

卫 尊 严 与 权 利 判 例 诠 释 正 义 和 公 平

法官办案手记

aguan Ban'an shouji

李 扬 总主编

婚 姻 家 庭 卷

Hunying Jiating Juan

干朝端 郭 珣 编著

湖南大学出版社

法律捍卫尊严

D920.5

L3101

法官办案手记

aguan Ban'an shouji

李 扬 总主编

婚姻家庭 卷

Hunyun Jiating Juan

干朝端 郭 珣 编著

D920.5
L3101

湖南大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法官办案手记·婚姻家庭卷/李扬总主编. 干朝端,
郭珣编著. —长沙: 湖南大学出版社, 2003. 11

ISBN 7-81053-700-8

I. 法... II. ①李... ②干... ③郭... III. ①法律
—基本知识—中国 ②婚姻法—基本知识—中国

IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 099434 号

法官办案手记·婚姻家庭卷

Faguan Ban'an Shouji · Hunyin Jiating Juan

干朝端 郭珣 编著

-
- | | |
|-------------------------------|---------------------|
| ☐ 责任编辑 | 谭鹏飞 |
| ☐ 特邀编辑 | 张涤英 贺 军 |
| ☐ 封面设计 | 张 毅 |
| ☐ 出版发行 | 湖南大学出版社 |
| | 社址 长沙市岳麓山 |
| | 电话 0731-8821691 |
| | 0731-8821593 |
| ☐ 经 销 | 湖南省新华书店 |
| ☐ 印 装 | 湖南新华印刷集团有限责任公司 (邵阳) |
-

- | | | | | | |
|-----------------------------|-------------------------|---|----|-----------------------------|-------|
| ☐ 开本 | 880×1230 32 开 | ☐ 印张 | 10 | ☐ 字数 | 280 千 |
| ☐ 版次 | 2003 年 11 月第 1 版 | ☐ 2003 年 11 月第 1 次印刷 | | | |
| ☐ 书号 | ISBN 7-81053-700-8/D·65 | | | | |
| ☐ 定价 | 20.00 元 | | | | |
-

(湖南大学出版社图书凡有印装差错, 请向承印厂调换)

序

由于历史的原因，我国法官队伍的素质从整体上看是不够理想的。法官队伍在法律共同体内发出学术话语的声音微乎其微。法律共同体内学术话语权基本上被法学界所垄断。近几年来，法官努力提高自身的素质，大量的硕士、博士进入法官队伍，一批在全国有影响的教授担任了最高人民法院的副院长，高级人民法院的院长、副院长，法院的原有法官也积极参加自修和培训，仅以武汉市中级人民法院为例，已取得硕士、博士学位及研究生学历的法官已占全院法官的 24.2%，法官队伍的素质正在提高，法官队伍的成分也在逐渐改变。法官素质的提高增强了法官群体在法律共同体内参与学术讨论和交流的信心，法官群体正力图改变我国法律共同体内学术话语权分配不均衡的局面。

在不同国家的法律共同体内，法律学术话语权的分配显现着不同的格局。

以美国为例。美国法律界构筑的体系，是以法院为中心而建构起来的法律理论体系。这个法律理论体系又主要以法院的上诉审为核心，围绕这个核心构建起了美国的法律学术话语体系。因此，在美国的法律学术话语权的分配中，美国的法官，主要是上诉审的法官占有很大的分量。美国第七巡回区上诉法院法官波斯纳是全美最有影响的法学家之一；美国最高法院的判决书深刻地影响着美国法律学术的走向；法学院里的教授将讲解、传授美国上诉审的判例作为主要的教学内容。

大陆法系则有所区别。在大陆法系，法律学术话语权明显操持在学术界手中。因此有人认为，中国法律体系是接近大陆法系的国家，学术界操持法律学术话语可以理解和接受。问题是，大陆法系国家一般都有国土面积小、人口不太多、立法机构能够对法律问题快速反应等特点，立法机构对法官群体授权甚少，法官

的自由裁量权也大受限制，这样，法官的能动性深受压抑，在学术话语的追求上也缺乏深层次的利益驱动和功能上的深刻需求。而美国和中国这类国家则不一样。美国和中国国土面积大，人口众多，立法机构很难对新出现的法律问题迅速做出反应，因而不能不对法律进行解释，包括司法解释和个案解释的权限更多地赋予司法机构。美国正是在此基础上确立以法院上诉审为核心的法律理论体系，也正为此，美国法官掌握了相当分量的法律学术话语权。以此分析，中国目前对法律学术话语权的分配则不够均衡，也不够合理。

美国的法官解释法律甚至“制造”法律的权限是很大的。中国则将解释法律的权力更大的赋予了最高人民法院。最高人民法院的司法解释具有全面地、抽象地、事前地解释法律的权力，甚至对法律的缺漏处也可以司法解释的形式填补，法律的疏漏处还可以补正。立法机构则对最高人民法院目前所持有的司法解释权采取支持或默认的态度。这种独特的自由裁量权和司法解释权给了法院体系建立自己的学术话语体系的巨大可能性。法官群体围绕着司法解释权和自由裁量权建立自己在法律共同体中学术话语体系有着坚实的基础和巨大的发展空间。曾有学者这样评论法学界对待法律和司法解释的不同态度。他说，一部法律制订出来，学者们马上蜂拥而上，对法律从第一条批评到最后一条，而司法解释一出，学者们则噤声不语，很少听到对司法解释的批评声。对这一现象当然可以有不同的解读。但我认为，这种现象体现了学者们对司法机关的必要尊重，体现了学者们对法治社会的中坚力量——法官群体必要的支持和信任。保持对司法机关的尊重和支持，是学者们对法治社会的憧憬和希望的表现。司法是社会公正的最后一道防线，司法体系也是法治社会最具象征意义的核心部门。不营造、构建一种对司法充分信任和某种敬畏的社会氛围，法治社会是不可能实现的。

要让法院和法官在我国司法体系、审判体系中占据中心地位，让司法审判成为法治社会的中心环节，还有很长的路要走，还要经过许多艰苦的努力。其中，法官群体迅速提升自己的学术

地位和学术涵养，是一项迫在眉睫的工作。

本书的两位作者干朝端、郭珣是武汉市中级人民法院法官，他们撰写的这本《法官办案手记·婚姻家庭卷》，也是试图提高法官群体学术品位的一个小小努力。在这样众多法官的艰辛努力下，法官在法学界发出的声音正逐渐增强着。

干朝端和郭珣撰写的这本《法官办案手记·婚姻家庭卷》，具有明显的应用法学的特征。长期以来，人们有一个错觉，认为应用法学与理论法学相比，似乎要低一个等级。其实，法学本身就是应用的、实用的，它从本质上不是一种纯思辩的学术。它的存在就是为了解决问题，解决现实社会中的各类矛盾和纠纷。那种把法学当作一种纯思辩的智力游戏和冥想观点，从总体上看是对法学的一种错误的理解和把握。法学是实践的、实证的、实在的学科。贬低和否认应用法学在法学领域里的学术地位，不是一种科学的态度。我们也希望更多的法官在应用法学这片土地上努力耕耘，去收获更丰硕的精神食粮。

最高人民法院要求广大法官努力学习，争取成为“专家型的法官”、“学者型的法官”。从两位作者的努力中，我们依稀看到一大批法官正在努力朝着这个方向奋进。我们相信，只要法官群体不断努力，艰辛攀登，法官群体在法律共同体中的学术话语权一定会逐渐扩大。或许，经过一段时间的努力，应用法学将成为法学学术的主流，法官的司法解释将决定法学学术研究的走向，法官的判解将成为大专院校法律教学的主要内容，法官的判例和判辞将成为大专院校教授研究的重要课题。当然，这只是预言，也是预期。目前，我们只能说中国正处在法官群体努力建构自己的法学话语权的过程中，中国法律共同体内学术话语权的转移正在进行。中国法律共同体内由学术界把持“话语霸权”的局面已开始改变。

正因为如此，我才会为干朝端和郭珣撰写的这本书而高兴。这本书当然不是什么堂皇巨著，也没有什么宏大的理论体系，但是，从中我们看到了法官群体的努力和奋发。“不积跬步，无以至千里；不积细流，无以成江海。”只要法官群体保持这种“锲

而不舍，金石可镂”的精神，法官群体在法律共同体中的学术地位一定会大大提升。

是为序。

周文轩

2003年8月10日于武汉

周文轩同志为武汉市中级人民法院院长，武汉大学法学院兼职教授，
武汉市法学会副会长，湖北省宪法学会常务副会长。

总 序

法律是一门实践的学问。法律的进化不仅仅依赖于理性的立法活动，而且更加需要创造性的司法活动。司法，是法律获得灵魂和生命力的关键环节。从这个意义上讲，法律本身，很大程度上就是指司法活动。

在整个法律执业者当中，法官起着连接法律文本与社会生活的桥梁的作用，他们在每一个具体案件中适用法律的思维方式、推理过程，不但反映出自身的法律素养，而且反映出法律是如何具体改变复杂社会生活和当事人的命运的。更为重要的是，法官在适用法律处理具体案件的过程中所发现的问题，远比那些终日闭门造车的所谓法学家们幻想出来的假问题要深刻和有意义得多。这些问题的解决方案不但直接推动司法活动的进步，而且将直接导致成文法局限性的克服。立法活动的重要任务之一就是搜集、整理法官所发现的问题，并寻求解决的方案。

当然，司法活动也与公平、正义紧密相连。整个法律公平、正义的实现首先得以个案中的公平、正义的实现为前提。在个别正义的实现过程中，法官显然扮演着“天使”和“恶魔”的双重角色。究竟是天使还是恶魔，不但反映在法官和当事人、律师的关系上，而且反映在法官对法律精神的理解、对证据的判断和运用上。法官在裁判案件时的推理过程最能说明问题。然而，由于种种原因，我国的司法制度长期以来并没有要求法官在制作法律文书裁判案件时写出详细的推理过程，法律文书往往只是一个极为简单的事实、法律、结论的三段论推理，这在很大程度上为司法腐败提供了掩盖工具。为了实现个别正义和整个社会正义，必须全面从制度的根上改革司法活动。其中一个急需改变的，就是法律文书的制作，应当明确要求法官写出详细的推理过程。

之所以主编《法官办案手记》丛书，主要目的就在于四个

方面：第一，让立法者转变思路，主动发现和解决法官而不仅仅是法学家们所发现的问题，从而推动立法和司法的进步。第二，推动法律文书制作的改革，从而推动整个司法制度的改革，维护法律的根本价值目标——公平与正义。第三，提高法官的素养，改变法官的形象。第四，给当事人提供一个鉴别法官的角度，以便有的放矢，维护自己的合法权利。

细心的读者将会发现，笔者的努力充满了一个知识分子的热情、良知和渴望。

李 扬

2003 年于武汉

目次

婚姻的效力

- 1. 一方不达婚龄的婚姻效力问题 1
- 2. 对为达到离婚目的, 夫妻一方申请撤销结婚证的处理 8
- 3. 结婚不成, 一方要求返还订婚聘金纠纷 16
- 4. 解除同居关系及财产的处理问题 20

婚姻存续期间的人身关系

- 5. 夫妻双方各自的生育权应如何保护 26
- 6. 妻子婚外怀孕, 丈夫能否获赔 31
- 7. 离婚后一方为子女更改姓氏而引发纠纷的处理 40
- 8. 双方均为精神病人的离婚及子女抚养问题 47

婚姻解除时的财产处理

- 9. 原告为精神病人的离婚及受赠财产的处理 55
- 10. 一方擅自退租、退租公房的效力问题 69
- 11. 夫妻间的欠款纠纷 73
- 12. 夫妻双方对财产约定的效力 79
- 13. 夫妻间约定的 30 万元“忠诚协议”的效力问题 82
- 14. 夫妻间约定的 10 万元“婚姻保障金”的性质认定 87
- 15. 离婚时如何分割夫妻双方共同出资设立的私立学校 94

16. 离婚时一方所得人身保险金的分割 ·····	100
17. 离婚时仍处在保险有效期内的保险分配纠纷 ·····	106
18. 债权人能否要求一方偿还离婚调解书中约定由另一方偿还的债务 ·····	118
19. 对夫妻双方借离婚逃避债务的处理 ·····	126
20. 离婚时双方共有股票的分割问题 ·····	136
21. 离婚时集资房的分割问题 ·····	143
22. 离婚后女方土地承包经营权的保护 ·····	151
23. 家庭暴力的认定及赔偿 ·····	156
24. 因家庭暴力而起诉离婚的赔偿问题及债权、债务的处理 ·····	166

父母子女间的抚养赡养关系

25. 对离婚后出生的原协商流产孩子的抚养纠纷 ·····	176
26. 子女上大学的费用能否要求父母支付 ·····	182
27. 两兄弟争着赡养老人起纠纷 ·····	189
28. 与成年继子女解除继父子关系时能否获赔 ·····	193
29. 离婚时对生活困难一方的经济补偿问题 ·····	202

婚姻家庭关系中的新型案件

30. 离婚案件中宠物的所有权及“探望权”争议 ·····	210
31. 能否保护“第三者”接受遗赠财产的权利 ·····	217
32. “包二奶者”诉“二奶”出资购房纠纷 ·····	225
33. 婚内强奸的认定 ·····	233

涉外离婚案件

34. 对域外离婚判决书的承认 ·····	242
35. 离婚案件中的区际法律冲突 ·····	250

附 录

中华人民共和国婚姻法	257
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）	265
《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）》的理解与适用	270
最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情 确已破裂的若干具体意见	286
最高人民法院关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义 同居生活案件的若干意见	288
最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序 问题的规定	291
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	294
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	297
最高人民法院关于审理离婚案件中公房使用、承租若干问题 的解答	301
离婚诉讼（范例）	304
离婚登记当事人子女抚养、财产分割协议书（样本）	306

▶▶ 婚姻的效力

1. 一方不达婚龄的婚姻效力问题

【案情介绍】

原告：汪某某，女，1983 年 2 月 19 日出生。

被告：高某某，男，1979 年 4 月 6 日出生。

原告诉称：我今年（2002 年）刚满 19 岁，未达到法定的婚龄，我与高某某的结婚证是在虚增年龄的情况下领取的，现请求法院解除我与高某某的无效婚姻关系。

被告辩称：我与汪某某于 2001 年 12 月登记结婚，婚后不久，我就发现汪某某在外与黄某某同居。汪某某是没有达到法定的婚龄，但民政部门给我们发了结婚证，她就是我的妻子，现在她与黄某某的非法同居，给我造成了极大的精神伤害，我要求原告给予过错赔偿金 1 万元。

法院查明，原告与被告经人介绍于 2000 年 12 月订立婚约。订婚后，原告外出打工遇到了黄某某，两人一见倾心，不久就开始租房同居。原告本想解除与被告的婚约，但迫于父母的压力，于 2001 年 12 月虚增年龄到民政部门领取了结婚证。婚后不久，原告就找借口跑到了黄某某处与之同居。后被告经多方打听找到了原告与黄某某的同居处，与原告发生争执。原告于 2002 年 3 月向法院起诉，要求解除与被告的无效婚姻关系。

【焦点透视】

本案中的原告汪某某虚增年龄与被告高某某一起领取了结婚证，现汪某某向法院起诉要求解除其与被告的无效婚姻关系，法院该如何处理？依照《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）第10条的规定，未到法定婚龄的婚姻无效。是不是只要结婚时一方未达法定婚龄，婚姻当事人或利害关系人向人民法院申请宣告婚姻无效的，人民法院都应宣告婚姻无效？回答是否定的，《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）》第8条规定：“当事人依据婚姻法第十条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失的，人民法院不予支持。”鉴于本案原告在起诉时未满20周岁，即未达到法定婚龄，因此，法院应宣告原告、被告之间的婚姻关系无效。

本案的争议焦点在于，原告在与被告领取结婚证后，又与第三人黄某某同居，其行为对被告无疑造成了精神损害，那么原告是否应向被告进行过错赔偿。原告未达婚龄而骗取婚姻登记，且在诉讼时依然未达到婚龄，其与被告的婚姻应属于无效婚姻，这一点没有疑问。但问题在于，这种无效有无溯及力，如果有溯及力，则婚姻自始无效，被告无法依据我国《婚姻法》第46条有配偶者与他人同居的，无过错方有权请求损害赔偿的规定，获得赔偿；如果这种无效没有溯及力，则被告可以依据我国《婚姻法》的规定请求损害赔偿。

【审判推理】

法院经审理认为，原告、被告虽办理了结婚登记手续，但因原告未达法定婚龄，其婚姻关系无效。被告要求原告给予过错赔偿金的请求，虽有证据证实，且法律有明文规定，由于原告、被告婚姻关系无效，其索赔请求不适用《婚姻法》第46条的规

定，对其请求不予支持。因此法院判决：宣原告、被告婚姻关系无效。

本案的判决中涉及以下两个问题：

一是对于无效婚姻的确认。2001年12月27日起施行的《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）》第7条规定：“有权依据婚姻法第十条规定向人民法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告婚姻无效的主体，包括婚姻当事人及利害关系人……”第8条规定：“当事人依据婚姻法第十条规定向人民法院申请宣告无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失的，人民法院不予支持。”原告作为婚姻的当事人有权向法院申请宣告婚姻无效，而不是请求法院解除其无效婚姻。一方面，婚姻的无效与否不是当事人说了算的，应由法院依法确认，本案中的原告在起诉时仍未达到法定的婚龄，因此，法定无效婚姻的情形并未消失，人民法院应宣告原告、被告的婚姻无效；另一方面，我国《婚姻法》第12条规定：“无效或者被撤销的婚姻，自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务……”《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）》第13条规定：“婚姻法第二条所规定的自始无效，是指无效或者可撤销婚姻在依法被宣告无效或被撤销时，才确定该婚姻自始不受法律保护。”既然无效婚姻自始不受法律的保护，也就不存在要解除的问题。

二是被告能否获得原告的过错赔偿的问题。由于我国法律明确了婚姻被宣告无效时，自始不受法律的保护，也就是说无效婚姻具有溯及既往的效力，从一开始原告、被告之间就没有一个合法的婚姻存在，当事人双方不具有夫妻的权利和义务关系。因此，我国《婚姻法》中关于禁止有配偶者与他人同居的规定并不能对原告产生约束力，被告也就当然无法以原告与他人同居为理由，请求损害赔偿。因此，法院没有支持被告的赔偿请求。

法院依法律的规定作出的判决并没有问题，但笔者认为对于无效婚姻的溯及力问题，存在值得商榷的地方。

关于无效婚姻有无溯及力的问题，各国的规定不一，如瑞士

民法第132条规定：“（1）婚姻无效的判决，仅在法官作出无效宣告后，始生效力。（2）在上述宣告前，即使该婚姻存在无效原因，其仍具有有效婚姻之效力。”在英美法中，从20世纪70年代以来，英国以1971年《婚姻无效法》、美国以1970年《统一结婚离婚法》为转折，取消了传统的婚姻无效与撤销一律溯及既往原则，代之以可撤销婚姻的判决没有溯及力。而我国《婚姻法》第12条规定：“无效或被撤销的婚姻，自始无效。”

笔者认为，虽然具有无效原因的婚姻在成立时存在实质要件或形式要件的瑕疵，但因为当事人双方共同生活的实质，已使婚姻本身成为了一个既成事实，而且也得到了周围群众的认可，基于该事实而形成的各种婚姻家庭关系也具有现实的社会意义。由于婚姻的实体存在，其所衍生的各种身份上和财产上的法律事实对男女双方、子女、双方的家庭及社会都已产生一系列的重要影响，而这些影响不可能伴随着婚姻被确认无效而瞬间消失。因为婚姻关系毕竟不是普通的合同关系，男女双方在成为了事实上或形式上的夫妻之后，由此而形成的身份关系、财产关系及子女问题都不可能同一般无效合同一样，仅仅只需要返还财产、赔偿损失就可以解决。因此，赋予无效婚姻以溯及力存在以下弊端：

一是不利于保护婚姻存续期间所生子女的合法地位。无效婚姻自始无效，则在事实婚姻或形式婚姻的存续期间所生的子女将会被法律认定为非婚生子女。一方面，由于婚姻的实际存在已被社会所认可，那么在婚姻被确认无效时认定其无效婚姻存续期间所生的子女为非婚生子女，这有违社会的一般评价，于情不合，于理不通；另一方面，将子女认定为非婚生子女，从绝大多数人的思想观念的角度来考虑，这都是对子女本人名誉的一种贬损，毕竟，就目前而言，人们的思想观念上还无法真正达到“英雄不问出处”的境界。那么这种对子女本人名誉的贬损，无疑会给子女带来巨大的思想负担及精神伤害，这对未成年人的身心健康及其成长是极为不利的。

二是不利于保护无过错一方特别是妇女的合法权益。我国《婚姻法》第10条所规定的四种无效婚姻包括：重婚的；有禁

止结婚的亲属关系的；婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；未达到法定婚龄的。在这四种无效婚姻中，除了有禁止结婚的亲属关系的外，另外三种多数都是基于一方的恶意或不正当的目的而产生的，这对无过错方所带来的经济上的损失、精神上的伤害无疑是巨大的。因为无效婚姻的认定，而造成的无过错方特别是女方合法权益的损害应如何补偿呢？无效婚姻的自始无效，使得承担了较多家务劳动的女方在经济上的权益无法得到保护；也造成了无过错方不能适用我国《婚姻法》而行使损害赔偿请求权的被动局面。

也有人认为，我国《婚姻法》所说的自始无效是指“宣告无效”，而非“当然无效”。两者有着本质的区别，“宣告无效”是指无效婚姻的主张必须经过民政部门或法院的确认程序后，才发生自始无效；而“当然无效”是指只要属于法律规定的自始无效的情况，不用任何形式的宣告和确认，其行为从产生的那一时刻起就无效。而从我国法律的规定来看，我国《婚姻法》所说的自始无效应该是“宣告无效”。第一，《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（一）》中有关于人民法院审理宣告婚姻无效案件的规定，而《婚姻登记管理条例》也有申请婚姻登记的当事人弄虚作假、骗取婚姻登记的，婚姻登记管理机关应当撤销婚姻登记，对结婚、复婚的当事人宣布其婚姻关系无效并收回结婚证，对离婚的当事人宣布其解除婚姻关系无效并收回离婚证的规定。如果是“当然无效”，则根本不需要法院或民政部门的确认。第二，我国《婚姻法》所规定的四种婚姻无效的情形中有两种并非绝对无效，当法定的无效婚姻情形消失后（如婚姻双方都达到了法定婚龄、医学上认为不应当结婚的疾病已治愈），就不再是无效婚姻了，而“当然无效”的婚姻是无法转变成有效婚姻的。由于自始无效是“宣告无效”，则在没有经过法院或民政部门的宣告之前，其婚姻还处在未定状态，当事人双方应受到此婚姻的约束，对于当事人有违我国《婚姻法》的行为，同样应受到相应的惩罚。