

上海律协婚姻家事专业委员会

2026年5月

第5期



主任：吴卫义

主编：吴琼

编委：（按姓氏拼音）

陈宏伟 陈雁

杜伟 方青

高明月 高兴

葛珊南 韩静

胡瑞平 刘创

刘琪 陆以洁

马赛男 钱元春

邵玉民 沈美娇

沈奇艳 王慧婷

吴琼 武鹏

徐巧月 燕晓凤

杨燕亭 叶盈盈

元玲慧 袁芳

婚姻家事与财富传承法律资讯 [2026年5月 第5期]

张玮颖 赵宁宁

执行主编：吴琼

目 录

➔ 媒体聚焦

“结婚的少了，离婚的也少了”

(来源：南方周末) 1

➔ 裁判动态

最高法发布民法典遗产管理人制度典型案例

(来源：最高法院) 6

➔ 案例评析

1、家暴致婚姻破裂，离婚析产法院判决无过错方多分

(来源：北京二中院) 19

2、“夫妻单方打赏主播”案件裁判规则及诉讼要点 | 中联观点

(来源：中联律师 编写人：吴琼、张紫尧) 22

➔ 业务研究

民法典中身份法律行为适用衔接研究

(来源：《法学论坛》作者：王雷) 39

➔ 媒体聚焦

“结婚的少了，离婚的也少了”

(来源：南方周末)

2026 年第一季度的结婚登记对数、离婚登记对数，同比双双下降。

2026 年 5 月 9 日，民政部发布《2026 年一季度民政统计数据》，全国结婚登记 169.7 万对，离婚登记 62.2 万对。2025 年同期的数字分别是 181.0 万对、63.0 万对。

离婚冷静期制度实施五年以来，2026 年第一季度离婚登记对数虽然比上年小幅下降，但绝对数值仍处高位。

民政部同时公布的另一组数据也值得关注。婚姻登记全国通办一年以来，各地共办理全国通办 68.2 万件。

西南财经大学人口研究所教授、中国人口学会副会长杨成钢分析，全国通办政策发挥了显著作用，但这类政策释放的效应一般也只有一年左右。

1 离婚登记对数小幅下降，仍处历史高位

关于全国婚姻登记数据，社会的关注重点往往在于结婚登记对数。民政部公布的数据显示，2026 年第一季度结婚登记对数处于十年来的最低值。其中，2020 年受疫情影响数据异常偏低，学术界一般剔除分析。

2026 年第一季度的离婚登记对数仍处于高位。民政部网站定期公布季度民政统计数据 and 年度民政事业发展统计公报。最近十年，全

国的年度离婚登记对数以离婚冷静期实施为界限，可大致分为两个阶段。

2017年至2020年，离婚登记对数整体维持年均430.65万对的历史高位。其中，2019年的数据还曾达到470.1万对。

2021年1月1日起，离婚冷静期制度施行，当年的离婚登记对数骤降至283.9万对。而2020年，这个数据还是433.9万对。

2025年民政事业发展统计公报尚未公布。2021年至2024年，全国年离婚登记对数下降到年均320.9万对。与离婚冷静期制度实施前的4年相比，年均值下降了约110万对。不过，在2021年、2022年连续两年暴跌之后，2023年、2024年，这一数据又连续两年恢复至约350万对的规模。

也就是说，从年度数据看，离婚冷静期制度实施以来，离婚登记对数呈总体下降的态势。

季度数据的变化特点也符合这一态势。2017年至2019年，第一季度的离婚登记对数维持在100万对左右。2021年第一季度29.6万对，出现了明显的政策性下降，此后每年第一季度稳定维持在60万对上下的规模。

人口学者何亚福对南方周末记者分析，民政部门公布的季度数据和年度民政事业发展统计公报统计口径不同，年度数据并不是4个季度数据相加而来。

何亚福解释，民政部公布的每季度离婚登记只包括在民政部门登记的协议离婚，不包括在法院的诉讼离婚。每年的民政事业发展统计公报所公布的全年离婚登记才是包括协议离婚和诉讼离婚的总数。

根据往年季度数据的分布规律，结婚登记对数通常是第一季度最多，约占全年的 30%左右，因为春节时段是传统的高峰期。但离婚登记并没有明显的季节规律。

因此，“今年一季度离婚登记对数小幅下行，并不一定意味着离婚比下降了，”何亚福说，“也有可能是因为(上年)结婚对数少了。”

杨成钢接受南方周末记者采访时表示，2017 年到现在，离婚数量整体仍维持在较高水平。

杨成钢解释，离婚冷静期作为政策干预手段确有成效，能有效减少因一时冲动、情绪主导导致的离婚，但并未从根本上扭转离婚率偏高的整体趋势。

从数据上看，杨成钢的说法确有依据。虽然离婚冷静期制度实施以来全国年离婚登记对数下降到年均 320.9 万对，但在更长的时间维度上看，这一数值规模仍处于高位。2005 年，全国登记离婚对数为 178 万对，2009 年为 246.8 万对。2012 年也只有 310.4 万对。也就是说，2021 年至 2024 年的平均数据，也比 2012 年多。

2 全国通办效果显著

除第一季度婚姻登记数据之外，民政部还发布了另外一条信息。

到 2026 年 5 月 10 日，新修订的《婚姻登记条例》施行一周年。条例一个重要的变化就是婚姻登记可以全国通办，不用再回户籍所在

地办理。数据显示，一年来，各地共办理全国通办 68.2 万件，异地调档 24.7 万份。

这 68.2 万件婚姻登记中，结婚登记和离婚登记的占比如何，民政部尚未公布详细数据。何亚福分析，按照现行政策，离婚登记比结婚登记更难。因而，这 68.2 万件全国通办婚姻登记中，结婚登记很可能占比较大。

而根据各省民政部门随后发布的数据，全国通办政策还催生出一大批热门景区婚姻登记点。

其中，新疆赛里木湖可能是最热门的登记点之一。自婚姻登记实现全国通办以来，赛里木湖婚姻登记中心累计办理婚姻登记超过 1 万对，外地新人占比较高。

江苏、北京两地的办理总数量较高。

修订后的条例实施一年来，江苏共办理结婚登记跨省通办 5.79 万对，省内跨区域结婚登记 9.6 万对。其中，苏州市姑苏区的山塘街、桃花坞、苏作馆 3 处特色结婚登记点成为热门选择。而这 3 个地方，本身就是苏州的热门景点。

政策实施一年来，北京办理 7.48 万对，占全国总量的 11%，护国观音寺、蓝色港湾等户外登记点广受新人欢迎。

一年来，全国范围内已建成户外颁证点 1330 个、设置在公园等有标志性意义场所的婚姻登记点 525 个。

全国通办政策效应凸显，对婚姻登记数量变化影响几何？

何亚福认为，全国通办对结婚登记、离婚登记都会产生一定的影响，但对结婚登记影响更大，对离婚登记影响较小。从长远看，由于人户分离的情况会长期存在，因而这项政策将在异地结婚登记方面继续发挥作用。

杨成钢的观点略有不同。他分析，就全国通办这项政策本身的制度功能来看，政策实施之后短期内结婚和离婚登记数量都会有小幅增长。

他解释，从结婚登记来看，全国通办打破了地域壁垒，短期内便利了异地情侣办理结婚手续，小幅提振结婚意愿。而从离婚登记角度，全国通办在便民的同时，也消解了以往异地办理离婚的时间缓冲期，过去因往返户籍地产生的时间成本，曾使部分冲动离婚的矛盾在过程中得到化解，如今，就近办理使得缓冲机制弱化，可能导致离婚率出现小幅上升。

不过，在杨成钢看来，这类政策释放的效应一般只有一年左右，“以后，结婚登记也好，离婚登记也好，登记数量的变化和这个政策的作用机制可能就没有关系了。”

➔ 裁判动态

最高法发布民法典遗产管理人制度典型案例

(来源：最高人民法院)

民法典是“社会生活的百科全书”。为贯彻落实党的二十届四中全会关于“十五五”时期“推进法治社会建设，营造全社会崇尚法治、恪守规则、尊重契约、维护公正的良好环境”的要求，全面准确实施民法典，值此民法典施行以来的第六个“民法典宣传月”，最高人民法院发布民法典遗产管理人制度典型案例。

民法典继承编在原继承法基础上，对遗产处理的程序和规则作出三项重大制度完善：一是新增遗产管理人制度，系统规定遗产管理人的产生方式、法定职责、权利义务与民事责任，填补遗产管理规则空白，确保遗产得到妥善管理、顺利分割、公平清偿。二是完善遗赠扶养协议制度，适当扩大扶养人范围，满足人民群众多样化养老需求。三是完善无人继承遗产归属制度，明确无人继承又无人受遗赠的遗产归国家所有并用于公益事业。以上三项制度在本批案例中均有体现。

遗产管理人制度作为民法典的重要制度创新，是平衡遗产安全管理、继承权益保障、债权依法实现的重要规则，对于促进定分止争、减少矛盾冲突，防范遗产流失、隐匿、被侵吞风险，维护家庭和谐与社会稳定，发挥着重要作用。本次发布的5件典型案例，聚焦遗产管理人制度在司法实践中的重点、难点、堵点问题，兼顾维护继承人、受遗赠人、债权人合法权益，破解被继承人死亡后债务清偿难题。本

批案例覆盖遗产管理人的确定程序、虚假放弃继承的法律后果、酌情分得遗产的认定、遗产管理方式的探索、遗产管理费用的清偿等问题，具有以下特点：

一是**最大程度尊重被继承人的生前意愿**。继承开始后，遗嘱执行人为遗产管理人。被继承人生前订立的遗嘱中明确了遗嘱执行人的，遗嘱执行人依法可以担任遗产管理人。**案例一中**，被继承人黄某松生前与继承人以外的侄女黄某娟签订遗赠扶养协议，后又订立遗嘱表示全部遗产由黄某娟继承，一切由黄某娟处理。黄某娟长期照料黄某松生活起居并办理丧葬事宜。黄某娟同时系受遗赠人及遗嘱执行人，已实际履行扶养义务，符合担任遗产管理人条件。法院判决指定黄某娟担任遗产管理人。在最大程度尊重被继承人真实意愿的基础上，实现案件办理“三个效果”有机统一。

二是**坚决遏制“假放弃真逃债”行为**。继承人不得放弃继承同时占有、处分遗产，利用遗产管理人制度逃避依法应负的债务清偿责任。**案例二中**，被继承人杨某君的父母、女儿虽书面放弃继承遗产，但实际领取并处分杨某君的遗产，并在被继承人杨某君的债权人提起的借款合同纠纷案件中，承诺在继承遗产范围内偿还债务并实际偿还部分款项。继承人实际占有、处分遗产，以实际行动否定放弃继承的意思表示，不属于“没有继承人或者继承人均放弃继承”情形，不符合指定民政部门担任遗产管理人的法定条件，法院判决驳回被继承人杨某君的债权人指定遗产管理人的申请。在依法引导、保障债权人维护自身合法权益的同时，捍卫诚信原则。

三是自愿帮扶较多者可以分得适当遗产。继承人以外对被继承人扶养较多的人，依法可以分给适当的遗产。**案例三中**，葛甲成、黎某蘋作为被继承人葛乙成的堂弟、弟媳，不属于法定继承人范围，但在葛乙成妻子去世后，二人时常探望独自居住的葛乙成，并在其癫痫发作时予以照顾、送医治疗，在葛乙成去世后办理丧事及扫墓祭奠。二人对葛乙成并不负有法定扶养义务，而是出于亲情、道义自愿提供扶助和照料。法院判决二人分得适当遗产，既体现权利义务相一致的原则，又彰显对传统美德的传承，弘扬了和谐、公正、法治、友善的社会主义核心价值观。

四是对下落不明继承人的遗产份额可以提存。继承人下落不明，可以参照“没有继承人或者继承人均放弃继承的”情形，申请指定被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人，对下落不明继承人应继承份额可以交由公证处通过提存方式代管。**案例四中**，被继承人许某芳唯一的继承人是其下落不明的弟弟许某森，许某芳生前由侄子徐某华长期照料，许某森因未尽到扶养义务依法应当少分，法院此前经徐某华申请，判决指定某区民政局为遗产管理人，本案判决由徐某华继承房屋，并向许某森支付部分遗产分割款，因其下落不明，交某区民政局代管，由公证处提存，解决了继承人下落不明时的遗产管理等继承难题。

五是遗产管理费用优先受偿。遗产管理人清理、保管、评估、拍卖、诉讼等履职费用，系为全体利害关系人共同利益产生的共益债务，在审查真实性、必要性、合理性的前提下，可从遗产处置价款中优先

支付。**案例五中**，被继承人刘某忠生前欠银行贷款未还，因继承人均放弃继承，经银行申请，法院指定某区民政局为遗产管理人。银行提起诉讼，要求某区民政局在管理的遗产范围内清偿债务。法院判决支持银行的诉讼请求，某区民政局履行遗产管理职责、处置遗产的必要合理费用从遗产中优先列支。有效消除遗产管理人垫付资金顾虑，保障制度顺畅运行。

民法典遗产管理人制度的落地实施，既有效破解遗产无人处置、价值无法发挥的困境，防范遗产遭受毁损、灭失等风险，又贯彻实施积极应对人口老龄化国家战略，大力弘扬社会主义核心价值观。人民法院将持续深入贯彻实施民法典，推动遗产管理人制度不断完善，强化典型案例示范引领作用，明确裁判规则，提升审判质效，以高质量民生司法服务经济社会高质量发展。

目录

案例一：受遗赠人具有作为遗嘱执行人资格，可以担任遗产管理人——黄某娟申请指定遗产管理人案

案例二：继承人不得放弃继承同时占有遗产，利用遗产管理人制度逃避自身责任——华某公司、马某桂申请指定遗产管理人案

案例三：继承人以外对被继承人扶养较多的人，可以遗产管理人为被告主张分得适当遗产——葛甲成、黎某蘋诉某区民政局非遗产继承人分配遗产纠纷案

案例四：下落不明的继承人所继承的遗产可由遗产管理人以提存方式代管——沈某红诉徐某华、许某森、某区民政局法定继承纠纷案

案例五：遗产管理的必要合理费用可以从遗产中优先列支——某银行诉某区民政局被继承人债务清偿纠纷案

案例 1：受遗赠人具有作为遗嘱执行人资格，可以担任遗产管理人——黄某娟申请指定遗产管理人案

【基本案情】

被继承人黄某松无子女，其配偶和父母均先于其死亡。申请人黄某娟系黄某松侄女、黄某源之女。被申请人黄某桃、黄某源分别系黄某松的妹妹、弟弟，费某英、费某兰、李某民自称为黄某松养子女。2013年，黄某松与黄某娟订立遗赠扶养协议，约定黄某松将其名下房产遗赠给黄某娟，黄某娟自愿负责照顾黄某松生活，并在黄某松死亡后为其办理一切身后事宜。后黄某松在居委会工作人员见证下书写遗嘱，载明一切遗产由黄某娟继承，以及“百年后一切由侄女黄某娟处理，与任何亲戚没有关系”。2016年，黄某松所在居委会确认黄某娟担任黄某松的监护人。2019年，黄某松去世，其丧葬事宜由黄某娟操办，黄某松所在居委会出具证明表示，黄某松是孤寡老人，生活起居均由黄某娟照顾。现黄某娟向法院申请指定其为黄某松的遗产管理人。

【裁判结果】

法院认为，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，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。本案申请人黄某娟是被继承人黄某松遗赠扶养协议中的受遗赠人，也是其遗嘱中指定的遗嘱执行人。现黄某松已去世，相关当事人因继承问题存在争议，无法就推选遗产管理人达成一致意见。黄某娟作为利害关系人，依法具有申请指定遗产管理人的主体资格。本案中，符合条件的继承人为黄某松的妹妹黄某桃、弟弟黄某源，符合条件的受遗赠人为黄某娟，费某英、费某兰、李某民实际并非黄某松的养子女，无继承人资格。法院经全面审查黄某松生前真实意愿，结合基层组织意见，认为黄某娟已尽到扶养义务，其作为遗嘱执行人可以担任遗产管理人，故判决指定黄某娟担任被继承人黄某松的遗产管理人。判决后，当事人通过继承纠纷诉讼，依法对遗产进行了分割。

【典型意义】

本案中被继承人系孤寡老人，虽留有遗嘱、遗赠扶养协议，但因家庭内部矛盾等原因，各方当事人无法对遗产管理人人选达成一致，导致权利义务长期处于不确定状态，不利于家庭关系的稳定。人民法院根据被继承人在遗嘱和遗赠扶养协议中的安排，明确受遗赠人具有作为遗嘱执行人资格，并可以担任遗产管理人。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”，本案在尊重被继承人真实意愿的基础上，认定由遗嘱执行人担任遗产管理人，既推动遗产依法保管和高效处置，又促进家庭关系的稳定和修复，较好地

平衡了各方利益，实现了“三个效果”的有机统一。

案例 2：案例二：继承人不得放弃继承同时占有遗产，利用遗产管理人制度逃避自身责任——华某公司、马某桂申请指定遗产管理人案

【基本案情】

华某公司、马某桂曾借款 10 万元给杨某君，后杨某君于 2024 年死亡。为追讨欠款，华某公司、马某桂对被继承人杨某君的继承人提起诉讼，要求其父亲杨某祥、母亲张某娣、女儿程某归还借款（另案审理）。3 位继承人在该案一审庭审中，均书面表示放弃继承杨某君的全部遗产，故华某公司、马某桂的诉讼请求未获支持。判决后，杨某祥经其他继承人同意领取了杨某君的丧葬费、抚恤金及养老保险个人账户储存额 20 余万元等。华某公司、马某桂提起上诉，同时另行提起本案，申请指定某区民政局为杨某君的遗产管理人。本案审理过程中，3 位继承人分别向法院出具自愿放弃继承杨某君所有遗产的书面声明。经查，另案二审中，3 位继承人与华某公司、马某桂达成调解协议，承诺在继承杨某君遗产的范围内偿还借款本金 10 万元及相应利息、律师费，且杨某祥已实际还款 5 万元。

【裁判结果】

法院认为，华某公司、马某桂作为被继承人的债权人，依法具有申请指定遗产管理人的主体资格。对于被继承人杨某君的养老保险个人账户储存额等合法遗产，3 位继承人虽书面表示放弃继承，但实际

领取杨某君的遗产并作出处分；且在与华某公司、马某桂的借款合同纠纷案件中向债权人承诺“在继承遗产范围内偿债”，并已实际转账还款5万元，其行为与放弃继承的书面声明完全相悖，故其放弃继承的意思表示不产生法律效力。3位继承人实际占有、处分遗产，不属于“没有继承人或者继承人均放弃继承的”情形，不符合由民政局担任遗产管理人的法定条件，故判决驳回华某公司、马某桂的申请。

【典型意义】

民法典第一千一百四十五条规定“没有继承人或者继承人均放弃继承的，由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人”，旨在避免遗产管理“落空”，不应成为继承人逃避责任的“兜底工具”。本案明确继承人书面表示放弃继承，但实际领取，并占有、处分被继承人遗产，视为未放弃继承，依法判决驳回指定民政部门担任遗产管理人的申请，防止继承人利用法定程序“两头占”。同时，债权人如果发现继承人书面声明放弃继承，但仍占有使用遗产的，应直接以继承人为被告提起诉讼，依法及时兑现权利。

诚信是民法典的基本原则，也是社会主义核心价值观的重要组成部分。本案对于继承人“假放弃真逃债”等违反诚信原则的行为，予以否定性评价，为社会公众提供了清晰的行为指引，为预防类似失信行为、保障交易安全、促进社会信用体系建设起到积极引导作用。

案例3：继承人以外对被继承人扶养较多的人，可以遗产管理人为被告主张分得适当遗产——葛甲成、黎某蘋诉某区民政局非遗产继

继承人分配遗产纠纷案

【基本案情】

葛甲成与黎某蘋系夫妻，葛乙成系葛甲成堂兄。葛乙成于2022年7月死亡，其遗产范围包括案涉房屋、银行存款、保险金等。葛乙成生前未订立遗嘱或遗赠扶养协议，继承人均先于其死亡。葛乙成从小患有癫痫，时常发作。葛乙成妻子死亡后，自2019年6月起，葛甲成、黎某蘋时常探望独自居住的葛乙成，并在其癫痫发作时予以照顾、送医治疗，在葛乙成死亡后，为其办理丧事及扫墓祭奠。葛甲成、黎某蘋以对葛乙成扶养较多为由，以葛乙成生前住所地的某区民政局为被告提起诉讼，要求分得葛乙成的全部遗产。某区民政局同意担任遗产管理人并积极应诉。双方当事人对于由某区民政局担任葛乙成的遗产管理人均无异议。

【裁判结果】

法院认为，葛乙成生前未订立遗嘱，又没有继承人，双方当事人对于某区民政局依法担任葛乙成的遗产管理人并无争议，某区民政局的诉讼主体适格，在此情况下，不要求当事人另行提出申请指定遗产管理人的特别程序，故葛甲成、黎某蘋以某区民政局为被告提起诉讼，不违反法律规定。经过释明，在民事判决书的判项中一并列明指定某区民政局为遗产管理人。葛甲成、黎某蘋并非葛乙成的继承人，无法定扶养义务，在葛乙成生前扶养照顾较多，在其死后为其办理后事并进行祭奠，依法可以分给适当的遗产。综合考虑葛甲成、黎某蘋对葛乙成的扶养时间为3年左右，以及扶养内容、扶养程度，结合葛乙成

的遗产数额，认定葛甲成、黎某蘋尚不足以分得全部遗产，故判决葛甲成、黎某蘋分得葛乙成名下的银行存款、保险利益共计130万余元。判决生效后，根据某区民政局申请，葛乙成的其余遗产依据无人继承又无人受遗赠遗产的处理规定，依法经法院拍卖、变卖后，所得钱款收归国有，用于公益事业，由某区民政局管理。

【典型意义】

本案兼顾公正与效率，明确在非遗产继承人分配遗产纠纷等继承纠纷案件中，民政部门同意担任遗产管理人，双方当事人对遗产管理人无争议的，法院可以经过释明，在民事判决书的判项中一并指定遗产管理人，对遗产作出处理，不要求必须经过指定遗产管理人的特别程序，减轻当事人诉累。

依据民法典第一千一百三十一条规定，“继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给适当的遗产。”综合考虑扶养时间、扶养程度、遗产数额等因素，认定分给与扶养行为相适应的遗产，体现权利义务相一致，弘扬和谐、公正、法治、友善的社会主义核心价值观。

案例 4：下落不明的继承人所继承的遗产可由遗产管理人以提存方式代管——沈某红诉徐某华、许某森、某区民政局法定继承纠纷案

【基本案情】

被继承人许某芳的父母、配偶、子女均先于其死亡，生前经居委会认定为独居老人。经许某芳的侄子徐某华申请，法院判决指定某区民政局为许某芳的遗产管理人。许某芳的“干女儿”沈某红提起本案诉

讼称，因其长期照料许某芳的生活起居，许某芳生前曾经表示名下房屋在过世后归沈某红所有，故请求继承案涉房屋。徐某华辩称，许某芳曾表示其名下房屋由徐某华继承，并提交遗嘱一份，该遗嘱由徐某华代书、许某芳在落款处签字。法院查明，许某芳的继承人仅有一个弟弟许某森，自 1951 年至香港生活，后居住信息不详。许某芳自 2001 年至 2015 年死亡一直由徐某华照顾，其晚年治病就医、日常生活、养老送终亦由徐某华帮扶。

【裁判结果】

法院认为，徐某华提供的代书遗嘱无见证人在场见证并签名，不符合民法典第一千一百三十五条规定的代书遗嘱形式要件，故对该遗嘱效力不予认可。经法院实地走访、询问，证实许某芳晚年生活未有弟弟许某森参与照顾，故分配遗产时，许某森应当少分。许某芳的养老、就医、送终主要由徐某华帮扶，徐某华可以作为继承人以外的对被继承人扶养较多的人分得适当遗产。沈某红未能提交充分证据，难以认定其对许某芳扶养较多，故对其继承许某芳遗产的诉讼请求不予支持。因此，法院判决由徐某华继承案涉房屋，并向许某森支付遗产分割款 30 万元。因许某芳唯一的继承人许某森下落不明，法院参照《中华人民共和国民法典》第一千一百四十五条的规定，确定由许某芳生前住所地的某区民政局作为遗产管理人代管上述遗产分割款，后续由公证处提存。

【典型意义】

继承人下落不明，为避免遗产毁损、灭失风险，可以参照适用民法典第一千一百四十五条规定的“没有继承人或者继承人均放弃继承的”情形，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。

继承人虽下落不明，但依法仍然享有继承遗产的权利，可以在判决其继承财产份额的同时，确定由遗产管理人负责保管遗产。民政部门作为遗产管理人，增强了遗产处理的质效和公信力，在充分发挥遗产效用的同时，为当事人提供便利。公证处“一案一户”专户提存，独立于利害关系人，防止遗产被挪用等风险。民政部门和公证机构依法履职，搭建了合法、稳定、公正、透明的遗产管理框架，有利于保障财产安全、维护社会秩序。

案例 5：遗产管理的必要合理费用可以从遗产中优先列支——某银行诉某区民政局被继承人债务清偿纠纷案

【基本案情】

2020 年 7 月，刘某忠向某银行贷款 55 万元，并以其名下房屋提供抵押担保，贷款期限为 2020 年至 2030 年。2023 年 3 月，刘某忠去世，因其继承人均放弃继承，经某银行申请，法院判决指定某区民政局为刘某忠的遗产管理人。某银行遂起诉请求某区民政局在管理刘某忠的遗产范围内支付贷款本息以及实现债权所产生的律师费、诉讼费、保全费等费用。

【裁判结果】

法院认为，民政部门担任遗产管理人，是其承担的社会救助、恤老抚幼等行政职能在民事领域的延伸，有助于保障遗产依法公平处理、有序合理分割。遗产管理人清点、处理遗产过程中，必然产生评估、拍卖、诉讼等遗产管理相关费用，上述费用系管理遗产、清偿债务所必需的合理费用，属共益债务性质，可以从遗产中优先支付。因此，处置刘某忠名下的抵押房屋时，可从房屋价款中先行扣除变价费用、诉讼费用以及其他必要、合理支出。故判决某区民政局在管理刘某忠的遗产范围内向某银行清偿贷款本息等费用；某区民政局履行遗产管理职责，处置案涉房屋的必要合理费用从遗产中优先列支。

【典型意义】

本案明确遗产管理费用可以从遗产中优先列支，认定管理费用系共益债务性质，其在遗产处理中可以优先得到清偿，健全遗产管理规范。人民法院在依法审查管理费用真实性、必要性、合理性的基础上，明确遗产管理人为履行遗产清理、保管、处置和清偿债务等法定管理职责所支出的必要合理费用，优先在遗产范围内获得清偿。有效化解当前遗产管理人垫付资金等顾虑，有力保障遗产管理人依法正当履职，对完善遗产管理人制度具有指导价值。

➔ 案例评析

家暴致婚姻破裂，离婚析产法院判决无过错方多分

（来源：北京二中院）

家庭暴力不仅严重侵害受害方的身心健康，也往往导致婚姻走向终结。当婚姻因家暴而难以维系，在离婚财产分割中，过错方是否应承担相应后果？无过错方的合法权益如何得到保障？下面我们通过北京二中院审结的一起离婚纠纷案件，解读法律对家庭暴力的零容忍态度，以及离婚财产分割中对无过错方的权益保护。

基本案情

李某与张某于 2016 年 3 月登记结婚，婚后未生育子女，后因感情不和于 2022 年 9 月起分居。案涉房屋系张某于 2016 年 2 月购置，总价 255 万元，其中贷款 150 万元，系婚前个人财产。经查，购房时张某姥爷曾支付 124 万元购房款。同年 6 月，该房屋登记为夫妻二人共同共有。诉讼时，房屋市场价值约为 300 万元，剩余未偿还贷款本金 125 万元。

诉讼中，李某以夫妻感情破裂为由诉请离婚，并主张张某在婚姻关系存续期间多次实施家庭暴力，是导致离婚的过错方。为此，李某提交了 2017 年至 2022 年间张某多次家暴的现场照片、急诊病历、诊断证明及公安机关接处警记录，张某于 2016 年书写的不再实施家暴保证书，以及双方的微信聊天记录等证据。基于张某存在家暴过错，李某请求法院判决离婚，并判令其分得案涉房屋 70% 的产权份额。

法院判决

法院经审理认为，双方感情确已破裂，依法准予离婚。关于财产分割，根据法律规定，离婚时夫妻共同财产双方协议不成的，由人民法院根据财产具体情况，遵循“照顾子女、女方和无过错方权益”的原则判决。

针对家暴这一争议焦点，法院结合张某手写的保证书、李某的就诊病历、公安机关接处警记录、人身保护令及张某在另案中的自述等证据，综合认定张某在婚姻关系存续期间存在家暴行为，系本次离婚纠纷的过错方，该情节应在财产分割中予以考量。

就案涉房屋的分割，法院综合权衡房屋出资来源、当前市场价值、剩余贷款情况、双方过错程度及婚姻存续时间等多重因素，依照照顾无过错方的法定原则，最终判决案涉房屋归张某所有，剩余 125 万元贷款由张某自行偿还，减去张某姥爷支付的 124 万元购房款，张某需向李某支付房屋可分割现值部分 70% 的折价款，共计 35.7 万元。

裁判要旨

家庭暴力是婚姻家庭关系中的严重违法行为，不仅违背公序良俗，更受到法律的严厉禁止。《中华人民共和国民法典》明确规定，实施家庭暴力导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿；离婚分割夫妻共同财产时，应当遵循照顾子女、女方和无过错方权益的原则。这一规定既彰显了法律对家庭暴力行为的零容忍，也为婚姻关系中的受害方提供了明确的司法救济途径。

在离婚财产分割案件中，法院认定家庭暴力需结合完整的证据链。受害方应注意保存好相关证据，如反映家暴行为的现场照片、伤情鉴定报告、病历资料、公安机关接处警记录、施暴方保证书等。本案中，李某提交了从婚姻初期到分居期间的家暴完整证据，使得法院能够清晰认定张某的相关过错，并最终在财产分割中依法体现了对无过错方的权益保护。

需要注意的是，对无过错方的照顾并非简单的“过错方少分”，而是法院结合财产实际情况、过错情节、双方生活需求等综合考量后的综合裁量。本案中，法院并非直接将房屋份额的70%判归李某，而是在结合房屋出资贷款偿还情况，确定房屋可分割现值部分的基础上，判令过错方张某向李某支付70%的折价款，既考虑了财产的原始出资情况，又充分体现了对无过错方的权益保护。

此外，遭遇家庭暴力的一方，除了在离婚财产分割中主张权益外，还可在离婚诉讼中单独提出损害赔偿请求；在遭遇家暴时，应第一时间向公安机关报案，或向所在单位、居（村）委会、妇联等单位求助，必要时可向人民法院申请人身安全保护令，通过法律途径保护自身安全。

婚姻的本质是相互尊重、彼此扶持，家庭暴力绝非解决婚姻矛盾的方式，施暴者将承担相应的法律后果。本案的判决明确传递出“家暴必担责”的司法导向，提醒婚姻双方应恪守夫妻间的忠实与尊重义务，理性处理婚姻矛盾；同时也告知受害方，要敢于拿起法律武器，留存好证据，依法维护自身合法权益。

“夫妻单方打赏主播”案件裁判规则及诉讼要点 | 中联观点

(来源：中联律师 编写人：吴琼、张紫尧)

简目

- 一、问题的提出：“夫妻单方打赏主播”案件为何特殊？
- 二、模型还原：直播打赏的“充值-打赏-服务-分成”过程
- 三、裁判规则：“夫妻单方打赏主播”案件当前裁判观点梳理
 - (一) 平台受益部分：根据平台是否履行管理义务决定
 - (二) 主播受益部分：三种观点分立
- 四、裁判规则的现状评析与未来展望
 - (一) 现状：合同关系定性决定案件走向
 - (二) 展望：从“合同关系”的形式判断转向“请求权基础”的具体分析
- 五、“夫妻单方打赏主播”案件诉讼要点
 - (一) 合理选择管辖法院
 - (二) 围绕打赏的赠与合同性质举证、论证
 - (三) 围绕主播的过错行为举证

结语

一、问题的提出：“夫妻单方打赏主播”案件为何特殊？

在很多人印象里，“打赏”不过是几十、几百、至多不过几千元的小礼物。而随着网络直播平台的扩张和人们消费模式的转变，直播打赏早已形成千亿级的规模产业。研报显示，我国网络直播与短视频行业市场营收规模已达 2126.4 亿元。[1]网络直播早已不是“小娱乐”，而是蓬勃发展的“大产业”。

以“夫妻、直播、打赏、返还”为关键词检索，夫妻单方打赏主播纠纷的公开判决超 330 件，且案件数量明显呈逐年递增趋势，不乏大额、巨额案件。例如（2024）鲁 0405 民初 2476 号案中，山东某已婚男子在不到 2 年内打赏主播逾 657 万元。类似的“百万打赏”案件屡见报端，远非个案。

立法曾尝试对打赏乱象做出规制。2024 年 4 月的《婚姻家庭编解释（二）征求意见稿》第五条第三款规定，“夫妻一方通过网络直播平台实施打赏行为，有证据证明直播内容含有淫秽、色情等低俗信息引诱用户打赏，另一方主张该民事法律行为无效，请求网络直播平台返还已打赏款项的，人民法院应依法予以支持”，该条款暗含支持返还打赏的倾向。不过，多位学者对征求意见稿表达质疑。中国政法大学教授许身健认为，低俗信息定义宽泛模糊、带有主观色彩，具体执法中难以操作。[2]社科院大学刘晓春副教授认为该规定不利于保障交易安全与信赖利益。[3]此后，正式公布的《婚姻家庭编解释（二）》将征求意见稿第五条前三款关于打赏返还的规定全部删除，仅保留第四款对大额打赏的挥霍定性。杨立新教授认为，司法解释对大额打赏的挥霍定性仅产生夫妻间向内的法律后果，不能据此认定大额赠与（打赏）行为无效。[4]征求意见稿的一增一删，对打赏纠纷形成了司法解释的“刻意留白”。

司法解释的让位为裁判观点的探索留下了空间，各地法院逐渐对打赏是否可以返还形成了三种不同裁判观点。不仅如此，作为一种案

件事实简单的类型化案件，却常出现二审未查明新事实就通过法律审判改判的情况，相比其他案件也较为罕见。

由上可见，“夫妻单方打赏主播”纠纷是互联网背景下婚姻家庭与网络平台经济交叉的特殊案件类型，其裁判规则呈现显著的特殊性，值得单独探讨分析。

二、模型还原：直播打赏的“充值-打赏-服务-分成”过程

“夫妻单方打赏主播”案件的特殊性在于打赏过程与直播平台高度结合，正是该特点导致了裁判观点对其性质认定的分歧。有必要首先还原打赏的一般过程，以作为后文分析讨论的对象。

一次完整的直播打赏，从打赏者支付资金到主播最终获得打赏款，可总结为如下步骤：

第一步，用户充值。打赏者向直播平台充值人民币，平台根据充值金额在打赏者的平台账户上增加虚拟币。

第二步，打赏主播。打赏者使用虚拟币在平台购买虚拟道具，并将虚拟道具打赏给主播。打赏者失去虚拟币和道具，主播账户中对应获得虚拟道具积分。

第三步，平台服务。打赏者完成打赏时，直播平台会立即完成一系列虚拟网络服务，如公开展示道具礼物特效、提升打赏者在直播间的排名（如俗称的“榜一大哥”）。

第四步，主播服务。主播收到打赏道具后，可能提供特定或不特定服务，如陪聊互动、才艺展示等。但基于网络直播的多样性，打赏不必然绑定主播服务。

第五步，分成提现。打赏完成后，主播获得的是道具积分而非人民币。主播还需向平台提供分成（多在 40%到 60%之间浮动）后才能结算提取人民币。简言之，假设打赏主播 100 元，则平台先抽成 60 元，最终主播到手 40 元。

三、裁判规则：“夫妻单方打赏主播”案件当前裁判观点梳理

打赏纠纷发生后，夫妻另一方通常会以打赏者无权处分、打赏异性违反公序良俗为由，要求认定打赏属于无效赠与，进而要求直播平台和主播返还打赏款项。因打赏款分为两部分，分别由直播平台和主播最终受益，法院也对两部分款项分开认定和裁判。

（一）平台受益部分：根据平台是否履行管理义务决定

1. 平台“已尽到提示义务”的，无需返还打赏款

多数判决认为，打赏系用户自愿消费，平台对应提供了直播间特效等网络增值服务，双方成立网络服务合同关系，平台依据合同关系获取收益，打赏完成即合同履行完毕，不能要求返还。[5]

部分判决进一步指出，平台已尽到提示义务的，无需承担返还打赏的责任。例如（2025）京 0102 民初 24992 号判决认为：“某公司作为某平台运营方，已经提供了相应的网络服务，且通过出示的用户服务协议及直播间开屏提示等证据，能够证明已尽到了合理提示义务”，判决平台不承担任何返还责任。

过往判决否认平台负有审查义务。例如（2024）鄂 1223 民初 616 号判决认为，“在网络服务中，平台既无义务审查其婚姻及经济状况，

也无义务审查其充值的款项是否经过了原告的同意”。(2024)鲁 0405 民初 2476 号判决也指出，“不能苛责网络服务提供者在接受服务购买人支付的充值款项时负有审查购买者婚姻状况及是否取得配偶同意的义务”。

2. 平台“未尽到管理和保护消费者权益职责”的，应返还打赏款

2026 年 4 月之前，第一种观点是绝对主流，即不支持平台承担返还打赏款的责任。

然而，随着直播打赏纠纷不断，监管趋严。2026 年 4 月 4 日，中央网信办下发《关于加强网络直播打赏规范管理的通知》（下称“《通知》”），强调“坚决遏制网络直播打赏乱象，促进行业健康发展”的总体原则，并列举了包括“明示打赏规则”“提供打赏限额”在内的 11 条指向平台的管理义务。《通知》虽不构成法律渊源，但其体现出扩张平台监管义务的鲜明政策导向，过往判决对平台监管义务的限缩理解面临考验。

《通知》发布后仅 1 个月，《北京日报》刊载一则案例，该案中王某擅自使用夫妻共同财产打赏主播超 1700 万，朝阳法院认为“平台未尽到管理和保护消费者权益职责”，判决平台返还 787.5 万元。该案法官释法部分还明确指出：“这是近年来少见的判令平台承担返还责任的典型案例，其核心看点与《通知》提出的多项要求直接对应”。^[6]这一案例或将预示着裁判规则的逐步转向。

（二）主播受益部分：三种观点分立

对于主播实际受益部分的打赏款项是否应当返还，全国法院分为三种不同观点，分歧较大。

1. 观点1“打赏非财产说”：打赏款一律不返还

该观点最早由杨浦区人民法院（2019）沪0110民初13220号判决详细阐发。该案中，丈夫沈某某三年内向主播林某打赏74万余元，妻子诉请返还。法院分析打赏过程后将“用户充值”与“打赏主播”拆分为两个独立的行为，认为打赏者向平台充值的是人民币，而向主播的打赏仅为虚拟道具。判决明确指出：“打赏的标的物并非货币或财产，而是虚拟道具”“虚拟道具的使用不产生新价值，不构建新的法律关系”。该案作为典型案例刊载于上海高院案例参考册，[7]其论证思路也在多省判决中体现。[8]

在该观点下，打赏的虚拟道具不具备财产价值，打赏行为甚至没有形成对主播的财产转移，也就全然不需要进入是否返还财产的下一步判断。持该观点的判决结果一律为打赏款无需返还。

2. 观点2“服务合同说”：打赏款原则上不返还、例外酌定返还

（1）打赏款属于主播服务的对价，原则上不应返还

“服务合同说”认为，打赏者支付打赏款，主播提供表演等互动，使打赏者获得精神满足，双方之间构成服务合同关系。打赏完成即合同履行完毕，原则上不应返还。例如（2025）沪0118民初21300号案中法院认为：“打赏后用户可获得个性化体验，包括单独的互动、

根据自己喜好进行表演、直播间特权等…双方之间存在对待给付。打赏行为结束后即完成对价支付，合同履行完毕”，不支持返还打赏。

在认为打赏属于服务合同的基础上，法院还进一步认为打赏属于一般消费，未超越家事代理权范围。例如（2025）豫 1602 民初 15830 号案中，法院认为“（已婚打赏者）对主播打赏的行为具有长期、小额、高频的特点，并非一次性消费几十万元，单次打赏均未超越普通家事代理权的范畴”，判决打赏不予返还。不过，究竟何种额度的打赏超出家事代理权的范围，反之是否超出家庭生活水平的打赏可以返还，判决未体现规律。例如（2024）鲁 0405 民初 2476 号案中，已婚男孙某在不到两年时间里打赏女主播 657 万元人民币，台儿庄区人民法院依然认为“不足以认定孙某新的充值打赏行为系超出夫妻共同财产处分范围的无权处分行为”，判决打赏不予返还。

（2）主播行为违反公序良俗的，可例外酌定返还

少数判决中，能够查明主播有超出一般直播互动关系、违反公序良俗行为的，可根据过错程度例外支持返还部分打赏。这种行为一般包括“暧昧聊天、以夫妻关系互称”[9]“要求打赏、收取礼物”[10]“见面约会”[11]“开房”[12]“同居”[13]等亲密互动或不正当关系行为。例如（2024）闽 0825 民初 2604 号案中，法院认可打赏属于网络服务合同关系下的自愿消费行为，但因主播存在线下见面、同居等明显不当行为，酌定主播返还打赏实际收益的一半。

持“服务合同说”观点的法院中，认定违反公序良俗导致判决返还打赏的属于少数例外。例如（2024）京 0491 民初 11472 号案中，即使法院已经查明打赏者与主播“线下见面，并以恋人的身份交往”，但又认为“与打赏并无明确因果关系”，不支持返还打赏款。

3. 观点 3 “赠与合同说”：打赏违背公序良俗的应予返还

“赠与合同说”不认可主播提供网络服务的经济价值，或是认为主播的网络服务具有公开不特定的特点，不构成打赏款的对价。因此打赏具有单务、无偿性，属于对主播的无偿赠与，打赏者与主播之间成立赠与合同关系。典型如河南某法院认为“直播打赏并没有要求给付义务，打赏不能看作是直播服务的对价。用户高额打赏超出了直播价值，体现情感互动，也符合赠与合同的性质。” [14]

关于返还打赏的条件，“赠与合同说”对返还打赏的条件要求显著低于“服务合同说”。一些案件中，法院查明主播确实存在“线下约会”“开房”等明显违背公序良俗行为后，判决返还打赏。[15]但更多案件中，法院查明主播存在“暧昧聊天”的，就认为足以构成违反公序良俗并判决返还打赏。典型如（2025）豫 1121 民初 3043 号案，法院先是推定主播知晓打赏者已婚，然后认为主播在聊天中“保持密切互动”“维系暧昧关系”的行为违背公序良俗，判决返还打赏。还有少数案例中，法院认为使用夫妻共同财产打赏的行为本身就构成违背公序良俗，可以径行判决返还打赏。[16]研究显示，主播的情感互动是促成打赏的重要原因，[17]尤其在涉异性互动的直播中更为突出。结果是，持“赠与合同说”观点的几乎所有判决都支持返还打赏款。

关于返还打赏的比例，“赠与合同说”以打赏款全部返还为原则。“赠与合同说”认为打赏行为无效，进而多数判决认为赠与应当全额返还。[18]少数判决中，法院会根据过错情况酌定返还比例，例如酌定主播返还实际收益的90%。[19]还有个别判决采取按背俗行为时间点区分的方法，在（2024）沪0114民初28972号案中，法院查明陈某与主播于2024年7月19日“线下见面至酒店开房”，遂判决在开房日之后新发生的打赏无效，应返还全部打赏收益。（2025）豫1724民初2859号案亦采取相同方式，区别只是开房日之后新产生的打赏收益酌定应返还60%。

四、裁判规则的现状评析与未来展望

（一）现状：合同关系定性决定案件走向

关于平台受益部分，既往判决普遍认为打赏者与平台成立服务合同关系，主流观点不支持返还打赏。

关于主播受益部分，法院对打赏者与主播的合同关系分化为三种观点，且各观点对相似案情案件的裁判结果大相径庭。

观点1“打赏非财产说”将“用户充值”与“打赏主播”拆分为两个独立的行为，并认为打赏主播的虚拟道具没有财产价值，否定了打赏者与主播之间成立法律关系及发生财产转移的可能。该观点下，返还请求在前提上即被排除，法院也无需再考察评价案件当事人的具体行为。

“服务合同说”和“赠与合同说”虽均认可打赏产生了向主播的财产给付效果，但对成立何种合同关系、构成返还的条件、返还比例的问题上仍存在较大分歧。

观点 2 “服务合同说”认可主播提供了网络表演服务，打赏款系网络服务的合法对价，原则上不支持返还打赏。但完成合同定性后，法院便不再审查对价的合理性、行为的妥当性及平台的监管范围。典型如（2024）京 0491 民初 11472 号案，在查明已婚打赏者与主播线下开房甚至商议与原配离婚的情况下，法院仍认为打赏系合法消费行为判决打赏不予返还。

观点 3 “赠与合同说”则否认主播网络服务的经济价值，认为打赏系对主播的单务、无偿赠与，据此大幅降低违反公序良俗的认定门槛，常因暧昧聊天即判决打赏款全额返还。

当案件仅涉及“主播暧昧聊天”单一情节时，三种裁判观点的分歧对比最为明显。“打赏非财产说”全然否认返还打赏自不必讨论。

“服务合同说”认为打赏属于服务合同对价，暧昧聊天不影响打赏的效力，单方打赏亦不构成无权处分，原则上不支持返还打赏。而“赠

与合同说”则认为主播暧昧聊天属于违背公序良俗，单方打赏亦构成无权处分，打赏无效而应当返还。

	打赏非财产说	服务合同说	赠与合同说
打赏的性质	打赏不形成法律关系	打赏款是对主播网络服务的对价	打赏款是对主播的无偿赠与
公序良俗的影响	不涉及	暧昧聊天 ^[20] 、甚至线下开房 ^[21] 均不影响打赏的效力	暧昧聊天即违背公序良俗，打赏无效应返还 ^[22]
无权处分的影响	不涉及	打赏属合法消费，不构成无权处分；无权处分亦不导致打赏无效 ^[23]	单方打赏构成无权处分，打赏无效应返还 ^[24]
判决倾向	一律不返还	打赏原则上不予返还	打赏违背公序良俗应予返还

表：三种观点对主播受益部分打赏款的认定和处理对比

对比同一案情的不同结果可以发现，当前法院的逻辑进路是：首先对直播打赏进行合同关系定性，然后基于这一定性产生统一裁判规则（即判决返还的标准），最后将裁判规则适用于具体案件。结果是，法院对直播打赏的定性直接决定了返还标准，进而决定了裁判结果。当认为打赏是对主播网络服务的合理对价时，判决返还打赏的条件要求较为严苛；当认为打赏是无偿赠与时，判决返还打赏的条件又大幅降低。在此进路下，个案中当事人的具体行为反而被置于相对次要的考量地位。

（二）展望：从“合同关系”的形式判断转向“请求权基础”的具体分析

当前裁判规则对“夫妻单方打赏主播”的形式化判断不仅导致了对立的裁判标准，其逻辑进路在理论上亦值得商榷。

1. 打赏行为或可成立多种合同关系

直播表演形式多样，打赏者目的亦各不相同，合同关系不应一概而论。多数直播确实采取免费观看、自由打赏的模式，此时成立赠与合同似乎可行。但也有很多直播采取打赏与服务强相关的模式，例如主播明示大额打赏后提供指定才艺展示、一对一直播互动，也不乏专业人士在直播平台提供有偿咨询服务。后者显然难以被赠与合同包容，而更符合服务合同关系。又或者，若主播明示打赏可获得对应物品时，打赏关系也可参照适用买卖合同相关规定。直播平台仅是民事行为发生的场域，而非合同关系的定性根据；平台上具体成立何种合同关系，取决于当事人之间的意思表示与权利义务安排。因此，将打赏行为一刀切定性为单一合同关系，忽略了直播服务的多样性、也忽略了当事人对自身事务的安排。

上海二中院章晓琳法官认为，关于主播获取的打赏，“如双方有超出正常范围的接触，且打赏款项远高于一般打赏金额，则应认定为赠与合同；如打赏行为是偶发性的，打赏者与主播之间并无不当接触，且款项亦符合一般打赏标准，则应认定为服务合同”。[25]在(2022)赣07民初279号案中，何某打赏主播63365.8元，妻子诉请返还打赏。一审法院持“打赏非财产说”观点，认为打赏不构成财产法律关系，据此驳回了返还请求。然而江西高院二审(2023)赣民终232号案中指出“网络直播打赏时与主播之间的法律关系不能一概而论，应对个案的直播服务、打赏方式、礼物金额等因素综合进行分析认定”，因该案中主播聊天中存在明显的“意指认可婚外恋情以及性暗示的

内容”，法院据此认定该案打赏并非基于欣赏直播表演，而是基于私下暧昧关系进行的赠与行为，改判主播返还全部打赏收益。章晓琳法官及江西高院 232 号案改判理由均认可打赏行为可成立多种法律关系，并体现出在具体案情具体分析的思路，值得借鉴。

综上，打赏行为不应当一概认定为单一合同关系，而应当根据具体案件中打赏者的目的和主播提供的服务内容具体分析。

2. 返还规则应当落脚于请求权基础

当前裁判呈现的规律是：认定打赏为服务合同的，多判决不返还；认定打赏为赠与合同的，多判决返还。然而，打赏行为的合同关系定性，仅能决定其应受《民法典》合同编中某类具体合同规则的调整，该定性本身与打赏款是否返还之间不应存在直接因果关系。判断打赏款是否应予返还，落脚点应在于审查是否符合相应的请求权基础。

原告主张主播返还打赏款的请求权基础主要指向《民法典》第 153 条（认为打赏异性违反公序良俗原则）和第 1060、1062 条（认为单方大额打赏侵犯配偶的财产权属于无权处分）。而这两项请求权基础均可分别在服务合同和赠与合同关系中成立。换言之，只要请求权基础成立，即使认定打赏属于服务合同，也可请求返还打赏。（2024）湘 1028 民初 2228 号案中，法院虽认可打赏构成服务合同关系、直播打赏属于消费行为，但因主播存在不正当关系交往行为违背公序良俗，仍依据《民法典》第 153 条酌定返还 40% 打赏款。反之，如请求权基础不成立，赠与合同关系不应直接产生返还打赏的效果。例如，杨立

新教授认为大额打赏属于赠与，但“只能认定为挥霍，而不能认定为赠与（打赏）行为无效”。遗憾的是未检索到判决支持该观点。

此外，关于平台受益部分的返还问题，过去全国主流观点认为平台不负有对主播的监管义务，因此平台的分成收益一般不予返还。但如前文三（一）2.所述，随着中央网信办《通知》的发布，平台方的监管责任边界被显著扩展。在这一政策导向下，平台是否切实履行了《通知》所规定的管理义务，可能成为未来裁判中考量平台责任的重要依据。

五、“夫妻单方打赏主播”案件诉讼要点

对于夫妻一方婚内对异性主播实施大额打赏、另一方起诉要求返还的案件，结合裁判文书分析，该类案件的诉讼要点可总结如下。

（一）合理选择管辖法院

打赏型案件一般由被告所在地法院管辖，被告分为三种，一是作为打赏者的夫妻一方，二是接受打赏的主播，三是完成打赏的直播平台。因此，打赏案可同时存在多个管辖法院。考虑到全国法院对打赏型案件的裁判观点各有不同，且仍在发生变化，诉讼前做足检索工作，更新法院最新的裁判观点，选择较为有利的管辖法院至关重要。

（二）围绕打赏的赠与合同性质举证、论证

从裁判规则可见，如果与主播的关系认定为赠与合同，则判决返还的概率极大提高。原告的举证、论证也应围绕打赏的赠与合同性质展开，主要包含以下几点。

第一，打赏的单务、无偿性。直播面向不特定公众免费开放，用户无需付费即可观看。主播的表演并非为满足特定打赏者而履行的合同义务，打赏不能视为服务对价，而是基于单方意愿的无偿给付，符合赠与合同单务、无偿的法律特征。

第二，打赏的随意性。打赏与否、何时打赏、打赏金额完全由用户单方决定。这种随意性特征与双务服务合同的对价性不符，而更符合赠与合同单方、自愿给付的特点。

第三，针对“打赏非财产说”，还须论证打赏与主播受益的因果关系。打赏者与平台成立网络服务合同关系，并不排斥其另与主播之间成立赠与合同关系。打赏者向主播发送虚拟礼物后，该礼物积分即对应记录在主播账户之中，作为主播与平台结算的依据。主播可根据平台明确的结算规则，将虚拟礼物积分转化为实际人民币收益。打赏行为与主播获益之间的因果关系明显，应当认定打赏符合一方无偿给予财产、另一方接受的赠与合同特征。

（三）围绕主播的过错行为举证

在支持返还打赏的判决中，主播的过错行为是法院审查的核心要素。结合判决查明的事实和说理，法院认定主播存在过错的典型行为主要包括以下几类：

第一，语言暧昧行为。主播在聊天中以“亲爱的”“宝贝”“老公”等亲密称谓相称，或频繁发送“想你了”等情感暗示内容，甚至包含性暗示表述。法院认为，此类语言互动已远超主播与粉丝的正常交流边界，是认定违背公序良俗的重要事实基础。

第二，私加联系方式行为。主播主动向用户提供或应允添加微信等私密社交账号，将互动从公开平台转移至私域空间，实质上是为脱离平台监管。法院倾向认为私加联系方式的行为超出了主播与粉丝在平台端的正常互动方式，具有过错。

第三，主观非善意心态。主播明确知道或根据在案证据足以推定其应当知道打赏者已婚，但仍不拒绝、不劝阻，反而继续维持暧昧互动或发展不正当关系的，法院通常据此认定主播不构成善意，具有过错。

第四，高频互动行为。主播与打赏者在平台内外保持高频次、长时间的互动，持续至深夜，频次远超正常粉丝互动范畴的，法院可以此判断双方关系超出正常网络服务范畴。

第五，条件诱导行为。主播以“达到某等级就见面”等条件明示或暗示允诺，诱导用户持续或超额打赏。此类行为直接将打赏与不正当关系关联，用户打赏的目的已非获取直播服务本身，法院普遍认定该行为违反公序良俗。

第六，转账收款行为。主播除在平台收取打赏外，还直接通过微信、转账方式收取赠与款项的，也可佐证打赏实质上属于类似性质的赠与。

第七，线下越界行为。主播与已婚打赏者存在线下见面、共同就餐、酒店开房乃至同居等行为。线下越界行为不仅是认定不正当关系的直接证据，也是穿透服务合同形式、认定打赏实质为赠与并因违背公序良俗而无效的有利依据。

当前法院普遍不支持直播平台承担返还打赏的责任。《关于加强网络直播打赏规范管理的通知》的发布可能会对司法裁判的考量因素有所影响，但实际效果和口径有待根据判决观察。“打赏限额与消费提醒义务”“打赏互动内容审核”“防止主播不正当诱导机制”等平台方监管责任可能成为平台方治理合规的重要命题。

结语

直播打赏已发展为千亿级产业，深刻嵌入现代娱乐生活。然而，夫妻一方打赏所引发的纠纷，法律关系交织、案件复杂多样。当前，法院主要形成了“打赏非财产说”“服务合同说”与“赠与合同说”三种裁判观点，在打赏行为的合同定性及是否应予返还等问题上仍存在分歧。展望未来，裁判规则应从形式化判断转向实质审查，回归请求权基础的逻辑，方能在保护婚姻家庭财产权与维护交易安全之间实现平衡。

从诉讼实务角度看，代理此类案件需在裁判观点尚存分歧的背景下，充分关注各地法院的裁判动向，并据此合理选择管辖法院与诉讼策略；同时应围绕打赏的赠与合同性质、主播和平台的过错进行举证论证，以突破服务合同的外观，提升胜诉把握。

回归家庭本身，大医治未病。合理管理家庭财富、多元配置家庭资产、对重大支出建立沟通与共识，才是从源头化解纠纷的根本之道。

➔ 业务研究

民法典中身份法律行为适用衔接研究

（来源：《法学论坛》 作者：王雷）

摘 要：身份法律行为是引发当事人之间身份法律关系发生、变更、消灭的民事法律行为。身份法律行为包括纯粹身份法律行为和以身份为基础的财产法律行为，后者的核心是身份关系协议和遗嘱。在身份法律行为解释论视角下，需要全面检视民法典民事法律行为制度在身份法律行为领域的可适用性。民事法律行为制度无法简单直接适用到身份法律行为之中。针对纯粹身份法律行为，民法典总则编民事法律行为一般规定发挥参照适用作用。针对身份关系协议，民法典合同编规定同样发挥参照适用作用。《民法典》第464条第2款和《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1条第1款参照适用方法共同确定了身份法律行为的法律适用方法，明确了在身份法律行为制度漏洞填补问题上民法典总则编、婚姻家庭编、继承编的纵向总分适用衔接关系，形塑了民法典合同编、婚姻家庭编、继承编的横向分编适用衔接关系，身份法律行为的身份性、伦理性特点更加被重视。

关键词：身份法律行为 民事法律行为 参照适用 法律适用方法

一、身份法律行为：中国民法学自主知识体系的标识性概念

（一）身份法律行为的厘清与体系定位

身份法律行为并非我国民法典实定法上的概念，而是民法学理论上的术语。身份法律行为常被称为“身份行为”，是指引发当事人之间身份法律关系发生、变更、消灭的民事法律行为，如给付彩礼、结婚、夫妻间给予房产、父母为子女婚后购房出资、夫妻财产约定、离婚、离婚协议、收养、解除收养、监护协议、遗嘱、遗赠扶养协议等等。

身份法律行为属于引发婚姻、家庭、家庭成员、近亲属与亲属等身份法律关系变动的重要身份法律事实，是“人身法律行为”的下位概念。身份法律行为所引发的身份法律效果包括身份关系的发生、变更、消灭，其以引发身份关系以及身份关系当事人之间财产关系的设立、变更或者终止等身份法律后果为目的，不同于身份情谊行为。

身份法律行为与财产法律行为可能相互交织、相互渗透。“一方面，身份行为可能产生财产效果，如结婚带来夫妻共同财产、离婚带来夫妻财产分割；另一方面，财产行为亦可能具有身份色彩，尤其体现于租赁契约、雇佣契约等具有人身信任性质的持续性债务关系中。”

民法学研究中财产法较为繁荣、身份法相对薄弱的现象长期存在。但在我国民事司法实践中，婚姻家庭、继承纠纷居高不下。身份关系协议是身份法律行为的重要子类型，但不是全部。参照适用也不是围绕身份法律行为协调身份法和财产法关系的唯一法律适用方法。民法典实施背景下，需要全面关注身份法律行为的体系化建构，全面检视民法典民事法律行为制度在身份法律行为领域的可适用性。

(二) 身份法律行为的具体类型

身份法律行为的具体类型区分，关系到本文的逻辑体系展开。根据身份法律行为具体内容不同，身份法律行为的具体类型有广义说和狭义说之分。

广义说认为，身份法律行为包括亲属身份法律行为（纯粹身份法律行为）和以身份为基础的财产法律行为，后者的核心是身份关系协议和遗嘱，除此之外还包括夫妻财产制协议、离婚协议等行为。身份关系协议是身份法律行为的下位概念，不能用身份关系协议取代身份法律行为。身份关系协议是特定身份关系当事人之间的财产协议，具有突出的财产性特点，可以参照适用民法典合同编规定。纯粹身份法律行为具有身份性、伦理性特点，不能参照适用民法典合同编规定。狭义说认为，身份法律行为仅指纯粹身份法律行为，在我国立法上主要包括结婚、收养、协议离婚、协议解除收养等行为。笔者支持广义说。

我国民法典中身份法律行为的具体类型可以划分为总则编中的身份法律行为、婚姻家庭编中的身份法律行为、继承编中的身份法律行为，分别对应监护身份法律行为、亲属身份法律行为、继承身份法律行为。不能将身份法律行为局限于亲属行为和继承行为，监护身份法律行为当事人完全可能并非《民法典》第 1045 条所规定的亲属。身份法律行为的具体类型具有法定性和开放性结合的特点，基于身份法律关系安定性的要求，纯粹身份法律行为具有法定性特点，但不宜要求所有身份法律行为均遵循类型强制和严格法定。不能混淆纯粹身

份法律行为与身份关系协议。结婚、离婚属于纯粹身份法律行为，并非《民法典》第464条第2款规定的身份关系协议。《民法典》第464条第2款对身份关系协议也未通过列举规定而严格法定，而是采用例示规定的立法技术，例举婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，但又不将身份关系协议局限于此。婚约、给付彩礼、结婚、夫妻间给予房产、父母为子女婚后购房出资、夫妻财产约定、离婚、离婚协议、收养、解除收养、具有监护资格的人所达成的监护协议、意定监护协议、委托监护协议、其他身份关系协议、遗嘱、遗赠扶养协议、继承协议、多个继承人之间的析产协议等均属于身份法律行为。

传统身份法律行为理论以纯粹身份法律行为为研究重点，对身份关系协议关照回应不足，后者应是当前身份法律行为理论和实践的重点难点。

（三）身份法律行为的基本特征

身份法律行为除具备民事法律行为的一般特征外，还具有自身的特殊性。

第一，身份法律行为的当事人原则上是自然人，个别身份法律行为的当事人依照法律规定可以是法人或者非法人组织，例如根据《民法典》第33条、第1158条，成年意定监护协议的监护人、遗赠扶养协议的扶养人均可以是法人或者非法人组织。

第二，身份法律行为多为要式行为。身份法律行为涉及基本伦理秩序，通常为要式行为。“亲属法方面的法律行为（婚约除外，如果

可认为它是法律行为的话），由于对当事人具有特别重要的意义，而且它们通常还涉及到公共利益或第三人的利益，因此都需要具备某种形式。”“亲属身份行为与身份登记行为是引起亲属身份关系变动的基本法律事实构成。”例如，结婚、离婚、收养、解除收养等均须登记，以获得公示公信的效果。婚姻是经过某种仪式的男女结合，这种仪式在现代社会表现为结婚登记。未办理结婚登记的婚姻不成立，也不会因为双方共同生活而被治愈，不存在类推适用《民法典》第490条第2款的可能。

另有观点认为身份行为具有“事实先在性”特点，身份行为仅具有“宣言(确认)性”之特征，而财产行为则具有“创设性”之特征。但是身份法律行为的要式性特点使得法律对身份法律行为的创设性更加凸显。不符合要式性要求的事实先在性无法引发相应身份法律关系的变动。事实先在性理论在身份法律行为要式性特点面前的解释力有限。

第三，身份法律行为以无偿为原则。“真正的交换是违背家的本质的。”身份法律行为不适用等价有偿原则，一般也不适用显失公平规则。

第四，身份法律行为致力于探求当事人真实意思。身份法律行为必须尊重本人的真实意思，所以原则上无意思即为无效。“由此可以认为这里采取的是唯意思主义。”《民法典》第142条第2款对遗嘱等无相对人的意思表示解释方法也强调意思主义。身份法律行为引发物权变动，在身份关系当事人之间宜采取债权意思主义的物权变动模

式，对外则采取公示对抗主义。

身份法律行为注重意思主义，但身份法律行为也具有要式性特点，二者产生冲突时，如何协调？如当事人之间的假结婚、假离婚等双方虚假身份法律行为，此时宜认为要式性高于意思主义，以维护身份法律行为登记的公信力，维护身份法律关系的安定性。当然，对于单方意思表示不自由或者不真实的身份法律行为，则有矫正的必要。

第五，身份法律行为的效力瑕疵事由具有法定性、封闭性，范围相对更窄，以充分维护身份关系的安定性。身份法律行为的效力瑕疵事由与财产法律行为有别。例如，婚姻当事人一方不得以被欺诈为由主张撤销婚姻，《民法典》第1053条将基于欺诈缔结的婚姻可撤销制度限缩为一方患有重大疾病而在结婚登记前不如实告知另一方，这就远窄于《民法典》第148条和第149条对应的欺诈情形。对可撤销婚姻，应优先适用第1053条的特别规定，排除适用第148条和第149条的一般规定。“婚姻的缔结、维持、效力瑕疵和离异，都要遵循法定性。”

第六，身份法律行为多引发继续性法律关系。亲属法律关系和亲属法律事实具有继续性、长期性。结婚是男女双方按照法律规定的条件和程序确立夫妻关系的身份法律行为，结婚以永久共同生活为目的，是人身关系和财产关系全面的结合，是自然的、本质的、永久的、全面的结合。身份法律行为终止后不能简单适用恢复原状等法律责任，其溯及力的有无也不能一概而论。亲属法律事实的继续性、长期性，也就意味着易变性，身份关系协议相应地也就存在参照适用情势变更

规则的空间。

第七，身份法律行为只能由本人实施，不能由代理人代理，具有人身专属性特点。结婚、离婚、收养、遗嘱等根据其性质均不得代理。

“从我国民法典的规定来看，其对财产行为设置的限制通常较少，而对身份行为而言，法律通常设置了较多的限制性条件，如办理离婚登记、向婚姻登记机关申请发给结婚证等行为，需要当事人亲自实施，而不得由他人代理。”与结婚登记类似，办理收养登记手续不适用委托代理，也不适用法定代理，夫妻共同收养子女的，须夫妻共同到收养登记机关办理登记手续。夫妻共同收养子女，不应当成为身份法律行为不允许意定代理的例外情形。《民法典》第1135条规定的代书遗嘱并非代理。

“父母对未成年子女行为的代理、监护人对被监护人行为的代理是法定代理，但仅发生在代理财产行为，不涉及身份行为。”身份法律行为不适用委托代理，法定代理制度在身份法律行为领域则具有适用可能，以弥补被代理人行为能力的不足。监护人的监护职责具有不可转让性，受托人不会因为委托监护而成为监护人。监护人将全部或者部分监护职责委托给他人，并不意味着法定代理权的授予。

第八，身份法律行为不得附期限，通常也不能附条件。鉴于亲属身份关系的伦理性，身份法律行为如果附条件或者附期限，则违背公序良俗。当然，这里需要进一步区分身份法律行为的不同类型和所附条件或者期限的具体类型，部分情况存在例外情形，如夫妻财产制约定可以附条件、《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69条规定的婚内离婚协议本质上属于附生效要件的身份关系协议。身份法律行为通常不能附条件，但财产法律行为可以以身份法律行为的成立为条件，如以结婚为目的的彩礼给付。

根据《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》（以下简称《总则编解释》）第8条第1款，协议监护可以附生效条件。成年意定监护协议本质上属于附法定生效条件的身份关系协议，其法定生效条件就是《民法典》第33条所规定的“丧失或者部分丧失民事行为能力”。

第九，身份法律行为可能在特定身份关系当事人之间产生财产法律效果。例如，结婚行为所建立的夫妻关系包括夫妻财产关系，离婚行为引发的夫妻共有财产分割。身份法律行为不适用等价有偿原则。

第十，身份法律行为的伦理性、利他性、强行性、法定性特点突出。身份法的特殊性是相对比于财产法而言的，并不是相对民法而言的。相比较于市场经济生活中的财产法律行为，伦理家庭生活中的身份法律行为是人与人之间自然的、本质的、永久的、全面的结合，具有浓厚的伦理色彩，更强调德治与法治相结合，情理法相统一，不可偏废，不能用市场经济利益交换思维来看待身份法律行为。有观点指出，在市场交换中，利他主义的效率较低；而在家庭生活中，利他主义的效率较高。婚姻关系具有合作性特点，“夫妻关系并不完全以个人主义为价值本位，强调通过合作维护双方一体的共同利益。”

针对物质赡养中的赡养费请求权，《民法典》第196条第3项将

之连同抚养费请求权、扶养费请求权等一并规定不适用诉讼时效，有利于弱者保护、亲情修复、情感治愈和维护家庭和睦团结。排除适用诉讼时效的此种特殊规定也展现了民法典认可家庭是社会交往的特殊领域，家庭成员彼此之间享有的抚养费、赡养费、扶养费请求权关涉家庭生活中弱者权益的保护，关涉家的存续与运转。

身份法律行为纠纷案件中，也更强调社会主义核心价值观的释法说理作用，更重视家庭家教家风的教化育人功能。身份法律行为纠纷更加注重家事纠纷多元化解，修复受损的家庭关系，实现感情修复、促进家庭和谐和基层社会治理。

二、身份法律行为在身份法中的统领性地位

（一）身份法律行为和财产法律行为是民事法律行为的重要子类型

在民法典之前的民事单行法时代，学界对于婚姻家庭法作为民法有机组成部分的论证相对成熟，但对于婚姻家庭法伦理与财产法伦理的内涵及其区分揭示得尚不充分，致使婚姻家庭法特性被财产法规则掩盖，出现了对夫妻财产关系简单依照财产法规则处理的观点。也曾有坚持婚姻家庭法“另立门户”作为独立部门法体例的观点。

1949年新中国成立后，1950年婚姻法和1985年继承法均作为独立法律部门存在。1986年原民法通则开启了身份法回归民法的历程，民法典则完成了身份法回归民法，但这都是形式上的回归，婚姻法、继承法不再是民法之外的独立法律部门，而成为民法典中的身份法。认真研究民法典中的身份法律行为，可以实现身份法向民法实质上的

回归，使得身份法无论从形式上还是从实质上都不再游离于民法之外。

民事法律行为是实现私法自治的工具。民事法律行为中财产法律行为和身份法律行为并肩而立，分别承载起财产法领域和身份法领域的私法自治。“民法典要成为一部引领 21 世纪的良法，不仅要重构利己主义经济人假设的财产法体系，更要重塑利他主义伦理人文关怀的婚姻家庭法制度。”

身份法律行为和财产法律行为作为民事法律行为中并肩而立的两种子类型，这是民法典总分逻辑和私法自治原则的体现。“亲属法律行为与民事法律行为的关系，是种属关系，亲属法律行为是民事法律行为的下属概念。”

（二）身份法律行为是身份法体系展开的主线

民法典中身份法律行为制度积极回应人民群众对家庭建设的新期盼新需求，身份法律行为是建设好家庭、涵养好家教、弘扬好家风的重要制度接口，是提高基层治理法治化、专业化水平的重要环节。

民法典婚姻家庭编和继承编在立法技术层面实现了向民法体系的形式回归。“在法律适用和理论体系层面，身份法还需要实现向民法实质意义上的回归，即实现身份法与财产法体系相融贯，同时充分尊重身份法的特殊性。”用身份法律行为这条主线贯通身份法，可以从身份法律行为角度实现身份法向民法的实质回归。

合同行为是财产法领域最主要、最普遍的民事法律事实。身份法律行为通常发生在身份关系当事人之间，对应家庭这一最为亲密的社会关系。身份法律行为在身份法领域具有普遍性、贯穿性、体系性。

基于出生的事件而引发血亲法律关系的产生，这是身份法领域的个例，并不普遍。身份法律行为是身份法律事实的典型和常态，基于事件单独直接引发身份法律关系变动则是例外和非常态。

（三）身份法律行为能够引起身份权利、身份法律关系的变动

身份法律行为能够引起身份权利或者其他身份法律关系的变动。民法典未严格区分身份法律行为与身份法律关系。如《民法典》第1080条规定的解除婚姻关系，第1114—1118条规定的解除收养关系。

《民法典》第112条规定：“自然人因婚姻家庭关系等产生的人身权利受法律保护。”该条处于总则编第五章，从条文体系解释的角度，第112条紧接第110—111条具体人格权益条款，第112条的“人身权利”宜解释为身份权利。自然人的人格权不会“因婚姻家庭关系等产生”。进一步，身份权利的产生原因是身份法律行为等身份法律事实，而非第112条的“婚姻家庭关系等”。身份权利被包含在婚姻家庭法律关系之中，属于婚姻家庭法律关系的内容要素。从立法论角度看，第112条宜作如下表述：“自然人在婚姻家庭等关系中的身份权利受法律保护。”

身份权利与人格权利具有相似性，二者联系最为密切。身份权利和人格权利都属于非财产权，都具有人身专属性、法定性、非财产性，都不得放弃、转让、继承或者由他人代位行使。身份权利与人格权利大同小异，鉴于二者的相似性，《民法典》第1001条规定身份权利保护可以参照适用人格权编人格权保护的有关规定。基于身份共同体特点，婚姻家庭法律关系中的身份权利和人格权利均存在必要克减限

制、变通调适的可能，人格权编人格权保护的有关规定在婚姻家庭关系中不是补充适用，而是参照适用。

身份法律行为能够引起身份权利、身份法律关系的变动，但并非所有身份权利、身份法律关系的变动都是由身份法律行为引起，出生、死亡也都属于能够引起身份权利、身份法律关系变动的重要身份法律事实。

（四）民法典总则编对身份法律行为的关照回应有待完善

民法典确立了总则与分则相区分的编纂体例，总则编对于分则各编具有统辖效力。“在总则编一般规定的基础上，关于身份行为的规定既要注意身份行为的特殊性，又要注意与法律行为的相关性，处理好一般与特殊的关系，同时保持与总则规定相互间的协调。”

传统法律行为理论是在提取合同、遗嘱、结婚等行为公因式的基础上经过抽象、演绎而形成的，其规范的典范是债权合同，其规则也主要是针对财产行为而设。

我国民法典总则编部分地顾及到身份法律行为的特殊性，如第158条和第160条“根据其性质”不得附条件或者附期限的民事法律行为制度，又如第161条第2款依照“民事法律行为的性质”应当由本人亲自实施不得代理的民事法律行为制度等。

身份法律行为效力瑕疵可否补充适用民事法律行为的效力制度？立法未作回答。类似语境下，民法典对财产法律行为的规范配置就更加严密，如《民法典》第508条规定：“本编对合同的效力没有规定的，适用本法第一编第六章的有关规定。”引用性规定并非法秩序存

在违反整体立法计划的不完整性，不构成法律漏洞。整个身份法律行为领域，只有《民法典》第1113条第1款回应了民事法律行为无效规定对收养行为的可适用性，其他领域则付之阙如。

不可否认的是，民法典总则编主要以双方民事法律行为特别是合同行为为典型提炼一般规定，且主要以财产法律行为为典型提炼一般规定，这就导致民法典总则编对合同行为之外的其他民事法律行为、对身份法律行为的法律适用存在一定的“非总则性”。民法典总则编的许多规定无法简单直接适用到婚姻家庭领域，这是总则编“提取公因式”立法技术的天然结果，是总则编这种法典结构利之所存、弊必附焉的体现。在民法典总则编的“非总则性”下，民法和身份法的关系就不是一般法和特别法所能简单解释的，民事法律行为制度和身份法律行为制度也非简单补充适用和优先适用关系。作为民事法律行为的共性和身份法律行为自身的个性，均须被尊重。

“原则更适于用来反映法的评价统一性。”鼓励交易、维护交易安全可以作为财产法的基本原则，但无法涵括身份法。诚信原则方能涵括财产法和身份法。鼓励缔结婚姻、维护身份关系和谐安定等才是身份法的独有法理。维护交易安全，不能成为身份法的基本原则。

面对身份法律行为，民法典总则编民事法律行为制度存在统领性不足和非总则性特点。作为贯穿于身份法的一条主线，身份法律行为必须努力发挥在身份法领域的统领性作用，身份法律行为一般理论和适用衔接研究至为重要。

三、身份法律行为成立与效力的特殊性

（一）身份行为能力

身份行为能力是行为人自主决定和实施身份法律行为的资格，是民事行为能力在身份法领域的具体化。不能将身份行为能力简单等同于民事行为能力。身份行为能力有何不同于民事行为能力的特点？

身份行为能力只有有无两类，不存在限制身份行为能力一说，身份行为能力的欠缺无法通过代理来补足。我国民法典中的身份行为能力高于民事行为能力。相对比于民事行为能力制度，《民法典》第1047条法定婚龄制度对结婚行为能力提出更高要求，第1098条对收养行为能力提出更高要求，第1143条第1款对遗嘱能力提出更高要求：

“无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所立的遗嘱无效”。第1104条认定限制民事行为能力的未成年人在被收养时有作出同意的行为能力：“收养人收养与送养人送养，应当双方自愿。收养八周岁以上未成年人的，应当征得被收养人的同意。”不具备身份行为能力人所实施的身份法律行为无效。

（二）结婚行为能力

在司法实践层面，有关身份行为能力的认定较为疑难，这主要发生在有关婚姻效力的民事诉讼或有关婚姻登记的行政诉讼中。无民事行为能力人或者限制民事行为能力人缔结的婚姻效力如何？有学者认为《民法典》第1053条存在法律漏洞。“不具有缔结婚姻的行为能力既包括当事人因为未达法定婚龄而不具备缔结婚姻的行为能力，也包括当事人虽然达到法定婚龄仍不具备缔结婚姻的行为能力的情形。”未达法定婚龄的当事人缔结的婚姻无效，虽然达到法定婚龄仍

不具备缔结婚姻行为能力的当事人缔结的婚姻也应无效。我国民法典对结婚行为能力的要求高于对完全民事行为能力人的要求。完全民事行为能力人未满足法定婚龄，仍不具有结婚行为能力。未成年人民事行为能力不完全，更不会具备结婚行为能力。无民事行为能力人缔结的婚姻无效，对此可以补充适用《民法典》第144条规定：“无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。”

精神障碍患者是否可以结婚？1950年《婚姻法》第5条禁止精神障碍者结婚。已满法定婚龄的限制民事行为能力人并非完全丧失辨认能力和控制能力，无论结婚还是离婚都由其自行决定。如果精神障碍患者缔结婚姻时处于无民事行为能力的程度，该婚姻无效。

根据《民法典》第145条，限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效。简单补充适用第145条，仍然无法彻底回答已满法定婚龄的间歇性精神障碍患者结婚是否属于与其“智力、精神健康状况相适应的民事法律行为”。间歇性精神障碍患者精神正常时所实施的民事法律行为能否被认定为有效？间歇性精神障碍患者如果没有被宣布为无民事行为能力人，在其精神正常时应当认定为具有民事行为能力，所实施的民事法律行为不会因为行为能力不健全而导致效力瑕疵。不过，间歇性精神障碍患者情况复杂，往往比较难以判断其在什么时候精神正常，什么时候精神病发作，故其所实施的民事法律行为效力如何，常须经过大量调查研究取得充分证据才能认定。笔者认为，结婚行为不适用法定代理或者意定代理制度，在结婚行为能力问题上不

存在通过法定代理人补全的可能。为了避免事后不必要的争议，最佳的办法是在间歇性精神障碍患者实施民事法律行为时由公证机关公证或者取得医疗机构的证明，以证明其精神正常、神志清楚、具有民事行为能力。间歇性精神障碍患者即便已经被法院宣告为限制民事行为能力人，与他人缔结的婚姻也不一定无效，仍然取决于缔结婚姻之时是否处于发病期。证明上，申请确认婚姻无效一方未提供证据证明在登记结婚时，患有精神疾病一方处于发病期，不具有相应的民事行为能力的，应认定婚姻有效。

当然，一方患有精神疾病或者间歇性精神疾病，属于根据《民法典》第1053条需要在结婚登记前如实告知结婚另一方的重大疾病。

而根据《婚姻登记条例》第14条，办理离婚登记的当事人属于无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，婚姻登记机关不予受理。对《婚姻登记条例》第14条和第9条作体系解释，可以发现立法未简单规定对限制民事行为能力人不予结婚登记。不存在《民法典》第1051条婚姻无效情形的限制民事行为能力人能否结婚，取决于是是否可以理解和判断结婚行为，以符合《婚姻登记条例》第9条所规定的“自愿”结婚。间歇性精神病患者不在发病期时，具有自愿结婚的行为能力。

（三）结婚、离婚、收养、遗嘱法律行为的要式性

要式行为是指法律、行政法规规定或者当事人约定成立或生效必须采取特定形式的民事法律行为。身份法律行为的要式性源于法律规定，其有利于维持身份法律关系和身份秩序的安定性。

结婚、离婚、收养、解除收养等均须登记，具有要式性，均采登记生效主义。遗嘱无需登记，但遗嘱也属于要式法律行为，法律对不同类型的遗嘱有不同的形式要求。

假结婚、假离婚不能补充适用《民法典》第146条第1款，不能类推适用《民法典》第1052—1053条。《民法典》第146条第1款涵盖范围过宽，存在隐藏漏洞。

夫妻登记离婚后，一方以双方意思表示虚假为由请求确认离婚无效的，应不予支持。离婚属于要式行为。为了维持身份关系的安定性和身份登记的公信力，不能补充适用《民法典》第146条第1款的规定，不能认为假离婚无效。协议离婚情形下，婚姻关系的解除以婚姻登记机关登记离婚为准，不论双方办理离婚登记是出于何种利益考量或者主观动机。在婚姻法律关系上，不存在“真离婚”和“假离婚”的区别，只要办理了离婚登记，则婚姻关系在法律上已经解除。

夫妻一方的债权人有权证据证明离婚协议中有关财产及债务处理的条款存在《民法典》第538条、第539条规定情形，请求撤销相关条款的，人民法院应当依法予以支持。“如果因家庭关系产生的行为对第三人造成了影响，家庭法的介入也具有正当性。”

四、身份法律行为的法律适用方法

身份法律行为与民法典总则编民事法律行为制度的适用关系，是排除适用、优先适用、补充适用、参照适用，还是可以自给自足地在婚姻家庭编和继承编内部通过类推适用补充身份法律行为的法律制度漏洞，值得研究。

身份法律行为应当优先适用身份法的特别规定，此无争议。但身份法规定向来简略，难免存在一些待完善之处。当民法典婚姻家庭编、继承编、总则编监护制度以及民法典之外的其他法律没有特别规定，且补充适用民法典总则编民事法律行为的一般规定又不违反身份法律行为的性质和目的时，可以补充适用民事法律行为的一般规定。若补充适用民事法律行为的一般规定有违身份法律行为的性质和目的，是类推适用身份法的特别规定，还是参照适用变通调适民事法律行为的一般规定，有待分析。身份法律行为的法律适用方法，本质上是面对身份法律行为，寻找司法三段论大前提并加以解释适用。

（一）身份法律行为法律适用方法争论

亲属编与总则编的关系问题在婚姻法学界一直存在不同看法，而争论的核心其实是法律行为制度能否适用于亲属法。身份法律行为法律适用方法是理解民法典“总则与分则”“原则与规则”“一般与特殊”逻辑体系的重要命题，是展现身份法和财产法关系、观察身份法回归民法典程度的重要视角。

“补充适用民法典总则编说”认为，身份法律行为可以直接补充适用民法典总则编民事法律行为制度。有学者认为，在民法典婚姻家庭编未作特别规定的场合，总则编关于民事法律行为的一般规定理应适用于婚姻家庭问题。

“准用民法典总则编说”认为，为了避免立法的重复，我国在总则中规定了法律行为制度后，也可明确该部分的规定只要不与身份行为的性质相冲突，在亲属编没有规定的情况下可准用之。“亲属身份行为是一种特殊性质的法律行为，因此在适用总则编的规定时，在一般规定之下存在着例外。”

“类推适用身份法说”认为，身份法律行为可以在婚姻家庭编和继承编内部通过类推适用补充法律漏洞，应坚持身份法的独有法理。“类推适用说”本质上也是“总则编不适用说”。有学者认为：“亲属法对于具体的身份法律行为没有明文规定，而民事法律行为的一般规则的适用又不具有社会妥当性的，应当类推适用亲属法的相关规定，不能适用民事法律行为的一般规定。”

“准用财产法律行为规则说”认为，身份法律行为可以准用/参照适用财产法律行为的有关规定。《荷兰民法典》第三编“财产法总则”第二章规定“法律行为”，该章最后一条第59条规定：“以与法律行为或法律关系的性质不相冲突为限，本章规定准用于财产法以外的法律领域。”

“先类推适用后补充适用说”认为，如果身份法没有明文规定，则应类推适用身份法其他规定，若身份法实在没有规定，才回到民法典总则编寻找规定，但总则编的规定不得抵触身份法的特质。

“婚姻家庭编与总则编区分说”认为，针对身份法律行为，原则上总则编可补充适用，不能完全补充适用时，则变通适用，完全不能补充适用时，可类推适用身份法的特别规定。如有观点认为，身份法律行为不容总则适用时，应类推适用身份法的特别规定。身份法律行为原则上可以适用总则，但基于身份法律行为的特殊性，不能完全直接适用时，应变通适用。“由于婚姻家庭法具有的特性，对于某些没有规定的事项，不能完全适用民法总则，而应类推婚姻家庭法编的规定，或者变通适用民法总则。”

“纯粹身份法律行为与身份财产法律行为区分说”认为，纯粹身份行为，民法总则编关于行为能力、意思表示、代理、条件或期限等之规定，不能适用或不能完全适用；但身份财产行为，性质上亦为财产行为，自应适用民法总则编之规定。例如结婚固不许他人代理，但代理夫妻之一方与他方订立夫妻财产制契约，则无不可。民事法律行为制度“对身份财产行为采‘原则适用，例外排除’模式，而对纯粹身份行为采‘原则排除，例外适用’模式。”“总则规范之形式统摄力原则上仅针对身份财产关系。对于纯粹身份关系，无需将排除总则规范适用作为确定开放漏洞的前提。”

身份法律行为法律适用方法争论本质上是身份法回归民法典的程度争论。法典化的本质是体系化。法典的体系化有利于找法用法。民法典使得婚姻家庭编和继承编完成了从单行法、独立的部门法向民法典的形式上回归，而妥当解答身份法律行为法律适用方法

可以进一步完成身份法向民法典的实质回归。

民法典合同编等财产法的有关规定对身份法的影响日增。我国原《合同法》第2条区分了财产合同和身份关系协议，平等主体之间的财产合同纠纷归原合同法调整，婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议则优先适用其他法律的规定，不能当然地将财产法律规范适用于身份法律关系之中。根据《民法典》第464条，身份关系协议存在参照适用民法典合同编的空间，身份关系协议的性质是身份法律行为及相应身份权利义务关系所展现出的身份共同体，这也是参照适用时被引用法条限制或者修正变通的判断标准和解释依据。“亲属身份行为具有非契约的‘合同行为’性质。”

对身份法律行为的法律适用方法，笔者持“参照适用说”。不应忽视民事法律行为制度对身份法律行为的调整。鉴于身份法律行为的伦理性、身份性等特殊性质，身份法律行为当然优先适用身份法的特别规定。当民法典婚姻家庭编、继承编、总则编监护制度以及民法典之外其他法律没有特别规定时，补充适用民法典总则编民事法律行为的一般规定又不违反身份法律行为的性质和目的，则可以补充适用民事法律行为的一般规定。若补充适用民事法律行为的一般规定有违身份法律行为的性质和目的，可以根据其性质参照适用、变通调适民事法律行为的一般规定。

（二）身份法律行为对民法典民事法律行为一般规定的参照适用

身份法律行为是否可以直接适用民事法律行为的一般规定尤其是民事法律行为效力瑕疵的一般规定？在婚姻法回归民法典体系的背景下，有必要认真检视民法典总则编对身份法律行为的可适用性，区分何种情形下可以直接适用、何种情形下可以参照适用、何种情形下可以排除适用。

有学者认为，民法总则关于法律行为的规定对于身份行为是否适用，应予研究。国外和我国台湾地区通说持否定意见。“单方虚假意思表示、重大误解、欺诈、胁迫规则，对婚内协议应当限缩适用。”

尽管婚姻行为（结婚、离婚）具备法律行为的特征，但这并不意味着可以将总则编的一般性规则直接适用于婚姻行为。对身份法律行为的效力，民事法律行为效力待定规则应排除适用，但可依据总则编的规定认定身份法律行为无效。就身份法律行为的实施而言，不存在身份法律行为能力不完全而可补足的问题，同意实施规则和法定代理制度原则上应排除适用，只在特殊情形下有所例外。

“总则编第 145 条规定的‘效力待定’这一后果有违身份行为的终局性、确定性和自主性，故不适用于身份行为。”

有学者认为，例外情形下允许身份法律行为被法定代理，比较法有类似事例。笔者认为，在我国民法典中并无设置此种例外的必要性。《民法典》第 1104 条后段规定：“收养八周岁以上未成年人的，应当征得被收养人的同意。”通过反面解释，收养 8 周岁以下

的无民事行为能力人不需要征得其同意。8周岁以上的未成年人，如果属于无民事行为能力人，被收养时，同样不需要征得其同意。通过目的解释，不能辨认自己行为的未成年人，被收养时不需要征得其同意。不能完全辨认自己行为的未成年人，被收养时需要征得其同意。如此，并无需要设置例外规则以弥补的法律漏洞。

民事法律行为制度无法直接适用到身份法律行为之中。“民法总则中的相关条款原则上亦可适用于这些人身法上的行为。但鉴于诸此法律行为强烈的效力，并从法律安定性和法律清晰性出发，人身法上的法律行为大多受特别规则的调整。”“法律行为理论无法‘一般性’地适用于婚姻行为。”民法典总则编的欺诈、胁迫规范可以类推适用于离婚合意，但是显失公平、重大误解及通谋虚伪表示规范则不得类推适用。

笔者认为，民法典总则编具有鲜明的“非总则性”特点，总则编民事法律行为的有关规定对身份法律行为、对合同行为之外的其他民事法律行为关照不足，当分则各编对身份法律行为、对合同行为之外的其他民事法律行为没有规定时，简单补充适用总则编的规定有可能违背其性质。根据《总则编解释》第1条第1款，民法典第二编至第七编没有规定的，适用民法典第一编的规定，但是根据其性质不能适用的除外。原则适用、例外排除，与《民法典》第468条的规范技术一致，这就是实质意义上的参照适用。例如，情谊行为纠纷不能补充适用总则编。对赌协议、射幸合同根据其性质

不能补充适用重大误解、显失公平规则。收养协议无效后，收养人不能简单依据无效法律行为的返还规则要求被收养人返还抚养费。假结婚、假离婚不能补充适用虚假民事法律行为无效规则。结婚、离婚不能适用附条件民事法律行为制度或者代理制度。身份法律行为原则上可以补充适用民事法律行为的一般规定，例外情形下对民事法律行为的一般规定可以变通调适甚至排除适用。

总体上，身份法律行为对民法典民事法律行为一般规定主要有补充适用和参照适用两种法律适用方法。实质意义上的参照适用从最终结果层面看包含了补充适用、变通调适和排除适用。

例如，在上海市高级人民法院参考性案例第 144 号吴某诉陈某离婚纠纷案中，男方吴某、女方陈某签署婚前协议。除了约定分别财产制外，协议第 4 条同时约定：“陈某在婚后除与吴某生育子女外，还将生育一名与吴某无血缘关系的子女，当双方离婚时则正常的婚生子女的抚养权归男方吴某所有，与男方无血缘关系的子女抚养权归女方陈某所有，男方无须承担抚养义务。”法院认为，婚前协议中有关生育权的约定属于有关身份关系的约定，根据《民法典》第 464 条第 2 款，其效力判定应先适用民法典婚姻家庭编身份关系的法律规定；没有规定的，根据其性质参照适用民法典合同编的规定。同时，应结合婚姻家庭伦理、文明家风建设、社会主义核心价值观等，综合判断身份关系协议的效力。身份关系协议中有关生育意愿、生育方式、抚养义务的约定，不得违反法律规定，不得

违背公序良俗，不得侵害儿童利益。根据《民法典》第 508 条和第 153 条第 2 款，关于在双方均具备生育条件且已生育的前提下，女方可与婚外第三方生子（买精后人工授精生育）的夫妻生育权协议，与社会主义核心价值观中文明、和谐的价值导向不符，超越了社会公众的一般认知，不利于维持平等、和睦、文明的婚姻关系，有违社会生活中的善良风俗，应属无效约定。笔者认为，该案婚前协议中有关生育权约定的法律效力，存在两种法律适用方法，一种方法是如该案法院的适用方法，基于有关身份关系的协议与合同的类似性，根据《民法典》第 464 条第 2 款参照适用合同编规定，而合同编对此未作具体规定，因此根据《民法典》第 508 条，补充适用《民法典》总则编第 153 条第 2 款，这种找法用法的方法是妥当的。另一种可能的方法是，基于有关身份关系协议的民事法律行为属性，不必经由第 464 条第 2 款和第 508 条的指引，而是结合《总则编解释》第 1 条第 1 款，直接补充适用《民法典》总则编第 153 条第 2 款。

（三）身份关系协议对民法典财产法规定的参照适用

身份关系协议等身份法律行为可以参照适用民法典财产法规定。我国民法典并未采纳身份财产行为可以直接补充适用总则编有关规定的观点。根据《民法典》第 464 条，身份关系协议对合同编规定不是补充适用，而是参照适用。

身份关系协议是以引发身份关系当事人之间的财产性法律后果

为基本特征的身份法律行为，不同于结婚、离婚、收养、解除收养等纯粹身份法律行为。《民法典》第464条第2款中的身份关系协议不能严格法定，有类型开放的空间。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议需具有财产关系内容方可，婚姻、收养等纯粹身份法律行为不属于合同，不存在参照适用合同编的空间，纯粹身份法律行为类型和内容法定。不过，《民法典》第464条第2款仍未彻底解决身份法与民法的体系融贯和民法对身份法律纠纷的兜底适用难题，例如，欺诈性抚养纠纷、身份关系协议引发的居住权纠纷、身份权利保护等问题，仍需进一步讨论。欺诈性抚养对应的法律事实不是身份关系协议，而是监护权侵权行为，但欺诈性抚养中的抚养费返还请求权可以参照适用不当得利的有关规定，欺诈性抚养中精神损害赔偿请求权可以适用侵权精神损害赔偿的有关规定，抚养费返还请求权和精神损害赔偿请求权构成责任聚合。

就身份关系协议的性质及其对合同编参照适用的可能，需结合不同身份关系协议的类型，具体分析：

例如，离婚协议中的赠与条款不能参照适用《民法典》第658条赠与人任意撤销权规则。离婚协议属于“一揽子”协议，各项内容彼此具有高度牵连性，不能脱离离婚协议的整体来看待赠与条款这个“部分”。无法将离婚协议中的赠与条款从离婚协议这个“整体”中单独剥离出来。

例如，在汪某诉石某离婚后财产纠纷案中，法院援引《民法典》第464条第2款、第1087条第1款等规定作出裁判。离婚协议中关

于一方可在系争房屋中居住一定期限之约定，属于设立居住权的身份关系协议，并非赠与合同。该案争议焦点在于原告在系争房屋中的居住目的不能实现时，被告如何承担违约责任。笔者认为，该案援引第464条第2款是妥当的，援引第1087条第1款亦可行但并不必要。该案被告违约责任的承担，或可考虑进一步参照适用《民法典》第584条可得利益计算标准和第592条第2款与有过失规则加以确定。

又如，根据《民法典》第1085条，父母可以在离婚时签订未成年子女抚养费协议，抚养费协议可以参照适用《民法典》第522条第2款真正利益第三人合同的规定，未成年子女享有直接请求权。未成年子女根据第1085条第2款“必要时”请求调高抚养费数额时，不需要达到第533条情势变更规则“重大变化”的程度，也不需要具备第151条显失公平规则“成立时显失公平”等主客观要件，第1085条第2款是公平原则和未成年子女利益最大化原则的具体化。抚养费协议的根本性质是真正利益第三人的身份关系协议，根本目的是未成年子女利益最大化。根据《婚姻家庭编解释一》第49条第4款，“有特殊情况的”可以适当提高或者降低抚养费数额，这属于情势变更规则在抚养费调整领域的具体适用，此处“特殊情况”主要包括子女的实际需要（如必要开支显著增加）、父母双方的负担能力（如义务人经济状况显著恶化）等，需要降低《民法典》第533条“无法预见”要件要求。类似地，有学者认为：“考虑到婚姻中当事人对亲密关系的依赖和对未来的乐观态度等因素，法院判断当事人在订立婚前协议时的预见能力的标准也应有所降低。”身份关系协议参照适用第533

条时，还需将“情势变更事由不可归责于当事人”范围限于当事人不能为了使协议参照适用情势变更制度而故意主动造成情势或放任情势发生。除未成年子女抚养费调整外，在离婚后未成年子女直接抚养权变更、探望权行使方式变更、离婚财产分割、离婚经济帮助等问题上，都存在参照适用民法典合同编情势变更规则的空间。身份关系协议中情势变更规则的主要出发点不是双方当事人利益平衡，而是最有利于未成年人原则。参照适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称《合同编通则解释》）第 32 条第 4 款，身份关系协议中排除情势变更规则适用的约款无效。

再如，父母可以在离婚时签订未成年子女探望权协议，当父或者母探望子女“不利于子女身心健康的”，若立法未规定《民法典》第 1086 条第 3 款，补充适用第 35 条过于原则和笼统，补充适用第 36 条“严重损害被监护人身心健康”条件过高，参照适用第 533 条情势变更规则是一种有益的方法。第 1086 条第 3 款与第 533 条的法理基础具有类似性。探望权协议的根本目的也是未成年子女利益最大化。

2025 年 7 月 3 日，最高人民法院发布“法答网精选问答（第二十三批）——婚姻家庭专题”，问题 3 为“离婚协议中，就夫妻共同财产分割折价款的给付义务约定的违约金条款效力，应如何认定？能否对违约金进行调整？”相关解答认为，夫妻双方针对共同财产分割产生的给付义务约定的违约金，如无其他影响该约定效力的事由，则应当认定该约定有效。在处理涉及此种情形的违约金调整问题时，除

了依法参照适用民法典合同编及有关司法解释的规定外，更应侧重对诚信原则的遵循，考虑上述当事人约定违约金的具体场景来酌定。有观点认为，离婚协议违约金条款属于《民法典》第 1076 条中的“等事项”，违约金的高低不影响违约金条款的效力，违约金过高应通过司法酌减解决。离婚协议违约金调整应侧重遵循诚信原则，不必拘泥于实际损失，可综合考虑违约程度、失信原因、履约能力、当事人过错程度等因素决定是否调整以及调整幅度。

笔者认为，离婚协议中，就夫妻共同财产分割折价款的给付义务可以约定违约金，离婚协议中抚养费给付义务也可以约定违约金，以督促给付义务人按约定支付折价款或者抚养费。离婚协议中的抚养费给付并非纯粹身份关系，而是服务于被抚养人利益的财产关系内容。离婚协议中抚养费给付属于金钱之债。进一步思考，抚养费协议中如果约定违约金条款，该违约金条款可否参照适用《民法典》第 585 条规定的违约金规则？笔者认为，这需要结合抚养费协议的性质再分析，抚养费协议对应金钱之债，迟延履行抚养费给付义务给对方带来的损失可以参照同为金钱之债的民间借贷利率上限确定，违约金如果不超过民间借贷利率上限，不宜认定为“过分高于造成的损失”。与之不同，探望权协议不属于金钱之债，其参照适用第 585 条可能存在障碍。

实际上，对离婚协议中抚养费给付这类金钱债务逾期付款违约损失的计算方法，解释论上存在两种方案：

方案一，结合《民法典》第 464 条第 2 款、第 646 条，参照适用《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》

（以下简称《买卖合同解释》）第18条第4款，可以以违约行为发生时中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心公布的一年期贷款市场报价利率标准为基础，加计30%—50%计算逾期付款损失。离婚协议中抚养费给付义务对应的违约金条款是否过高需要酌减，参照适用《合同编通则解释》第65条第2款和《买卖合同解释》第18条第4款，约定的违约金超过造成损失的30%时，一般可以认定为过分高于造成的损失。离婚协议中抚养费给付义务对应的违约金超过1年期贷款市场报价利率标准为基础加计30%—50%后的30%时，一般可以认定过分高于造成的损失。

方案二，离婚协议中抚养费给付这类金钱债务逾期付款违约损失类似于民间借贷纠纷中的利息损失。根据《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》（以下简称《民间借贷规定》）第28条第1款规定，借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但是以不超过合同成立时1年期贷款市场报价利率4倍为限。该司法解释第29条进一步明确，出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但是总计超过合同成立时1年期贷款市场报价利率4倍的部分，人民法院不予支持。类推适用《民间借贷规定》第28条第1款和第29条，离婚协议中抚养费给付这类金钱债务逾期付款违约金以不超过合同成立时1年期贷款市场报价利率4倍为限。

许多观点支持脱离实际损失，支持离婚协议中过高违约金。但笔

者不赞同脱离实际损失去讨论离婚协议违约金是否调整及调整幅度，否则会导致财产法和身份法在违约金调整这一价值判断问题上的体系违反。《合同编通则解释》第65条第1款在解决合同和离婚协议违约金酌减纠纷时存在度的差别，不存在质的不同。

综上，判断离婚协议中金钱给付类债务违约金是否过高，方案一是可以参照适用《合同编通则解释》第65条第2款和《买卖合同解释》第18条第4款，方案二是也可以类推适用《民间借贷规定》第28条第1款和第29条，前者计算所得为违约行为发生时1.95倍LPR，后者计算所得为离婚协议成立时4倍LPR。笔者认为，离婚协议具有不可逆性，离婚协议违约金酌减案件中，应侧重遵循诚信原则，但也不能废弃公平原则。可以采用方案二，类推适用《民间借贷规定》第28条第1款和第29条，支持离婚协议中当事人约定的相对更高的违约金。

（四）身份法律行为的多元法律适用方法

厘清身份法律行为对民事法律行为制度的多元法律适用方法，协调目的解释、补充适用、排除适用、类推适用、参照适用的关系，这是身份法律行为适用衔接的核心难题。

《总则编解释》第1条第1款后段规定：“民法典第二编至第七编没有规定的，适用民法典第一编的规定，但是根据其性质不能适用的除外。”此处采纳了和《民法典》第468条相同的除外条款规范技术，包含了身份法律行为的适用方法，从解释论角度看实质上属于参

照适用。针对身份法律行为，总则编民事法律行为一般规定发挥参照适用作用，这成为协调总则编和身份法这一对总分关系时的法律适用方法基调。身份法律行为法律适用方法的核心是讨论民事法律行为一般规定的可适用性，这是民法典总分关系在法律适用问题上的经典问题。

针对《总则编解释》第1条第1款，有观点认为：“并非所有各分编未规定的问题都可以适用总则编规定，尤其是涉及身份关系的情形。例如，欺诈订立的合同可以根据总则编规定予以撤销，但欺诈缔结的婚姻并非均可撤销。因此，在第1款后段做了‘但是根据其性质不能适用的除外’的限定，以避免本款规定的适用规则过于绝对。”

《民法典》第464条第2款和《总则编解释》第1条第1款共同形塑了身份法律行为的法律适用方法，确定了身份法律行为制度漏洞填补问题上民法典总则编和身份法的总分关系。

一方面，针对身份关系协议，《民法典》第464条第2款在身份关系协议回归民法典总则编民事法律行为一般规定问题上设置了一定门槛。身份法对身份关系协议没有规定时，并非补充适用民事法律行为一般规定，而是根据身份关系协议性质参照适用合同编规定。合同编产生体系溢出效益，努力填补身份关系协议领域身份法的法律漏洞。有学者认为，即使《总则编解释》明确了婚姻家庭关系对于总则编的原则性适用，亦须限缩解释为其仅针对身份财产关系。实际上，针对身份财产法律行为中身份关系协议的法律适用方法，《民法典》第464条第2款才是妥当的找法用法指引，《总则编解释》第1条第

1款则解决身份关系协议之外的其他身份法律行为法律适用方法问题。

另一方面，针对身份关系协议之外的其他身份法律行为，特别是纯粹身份法律行为，《总则编解释》第1条第1款未将民事法律行为一般规定简单置于补充适用地位，而是原则上参照适用，例外不参照适用。主张不参照适用民事法律行为一般规定之人，对该款但书对应情形——但是根据其性质不能适用——负论证义务。

参照适用方法柔化了总则编和婚姻家庭编、继承编的总分关系，总则编不再“大包大揽”，而是更加充分尊重纯粹身份法律行为的特殊性。“法律的结构安排，经常在很大程度上受到‘事物本质’的影响；因此，一项规定的特性，例如作为家庭法或者商法规范，可以对理解该规定有所助益。”针对身份关系协议，民法典总则编适当放松调整，参照适用方法可以充分释放合同编的体系效益，合同编实质分担了总则编的部分职能。

五、结语

身份法律行为是引发当事人之间身份法律关系发生、变更、消灭的民事法律行为。身份法律行为包括纯粹身份法律行为和以身份为基础的财产法律行为，后者的核心是身份关系协议和遗嘱。在民法典身份法律行为解释论视角下，需要全面检视民法典民事法律行为制度在身份法律行为领域的可适用性。

厘清身份法律行为对民事法律行为制度的多元法律适用方法，协调目的解释、补充适用、排除适用、类推适用、参照适用的关系，这是身份法律行为适用衔接的核心难题。

《民法典》第464条第2款和《总则编解释》第1条第1款共同形塑了身份法律行为的法律适用方法，确定了在身份法律行为制度漏洞填补问题上民法典总则编和身份法的总分关系。

针对纯粹身份法律行为，总则编民事法律行为一般规定发挥参照适用作用，这成为协调总则编和身份法这一对总分关系时，法律适用方法的基调。针对身份关系协议，合同编规定同样发挥参照适用作用。参照适用方法成为协调身份法律行为与民事法律行为一般规定、财产法律行为具体规定的重要方法论，“根据其性质”的参照适用要求我们尊重身份法律行为自身的特殊性。参照适用也非普遍适用，参照适用是身份法律行为对民事法律行为制度多元法律适用方法的一种。参照适用为我们反思身份法与民法典总则编、身份法与合同编关系提供了新方法论。身份法律行为是一个需要做类型化分析的概念，在协调身份法律行为的不同具体子类型对财产法律行为规定和民事法律行为一般规定的适用衔接关系时，具体论证理由比一般化结论更重要。

解决以身份为基础的财产法律行为问题，需要在民法典体系化思维下，思考身份法和财产法的关联交叉、适用衔接，身份法要善于向财产法“借工具”，以填补身份法的法律漏洞，但要充分尊重身份关系的特殊性。身份法调整身份关系协议时并非“自给自足”，财产法规范作用于身份关系协议时也不能“大包大揽”。身份法规则在追求形式合理性外，还强调实质合理性；在类似于机动车驾驶人考试科目二“卡点位”式的要件对应思维外，还侧重科目三“把幅度”式的综合判断思维。身份法中围绕身份关系协议的“综合考虑”，贯通着中

国人“差不多”的生活智慧。

