

上海律协婚姻家事专业委员会

2026年2月

第2期

法律资讯



婚姻家事与财富传承



主任：吴卫义

主编：吴琼

编委：（按姓氏拼音）

陈宏伟 陈雁

杜伟 方青

高明月 高兴

葛珊南 韩静

胡瑞平 刘创

刘琪 陆以洁

马赛男 钱元春

邵玉民 沈美娇

沈奇艳 王慧婷

吴琼 武鹏

徐巧月 燕晓凤

杨燕亭 叶盈盈

元玲慧 袁芳

张玮颖 赵宁宁

执行主编：吴琼

目 录

➔ 媒体聚焦

1、在 5A 景区领证结婚的年轻人

(来源: 澎湃新闻) 1

2、上海发布楼市“沪七条”

(来源: 人民政协报) 4

➔ 新规速递

1、民政部公布新修订的《未成年人救助保护机构管理暂行办法》

(来源: 中国儿童福利) 7

2、民政部公布新修订的《儿童福利机构管理办法》

(来源: 中国儿童福利) 20

➔ 案例评析

1、通谋虚假离婚中离婚协议的效力认定 | 北京二中院

(来源: 北京二中院) 37

2、公证赠与后又公证遗嘱, 房产到底归谁? | 基层治理案例(家事纠纷篇)

③③ (来源: 上海二中院) 45

3、母亲出具赠送宅基地承诺书后, 拆迁款归谁所有? | 基层治理案例(家事纠纷篇) ③② (来源: 来源: 上海二中院) 52

➔ 业务研究

1、我国涉外协议离婚法律适用的困境及其疏解

(来源: 《东方法学》 作者: 刘梦非) 55

➡ 媒体聚焦

在 5A 景区领证结婚的年轻人

(来源：澎湃新闻)

春节假期前的最后一个工作日恰逢情人节，位于山东省淄博市的周村古商城景区内的周村区婚姻登记服务中心也迎来了登记高峰。

作为准新人青睐的领证日，当天 88 个预约名额早已全部约满，不少线上没有预约成功的准新人，也早早到达婚姻登记处，现场排队取号。

在古色古香的小院里，一对对新人有序排队，在现场工作人员的指引下，递交证件、签署材料、领取“红本本”。不少新人身穿小礼服，手捧玫瑰花，在亲朋好友的见证下，印上“爱的烙印”。

这里也一改婚姻登记处传统的办事场景，让登记、宣誓、颁证全程充满仪式感。新人们携手许下幸福承诺，传统婚俗文化与现代文明新风在此交融，快门定格下一个个温馨瞬间。

“我们结婚啦。”经历了五年恋爱长跑的郝先生终于娶到了心爱的女孩。他激动地向澎湃新闻记者展示刚领到的结婚证，满脸的自豪。郝先生还邀请了朋友跟拍他们领证的过程，记录下属于二人的幸福一刻。他告诉记者，5A 级景区里的婚姻登记处颠覆了他对结婚领证的想象，相信这也会成为他和妻子寇小姐一生难忘的回忆。

一身白裙，外搭喜庆的红色毛衣，让宁小姐在领证的人群队伍里吸睛不少。选择在情人节来领证，这是她与丈夫刘先生精挑细选后定下的日子。

“预想到情人节登记的人多，我们早早便数着日子等着抢名额了，今天我们终于领证了。”宁小姐和刘先生相视而笑，眼中闪烁着光芒。经历了三年多的恋爱，这对有情人终成眷属。

宁小姐的家在邻市滨州，从小她就经常来周村古商城景区玩，能回到童年记忆中玩耍的地方登记结婚，她感到特别亲切。宁小姐和刘先生目前都在济南居住，双方的户口也在不同的地市。在婚姻登记处门口，澎湃新闻记者也遇到了很多像他们一样异地来周村区办理结婚登记的准新人。

去年五月，修改后的《婚姻登记条例》落地实施，“全国通办”政策不仅让异地新人告别“千里回籍”的奔波，跨区域登记的新人也有机会选择不同的婚姻登记场所，这也给民政部门延伸婚姻登记服务提供了可能。

2024年4月，淄博市周村区将婚姻登记处搬入周村古商城景区，成为山东全省首家整建制搬迁的婚姻登记处。除提供基础登记服务外，还整合景区资源，为新人们提供登记+拍照+活动的一站式服务体验。

“来我们这里登记结婚的新人通常不会领了证就走，一般都要在景区拍很多照片。”周村区婚姻登记服务中心副主任赵娜告诉澎湃新闻记者，婚姻登记服务进入景区，可以提升领证的仪式感，引导“重情轻礼”的文明风尚。而得益于《婚姻登记条例》的修订，去年全年周村区的结婚登记数量较前年增加50%以上，很多淄博其他区县甚至外地市户口的新人也会选择来这里登记结婚。

从民政局到景区，各地婚姻登记处纷纷创新思路，将登记处设于

景区、公园、古镇，进入历史保护建筑中，融入自然和人文场景。这些空间不仅见证了新人们的幸福时刻，也带动了“婚登+旅游”的新风尚，赋予了婚姻登记的仪式感更多想象，也获得了年轻人的青睐。

上海发布楼市“沪七条”

（来源：人民政协报）

为更好满足居民刚性和改善性住房需求，促进房地产市场平稳健康发展，2月25日，上海市住房和城乡建设管理委、市房屋管理局、市财政局、市税务局、市公积金管理中心等五部门联合印发《关于进一步优化调整本市房地产政策的通知》（以下简称《通知》），自2026年2月26日起施行。具体内容如下：

一、进一步调减住房限购政策

服务宜居安居，促进职住平衡，聚焦满足居民合理住房需求，《通知》明确进一步调减住房限购政策。

一是缩短非沪籍居民购买外环内住房所需缴纳社保或个税年限。对非上海市户籍居民家庭或成年单身人士购买外环内住房的，购房所需缴纳社会保险或个人所得税的年限，调整为购房之日前连续缴纳满1年及以上。

二是符合条件非沪籍居民可在外环内增购1套住房。对在上海市缴纳社会保险或个人所得税满3年及以上的非上海市户籍居民家庭或成年单身人士，在执行现有住房限购政策基础上，可在外环内增购1套住房。

三是符合条件的持《上海市居住证》群体可在上海市购买住房。对持《上海市居住证》满5年及以上的非沪籍居民家庭或成年单身人士，在上海市限购1套住房，无需提供缴纳社保或个税证明。

按照上述规定，非沪籍居民家庭或成年单身人士，自购房之日前在上海市连续缴纳社会保险或个人所得税满 1 年及以上的，在外环外购买住房不限套数，在外环内限购 1 套住房；连续缴纳社会保险或个人所得税满 3 年及以上的，在外环内限购 2 套住房。持《上海市居住证》满 5 年及以上的，在全市范围内限购 1 套住房。

关于住房限购政策相关业务，可拨打房地产交易行业服务热线“962269”具体咨询。

二、优化住房公积金贷款政策

发挥公积金支持住房消费作用，满足缴存人在不同阶段的宜居安居需求，《通知》规定优化住房公积金政策。

一是适度提高住房公积金最高贷款额度。将缴存人家庭购买首套住房的公积金贷款最高额度从 160 万元提高至 240 万元，叠加多子女家庭和购买绿色建筑最高贷款额度上浮政策（最高上浮 35%），上海市公积金家庭贷款最高额度可达到 324 万元。对购买第二套住房的最高贷款额度也相应予以提高。

二是优化贷款套数认定。对于已使用过公积金贷款的上海市缴存人家庭，在上海市无住房或仅有 1 套住房，且当前已结清住房公积金贷款的，在上海市再次购房时可申请公积金贷款。

三是扩大多子女家庭购房支持范围。公积金贷款支持政策的适用范围从购买首套住房拓展至购买第二套住房。即对多子女家庭购买第二套住房的，最高贷款额度在上海市最高贷款额度基础上上浮 20%。

关于住房公积金贷款政策相关业务，可查询上海住房公积金官网

或拨打住房公积金热线“12329”具体咨询。

三、完善个人住房房产税政策

支持居民置换改善需求，《通知》规定自 2026 年 1 月 1 日起，对上海市户籍居民家庭中的子女成年后，购买住房属于成年子女家庭唯一住房的，暂免征收个人住房房产税。即对购房人于未成年时（或于上海市个人住房房产税试点前）已与父母、（外）祖父母共同拥有住房的，在上海市新购或置换住房后，该住房仍属于成年子女家庭唯一住房的（除上述共同拥有住房外），暂免征收个人住房房产税。

购房人家庭住房情况发生变化，符合上述条件的，可向应税住房所在地税务机关重新办理个人住房房产税纳税信息申报、认定，从税务机关重新认定之次月起调整纳税，并退还所属期在 2026 年 1 月 1 日以后多缴纳的税款。

关于完善个人住房房产税政策相关业务，可拨打税务咨询热线“12366”具体咨询。

➔ 新规速递

民政部公布新修订的《未成年人救助保护机构管理暂行办法》

(来源：中国儿童福利)

第一章 总 则

第一条 为了规范未成年人救助保护机构管理，保障未成年人合法权益，根据《中华人民共和国民法典》、《中华人民共和国未成年人保护法》等法律法规和国家有关规定，制定本办法。

第二条 本办法所称未成年人救助保护机构是指县级以上地方人民政府及其民政部门设立，主要收留、抚养由民政部门依法临时监护的未成年人，并开展困境未成年人关爱服务工作的机构。

未成年人救助保护机构包括按照事业单位法人登记的未成年人（救助）保护中心、设有未成年人救助保护科（室）的机构等。

第三条 国务院民政部门负责指导、监督全国未成年人救助保护机构管理工作。上级民政部门负责指导、监督下级民政部门未成年人救助保护机构管理工作。

县级以上地方人民政府民政部门依照有关法律法规和本办法的规定，对所设立或者本级人民政府设立的未成年人救助保护机构进行管理。

第四条 未成年人救助保护机构应当按照最有利于未成年人的原

则，给予未成年人特殊、优先保护，根据未成年人的生理、心理特点，提供个性化关爱服务，依法保障未成年人的生存权、发展权、受保护权、参与权等权利。

第五条 未成年人救助保护机构应当依法履行收留、抚养职责，开展服务应当遵守建筑、安全生产、食品安全、医疗卫生等有关法律法规政策和强制性标准的要求。

未成年人救助保护机构及其工作人员应当遵守职业道德规范，尊重未成年人人格尊严，不得歧视、侮辱、虐待未成年人，不得泄露或者非法向他人提供未成年人的个人隐私、个人信息。

第六条 县级以上地方人民政府民政部门应当积极推动将未成年人救助保护机构建设纳入本级人民政府国民经济和社会发展规划，不断提升未成年人救助保护机构服务质量和管理水平。

第七条 鼓励自然人、法人或者非法人组织通过捐赠、设立公益慈善项目、提供志愿服务等方式，为未成年人救助保护机构提供支持。

第八条 对在未成年人救助保护机构服务和管理工作中做出突出成绩的单位和个人，依照国家有关规定给予表彰和奖励。

第二章 收留抚养

第九条 未成年人救助保护机构应当收留、抚养下列由民政部门依法临时监护的未成年人：

(一) 流浪乞讨或者身份不明，暂时查找不到父母或者其他监护人的；

(二) 监护人下落不明且无其他人可以担任监护人的；

(三) 监护人因自身客观原因或者因发生自然灾害、事故灾难、公共卫生事件等突发事件不能履行监护职责，导致监护缺失的；

(四) 监护人拒绝或者怠于履行监护职责，导致处于无人照料状态的；

(五) 监护人教唆、利用未成年人实施违法犯罪行为，需要被带离安置的；

(六) 遭受监护人严重伤害或者面临人身安全威胁，需要被紧急安置的；

(七) 法律规定的其他未成年人。

第十条 未成年人救助保护机构接收由民政部门依法临时监护的未成年人，应当按程序办理进入机构手续，并建立档案。

第十一条 未成年人救助保护机构接收未成年人后，应当及时送医疗卫生机构进行健康体检和传染病筛查。确实无法及时送医疗卫生机构的，应当先行隔离照料。

第十二条 对于流浪乞讨或者身份不明，暂时查找不到父母或者

其他监护人的未成年人，未成年人救助保护机构应当配合公安机关开展寻亲工作。

第十三条 未成年人救助保护机构应当提供饮食、起居、清洁、卫生等生活照料服务，开展适合未成年人的文化、体育、娱乐活动。

对于六周岁以上未成年人，未成年人救助保护机构应当按照性别区分生活区域。女性未成年人应当由女性工作人员提供前款规定的生活照料服务。

第十四条 未成年人救助保护机构可以通过设立医疗卫生机构或者采取与医疗卫生机构合作等方式，保障收留、抚养的未成年人基本医疗需求。

第十五条 对于收留、抚养的符合入学条件的未成年人，未成年人救助保护机构应当依法保障其接受教育。

第十六条 未成年人救助保护机构应当加强对收留、抚养的未成年人人身安全保护，开展人身安全教育，提高其自我保护意识和能力。

第十七条 未成年人救助保护机构应当关注收留、抚养的未成年人心理健康状况，通过引入心理咨询、社会工作等专业人员开展心理健康服务。

第十八条 有下列情形之一的，经主管民政部门同意，未成年人救助保护机构应当为收留、抚养的未成年人办理离开机构手续，并出

具离开机构确认书：

（一）父母或者其他监护人出现；

（二）导致监护人因故不能履行监护职责的情形消失，监护人能够履行监护职责；

（三）监护侵害危险状态已解除，监护人可以继续履行监护职责；

（四）有其他个人或者组织担任监护人；

（五）未成年人由民政部门临时监护转为长期监护；

（六）民政部门与未成年人临时监护关系依法终止的其他情形。

第十九条 收留、抚养的未成年人离开未成年人救助保护机构，一般应当由其监护人接领。

未成年人救助保护机构应当自未成年人离开机构之日起三十日内对其完成跟踪回访。

第二十条 收留、抚养的未成年人死亡或者下落不明的，未成年人救助保护机构应当及时向公安机关报案，通知其监护人并报告主管民政部门。

收留、抚养的未成年人死亡的，未成年人救助保护机构应当配合监护人依法做好善后工作。与死亡未成年人相关的医疗卫生机构救治

记录、报案证明等材料，应当归档保存。

第三章 社会关爱服务

第二十一条 在保障好本办法第九条规定的未成年人前提下，经主管民政部门同意，未成年人救助保护机构应当依法为机构外困境未成年人提供危机干预、监护评估等服务。

未成年人救助保护机构可以在监护支持、心理关爱、照料服务等方面发挥作用，并为社会各方力量参与未成年人关爱服务工作提供支持。

第二十二条 未成年人救助保护机构应当对民政部门在工作中发现的身心健康受到侵害、疑似受到侵害或者面临其他危险情形的机构外困境未成年人开展危机干预，为其依法获得医疗救治、心理疏导、法律援助等提供支持。

第二十三条 未成年人救助保护机构应当对可能存在监护状况风险的机构外困境未成年人家庭开展监护评估，根据评估结果配合主管民政部门分类采取措施。

第二十四条 未成年人救助保护机构可以为机构外困境未成年人家庭提供家庭教育指导、改善亲子关系辅导等服务，提升监护人监护能力。

第二十五条 未成年人救助保护机构可以对机构外困境未成年人

开展心理健康状况识别评估，对存在心理健康问题的，及时联系专业机构提供心理辅导、诊疗等服务。

未成年人救助保护机构可以依托专业机构为机构外孤独症未成年人提供早期干预等服务。

第二十六条 未成年人救助保护机构可以利用机构设施，依法为监护人暂时无力照料、委托照护人照护能力不足的未成年人提供临时性照料等服务。

第二十七条 未成年人救助保护机构可以为乡镇人民政府（街道办事处）、村（居）民委员会开展社会融入、宣传教育等未成年人关爱服务工作提供支持，并每年组织或者指导开展儿童督导员、儿童主任业务培训。

第二十八条 未成年人救助保护机构可以加大对相关社会组织、志愿者和其他社会力量的培育支持力度，引导其参与未成年人关爱服务工作。

第四章 内部管理

第二十九条 未成年人救助保护机构应当按照国家有关规定建立健全安全、食品、应急、财务、档案、信息等管理制度，规范服务流程，加强风险防控，提高服务能力。

第三十条 未成年人救助保护机构应当根据需要设置起居室、活

动室、医疗室、隔离室、心理辅导室、监控室、厨房、食堂、值班室等功能区域，配备符合未成年人安全保护要求和适应未成年人身心特点的设施设备。

第三十一条 未成年人救助保护机构应当依法履行安全管理主体责任，主要负责人对机构安全工作全面负责。

未成年人救助保护机构应当依法设置安全管理机构或者配备专（兼）职安全管理人员。

第三十二条 已收留、抚养未成年人的未成年人救助保护机构应当实行二十四小时值班巡查制度，每日值班人员不少于两人。值班人员应当坚守岗位，熟知机构内未成年人情况，按照规定开展巡查，重点加强节假日及夜间巡查，并做好巡查记录，在交接班时重点交接患病等特殊状况未成年人。

未成年人救助保护机构应当在各公共区域安装具有存储功能的视频监控系统。监控录像资料保存期不少于三个月，载有特殊、重要资料的存储介质应当归档保存。

第三十三条 未成年人救助保护机构应当按照规定进行建设工程消防验收、备案。

未成年人活动场所布置，应当符合有关强制性标准的要求。

第三十四条 未成年人救助保护机构应当依法建立并逐级落实消

防安全责任制，制定消防安全操作规程和灭火、应急疏散预案。按照消防技术标准配置消防设施、器材，设置消防安全标志，定期进行维护保养和检测，确保完好有效，保障疏散通道、安全出口、消防车通道畅通。加强用火用电用气管理，开展防火检查、每日防火巡查，定期组织消防安全教育培训和消防演练。

第三十五条 未成年人救助保护机构应当加强食品安全管理，保障未成年人用餐安全卫生、营养健康。

未成年人救助保护机构内设食堂的，应当依法取得食品经营许可；未成年人救助保护机构从供餐单位订餐以及外购预包装食品，应当从取得食品生产经营许可的企业订购，并按照要求对订购的食品进行查验。

未成年人救助保护机构应当按照有关规定对食品留样备查。

第三十六条 未成年人救助保护机构应当执行国家统一的会计制度，严格遵守财经法律法规政策，依法使用资金，不得挪用、截留、克扣、私分。

未成年人救助保护机构应当按照国家有关规定接受、使用捐赠和资助。

第三十七条 未成年人救助保护机构应当建立收留、抚养的未成年人业务档案，妥善收集和保存未成年人从进入机构、驻留机构到离

开机构全过程形成的相关业务材料，做到一人一档，长期保存。

第三十八条 未成年人救助保护机构应当依托全国儿童福利信息系统，及时采集并录入收留、抚养的未成年人的基本情况等信息，并定期更新数据。

第三十九条 未成年人救助保护机构应当根据工作需要合理设置岗位和配备工作人员，并落实准入类专业技术人员、技能人员职业资格管理制度。从事医疗卫生、消防、特种作业等准入类职业的技术人员、技能人员，应当持有相关国家职业资格证书上岗。

第四十条 未成年人救助保护机构招聘工作人员时，应当向公安机关、人民检察院查询应聘者是否具有性侵害、虐待、拐卖、暴力伤害等违法犯罪记录，发现其具有前述行为记录的，不得录用。

未成年人救助保护机构应当每年定期对工作人员是否具有上述违法犯罪记录进行查询。通过查询或者其他方式发现其工作人员具有上述行为的，应当及时解聘。

第五章 保障监督

第四十一条 县级以上地方人民政府民政部门应当支持未成年人救助保护机构发展，协调落实相关政策和保障措施。

第四十二条 县级以上地方人民政府民政部门应当加强未成年人救助保护机构工作人员队伍建设，定期开展培训，支持工作人员参加

职业资格考试和职称评定，按照国家有关政策妥善解决职称、工资及福利待遇。

第四十三条 未成年人救助保护机构收支按照规定纳入预算管理。

第四十四条 县级以上地方人民政府民政部门应当建立健全日常监督管理制度，对所设立或者本级人民政府设立的未成年人救助保护机构及其工作人员履行下列监督管理职责：

（一）对建立健全相关管理制度、规范服务流程、加强风险防控等情况进行监督检查；

（二）对执行未成年人救助保护机构管理相关法律法规及本办法情况进行监督检查；

（三）对违反未成年人救助保护机构管理相关法律法规及本办法行为，依法依规给予处理；

（四）负责监督管理其他有关事项。

第四十五条 未成年人救助保护机构及其工作人员不依法履行收留、抚养职责，或者歧视、侮辱、虐待未成年人，泄露或者非法向他人提供未成年人的个人隐私、个人信息等的，由主管民政部门责令改正，依法依规给予处理；属于其他部门职责范围的，应当及时移送有关部门处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第六章 附 则

第四十六条 本办法所称未成年人是指未满十八周岁的公民。

第四十七条 有下列情形之一的，设区的市级以上地方人民政府及其民政部门设立的未成年人救助保护机构应当收留、抚养本行政区域内县级人民政府民政部门依法临时监护的未成年人：

（一）县级人民政府及其民政部门未设立未成年人救助保护机构、儿童福利机构；

（二）县级人民政府及其民政部门未设立儿童福利机构且设立的未成年人救助保护机构不具备收留、抚养条件。

正在查找父母或者其他监护人的被遗弃未成年人、打拐解救未成年人等身份不明的未成年人，径送儿童福利机构收留、抚养。超过三个月仍查找不到父母或者其他监护人的流浪乞讨未成年人，依法由民政部门长期监护，交由儿童福利机构收留、抚养。

第四十八条 未成年人救助保护机构收留、抚养的未成年人进入机构和离开机构所需登记保存材料及相关示范文本等，由各省、自治区、直辖市和新疆生产建设兵团民政部门结合实际确定。

第四十九条 各省、自治区、直辖市和新疆生产建设兵团民政部门可以根据本办法制定具体实施细则。

第五十条 本办法自 2026 年 4 月 1 日起施行。

民政部公布新修订的《儿童福利机构管理办法》

(来源：中国儿童福利)

第一章 总 则

第一条 为了加强儿童福利机构管理，保障儿童合法权益，根据《中华人民共和国民法典》、《中华人民共和国未成年人保护法》等法律法规和国家有关规定，制定本办法。

第二条 本办法所称儿童福利机构，是指县级以上地方人民政府民政部门设立，主要收留、抚养由民政部门依法监护的儿童机构，包括按照事业单位法人登记的儿童福利院、设有儿童部的社会福利院等。

具备条件的儿童福利机构可以为社会上有康复训练需求的病残儿童、孤独症儿童提供力所能及的服务。

第三条 国务院民政部门负责指导、监督全国儿童福利机构管理工作。上级民政部门负责指导、监督下级民政部门儿童福利机构管理工作。

县级以上地方人民政府民政部门依照有关法律法规和本办法的规定，对所设立儿童福利机构进行管理。

第四条 儿童福利机构应当坚持儿童优先发展和最有利于儿童的原则，适应儿童身心健康发展的规律和特点，给予儿童特殊保护，依法保障儿童的生存权、发展权、受保护权、参与权等权利，不断提高儿童生活、医疗、康复和教育水平。

第五条 儿童福利机构应当依法履行收留、抚养职责，开展服务应当遵守建筑、安全生产、食品安全、医疗卫生等有关法律法规政策和强制性标准的要求。

儿童福利机构及其工作人员应当遵守职业道德规范，尊重儿童人格尊严，不得歧视、侮辱、虐待儿童，不得泄露或者非法向他人提供儿童的个人隐私、个人信息。

第六条 县级以上地方人民政府民政部门应当结合实际，推动将儿童福利机构建设纳入本级人民政府国民经济和社会发展规划，不断提升儿童福利机构服务质量和水平。

第七条 儿童福利机构所需经费由县级以上地方人民政府财政部门按照规定予以保障。

第八条 鼓励自然人、法人或者非法人组织通过捐赠、设立公益慈善项目、提供志愿服务等方式，为儿童福利机构提供支持。

第九条 对在儿童福利机构服务和管理工作中做出突出成绩的单位和个人，依照国家有关规定给予表彰和奖励。

第二章 服务对象

第十条 儿童福利机构应当收留、抚养下列由民政部门依法长期监护的儿童：

- （一）查找不到父母或者其他监护人的；
- （二）监护人死亡或者被宣告死亡且无其他人可以担任监护人的；
- （三）监护人丧失监护能力且无其他人可以担任监护人的；

（四）人民法院判决撤销监护人资格并指定由民政部门担任监护人的；

（五）法律规定的其他儿童。

前款第一项规定的查找不到父母或者其他监护人的儿童，主要指经履行规定的查找、寻亲等程序后，仍然查找不到其父母或者其他监护人的被遗弃儿童、打拐解救儿童、流浪乞讨儿童等。

第十一条 儿童福利机构收留、抚养本办法第十条规定的儿童，应当登记保存主管民政部门同意接收的意见，并区分情况登记保存以下材料：

（一）属于第一款第一项规定的被遗弃儿童、打拐解救儿童，根据情况登记保存公安机关出具的相关证明材料、儿童福利机构发布的寻亲公告等；属于第一款第一项规定的流浪乞讨儿童，登记保存未成年人救助保护机构转交的公安机关出具的 DNA 信息比对结果、未成年人救助保护机构发布的寻亲公告等；

（二）属于第一款第二项规定的儿童，登记保存儿童户籍所在地乡镇人民政府（街道办事处）提交的儿童监护人死亡证明或者宣告死亡生效判决书复印件和无其他人可以担任监护人的情况报告及有关佐证材料等；

（三）属于第一款第三项规定的儿童，登记保存儿童户籍所在地乡镇人民政府（街道办事处）提交的儿童监护人宣告失踪生效判决书复印件或者丧失监护能力的情况报告和无其他人可以担任监护人的情况报告及有关佐证材料等；

（四）属于第一款第四项规定的儿童，登记保存人民法院生效判决书复印件等；

（五）属于第一款第五项规定的儿童，登记保存县级以上人民政府民政部门规定的相关材料。

第十二条 有下列情形之一的，儿童福利机构应当收留、抚养由民政部门依法临时监护的儿童：

（一）被遗弃儿童、打拐解救儿童中，正在查找父母或者其他监护人；

（二）主管民政部门和同级人民政府未设立未成年人救助保护机构；

（三）主管民政部门和同级人民政府设立的未成年人救助保护机构不具备婴幼儿照护或者残疾儿童康复、特殊教育等条件，无法满足相关儿童需要。

根据本条第一款第三项规定收留、抚养儿童的，儿童福利机构应当与未成年人救助保护机构签订委托协议。

本条第一款第一项规定的被遗弃儿童、打拐解救儿童，经履行公安机关查找、儿童福利机构寻亲等程序后，仍然查找不到其父母或者其他监护人的，由民政部门依法长期监护。

第十三条 儿童福利机构收留、抚养本办法第十二条规定的儿童，应当登记保存主管民政部门同意接收的意见，并区分情况登记保存以下材料：

(一)属于第一款第一项情形中的正在查找父母或者其他监护人的被遗弃儿童，登记保存公安机关出具的捡拾报案证明等；属于正在查找父母或者其他监护人的打拐解救儿童，登记保存公安机关出具的打拐解救儿童临时照料通知书、DNA信息比对结果、暂时未查找到父母或者其他监护人的证明材料等；

(二)属于第一款第二项情形的，登记保存的材料按照未成年人救助保护机构管理有关规定执行；

(三)属于第一款第三项情形的，登记保存与未成年人救助保护机构签订的委托协议、未成年人救助保护机构转交的与儿童有关的其他材料等。

第十四条 儿童福利机构应当接收需要集中供养的未满十八周岁的特困人员。

儿童福利机构接收前款规定的特困人员，应当登记保存主管民政部门同意接收的意见、特困人员确认决定复印件等材料。

第三章 服务内容

第十五条 儿童福利机构接收儿童，应当为儿童办理入院手续。

儿童福利机构收留、抚养本办法第十条第一款第一项和第十二条第一款第一项规定的儿童，应当保存儿童随身携带的能够标识其身份或者具有纪念价值的物品。

第十六条 儿童福利机构接收儿童后，应当及时送医疗卫生机构进行健康体检和传染病筛查。确实无法及时送医疗卫生机构的，应当先行隔离照料。

第十七条 儿童福利机构收留、抚养本办法第十条规定的儿童和第十二条第一款第一项规定的打拐解救儿童，应当及时到当地公安机关申请办理户口登记。

第十八条 儿童福利机构应当考虑儿童个体差异，组织专业人员进行评估，并制定个性化抚养方案。

第十九条 儿童福利机构应当为儿童提供进食、穿衣、如厕、洗澡等生活照料服务，开展适合儿童的文化、体育、娱乐活动。

除重度残疾儿童外，对于六周岁以上儿童，儿童福利机构应当按照性别区分生活区域。女童应当由女性工作人员提供前款规定的生活照料服务。

第二十条 儿童福利机构应当保障儿童参加城乡居民基本医疗保险，安排儿童定期体检、免疫接种，做好日常医疗护理、疾病预防控制等工作。

儿童福利机构可以通过设立医疗卫生机构或者采取与医疗卫生机构合作等方式，保障儿童的基本医疗需求。需要紧急救治的，儿童福利机构应当及时送医疗卫生机构救治，并报告主管民政部门。

发现儿童为疑似传染病病人或者精神障碍患者时，儿童福利机构应当依照传染病防治、精神卫生等相关法律法规的规定处理。

第二十一条 儿童福利机构应当根据儿童的残疾状况，依法保障其接受康复医疗、康复训练、辅助器具适配等基本康复服务。

鼓励具备条件的儿童福利机构申请认定残疾儿童康复救助定点服务机构。

第二十二条 对于具有接受普通教育能力的儿童，儿童福利机构应当依法保障其接受普通教育；对于不具有接受普通教育能力但符合特殊教育机构入学条件的残疾儿童，儿童福利机构应当依法保障其接受特殊教育。

鼓励具备条件的儿童福利机构依法设立特教班、特教幼儿园、特殊教育学校等特殊教育机构。

第二十三条 儿童福利机构应当关注儿童心理健康状况，通过引入心理咨询、社会工作等专业人员开展心理健康服务。

设立特殊教育机构的儿童福利机构，应当配备专（兼）职心理健康工作人员，开展心理健康教育。

第二十四条 儿童确需跨省级行政区域接受手术医治、残疾康复、特殊教育的，儿童福利机构应当选择具备相应资质的机构，并经主管民政部门同意。

儿童福利机构应当动态掌握儿童情况，并定期实地探望。

第二十五条 对于符合条件的儿童，儿童福利机构可以开展家庭寄养。

家庭寄养工作应当按照规定履行相关程序，并经主管民政部门同意。

儿童福利机构应当依法对寄养家庭提供家庭教育指导。

第二十六条 对于符合条件的儿童，儿童福利机构依法安排送养。送养儿童前，儿童福利机构应当将儿童的智力、精神健康、患病及残疾状况等重要事项如实告知收养申请人。

儿童福利机构送养儿童应当按照规定履行相关程序，经主管民政部门同意，并配合办理收养登记。

第二十七条 有下列情形之一的，经主管民政部门同意，儿童福利机构应当为儿童办理离院手续，并出具儿童离院确认书：

- （一）儿童父母或者其他监护人出现；
- （二）导致儿童监护人丧失监护能力的情形消失或者有其他依法担任监护人；
- （三）儿童监护人恢复监护人资格；
- （四）儿童被依法收养；
- （五）儿童福利机构与未成年人救助保护机构签订的委托协议期满或者被解除；
- （六）民政部门与儿童监护关系依法终止的其他情形。

第二十八条 儿童福利机构办理儿童离院手续，应当登记保存主管民政部门同意离院的意见，并区分情况登记保存以下材料：

- （一）属于本办法第二十七条第一项情形的，登记保存公安机关出具的打拐解救儿童送还通知书，儿童确属于走失、被盗抢或者被拐骗的结案证明，撤销宣告死亡生效判决书复印件，能够反映原监护关系的材料等；
- （二）属于本办法第二十七条第二项情形的，登记保存撤销宣告失踪生效判决书复印件、儿童原户籍所在地乡镇人民政府（街道办事处）出具的导致儿童监护人丧失监护能力的情形消失的情况报告及相关佐证材料，或者变更监护关系生效判决书复印件等；

（三）属于本办法第二十七条第三项情形的，登记保存人民法院恢复监护人资格生效判决书复印件等；

（四）属于本办法第二十七条第四项情形的，登记保存收养登记证复印件等；

（五）属于本办法第二十七条第五项情形的，登记保存儿童福利机构与未成年人救助保护机构解除委托协议，以及儿童交接的相关材料等；

（六）属于本办法第二十七条第六项情形的，登记保存县级以上人民政府民政部门规定的相关材料。

属于本办法第二十七条第一项至第三项情形的，儿童福利机构还应当登记保存儿童父母或者其他监护人提交的居民户口簿、居民身份证复印件等材料。

第二十九条 由民政部门依法长期监护的儿童年满十八周岁的，儿童福利机构应当根据实际情况，研究提出安置方案建议，报请主管民政部门提请本级人民政府做好户籍、就学、就业、住房、社会保障等安置工作，并及时办理离院手续。

对于符合特困人员条件且需要集中供养的，儿童福利机构应当报请主管民政部门按照规定安置到相应的特困人员供养服务机构；患有精神障碍的，安置到精神卫生福利机构。

第三十条 收留、抚养的儿童下落不明的，儿童福利机构应当及时向公安机关报案，并报告主管民政部门。儿童有监护人的，应当通知其监护人。

第三十一条 收留、抚养的儿童死亡的，儿童福利机构应当及时将儿童死亡情况报告主管民政部门。儿童有监护人的，应当通知其监护人，并配合依法做好善后工作。

由民政部门依法长期监护的儿童死亡的，儿童福利机构应当依法取得死亡证明，并做好遗体处置、户口注销等工作。

与死亡儿童相关的医疗卫生机构救治记录、死亡证明、报案证明、火化证明、骨灰或者遗体安葬情况记录、户口注销证明等材料，应当归档保存。

第四章 服务拓展

第三十二条 在保障好本办法第十条、第十二条和第十四条规定的儿童前提下，经主管民政部门同意，具备条件的儿童福利机构可以拓展社会服务功能，为社会上有康复训练需求的病残儿童提供养护、康复、特殊教育等服务。

鼓励具备条件的儿童福利机构开展孤独症儿童筛查、救治、康复、照料关爱等服务。

第三十三条 县级以上地方人民政府民政部门可以通过安排彩票公益金、鼓励捐赠等方式，支持儿童福利机构优先为家庭经济困难的病残儿童、孤独症儿童提供服务。

第三十四条 儿童福利机构为病残儿童、孤独症儿童提供服务，应当对儿童情况进行评估，并与儿童父母或者其他监护人签订书面服务协议，明确双方权利义务。

服务协议一般包括以下内容：

- (一) 儿童福利机构的名称、住所、主要负责人及其联系方式；
- (二) 儿童、儿童父母或者其他监护人以及监护人指定的紧急联系人的姓名、住址、身份证号码、联系方式等；
- (三) 儿童健康状况等基本情况；
- (四) 服务内容、服务方式；
- (五) 服务收费标准、费用支付方式；
- (六) 协议变更、解除与终止的条件；
- (七) 违约责任和争议解决方式；
- (八) 当事人协商一致的其他内容。

第三十五条 儿童福利机构为病残儿童、孤独症儿童提供服务，应当坚持公益性和非营利性原则，服务收费应当依法依规并对外公开，接受社会监督。

第三十六条 具备条件的儿童福利机构可以为病残儿童、孤独症儿童的父母或者其他监护人提供照护技能培训、心理疏导等服务，帮助提高照护能力、缓解照护压力。

第五章 内部管理

第三十七条 儿童福利机构应当按照国家有关规定建立健全安全、食品、应急、财务、档案、信息等管理制度，规范服务流程，加强风险防控，提高服务能力。

第三十八条 儿童福利机构应当设置起居室、活动室、医疗室、隔离室、心理辅导室、康复室、监控室、厨房、食堂、值班室等功能区域，配备符合儿童安全保护要求和适应儿童身心特点的设施设备。

第三十九条 儿童福利机构应当依法履行安全管理主体责任，主要负责人对机构安全工作全面负责。

儿童福利机构应当依法设置安全管理机构或者配备专（兼）职安全管理人员。

第四十条 儿童福利机构应当在各出入口、接待大厅、楼道、厨房、食堂以及儿童康复、教育等区域安装具有存储功能的视频监控系统。监控录像资料保存期不少于三个月，载有特殊、重要资料的存储介质应当归档保存。

第四十一条 儿童福利机构应当实行二十四小时值班巡查制度，每日值班人员不少于两人。

值班人员应当坚守岗位，熟知机构内儿童情况，按照规定开展巡查，重点加强节假日及夜间巡查，并做好巡查记录，在交接班时重点交接患病等特殊状况儿童。

第四十二条 儿童福利机构应当按照规定进行建设工程消防验收、备案。

儿童活动场所的布置，应当符合有关强制性标准的要求。

第四十三条 儿童福利机构应当依法建立并逐级落实消防安全责任制，制定消防安全操作规程和灭火、应急疏散预案。按照消防技术标准配置消防设施、器材，设置消防安全标志，定期进行维护保养和检测，确保完好有效，保障疏散通道、安全出口、消防车通道畅通。加强用火用电用气管理，开展防火检查、每日防火巡查，定期组织消防安全教育培训和消防演练。

第四十四条 儿童福利机构应当加强食品安全管理，保障儿童用餐安全卫生、营养健康。

儿童福利机构内设食堂的，应当依法取得食品经营许可；儿童福利机构从供餐单位订餐以及外购预包装食品的，应当从取得食品生产经营许可的企业订购，并按照要求对订购的食品进行查验。

儿童福利机构应当按照有关规定对食品留样备查。

第四十五条 儿童福利机构应当制定自然灾害、事故灾难、公共卫生事件、社会安全事件等突发事件应急预案，定期组织培训和演练。

儿童福利机构应当配备必要的应急救援设备、设施，并确保正常使用。

突发事件发生后，儿童福利机构应当立即启动应急处理程序，根据突发事件应对管理职责分工，按照有关规定向有关部门和主管民政部门报告。

第四十六条 儿童福利机构应当执行国家统一的会计制度，严格遵守财经法律法规政策，依法使用资金，专款专用，不得挪用、截留、克扣、私分。

孤儿基本生活费主要用于儿童日常生活、医疗、康复、教育和文体活动等方面支出。

第四十七条 儿童福利机构应当建立儿童业务档案，做到一人一档，长期保存。

儿童福利机构应当加强业务档案信息化建设，保障档案信息安全。

第四十八条 儿童福利机构应当依托全国儿童福利信息系统，及时采集并录入儿童的基本情况及相关重要医疗、康复、教育等信息，并定期更新数据。

第四十九条 儿童福利机构应当根据工作需要合理设置岗位和配备工作人员，并落实准入类专业技术人员、技能人员职业资格管理制度。从事医疗卫生、教育、消防、特种作业等准入类职业的技术人员、技能人员，应当持有相关国家职业资格证书上岗。

孤残儿童护理员、医护人员、康复师、教师、社会工作者等一线工作人员总数与重病重残儿童的比例应当不低于 1:1。

第五十条 儿童福利机构招聘工作人员时，应当向公安机关、人民检察院查询应聘者是否具有性侵害、虐待、拐卖、暴力伤害等违法犯罪记录；发现其具有前述行为记录的，不得录用。

儿童福利机构应当每年定期对工作人员是否具有上述违法犯罪记录进行查询。通过查询或者其他方式发现其工作人员具有上述行为的，应当及时解聘。

第五十一条 儿童福利机构应当鼓励、支持工作人员接受职业技能培训、参加职业资格考试、职业技能等级认定或者职称评定，按照国家有关政策妥善解决医疗、康复、教育、社会工作等领域专业技术人员的职称、工资及福利待遇。儿童福利机构教职工按照规定享受特教补贴费。

儿童福利机构一线工作人员着装应当整洁、统一。

第五十二条 儿童福利机构应当按照国家有关规定接受捐赠、使用和管理受赠财产。

儿童福利机构接受捐赠的情况和受赠财产的使用、管理情况，应当按照规定向登记管理机关、主管民政部门报告，并对外公开，接受社会监督。

第五十三条 儿童福利机构与境外组织或者个人开展活动、合作项目的，应当经主管民政部门同意，按照国家有关规定办理相关手续。

第六章 保障与监督

第五十四条 县级以上地方人民政府民政部门应当支持儿童福利机构发展，协调落实相关政策和保障措施。

第五十五条 鼓励县级以上地方人民政府民政部门通过支持儿童福利机构与医疗卫生机构、教育机构、康复机构合作或者引入专业社会工作机构、公益慈善项目等多种方式，提高儿童福利机构服务质量。

鼓励儿童福利机构开展儿童福利理论和实务研究，加强残疾儿童康复辅助器具创新研发和技术推广。

第五十六条 县级以上地方人民政府民政部门应当加强儿童福利机构人员队伍建设，定期培训儿童福利机构相关人员。

第五十七条 县级以上地方人民政府民政部门应当建立健全日常监督管理制度，对所设立儿童福利机构及其工作人员履行下列监督管理职责：

（一）对建立健全相关管理制度、规范服务流程、加强风险防控等情况进行监督检查；

(二)对执行儿童福利机构管理相关法律法规及本办法情况进行监督检查;

(三)对违反儿童福利机构管理相关法律法规及本办法行为,依法依规给予处理;

(四)负责监督管理其他有关事项。

第五十八条 对于私自收留、抚养查找不到父母或者其他监护人的儿童的社会服务机构、宗教活动场所等组织,县级以上地方人民政府民政部门应当会同公安、宗教事务等有关部门责令其停止收留、抚养活动,并将收留、抚养的儿童送交儿童福利机构。

对于现存的与民政部门签订委托代养协议的组织,民政部门应当加强监督管理。

第五十九条 儿童福利机构及其工作人员不依法履行收留、抚养职责,或者歧视、侮辱、虐待儿童,泄露或者非法向他人提供儿童的个人隐私、个人信息等的,由主管民政部门责令改正,依法依规给予处理;属于其他部门职责范围的,应当及时移送有关部门处理;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第七章 附 则

第六十条 本办法所称儿童即未成年人,是指未满十八周岁的公民。

第六十一条 SOS 儿童村由县级以上地方人民政府民政部门参照本办法管理。

第六十二条 儿童福利机构设立特殊教育机构、医疗卫生机构的，应当遵守有关法律法规的规定。

第六十三条 各省、自治区、直辖市和新疆生产建设兵团民政部门可以根据本办法制定具体实施细则。

第六十四条 本办法自 2026 年 4 月 1 日起施行。2018 年 10 月 30 日公布的《儿童福利机构管理办法》（民政部令第 63 号）同时废止。

➔ 案例评析

通谋虚假离婚中离婚协议的效力认定 | 北京二中院

(来源: 北京二中院)

【案号】 (2019)京02民终10856号

【裁判要旨】通谋虚假离婚与通谋虚伪行为的特征及调整范围高度契合,通谋虚假离婚中离婚协议之效力认定应适用该规则;离婚登记之效力不因双方虚假离婚的意思表示而无效,其效力应依行政法规范单独判断。

根据意思与表示是否一致,通谋虚假离婚中的离婚协议可分为伪装协议和隐藏协议。伪装协议无效,隐藏协议依法确定效力;隐藏协议中身份关系条款与财产关系条款的效力一般应作关联性认定,若身份关系条款无效,则与之相关联的财产关系条款亦无效。

【基本案情】

2016年12月7日,高某与马某签订《离婚协议书》并在民政局婚姻登记处登记离婚。该《离婚协议书》载明:“……因协议人双方感情原因自愿协议离婚,并对于子女抚养、财产及债务处理等达成如下一致意见:一、马某与高某自愿离婚……六、……我们自愿协议离婚,双方均同意本协议的内容……”

2016年12月7日，马某与高某签订《离婚补充协议》，内容为：“男方：马某。女方：高某。男女双方因感情问题需要短期体验不同婚姻状态，准备于近期去民政局办理离婚手续……作为将在民政局备案的离婚之补充协议，供双方共同遵守：一、双方同意在办理离婚手续后一个月之内无条件办理复婚手续，若有一方不同意复婚即属严重违约，违约方应赔偿另一方因不能复婚而造成的任何损失，包括……二、双方所签在民政局备案的离婚协议中有关财产（包括房产，下同）分割的条款均不是双方真实的意思表示，均为无效……五、虽然本补充协议在双方于民政局备案的离婚协议之前签订，但本补充协议生效是双方签订离婚协议的前提条件，且双方确认本协议的效力高于离婚协议……”后，高某起诉要求按照双方备案于民政局婚姻登记处的《离婚协议书》，由马某承担约定债务。

本院审理认为，本案的争议焦点为案涉《离婚协议书》及《离婚补充协议》的效力认定问题。案涉《离婚协议书》及《离婚补充协议》均应认定为无效。

1. 《离婚协议书》因系双方以虚假意思表示作出而无效。《民法总则》（2017年施行）第一百四十六条第一款规定：“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。”本案中，高某、马某签署《离婚协议书》并据此在民政部门办理离婚手续，但同日签署的《离婚补充协议》第二条中明确约定“双方所签在民政局备案的离婚协议中有关财产分割的条款均不是双方真实的意思表示”，第三

条载明“离婚不是双方的真实目的”，第五条亦载明“本协议的效力高于离婚协议”。依据前述事实可知，《离婚协议书》并非高某、马某的真实意思表示，其二人的真实意思系通谋虚伪离婚。故高某与马某系以虚假的意思表示签署的《离婚协议书》法律不应予以保护，前述协议书不具有法律效力，应属无效。

2. 《离婚补充协议》因违背公序良俗及婚姻自由原则而无效。本案中，高某、马某签署的《离婚补充协议》中存在“男女双方因感情问题需要短期体验不同婚姻状态，准备于近期去民政局办理离婚手续”，“本次离婚只是为了短暂的体验，离婚不是双方的真实目的”等内容，上述约定损害了婚姻关系的道德伦理性及严肃性，违背了基本的社会道德规范。根据我国婚姻法规定，婚姻自由是公民依法享有的基本权利，任何人不得以任何理由干涉他人的婚姻自由。而案涉《离婚补充协议》第一条规定：“双方同意在办理离婚手续后一个月之内无条件办理复婚手续，若有一方不同意复婚即属严重违约，违约方应赔偿另一方因不能复婚而造成的任何损失。包括售卖房产的违约损失。”该条款内容显然系以财产为条件限制协议双方的婚姻自由，侵犯了公民的合法权利。此外，案涉《离婚补充协议》并非简单的财产约定，其涵盖了婚姻身份关系终止、财产关系处分等内容，各条款之间具有相当程度的关联性，属于不可分割的整体。如涉及身份关系之条款被认定为无效，则涉及财产分割之条款亦应一并确认为无效。

综上，本院依法判决案涉《离婚协议书》及《离婚补充协议》均为无效。

【法官心得】

“假离婚”又称“通谋虚假离婚”，是指夫妻双方均欠缺结束婚姻关系的真意，但出于某些目的，串通合谋向婚姻登记机关作出离婚意思表示，并认可或约定待目的达成后再行复婚的离婚行为。“通谋虚假离婚”有其深层的社会背景和形成原因，突破限购政策、降低贷款成本、规避税收政策、转移债权债务等都可能成为假离婚的背后动机。身份行为肇致的权利变动、离婚“假戏真做”引发的纠纷等，不仅对婚姻家庭产生威胁，也存在使相关政策不能顺畅实施、增加社会矛盾等负面影响。本案明确了通谋虚假离婚中相关法律问题的处理，特别是离婚协议的效力认定，对于妥善解决此类纠纷，提升司法指引作用具有重要意义。

关于通谋虚假离婚的规范路径选择。通谋虚假离婚一般具有以下特征：意思特征，双方均无真正结束婚姻关系的意愿，离婚不是其最终追求的法律效果，双方认可或另行约定将再行复婚；表示特征，不论其主观上真实意思如何，在客观形式上均作出了离婚的意思表示；合意特征，双方为了共同或各自的目的存在通谋，系在形成合意的基础上作出离婚的意思表示；行为特征，为追求离婚登记的客观效果，而向有权机关即婚姻登记机关作出离婚的意思表示。无论从规范的要素构成、规范的价值内核层面抑或实证法依据上，通谋虚伪行为均可

适用于离婚协议效力的认定。(1) 规范的构成要件高度契合。通谋虚伪行为是指表意人与相对人而为的虚伪的意思表示,即表意人对于非真意有认识,而且与相对人通谋所为之。通谋虚假离婚与通谋虚伪行为的特征及调整范围高度契合。

(2) 规范的价值内核和谐一致。离婚协议系以意思表示为核心的民事行为,而通谋虚伪行为规则的意旨在于对当事人真意的探求和保护,彰显了对意思自治的尊重。二者非但无内在的逻辑冲突,反而在制度内核上具有一致性,故对离婚协议的效力认定能够适用该规则。而离婚登记,兼具身份行为和行政行为的双重属性,使得对于离婚登记效力的讨论侧重于要式条件是否满足,在此情形下,意思表示对效力的影响让步,故离婚登记应适用行政法规范单独认定其效力。

(3) 实证法规范的体系供给。《民法典》婚姻家庭编虽未对“假离婚”作出规定,但《民法典》的出台为法官裁判提供了体系性规范。鉴于《民法典》总则编对于其下各分则编的统领作用,通过“向上找法”的体系化思考方式,《民法典》总则编的通谋虚伪行为规范可作为通谋虚假离婚中离婚协议效力认定的裁判依据。

关于离婚协议效力认定中通谋虚伪行为规则的法律适用。依据我国《民法典》第一百四十六条规定,通谋虚伪行为一般包含两个行为:一是伪装行为,系指行为人和相对人通谋表示虚假意思的行为;二是隐藏行为,是被伪装行为所掩盖的,代表行为人和相对人真实意思的行为。在通谋虚假离婚中,当事人在婚姻登记机关办理离婚登记时备

案的协议，是双方通谋表示虚假意思的协议，谓之“伪装协议”；双方私下达成的真实意思表示的协议，谓之“隐藏协议”。

首先，关于通谋虚假离婚中伪装协议的效力认定。伪装协议有两个主要特征：一是在意思层面不真实，即协议所表示的意思与真实意思不一致，双方均无真正结束婚姻关系的意愿，离婚不是其最终追求的法律效果；二是表示层面仅对外，即双方通谋对外作出该协议，能够提供给婚姻登记机关备案存档，但认可或约定该协议对其内部关系不具有约束力。不论从通谋虚伪行为中伪装行为无效的学理观点看，还是从民法典虚假意思表示民事法律行为无效的规定看，都能得出通谋虚假离婚伪装协议无效的结论。本案中，《离婚协议书》系通谋虚假离婚的伪装协议。依据在于其同日签订的《离婚补充协议》约定：“离婚不是双方的真实目的，故双方本次离婚备案于民政局的离婚协议以及双方本次离婚期间及复婚后的实际财产划分均不是双方财产分割真实的意思表示，均不成立。”“本补充协议生效是双方签订离婚协议的前提条件，且双方确认本协议的效力高于离婚协议。”前一约定证明双方均不具有离婚的真实意思，后一约定表明《离婚协议书》仅具有形式性而无实质对内的约束力。故对高某与马某以虚假意思表示签署的《离婚协议书》，法律不应予以保护，该协议书不具有法律效力，应属无效。其次，关于通谋虚假离婚中隐藏协议的效力认定。隐藏协议也具有两个主要特征：一是在意思层面真实，即体现出当事人通谋虚假离婚的真实意思，如表明离婚动机或约定双方将再行复婚。二是表示层面一般仅对内，即此协议除非在发生诉讼等必要时候对外

提供，否则不愿为他人所知，但对其内部关系具有直接约束力。当事人某种程度上将隐藏协议视作通谋虚假离婚过程中发生变数的“保底协议”。隐藏行为依其情形，可呈现出有效、无效、效力待定、可撤销等多种法律效力状态，对于法律效力的判断，需要考察隐藏协议是否违反法律法规的效力性强制性规定或公序良俗，抑或是是否损害第三人利益等，进而适用相关的规定判断其效力。本案中，《离婚补充协议》是通谋虚假离婚中的隐藏协议，依据是其中约定无条件复婚、效力高于《离婚协议书》。对于该隐藏协议的法律效力应根据其内容依法判断。其中约定“双方同意在办理离婚手续后一个月之内无条件办理复婚手续，若有一方不同意复婚即属严重违约，违约方应赔偿另一方因不能复婚而造成的任何损失”，该约定以财产为条件限制协议双方的婚姻自由，违反了婚姻自由原则，故该协议涉及身份关系的条款是无效的，基于身份关系条款和财产关系条款的关联性，该协议的财产分割条款也无法发生效力。原因在于：离婚协议中的身份关系条款是当事人明确双方身份关系的意思表示，一般而言，身份关系是财产关系的前提，当事人对财产条款的订立建立在协议中预设了身份关系的基础上，如果这一前提或基础条款无效，则当事人关于财产关系的意思表示也就成为无根之木，亦应无效。本案中，《离婚补充协议》中的财产条款约定的“短暂离婚在财产方面应视为双方没有离婚……”“鉴于双方婚内共同生活，在双方复婚后……”等内容表明该补充协议中的财产分割约定系以双方按约定复婚为前提和基础，二者具有相当程度之关联性，属于不可分割的整体。因此，在离婚协议中当财产

关系条款附随于身份关系条款时，财产条款即使符合一般生效要件，但如果身份关系条款不生效，财产关系条款亦不生效。

最后，《民法典》第一百四十六条之通谋虚伪行为规则对通谋虚假离婚中离婚协议的效力认定具有普适性的规制意义。依据上述规范，通谋虚假离婚中的伪装协议，因缺乏真实的效果意思而无效；隐藏协议，应视作一般的民事法律行为，依法判断其效力。从司法指引的意义来看，隐藏协议作为当事人对婚姻关系和财产分割进行“保底”的真实意思表示，通常需要在其中明确虚假离婚的事实及目的、限制离婚登记后的婚姻自由等，此类约定恰使得协议的效力具有极大的不确定性，与此同时，伪装协议又当然无效，这就使当事人很难通过事先订立有效的离婚协议来规避离婚“假戏真做”的不利后果。

公证赠与后又公证遗嘱，房产到底归谁？ | 基层治理案例

（家事纠纷篇）③③

（来源：上海二中院）

【以案释法】

老陈是陈甲、陈乙、陈丙、陈丁之父。陈戊为陈丁之子。2014年2月，老陈与孙子陈戊签订赠与合同，约定老陈将其所有的一套房屋赠与陈戊，后该赠与合同经过公证。2015年2月，老陈起诉要求撤销上述赠与合同，未获法院支持。2015年9月，老陈立下公证遗嘱，遗嘱载明：“去世后，房屋由陈甲、陈乙、陈丙共同继承。”老陈去世后，后人因房屋归属产生纠纷。2019年7月，陈戊起诉要求确认该房屋产权归其所有，认为老陈与陈戊于2014年2月签订赠与合同，约定老陈将房屋产权赠与陈戊，陈戊表示接受赠与，并办理了赠与合同公证。现老陈已去世，陈戊作为受赠人，有权要求其法定继承人即陈甲、陈乙、陈丙、陈丁配合办理过户手续。陈甲、陈乙、陈丙辩称，不同意陈戊的诉讼请求，认为虽然老陈与陈戊签订赠与合同，但房屋产权仍登记在老陈名下，未办理过户手续，赠与关系尚未成立，房屋应按照老陈2015年9月的遗嘱进行继承。2019年12月，法院判决陈戊可依赠与合同取得房屋产权。

法院经审理认为，本案主要争议在于，老陈在向法院起诉要求撤销赠与合同未获支持的情况下，又至公证处设立公证遗嘱，将其房屋产权份额留给陈甲、陈乙、陈丙继承，该遗嘱能否对抗老陈与陈戊签订的公证赠与合同的效力。

首先，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，是一种典型的债权合同，赠与人负有向受赠人无偿转移财产的义务。赠与合同是诺成性合同，该案中的赠与合同法律并未要求办理批准等手续，因此赠与合同自赠与人同受赠人达成一致意见时就已生效。该赠与出于当事人真实意思表示，合同内容真实有效，合同本身效力没有争议，老陈负有履行该赠与合同的义务。房屋的所有权转移需办理所有权变更登记，否则不发生所有权转移的效力。因房屋未进行所有权转移登记，所以受赠人陈戊还不能拥有老陈的所有权份额。当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者当事人另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。即“物权行为独立原则”，合同生效与合同所指不动产物权转移登记生效是两个不同概念。本案中，赠与合同是否生效与赠与财产所有权是否转移是两个不同的概念，房屋虽未办理所有权变更登记，但不影响本案中的赠与合同生效。

其次，经过公证的赠与合同不可任意撤销，但赠与人和赠与人的继承人或者法定代理人在出现法定的情形时，方可依法定程序行使撤销权或者不再履行赠与义务。本案中，老陈与陈戊签订的赠与合同经过公证，虽然陈甲等提出陈丁、陈戊对老陈不履行赡养义务等，但未提供证据加以证明，侵权行为需要达到一定的严重程度，该案中并未出现可行使法定撤销权或不再履行赠与义务的情形，该合同属于不可撤销的赠与合同，老陈负有履行该赠与合同的义务。老陈虽有要求撤销赠与合同的意思表示，但未获支持，又立公证遗嘱，在此种情形下，此后立公证遗嘱时赠与人对所处分的财产不具有处分权，该遗嘱不能对抗经公证的赠与合同的效力。故判决陈戊可依赠与合同取得该房屋产权。

【法治建议】

大中城市的高房价以及高离婚率，导致夫妻离婚期间，一方父母起诉夫妻归还借款的民间借贷纠纷日益增多。该类案件名义上是夫妻关系存续期间的对外债务纠纷，实际上多是夫妻关系破裂后的利益之争，以达到多分夫妻共同财产的目的。因此，对于父母出资行为的法律性质，应重点把握以下三方面：第一，夫妻一方认可借款并不当然产生夫妻共同债务。就一般借贷而言，债权人只需证明夫妻一方借款用于夫妻共同生活，就应认定夫妻共同债务。但此类案件，原、被告双方具有特殊的亲属关系。在夫妻关系恶化时，父母与子女往往试图以补写借条的方式，将父母的出资“转变”为夫妻共同债务。故此类

案件虽有借条和款项交付，仍应审慎认定借贷关系，父母作为债权人应就其与子女之间借贷关系的成立承担进一步举证责任。若借条无借款人配偶签字，不存在其他证据证明借款人配偶知情或者父母进行过催讨的，不宜认定为夫妻共同债务。第二，对借贷关系严格遵循谁主张谁举证原则。基于亲情，父母在子女结婚后给付金钱，可以是借贷，也可以是赠与。父母为了让子女生活得更好，往往愿意出资为子女改善生活，父母子女间的亲缘关系决定了父母出资为赠与的可能性高于借贷。因此，由主张低概率事件存在的父母来承担举证责任与一般人日常生活经验感知一致。第三，夫妻一方认可借款的可作为其个人债务予以清偿。为了追求家庭利益最大化，己方子女往往会认可父母的全部诉讼请求。若最终父母无法就与夫妻双方达成借贷合意举证，对于己方子女认可其父母诉讼主张，同意承担还款责任的，是其对自身权利处分，可作为其个人债务，承担相应的还款责任。

赠与合同是诺成性合同，因此赠与合同自赠与人同受赠人达成一致意见时就已生效，房屋赠与合同不以办理产权过户手续为生效要件，故未办理房屋产权过户手续不影响赠与合同的效力。赠与人的任意撤销权并不是无限制的，为维护合同的严肃性，鼓励赠与合同订立双方审慎订立、诚信履行赠与合同，法律规定赠与人撤销赠与合同需满足相关条件。经过公证的赠与合同，应该是赠与人经过慎重考虑的，如果允许赠与人任意撤销公证赠与，则违背诚实信用原则，也明显违背市场经济社会的效益价值，所以经过公证的赠与合同，赠与人不得行使任意撤销权。赠与人或赠与人的继承人或者法定代理人在出现《中

《中华人民共和国民法典》第六百六十三条、第六百六十四条、第六百六十六条规定的情形时，方可依法定程序行使撤销权或者不再履行赠与义务。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同，赠与人不得行使任意撤销权，在没有证据证明受赠人有可行使法定撤销权或不再履行赠与义务的情形，赠与人负有履行赠与合同的义务，此后立公证遗嘱时，赠与人对所处分的财产不具有处分权，在后的公证遗嘱不具有对抗在前的公证赠与合同的效力。赠与公证是一种常见的公证事项，办理赠与公证有利于稳定财产关系，赠与合同一旦经过公证确定下来，如果没有特别的事由很难变更或者撤销，因此如果想要对赠与进行公证，一定要谨慎。尤其对老年人来说，一份不可撤销的公证赠与并非益事，可能会引发子女无故挥霍父母财产或不履行赡养义务的结果。

对此，建议如下：

●老年人不宜过早将全部财产赠与子女，应当深思熟虑，尤其是公证赠与，如果没有附相应义务或所附义务未清晰约定的话，赠与人将会失去对财产的掌控，难以约束受赠人的行为。而遗嘱是在立遗嘱人死亡后生效，立遗嘱人可以随时修改或者撤销遗嘱。

●公证人员办理公证时，应当仔细询问赠与人的真意，向当事人释明遗嘱公证与赠与公证的区别及相应的法律后果。这样有利于确保赠与人明白自己的权利和义务，作出更加符合内心真实期待的决定。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》

第二百零九条 不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但是法律另有规定的除外。

依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。

第二百一十五条 当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者当事人另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。

第五百零二条 依法成立的合同，自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

依照法律、行政法规的规定，合同应当办理批准等手续的，依照其规定。未办理批准等手续影响合同生效的，不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的，对方可以请求其承担违反该义务的责任。

依照法律、行政法规的规定，合同的变更、转让、解除等情形应当办理批准等手续的，适用前款规定。

第六百五十八条 赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同，不适用前款规定。

第六百五十九条 赠与的财产依法需要办理登记或者其他手续的，应当办理有关手续。

第六百六十三条 受赠人有下列情形之一的，赠与人可以撤销赠与：

- （一）严重侵害赠与人或者赠与人近亲属的合法权益；
- （二）对赠与人有扶养义务而不履行；
- （三）不履行赠与合同约定的义务。

赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。

第六百六十四条 因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力，赠与人的继承人或者法定代理人可以撤销赠与。

赠与人的继承人或者法定代理人的撤销权，自知道或者应当知道撤销事由之日起六个月内行使。

第六百六十六条 赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以不再履行赠与义务。

母亲出具赠送宅基地承诺书后，拆迁款归谁所有？ | 基层治理案例（家事纠纷篇）^③

（来源：上海二中院）

【以案释法】

1991年，俞某经确权取得总面积为51.2平方米的宅基地（主建筑占地35.3平方米，场地面积15.9平方米）。2004年，俞某之子钱某申请建房，并获批在该村他处居民点建房90平方米，但未实际建房。2007年，钱某申请变更建房用地至俞某房屋所在居民点，俞某出具承诺书“我自愿将宅基地35.3平方赠送给儿子钱某，决不反悔。”此后，钱某将俞某房屋拆除，在原址稍作移动后建房，该35.3平方米未计入钱某建房的90平方米内。2023年，俞某凭原始权证记载的35.3平方米建筑面积获得安置补偿款约63万元。钱某依据2007年俞某所写的承诺书，认为此笔安置补偿款应归其所有并实际领取。俞某遂以其他侵权纠纷为由起诉至法院，要求钱某返还63万元安置款。

法院经审理认为，首先，农村宅基地归集体所有，其使用权的转让应严格依照土地管理的法律和国家有关规定执行。基于此，在确定房屋拆迁补偿利益和安置利益的归属时，应结合宅基地使用权审核表、拆迁人对动拆迁补偿安置人员的核定人员表，或拆迁补偿安置协议中的安置人员名单等进行综合判断。钱某虽将35.3平方米宅基地房屋拆除后建房，但该面积并未登记为钱某的宅基地面积，其获批面积仍

为90平方米，现无证据证明钱某已取得案涉宅基地使用权，该宅基地使用权仍归属于俞某。

其次，两人的动迁安置为独立安置，钱某和俞某分别与拆迁公司签订补偿协议，钱某已根据宅基地使用权审核表等材料获得了安置补偿，利益未受损失。

再次，根据俞某的置换补偿协议及结算表，63万元补偿款仅包含权证记载建筑面积，并没有涉及地上房屋结构部分。即使钱某主张其经批准在原址建造房屋，因该部分拆迁利益仅为对宅基地使用权的补偿，钱某也无权取得。此外，即使俞某曾承诺将35.3平方米赠与钱某，但由于农村宅基地使用权为用益物权，可赠与或继承的仅为宅基地上的房屋，俞某对宅基地本身并不享有所有权，因此，该赠与行为无效。综上，钱某领取俞某拆迁补偿款缺乏法律依据，应当予以返还。

【法治建议】

本案是一起因宅基地拆迁引发的纠纷。母亲通过自书承诺书将宅基地面积赠与儿子，供儿子新建房屋，但新建房屋并未登记，在依宅基地原始权证进行拆迁安置补偿时引发纠纷。由于相关赠与行为不能及于农村宅基地使用权，赠与或者继承等行为只能及于农村宅基地上的房屋，因而被认定无效。

对此，建议如下：

● 宅基地管理部门应进一步提升对宅基地及宅基地上房屋登记的规范管理，有序开展房地一体宅基地的确权登记，依法保障农民财产权益。

● 若有农民因继承、分家析产、动迁安置纠纷等事宜申请协调时，村委会应审慎应对，引导当事人依法妥善解决。

● 农民在处置其宅基地及宅基地上房屋时，应及时做好申请、报批、登记等申请，确保合法合规，减少潜在纠纷。其中，处置宅基地上房屋的行为包括对宅基地上房屋的拆除、翻建等。

【相关法条】

《中华人民共和国民法典》

第三百六十二条 宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利，有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施。

第三百六十三条 宅基地使用权的取得、行使和转让，适用土地管理的法律和国家有关规定。

第三百六十五条 已经登记的宅基地使用权转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或者注销登记。

➔ 业务研究

刘梦非 | 我国涉外协议离婚法律适用的困境及其疏解

(来源: 《东方法学》 作者: 刘梦非)

摘要: 在我国涉外协议离婚法律适用的实践中, 存在援引夫妻财产关系的冲突规范确定准据法的规则错位问题, 诉讼离婚的冲突规范吸收调整协议离婚的问题, 以及婚姻登记机关直接适用离婚实体规则、未适用冲突规范的行政实践问题。上述问题的解决, 一方面在于明确涉外领域的协议离婚、夫妻财产关系和诉讼离婚三大范畴之间的关系, 明确彼此边界并进行合理切割; 另一方面则在于强化民政部门依法行政中的涉外意识, 将相关冲突规范等涉外法律法规纳入依法行政之“法”的范畴, 准确、完整和全面贯彻依法行政之精义。

一、问题的提出

涉外婚姻家庭关系是涉外民事关系的重要内容, 其在《涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)中以专章的形式规制, 体现了立法者对我国涉外婚姻法治价值实现与当事人权益保护的重视。其中, 涉外协议离婚法律适用制度的完善是优化我国涉外法律法规体系和涉外法治实施体系的重要课题。

涉外协议离婚的法律适用对于我国涉外婚姻秩序具有基础建构作用。根据 2023 年的统计数据, 当前我国通过诉讼程序离婚的数量在总离婚数量中的占比不足 30%, 协议离婚已然是我国解除婚姻关系

的主要方式，其对公民自身生活及社会秩序的影响甚巨。在2003年《婚姻登记条例》实施以前，协议离婚制度并不适用于涉外婚姻。而2003年《婚姻登记条例》出台以后，协议离婚也仅适用于在我国境内办理结婚登记的婚姻关系。直至《法律适用法》第26条的出台，这一限制才有所放开。有学者认为，第26条的意图在于在充分尊重当事人自由意志的基础上，鼓励当事人通过协议而非诉讼的方式离婚，体现了我国对涉外婚姻法律适用自由的尊重。然而，由于当前立法和司法解释对“协议离婚”“诉讼离婚”“夫妻财产关系”等概念缺乏明晰界定，实践中对《法律适用法》第24条、第26条和第27条的法条援引较为混乱。经检索发现，《法律适用法》第26条在司法审判中的援引率并不高。

涉外婚姻所涉内容跨越了公法和私法两个维度，其在法律适用上的问题亦较为复杂，展言之，主要包括：

第一，由于《法律适用法》第26条所指向的协议离婚在规范构成要件和识别要素上并不明确，涉外协议离婚与涉外夫妻财产关系在法律适用上存在彼此错位。例如，在亚某与胡某离婚后财产纠纷案和燕某离婚后财产纠纷案中，主要案情虽均为协议离婚当事人违反离婚协议关于夫妻财产分割的约定，但前案适用了《法律适用法》第24条关于涉外夫妻财产关系的规则处理争议问题，后案则适用了《法律适用法》第26条关于涉外协议离婚的规定来确定准据法。

第二，涉外协议离婚被涉外诉讼离婚所吸收，从而被纳入后者的

冲突规范中。在我国司法体制下，与涉外判决离婚不同，涉外协议离婚可能同时在法院和民政部门中发生。对于在法院诉讼中达成的涉外协议离婚，究竟应适用《法律适用法》第26条还是第27条，成为实践中问题频发的焦点。例如，在D某与G某离婚纠纷案中，虽然双方在离婚诉讼中已达成调解协议，但法官仍适用了第27条有关诉讼离婚的冲突规则。调解离婚本质上也是以当事人就离婚相关事宜达成一致为前提，与协议离婚均体现了对当事人意思自治的尊重，只不过调解离婚在程序上有法院的参与。

第三，我国民政部门实践中倾向于直接适用中国法，致使同一协议离婚案件在民政部门和法院中存在法律适用的冲突。根据《民法典》第1076条，协议离婚应以婚姻登记机关（即民政部门）的离婚登记作为形式要件。作为协议离婚过程的参与者，婚姻登记机关应主动援引《法律适用法》第26条确定准据法。但在实际操作中，婚姻登记机关通常缺乏涉外民事关系选法意识，直接适用中国实体法及相关规定，由此可能会导致相同案件在婚姻登记机关和法院适用不同实体法的情形。

基于此，我国应厘清涉外协议离婚与涉外夫妻财产关系的适用界限，合理分流涉外协议离婚与诉讼离婚，准确适用法律，并统一我国民政部门与法院关于涉外协议离婚的法律适用，通过涉外协议离婚法律适用的完善，服务我国涉外民事法律关系的和谐构建和涉外法治建设水平的实质提升。

二、协议离婚冲突规则于夫妻财产的纠缠与厘清

（一）协议离婚冲突规则于夫妻财产的纠缠

仅从《法律适用法》第26条的文本来看，协议离婚的范围必然涉及夫妻财产分割，但其与夫妻财产关系的边界何在却并不明确。作为一个身份法律行为，协议离婚应当涉及离婚协议、婚姻关系的解除、夫妻共同财产的分割、子女的抚养等与婚姻密切相关的多项问题。这是因为离婚不仅意味着夫妻之间的身份关系得以解除，也意味着夫妻所享有之共同财产以及对子女亲子女关系的权利义务需要重新分配。但《法律适用法》第26条并未对前述问题进行规定，同时也缺乏指引性解释以明确相关问题的归属。《法律适用法》并未将协议离婚视为一个整体，且其第24条对涉外婚姻关系中夫妻财产关系的法律适用问题进行了专门规定。这就意味着在离婚纠纷中当事人之间的法律关系存在竞合，从而造成法律关系识别上的混淆，影响对法律关系的定性以及法律的选择。

尽管《法律适用法》第24条与第26条在连结点的规定上存在相似之处，但第24条的“主要财产所在地”和第26条的“办理离婚手续机构所在地”不仅反映出各自的侧重不同，而且在实践中有可能将同一纠纷指向不同准据法。如果适用第24条，当事人可以选择主要财产所在地法作为准据法，而第26条无此项连结点；若适用第26条，在无共同经常居所地、无共同国籍且当事人没有对准据法作出有效选择时，需适用办理离婚手续机构所在地法，而第24条又无此内容。

“主要财产所在地”和“办理离婚手续机构所在地”所指向的实体法可能属于截然不同的两个法域，进而影响相关纠纷的实体结果。假设，中国当事人甲和B国当事人乙没有共同经常居所地，主要财产位于C国，双方当事人在中国协议离婚并选择C国法律作为准据法，后一方当事人又在中国法院针对夫妻财产问题提起诉讼。若法官将夫妻财产关系识别为一个独立问题，根据第24条的规定，鉴于当事人选择适用了主要财产所在地法律，即C国法，故法官应依照C国法律处理夫妻财产关系。但若法官将夫妻财产关系识别在协议离婚的范围之内，则法官会适用第26条，由于C国不是一方当事人经常居所地或者国籍国，双方当事人也没有共同经常居所地或者国籍国，法官则会依照办理离婚手续机构所在地法即中国法律进行裁判。因此，对《法律适用法》第24条和第26条的适用范围理解不同，会导致法律适用的结果不同，甚至是判决结果的差异。

（二）典型案例之检视

在前文提及的亚某与胡某离婚后财产纠纷案中，原告亚某与被告胡某登记离婚，并签订离婚协议书，其中就夫妻共同财产分割进行了约定。后因被告一直未履行离婚协议书第5条和第7条之义务，于是原告向法院提起诉讼。法院认为依据《法律适用法》第24条，该案应适用原被告共同居所地法，即中国法律。依据我国《婚姻法》及其司法解释，原被告签订的离婚协议书系双方当事人的真实意思表示，应确认有效。然被告至今未按离婚协议书的约定向原告支付经济补偿

款，依法构成违约，其应如约向原告支付补偿金和违约金。再如林某、潘某离婚后财产纠纷案，该案当事人同样是在协议解除婚姻关系后因为夫妻财产分割问题向人民法院提起诉讼，法院亦援引了《法律适用法》第24条的规定，确认了离婚协议约定的内容。

在前文提及的燕某离婚后财产纠纷案中，双方当事人离婚并签订离婚协议书。由于燕某未按离婚协议书履行义务，孙某向法院提起诉讼。一审法院认为，孙某国籍为加拿大，应适用《法律适用法》第26条的规定，该案中双方在中国办理离婚手续，故应当以中国法作为准据法。依据《婚姻法》及其司法解释的规定，离婚协议书是双方真实意思的表示，合法有效。现双方约定的转移登记期限已届满，燕某应当依照约定协助孙某办理房屋转移登记手续。当事人上诉后二审法院维持原判。又如张某与马某离婚后财产纠纷案，仍然是因被告未履行离婚协议而引发的诉讼，法院将该案中的纠纷识别为离婚协议的效力问题，同样援引《法律适用法》第26条的规定，最终判决原被告签订的离婚协议合法有效，争议房产按照离婚协议的约定归原告张某所有。

值得注意的是，也有法院对同一案件中的离婚协议效力和夫妻财产关系问题分别适用不同的准据法。在松田浩某与松田江某、黄某确认合同无效纠纷案中，原告松田浩某与被告松田江某均为日本国籍，双方通过协议方式解除婚姻关系并领取了离婚证。在于2012年2月8日签署的离婚协议中，双方明确了财产分割等事项。原告认为，本

案中的离婚协议因不符合法定形式要件而无效，因此仅能认定当事人确已解除夫妻关系而未对夫妻财产进行分割。据此，原告诉请法院确认被告与第三人黄某于2012年5月2日签订的涉夫妻共有房产的买卖合同无效。双方通过意思自治选择适用日本法作为认定离婚协议效力的准据法，中国法作为确认买卖合同无效的准据法。该案中，法院对当事人之间的法律关系进行了区分，适用《法律适用法》第26条，依据日本法认定当事人之间的离婚协议有效；适用《法律适用法》第24条，依据中国法确定夫妻双方之间的财产关系，确认案涉房产从2012年2月8日起归被告松田江某所有，买卖合同没有违反法律。

上述案件都是在双方当事人协议离婚之后，基于离婚协议中约定的夫妻财产关系产生的纠纷，主要表现为一方当事人未按照离婚协议的约定履行自己的义务，致使另一方当事人提起诉讼要求履行协议。虽然案件的案情较为类似，但在不同审判庭中适用的冲突规范完全不同，这意味着不同审判庭、不同法官在识别同类问题的性质时出现了差异。同时，这些案件也反映出以下几个共性的问题：

其一，对于离婚协议的效力问题应如何适用法律。是将其理解为协议离婚的构成部分，从而适用《法律适用法》第26条有关涉外协议离婚的冲突规范确定准据法来认定其有效与否，还是将其归入涉外夫妻财产关系的范畴，从而援引第24条涉外夫妻财产关系的冲突规范来认定其效力？其二，对于离婚协议中的夫妻财产关系应如何适用法律。是将其识别为协议离婚问题的一部分从而适用《法律适用法》

第26条，还是识别为一个独立的夫妻财产关系从而适用《法律适用法》第24条？其三，对于“离婚协议的效力”和“离婚协议中的夫妻财产关系”这两个问题应如何适用法律。是将两者视为是先决问题与主要问题的关系，从而将两个法律关系分别适用各自对应的法律适用规则；还是将两者看作一个整体，统一适用一个冲突规范？由于并无明确的法律规定，这三个问题在法律适用上均具有“旋转门”效应，每一个问题上的不同抉择都将导致不同的冲突规范及其准据法的不同援引。

《法律适用法》“在总则中突出当事人意思自治原则的做法在晚近各国的国际私法立法中独树一帜，从一个侧面体现了我国国际私法立法的现代化”。可以认为，尊重当事人意思自治是我国冲突法的基本态度。相较于其他家庭关系，婚姻关系明显更具身份契约特征，其中协议离婚是以意思自治为前提解除婚姻关系，而夫妻财产关系的侧重点则是财产关系而非身份关系。考虑到婚姻关系相较于其他契约性关系的特殊性，夫妻财产关系又依附于婚姻关系，有限制地允许协议离婚和夫妻财产关系适用意思自治原则具有其合理性。但是，在我国关于婚姻的司法实践中，这种立法态度并未得到贯彻，意思自治原则的适用存在“不能用”“不会用”“不想用”的问题，其主要体现在夫妻财产关系与协议离婚，以及诉讼离婚在界定方面存在模糊。

（三）协议离婚冲突规则于夫妻财产的厘清

在探究涉外协议离婚时，其关键在于厘定《法律适用法》第24条与第26条的范围及其适用边界，并进一步明确其构成要件与识别要素。离婚作为配偶双方于生存期间解除婚姻关系的法律手段，与夫妻财产关系在法律适用层面展现出明显的区别。而在具体案件中，协议离婚与夫妻财产关系的法律适用冲突的主要症结在于两种规范之间存在范围上的交集，因而需要对法律关系的性质予以厘清，梳理不同法律关系交集的层次，明确二者所指向法律关系的各自范围。

1. 司法上应明确协议离婚、离婚协议及夫妻财产之间的关系

在我国婚姻登记机关进行离婚登记时，需附上一份离婚协议，作为处理夫妻共同财产、分配子女抚养权等问题的依据。根据《民法典》的规定，即协议离婚由“离婚协议”和“离婚登记”构成这个公式来看，离婚协议包含在协议离婚的范畴之中。因而基于离婚协议提起的诉讼，可以将其识别为协议离婚，从而适用《法律适用法》第26条。如此不仅符合协议离婚的内容构成，也丰富了第26条的实质内涵。

然而，与离婚协议相关的所有问题不宜完全涵盖至《法律适用法》第26条的调整范围之内。离婚协议本质上是一份契约文件，其通过夫妻双方合意的形式解决夫妻共同财产分割、夫妻共同债务分配、子女抚养甚至损害赔偿等问题，具有身份契约和财产契约的双重属性。若将离婚协议等同于协议离婚，则离婚协议涉及的所有法律关系都应适用同一个冲突规范，于我国即为《法律适用法》第26条。我国将当事人意思自治原则引入协议离婚，但并未将其扩张至扶养、监护、

父母子女关系等其他婚姻家庭法律关系。将离婚协议中所载明的“一揽子”约定均适用第26条，无疑背离了《法律适用法》的立法初衷。

《法律适用法》体现了追求实体正义的价值取向，将公平作为解决离婚协议法律适用问题的首要考虑，是最契合我国《法律适用法》价值理念的做法。作为一种特殊的契约，离婚协议相关冲突规范的建构可以参考“合同分割论”，也即将离婚协议分割为“离婚协议的效力”“夫妻财产关系”“子女抚养”等不同问题，然后分别适用对应的冲突规范，以寻求更好的实体法结果。

在前述松田浩某与松田江某、黄某确认合同无效纠纷案中，法院适用法律的做法值得肯定。第一，针对离婚协议的效力，法院选择适用了《法律适用法》第26条进行认定，没有因为案涉有关夫妻共同财产而适用第24条涉外夫妻财产关系之规定。第二，针对离婚协议中的夫妻财产关系，法院没有因为离婚协议中载明了夫妻财产分割就将其纳入协议离婚的范畴中适用第26条，而是将其识别为一个独立的法律关系，从而适用第24条这个专门针对夫妻财产关系制定的法律适用规则。第三，法院没有将“离婚协议的效力”和“离婚协议中的夫妻财产关系”看作一个整体，统一适用相同的冲突规范，而是具体问题具体分析，将“离婚协议的效力”视为“离婚协议中夫妻财产关系”的先决问题。

总之，根据法律关系的性质分别进行识别，将两个不同的法律关系匹配至不同的冲突规范的范围，进而适用不同的冲突规范确定各自

的准据法，可以使得《法律适用法》第26条和第24条的适用范围更为明晰。这一做法既厘清了离婚协议分别归属于第26条和第24条的适用情形，避免了第26条和第24条出现适用上的混淆，同时也顾及了不同法律关系特有的需求和性质。

2. 立法上理顺离婚问题与夫妻财产问题之关系

夫妻财产关系是婚姻所带来的附随权利义务关系，它的产生必须以实在的合乎法律要求的夫妻关系的存在作为事实前提。这种附随义务是从婚姻的伦理实体中派生出来的，并非单纯的民事主体间财产关系，而是具有一定的身份性质。婚姻关系和夫妻财产关系在实体法上的侧重点不同，因此在法律适用的路径选择上也存在差异。

《法律适用法》第24条用于处理夫妻财产关系，包括尚未离婚或已经离婚的夫妻双方的财产关系，因其立法原意就是解决夫妻财产关系的纠纷，所以会强调“主要财产所在地”这个连结点。既然《法律适用法》针对夫妻财产关系制定了专门的法律适用规则，那么夫妻财产关系直接适用第24条符合立法初衷。而第26条的立法意旨是着眼于解决婚姻关系的解除，贯彻当事人意思自治原则，强调离婚自由。鉴于我国协议离婚常见于婚姻登记机关办理，所以专门设计了“办理离婚手续机构所在地”这个连结点。协议离婚主要包括婚姻关系解除、夫妻共同财产分割以及子女抚养权分配三大问题，因此适用第26条来处理婚姻关系的解除并无矛盾。

日本《法律适用通则法》第26条对夫妻财产关系及第27条对离婚均存在指引性条款，即参照适用第25条关于婚姻效力的有关规定，通过立法技术将“离婚”与“夫妻财产关系”的法律适用进行了统一，但这并不符合我国《法律适用法》的立法意图。对于涉外协议离婚与涉外夫妻财产关系的法律适用之间的区分，2010年欧盟委员会通过的《实行离婚和司法别居的法律适用领域加强合作的条例》（以下简称《罗马条例III》）以及《瑞士联邦国际私法》的相关规定具有一定的借鉴意义。《罗马条例III》第1条即明确列出不适用本条例的事项，即使这些事项是作为先决问题出现在离婚或别居程序中的，其中就包括了婚姻的财产后果、父母责任和扶养义务。这就将涉外夫妻财产关系明确区分于涉外离婚问题。与此同时，《瑞士联邦国际私法》第63条规定：“离婚或别居的附属效力，由适用于离婚或别居的法律支配。本法关于姓名（第37至第40条），夫妻间扶养义务（第49条）、婚姻财产制（第52条至第57条），亲子关系的效力（第82和83条），及保护未成年人（第85条）的规定，不受本规定的影响。”由此可知，“夫妻财产关系”和“离婚”应归属于不同的法律关系，而不同的法律关系应由不同的冲突规范进行调整。即便二者存在关联性，也应分别处理，这也是《罗马条例III》和《瑞士联邦国际私法》反映出来的法律理念。《法律适用法》第24条、第26条之间也应采用类似的立法模式和适用条件。

三、协议离婚与诉讼离婚冲突规范的混淆与分流

（一）协议离婚与诉讼离婚冲突规范的混淆

我国《法律适用法》第26条与第27条对协议离婚和诉讼离婚设置了两条截然不同的冲突规范。事实上，部分离婚纠纷在诉讼离婚的形式之下，又实具协议离婚之本质。因此，司法实践中，法官时常援引《法律适用法》第27条作为离婚诉讼案件中具有协议离婚性质的法律关系的准据法。但是，由于第27条规定存在模糊，因而有学者提出该条规则没有说明适用于诉讼离婚的条件及效力，抑或是有关诉讼离婚的全部问题。由此造成了《法律适用法》第27条在适用范围上对协议离婚的吸收，致使更贴近协议离婚的纠纷未得适用第26条的规定。在我国当前的规范体系之下，合理适用《法律适用法》第26条或第27条需要回应实践中如何系统区分协议离婚和诉讼离婚的问题。尤其在诉讼程序中，双方当事人在诉讼程序启动后就离婚事宜达成调解协议或自行达成离婚协议，是否仍应当视为诉讼离婚？

如果将所有提交法院的离婚纠纷都视为诉讼离婚，则无需对个案进行具体分析，可以直接援引《法律适用法》第27条的规定，适用中国法作为准据法。但是在实践中，部分案件中的当事人会在离婚纠纷案件启动司法程序后，就婚姻关系的解除、夫妻共同财产的分割、子女抚养等问题进行协商，并达成相关协议。在这种情形之下，将相关案件定性为诉讼离婚或是协议离婚，将会影响法院在审判过程中对《法律适用法》第26条和第27条的选择适用。我国在法律关系的识别方面采用了法院地法主义，若相关案件诉诸我国法院，则应当适用

中国法进行定性。从我国《民法典》第1076条项下的规定来看，协议离婚是指夫妻双方通过签订书面离婚协议，并亲自到婚姻登记机关申请离婚登记以解除婚姻关系。如果据此进行识别，则协议离婚除了要求有书面的离婚协议之外，还需要当事人在婚姻登记机关办理离婚登记，尤其是在《民法典》增加关于离婚冷静期的规定之后，还需要在离婚冷静期届满后取得离婚证书才可以认为当事人之间完成了协议离婚。即便当事人在诉讼程序启动后就离婚相关事宜达成协议，只要未完成合乎程序的离婚登记，则缺少将其识别为协议离婚的要件，从而只能适用《法律适用法》第27条。

然而，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第14条却指出：“当事人达成的以登记离婚或者到人民法院协议离婚为条件的财产分割协议，如果双方协议离婚未成，一方在离婚诉讼中反悔的，人民法院应当认定该财产分割协议没有生效，并根据实际情况依法对夫妻共同财产进行分割。”虽然自2021年《民法典》生效后，部分民事单行法及其司法解释已经废止，但该规定仍可说明，在最高人民法院看来，协议离婚并不必然以离婚登记为识别要件。事实上，若将协议离婚仅限定在婚姻登记机关办理的案件中，《法律适用法》第26条的适用空间必然会遭受严重挤压，实际效用难以发挥，其立法价值和立法初衷也无法得以实现。例如，在离婚诉讼的过程中，可能会出现调解离婚的情形。我国法院在受理涉外离婚案件之时，并不先行区分是调解离婚或是诉讼离婚，而是按照诉讼离婚案件进行立案，视具体情况确定是否以调解离婚的形式结

案。从程序法的角度来看，调解离婚和判决离婚是截然不同的：判决离婚依赖于法官的裁量，由法官决定可否离婚、如何分割夫妻共同财产以及子女抚养问题；调解离婚以当事人协商为主、法官引导为辅的方式解决与离婚相关的问题，其内核是尊重当事人意思自治。

虽然调解程序是司法程序的环节之一，调解离婚也由法官作为“中间人”参与，但从过程和结果上来看，调解离婚的前提是当事人之间存在合意，需要当事人意见的充分交换，调解离婚的结果是兼具身份契约和财产契约属性的调解协议。因此，调解离婚在性质上究竟归属于诉讼离婚抑或协议离婚，将影响法院对《法律适用法》第26条及第27条的选择。若机械解释《民法典》第1076条，则调解结婚只是诉讼离婚的形式之一。但是，相较于诉讼离婚，调解离婚与协议离婚的相似性更高。其一，二者都伴随着基于夫妻双方的意思表示自愿达成的协议，即调解协议和离婚协议；其二，协议都涉及婚姻关系解除、夫妻共同财产分割、子女抚养等关键事项；其三，协议均不具备离婚裁判的强制力和申请法院司法协助的权利。二者之间唯一较为突出的差异，在于调解离婚以离婚调解书或离婚判决书为离婚事实之依据，而协议离婚则以离婚证为依据。但若将“离婚登记”理解为双方当事人取得具有法律效力、证明合法解除婚姻关系凭证的程序，而不局限于在婚姻登记机关办理离婚手续的法定程序，那么调解离婚也可以满足该条件，因为当事人最终也能取得具有法律效力的离婚调解书或者离婚判决书。因此，调解离婚是否必须认定为诉讼离婚而非协议离婚值得进一步商榷。

（二）典型案例之检视

司法实践中，法官通常会将调解离婚识别为诉讼离婚。比如前文提及的D某与G某离婚纠纷案，案件中D某向法院提起诉讼要求判决与G某离婚，在庭审过程中双方就离婚及案件受理费问题达成调解协议，并要求法官根据该调解协议内容制发判决书。法院依据《法律适用法》第27条关于诉讼离婚的规定适用中国法，认定原告和被告达成的调解协议不违反我国法律规定，予以确认，最终判决D某和G某离婚，案件受理费由D某负担。而在D某诉张某离婚案中，法院首先适用《法律适用法》第27条确定中国法为准据法，再依据《婚姻法》第32条的规定对当事人进行调解，认为鉴于原被告因感情不和已分居生活满二年，且该院曾经组织调解和好但双方并未实际和好，现原告起诉要求离婚、被告表示同意，应对原告的诉求予以支持。从该案的适法逻辑来看，法院调解离婚的前提是该离婚案件适用中国法为准据法，而适用中国法为准据法的依据则是将案件识别为诉讼离婚适用《法律适用法》第27条。

总体而言，由于立法技术原因，在我国的规范体系中，协议离婚与诉讼离婚在区分要素上存在模糊，以至于二者在实践中存在混用现象。尤其是离婚诉讼中存在调解协议或离婚协议的涉外离婚案件，因《法律适用法》第26条和第27条各自适用范围的边界并不明晰，法律适用的冲突和混淆，类案中当事人实体权利义务分配大相径庭。事实上，夫妻双方只要有一方直接向人民法院提出离婚，而法院又出具

了证明夫妻双方解除婚姻关系的裁判文书，包括法院经调解达成一致出具的调解书，则该等离婚类型即属于诉讼离婚而非协议离婚。造成这种情况的主要原因在于，法院一般都是在进入实体审理之后才会考虑法律适用的问题。在法院看来，既然已经进入了诉讼程序，就应当将其识别为诉讼离婚，因此当事人之间是否存在调解协议或离婚协议并不重要。

《法律适用法》第27条将诉讼离婚冲突规范的连结节点限于法院地法是对公共秩序的保护。正如美国《第二次冲突法重述》所言，“以法院地法决定是否准予离婚不是因为相关诉讼在该地提起，而是由于法院地对其居民的婚姻状况具有特殊利益”。尽管第27条一定程度上使法官适用冲突规范更为便利，尤其在外国法难以查明的情况之下，适用中国法解决离婚问题可以维护本地公共秩序更加稳定和安全，但是，由诉讼离婚冲突规范的法院地法主义所引致的将诉讼中的协议离婚问题识别为诉讼离婚问题并非最佳方案。协议离婚更应突出当事人的选法自治。我国国际私法立法的立足点是国内法和国外法的平等适用。如果具体司法实践中一味地以公共秩序为借口排除外国法的适用，不仅可能致使当事人的实体利益遭受损失，作为冲突规范的《法律适用法》在立法意图上所体现的平等对待国内法与国外法、充分尊重当事人自治的价值取向也将遭受打击。

（三）协议离婚与诉讼离婚冲突规范的分流

在诉讼过程中无论是存在调解协议还是离婚协议，都是在开启诉

讼程序、进入实体审理程序后才会涉及法律适用问题，这就导致在司法实践中法院通常将其识别为诉讼离婚，从而援引《法律适用法》第27条直接指向中国法作为准据法，由此使该条规则部分吸收，也相应地限缩了第26条关于涉外协议离婚规范的适用范围。《法律适用法》第26条所称的协议离婚的内涵究竟为何，目前尚无明确解释。针对该问题，一方面，考虑到涉外民事关系和国内民事关系具有本质差异，《民法典》和《法律适用法》的立法内容、立法方式、解决的问题等存在明显区别，若将《民法典》和《法律适用法》中的概念完全等同，并不符合调整对象的需要和立法的本意。另一方面，如前文所述，若将协议离婚严格限定在“离婚协议”加“离婚登记”的框架之下，既不符合《法律适用法》的立法初衷及价值，也不符合现实需求。

因此，对于《法律适用法》第26条所称的协议离婚，应将其理解为双方当事人通过意思自治就婚姻关系解除等事项达成一致意见和相关协议，并经程序取得具有法律效力、证明合法解除婚姻关系凭证的行为。它不仅包括在婚姻登记机关办理的登记离婚，还应包括在诉讼过程中双方自愿达成或经调解达成的协议离婚。简言之，应从功能或本质的角度理解并归类协议离婚，特别是将困扰司法实践的诉讼中的协议离婚从诉讼离婚的范畴中分流出来，纳入协议离婚的大类之中，从而适用《法律适用法》第26条确定准据法。具体而言：

1. 应将调解离婚纳入协议离婚的范围

在我国，离婚诉讼庭审前法院便会对诉请离婚的夫妻双方进行调解。而在离婚诉讼的过程当中，夫妻双方经法院调解之后，可能达成调解协议，以调解书的形式结案，或者在判决书中融入调解协议的内容。由此看来，在婚姻家庭领域尤其是离婚领域，诉讼与调解难舍难分，界限并不清晰。应将调解离婚识别为协议离婚的范畴，从而适用《法律适用法》第26条，其原因主要有以下三点：

首先，将调解离婚纳入协议离婚的范围，满足第26条所称“协议离婚”的内涵。基于前述第26条协议离婚的内涵可知，协议离婚主要具有三个特征：双方当事人离婚合意；达成与离婚事项相关的协议；以及履行必要程序后，产生离婚的法律后果。而调解离婚刚好符合这三大特征：需要夫妻双方就离婚事项达成一定程度的合意；达成与离婚相关的协议，即调解协议，内容涉及婚姻关系的解除、夫妻共同财产的分割、子女抚养权的归属等事项；经过法定程序后可取得解除婚姻关系的凭证，无论是调解书或是判决书都具有法律效力。因此，将调解离婚识别为协议离婚，进一步明确了协议离婚的范畴，避免法院出现法律适用的冲突和混淆。

其次，将调解离婚纳入协议离婚的范围符合国际趋势。《法律适用法》将意思自治引入婚姻家庭领域，彰显了冲突法对私权的尊重与保护，其目的在于让夫妻双方拥有更大的婚姻自主权，包括离婚的自主权。有学者提出，“如果夫妻双方在诉讼过程中达成调解协议，则可以在其中选择协议离婚适用的法律”，这不仅印证了调解离婚属于

协议离婚的范畴，也强调了《法律适用法》第26条中当事人自由选择法的重要性。将调解离婚识别为协议离婚，从而适用第26条，通过其设计的当事人意思自治原则，不仅在法律适用上满足了夫妻双方的协议需求，也将当事人意思自治原则引入法院诉讼离婚的法律适用中，更容易满足夫妻双方的离婚意愿及相关需求。而且，因为调解离婚的法律适用变得更为灵活，法官作为中立第三人介入，也增加了其调解的空间和可能性，可促进夫妻双方和平友善协商，有利于争议事项得到解决。事实上，从国际实践来看，通过协议离婚的方式解除婚姻关系在如美国等其他国家相较于诉讼离婚亦更为常见，但是通过司法系统解除婚姻关系并不是诉讼离婚的教义学要素。由于英美法系国家的行政机关并不具备登记离婚的职能，无论是协议离婚（Uncontested Divorce）还是诉讼离婚（Contested Divorce）均需要通过法院程序进行，只不过针对前者，法院进行得更多的是一种形式上的审查，以确定双方当事人确实不存在争讼，或其离婚协议不存在超越私人自治的事项。

最后，将调解离婚纳入协议离婚的范围，有利于实现《法律适用法》第26条的立法价值。若不允许将调解离婚纳入协议离婚的范畴，《法律适用法》第26条的适用空间将会极为受限。一是因为我国大部分协议离婚都发生在婚姻登记机关，而在实践中，婚姻登记机关一般不会依据《法律适用法》第26条的法律适用规则来处理登记离婚事宜，这符合行政机关倾向适用内国法的实践；二是因为即便由法院审理离婚案件，如未将调解离婚识别为协议离婚，法院也不能适用《法

律适用法》第26条进行裁判。将《法律适用法》第26条适用于调解离婚，在审理过程中允许当事人进行一定程度的法律选择，既能充分发挥该条的立法价值，又能避免其在婚姻登记机关得不到适用而无法发挥效用的尴尬。

2. 应将达成离婚协议的诉讼离婚纳入协议离婚的范围

在实践中存在夫妻双方符合协议离婚的条件，但仍选择通过诉讼方式离婚的情形，而基层人民法院设立的速裁庭、简易法庭、便民法庭也为这类离婚案件提供了便利。这意味着，有些夫妻双方在离婚诉讼的过程中或审理前已自行达成离婚协议，当事人在法院提起诉讼只为取得离婚判决书。这类达成离婚协议的诉讼离婚也应识别为协议离婚，从而适用《法律适用法》第26条。这一方面可满足第26条所称“协议离婚”的内涵。无论是在离婚诉讼过程中达成离婚协议，或是在已有离婚协议的前提下选择提起离婚诉讼，因其符合《法律适用法》第26条协议离婚内涵的三大特征（夫妻双方就离婚事项形成合意、达成离婚协议以及经过诉讼程序之后法院能作出解除夫妻双方婚姻关系的判决文书），将其识别为协议离婚，进一步厘清了《法律适用法》第26条的调整范围。另一方面，这样做可实现《法律适用法》第26条的立法价值。由于婚姻登记机关在实践中通常不会适用该条，若将达成离婚协议的诉讼离婚识别为协议离婚，则既尊重夫妻双方的离婚自主权，又可以发挥《法律适用法》第26条的立法效用。

可以认为，将调解离婚以及达成离婚协议的诉讼离婚识别为协议离婚

的具体理由是功能等同，这也和调解离婚与达成离婚协议的诉讼离婚具有一定的共性有关，如都发生于法院之中、都伴有夫妻双方的离婚合意及相关协议、都与诉讼离婚存在界限不明晰的情况等。但无论阐述理由为何最终希望达到的目的都是一致的，即明确《法律适用法》第26条涉外协议离婚规范和第27条诉讼离婚规范的适用界限，减少二者法律适用冲突的出现。

四、司法体系与行政机关法律适用的割裂与统一

（一）司法体系与行政机关法律适用的割裂

立法赋予了当事人选择通过诉讼程序抑或行政程序解除婚姻关系的权利，由此牵涉了司法与行政两种不同性质的公权力机关。如前文所述，诉讼离婚在司法程序中可能因当事人之间达成调解协议或离婚协议而向协议离婚进行转换，法院进而通过援引《法律适用法》第26条来确定准据法。但我国受理协议离婚的婚姻登记机关在实践中通常不会适用《法律适用法》，而会直接适用中国法。造成这种情况的原因较为多元。

一方面，二者在法律适用观念上存在区别。从司法实践来看，如果当事人已经协议离婚，但因离婚协议的效力或者履行、协议离婚的效力等原因向人民法院提请离婚诉讼，则法院会援引《法律适用法》第26条的规定寻找准据法。相较于法院，婚姻登记机关作为行政主体欠缺主动援引他国法律作为准据法的理念，从实际流程来看，其在

办理离婚登记时只要满足《民法典》和《婚姻登记条例》的规定，并不会考虑特定婚姻关系中的主体、客体或相关法律事实的涉外因素，从而改变所适用的实体法，只是在身份证明材料（如外籍人士提供护照）、特定程序（如核实双方国籍等）方面与内地居民办理离婚登记时有所不同。如果再考虑外国法查明和适用的难度，排除外国法而适用我国法的倾向在行政机关当中就更为突出了。

另一方面，二者在法律适用权能上存在分别。与作为程序主导者与实体法律关系裁判者的法院不同，行政机关在没有法律明确授权的情况下不能对具体事项进行裁决。“我国婚姻行政主管部门只能依照我国法律法规的相关规定决定是否办理婚姻登记，不方便也没有必要去查明外国法律关于结婚实质要件的相关规定。”根据2003年《婚姻登记条例》的规定，婚姻登记机关受理离婚登记主要审查的对象为（1）根据该条例第11条第2款由当事人提供的身份证明；（2）根据该条例第11条第1款第2项由当事人提供的结婚证；（3）根据该条例第11条第1款第3项由当事人共同签署的离婚协议书；（4）当事人民事行为能力；（5）结婚登记是否在中国办理。因离婚协议、财产分割等问题所产生之纠纷解决并不在其法定的职权范围之内。

值得注意的是，尽管《法律适用法》第26条中包含了“办理离婚手续机构所在地”这一连结点，但是“办理离婚手续机构所在地”不属于当事人意思自治可选择的连结点。在当事人意思自治缺位的情形下，第26条作为有条件的选择性冲突规范，该连结点的适用顺序

也在“当事人共同经常居所地”和“当事人共同国籍国”之后。这实际上会使婚姻登记机关所适用的实体法与法院在审理相关案件时所适用的准据法更有可能存在不同。

（二）典型案例之检视

在符某与D某离婚后财产纠纷案中，双方当事人已协议离婚并在民政局办理了离婚登记，后因离婚协议书的履行问题，原告向法院提起诉讼，诉求之一便是请求法院确认双方当事人已经解除婚姻关系。法院认为被告为美国国籍，本案系涉外民事关系，继而适用《法律适用法》第26条确定准据法。由于双方当事人未约定选择适用的法律，也没有在协议离婚时形成共同经常居所地，故应适用办理离婚手续机构所在地法律，即中国法予以裁判。对于确认双方已解除婚姻关系的问题，法院认为双方当事人已根据《婚姻法》第31条协议离婚并办理登记，取得离婚证，即解除婚姻关系，所以没有必要再行判决确认双方当事人解除婚姻关系。在该案中，同一个涉外协议离婚问题先后在婚姻登记机关和法院进行了处理，但选择法律的过程却完全不同。婚姻登记机关是直接依据《婚姻法》和《婚姻登记条例》办理离婚登记，制作离婚证，从而达到当事人离婚目的。而法院是先将案涉法律关系识别为涉外协议离婚，从而适用《法律适用法》第26条，指向中国法作为准据法，进而依据《婚姻法》第31条认定双方已解除婚姻关系。尽管婚姻登记机关和法院最终都是适用我国规定来处理婚姻关系解除的问题，也没有改变离婚的实际结果，但整个法律选择流程

差异明显，适用的具体规则也不完全相同。甚至于，若双方当事人满足了第26条规定的其他连结点，比如当事人选择适用了被告国籍国法，则法院需要援引外国法，在此情形下离婚结果能否维持就无法保证。婚姻登记机关和法院不同的操作过程，可能导致同一个涉外协议离婚案件的法律适用不同，甚至导致最终的结果出现差别。

对于婚姻登记机关是否能作为适用《法律适用法》第26条的主体，是否必然排除冲突规范的适用需要进一步探究。若允许婚姻登记机关适用冲突规范，那么在本应适用第26条的情形下却没有适用，本质上就是婚姻登记机关作为用法主体有法不依的错误。

（三）司法体系与行政机关法律适用的统一

诚然，不同公权力机关因其性质和权能不同，在“依法”和适法的侧重点上有所不同。但是，在涉外协议离婚方面，司法系统与行政系统的法律适用应当统一。

首先，从法律解释的角度看，《法律适用法》第2条明确规定，对于涉外民事关系适用的法律，依照本法确定。而《法律适用法》第26条明确规定了涉外协议离婚的冲突规则，因此对于涉及相关纠纷的法律适用问题，理应优先根据该冲突规范选择应当适用的法律。此外，《法律适用法》第10条第1款规定，涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明，而“外国法的查明是根据冲突规范适用外国法的最后一项制度”。由此可知，在引致外

国法查明的前提路径，即适用冲突规范方面，行政主体与人民法院、仲裁机构一样，应当被解释为适用《法律适用法》的适格主体。因此，婚姻登记机关作为行政机关在面对涉外协议离婚时，也应适用《法律适用法》第26条规定的冲突规范确定准据法。

其次，从法秩序的统一看，若法院和婚姻登记机关面对涉外协议离婚时采用不同的法律选择方式，可能会导致同一个涉外协议离婚的法律适用出现冲突和矛盾。由于第26条规定了多个连结点，引入了当事人意思自治原则，法律选择更具灵活性，法院无法保证依据《法律适用法》第26条所指向的准据法和婚姻登记机关所适用的我国实体法一定相同。这意味着，同一个涉外协议离婚案件在婚姻登记机关和在法院适用的法律可能不一致，从而致使最终的结果不相同，甚至出现行政和诉讼程序中一方允许离婚而一方不允许解除婚姻关系的尴尬局面。这也就破坏了我国境内涉外协议离婚法律适用的统一性。

再次，从依法行政的角度看，婚姻登记机关有适用《法律适用法》第26条的法定义务。《宪法》第5条明确了所有国家机关均需要遵守宪法和法律。虽然婚姻登记机关办理登记离婚属于行政确认行为，而行政确认行为依据的是中国的法律、行政法规等相关规范作出，且我国一直强调行政行为依据内国法，但内国法的范围不只包括实体法，我国制定的冲突法也属于内国法的范畴，婚姻登记机关适用《法律适用法》第26条的法律适用规则并没有违背行政机关适用内国法的性质。与此同时，行政机关适用外国法并不当然超越其权力范围，这是

因为外国法之所以会得到适用是基于内国冲突规范的指引，而冲突规范的设置本身即是立法主权的体现，即便依据我国冲突规范指向外国实体法，这也是立法主权的体现，婚姻登记机关应予尊重。

最后，从当事人权利保护来看，适用《法律适用法》是行政机关维护当事人合法权益的重要途径。《民法典》第3条明确规定民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护，任何组织或者个人不得侵犯，虽然该条法律不能被解释为《法律适用法》的一部分，但是《法律适用法》的最终目的即是通过冲突规范达致一种实体法上的公平。因而通过《法律适用法》寻求一种适当的准据法确定当事人之间的权利义务关系应当被理解为对当事人实体权益的保护。而抛弃法律适用径直适用内国法，本质上是一种对当事人民事合法权益的消极侵犯。因而，适用《法律适用法》第26条一定程度上是婚姻登记机关的法定义务。

需要明确的是，涉外民事法律适用的过程相较于国内民商事法律适用可能更为复杂。正确援引准据法不仅需要援引主体找到并正确理解准据法，也需要主体正确识别法律关系。然而，一方面，寻找、理解并采用外国法，对于行政机关而言在实践中更为困难；另一方面，在实践技术上，行政机关在对具体纠纷中所涉的法律关系进行识别时，也无法要求其达到与法院同等的水平。因而，实践中，仍可能存在法院与婚姻登记机关解释、适用法律不同的情形。但是，法院和行政机关并不应因此形成不同的法律适用路径，而应当在相同的路径下形成

一种互补结构。法院判决具有形成效力，可以变更婚姻登记机关的适法内容，但这种变更应当是一种针对前置行政行为规范性不足而行的补充和救济，而不是对前置行政行为的完全否定。

五、问题的回应：代结语

离婚涉及社会的基本利益，对个人权利和社会秩序有着深远的意义，因此在决定建立、维持或解除婚姻关系时，必须考虑到所有相关的政策因素。目前，《法律适用法》第26条关于涉外协议离婚在司法实践中的应用，主要面临三大挑战，这些挑战可归为两大类。第一类挑战是第26条适用范围的边界厘定，这主要源于《法律适用法》第26条、第24条及第27条之间的适用混淆。第二类挑战涉及行政与诉讼程序在处理涉外协议离婚时对法律适用的不同立场与实践，具体表现为婚姻登记机关倾向于排除第26条冲突规范的适用，而法院则相反。针对第一类挑战，正如西蒙尼德斯（Symeon C. Symeonides）所指出，当代法律冲突问题的复杂化要求国际私法最好能从不同学派、理论、方式中汲取优点并将其适当融合，以达到最佳解决冲突问题的目的。然而，法律适用规则往往构建于抽象概念与术语之上，缺乏统一标准易导致解释上的冲突与混淆，进而使法官在法律适用过程中感到困惑。鉴于离婚事项与各国公共秩序紧密相连，且国家间差异显著、调和难度大，协议离婚领域的法律冲突尤为突出。因此，明确区分涉外协议离婚、涉外夫妻财产关系及涉外诉讼离婚，界定各自范畴与界限，是避免范畴混淆的关键。至于第二类挑战，其本质关乎依法行政

的依据和原则，需从两个维度加以澄清：一是行政机关在处理离婚事务时，所遵循的“法”不仅涵盖处理国内离婚的法律，也应包括调整涉外离婚的《法律适用法》第26条；二是《法律适用法》不仅约束法院，同样对适用冲突规范的行政机关具有约束力。基于上述分析，首先，需精确区分《法律适用法》第24条关于涉外夫妻财产关系规范与第26条关于涉外协议离婚规范的适用范围。具体而言，第26条仅适用于婚姻关系的解除及离婚协议的效力。但涉及财产分割等问题，包括离婚协议中的夫妻财产约定，则应依据第24条处理。其次，应合理分流诉讼程序中的涉外协议离婚，无论双方是已达成调解协议或离婚协议，均应将其从诉讼离婚中剥离，纳入《法律适用法》第26条涉外协议离婚的范畴，其适用范围同样限于婚姻关系的解除及协议的效力；若涉及夫妻财产关系的认定，则依据第24条。最后，应明确《法律适用法》第26条涉外协议离婚的法律适用主体包括婚姻登记机关，强化其涉外行政的法治意识与规则遵循，确保婚姻登记机关在办理涉外登记离婚时，能依据《法律适用法》第26条援引冲突规范确定办理离婚实质要件的准据法，在涉外领域贯彻依法行政的精义，助力完善我国涉外法治的行政实施体系。

