威胁韦某及其家属；禁止赵某接触韦某及其家属；禁止赵某骚扰、跟踪韦某及其家属。

碑林区法院经审查认为，根据韦某提供的西安市第九医院 CT 检查报告单、诊断证明书及报警回执等证据，以及当事人陈述足以证明原被告名为合租朋友关系，实为恋爱关系。其间赵某多次殴打韦某，造成韦某人身和精神损害，故可以确定韦某曾遭受家庭暴力且后续仍有面临家庭暴力的现实危险，符合申请人身安全保护令的法定条件。法院遂作出民事裁定，禁止赵某接触、骚扰、跟踪韦某，禁止对韦某实施暴力行为。

以往的人身安全保护令大多适用婚姻家庭关系中，自 1 月 1 日起新修订的妇女权益保障法实施后，对婚姻家庭外的人身安全提出了更高保障。

妇女权益保护法第二十九条规定，禁止以恋爱、交友为由或者在终止恋爱关系、离婚之后，纠缠、骚扰妇女，泄露、传播妇女隐私和个人信息。妇女遭受上述侵害或者面临上述侵害现实危险的，可以向人民法院申请人身安全保护令。

“妇女权益保障法再次扩展了人身安全保护令的适用范围，不再限于家庭成员，在更大范围内为受害群体提供了权利救济的依据。”为韦某签发人身安全保护令的法官寇娟说。

寇娟告诉《法治周末》记者，同居关系的人身安全保护令的签发主要考量三个方面：一是同居关系，包括共同生活的时间、双方的亲密程度等；二是暴力的特点，包括暴力的表现形式及次数、是否具有持续性及偶发性等；三是申请人的现实危险，包括双方是否仍在一起居住或者搬离后申请人的现住所是否已被得知、被申请人对申请人言语上的威胁或胁迫等。

在寇娟看来，取证难依旧是反家暴的难点。“同居期间，双方是恋人关系，受害者的心理往往十分矛盾。以本案为例，在审查时，我们发现被申请人赵某其实在第一次对韦某实施暴力时就打断了韦某的 2 根肋骨，这个后果其实已经很严重了，但当时

的韦某因赵某的道歉和挽回并未报警处理。可韦某的原谅不仅没有让赵某改正，在接下来的日子里赵某更是变本加厉，再次对韦某实施暴力，最终，韦某报警处理。伤情照片、诊断证明、报警回执以及最终赵某认可的陈述形成了完整证据链，可以认定赵某在双方同居期间对韦某实施多次家暴行为。”寇娟说。

现实中，受害者大多和韦某相同，出于维系家庭或对方的道歉而心软，所以在收集证据上，伤情照片或诊断证明、报警回执往往显示不是同一天发生，若这时候施暴者拒不承认，那么受害者的证据就无法形成完整证据链，加大法院认定的难度。寇娟提醒，受害者若受到家暴，一定要第一时间报警并拍照，若伤情严重，选择入院治疗。必要时，可向人民法院申请人身安全保护令。

她建议，一方面，公安、法院、妇联可以形成合力，织密家暴防护网，公安机关加大家庭暴力的受理和审查力度，必要时可引导受害者向人民法院申请人身安全保护令；人民法院审查后若符合条件的，及时发出人身安全保护令；妇联及时对家暴受害者的心理进行疏导，并定期回访询问其受保护情况。另一方面，应加大宣传力度，创新宣传形式，向社会和公众输出“面对家暴，司法绝不手软”的正确司法导向，引导社会公众理性沟通，共同建立和谐、稳定的社会环境。

### 三

#### 陕西省发出首个人格权侵害禁令

2021 年 1 月施行的民法典中，人格权单独成编，法律强化了对人身自由和人格尊严的维护。

2022 年底，陕西省西安市雁塔区人民法院依法为申请人签发全省首份人格权侵害

禁令，禁止被申请人到申请人工作单位对申请人实施谩骂、骚扰行为。

雁塔区法院法官郑彤告诉《法治周末》记者，该制度旨在为公民提供更及时的事前防范、救济。

她直言，从事民商事审判工作十年，在以往办理的各类民商事案件中人格权纠纷占比相对较少，近几年明显感到名誉权、隐私权、肖像权等案件越来越多。

### 多次被辱骂、骚扰后申请禁令

张某与孙某系同事，孙某配偶李某多次采用侮辱性语言对张某进行公开贬损、谩骂。孙某多次向张某道歉，却未能有效约束李某的行为。张某报警处理也无法阻止李某。

张某不堪其扰，随即将李某诉至法院，请求判令李某赔礼道歉并赔偿精神损害抚慰金等。在案件审理过程中，李某仍前往张某工作单位对其进行骚扰，张某向法院申请人格权侵害禁令，禁止李某前往张某单位对其进行辱骂、骚扰。

雁塔区法院经审查认为，李某多次采取侮辱性语言对张某进行公开贬损、谩骂。虽经公安民警劝阻，但仍未改正，而是前往申请人的工作单位进行骚扰。根据张某提交的证据，李某仍存在极大概率实施侵害行为，若不采取禁令措施，放任李某继续在公开场合实施针对张某的谩骂、骚扰行为，会造成张某的精神损害进一步扩大，故张某的本次申请符合人格权行为禁令的法定条件，依法予以准许。法院依法裁定：禁止被申请人李某到申请人张某工作单位对申请人张某实施谩骂、骚扰行为。法院向双方送达该民事裁定书后，双方均未申请复议。

“李某无休止、不定期的骚扰，已经导致张某精神紧张，不敢接听陌生电话，无法正常工作生活，甚至影响与同事间的正常交往。”郑彤告诉《法治周末》记者。



## 人格权侵害禁令签发标准

人格权侵害禁令的签发是依据民法典第九百九十七条：民事主体有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为，不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害的，有权依法向人民法院申请采取责令行为人停止有关行为的措施。

本案是陕西省发出的首份人格权侵害禁令，签发的标准是审理过程中的重点。郑彤表示，法院审查是否应当签发禁令时，要综合考虑申请禁令的紧迫性、损害是否可以通过金钱赔偿等因素衡量申请人与被申请人之间的利益。

在涉人格权益保护案件审理中，如何做到人格权保障与言论自由的平衡，也是社会关注的热点。

郑彤坦言，举证责任的分配体现了法律对申请人的人格权益和被申请人的行为自由两种利益的权衡，因此在签发禁令时需要充分考虑如下几个方面：对于传统的侵权纠纷，申请人提交的现有证据能否胜诉；签发禁令之外是否还有其他有效的救济手段可以充分制止侵害行为；目前造成的损害有哪些，损害是否可以弥补，如果不签发禁令是否会造成无法弥补的损害；如果签发禁令，对申请人权益的保护与放任被申请人行为自由，哪个法律效果、社会效果更好。

她表示，还需要考虑公共安全、公共利益，“对于较为极端的人身冲突，如果不签发禁令是否会造成矛盾升级，甚至可能危害公共安全，对于涉及新闻报道等关乎公众知情权的行为，发布禁令是否对社会公众的行为产生影响”。

《法治周末》记者了解到，民法典施行以来，北京、南京、无锡、佛山等多地法院已探索发出多份人格权侵害禁令。

郑彤告诉《法治周末》记者，人格权侵害禁令制度侧重救济和预防两方面，能够

给被侵害者提供及时、有效的救助。

她介绍，在人格权侵害禁令规定出台前，民事主体遭受人格权侵害行为时，往往只能选择传统的诉讼方式解决，需要经历立案、送达、开庭审理、作出判决等流程。如果一方不服一审判决时，还会提出上诉，还需要经历二审全部流程。在判决生效后，受害一方才可以依据判决内容向法院申请强制执行，需要耗费的时间更久，且更侧重事后救济。

而人格权侵害禁令旨在判决作出前及时制止侵权行为，避免损害的发生或者继续扩大，办理流程相对更简便、快捷。对于一些一旦损害发生或持续发生就无法弥补的侵害情形，人格权侵害禁令能够兼具预防、救济的作用。

## 四

### 婚内出轨主播 打赏赠与厘清界限

短视频平台不断壮大，看直播、刷礼物成了部分网友的日常兴趣爱好，其中不乏一些已婚人士隐瞒另一方偷偷给主播打赏，甚至私下开始进行经济往来。

此次，陕西省高级人民法院发布的 10 件家事审判典型案例中，有一起涉及婚内一方出轨主播，并用夫妻共同财产向主播打赏、赠与的案件。

### 厘清打赏与赠与

艾某与贺某于 2012 年 1 月 16 日登记结婚。徐某是某短视频平台的主播。贺某与徐某在短视频平台相识，贺某在该短视频平台充值为贺某打赏，合计 267494 元。此后，贺某又向徐某微信、支付宝转账 5 万余元，并有在拼多多、淘宝平台购物记录，

还为徐某充值话费。

艾某发现贺某在与其婚姻存续期间私下与徐某发展为婚外情，并擅自使用夫妻共同财产给徐某充值打赏，微信、支付宝转账，购买物品。遂将贺某、徐某、某短视频平台诉至法院，主张判令徐某、某短视频平台连带返还其钱款 325617.4 元。

艾某主张，贺某的上述行为属于赠与，侵犯了其财产权益，且违背社会公序良俗，贺某的赠与行为无效，徐某应返还上述所有财产。

本案焦点在于贺某与徐某、某短视频平台是否形成赠与合同关系。

陕西省西安市中级人民法院法官林瀚告诉《法治周末》记者，本案中主播接受打赏并非单纯的获利行为，观众用户打赏也是以获取更好的观看体验为目的，主播和打赏用户之间不属于赠与合同关系，而是一种双务合同关系。

林瀚解释称：“受赠人表示接受赠与的合同，是受赠人纯获利益的合同。主播提供直播表演不能强制观众打赏，但是主播在直播中付出劳动，除了获得用户认可产生精神愉悦外，通过直播活动获利是重要目的。通常用户通过打赏可以获得超过一般可观众观看范围之外的直播内容，享受到更多的精神体验。”

他强调，该合同关系特殊之处在于，对主播直播表演的价值的认定不是事先确定的，而是由用户自行决定。但该情况不违反法律、行政法规的强制性规定，不影响双方合同的成立和效力。就本案而言，徐某在某段视频平台针对不特定平台注册账户进行的直播表演系要约行为，贺某观看徐某的直播表演并用短视频平台币进行打赏的行为系承诺行为，且该承诺行为完成后双方之间的合同成立且履行完毕。

因此，法院对艾某主张徐某、某短视频平台连带返还打赏部分钱款未予支持。

## 夫妻财产共同共有

在艾某与贺某婚姻关系存续期间，贺某擅自使用夫妻共同财产给徐某通过微信、支付宝进行转账，并购买物品。贺某的上述行为被认定为赠与。

法院判定，贺某未经艾某同意赠与徐某钱款，侵犯了艾某的财产权益，且违背公序良俗，该赠与行为应为无效。贺某与艾某在夫妻关系期间，夫妻共同财产系共同共有，并非按份共有，且贺某与艾某未进行婚内财产分割，故对于法院认定的属于贺某赠与徐某的财产，艾某有权要求徐某全部返还。徐某应当将 45729.03 元返还艾某。

林瀚强调，在该案中擅自处分共同财产的行为是违背公序良俗，不会被认可和支持。

## 最高院：夫妻一方借款形成的债务，其配偶在事实上受益并不当然产生 婚姻法上夫妻共同债务的法律后果

（来源：微信公众号最高裁判指南 作者：最高院 2023 年 9 月 10 日）

### 裁判要旨

根据法律规定，夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。债权人提交的债务人（夫妻一方）为公司法定代表人的证据，并不足以证明该债务人是以其个人名义并以其夫妻另一方之配偶身份与另一方共同参与经营，故债权人关于案涉债务为夫妻债务的主张因缺乏事实根据而不能成立。债权人还主张债务人的配偶在案涉交易中事实受益而应承担责任，因与我国公司法关于股东与公司的财产及责任相互独立的法定基本原则相违背，债务人的配偶事实受益并不当然产生婚姻法上夫妻共同债务的法律后果。

### 中华人民共和国最高人民法院

### 民 事 裁 定 书

（2021）最高法民申 1540 号

再审申请人（一审原告、二审上诉人）：兰州银行股份有限公司。住所地：甘肃省兰州市城关区酒泉路 211 号。

法定代表人：许建平，该行行长。

委托诉讼代理人：任奕帆，该公司客户经理。



委托诉讼代理人：张荣，甘肃众炀律师事务所律师。

被申请人（一审被告、二审被上诉人）：林轶君，女，1983 年 10 月 26 日出生，汉族，住上海市浦东新区。

被申请人（一审被告、二审被上诉人）：甘肃百合 e 家电子商务有限公司。住所地：甘肃省兰州市城关区酒泉路 300 号。

法定代表人：廖卫国，该公司董事长。

被申请人（一审被告、二审被上诉人）：上海三辕物联网科技有限公司。住所地：上海市宝山区南藻路 408 号 3 幢 123 室。

法定代表人：廖卫国，该公司执行董事。

被申请人（一审被告、二审被上诉人）：廖卫国，男，1978 年 5 月 27 日出生，汉族，住北京市朝阳区。

被申请人（一审被告、二审被上诉人）：来品网络科技（北京）有限公司。住所地：北京市石景山区实兴大街 30 号院 17 号楼 5 层 62 号。

法定代表人：赵社香，该公司执行董事。

被申请人（一审被告、二审被上诉人）：武夷山市周遍天下茶业有限公司。住所地：福建省武夷山市兴田镇南源岭村南源岭 87 号 4 幢。

法定代表人：周永裕，该公司执行董事。

被申请人（一审被告、二审被上诉人）：兰州惠商电子商务有限责任公司。住所地：甘肃省兰州市城关区酒泉路 300 号。

法定代表人：赵怀珠，该公司董事长。

再审申请人兰州银行股份有限公司（以下简称兰州银行）因与被申请人林轶君、

甘肃百合 e 家电子商务有限公司（以下简称百合 e 家公司）、上海三辕物联网科技有限公司（以下简称三辕公司）、廖卫国、来品网络科技（北京）有限公司（以下简称来品公司）、武夷山市周遍天下茶业有限公司（以下简称周遍天下公司）、兰州惠商电子商务有限责任公司（以下简称惠商公司）金融借款合同纠纷一案，不服甘肃省高级人民法院（2021）甘民终 25 号民事判决，向本院申请再审。本院依法组成合议庭进行审查，现已审查终结。

兰州银行申请再审称，（一）廖卫国以个人名义签订的保证合同，是其与林轶君夫妻共同意思表示。案涉保证合同所涉利益和后果对于家庭和直接或间接控制的公司而言相当重大，林轶君作为三辕公司法定代表人以及廖卫国的妻子在保证合同上签字，表明知晓并同意廖卫国的担保行为。（二）廖卫国提供担保系为共同生产经营所负，属于夫妻共同债务。案涉担保的最终受益人为廖卫国和林轶君，共同分享了债务带来的利益，应当承担共同还款责任。廖卫国对外投资行为属于家庭共同生产经营活动，其与林轶君共同经营三辕公司、来品公司和百合 e 家公司，案涉担保行为应当认定为共同生产经营所负的债务。综上，廖卫国在婚内订立的保证合同上签字，林轶君代表另一保证人三辕公司签字盖章，该签订行为代表了同意廖卫国的个人担保，应当认定为廖卫国与林轶君夫妻共同意思表示。廖卫国的担保目的是为了使其夫妻婚内间接投资的公司生产经营获得担保，林轶君知晓并参与，符合共同生产经营所负债务的情况。故廖卫国的担保债务属于夫妻共同债务，林轶君应当对廖卫国的担保之债承担共同还款责任。兰州银行根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第六项的规定申请再审。

本院经审查认为，原审法院已查明，2017 年 5 月 27 日的最高额保证合同上有林轶君以保证人三辕公司法定代表人身份的签字，而在 2018 年 5 月 18 日另行签订最高额保证合同时，林轶君已经不是三辕公司法定代表人，该保证合同上并没有林轶君的签字。由于案涉两份保证合同上均非林轶君与廖卫国以夫妻名义共同签署，故原审法院认定案涉债务并非夫妻共同债务，符合《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第一条关于“夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，应当认定为夫妻共同债务”的规定。兰州银行还认为本案存在前述司法解释第三条“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外”中所指的廖卫国与林轶君共同经营的情形，但所提交的林轶君为三辕公司法定代表人的证据并不足以证明林轶君是以自己个人名义并以廖卫国配偶身份与廖卫国共同参与经营，故其关于案涉债务为夫妻债务的主张因缺乏事实根据而不能成立。兰州银行还主张林轶君在案涉交易中事实受益而应承担相应责任，因与我国公司法关于股东与公司的财产及责任相互独立的法定基本原则相违背，林轶君事实受益并不当然产生婚姻法上夫妻共同债务的法律后果，故原审法院认定林轶君不应承担廖卫国相应责任正确。综上，兰州银行的再审申请不能成立。

依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百九十五条第二款规定，裁定如下：

驳回兰州银行股份有限公司的再审申请。

审 判 长 宋 冰

审 判 员 吴 笛

审 判 员 董俊武

二〇二一年九月十日

法 官 助 理 杨 涛

书 记 员 陈小雯

## ➡ 业务研究

### 意定监护公证——上海积极应对老龄化的司法实践

（来源：微信公众号老龄与未来 作者：李辰阳 2023 年 9 月 8 日）

#### 摘要

8 月 25 日下午，老龄社会 30 人论坛、盘古智库老龄社会研究院主办线上专题研讨会，邀请法学博士、南开大学经济学院博士后、国投泰康信托有限公司研究员左君超，法学博士、经济学博士后，上海中联（重庆）律师事务所律师，全国首例异地远程意定监护办理者詹庆，上海市普陀公证处公证员、中国意定监护领域之先锋者李辰阳共话“意定监护制度的发展与挑战”。百度百家号、搜狐传媒、头条养老、学说平台以及“老龄与未来”微信视频号、“苇草智酷”微信视频号同步直播，在线参与人数超 5 万。

上海市普陀公证处公证员、中国意定监护领域之先锋者李辰阳以“意定监护公证——上海积极应对老龄化的司法实践”为题作精彩分享。

上海作为中国老龄化程度最高的城市之一，意定监护公证的社会需求量较大。国内意定监护公证的落地实践最早起步于上海。目前，本人每天接手的意定监护相关类咨询基本在 7—10 件左右，每个星期处理 4—5 单能够办理公证的案件。自 2015 年介入意定监护的法律事项，本人经手的案件粗略估计已有 1000 件以上，相关咨询量更有 3000 人以上。疫情后，我所在单位意定监护公证的电话咨询量和办理量猛增。接下来将围绕 2015—2023 年意定监护公证在上海的司法实践这一话题，以五大板块分享交流。



一

## 上海为何成为意定监护制度的先行实践区

### （一）沪籍人口超老龄化

根据相关学术研究和统计数据，上海自 1979 年就进入了老龄化。目前，从学者研究角度，上海的老龄化属于超老龄化，比深度老龄化更严重：截至 2022 年 12 月 31 日，上海全市户籍人口为 1505.19 万人，60 岁及以上老年人口 553.66 万人，占总人口的 36.8%。上海市民政局每年都会发布全市老年人口的数据，数据显示老龄化程度逐年加剧，部分区县老龄化的比重已接近 45%，预计到 2030 年—2035 年，上海超老龄化程度将达到顶峰。因此，作为积极应对老龄化的法律工具和法律安排，这种具有未雨绸缪兼有自我救助功能的意定监护逐渐进入大众视野。可以说，上海成为意定监护的先行实践区是和城市人口老龄化密切相关的。

### （二）人员流动：外省流进，沪籍移出

上海人员流动的特点之一是外省人流进，沪籍人移出。同时，上海作为一个国际性城市，港澳台外籍人员集中。那么，这样的人口迁移流动特点会对意定监护制度有怎样的影响呢？中国传统的乡土社会是熟人社会，在计划经济时代，由国家统一安排个人家庭未来的养老及各种家庭福利是理所当然的做法。但从计划经济转化到市场经济之后，中国的社会形态逐渐从熟人社会转变为一种陌生人的社会状态。这种社会状态在日本被称作“无缘社会”，即离开了血缘、故土的亲缘。上海有大量的外来人口，他们离开家乡只身在上海工作生活，没有亲人和朋友。那么，当他们独立无助时应该怎么办？

据本单位的数据统计，目前，非上海户籍委托人（包括港澳台和外籍人士）办理意定监护公证的比重已达 34%，且呈现逐年上升的趋势。特别是在疫情之后，除孤寡

老人外，那些子女在国外的留守老人对意定监护的需求均有所增加。越来越多的人开始意识到，无论是突发事件还是老人紧急的要求，身处异地的子女无法就近履行监护职责，因此疫情之后有大量的在外子女为居住在上海的父母询问，是否有社会监护组织或能否委托非亲属作为自己父母的监护人。

### （三）海派文化的多元包容与契约精神

上海作为改革开放较早的城市之一，呈现出海派多元的文化特点。在面对新生的、非中国本土的法律制度——意定监护时，比较容易接纳。这与内陆地区或一些传统家庭文化浓郁的地区相比，上海本地的老人或中青年人对于意定监护制度的接纳速度较快，不会认为这是不孝或不赡养老人的表现。

另外，上海在城市发展历程中形成了良好的契约精神社会氛围——守规矩、讲契约，这也使得意定监护在上海本土，无论是年轻人还是老年人都比较容易接受。高度的城市化发展背景下，人与人之间往往保持独立，由此也会形成尽量不麻烦他人的文化。但人不能不服老，这种情况下，为了不麻烦他人，不使得他人受到亲属的责难和误解，就需要通过法律程序来保护自己和他人。

此外，不婚不育、丁克等现象在上海等一线城市呈现逐渐蔓延的状态，年轻人的婚姻观、生育观已经发生了重大的变化。因此，积极应对老龄化，除意定监护制度的进一步强化外，生育制度也需做出一定的调整。

### （四）地方立法与司法支持

上海对意定监护制度的地方立法、司法支持工作也走在前面。2016 年《上海市老年人权益保障条例》第 18 条规定老人为自己确定监护人，可以公证方式予以明确。

上海地方立法引导以公证方式确定监护人，是吸取国外监护制度发展中的经验教训，欧美等国家持续性代理意定监护制度的发展初期及发展过程当中，经历了从个人自主决定不需要国家干涉到国家通过公权手段进行有限度干预的过程。2019 年上海市公证协会颁布了全国首个公证机构办理涉意定监护类公证的指导意见。2020 年 8 月 24 日，全国首家以社会监护服务为业务范围的社会组织——上海市闵行区尽善社会监护服务中心成立，为我国意定监护的发展起到表率作用。2021 年 3 月，《上海市养老服务条例》颁布，在法律条款中特别增加了，“本市支持专业性的社会组织依法为有需要的老年人担任监护人或者提供相关服务”一则。这一地方性条例，为社会监护组织的成立提供了又一法律依据。

此外，上海的基层法院已审理了多起意定监护、监护监督案件，其中，多起案件被选编为最高人民法院的典型案例，在全国予以推广。这些案件大多数都是支持意定监护优于法定监护——支持意定监护人、老人事先委托的监护人，在老人失智之后法院支持他们作为老人的监护人。

#### （五）成年监护研究与社会服务机构多样性

在上海，成年监护法律制度或成年监护相关的社会福利研究氛围比较浓厚，多个成年监护相关的国际会议或国内论坛均在沪举办。比如，2019 年，第四届亚洲成年监护大会在上海举办，涉及韩国、日本、新加坡，以及中国香港、中国台湾。在此次大会上，这些国家或地区分享交流了他们在成年监护法律制度和社会监护方面的经验，对上海的意定监护司法实践者有很大的借鉴意义。

此外，上海因金融业比较发达，私人财富行业、信托保险业的客户们，特别是婚姻家庭案件的当事人，对于意定监护的需求远超想象。因此，目前积极推动意定监护发展的除婚姻家庭律师外，信托、保险、私人理财行业也在积极介入，这与意定监护

（包括遗嘱、遗产管理）有利于推动了其业务发展密切相关。

另外，上海本土的一些涉老组织相当活跃，关注的群体类型丰富，如孤独症家长群体、失独群体、认知友好社区、老年团体、养老机构、缓和医疗、生命教育、殡葬、遗物整理、慈善基金会等。

#### （六）媒体宣传

除了浓厚研究氛围，在意定监护等社会制度发展过程中，媒体宣传方面也很重要。令人欣喜的是上海地方媒体，包括上海电视台、上海老年报，还有法院系统、公证系统、养老系统的行业宣传及自媒体对于热点新闻事件多角度的频繁报道，亦可以促进社会公众对于意定监护的认识与了解。如 2022 年春，一场名为“来信”的遗物展，就是意定监护结合遗赠扶养，在老人去世之后对其遗物整理后所做的展览。这场遗物展引发媒体争相报道，间接推广了生前整理、意定监护及遗嘱等，启发更多的人探讨思考生命与死亡。

## 二

### 意定监护制度的需求人群和设立原因

目前，意定监护在中国的发展并不平衡。内陆地区是不是适用意定监护？或者某些地区意定监护是否可以解决根本问题？从一名公证员的角度，本人没有话语权作答。因此，这里提及的需求人群和设立原因仅针对上海。

#### （一）通过意定监护构建身份关系

近年来，通过上千件意定监护公证的办理，以及与需求人群的接触，可以发觉意定监护制度实际上是尊重自我决定权，一种自我救助型的个人家庭生活长远法律规划方案。正如健身运动是为了预防疾病一样，在一个陌生人的社会中，自己预先借助意

定监护这种法律手段，指定近亲属以外的人或者组织，以应对因年龄、疾病或意外事件给自己带来的各种不便。意定监护涉及三方面：

对社会而言，需要保障公共秩序的安全，意定监护文书是他人有权代理本人处理事务的证明。在诸如上海这样超大型城市中，任何第三方处理涉及人身、财产、死亡、丧葬等事务时，代理人需要提供法律性的证明或通过证明使得他人相信他有权利代表本人处理事务，比如意定监护人如何证明自己有权代表老人处理他的医疗事务等。

对家庭而言，因为意定监护优先于法定监护，因此可以优先选择自己信任的亲人帮助自己，同时有效对抗其他近亲属的干扰。意定监护人的确立，可令自己指定的人帮助自己在失能失智之后，依据一份具有法律效力的文书，向外界证明代理人所享有的法律优先权。

对自己而言，意定监护人的确立有助于消除对于意外、疾病与死亡的不安和恐惧。据本人所在单位的统计，意定监护公证咨询及办理者中，60 岁以上人群占 38%，18-60 岁占比达 45%。特别是在疫情之后，有大量年轻人来电咨询，这样的恐慌心理恰恰需要通过非药物手段疏导调节。这正是年轻人办理意定监护的主要原因之一。

## （二）意定监护制度的需求人群

意定监护制度的需求人群主要分为两大类，一种是管自己的，另一种是既管自己也要管自己的近亲属和下一代的。

实际上，诸如孤寡独居老人、失独父母、不婚不育、丁克、同伴群体等，绝大部分是没有子女的。由于他们中很多人既没有血缘人也没有亲缘人，在面对未来可能面临的失能失智等问题时，存在很大风险。通过意定监护人的确定，可以解决这部分人群未来寻求非亲属协助时，法律身份关系证明缺失的问题。

而身心障碍者及其父母的养老问题怎么办？这就需要通过意定监护、遗嘱监护、



委托监护的方式，在解决身心障碍者子女未来监护问题的同时，也解决父母自身的养老问题。

### （三）意定监护制度的设立原因

意定监护制度的设立原因就上海而言，主要集中在解决入养老院难、就医难、照护难等问题上。当老人行动不方便或者意识不清时，应由谁照料？选择居家养老还是机构养老？家政服务如果对老人不好，谁去干预？谁去解聘？这些问题和矛盾某种程度上推动了意定监护制度的设立。

这里需要澄清一点，意定监护并不是有钱人所使用的法律工具。在我们的实际工作中，也遇到很多咨询者。他们表示自己没有钱，没有家人，也没有近亲属，希望在一无能为力的时候有人能够帮助自己，解决自己的身后事。还有孤独症等身心障碍者家长群体，他们对于意定监护制度的设立同样有较强的需求。因此，意定监护不仅解决生的问题，也解决死亡身后事的问题。

另外，由于上海商业领域风险投资比较多，为保障投资者利益，需要股东互保，即股东间互相指定对方或其他人为公司事务的未来监护人，从而保护投资利益。意定监护在欧美国家成立和登记的一部分原因是为了税收的减免，这在国内的实际操作中也有类似案例。

## 三

### 意定监护制度的实施给社会带来的益处

那么，意定监护制度的实施对于社会各方面可以带来哪些益处呢？

第一，减轻社区治理的负担。在上海，经常有独居老人希望由居委会托底监护养老，而居委会则认为当前老人意识清醒，有财产还有行动能力，托底监护一事可延后

考虑。这就会导致老人对居委会的工作执行产生质疑。自从有了意定监护制度之后大大减轻了社区的压力，原因在于本地居民通过意定监护指定监护人后，对于基层社区来说是减少了社区对独居老人或失独群体照管的责任。

第二，减少养老机构运营风险。目前来咨询办理意定监护公证的还包括养老机构负责人，通过办理意定监护，解决了老人入住养老机构后，发生重大疾病及老人之后死亡丧葬等问题。其中最为重要的是，解决了老人入住期间在他昏迷之后谁来支付老人入住机构费用的问题。意定监护的办理，实际上减轻了养老机构的运营风险。

第三，减少医患纠纷，间接推动缓和医疗、遗体捐献、环保殡葬发展。在意定监护公证中，一般会签署三份文件。第一份是意定代理和意定监护的授权书，用于解决老人意识清醒行动不方便以及老人意识糊涂后，谁做他的代理人，谁做他的监护人的问题。第二份文件用于遗产处分，也就是遗嘱。第三份文件生前预嘱，包含老人临终状态的医疗决策和死后殡葬、遗体安排的意愿。因此，可以说意定监护间接推动了缓和医疗、遗体捐献，以及环保殡葬的发展。

第四，解决特殊计划生育家庭和特殊群体养老困局。据有关机构调查，绝大多数在上海的失独群体经济上无忧，但是有钱却没有人帮他们去解决终老的问题。意定监护制度的出现可以通过非近亲属或者是委托社会监护组织的形式去解决大量的失独群体和特殊群体养老的困局。

第五，增强城市吸引力，有助于人、财引进。一个有温度的城市，政策手段上既保障创业、就业，同时这个城市的意定监护制度发展得好，又保障终老安详，对于城市吸引投资，吸引年轻人也起到意想不到的作用。

第六，推动财富管理保险信托行业。意定监护的遗嘱和遗产管理对于财富保险信托行业的业务发展与推广，有较大推动作用。

第七，结合居住权制度实现居家养老，盘活老年消费市场，增加就业、创造新职业。终老在家，是很多老人的愿望。但老人有房子没有钱，没钱如何得到好的居家养老服务？老人想把房子卖了却不想去养老院，但又租不到房屋怎么办？《民法典》规定了居住权制度，从立法上保障老人能够实现居家养老，但这需要结合意定监护制度。基本流程和模式是：老人的房子以优惠价卖给房产投资人，房屋产权归投资人，同时为老人设定居住权，老人有居住权书，老人不挪房，老人反过来支付租金给投资人。老人的卖房所得款放在公证处或信托公司，由第三方监管，老人租房直到终老，从而实现居家养老。同时老人预先指定监护人，老人意识不行了，由意定监护人安排老人的生活、居家服务、医疗直至处理丧葬、身后事，并指示第三方支付各类费用，包括监护人的酬金等费用。

实现财富再分配，促进慈善事业发展。现在很多无子女的老人，包括不婚不育的年轻人，愿意将自己的财产在死后通过遗产捐赠等方式回报社会，间接促进了中国慈善事业的发展。公证实务中，遗产捐赠的执行，老人通常委托意定监护人去执行。

## 四

### 上海意定监护公证的发展变化

公证机构是作为国家设立的处理公共司法事务的代表，意定监护办理公证体现了国家对于公民的法定职责，国家通过公证机构在意定监护的设定、履行过程中干预和保护私人生活，公证机构是承担了司法监督的职责，特别是在监管被监护人财产领域，实现了人财两全（人和财产都得到了保护），弥补了目前法院司法职能的空缺。

在欧美国家，监护法院职责很重，但在中国法院案多人少的审判环境无法改变的现状下，公证机构实际上是弥补了法院司法职能的空缺。目前意定监护公证从咨询到

落地，再到结束，时间跨度非常长。在老人意识丧失之后，由公证机构接受和审核监护人的监护报告，在财产处分的阶段，由公证处来监管财产用途和对象。但与此同时，也会给公证机构带来很大的压力。目前开展意定监护公证的机构或者公证员不多的原因之一，就是因为意定监护公证和传统的公证业务相比，对公证员的智慧阅历和专业能力，以及对当事人的纠纷和家庭内部矛盾的把持能力和控制能力要求更高。而且很多情况下，由于涉及老人财产的监管，以及老人去世之后财产的分配、处理，矛盾焦点自然集中于公证部门。在此也希望社会各界对公证处多理解包容。

## 五

### 未来意定监护制度实施需要解决的问题

根据过往经验，未来意定监护制度实施需要解决的问题主要有以下四点。

第一，需尽快建立法院、民政、居村委、公证的监护信息登记查询系统。根据《民法典》规定，法院、民政部门、居村委都是有权指定监护的。但是事前如何确认被指定人、被监护人，是否在意识清醒时已经事先指定过监护人呢？意定监护无论从法理上还是各国的法律规定上均优于法定监护，那么本人意愿优先的原则如何实现呢？在德国，意定监护的设定信息是归集到德国联邦公证协会，老人一旦失智，法院审判意定案件或者监护案件时，首先会由法院发出书面指令到公证协会网站查询，被申请人是否已经预先指定了监护人，如已指定，法院将优先指定该人为监护人。在我们的实践中，就曾遇到多起法院没有支持老人在清醒状况指定的意定监护人的案件。原因在于公证机构的意定监护设立信息只在公证行业内部进行流转，并没有分享给法院。目前，上海的公证处会在意定监护设定中，发公函到老人居住地的居村委或者民政机构进行通告，作为监护信息查询体系没有建立前的弥补措施。

第二，意定监护社会示范文本需要定期发布。目前，每个意定监护的案件，都需要很大的司法成本。司法效率提高不了的原因之一就是意定监护法律规定原则——意定监护实施的细则需要有从业人员及公证处和律师反复普及和梳理。而在欧美国家，每隔一段时间会根据社会事务的发展，定期公布意定监护社会示范文本。

第三，亟需针对监护事件非讼程序民事立法。目前，在意定监护或监护事件法院审理、司法审判中，仅凭民事诉讼法的特别程序是无法解决现实生活当中意定监护或监护事件司法审判的。因程序法上的规定过于简单，不够人性化和精细化，使得基层法院的操作缺乏立法的支持，因此亟待出台司法解释，由本省或最高法出台意定监护或者监护案件的指导性意见，将目前基层法院所发布的个别案例、指导意见，上升形成可在全国实施的立法条文。

第四，大力扶持和壮大社会监护组织、社会（市民）监护人。近年来，监护人的社会化倾向越来越明显，即非近亲属担任监护人的数量逐年增加。因此，参照国外相关经验，如在日本老龄化社会背景下，社会监护人、市民监护人或职业监护人队伍逐年扩大，专业性的社会组织已成为普遍现象，成为解决日本老龄化社会的新生力量。在此也希望全国各地大力扶持和壮大社会监护组织、社会（市民）监护人队伍，以应对中国未来到来的老龄化峰值所造成的社会问题。



## 个人破产制度从试点到全面实施还有多远

（来源：上海法治报 B6 版 作者：王欣心 2023 年 9 月 6 日）

2020 年 8 月 31 日，《深圳经济特区个人破产条例》发布，至今已逾三年。个人破产制度从试点到全面实施还有多远？从程序上讲，答案很简单，只要“个人破产法”及早出台，就能实现了。问题是要解决个人破产法的及时、顺利立法，首先要纠正错误观念，让社会对破产法尤其是个人破产法有一个正确的认识。

### 破产制度缘何诞生

破产是市场经济在竞争规律下必然发生的社会现象，是经济体制市场化、法治化发展到一定阶段的产物。市场经济即商品经济是以交换为目的的经济模式。商品交换分为即时清结的交易和延期付款或交货的信用交易。信用交易适合诸多场景，且可提高消费欲望和消费能力，是商品交换最重要的方式。信用交易在当事人间形成的借贷关系在法律上称为债。债还因不当得利、无因管理、侵权行为等产生，但商品交换之债始终占据主导地位。所以，保证债务关系的实现，维护债权人、债务人的正当权益，便成为确立市场经济秩序的基础与关键，是任何一个市场经济国家在法律上必须妥善解决的问题。

债务人有清偿能力而不履行债务或对债务有争议时，通过民法可确认当事人之权利义务关系，通过民事诉讼法可保障债务纠纷得以规范解决，并在必要时强制实现。但债务人丧失清偿能力时，仅靠上述法律就不足以解决债务问题。因债务人财产不足清偿全部债务，多数债权在债务人的少数财产上发生冲突竞合，使债权人陷于无序争夺，形成“先下手为强、后下手遭殃”的局面，同等权利的债权得不到公平的同等清

偿，引发市场秩序紊乱。问题的严重性在于，这种不公平现象是无破产制度时法律所允许的，当事人没有合法救济渠道，故仅指责当事人并无意义，需要新的特别法律来解决债务的有序公平清偿，挽救有再生希望的债务人，这就是破产法。

## 允许个人破产的意义

我国确立社会主义市场经济体制后，制定了《企业破产法》。随着改革深入、经济发展，个人破产的社会矛盾日益突出，及时建立个人破产制度对我国市场经济体制和法律体系的健全完善、营商环境的改进与提升具有重要意义。

个人破产立法不仅是建立一项法律制度，更是我国在市场化、法治化、国际化方面的重大社会政策改革。个人破产立法有助于为丧失清偿能力的债务人提供人权尤其是生存权与发展权的基础保障，使其在财务崩溃时仍能维持较为正常的社会生活与经济活动。建立规范、公平、有效的债务清偿机制，可以化解社会矛盾，进而为市场经济与金融活动提供全面的预期性判断和稳定性保障。个人破产的各项制度设计，如自由财产、债务免责等制度，充分体现了“促进竞争、鼓励创新、宽容失败、保障生存”的立法目的。中央一直强调保护企业家群体的正当权益。企业家与一般公民的区别就在于其创建了企业、从事经营活动。保护企业家的关键，就是要通过破产制度为其创业、创新与竞争、发展，提供完善的制度支撑、风险控制和社会保障。我国已有企业破产法，但没有个人破产法，这意味着困境企业可能通过破产重整制度得到挽救，但却挽救不了为企业担保的企业家及其亲朋好友。没有挽救企业家的个人破产法，企业的破产也往往难以顺利进行，这也正是为什么有了企业重整制度，但陷于债务绝境的一些企业家还会跑路甚至不得不跳楼。没有个人破产的破产法，是“瘸腿的破产法”，无法全面、彻底地解决市场主体的规范退出和挽救保护问题。如果个人破产立法长期

没有突破，改革、开放的深度进行将会受到不利影响。

### 个人破产是否等于逃债

根据全国人大对《企业破产法》实施情况的评估显示，近 80% 的受访者认为非常有必要或是较为有必要在破产法的修改中引入个人破产制度。但对个人破产立法也存在很多争议，主要是因“父债子还”的传统观念，尤其是“破产就是逃债”等错误认识引发的抵制和反对。这些错误观念不仅存在于一般百姓之中，即使是在位高权重的官员之中，乃至法律界不熟悉破产法的学者中，也可能存在“破产是否会产生逃债”等疑虑和模糊认识。

所谓逃债，是指债务人采取转移、隐匿财产、虚构债务与担保、规避债务清偿等欺诈手段，恶意拒不清偿本有能力清偿的债务，侵害债权人权益的行为。债务人是否逃债，不是看债务客观上是否全部清偿。因为市场经济中，即使是诚信的债务人也可能由于市场风险、人为失误乃至偶发事件而无法清偿到期债务。这是正常的市场风险，只要债务人没有恶意欺诈等行为，就不构成逃债。自债务关系产生以来，在债权人与不诚信的债务人之间就存在着层出不穷、花样翻新的追债与逃债的博弈，在破产法产生之后这种博弈自然也延展到破产程序中。但是，规范实施破产法不会产生逃债，而正是防范、纠正和制裁逃债最为有力的手段。没有破产制度，追债只能在外部查找财产，难以掌握债务人真实的资产负债状况、资金往来和经营情况。破产法实施后，进入破产程序，债务人经营管理、财产处分等权利均由具有专业资格的管理人接管，并予以严格审查，债务人在破产案件受理前法定期间内进行的损害债权人利益的行为可以被依法撤销、追回财产，从而最大程度地防止债务人逃债，使债权人得到公平偿还。

个人破产中的债务免责制度，是建立在诚实守信、清偿债务的基础上，是要救济

“诚实而不幸”的债务人，恶意逃债的“老赖”是不能适用的，并非所有的债务人、所有的债务都可以无条件获得免责。如存在故意违反破产义务、欺诈逃债行为的债务人，因赌博、奢侈消费等行为产生的负债，都不会被免责。

还有人认为，个人破产虽有立法必要，但目前的实施环境与配套制度尚不完善，不应立即立法，这一看法是不妥的。立法配套制度的完善是一个相对性问题。某种意义上讲，任何一部法律出台时都存在配套制度不完善的问题。即使是法律本身的不完善，也需要在实施中逐步发现，通过立法修订解决。配套制度是否完善，是相对于法律的概括性正常实施而言，是以类似法律、类似实施行为能否实现为标准评价的。例如，破产具有对债权人集体执行的性质，可以与个别的民事执行相比较。我国经过多年解决“执行难”的努力，执行中查控财产、防止逃债等措施以及对失信人的惩处制度已经相当完善，是解决个人破产问题的保障基础。

### 个人破产制度亟需全国性立法

为了更好地促进个人破产立法，目前一些地区正在进行个人破产的试点。深圳特区个人破产条例，就实现了对个人破产的法律调整。浙江、山东、江苏、广东等多个省份的一些地方法院，在最高人民法院的指导和支持下通过个人债务清理的方式解决个人债务清偿问题，有的案件还曾被部分媒体解读为“全国首例个人破产案件”，但这种表述是不准确的。因为我国还没有全国性的个人破产法，对深圳以外的个人债务清理案件因缺乏法律依据，不能称为个人破产案件。个人债务清理的法律性质是一种执行和解，目的是在目前没有个人破产制度的情况下，通过类似的破产程序取得与个人破产相似的法律效果，解决相关社会问题。破产法应当是全国统一性的立法。一国之中有的地方有个人破产制度，有的地方没有，立法不统一不仅会产生当事人权利不

平等的情况，而且可能出现法律适用上的选择规避和实施冲突等问题。

个人破产以及个人债务清理的试点取得了良好的社会效果，越来越多的人认可个人破产制度，并发出个人破产制度从试点到全面实施还有多远的期待呼声。目前，个人破产法还没有作为独立的立法案纳入全国人大常委会的立法规划，但《企业破产法》正在立法修改过程中，希望在《企业破产法》的修改中加入个人破产制度的社会呼声越来越高。人们希望在社会各个层面破除错误观念的影响，借鉴《企业破产法》以及个人破产试点的立法与实施经验，使个人破产制度及早立法，有序实施。

还需注意的是，个人破产是一个综合性的社会问题，不能仅靠破产法中的各种法庭内程序解决，还需要通过多种庭外的债务清理、协商和解等制度共同协调解决，进行社会综合治理，以取得更加良好的社会效果。我们相信，个人破产制度从试点到全面实施已经不远了，这是社会与经济规律的客观规律，更是我国完善市场经济体制，提升营商环境必经的一步。



## 父母出资购房款性质认定与分割裁判分析

### ——兼议《民法典》婚姻家庭编司法解释（一）第 29 条的理解与适用

（来源：微信公众号四川省律师协会 作者：胡小敏 2023 年 9 月 7 日）

#### 一、相关司法解释变革沿革情况

法律层面，没有对父母出资购房款性质认定的直接规定，相关内容主要体现在司法解释中，2021 年 1 月 1 日开始施行的《民法典婚姻家庭编司法解释一》第 29 条（1）对《婚姻法解释二》（2）（现已失效）第 22 条进行了吸收和完善，但对 父母出资是否包括部分出资，仍未进行明 确；同时，并未纳入《婚姻法解释三》（3）（现已失效）第 7 条内容。现《民 法典》及其司法解释施行两年有余，为了解实践中的情况，笔者对相关案例进行了梳理。

#### 二、涉父母出资购房款性质认定及分割的裁判概况

笔者在中国裁判文书网进行检索，截止 2023 年 2 月 20 日，援引《民法典婚姻家庭编司法解释一》第 29 条或《婚姻法解 释二》第 22 条，对父母出资购房款性质 作出的裁判文书共 401 份。主要涉及四类 案由，分别为合同类 245 份、婚姻家庭继 承类 123 份、物权纠纷 35 份、执行纠纷 8 份。子女离婚是此类纠纷的主要原因，约 90% 的文书所载子女已经离婚，或正在离婚过程中。需要说明的是：受部分裁判 文书未公开及检索方法的影响，以上数据及本文分析仅能反映实践中的部分情况。

#### 三、父母出资购房款性质认定与分割情况

##### （一）婚姻家庭及物权纠纷中的情况

笔者选取最新公开的 50 份婚姻家庭纠纷和 20 份物权纠纷裁判文书作为样本，其中对父母出资购房款性质认定及分割情况如下：

1. 一方父母为子女全款购房出资并登记在子女个人名下, 均被认定为是父母明确表示将出资款赠与给子女个人的实际行动, 与此对应, 房屋均认定为子女个人财产。除直接适用《婚姻法解释三》第 7 条的案件外 (4), 适用新司法解释的案件认定也相同 (5)。

2. 一方父母为子女婚内购房出资并登记在子女夫妻双方名下或子女配偶个人名下, 没有约定或约定不明时, 均认定为出资赠与给双方, 房屋系夫妻共同财产。一方主张父母出资系赠与给自己单方, 或主张父母出资系借款应在离婚分割时扣除均未得到支持。此类婚家案件, 法院对父母出资购房款基本统一为赠与。但对所涉房屋分割时, 存在较大差异。大多数案件, 在分割房屋时未考虑父母出资情况, 平均分割。少数案件 (6), 则将父母出资作为重要考量因素, 分割房屋时在比例上作出较大倾斜。

3. 双方父母在子女婚前购房均有出资, 均认定为双方父母分别赠与给自己子女, 子女双方以个人财产共同出资购买房屋。但在房产分割时, 差异也很大。部分案例未考虑双方个人财产出资的份额悬殊 (7), 仍然平均分割。部分案例, 则充分考虑了父母出资的情况, 倾斜分割 (8)。

4. 一方父母在子女婚前出资首付款, 子女婚后父母归还按揭贷款的情况, 实践中, 较为统一地将父母婚前出资认定为赠与子女单方。但对于子女婚后父母归还的按揭贷款, 也有不同的认识。有案件认定为赠与给自己子女 (9), 也有案件认定为赠与给双方 (10)。

#### 执行纠纷中父母出资购房款性质认定

此类案件均系夫妻一方因个人债务被执行, 配偶名下房屋被查封拍卖, 配偶以房屋为自己父母出资并登记在自己名下系个人财产为由, 提起执行异议之诉。但均因未

提交相关赠与合同或约定，法院认为案涉房屋尚无法确定为其父母赠与给其个人的财产，不能阻却执行。此类案件，对父母赠与给子女单方意思表示的证明要求，远高于婚姻家庭和物权纠纷案件。

### （三）合同纠纷中父母出资购房款性质认定

抽样最新公布的 50 份涉父母出资购房款民间借贷纠纷裁判文书显示，民间借贷案件对父母出资购房款的性质认定与前述三类案件有很大的不同。具体情况为：认定为借贷且为夫妻共同债务的 29 件，认定为赠与夫妻双方或夫妻共同借贷关系不成立的 21 件。在父母出资购房款意思表示不明确时，借贷支持率超过 50%。这其中，二审改判案件很多，包括借贷改赠与，赠与改借贷，争议非常大。同时也呈现一些地区差异，如四川、北京、广东的案件，借贷得到支持的案例多，山东、辽宁、江苏、浙江的案件，借贷得到支持的案例少。

## 四、司法实践所反映出的主要问题

### （一）不同的案由，适用不同的裁判依据，可能导致裁判结果不同

在婚姻家庭类纠纷中，主要适用的依据是《民法典婚姻家庭编司法解释一》第 29 条、《民法典》第 1064 条、《民事诉讼法》第 64 条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 90 条。在物权纠纷案件中，认定父母出资购房款的性质，除前述条文外，《民法典》物权编及司法解释的条文也较多涉及。而在民间借贷纠纷中，《民法典》合同编条文如第 657 条、第 668 条；婚姻家庭编条文如第 1064 条；《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》的条文如第 2 条、第 16 条均在案例中被高频引用。适用法律条文更广泛、考量因素更多，是民间借贷纠纷中对父母出资购房款性质认定结果与婚姻家庭及物权纠纷案件有明

显不同的一个重要原因。那么，婚姻家庭或物权纠纷案件，裁判依据是否就应局限于《民法典》婚姻家庭编及其司法解释？在审判案件中通行依据，是否也可以适用于执行案件？值得思考。

(二)对《民法典婚姻家庭编司法解释一》第 29 条(《婚姻法解释二》第 22 条)适用前提的理解分歧导致裁判结果不同

第一种理解认为，该条是基于父母有赠与意思表示的前提下，赠与对象不明确时的认定依据。由此，只要无证据确定父母出资时系借贷还是赠与意思表示，就不能直接适用本条规定，不能直接将父母出资购房款推定为赠与给子女。大量否定赠与、支持借贷的案件，法院均持此观点(11)。

第二种理解认为，在父母出资时无约定，无法确定系借贷还是赠与意思表示的情况下，就应当适用《民法典婚姻家庭编司法解释一》第 29 条(《婚姻法解释二》第 22 条)，推定为父母出资购房款为赠与给子女双方。如倪志刚、高书红等民间借贷纠纷案(12)、林某某等民间借贷纠纷案件一审观点(13)。

(三)证明标准宽严不一导致裁判结果不同

第一种证明标准，采取“宽借贷严赠与”，裁判结果对应为认定借贷，否定赠与。

在“宽借贷”的标准下，往往父母方出示转账凭证和子女单方借条，法院就认定为完成了初步举证责任；没有借条，法院也

常认可(14) (15)。同时，法院认为主张赠与的被告应提供证据，且因赠与合同属于单务合同，应谨慎认定，要求对赠与事实的认定高于一般事实“具有高度可能性的”的证明标准，必须排除其他所有合理怀疑而得出唯一且确定的结果，方能认定赠与事实存在。大量案件(16)采用此种证明标准，支持借款。

第二种证明标准，采取“严借贷宽赠与”，裁判结果对应为否定借贷，支持赠与。

也有很多案件，法院认为父母除了举证证明出资事实，还必须充分举证证明子女夫妻双方与出资父母之间已形成明确的借贷合意，否则借贷主张不能成立，如颜红玲、黄俊巧等民间借贷纠纷案(17)。实践中否定借贷，支持赠与的案例(18)，大多采取此类高于一般借贷案件的证明标准。

#### (四) 举证责任分配的差异直接导致裁判结果相反

大量案例(19)，法院认为借贷合意的举证责任在出资的父母方。虽父母举证能够证明出资事实，但无确切证据证明借贷合意，则承担举证不能的后果，即借贷诉求不能成立。

也有大量案例(20)，法院认为赠与意思表示的举证责任在子女方。父母提交转款凭证提起民间借贷诉讼，被告抗辩该出资为赠与，就应证明赠与事实。只要被告没有确切证据证明赠与的意思表示，则由其承担举证不能后果，即父母的借贷主张成立。

#### (五) 不同价值观导向不同的裁判结果

第一种价值观认为，中国国情下，基于亲缘关系及子嗣传承的传统观念，父母为子女出资购房，目的是要解决或改善子女的居住条件，希望让子女生活更加幸福，而不是日后要回这笔出资，因此父母出资的真实意思表示为赠与的可能性要高于资金出借。最高人民法院民事审判第一庭也持此观点(21)。实践中大量案例(22)，法院也这样认为。

第二种价值观认为，在当前高房价背景下，部分子女经济条件有限，父母在其购房时给予资助属于常态，但不能将此视为理所当然，也绝非法律所倡导。子女成年后，父母已尽到抚养义务，并无义务再为其出资购买房屋。且在目前的部分婚姻不稳定的现象越来越多的情况下，直接认定父母为子女买房出资为对夫妻双方的赠与，不能真正体现尊重父母的真实意思表示以及保护老年人合法权益，缺乏社会认同，也不符合



正常的逻辑推理和日常生活经验法则，至于父母未来是否向子女主张还款属于父母自己决定行使或放弃权利。因此子女买房时父母支付一定款项，除明确表示赠与的以外，应视为以帮助为目的的临时性资金出借，目的在于帮助子女渡过经济困窘期，子女负有偿还义务。实践中也有大量案件(23)，法院持此观点。

#### (六)影响父母出资购房款性质认定的其他因素

1. 案涉房屋子女离婚时是否已作为夫妻共同财产分割，分割时是否已经考虑了父母出资的情况，可能会在民间借贷中影响案件的处理。如赵学军赵玲等民间借贷纠纷案(24)、刘丽村雷萧钰等民间借贷纠纷案(25)，均系离婚分割房屋时对一方父母的出资进行了扣减或倾斜，父母此后的借贷请求未得到支持。

2. 父母为子女出资购房款的金额大小，父母的年龄及经济条件、出资来源；子女婚姻持续时间长短、共同生活情况、子女配偶方是否在购房中有出资等情况也可能影响款项性质认定。如父母出资金额较大、本身经济条件不好或高龄多病，出资来源于借款及出售唯一住房等，又如婚姻持续及共同生活时间较短，子女的配偶方未在购房中有出资或贡献，易被认定借贷而非赠与。

#### 注释

(1) 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 29 条：“当事人结婚前，父母 为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女个 人的赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。当事人结婚 后，父母为双方购置房屋出资的，依照约定处理；没有约 定或者约定不明确的，按照民法典第 1062 条第一款第四

项规定的原则处理。”

(2) 全称：最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》的解释（二）。

(3) 全称：最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》的解释（三）。

(4) 如(2022)辽 10 民再 13 号、(2021)辽 01 民终 18877 号、(2021)川 1902 民初 4275 号等案件。

(5) 如(2022)京 0105 民初 11459 号案件。

(6) 如邵某、郑某离婚后财产纠纷案，参见(2021)鲁 10 民终 1446 号民事判决书。

(7) 如张某与李某离婚后财产纠纷案，参见(2021)京 0118 民初 3231 号民事判决书。

(8) 如参见(2020)沪 0112 民初 28451 号民事判决书。

(9) 参见(2022)吉 0382 民初 2010 号民事判决书。

(10) 参见(2022)鲁 0811 民初 9706 号民事判决书。

(11) 参见(2022)粤 07 民终 3503 号、(2022)鲁 0812 民初 2275 号、(2021)苏 04 民终 5638 号、(2021)京 03 民终 17018 号等民事判决书。

(12) 参见(2021)辽 01 民终 19802 号民事判决书。

(13) 参见(2022)粤 07 民终 3503 号民事判决书。

(14) 参见(2022)苏 07 民终 2242 号民事判决书。

(15) 参见(2021)川 0180 民初 331 号民事判决书。

(16) 参见(2022)京 02 民终 11382 号、(2021)川 0180 民初 331 号等民事判决书。

(17) 参见(2022)苏 07 民终 2242 号民事判决书。

(18) 参见(2022)鲁 02 民终 12217 号、(2021)吉 24 民终 2281 号等民事判决书。

(19) 参见(2022)鲁 02 民终 12217 号、(2022)苏 07 民终 2242 号民事判决书。

(20) 参见(2022)京 02 民终 13046 号、(2021)津 0104 民初 6663 号民事判决书。

(21) 参风最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释（一）理解与适用，最高人民法院民事审判第一庭编著，289 页。

(22) 参见(2022)津 02 民终 7558 号、(2022)津 02 民终 8438 号、(2021)浙 07 民终 4228 号等民事判决书。

(23) 参见(2022)京 02 民终 13046 号、(2022)粤 07 民终 3503 号、(2022)粤 01 民终 13805 号等民事判决书。

(24) 参见(2022)鲁 05 民终 1304 号民事判决书。

(25) 参见(2022)青 01 民终 1094 号民事判决书。