



法官智库

婚姻纠纷 裁判思路与疑难案例

黄海涛◎著

**Marriage & Family Disputes
Judicial Opinions & Hard Cases**

婚姻家事纠纷的41个实务难题
审判业务专家深度剖析

· 房屋 · 债务 · 股权 · 协议 ·
· 彩礼 · 生育与抚养 ·

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



法官智库

在婚姻家庭案件的审判中，既有家庭伦理道德与价值判断问题，也有很多具体的“技术性”问题需要关注与解决。

婚姻法是重要的民事基本法律，不仅自身内容具有特殊性，与其他部门法的关系也有特殊性；不仅在实体法上存在诸多有待解决的问题，在诉讼程序的设计与运作、证据与证明方面也存在诸多问题。

本书结合具体的疑难案例，对婚姻家庭审判中的典型性问题进行研究，整理裁判思路，提出了独到见解。



中国法制出版社
官方微信

内容由平乱网 (www.docsriver.com) 入驻商家beme电子书制作发布

上架建议 婚姻家庭·司法实务

ISBN 978-7-5093-9568-4



9 787509 395684 >

定价：80.00元

婚姻纠纷 裁判思路与疑难案例

Marriage & Family Disputes
Judicial Opinions & Hard Cases

黄海涛◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

婚姻纠纷裁判思路与疑难案例 / 黄海涛著. —北京: 中国法制出版社,
2018.8

ISBN 978-7-5093-9568-4

I. ①婚… II. ①黄… III. ①婚姻家庭纠纷—案例—中国 IV. ①D923.905

中国版本图书馆CIP数据核字 (2018) 第141574号

责任编辑: 王佩琳 (wangpeilin@zgfzs.com)

封面设计: 李 宁

婚姻纠纷裁判思路与疑难案例

HUNYIN JIUFEN CAIPAN SILU YU YINAN ANLI

著者 / 黄海涛

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 710毫米×1000毫米 16开

版次 / 2018年8月第1版

印张 / 23.5 字数 / 360千

2018年8月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-9568-4

定价: 80.00元

北京西单横二条2号 邮政编码100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010-66033393

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010-66032926)

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

编辑部电话: 010-66038139

邮购部电话: 010-66033288

试论家事审判的特点与家事法官的必备素质

(代序)

婚姻家庭法律关系是一种特殊的民事法律关系，理论界认为其有主体的单一性和身份性、人身关系的主导性、伦理性、权利义务的相对性和可转换性、客体的特定性等特征。这些特征其实均以婚姻法的伦理性这一本质特征为基础。但在家事案件的审判中，法官们所关注的不仅仅是如何体现婚姻法的伦理性之类的抽象性问题，还有很多具体的“技术性”问题，如法律要件如何确定、证据如何审查、事实能否认定、法律如何解释与适用等。笔者认为，家事案件与其他类型案件相比，具有以下六个方面的突出特点，在家事法官总结与分析家事案件中的难题时，应当结合这些特点，有针对性地提升自身相应的审判业务素质，确定解决思路。

一、家事案件中部门法交叉问题多，需较强的法律综合运用能力

作为国家重要的民事基本法，我国《婚姻法》只有 51 条，而《合同法》全文有 428 条，《物权法》全文有 247 条，《侵权责任法》也有 91 条。为了弥补婚姻法法律规定的不足，最高人民法院陆续制定了一系列司法解释，特别是婚姻法解释一、二、三，在一定程度上弥补了法律的不足，但仍然不能满足司法实践的需求，特别是缺乏部门法交叉问题的解决方案。

当前，婚姻家庭案件中需要解决大量的财产争议，这些财产方面的问题

又可能同时属于物权法、合同法等法律的调整对象，由此导致家事案件审判中婚姻法与其他部门法的交叉适用与衔接问题表现较为突出，在司法实践中引发了较大的争议，亟须我们加以重视并统一确定解决思路。

概括而言，财产关系可以分为动态与静态两个方面，静态关系主要包括所有、占有、使用、收益等内容，动态关系则主要包括转让、赠与、分割等内容。前者主要由物权法、公司法调整，后者主要涉及合同法等法律。在婚姻法与其他部门法的法律交叉问题上，我们需要解决的不仅是具体法条之间的适用问题，更重要的是法律制度、法律原则之间的衔接问题，如夫妻婚后所得共同所有制与物权登记公示公信之间的关系，夫妻财产共有与股权外观主义之间的关系，家事代理权、夫妻共同债务与合同相对性之间的关系，等等。

对此类问题，最高人民法院在其司法解释，特别是近年来所颁布的三个婚姻法司法解释中，解决了其中的一些具体纠纷，如夫妻间的赠与、父母为儿女结婚而购房、按揭购房时房产分割、投资成立公司、企业的股份分割等问题，并明确地将物权法、合同法、公司法引入婚姻案件的审判当中，规定应当按照其他部门法的相关制度与规定处理相关争议。

但在司法实践中，仍然存在大量此类问题，比较典型的有：

1. 夫妻财产约定的物权效力问题。例如，夫妻双方在婚姻关系存续期间或离婚协议书中达成一致，把男方名下的房子归夫妻双方所有，在约定生效之后，房屋的产权是否当即转变为共有，而无须进行变更登记，男方如果出卖仍登记在自己名下的房屋，其出卖行为是否属于无权处分，如果男方已经过户登记给买房人，女方有没有权利主张合同无效，有没有基于物权的返还请求权？这一问题的核心在于，婚姻法规定，夫妻财产双方可以约定个人所有、共同所有的财产归对方所有或共同所有，这个约定能否突破物权法中关于物权的取得与转移以登记为准的登记要件主义？围绕这个问题，实践中有不同的处理方式，也有不同的观点。

2. 以夫妻共同财产投入，但登记在个人名下的股权出资的相关问题。此时，股权的归属为显名股东个人所有还是夫妻双方共有，配偶所享有的权利是股权本身，还是股权所代表的经济价值，未登记的配偶是不是股东，能

否请求变更股东登记，显名股东的股权转让行为是否属于无权处分及是否有效。这一系列问题的解决，均以婚姻法与公司法的协调适用为前提。有些法官认为应该按照婚姻法共同所有制的规定，夫妻共有股权；有些法官认为应当根据公司法的外观主义，仅认可登记股东享有股权，配偶只享有其中的经济利益。有些法官认为配偶有请求公司变更股东登记的权利，有些法官则认为配偶只能向另一方提出分割财产价值的主张。

3. 夫妻离婚协议中约定把房产给予子女的条款的相关问题。与这一条款相关的问题，包括这一行为的法律性质是属于合同法上的赠与行为，还是属于婚姻法上的夫妻财产约定；子女有没有要求强制履行的权利；夫妻一方有无反悔或撤销的权利；夫妻双方能否共同撤销该条款等。对于这一类问题的处理，涉及婚姻法、合同法、物权法的共同适用问题。该条款虽然是离婚协议中的内容，但双方的合意行为是否需要适用合同法，特别是其中赠与合同的规定，合同法上赠与人的任意撤销权在此类案件中是否需要受婚姻法调整；受离婚这一特殊情境的限制，如有无道德性质、有无离婚财产分割上的对价等，其中赠与是否完成又涉及物权法物权转移时点的判断问题等。

4. 夫妻共同债务的认定与执行问题。婚姻法规定，为夫妻共同生活所负的债务为共同债务，相关的问题在于，婚姻法中有关夫妻共同承担债务的规定，能否突破合同法上的合同相对性原则；借款行为人为夫妻一方的，在民间借贷纠纷中二人是否为必要共同诉讼人；债权人能否直接将夫妻二人列为共同被告，主张二人共同承担返还责任；债权人只起诉了借款行为人并获得胜诉判决的，能否在执行中申请法院追加其配偶为共同的被执行人；或者虽然不追加被执行人，但法院能否在执行中直接对夫妻共同财产采取执行措施。

部门法之间的交叉适用问题，在任何一个审判领域都属于疑难问题，在家事案件审判中，由于此类案件本身争议内容的多样性、复合性，表现更为突出。实践中，有些法官看重婚姻家庭案件的特殊性，认为这是家庭内部的问题，相对于调整社会一般人之间的物权关系、交易关系的物权法、合同法而言，应当优先适用婚姻法的规定。但这一主张其他部门法在家事审判中应

保持谦抑的观点，是否符合实证法的规定，还需要进一步探讨。

最高人民法院在公报案例、杜万华专委访谈等材料中确定了“内外有别”的处理思路，对夫妻共同债务的认定与处理问题提出，在民间借贷案件中，债务人为夫妻一方还是双方的问题属于婚姻关系的外部事项，对此应当更倾向于保护债权人的利益，除非夫妻一方能提出证据证明所借款项未用于夫妻共同生活，否则原则上夫妻二人应当作为债务人，共同承担债务；对于特定债务在夫妻二人之间是否属于夫妻共同债务及如何承担的问题，则属于婚姻关系的内部事项，应当由主张为共同债务者进行主张与证明，否则应认定为个人债务由其个人承担。这一思路不仅是当前最高人民法院处理此类问题的官方态度，也是解决婚姻关系与债权债务关系间衔接问题的科学、合理的方案。这一思路较好地解决了合同相对性与夫妻共同财产制的关系问题，在处理部门法交叉问题上具有重要的引导作用，对我们处理好婚姻法与物权法上的公示公信原则、公司法上的外观主义原则之间的关系具有典型示范意义，对我们在维护家庭和谐稳定与维护社会交易安全与市场秩序之间寻求平衡，亦具有重要意义。

另外，民事审判内部房地产纠纷与婚姻家庭纠纷作为最主要的两类案件，一般会分别归属不同的审判庭处理，而民事审判与商事审判处理不同领域的纠纷，这一传统由来已久。在这一分工体系的影响之下，民事法官与商事法官各自熟悉民口或商口的有关法律规定、审判技巧与司法政策，民事审判与商事审判亦遵循不同的司法理念。但作为商事主体的个人亦有自己的家庭生活，由此导致二者存在交叉的广阔空间，这种事务上的交叉反映在纠纷之中，即引发了不同部门法之间的交叉运用。故作为法官，应当在强调专业化的同时，做到博览群书，互相学习，不仅要了解不同部门法的具体制度与规范，综合考量，更要了解不同部门法的不同精神与原则，因为后者既是立法者立法时的指引，更是司法者理解法律、适用法律、解决法律冲突、弥补法律漏洞时的指引。

二、婚姻法重伦理，道德观与价值判断决定审判思路

法的价值研究主要有三个方面的内容：法促进哪些价值，法本身有哪些

价值,不同类别或同类价值之间在发生矛盾时以什么标准衡量。^①价值问题是法院司法审判过程中的基础性问题。美国学者认为,法律并不仅仅是保护利益的工具,它还是表达我们的价值观和身份的工具,法院业已成为表达不同生活方式的相对价值及对立性观点的舞台。^②

婚姻案件审判中,许多问题是由多元化的价值观冲突所引发的,而这些问题的解决又取决于法官的道德观与价值取向。例如:

1. 违法证据的认定与采信。以离婚案件中常见的一方有不忠行为的证明为例,在司法实践中,法官对于认定第三者一般较为谨慎,对证据的要求较高,有些当事人为了取证,不惜通过安装摄像头的方式进行偷录。在这个问题上,如何理解《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第68条中所规定的“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据,不能作为认定案件事实的依据”的要求,如何判断此类反映真实情况的证据的合法性,均取决于我们如何在查明案件事实与维护社会安全与秩序之间设定适当的平衡点。对这一问题,假设:案例一,一方对第三者的房屋进行监视监听,取得了其配偶与该第三者有不当行为的证据;案例二,一方在配偶经常去的宾馆的房间里安装了摄像头,以偷录得来的不雅视频为证据;案例三,一方在自己的家里安装了摄像头,结果拍到了配偶与第三者在家的不忠行为。需要讨论的是,以上案例在相关录像的违法程度上是否有不同之处,法院是否应当区分处理,在发现真实与维护社会秩序之间作出不同的选择?

2. DNA 鉴定。亲子关系的鉴定问题中也同样存在发现真实与保护子女权益,或是保护受欺骗夫妻一方权益的不同抉择。即使都认为应当更注意保护子女权益,但到底是保持现状,不引起未成年子女心理的巨大波动更有利,还是还原真实,重认血亲更有利,实践中各有支持者。而这一选择将决定鉴定中的一系列问题,如鉴定的启动条件应该更严格还是更宽松,否认亲子关系与确认亲子关系是否应当采用不同的证明标准,婚内生育与非婚生育是

^① 汤维建:《市场经济与民事诉讼法学的展望》,载于《政法论坛》1997年第1期。

^② [日]小岛武司等:《司法制度的历史与未来》,汪祖兴译,法律出版社2000年版,第42页。

否应当采取不同的标准，女方或子女拒绝配合鉴定时，在什么条件下可以按“妨证推定”处理，等等。解决以上问题，法律条文有非常明确、清楚的规定，但如何理解与适用，则取决于裁判者的立场。

3. 青春损失费、分手费。实践中，有关青春损失费、分手费的纠纷屡见不鲜，而且经常以催债的方式呈现。在审理中，常见的情形是女方手持欠条以民间借贷关系为案由起诉，要求对方给付，法院如果单纯以借贷关系来看待与审理，由于双方之间没有真实的借贷合意和款项的实际支付过程，故法院可以直接否定女方返还借款的诉讼请求。但如果女方以赠与，或者直接以其他合同为案由，主张这是男方承诺支付的青春损失费的补偿，法院能不能支持？作为裁判者，我们此时需要自问：是女方的身心损害获得补偿重要，还是无过错的配偶对夫妻共有财产的财产利益更重要？是平衡男女二人个体之间的利益关系重要，还是维护社会风气与秩序更重要？

日本学者曾言，法官对其职务的目的必须有高度的认识，做一名法官必须远非仅仅是一种职业，其必须是独立的价值观持有者。^①法官要有自己的价值判断，这在婚姻家庭案件的审判中尤其重要，这是我们适用法律、解释法律的前提。在法理学上，法律解释方法有许多种，对于家事法官而言，除了文义解释、体系解释、立法解释等客观性的方法之外，更应当适当地运用目的解释、类推适用等方法，发挥法官的主观能动性与适用法律的创造性，解决审判中的难题。此中最为重要的是，除了掌握和运用合理的司法审判中的技术性方法之外，法官更多地应当注意在审判中体现出社会主义核心价值观与主流道德观，在面对胜负结果的分配难题时，应当对当事人双方间争议的具体事项进行价值衡量，充分考虑不同选择之间的社会效果的异同得失，由此确定解决方案。

三、家事案件的处理追求情理法的融合，需尊重风俗习惯

习俗、道德与法律是人类社会的三大主要社会规范，其历史渊源、演进、

^① [日] 小岛武司等：《司法制度的历史与未来》，汪祖兴译，法律出版社 2000 年版，第 219 页。

功能以及相互关系是社会学的重要内容。^① 风俗习惯是一种自发形成的行为规范，被众多人了解、接受并长期遵循便成为风俗，通过反复不断的实践而转化为人们的习惯。这些风俗习惯虽然不具有法律上的强制力，但仍然是社会一般公众日常行为的准则，也是社会公众评价他人行为及法院判决结果的重要准则。基于风俗习惯对社会生活以及人们行为的实际影响，我们也应当引起重视，利用其解释法律，弥补法律规定之不足。《民法总则》第10条明确规定：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”在我国传统文化中，家庭具有特殊的地位，儒家思想中关于家庭关系的塑造问题是其核心内容，在社会的长期发展历程中，人们对于如何缔结婚姻、维系家庭，形成了各具地方特色的风俗习惯。我们在案件审理过程中应当充分了解并运用这些地方性的知识与规范。例如：

1. 结婚宴席上宾客送的贺礼，也就是俗称的“份子钱”的问题。份子钱到底是给谁的，怎么分，这个问题法律没有具体的规定，我们可以将其定性为赠与，但赠与的对象是谁？这一问题完全要通过考察风俗习惯来解答。这个问题争议很大，有观点主张“份子钱”应当都是赠与结婚的夫妻二人的，有观点主张是分别赠与双方及双方父母的。如果来宾，也就是赠与人是小两口的同学或者朋友，则观点较为统一，认为受赠人是夫妻二人。如果赠与人男方家长或女方家长的朋友，如何认定受赠与人？如果赠与人双方各自的亲属，如何认定受赠与人？这些问题的解决取决于本地风俗。笔者认为，对中国的婚姻来讲，结婚不仅是子女的事情，更是父母的事情，不是小两口公示一下“我们结婚了”，而是老两口公示一下“我孩子结婚了”，所以婚礼的意义本来就具有双重性。另外，中国人讲究礼尚往来，老两口参加他们的同事、朋友的子女的婚礼所送出去的贺礼，这些接受了贺礼的同事、朋友也刚好借着这个机会还礼。因此，这些贺礼也就相应的具有不同的作用，赠与的是不同的对象。所以笔者认为，在参加婚礼的时候，小两口的同学、朋友给的“份子钱”应该是给小两口的，男方或女方家长的朋友、同事给的“份子钱”应该是分别给双方父母的。

^① 蒋功亮：《作为社会规范的习俗、道德与法律》，载《法制与社会》2015年第4期。

2. 彩礼返还的问题。彩礼是男方按照婚姻习俗，在订婚的时候给女方的钱。司法实践中，彩礼问题主要包括以下内容：第一，什么是彩礼。彩礼跟一般赠与如何区分，是不是为了表达订婚的诚意而给付，是否表现出特殊目的与特定名义，数额与价值是否符合当地风俗习惯。第二，彩礼纠纷的当事人是谁。我们可以通俗地说“男方给女方收”，但诉讼时法律关系主体与诉讼主体的范围则有其严肃性，需要准确地界定谁是彩礼赠送与接受的当事人，是小两口还是各自父母，还是子女及父母？这又是一个社会风俗问题与法律问题相交叉的事项。古代婚姻为“父母之命，媒妁之言”，订婚也是男方家去女方家提亲，但现代婚姻法强调的是子女自身的婚姻自由，婚姻法规定与传统习俗如何衔接。第三，彩礼的退还事由。彩礼自古以来就有未成婚退还的通行规则，而成婚以是否举办了婚礼为标准。当前，婚姻法司法解释中规定，双方没有登记结婚的，男方可以要求返还。但是实践中，多地法院也认为没有登记但长期同居生活的，不应返还。在此问题上，在实际执法的时候，法律的抽象性要考虑社会生活的不平衡性，正视农村地区普遍存在的事实婚姻现象。

四、婚姻法法律解释的难度大，更需关注“行动中的法”

婚姻家庭案件的审判中，由于相关规范性条文不多，寻找法律不难，难在法律的理解与适用，相对简单的法条文字内容更给法官的适用增加了难度。比如：

1. 离婚法定事由的理解问题。婚姻法规定重婚、家暴、分居为主要的离婚事由。但在司法实践中问题仍然很多，如在婚姻法已经原则上不承认事实婚的情况下，重婚是否包括事实婚，刑事审判中认为重婚罪应包括事实婚，在离婚纠纷中是否应当包括；对家庭暴力的认定有没有严重程度与持续性方面的限制；分居如何掌握，是没有了夫妻生活就是分居，还是必须有物理上的距离才是分居，在家里住但分房睡算不算分居；等等。另外，我们在认定双方感情是否破裂的过程中，要审查恋爱史、结婚的时间等婚姻基础问题，这一方面如何掌握，有没有客观标准；我们审查婚后生活是否和谐，但过日子难免磕磕碰碰，怎样算因生活琐事而感情破裂，怎样又算双方虽有矛盾，

但感情尚未破裂？

2. 抚养权与抚养条件的判断问题。司法解释中规定，离婚时抚养权的确定应当有利于子女的身心健康，保障子女的合法权益，结合父母双方的抚养能力和抚养条件。但抚养条件的优劣如何判断，怎么安排才是有利于子女的身心健康，如一个工资收入很高，但每天加班到很晚的父亲与一个朝九晚五的上班族母亲，到底谁的抚养条件更好？是物质保障更重要还是精神交流更重要？

3. 夫妻共同债务的认定问题。比如，夫妻一方借钱给家里买家具、家电，乃至买车买房，认定是为夫妻共同生活的夫妻共同债务，争议不大。但一方投资办公司，主要家庭收入来源依靠公司经营收入与分红，该方为了公司经营所需而借债，算不算为夫妻共同生活的夫妻共同债务？夫妻一方为他人作保证，有的地方高院明确认为此行为对家庭生活没有任何益处，不能形成夫妻共同债务，但这种担保为了维系自己在生意场上的伙伴关系，或者收取一定的担保报酬，这种担保有没有为夫妻共同生活负担的内容？再如，侵权人一般只是直接的侵权行为人个人，但如果侵权行为是在为了共同利益而行动的过程中产生的，如开车送孩子上学途中，发生交通事故撞了人，是否能构成共同侵权，形成夫妻共同债务？多地法院认为基于车辆运行控制与运行利益归属两方面的判断，应当作为共同债务处理。那么，一方为家庭利益激愤伤人或杀人的，其侵权赔偿责任是不是共同债务？

在以上案件的审理过程中，裁判的思路与结果取决于对法条相关内容的解读。此时，如何降低法官的个性化因素的影响，如何合理限制法官自由裁量权的作用，减少同案不同判的现象发生，是家事审判急需解决的重要问题之一。笔者认为，家事案件中的许多问题在长期的司法实践中已经自发形成固定的思路与对策，相关婚姻法条文在实践中的适用有了成熟的经验，这些在本地区、本法院形成的习惯已经形成了庞德所称的“行动中的法”^①。一方面，法官应当了解相关情况并从中吸取知识与经验，在日常审判工作中，将

^① 王斐：《“活法”与“行动中的法”——兼论民间法研究的两条路径》，载《甘肃政法学院学报》2007年第3期。

自己对法律的解释统一到惯常处理思路之上，保证执法的统一性；另一方面，法院应当加强相关调查研究，积极总结审判经验，以指导性案例、会议纪要等方式，明确意见，统一处理思路。

五、家庭生活中的事实证明难，需更多地运用生活经验与常识

古语有云：清官难断家务事。通俗地讲，这有两个主要原因，一是理说不清，二是事说不清。婚姻家庭生活具有持续性、封闭性、不规范性的特点，其行为规则及方式不同于陌生人之间的民事交易行为，很难留存相应的证据材料。比如，财产的取得与交付行为，在民事交易的过程中，会在占有、保管、交付、运输、验收的各个步骤中留下一系列的证据材料，但这在家庭生活中是无法想象的，以此要求当事人的举证，显然过于苛刻。又如，夫妻对外债务的真实性的判断问题。通常而言，与一方当事人具有亲友关系的证人的证言，可信度较低，证明力较小，但在离婚案件中确认债务的问题上，这一思路无法套用，因为肯给夫妻借钱的通常只有亲友，我们在审判中不能脱离社会实际与生活常识。

为解决这一问题，我们需要运用好日常生活经验法则，更多地运用推定。比如，在婚外情的认定上，审判中我们通常对这一事实的认定是较为严格的，如一方提供了电梯上摄像头的录像记录，表明另一方与第三者晚上一同上楼，白天出出进进，我们会认为其没有直接的不当行为的内容，而且质疑这一录像是否连续。但如果有二人共同的开房记录，或多次在同一个宾馆分别开房的记录，此时能否认定出轨？笔者认为，即使没有能够直接证明双方发生不正当关系的证据，但是以社会常识考量，以上开房记录也足以使我们对此事实予以认定。在家庭暴力的认定过程中也存在同样的情况，一方只能提供报警记录、出警记录、医院病历，但没有能够直接证明施暴行为与过程的证据时，基于家庭生活的封闭性，如无反证，笔者认为也足以认定存在家庭暴力。

经验与常识的作用不仅体现在对具体证据材料的审核之中，也体现在诉讼推定之中。在证据法上，推定分为事实推定与法律推定两大类，法律上的推定又可以分两种，即法律效果上的法律推定与证明效果上的法律推定。事

实上的推定是一种证明方法，如被告在交通事故发生之后逃逸并立即对车辆损伤部位修补喷漆，损害情况又与受害人或在场证人的描述相近的，我们可以基于此基础事实，根据日常经验法则推定其就是交通事故的侵权人这一待证事实；证明效果上的法律推定的典型即《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第24条中规定的夫妻共同债务的推定，即夫妻一方在婚姻关系存续期间所借债务推定为共同债务，但是另一方配偶可以提交反证，证明钱没有用于夫妻共同生活，从而推翻此推定；法律效果上的推定实际是一种对特定情况下法律后果的规定，如我国继承法之司法解释中规定的，互有继承关系的人同时死亡的，推定为长辈先死亡，这是一个通过法律推定明确各自的死亡时间与先后关系，进而确定相互之间继承关系的法律规范，这种推定是不能推翻的。

对于婚姻家庭案件中事实证明方面的困难，我们不仅需要在司法方法与技巧上，通过对举证责任的分配与倒置、本证、反证与举证责任的转移、严格证明与自由证明、证明标准、鉴定与专家辅助人等证据法上制度的灵活运用，解决事实认定中的难题，更需要在充分了解社情民意的基础上，特别是对婚姻家庭生活的了解与掌握的基础上，充分运用生活常识与经验法则，解决婚姻案件中的事实认定问题。在这个意义上，笔者赞成“没有结婚的法官不能审理离婚案件”的观点。

六、家事案件处理结果殊途同归，法律分析路径至关重要

在传统民事案件的审判中，有一种沿袭已久的观点，即民事案件的处理最重要的是处理结果的公平，请求权基础与法律关系分析是在确定了最终结果的基础上“倒推”的结果，结果的公平比法律逻辑推演的过程正确更重要。所以，我们可以看到，在离婚案件中一方所借外债的认定与处理的问题上，当夫妻一方提供借条但不能证明借款给付过程，法官不信任该借条但又不愿意从证据采信上否定该事实主张的情况下，法官可能会认定该债务存在，但将其定性为个人债务，或者认定为共同债务但判令该方承担，从而将事实的证明问题转换成一个法律适用问题。我们还可以看到，就一方父母部分出资参与子女购房的处理问题，法院均认为出资一方应当获得相应的补偿，但补

偿是直接给一方父母还是其子女，做法不同；在房屋权属的认定上，是认定为该方子女个人所有，还是认定为小夫妻共有，或是认定为小夫妻与出资的父母形成共同共有，实践中均有体现；在分割现值的原因上，既有基于共有物权分割的，也有基于公平、等价有偿原则分割的。

笔者认为，处理结果的正确性、适当性并不能降低或掩盖法律分析的重要性，否则不仅极易在处理思路与结果上发生合法性方面的问题，而且会加重执法不统一、个性化的现象，甚至是滥用自由裁量权。可以设想：

1. 对于一方申请并获批购买经济适用房、两限房、房改房等特殊性质房产，另一方实际出资的情况，虽然法院都认为应当合理分割房屋的现值，但认定房屋的权属为申请人个人所有，还是双方共同共有？是按比例分割物权并折价补偿，还是基于公平原则，对出资一方酌情分割获益？不同的理解必将影响最终的折价比例与数额。

2. 对于利用死亡配偶工龄优惠购房一事，虽然大家多认为应当适当给死者的继承人予以分成，但工龄优惠是不是财产性利益，所购房屋是生存配偶个人所有还是夫妻共同所有，对此仍然有对立的观点，而如何解释死者在已经死亡的情况下何以作出购买房屋的共同意思表示，如何解释死者何以在民事权利能力与行为能力均丧失的情况下成为权利人，则是在评判与选择解释路径时必须克服的难关。

3. 在夫妻双方离婚时约定将房产归子女所有，一方反悔起诉要求撤销的问题上，有的案件认定该协议并非赠与，而是离婚协议的一部分，故无权撤销，从这一角度驳回；有的案件则认为这是为了履行或体现对子女的抚养义务与关爱而作出的赠与，具有道德性质，故无权撤销，从这一角度驳回；还有的案件以认定该协议为双方行为，一方无权单方面变更为由驳回。在此问题上，处理路径与法律解释思路的多样化，极易导致在实际案件处理过程中思路与案情不匹配的情况发生。

笔者认为，不同于合同案件审判中合同效力、合同履行、违约责任与合同解除之思路的单一性、延续性，在婚姻家庭案件相关问题处理中殊途同归的现象更为普遍，如何结合具体案情分析具体解决思路的得失成败，如何保证处理方案的正确性、合法性、适当性，如何结合具体案情，进行合理的解

释，是每一位家事法官所应具有的基本司法技能，也是必经的晋级之路。

婚姻法作为重要的国家民事基本法律，不仅自身的内容具有特殊性，而且与其他部门法的关系上也具有特殊性，不仅在实体法上存在诸多有待研究解决的问题，在诉讼程序的设计与运作、证据与证明方面也存在诸多争议性问题。笔者在本书中结合具体案例，就某些典型性问题进行了研究，并提出了自己的观点，抛砖引玉，与大家探讨。

黄海涛

2018年7月

本书司法解释缩略语对照表

司法解释全称	缩略语
《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（一）》	《婚姻法解释一》
《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）》	《婚姻法解释二》
《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）》	《婚姻法解释三》
《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》	《合同法解释二》
《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》	《民诉法解释》
《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》	《买卖合同解释》
《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》	《民通意见》
《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》	《民事诉讼证据规定》
《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》	《担保法解释》
《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》	《物权法解释一》
《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的解释（三）》	《公司法解释三》
《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》	《夫妻共同债务解释》
《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》	《子女抚养解释》



第一章 婚姻中的协议 / 001

实务难题 1 夫妻间忠诚协议的效力如何 / 003

夫妻忠诚协议中的赔偿性协议应为有效，一方有不忠行为而违反协议的，应当承担协议中约定的赔偿责任。这一责任的具体承担方式与数额，应当遵守比例原则，根据过错行为类型、过错程度、双方收入水平、基本生活保障等问题综合确定。

实务难题 2 夫妻财产约定的物权效力认定 / 018

在夫妻财产约定的法律适用问题上，《婚姻法》《物权法》《合同法》三者应当一体适用，不分先后。夫妻财产约定是一种依据《婚姻法》的规定而作出的，以改变特定不动产的物权归属为目的与内容的双方民事法律行为，故应当根据《物权法》关于民事法律行为导致物权变动中的登记生效主义确定具体物权归属与转移时点，该约定本身不具有直接变动相应物权的法律效力。

实务难题 3 夫妻离婚协议中概括性约定的处理 / 035

签订离婚协议或进行离婚诉讼调解时，财产分割协议应当明确列举财产的具体类型、数额，明确约定财产分割的具体方法与范围，协商过程应当保留原始证据。事实不明时，应当以通常的文字解释方法

来对待离婚财产协议，并充分运用社会经验与常识，适当分配举证责任，妥善分层确定证明标准。

实务难题 4 夫妻双方先后签订多份离婚协议的效力认定 / 042

夫妻双方签订多份离婚协议书的，一般应当以签订时间的先后为准来确定效力。夫妻双方在进行离婚登记时共同提交的离婚协议书，应当具有优先力。双方登记离婚之后，又签订了新的离婚协议书，并有内容的实质性变更的，该协议对双方亦具有约束力，但在法律性质上已经不属于离婚协议书。

实务难题 5 双方离婚协议约定将房屋赠与子女的条款可否撤销 / 047

离婚协议中将房屋赠与给子女的约定在法律性质上属于赠与合同。赠与人依据合同法享有撤销权，可对抗子女的合同履行请求权，但需要注意的是：协议为夫妻二人合意行为的，一方不得单独反悔；财产权利已经转移的，赠与不得撤销；将房产归子女为具有道德义务的赠与，赠与不得撤销。

第二章 婚姻中的房屋 / 057

实务难题 1 夫妻一方擅自出卖夫妻共有房屋的合同效力认定 / 059

《买卖合同解释》第三条关于“物债两分”的规定应当适用于房地产买卖合同纠纷中，故仅无权处分不能构成合同无效事由，物权纠纷与合同效力纠纷应分别解决。权利受到侵害的配偶可考虑选择以下路径，保护其合法权益：以其他法定理由诉合同无效；拒绝履行合同约定的转移物及物权的义务；对已经交付的房屋提起返还原物之诉；向出卖房屋的配偶主张损害赔偿或财产分割。

实务难题 2 夫妻一方卖房时配偶应否配合履行 / 066

合同具有相对性，夫妻一方卖房时，配偶一般不承担配合履行的义务，但也有两种例外：一是卖房人构成表见代理；二是配偶有默示

同意等意思表示。对于前者，依据表见证明的规定，应当由买房人在诉讼中证明其为善意相对人，卖房人有表见代理的外观；对于后者，卖房人之配偶默示同意买卖的，应当配合履行合同义务。对于此两种例外情况，买房人均需承担举证责任。

实务难题 3 夫妻购买但登记在子女名下的房屋如何处理 / 077

夫妻出资购买房屋时，以子女名义购买并登记为子女产权的房屋，在离婚时不宜简单地认定为已归属子女所有，也不应在未保障子女诉权的情况下，断然认定子女仅为代持房屋而予以分割。此类房屋应当在父母子女之间先行确权，之后才能处理分割问题。

实务难题 4 非婚同居期间共有房产的认定问题 / 083

共有可以分为按份共有与共同共有，夫妻间可以形成共同共有，而同居关系非家庭关系，故应为按份共有。产生这种共有的前提必须是双方共同购买，但对共同购买的认定不受以哪一方名义购买、登记在哪一方名下的影响。

实务难题 5 夫妻名下的房产可能涉及他人权益时如何处理 / 097

因借名购房等原因，夫妻名下房产可能涉及他人权利的，离婚案件中不宜直接处理，而应当要求夫妻双方与利害关系人另行解决。在房屋经法院判定确属原夫妻二人的情况下，原夫妻双方可通过离婚后财产纠纷之诉解决分割问题。

第三章 婚姻中的债务 / 103

实务难题 1 形成夫妻共同债务的事实要件 / 105

我国婚姻法规定，为夫妻共同生活所负债务为夫妻共同债务。因此，是否为夫妻共同生活而产生，是判断是否构成夫妻共同债务的事实基础。当前，这一事实的具体证明与认定，包括用于共同生活、用于共同生产经营、基于双方共同意思表示三种情形。

实务难题 2 夫妻共同债务认定过程中的举证规则 / 114

《婚姻法解释二》第 24 条将夫妻关系的存续作为认定夫妻共同债务的前提，这一规定属于证据法上的推定规则，不具有确定实体标准的意义。但这一规则的强势推定效力，迫使举债人之配偶承担了过重的反证责任，亦不合理。故新的司法解释改变了这一事项的举证规则，要求债权人举证证明相应债务具有构成共同债务的法定事由，然后再由举债人之配偶提供反证，最终根据证据情况分配败诉后果。

实务难题 3 夫妻共同债务认定有无内外之分 / 124

在离婚案件的夫妻间债务承担与民间借贷案件举债人及其配偶对债权人偿债责任问题上，不应按照“内外有别”的思路，对债务是否属于夫妻共同债务的事项，在两个案件之间作出不同的认定，否则在举证责任分配、证明标准、既判力等问题上均有不合法之处。两类诉讼应当立场一致，结论统一。

实务难题 4 分手费欠条的法律性质与法律后果 / 134

产生分手费欠条以及与其类似的青春损失费欠条的社会生活场景类似。对此类欠条，不应局限于表面意思按照借贷关系处理，而应当重点审查双方之前有无真实的款项往来。无真实借贷关系的，一般应按照赠与关系处理，但该赠与不应通过法院诉讼强制实现。

实务难题 5 婚姻中配偶之间的借款如何处理 / 143

《婚姻法解释三》第 16 条明确规定共同财产可以出借给夫妻一方并形成债权债务关系，同理，夫妻之间以个人财产出借的，应当按照借款关系处理，由此产生的利息亦应当属于出借人个人所有。

实务难题 6 借款行为人之配偶承担共同清偿责任的方式 / 148

夫妻之一方为借款行为人时，婚姻法关于夫妻共同债务应当共同还款的规定可以超越借款合同表面的相对性，债权人可以在民间借贷纠纷中直接起诉夫妻二人，也可以在民间借贷纠纷结案后，另行起诉

要求配偶承担连带还款责任，以解决追加配偶为被执行人的问题。该后诉不属于重复起诉。

实务难题 7 夫妻共同财产的执行 / 156

夫妻之一方为被执行人时，其配偶未经实体审判，不能追究共同偿债责任，但法院可以对夫妻共有财产采取执行措施，将其中一半份额用于偿债。对夫妻共同财产采取执行措施，不等于因此将配偶追加为被执行人。

第四章 婚姻中的股权 / 167

实务难题 1 夫妻共有股权的性质分析 / 169

通说认为，股权的性质应为社员权，而非所有权、债权。由此，股权具有极强的独立性、人身性，并与出资的所有权相分离。因此，即使以夫妻共有财产出资，所获得的股权也属于股东名册所登记的股东个人。基于公司的人合性以及公司法的外观主义，登记股东的配偶不能基于共同出资而当然地共有股权本身，而只能享有其中的财产权益，即投资收益权。

实务难题 2 股东之配偶对公司有无请求权 / 175

股权的本质为社员权，其权能中的共益权应由登记股东个人享有，股东的配偶与公司之间并无直接的法律关系。即使是投资收益权，股东的配偶亦应当向登记股东提出分割公司已经分配的收益的请求，而不能直接向公司提出收益分配请求，更无提出知情权等之可能。

实务难题 3 登记股东转让股权的效力如何 / 182

未经配偶同意，登记股东直接转让名下股权的，该转让合同应当为有效合同，该股东对股权具有完全的处分权，配偶仅有间接的财产收益权，无权否定股权的转让行为。即使该股东为无权处分，依据《买

买卖合同解释》之规定，合同亦为有效，受让人也可以参照《物权法》的相关规定，通过善意取得制度获得股权。

实务难题 4 登记股东恶意转让公司股权的行为效力 / 192

无权处分虽然不是登记股东转让股权的无效事由，但股东的转让行为仍应当遵守法律行为的一般规则，以违反《合同法》第 52 条的方式转让股权的，转让合同无效。如果登记股东与他人串通，恶意低价转让股权，则该转让行为无效。

第五章 婚姻中的生育与抚养 / 203

实务难题 1 生育权的主体与夫妻权利的平衡 / 205

依据我国法律规定，妇女有生育子女的权利，也有不生育子女的自由。女性有生育权，男性也有生育权，但二者并非对方权利的相对义务人。生育选择上的矛盾本身不是离婚事由，但由此导致双方感情破裂的，可以判决离婚。

实务难题 2 第三人侵害夫妻生育权时的赔偿责任 / 211

生育权不同于身体权、健康权，为独立的法律权利。故因人身侵权、医疗事故等原因，导致一方身体上无法生育的，该权利的损害赔偿不应混淆于身体权、健康权的损害赔偿，受害人可以单独就此求偿。受害人之配偶也可以主张赔偿。

实务难题 3 供精人工授精所生子女的认定与抚养 / 215

非采用丈夫的精子而生育的孩子为供精人工授精子女，此类子女也属于司法解释中所规定的人工授精子女。此类人工授精过程虽然有违相关行政管理要求，但不能否定由此产生的子女的民事地位。法院仍应当根据相关规定，按照处理婚生子女抚养问题的规则，处理抚养与探望问题。

实务难题 4 祖父母、外祖父母在抚养纠纷中的权利与义务 / 225

抚养与探望本身为父母对子女的权利，但根据我国国情与传统，法律规范中也认可与保护祖父母、外祖父母对孙子女、外孙子女的相应权利，但应具有一定的顺位与条件要求。在这一问题上，父母应当具有优先性，在父母一方死亡或无行为能力时，祖父母、外祖父母可进行补充性抚养或探望。

实务难题 5 欺诈性抚养中的抚养费返还与赔偿 / 231

妻子有不忠行为导致生育子女并非丈夫亲生子女，丈夫因认识错误而予以抚养的，有权主张返还抚养费。丈夫提出该项主张的请求权基础，侵权损害赔偿应当是最为适当的选择，侵害的权利客体包括亲权，也包括名誉权，赔偿范围应当包括错误支出的抚养费以及精神损害赔偿。丈夫主张的抚养费、精神损害赔偿数额应当根据实际花销情况、当地生活水平、双方收入情况等综合确定。

实务难题 6 父母双方就抚养费数额达成的协议的灵活性 / 242

抚养费的法定内容较为死板，父母双方就此达成离婚协议或者调解的话，内容可以更为灵活，可以在支付抚养费的年龄上限、支付抚养费的数额上限、支付方式、抚养费涵盖事项范围等方面，突破法律的规定。

实务难题 7 未成年子女抚养费数额的适当性 / 248

抚养以最有利于被抚养人为原则，但在抚养费数额问题上，也需要考虑父母的收入水平、家庭经济状况、负担能力等综合确定，并应充分考虑支出事项的必要性。对辅导班等高额支出，应当考虑既往教育状况、子女有无客观的特殊需求、父母双方有无达成过共同合意、社会通常标准等因素，综合判断应否支持。

第六章 婚姻中的彩礼 / 253

实务难题 1 彩礼的认定标准 / 255

彩礼的认定，应当考量其是否具有明显订婚目的、是否依据本地风俗给付、数额是否巨大、是否在订婚前后给付等因素综合判断。彩礼区别于日常赠与、买卖婚姻等其他类似情形的关键是本地结婚的风俗。

实务难题 2 彩礼返还的请求权基础与具体事由 / 261

彩礼是一种赠与，是一种附解除条件的赠与。因此，彩礼返还的请求权基础即条件的成就，一般理解“未结婚”。《婚姻法解释二》第10条对彩礼返还的法定事由有明确规定，但司法实践中掌握此类问题的解决，需考虑社会风俗与一般观念，对于双方长期同居、一方有过错等情形，也应加以考虑。

实务难题 3 确定彩礼返还比例的考量因素 / 272

彩礼返还应考虑返还数额与具体案情的匹配度，具体的比例与数额应当考虑双方同居生活时间长短、彩礼的实际归属与花销情况、未能成婚的具体原因、过错情况等综合判定。

实务难题 4 彩礼返还纠纷案件的诉讼主体 / 277

彩礼在古代属于“父母之命”的表现形式，给付与收取都是结婚双方的父母之间的行为。但在当代婚姻法强调婚姻自主性的大背景下，彩礼返还纠纷案件的诉讼主体也应当有所改变，以订婚的男女双方为当然的主体。但为了返还便利，女方家长也可以作为共同被告。

实务难题 5 生活困难而返还彩礼之规定的适用 / 283

我国《合同法》规定，因赠与合同而导致经济状况显著恶化的，赠与人可撤销赠与。《婚姻法解释二》第10条对彩礼返还也有类似规定，对于“生活困难”，我们应当严格掌握，应当以低于正常生活水平的绝对困顿为标准，男方对此应当承担举证责任。

第七章 婚姻中的其他财产问题 / 291

实务难题 1 婚内分割共同财产纠纷的审理规则 / 293

共同关系存续期间,共有财产的分割属于例外情况。在《物权法》作出了概括性规定之后,《婚姻法解释三》第4条更是对婚姻关系存续期间请求分割共同财产的法定事由作出了明确的规定。但需明确的是,该类案件只能在夫妻间进行,不能由债权人提出请求。对相关事由的审查应当以夫妻一方的切身利益与迫切需要为基础,且该诉讼的提出与分割判决不应视为双方自此改采分别财产制。

实务难题 2 限购地区小汽车牌照如何处理 / 300

颁发牌照是汽车上路行使的行政许可行为,故牌照本身不是财产。但从实际考虑,牌照本身是有使用价值的,且司法拍卖与双方竞价时都会考虑此因素,因此在夫妻财产分割时,也应当适当考虑牌照的经济价值。

实务难题 3 正常取现与转移财产的界定 / 305

离婚案件中处理的应为双方在离婚当时所具有的共同财产,故在此之前一方有无转移财产行为是离婚案件中的常见争点。对此问题,应当根据一方有无转移隐匿财产的恶意、转移财产之客观行为、私自使用或占有之后果三方面的情况予以判断,不具有以上要素的,应属于正常花销。

实务难题 4 军人所享有的住房补贴的归属 / 312

军人住房补贴属于根据国家和军队政策发放的款项,基本计算方法为按年限、政策补贴面积等折算,其性质亦属于夫妻共同财产,而非军人一方的个人财产。在离婚时,非军人的一方配偶可以要求分割这一款项,分割范围为双方婚姻关系存续期间所应得或已经取得的补贴。

实务难题 5 女方陪嫁之嫁妆的归属 / 319

众所周知，嫁妆是女方家长在女儿出嫁时给予的财产，但这一古老风俗在遭遇现代法律规范时产生了一定的争议。法律中规定，赠与财产的归属取决于赠与时间、赠与时的意思表示，而嫁妆应当根据风俗习惯及家长意愿，以认定为女方个人所有为宜。

实务难题 6 不忠行为与财产分割比例的关系 / 324

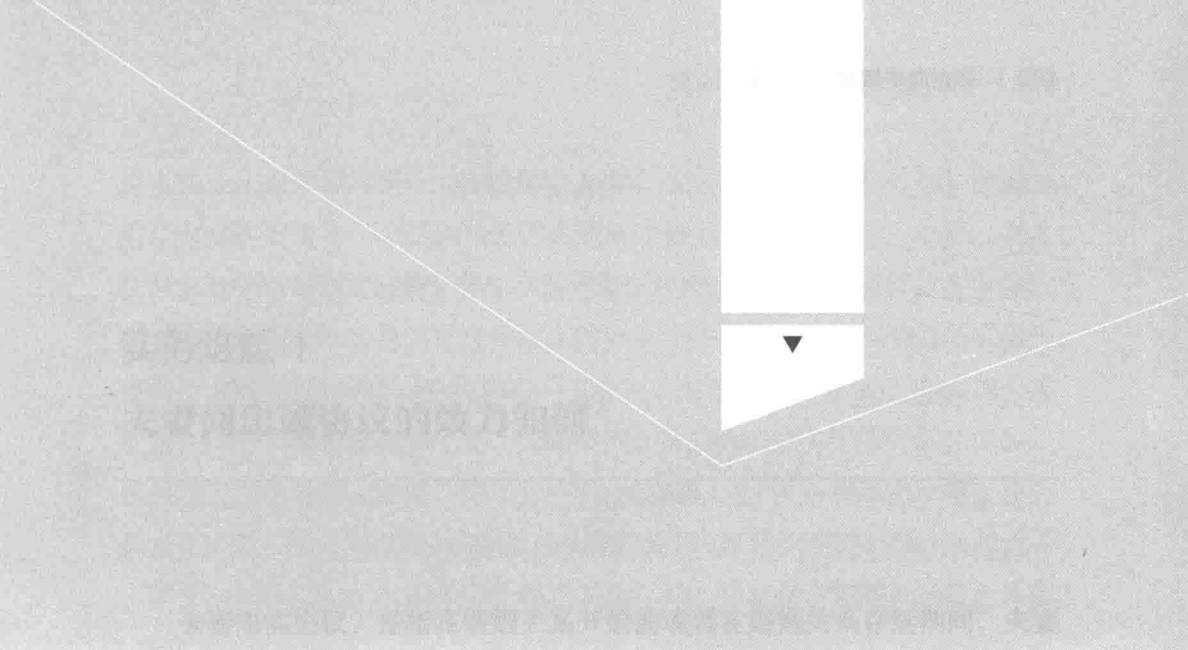
《婚姻法》规定了忠实义务，但不忠行为的直接后果仅规定在离婚事由与离婚损害赔偿中，并未体现在财产分割的具体条文之中。忠实义务既然是法定义务，违法者即应当承担相应的法律责任，如此既符合《婚姻法》的基本原则，也符合《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》的规定与社会公序良俗之要求。

实务难题 7 婚前承包土地，婚后被征收而取得的补偿款的归属 / 332

土地承包经营权属于物权，该权利的获得与保护应遵守《物权法》的相关规定。夫妻一方婚前签订土地承包经营合同，取得承包经营权的，该权利归属于其个人。即使该土地在婚后被征收，相应的补偿款也应依照“婚前个人财产的婚后转化形态仍为个人所有”的规则，归属于该个人所有，而非夫妻共有。

实务难题 8 夫妻一方擅自赠与共有财产的效力如何 / 339

夫妻一方擅自将夫妻共同财产赠与他人的，该行为构成无权处分。因为该行为本身为无偿行为，故其效力判断规则不应套用《买卖合同司法解释》或婚姻法相关司法解释中关于保护善意第三人的规定，而应判定为无效行为。赠与人之配偶请求受赠人返还财产的，应予支持。



第一章

婚姻中的协议

17. 周自齐

18. 周自齐

19. 周自齐

20. 周自齐

21. 周自齐

22. 周自齐

23. 周自齐

第一卷

好色的中国

实务难题 1

夫妻间忠诚协议的效力如何

夫妻忠实协议，是指在婚姻关系开始前或者在婚姻关系存续期间，夫妻双方协商签订的，以各方对配偶恪守忠实义务，否则承担相应财产或人身后果的协议。实践中常见的忠实协议一般包括两个方面的内容：一是一方应当遵守的忠实义务的基本要求，如不得与他人同居、与他人发生不正当关系、牵手等；二是对方违反义务时的后果，如离婚、赔偿、放弃共同财产相应份额等人身或财产内容。忠实协议的效力问题一直是理论界及司法实践中争议的热点问题，但并无定论。《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）》（以下简称《婚姻法解释三》）在制定过程中曾讨论过此问题，后删除了相关条文。对这个问题该如何处理，负责起草解释的最高人民法院法官们仍然难以定夺。最初的草案规定，只要协议是双方自愿签订并且不违反法律规定，法院应当支持。后来，起草人的态度发生逆转，规定法院对这类协议不予受理，已经受理的应该驳回起诉。最后这一条被删除。^①

“否定说”认为夫妻忠实协议应当无效，理由如下：首先，该协议针对的是夫妻间的感情生活，以防范对方可能不忠实的行为为出发点，实际是对对方婚姻忠诚的一种怀疑，而这必然破坏夫妻的感情与关系，双方在订立忠实协议之初缺乏订立合同的理性基础，以金钱来补偿感情会使情感在社会观念中进一步贬值，从而不应当承认夫妻忠实协议的效力；其次，夫妻人身关系

^① 赵蕾、钱小敏：《夫妻“忠诚协议”，难倒最高人民法院》，载南方周末：<http://www.infzm.com/content/50392>。

的权利义务具有法定性，不能由当事人自行约定，否则可能侵犯一方的人身自由；再次，婚姻关系应当通过感情因素维系，通过国家惩罚或者个人之间的赔偿予以约束，都会违反婚姻的感情基础、社会基础；最后，夫妻之间互相忠实是法律原则而非具体的、具有约束力与直接法律效果的法律制度，我国《婚姻法》关于“夫妻应当互相忠实”的规定仅仅是倡导性规则，《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（一）》（以下简称《婚姻法解释一》）第3条规定：“当事人仅以婚姻法第四条为依据提起诉讼的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉”，这一规定直接说明了忠实的法律规定的性质，故不应作为赔偿的依据。

“否定说”中又有不同的认识。主要观点如下：（1）“亲情问题说”认为，“此类约定的履行与制裁，是亲情问题，不是法律问题，法院并不适于处理此类复杂而敏感的亲情问题。所以，无论是从协议的目的还是内容来看，双方都无建立法律关系的意图，这是一个默示‘排除法院管辖’的协议，所以不受法院强制力保护”。（2）“道德义务说”认为，“《婚姻法》第4条规定的夫妻之间有相互忠实的义务，只是一个宣言，一种法律价值取向。结合《婚姻法解释一》第3条的规定，法律没有把夫妻双方相互忠实规定为一项义务。因为有配偶者与他人通奸或者发生‘婚外情’仅仅是道德问题，法律虽不鼓励，但也不应加以限制，当事人也不可以通过契约加以限制，即使是违反道德的行为也不应例外”。（3）“违反填补原则说”认为，“侵权损害不能通过合同契约预定。在侵权法中实行的是填补损害的赔偿原则，如果允许当事人对此侵权损害事先约定，就违反了填补损害的原则，会造成有钱人任意侵犯他人权利的恶果”。（4）“人身不受限说”认为，“2004年修订的《宪法》第37条第1款规定：‘中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。’可见，人身自由是法定权利而不是约定权利。因此，通过人为约定的方式来限制公民的人身自由是不合法的。与情投意合的异性自愿发生性行为，属于人身自由权之一，是一种基本权利，高于其他权利。不能因为要保护其他权利而限制这一基本权利。”确认夫妻忠实协议有效，将严重损害部分公民的基本人身自由。如果双方的感情恶化了，或者一方的道德素养降低了，甚至说一方的性能力降低无法满足对方了，难免就会有一方移情别恋，这时，夫妻忠实协议

就成了个人追求幸福和自由的牢笼。如果这种协议有效，那么这个人就将生活在极度痛苦之中。(5)“隐私权说”认为，“个人隐私权、人格权应高于‘忠诚原则’。如果法院赋予‘忠诚协议’以法律效力，则为了确定一方当事人有‘违约行为’，一方当事人或人民法院就有举证证明和查证的义务。在这个过程中，势必会使婚姻另一方甚至是无辜第三者的隐私暴露于公众之下”。^①

“肯定说”认为夫妻双方订立的忠实协议，只要不具备我国合同法规定的无效情形，就应当在法律层面上予以保护。主张忠实协议应当有效的理由主要有：首先，忠实协议符合我国《婚姻法》的立法意图和原则，符合我国《婚姻法》第4条规定的“夫妻应当互相忠实”的要求；其次，在私法领域内，应当尊重个人意思自治与处分自由；再次，这种赔偿的约定符合社会正义，通过追究过错方的赔偿责任，让感情受到伤害的无过错方在经济上得到一定弥补，维护了公平；最后，这种有效化处理的方案具有较好的社会效果，有利于促进社会整体婚姻关系的维护。

随着理论研究的深入与司法实践的发展，对夫妻忠实协议相关问题的认知也在逐渐深入，观点逐渐统一。21世纪初，“夫妻忠诚协议第一案”判决支持了忠实协议的效力，并引起了极大的反响。该案基本案情为：1999年，曾明与贾雨虹认识并登记结婚。2000年6月二人经“友好协商”，签署《忠诚协议书》，约定“若一方在婚期内由于道德品质的问题，出现背叛另一方不道德的行为（婚外情），要赔偿对方名誉损失及精神损失费30万元”。后因曾明有不忠行为，2002年5月，曾明向上海市闵行区人民法院提起离婚诉讼，随后贾雨虹以曾明违反夫妻忠诚协议为由提起反诉，要求法院判令曾明支付违约金30万元。闵行区人民法院认定曾明存在违约行为，判令其支付违约金30万元。曾明不服一审判决，上诉至上海市第一中级人民法院，但不久后撤诉。最终，曾明一次性赔偿贾雨虹25万元。这是《婚姻法》修改后，全国第一份支持夫妻忠诚协议的判决，此后不少法院效仿此判例，通过判决

^① 冉莹：《夫妻忠诚协议是否是法律上的合同》，载中国法院网，<http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/11/id/1122587.shtml>。

支持“夫妻忠诚协议”的法律效力。^①



疑难案例

2003年，张甲与仇甲因同事关系相识，后经恋爱于2005年6月28日结婚，2008年2月26日生一子仇乙。后双方夫妻感情不和，仇甲曾于2012年向法院起诉要求离婚。原审法院判决驳回其离婚请求。之后双方夫妻关系未见改善，张甲于2012年12月27日向法院起诉要求离婚并抚养婚生子及分割夫妻共同财产。

双方对离婚均无异议，但存在以下争议焦点：

1. 夫妻感情破裂的责任

张甲认为，仇甲与异性钱某某有不正当两性关系，对夫妻感情破裂负有过错，根据双方签订的夫妻忠诚协议，仇甲应赔偿张甲150万元，考虑到仇甲的给付能力，张甲仅要求仇甲赔偿5万元。

张甲对此举证：

(1) 2012年5月21日仇甲书写的保证书。内容为“本人仇甲向张甲保证与钱某某断绝一切不正当男女关系和任何方式的联系。并且保证和其他女性（注：此处遗漏‘不’字）发生不正当男女关系，如果再有出轨和不正当男女关系，我愿将全部财产归张甲所有，仇甲净身出户，仇乙的抚养权归张甲所有，另外赔偿张甲和仇乙的精神损失费200万元”。

(2) 证人程某某（钱某某丈夫）到庭作证。证言主要内容为：2012年8月29日，证人发现钱某某和仇甲在南京市福建路的如家酒店6楼开房间，证人通过酒店前台以钱某某的名字查到房间号后，证人破门而入看见仇甲躲在厕所里，钱某某在床边，证人追打仇甲，后仇甲逃走。其间证人曾报警，民警到场后将证人和钱某某带至公安局派出所。

(3) 张甲申请法院调取的南京市公安局鼓楼分局挹江门派出所接处警工作登记表，主要内容为：2012年8月29日17时许接“陈”（此号码为程某某手机）报警，称“发现自己太太在此地开房”，民警到福建路8

^① 参见网址：<http://www.110.com/ziliao/article-509808.html>，最后访问于2015年9月14日。

号如家快捷酒店，经了解是当事人钱某某与一仇姓男子在该店开房，被钱某某的丈夫程某某发现，程某某称为“捉奸”，将酒店房门踹坏；民警将当事人带回派出所调解处理，经协商钱某某同意赔偿酒店500元损失。

(4) 证人程某某提供的其与仇甲之间的手机往来短信，仇甲在短信中否认其与钱某某有不正当关系。

(5) 网名为“c0c0lee”“爱上你”的QQ聊天记录打印件及2012年12月8日同曦假日百货的销售小票和POS单等，以此证明仇甲曾以上述网名与钱某某通过QQ聊天；同曦假日百货的销售小票和POS单反映的购物时间与其聊天记录的内容相吻合，证明仇甲在当天曾陪同钱某某买衣服。

(6) 以某号码发给张甲的短信，内容为辱骂张甲的语言。张甲称这是钱某某所发的手机短信。

仇甲否认与钱某某有不正当两性关系。对张甲的举证，仇甲质证称：保证书是在其被张甲灌醉，又被逼迫的情况下写的，写的内容词不达意，如“保证和其他女性发生不正当男女关系”，事后未报警是因为自己喝醉酒忘记了；证人程某某所述不实，仇甲从不认识证人；接处警工作登记表中记载的内容是程某某单方陈述，没有仇甲的签名，与仇甲无关；仇甲在发给程某某的手机短信中也否认与钱某某有不正当关系；QQ聊天记录与POS单没有必然联系，证明不了张甲的举证目的；“爱上你”的网名也不是仇甲的。

仇甲认为张甲与异性洪某某有不正当两性关系，对此举证：(1) 仇甲自行打印的手机通话和短信清单，仇甲称此证据反映了张甲与洪某某密切的通信联系；(2) 电脑截屏画面，仇甲称取自张甲的QQ空间，内容有多张张甲的生活照以及一名男性的生活照；(3) 一名男性的讲话录音，内容有“我可以赚钱，可以挣属于我们自己的房子”。

张甲否认与异性有不正当两性关系，对仇甲的举证，张甲质证称：手机通话和短信清单是仇甲自己编辑制作的，不是移动通信公司提供的；照片反映的是张甲与同事洪某某出去玩时拍的，没有不正常之处；录音中只有一个男性的声音，没有张甲的声音。

原审法院认为，张甲举证的仇甲本人书写的保证书以及证人程某某的证言均系直接证据，并与张甲举证的公安机关的接处警工作登记表、手机短信等其他间接证据相互印证，证明力较高。仇甲认为保证书系醉酒后被逼迫所写，但对此未提供任何证据证实。仇甲书写的保证书中虽有一处文字遗漏“不”字，但从保证书整体内容来看，意思表达完整清晰。仇甲仅以此处错漏来否定该证据证明力，理由不足，不予支持。综上，张甲的证据具有证明优势，足以证实仇甲与异性钱某某有不正当两性关系。仇甲对夫妻感情破裂存在过错，其行为给张甲造成了精神损害。

而仇甲用于证明张甲与异性有不正当两性关系的证据中，手机通话和短信清单不是提供手机通信服务的电信企业提供，证据真实性不能确认；电脑截屏画面多为生活照，尚不足以证明张甲与异性有不正当两性关系；录音中仅有一名男性的声音，反映不出谈话对象是谁。故仇甲的举证不能充分证明张甲与异性有不正当关系。

2. 2011年11月15日双方签订的“夫妻忠诚协议”的效力

该协议主要内容为：张甲与仇甲在南京市珠江路共有一套房产、马自达牌汽车一辆及存款20万元，双方自愿约定归张甲所有，属其个人财产，若双方离婚，上述财产不作为夫妻共同财产分割（珠江路房屋贷款的主贷人是仇甲，余下房贷由双方共同偿还）；双方确认在婚姻关系存续期间任何一方如对外负有债务的，由负债方自行承担。为增加责任感、促进夫妻关系融洽及家庭和睦，双方达成如下协议共同遵守：（1）夫妻双方必须忠诚对待对方，不得有意欺骗对方；（2）必须对对方绝对忠诚，不得有第三者、婚外情与他（她）人同居、通奸；（3）不得有一夜情发生……（9）如发现任何一方有违反以上协议的其中一条行为（以下把违反规定一方称为负责方，把另一方称为受害方），则负责方自动放弃夫妻共有财产、自动净身出户，另给付受害方150万元名誉赔偿金和精神赔偿金，离婚时负责方不得阻挠，并主动放弃对孩子的抚养权和家里房产及其他财产的所有权，并每月支付孩子1万元的抚养费、教育费、医疗费、保险费、生活费等。

张甲认为，夫妻协议是双方真实意思表示，合法有效，应据此分割财

产，并且仇甲违约，与其他异性有不正当两性关系，故应赔偿张甲5万元。

仇甲认为，此协议是对人的感情的规定，是对人身自由的限制，感情不是法律的调整对象，夫妻之间的忠诚义务是法律倡导的规定，不能通过强制的司法手段给予救济；忠诚协议涉及身份关系，不适用合同法调整，张甲通过协议设置圈套意图侵吞仇甲的财产，协议中约定的巨额赔偿也不合理，不是仇甲的真实意思表示，故协议无效。

（其他问题略。）

原审法院认为，张甲与仇甲原系同事关系，经自由恋爱而结婚，有一定感情基础。但婚后，仇甲与其他异性有不正当两性关系是夫妻感情破裂的重要原因，仇甲对此负有过错。前次诉讼经法院判决不准离婚后，双方夫妻感情没有实质性改善。张甲提起本案诉讼要求离婚，符合法律规定，予以准许。

夫妻离婚后均对子女负有抚养义务。人民法院应从有利于子女身心健康、保障子女的合法权益出发，结合父母双方的抚养能力和抚养条件等具体情况确定子女的抚养问题。仇乙是男孩，从今后成长的角度，随其父亲即仇甲生活较为合适，且仇甲及其父母均系本地人，其父母亦表示愿意协助仇甲照料仇乙，故酌定仇乙由仇甲直接抚养，张甲每月支付一定的抚养费。考虑到张甲目前无稳定职业和收入，故酌定张甲每月支付仇乙抚养费500元。

离婚后，张甲依法享有对仇乙的探望权。具体探望方案根据有利于未成年人身心健康、方便各方生活的原则，予以酌定。

关于财产及债务的处理，涉及对2011年11月15日双方签订“夫妻忠诚协议”的性质及其效力的认定。该协议由双方自愿签订，是其真实意思表示。虽名为忠诚协议，但其内容实质分为两部分。前一部分约定了珠江路房产、车辆及存款20万元归张甲所有，双方各自对外举债各自承担。这一部分内容并未与双方是否违反夫妻忠实义务相联系，而是夫妻双方对于婚姻关系存续期间取得的部分财产的所有权如何归属以及债务如何承担的约定。这一约定符合《民法通则》第55条、第57条及《婚姻法》第19条第1款、第2款的规定，是合法有效的民事法律

行为，双方当事人中任何一方非依法律规定或取得对方当事人同意，不得擅自变更或解除。故此约定中所涉财产及债务按双方约定办理，即珠江路房屋、马自达牌汽车归张甲所有，各自对外举债各自负担。双方签订协议时珠江路房屋已装修。对房屋已形成附合的装修，没有单独的所有权，装修同房屋一并归属房屋所有权人即张甲所有。双方各自银行账户内已无存款，故协议中约定的“存款 20 万元归张甲”无法适用。

根据上述财产分割方案，双方婚姻关系存续期间所得财产主要由张甲取得，仇甲所得财产较少，考虑到仇甲今后还要抚养仇乙，应有一定的物质保障，故酌定张甲补偿仇甲 10 万元作为经济帮助。

“夫妻忠诚协议”的后一部分，约定了夫妻双方基于忠实义务而不得实施的行为，并约定了违反义务一方自动放弃夫妻共有财产、另给付受害方 150 万元名誉赔偿金和精神赔偿金、主动放弃对孩子的抚养权和家里房产及其他财产的所有权，并每月支付孩子 1 万元的抚养费、教育费、医疗费、保险费、生活费等。夫妻之间相互忠实既是道德的要求，也是《婚姻法》第 4 条明文规定的法律义务。夫妻双方可以约定违反该项义务所应承担的财产责任。但本案中双方约定违反忠实义务的一方丧失婚生子的抚养权并每月支付高额的抚养费，这与法律规定的子女抚养权的确定是从有利于子女身心健康，保障子女的合法权益出发的原则不符，属无效约定。协议约定的违反忠实义务的一方承担的财产责任亦过于严厉。即使仇甲是违反忠实义务的过错方，也有其合法的财产权益。例如，按此协议履行则可能造成仇甲生活困难，而张甲获利极大，双方利益过于失衡，也对仇甲抚养仇乙健康成长不利。故认定不能完全按照双方所签协议的后半部分约定内容履行。张甲诉讼请求中亦未完全按该约定赔偿标准主张权利，仅主张了 5 万元赔偿金，该项请求远低于协议约定的 150 万元及仇甲书面承诺的 200 万元的赔偿标准，考虑到了仇甲的实际给付能力，应予支持。

原审法院据此判决：一、原告张甲与被告仇甲离婚。二、原、被告所生一子仇乙由被告仇甲抚养，原告张甲每月支付抚养费 500 元。三、原告张甲有权每月选择两个周末探望仇乙，周五下午六时后从被告处接仇

乙，周日下午六时前送回。寒假有权携仇乙共同生活一周，暑假有权携仇乙共同生活两周；国庆节假期有权携仇乙共同生活两天。探望时均由原告张甲自行负责接送。被告仇甲负有配合、协助义务。四、南京市玄武区珠江路8×1室（现房号为8×2室）及车牌号为苏A×××××的马自达牌小型轿车归原告张甲所有。被告仇甲于本判决生效之日起十日内协助原告张甲办理房屋产权登记手续……十二、被告仇甲于本判决生效之日起十日内给付原告张甲赔偿款5万元。

宣判后，仇甲不服原审判决，提起上诉称，原审判决的抚养费过低，探望方式应改为每月一至两次。双方签订的“夫妻忠诚协议”是无效的，房屋及车辆应由双方平分；原审认定的羊绒店的投资款不正确，油田的收益21万元及共同债务没有认定，上诉人给付张甲5万元赔偿款是错误的，请求二审依法改判。

二审法院认为，本案二审争议的焦点是：1. 原审确定的仇乙抚养费数额、探望方式是否恰当；2. 双方签订的“夫妻忠诚协议”是否有效；3. 陕西油田供水项目的投资收益的分割问题；4. 仇甲是否应当给付张甲赔偿款5万元；5. 原审对夫妻共同财产羊绒店的处理是否正确；6. 原审对夫妻共同债务的认定是否正确。

关于争议焦点1，原审法院根据张甲目前的工作状态，确定的抚养费数额并无不当。仇乙尚年幼，仇甲上诉要求减少原审确定的探望时间，对仇乙的成长不利，法院不予支持。关于争议焦点2，根据我国《婚姻法》第19条的规定，夫妻可以约定在婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。本案中，从双方签订的“夫妻忠诚协议”的实际内容看，原审法院对该协议的分析及认定是正确的。原审判决据此对房屋及车辆的处理方式并无不当，但因8×2室房屋尚未进行产权登记及领取产权证，原审判决该房屋归张甲所有的方式不当，应变更为该房屋的相关权利义务归张甲所有。仇甲主张该协议不是其真实意思表示，没有相应证据证实，法院不予支持。关于争议焦点3，根据张甲举证及原审法院调查取得的证据，可以证实仇甲主张的“油田收益”并不是油田

所取得的收益，不能认定为夫妻共同财产。仇甲的该项上诉请求，证据不足，法院不予支持。关于争议焦点4，结合双方签订的“夫妻忠诚协议”及仇甲所写书面承诺，以及仇甲有过错的事实，原审判决确定仇甲给付张甲5万元并无不当，二审应予维持。关于争议焦点5，仇甲上诉主张原审对羊绒店财产的认定不完整，但未能提供相应证据，其请求法院不予支持。关于争议焦点6，因双方签订的“夫妻忠诚协议”中已经约定，双方各自对外举债各自承担，故仇甲上诉主张夫妻共同承担共同债务不能成立，法院不予支持。

综上，仇甲的上诉请求理由不足，法院不予支持。原审判决对房屋处理的表述不当，应予变更。依照《民事诉讼法》第170条第1款第1项之规定，判决：一、维持南京市玄武区人民法院（2013）玄民初字第21号民事判决第一、二、三、五、六、七、八、九、十、十一、十二项；二、变更南京市玄武区人民法院（2013）玄民初字第21号民事判决第四项，即“南京市玄武区珠江路8×1室（现房号为8×2室）及车牌号为苏A×××××的马自达牌小型轿车归原告张甲所有。被告仇甲于本判决生效之日起十日内协助原告张甲办理房屋产权登记手续”为：南京市玄武区珠江路8×1室（现房号为8×2室）的相关权利义务及车牌号为苏A×××××的马自达牌小型轿车归张甲所有。仇甲于本判决生效之日起十日内协助原告张甲办理房屋产权登记手续。^①



裁判思路

忠实协议中约定的内容主要包括两种，一是给付金钱，一是给付行为，前者占较大比例。

实践中经常遇到一类忠实协议，双方约定一方违反忠实义务的，需赔偿对方一定数额的金钱，如男方在外嫖宿一次，罚款5000元，有情人或小三的，赔偿对方10万元之类的。对该类协议，在婚姻关系存续期间，无过错方可

^① 江苏省南京市中级人民法院（2013）宁民终字第2967号民事判决书，案例源自中国裁判文书网。内容有删减。

能不会向对方主张，而是在离婚诉讼中一并提出。

该问题有一定争议：有观点认为应当支持，既然双方出于自愿，签订了该协议，只要不违背法律及公序良俗，该协议效力即应当得到支持；也有观点认为，不应当给予支持，认为侵权损害不应当由合同约定，夫妻双方在契约中对侵权损害作出约定是不妥当的；另有折中观点认为，我国《婚姻法》已经规定了无过错一方可以向过错方请求赔偿的情形，如果违背忠实义务的情形属于法律规定的几种情形，可以予以支持，否则不予支持。就此，笔者持如下观点。

一、赔偿性的夫妻忠实协议应为有效

夫妻之间互相忠实是社会伦理道德要求，社会道德排斥夫妻间的不忠实行为，忠实协议恰是夫妻间寻求婚姻安全与感情稳定的自我保护措施。夫妻间互相忠实也是法律所倡导的重要价值。

至于学者提出的“以金钱来衡量感情将会导致情感在社会中贬值”的问题，这实际上是一个“假问题”。就此可以举个反例，在合同纠纷中，违约责任的约定和责任的追究是倡导和督促“诚实守信”地履行合同的重要手段，是提高社会上合同诚信的有效手段。另外，在人身侵权赔偿纠纷中，“同名不同价”的争议已经就金钱赔偿与人身权利损害之间的关系问题进行了深入讨论，精神损害赔偿金的给付是对人格权受到侵害后，补偿受侵害人最有效、最直接的手段。在忠实协议中，以物质来弥补情感的损害，其论证逻辑与上述二者并无二致，应当是合法、可行的。

据此，笔者认为，在不违背法律的其他规定的情况下，夫妻忠实协议有效应当成为整体性的指导原则。

二、一方不忠时应当依约支付相应的赔偿

依据最高人民法院的司法解释，虽然我国《婚姻法》第4条规定夫妻之间应当互相忠实，但是夫或妻仅以该条为依据提起诉讼的，人民法院应当驳回。在离婚诉讼中，如果未违背忠实义务一方，起诉要求赔偿的，法院依据《婚姻法》第46条的规定审查是否属于可以请求赔偿的范围。传统的观点认

为不忠行为只有达到重婚、与他人同居的程度时才可向对方请求赔偿，并将《婚姻法》规定的这些具体情形作为请求“离婚损害赔偿”的构成要件，将不忠实的“严重”程度作为衡量标准。该种观点及赔偿制度在实践及理论中多受诟病。

当前，婚外情已经上升为夫妻离婚的最重要的原因之一，如果发生婚外情的一方在诉讼中坦白承认自己发生了婚外情，违反了互相忠实的要求，但并没有同居或与他人重婚的情形，对无过错方的损害赔偿请求，人民法院即使想支持，也面临着无法可依的困境。

笔者认为，在当前的婚姻法律规范体系之下，在我国婚内侵权制度尚不完善的大背景下，对于一方违背忠实义务，无过错方请求损害赔偿的情形，裁判者应当秉持如下一种价值取向：在不违反法律规定的情形下，通过对事实的认定和法律性质的判断，通过法律规定的解释与适用，尽力使受害方在较大程度上得到抚慰及补偿。夫妻忠实协议较好地解决了这一问题，为法官提供了解决该困境的路径与“技术性”的理由，如此，一方面弥补了目前我国尚未建立起完备的婚内侵权制度的缺憾，通过司法裁判工作弥补了立法的不足；另一方面安抚了当事人的情绪，使其在情感受挫的情形下，不仅在金钱上得到了补偿，而且在心理上感受到社会、国家、法律、法院对其遭遇的同情，对过错方的谴责。

三、违约责任还是夫妻财产约定

价值目标基本达成了共识，但在具体的操作思路，有两种不同的观点：

一是将忠诚协议作为合同对待，以违约责任落实忠诚协议的约定。其基本观点是：按照我国目前的立法规定，无过错方如果对另一方的出轨行为选择按《婚姻法》的赔偿规定起诉，在性质上应当属于侵权赔偿的请求权，而这在离婚诉讼中，也有可能因为达不到“严重”程度，不是婚姻法确定的特定情形，而难以得到支持。但在夫妻双方签订忠实协议，一方违反忠实义务，守约方因此请求人民法院对协议中的赔偿条款进行赔偿的情况下，违约与侵权发生了竞合，婚姻中的无过错方也是忠实协议的守约方，同时获得了债权请求权和侵权请求权，可以择一行使。如果这一方选择“守约方”的身份，

选择按照协议约定提起违约之诉，则法院应当依据双方约定判定过错方违反忠诚协议的违约责任。

比较法上，多数国家也是持此观点，如《法国民法典》即规定了过错方的一般性赔偿责任，第266条第1款规定，“在唯一因一方配偶的过错宣告离婚的情况下，该一方对另一方配偶因解除婚姻所受到的物质上与精神上的损失，得受判令损害赔偿责任”。第270条规定，“除基于共同生活破裂宣告离婚之情形外……一方配偶得向另一方配偶支付旨在补偿因婚姻中断而造成的各自生活条件差异的补偿金”。

二是将忠诚协议的相关约定认定为双方之间的夫妻财产约定，将其中的赔偿内容解释为双方约定的在夫妻共同财产分割时应予考虑并扣除的数额。这一思路实际将此类忠诚协议视为民法上的附条件民事法律行为，在这一行为中，所附的条件为夫妻一方发生不忠行为，而该行为的法律效果即夫妻共同财产的特别约定，既可以是夫妻特定财产归属应当发生约定的变化，也可以是一定的赔偿责任，后者也被解释为夫妻财产归属变化的一种方式。

两种思路各有利弊，前者的优势在于逻辑关系明确，论证简单有力，但这种在离婚案件中适用合同法的思路是否妥当，在婚姻关系中能否适用以及如何适用合同法的相关规定的问题，仍然存在一定的争议。后者的优势在于符合婚姻法的基本原则，适用的是《婚姻法》的规定，顺理成章，但法院对忠诚协议的性质认定以及法律规定条文内容的解释是其立论的基础，容易引起争议。从离婚案件的性质及争议发生的具体事实过程出发，笔者认为，以合同约定的思路处理较为妥当，这也是前文所引的上海市人民法院判决给付的款项确定为违约金的原因。

四、约定的赔偿数额必要时可以调整

法院能否调整赔偿款项的数额？如果可以，如何调整？忠实协议中，当事人所约定的违约损害赔偿金数额往往较高，如果当事人自愿履行，当无异议。如果在诉讼中，对方当事人提出约定的赔偿标准过高，此时法院能否酌情调整？有观点认为，法院不应当对赔偿数额进行调整，认为这是夫妻双方自愿签订的协议，均对双方具有一定的拘束力，不应随意变更，且双方签订

该协议的首要目的在于通过该赔偿金限制一方的违约行为，如果一方违反忠实义务，守约方可以从赔偿金中得到一定的精神抚慰。如果法院对违约金数额进行调整，以上两大目标的实际作用都将被削弱。也有一种观点认为，作为承担婚姻中的过错行为相应责任的一种方式，这种赔偿责任应当有其限度，法院可以进行调整。

笔者赞同后一种观点，同时认为，即使是普通的合同纠纷，违约方也有权依据合同法相关规定，提出违约金过高的抗辩。依据最高人民法院的司法解释的规定，对违约金的调整也是法院、法官非常重要的一项审判内容。在忠实协议关于不忠行为的赔偿责任数额上，必要的、谨慎的调整也是需要的，对这一问题，法院应当以尊重约定为原则，以调整为例外，并注意以下两点。

1. 现代婚姻案件审判中已经开始越来越多的引入财产法思维，适用合同法解决婚姻中的协商行为

我国《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《婚姻法解释二》）第9条规定：男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。人民法院受理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。《婚姻法解释三》第6条规定：婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照《合同法》第186条的规定处理。虽然在法理学看来，在人身关系的婚姻中适用主要调整财产关系的合同法，其立法价值与制度取向的正确性、适当性、科学性值得商榷，但合同法已经成为调整婚姻内协商行为的重要依据。因此，忠诚协议也应视为一种特殊的无名合同，合同必须遵守，其中约定的不忠行为的赔偿责任可以视为一种合同上的违约，应当承担违约责任，这种约定应当有其法律效力，违约者应当承担事先约定的特定的违约赔偿责任。

2. 最高人民法院当前对违约金调整的重视与强调，凸显对实质正义的追求

2009年，最高人民法院颁布实施《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》，用较大篇幅的专章规定了调整违约金的相关

内容，强调现阶段由于国内宏观经济环境的变化和影响，民商事合同履行过程中违约现象比较突出。对于双方当事人在合同中所约定的过分高于违约造成损失的违约金或者极具惩罚性的违约金条款，人民法院应根据《合同法》第114条第2款和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《合同法解释二》）第29条等关于调整过高违约金的规定内容和精神，合理调整违约金数额，公平解决违约责任问题。对于违约金数额过分高于违约造成损失的，应当根据《合同法》规定的诚实信用原则、公平原则，坚持以补偿性为主、以惩罚性为辅的违约金性质，合理调整裁量幅度，切实防止以意思自治为由而完全放任当事人约定过高的违约金。《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8条规定：“减轻当事人诉累，妥当解决违约金纠纷，违约方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约进行免责抗辩而未提出违约金调整请求的，人民法院可以就当事人是否需要主张违约金过高问题进行释明。人民法院要正确确定举证责任，违约方对于违约金约定过高的主张承担举证责任，非违约方主张违约金约定合理的，亦应提供相应的证据。”可见，这一司法解释对合理调整违约金的重视已经远远超出了合同法尊重商事主体商事行为自主权的原意，反而有了社会法、经济法更加注重该法律制度的社会效果与实质影响的影子。尤其值得关注的是，最高人民法院为了全面贯彻其宗旨，甚至将这一问题的解决方案从实体法方面扩展到程序法方面，在当事人处分权与法官的审判权，当事人的主张与法官的释明，证明责任的分配等方面，作出了细致的规定与周到的设计。

3. 赔偿的具体数额应当遵守比例原则的底线

笔者认为，离婚中因一方不忠而引发的赔偿责任，应当遵守比例原则，应当与过错行为类型、过错程度、双方收入水平、基本生活保障等问题相适应。如果单纯地强调当事人意思自治的绝对效力，其法律效果、社会效果都将大打折扣，如果在过错方没有相应的支付能力，约定的给付标准超出双方经济水平的情况下，一刀切地按协议约定判定支付数额的话，不但有违忠诚协议鼓励当事人互相忠诚的初衷，而且容易激化矛盾，并在执行过程中将矛盾引向法院。在此类案件中，应当参酌合同纠纷中处理违约金问题的基本思

路，以尊重双方的自愿约定为大原则，以据实调整为例外，调整时应当考虑案件的具体情况，谨慎地酌情调整。

案件中需要考虑的重点情节包括以下几点：一是双方的经济水平与收入状况，该赔偿责任应当在双方正常经济基础之上确定，赔偿款项应当在适当的赔偿能力范围之内，这一数额问题并非定数或绝对的标准，而应当根据双方具体情况确定；二是过错程度，如案件中具体的不忠实行为的具体表现，是偶尔的嫖娼或出轨，还是与第三者保持较为长期的不正当关系，或仅仅是“与异性牵手”等；三是离婚的主要原因，该不忠实行为是否是导致双方婚姻关系破裂的主要因素或直接原因，等等。

实务难题 2

夫妻财产约定的物权效力认定

夫妻约定财产制，是指夫妻以契约方式约定婚前财产和婚姻关系存续期间所得财产的归属、管理、使用、收益、处分及债务清偿、婚姻解除时财产的清算等事项，并排除法定夫妻财产制适用的制度。《婚姻法》第 19 条第 1 款、第 2 款规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。”《婚姻法》第 39 条第 1 款规定，离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成时，由人民法院根据财产的具体情况，照顾子女和女方权益的原则判决。《婚姻法解释二》第 8 条规定：离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。

以上法律及司法解释规定了婚姻生活中最常见的两类婚姻财产约定，并

对司法实践中常出现的一类纠纷提出了处理方案，条文内容虽然简单，但仔细品味该条文内容，则可以发现，该条文出现了婚姻、房产、协商三大要素，同时涉及《婚姻法》《物权法》《合同法》三大法律，条文实际对我国《婚姻法》《物权法》《合同法》三大基本法律之间的相互关系提出了官方的见解。

《物权法》和《婚姻法》同为民事基本法，却有着不同的调整对象，一个是规范财产领域的基本规则，另一个则是人伦领域的基本规则，前者追求私权的保护、交易安全和便捷，后者追求婚姻稳定、家庭和睦，二者貌似“各自为政”“互不侵犯”，但是调整范围却往往存在交集。这种联系有学者概括为：“物权法既要发挥作为财产基本法应有的规范和指导作用，同时在家庭财产关系面前又应当保持一定的谦抑和理性，对婚姻家庭法在调整家庭财产关系过程中应有的地位和作用给予尊重。所以，家庭财产方面的一些具体问题不宜由物权法详加规定。”^①另外，夫妻是原本独立的两个自然人的结合，二人相互之间的意思表示完全符合合同的特点与要求，故在夫妻财产约定的法律适用问题上，合同法是无法回避、必须适用的。这三者的交织是《婚姻法解释三》第6条制定的背景与基础，也是本部分所要探讨的问题。

但是，在司法实践中，我们发现《物权法》和《婚姻法》在具体规则的运用上可能发生冲突。突出的表现在《婚姻法》第17条、第19条与《物权法》第9条的冲突上。《物权法》第9条第1款规定：“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，但法律另有规定的除外。”我国《物权法》在不动产物权取得的模式上采用德国式的登记要件主义模式。所谓登记要件主义，是指在一般情况下，应当以登记作为不动产物权取得、变更、消灭的生效要件，非经登记不具备物权权利变动的法律效果。登记要件主义与登记对抗主义的概念相对，登记对抗主义是指没有登记，当事人之间如果有合同存在，根据合同就可以直接产生物权设立和移转的后果。换句话说，没有登记，当事人之间移转物权的效力仍然发生，只不过不能对抗第三人。

^① 赵敏：《婚姻法解释三第三十一条之物权法解读》，载《广西警官高等专科学校学报》2011年第6期。

而《婚姻法》第17条第1款规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金；（二）生产、经营的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或赠与所得的财产，但本法第十八条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。”虽然该条文并未明确地指出不动产如何处理，但是从法律条文文意上解释，不动产当然地应当包括在第（五）项“其他应当归共同所有的财产”中。我国婚姻法采用法定财产制。所谓法定夫妻共同财产制，是指依《婚姻法》的规定，在当事人没有约定的前提下，夫妻对婚后所得财产共同享有所有权的一种夫妻财产制度。《婚姻法》第19条规定的是：夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。但如果财产约定将婚前个人名下的不动产权属变更为共同所有，是直接依据约定就认定不动产的权属变更，还是必须经过登记才能变更？另一方当事人取得共有权是否需要履行公示的程序？

从法律条文的文意上，《物权法》和《婚姻法》的上述规定存在逻辑上的冲突。《物权法》规定取得不动产物权，除了要有取得物权的基础法律关系，如买卖合同、赠与等原因，还必须完成一个客观上的行为——登记行为，德国物权法即从“物权变动合意”与登记行为结合起来抽象出“物权行为”的概念，只有完成登记才能真正完成不动产物权的变动，也成为“德式物权法”的精髓之一。但是在我国《婚姻法》调整领域却有不同的答案，在法定夫妻财产制、夫妻约定财产制之下，夫妻一方在婚姻关系存续期内登记为不动产物权人，无论取得登记的原因是购买房屋，还是受赠与或继承取得，只要夫妻一方成为物权登记人，另一方就自然地成为共有权人，并不要求另一方必须完成变更为物权共有权人的登记。这样就出现了很“奇怪”的一种表象，在一般情况下，要想知道某不动产的权属状况，只需要信赖登记的表征即可，不动产的物权人和名义登记人是一致的。但是在涉及夫妻共同财产的情况下，却可能出现登记在夫妻一方名下，但是实际的权利人却是夫妻双方的情况。就二者之间的关系问题，有观点认为：“在婚姻财产纠纷案件中，夫妻采用约定财产制情形下，对所涉不动产的权属认定应适用《物权法》第九条的‘但书’条款，即可根据婚姻法相关规定确定权属，不宜以登记作为