

MINSHANGSHI

民商事理论与 实务研究

王
军
著

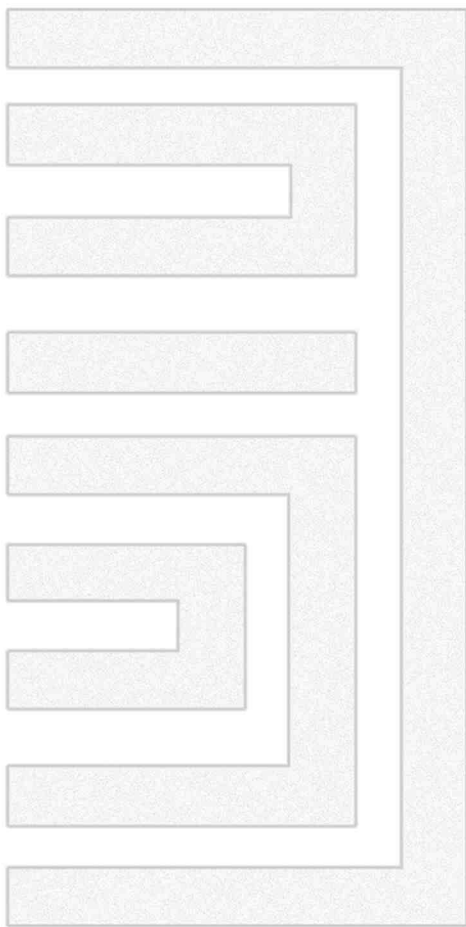
LILUNYUSHIWUYANJIU

新疆人民出版社



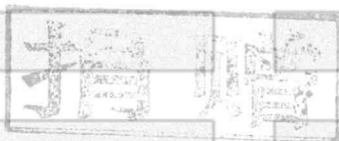
王军，男，汉族，甘肃人，1951年8月出生。1988年专科毕业于北京大学法律系，1997年本科毕业于中央党校函授经济管理专业，2005年自学考试律师本科专业。2003年取得国家司法考试资格证（C证），2004年取得企业法律顾问资格证，2007年以387分取得国家司法考试资格证。在检察系统、法院系统担任领导工作多年，于2002年5月退休。

先后在中国法学、中外法学、法学杂志、法律适用、人民司法、人民检察、检察理论研究、检察官学报、检察实践、北京政法管理学报、人民法院案例选、中国审判案例要览、人民法院报、检察日报、财会通讯、新疆社会科学、新疆社科论坛、实事求是、新疆审判、新疆检察、新疆律师等报纸刊物上发表一百多篇论文。被中国新时期科学成果荟萃、中国跨世纪改革发展文献、中国改革发展论文集等一百余部文库所收录。获国家二等奖一次、三等奖二次、省级一等奖二次、二等奖三次、三等奖五次、优秀奖二次。本人被收入中国百科学者传略词典、中国专家人名词典第七卷、世界优秀专家人名词典、世界名人录等五十余部词典。



民商事理论与实务研究

王 军 著



新疆人民出版社



新疆维吾尔自治区图书馆 XTO-1075652



衷心感谢

对我关心、帮助、支持的人们

序 言

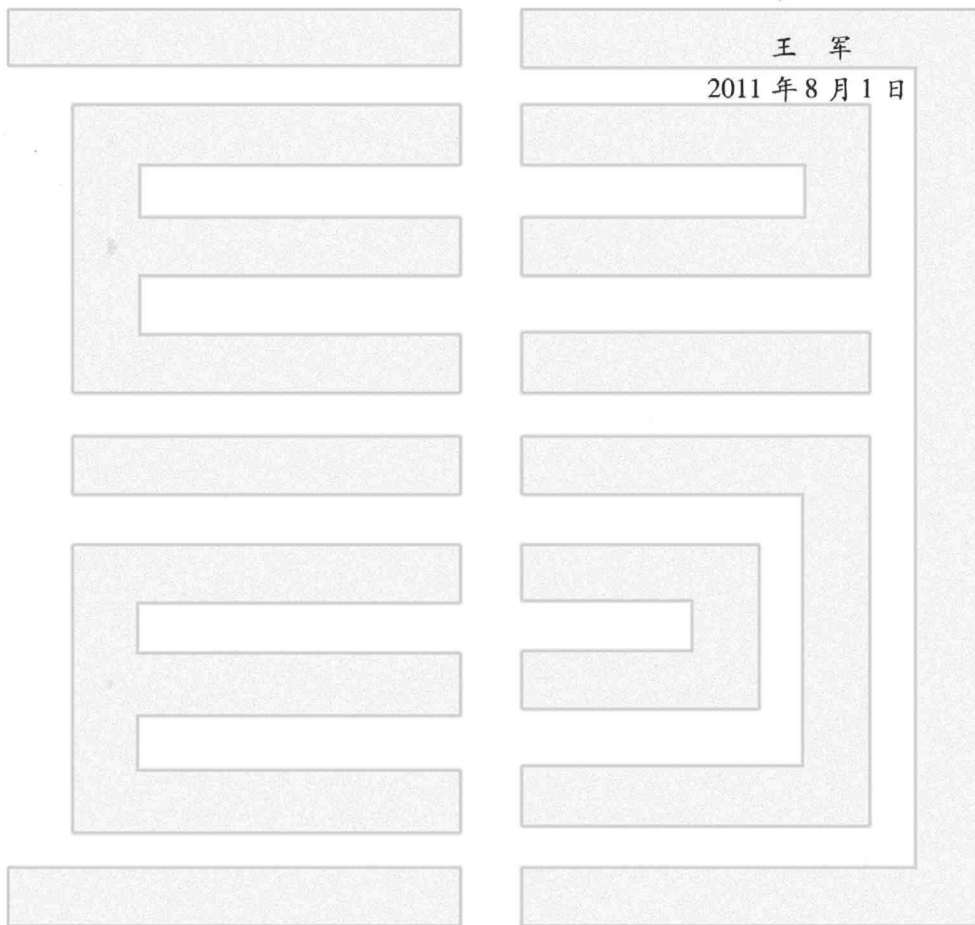
人类社会发展的永恒性、社会生活的丰富性与法律局限性、立法滞后性形成强烈的反差。由于人的认识能力以及智慧水平的有限性、特定时代社会条件的局限性、立法价值的偏差和倾向性所决定,即便是成文法占主导地位的大陆法系国家,任何一部系统、完备乃至伟大的法律、用再多的法律条文也难以穷尽一切社会现象,也不能概括全部的生活现实。这就提出了一个正确适用法律命题和在没有民商事成文法律可适用时,法院创造性司法,适应社会经济发展的司法需要。

任何一条法律,都体现在法律规定的行为上。不仅要关注规则本身,还要关注如何适用。“徒法不足以自行”,法律必须被适用,而有适用就必须有解释,只有通过解释才能将抽象的法律条文适用到具体的案件上。由于成文法固有的局限性,其永远不能涵盖丰富多彩、千变万化的客观现实;由于文字表述的有限性,法律条文因不同的场景的独特语境,也可能产生不同的理解,从而影响到裁判尺度的统一。

作者力求对现实中的司法困惑予以理性的关注,撷取民事法律的司法实践中存在较大争议的热点、疑点、难点问题,以司法实践和理论研究相结合为基础进行探讨。作者选取了《法学杂志》、《法律适用》、《人民法院案例选》、《中国审判案例要览》、《检察院抗诉案例选》等刊物上发表的部分论文、案例,又重新撰写大部分论文、案例分析。拙作共收入文章四十九篇,其中论文三十四篇、案例分析十五篇。拙作的文篇涉及民事领域诸多方面,既有实体法,也有程序性的内容;有的文章、案例分析为新疆维吾尔自治区少数民族地区特有,如规范哈萨克族离婚案件彩礼退还执法尺度等,但拙作未涉及合同法、公司法、保险法等内容(另有考虑)。在诸多文章中,作者首先是对民法的一个小命题提出疑难和容易混淆搞错的地方,然后依据现行法律规定、民事理论,再辅之以最高人民法院公布或认可的案例对其进行深入分析,力争使法律变为看得清、摸得着的鲜活的规则,希望能给法官、检察官、法律服务工作者办理民事纠纷案件提供有价值的参考与借鉴。

众所周知,“法律的生命不在于逻辑,而在于经验”。社会在发展,经济在发

展,法律也随之发展,新的发展需要新的实践、新的经验。作者也是在随着社会、法律的发展而不断地前进。虽然作者不断地刻苦学习,努力探索,但因水平有限,本书可能有诸多不足,恳请各位给予批评指正,使作者能为法制建设、社会和谐作出自己应有的贡献。



目 录

民法篇

1. 夫妻共同财产实务认定问题	(1)
2. 夫妻共同财产范围实务问题	(14)
3. 夫妻共同债务实务认定问题	(26)
4. 夫妻共同债务与个人债务的区分问题	(39)
5. 论不可抗力	(46)
6. 不可抗力范围的若干实务问题	(53)
7. 情势变更的理论与实务	(63)
8. 附随义务若干实务问题	(78)
9. 事实劳动关系实务认定问题	(88)
10. 工伤保险赔偿与用人单位、第三人赔偿若干实务问题	(99)
11. 工伤保险赔偿实务认定问题	(108)
12. 诉讼时效中断认定的实务问题(一)	(118)
13. 诉讼时效中断认定的实务问题(二)	(129)
14. 不当得利的实务认定问题	(142)
15. 不当得利举证责任的实务问题	(154)
16. 承租人优先购买权若干实务问题	(162)
17. 表见代理的若干实务问题	(181)
18. 家事表见代理若干实务问题	(195)
19. 交易习惯若干实务问题	(209)
20. 破产案件中的税收保护问题	(226)

侵权篇

1. 侵权补充责任的若干理论和实务问题	(231)
2. 侵权补偿责任的若干理论和实务问题	(239)

3. 试论侵权中连带责任的主要特征	(247)
4. 经营者安全保障义务范围若干实务问题	(257)
5. 经营者安全保障义务判断标准问题	(267)

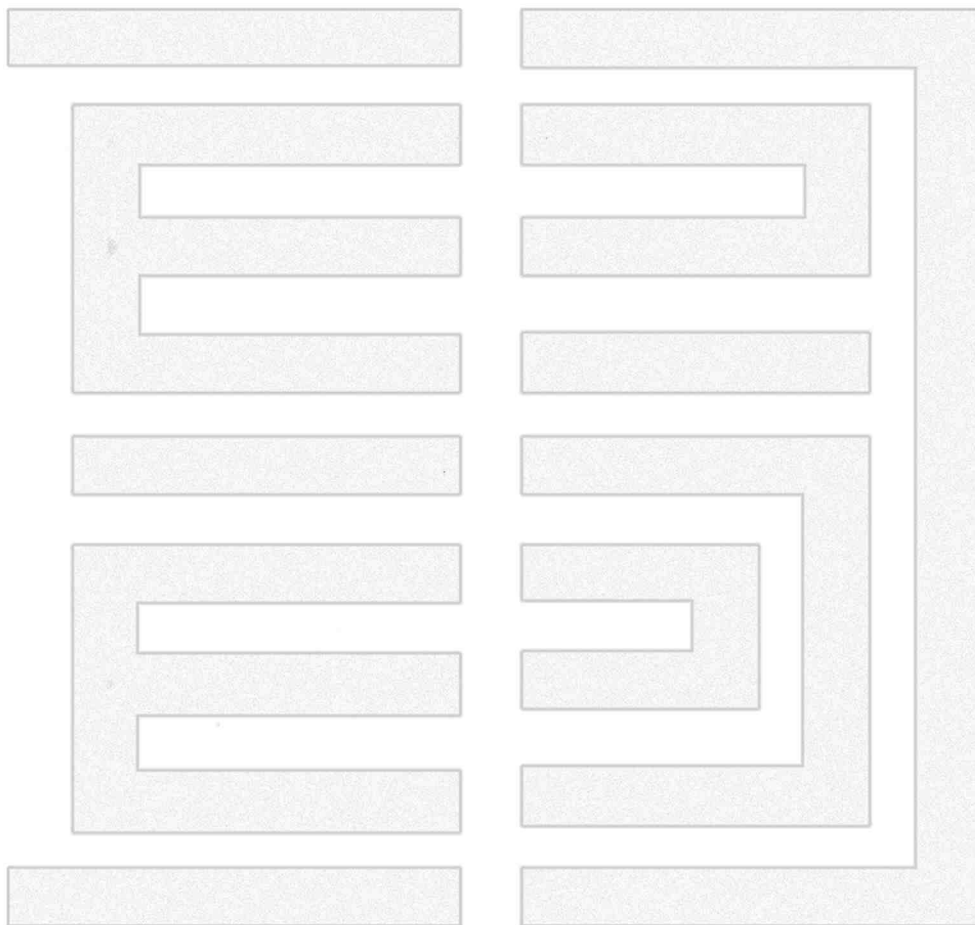
程序篇

1. 民事事实推定适用的若干实务问题	(278)
2. 自认若干实务认定问题	(291)
3. 浅谈哈萨克族离婚案件彩礼退还执法尺度	(305)
4. 论民事当庭认证对象	(312)
5. 民事司法鉴定制度主要缺陷及其完善	(322)
6. 试论庭外调查被动性的定位	(331)
7. 诉讼时效抗辩权行使问题	(337)
8. 民事诉讼中抗辩对应和举证责任分配问题	(346)
9. 运用生效裁判认定事实另行起诉主张之探讨	(351)

案例篇

1. 此案中出租车司机应承担何种责任	(363)
2. 张国华反诉张竹兰不履行过店合同约定的变更业主登记义务致其不能经营应解除合同并赔偿损失案	(366)
3. 廉圣楚诉阿勒泰地区计生委出售发动机报废的车辆解除合同返还车款赔偿损失案	(371)
4. 阿赛木汗诉努尔勒别克离婚彩礼返还案	(376)
5. 杨献云诉杜来提乡卫生院用以抵债的车辆不能交付过户手续请求解除抵债协议另行偿还债务案	(380)
6. 李子俊诉阿勒泰地区文物保护管理所返还从其家带走的文物案	(385)
7. 努尔依拉诉阿克然别克离婚案	(389)
8. 薛顺成等诉新疆阿勒泰地区电业局损害赔偿案	(394)
9. 农村籍受害人按城市居民标准赔偿的认定	(398)
10. 安阳市城乡建筑公司十公司诉铁道部第一工程局建筑安装总公司新疆分公司工程结算纠纷抗诉案	(402)
11. 阿克苏市银兴农村信用社诉阿克苏地区远大摩托车有限公司、阿克苏博雅商贸有限公司借款合同担保纠纷抗诉案	(408)

- 12. 范勇诉石河子市工商行政管理局下野地分局侵权纠纷抗诉案 …………… (414)
- 13. 原告李某所持的劳动合同是否有效 …………… (422)
- 14. 新疆维吾尔自治区糖酒副食品总公司诉新疆伊犁酒厂、伊犁州商业局
 联营合同纠纷抗诉案 …………… (426)
- 15. 本案,谁是违约者? 谁应当承担扩大的经济损失? …………… (432)



夫妻共同财产实务认定问题

所谓夫妻共同财产,是指夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产,它是基于法律的规定,因夫妻关系的存在而产生。夫妻对全部共同财产不份额地共同享有所有权。只要夫妻关系存在,就无法确定夫妻各自享有的共同财产的份额,只有在夫妻离婚或夫妻一方死亡,遗产继承开始时,才能进行分割。在婚姻关系存续期间,夫妻双方均有维护共同财产完整性和统一性的权利和义务,如果夫妻双方没有特别约定,在婚姻关系解除之前,任何一方均无权要求法院对婚内的共同财产进行分割,法院也无依据分割夫妻婚内的共同财产,但存在例外情况。2011年8月13日施行的,由最高人民法院制定的《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)》),对夫妻共同财产认定的有关问题作了进一步细化规定。在离婚案件中夫妻共同财产认定分割争议错综复杂,仍有必要对此作些探讨。

一、非婚同居期间的财产按夫妻共同财产认定问题

目前,我国非婚同居的现象不断增多。在分手的同居者中,有相当多的人因为财产和子女问题诉诸法律。我国婚姻法和司法解释,对非婚同居的规定仅仅停留在以夫妻名义进行的同居上,对不以夫妻名义的同居无任何规定,现行规定适用的范围狭窄,存在诸多缺陷,导致非婚同居期间的财产按夫妻共同财产认定、分割中诸多的困难和混乱。

例:原告郑卫新(女)与被告胡长友(男)于1995年11月16日经法院调解离婚,后于1996年3月双方又同居生活至今。同居期间,于1999年从太平村以6.06万元的价格购买房屋4间,1999年底又在该房南侧建起南房4间半(包括走道)。2002年12月30日,以分期付款方式购买吉利豪情牌小轿车一辆,价款39800元,交付首付款13000元,其余为贷款。2003年1月21日,原告经手与太平村委员会补办购房协议,原告代被告在协议上签字。2004年,原告郑卫新起诉至法院,要求与被告分割同居后共同财产:太平村房屋9间、吉利豪情牌小轿车一辆。一审法院判决:太平村的北房四间归被告胡长友所有,南房四间半归原告郑卫新所有;吉利豪情牌轿车一辆归胡长友所有,

被告给付原告购车首付款 6500 元。原告不服提起上诉,二审法院维持了一审判决^①。

此案具有一定代表性,即在社会生活中非婚同居分手后对其财产处理涉及的相关问题。认定此类纠纷主要有以下问题:一是对非婚同居财产性质的理解。所谓非婚同居,是指没有履行结婚登记手续的独身男女自愿共同生活在一起,相互享有权利,承担义务的一种两性结合方式。也就是说,男女双方无配偶的同居,这类同居既不为法律所禁止,也不为道德所谴责。非婚同居作为法律意义上的一种民事行为,与婚内同居、非婚非法同居是有其区别的。所谓婚内同居就是指具有婚姻关系的男女双方合乎《婚姻法》规定的夫妻之间的同居。而非婚非法同居是指一方或双方有配偶的同居,不管是否以夫妻名义,均破坏了一夫一妻制的社会主义婚姻制度,既是《婚姻法》所禁止的行为,也是为道德所不允许的行为,构成重婚罪的还应追究其刑事责任。非婚同居期间形成的财产,具备共有性,同居的双方对共有财产无法划分各自的份额,无法确定哪个部分属于哪个共有人所有,但同居一方对其财产另有约定或有证据证明的除外。需要讲明一点,双方是否以夫妻名义同居对共有财产性质认定没有影响,因为在程序上对是否以夫妻名义同居举证困难,且对实体处理也不受影响。二是关于非婚同居期间的财产分割的相关法律规定。第一,《婚姻法》第十二条规定:“无效或被撤销的婚姻,自始无效。当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产,由当事人协议处理;协议不成时,由人民法院根据无过错方的原则判决。……”第二,《婚姻法解释(二)》第十五条规定:“被宣告无效或被撤销的婚姻,当事人同居期间所得的财产,按共同共有处理。但有证据证明为当事人一方所有的例外。”第三,《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》规定:“……8. 人民法院审理非法同居关系的案件,如涉及非婚生子女抚养和财产分割问题,应一并予以解决。具体分割财产时,应照顾妇女、儿童的利益,考虑财产的实际情况和双方的过错程度,妥善分割。……10. 解除非法同居关系时,同居生活期间双方共同所得的收入和购置的财产,按一般共有财产处理,同居生活前,一方自愿赠送给对方的财物可以比照赠与关系处理;一方向另一方索取的财物,可参照最高人民法院(84)法办字第 112 号《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第 18 条规定的精神处理。解除非法同居关系时,同居期间为共同生产、生活而形成的债权、债务,可按共同债权、债

^① 北京市高级人民法院民一庭编:《北京民事审判疑难案例与问题解析》,第二卷,法律出版社,2007 年 8 月第 1 版,第 277 页。

务处理。”现行《婚姻法》及其司法解释中的“同居”是指婚姻关系被撤销或者宣布无效的状态,其同居的事实也符合非婚同居,但其指向的范围非常狭窄,仅反映了非婚同居的一个方面;而《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》中非婚同居仅指向“未办结婚登记而以夫妻名义同居”,但未涵括不以夫妻名义进行的同居。由此看来,我国目前在法律规范上没有形成一个正式的系统的“非婚同居”的概念,非婚同居仅限于法学理论上的提法。在具体法律规定上,非婚同居只有部分内容有规范,适用范围比较窄,这是司法实务中应引起重视的方面。三是非婚同居期间,其财产分割的原则问题。第一,意思自治原则。同居双方按照自己的意愿达成分割财产的协议,根据协议来处理财产。第二,区分共同共有和个人所有原则。如果双方协议未成,那么对于双方同居期间的财产,应区分财产的性质,即分清是共同共有还是个人所有。一般情况下,平均分割共同共有性质的财产;对属个人所有性质的财产,则谁的财产就归谁所有。第三,一般共有原则。即如果财产性质不明时,无法认定财产是属于双方共同共有还是个人所有,则一般认定为共同共有,进行平均分割。第四,照顾妇女、儿童权益和照顾无过错方原则。在财产分割过程中,适当照顾女方和抚养儿童一方的权益,在一方有过错的情况下,分割财产适当考虑无过错方的权益。在适用这四个原则时有先后顺序,依法进行,结合具体案情而定,不能片面适用。结合本案讲,争议房产应视为共同共有财产,应该进行平等分割;争议的汽车,登记在胡长友名下,从财产性质而言应属胡长友个人所有,汽车应判胡长友个人所有,但对购买汽车的首付款发生在同居期间,应视为共同财产,对此应平均分割,本案一、二审的裁判合理合法,是正确的。

二、婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产问题

夫妻在婚姻关系存续期间,能否分割共同财产,在《物权法》出台之前因法律和司法解释没有明确规定,在理论界、司法界的主流观点是不能分割共同财产,除非对此有约定。最高人民法院民一庭意见:在不解除婚姻关系的情况下,当事人不得请求分割夫妻共同财产。因为夫妻财产关系与双方的人身关系密不可分,这种财产关系只能因结婚而发生,因配偶死亡或离婚而终止。夫妻双方婚姻关系存续期间可以约定共同财产的归属,能否达成协议属于当事人意思自治的领域,不是法院依职权调整的范畴^①。但司法实践中已出现在不解除

^① 最高人民法院民一庭编:《中国民事审判前沿》,2005年第2集(总第2集),法律出版社,2005年9月第1版,第254页。

婚姻关系的情况下,当夫妻一方管理(占有)夫妻共同财产,排除另一方对财产的支配权时进行分割夫妻共同财产的个案。例1,1998年10月,前妻女儿郭旭、郭晨、郭玲以父郭恩泉为被告诉至法院,要求对居住院内房屋析产继承。在审理中,原被告达成协议,除北房东侧第一间归郭恩泉所有,其余为三原告所有。后妻杨玉萍得知此事后,以其与郭恩泉结婚已逾多年,郭恩泉析产、继承所得房屋依法应为夫妻共同财产,其擅自处分无效为由,向原审法院提起再审申请。再审法院判决:北房东侧三间及小东耳房一间、自建东房一间及院落附属归郭恩泉、杨玉萍共同所有,并给付部分房屋折价款,其余房间为郭旭、郭晨、郭玲所有^①。例2,原告苟某与被告李某已结婚20余年,夫妻经营过化纤、干洗等业,已有一定的积累,皆由李某掌管。2002年8月,李某独自到外地,不照管苟某,苟某没有经济来源,生活无着。为此苟某起诉要求使用由李某掌管的夫妻共同存款10万元中的一半。法院经审理认为:被告李某未对以其名义存入银行的1.5万元属于夫妻共同财产提出异议,原告苟某也未足额证明其主张的10万元夫妻共同存款的事实,故只能认定夫妻共同存款1.5万元。原被告对此款均享有平等的权利,现原告没有生活来源,被告独占存款,剥夺了原告对夫妻共同财产行使支配的权利,据此判决被告持有的与原告共同所有的存款1.5万元,在判决生效后1日内分给原告8000元,由原告自主支配^②。此类在婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产的纠纷在现实生活中时常发生,但法院的处理并不相同,执法尺度不统一。

在现实生活中由于种种原因,一方不愿意离婚,仅以请求分割夫妻财产为由起诉到法院,对此类案件法院应否受理以及受理后的裁判,是法院面临的法律适用热点和难点问题。《婚姻法解释(三)》第四条规定:“婚姻关系存续期间,夫妻一方请求分割共同财产的,人民法院不予支持,但有下列重大理由不损害债权人利益的除外:(一)一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻财产利益行为的;(二)一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治,另一方不同意支付相关医疗费用的。”该条司法解释规定表明,在夫妻婚姻关系存续期间,不允许分割共同财产为原则,允许分割为

^① 北京市高级人民法院编:《婚姻家庭——新型疑难案例判解》,法律出版社,2007年6月第1版,第194页。范跃如:《郭某擅自处分夫妻共同共有财产——该行为应否撤销》,《人民法院报》,2001年3月21日,第3版。

^② 最高人民法院民一庭编:《中国民事审判前沿》,2005年第2集(总第2集),法律出版社,2005年9月第1版,第246页。

例外。在不具备本条规定情形下,不支持夫妻一方请求分割共有财产的主张^①。正确理解该条内容,应对以下问题予以探讨:

(一) 夫妻共同财产的性质问题。当前我国学界普遍认为,共同共有最典型的形式就是夫妻共有。共同共有是指两个或两个以上的民事主体,根据某种共同关系而对某项财产不分份额地共同享有权利并承担义务。共同共有的特征是:第一,共同共有根据共同关系而产生,以共同关系的存在为前提,例如夫妻关系、家庭关系;第二,在共同共有存续期间内,共有财产不分份额,这是共同共有与按份共有的主要区别;第三,在共同共有中,各共有人平等地对共有物享受权利和承担义务^②。夫妻共同财产是基于婚姻关系而建立起来的,具有一定秘密性,除了财产关系之外,其特殊之处还在于这种财产关系是建立于共有人之间的夫妻关系,无疑应属共有性质。夫妻共有财产消灭事由主要为,第一,共同关系的终止即婚姻关系的解除;第二,因共有物本身的原因而导致共同共有消灭,如共有物的灭失、共有物被转让等。共同共有人在共同关系存续期间内,一般不得请求分割共同财产。对于共同共有的性质,我国大多数学者是赞同“不分割的所有权说”。在婚姻关系存续期间,夫妻对全部共同财产不分份额地共同享有所有权。只要夫妻关系存在,不享有转让权、分割请求权(有例外)等,并负有维护共同财产完整统一的权利和义务。

(二) 关于夫妻对共同财产平等处分权与分割共有财产的理解。《婚姻法》第十七条第二款规定:“夫妻对共同所有的财产,有平等的处理权。”这里的财产平等处理权,是指夫妻对共同财产享有平等的所有权。夫妻对共同财产是共同所有,不是按份共有,在婚姻关系存续期间,共同财产是一个整体,不能根据夫妻各自收入的多少来确定各自在共同财产中的份额。也就是说,在婚姻关系存续期间,无论是一方还是双方的所得,无论各自所得的多少,双方都对共同财产享有平等的所有权,即使一方没有劳动收入,也不影响其对共同财产享有的所有权。另一方面,这种财产平等处分权还表现在,夫妻对共同财产的占有、使用、处分、收益享有平等的权利,所以夫妻在处理共同财产时,应当平等协商,取得一致意见,任何一方不得有违对方的意志擅自处理。特别是对共同财产作较大变动时,如出卖、赠与等,应当征得对方同意。夫妻生活中的共同消费,如抚育子女,也应当以共同财产分担。这种平等处分权还反映在,夫妻双方可以通过平等协商,约定夫妻共同财产的归属,前提条件是不违反法律禁止性规定且

^① 奚晓明主编、最高人民法院民事审判第一庭编:《最高人民法院婚姻法司法解释(三)理解与适用》,人民法院出版社,2011年8月第1版,第84页。

^② 胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社,2007年3月第1版,第217页。

夫妻双方能够达成一致意见。夫妻对共同财产平等处分权与单方要求分割婚内的共同财产是有冲突的,平等处分权并不等于单方可以随意分割婚内的共同财产,除非一方共有基础丧失或有重大理由,而这种对单方要求分割婚内共同财产的限制恰恰是对平等处分权实质精神的体现。这种对单方要求分割婚内共同财产的限制不仅仅是对夫妻一方而言,对法院没有合法依据也不能处理。相反,对单方处分婚内共同财产的行为如例1中的郭恩泉等人,另一方可以向法院提出其行为无效的请求,法院应支持请求方的合法请求制止单方处理婚内共同财产的行为。

(三)婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产的把握。根据《物权法》第九十九条规定,在夫妻关系存续期间,即使双方约定不得分割共有财产,一方有重大理由需要分割的,也可以请求分割。没有约定或者约定不明确的,一方在共有的基础丧失或者有重大事由需要分割时可以请求分割^①。《物权法》第九十九条对共有关系财产分割在夫妻共同财产层面的理解有三层涵义,其一,对共有财产分割约定不影响分割共有财产请求权,有约定可以分割共有财产的依约定处理,没有约定或约定不明确只要符合一定条件也可以请求分割共有财产,对已经约定不能分割共有财产,只要符合一定条件也可以请求分割共有财产。其二,共有的基础丧失和重大理由。共有的基础丧失是指共同共有赖以产生的特殊关系。在婚姻关系范围内的共有基础丧失,指解除婚姻关系而失去了共有基础。而重大理由是指出现了可以分割的事由,如果不分割可能对共有人的利益产生重大影响,或者某个或某几个共有人要脱离家庭共同生活,如在婚姻关系存续期间内,夫妻财产的原来共同制改变为夫妻分别财产制,或者夫妻已经分居,需要对共同财产进行分割;后者是指某个或某几个家庭成员要与家庭分开,单独生活,家庭关系虽不解体,但共有财产要实行分割。虽然重大理由是一个不确定的、开放性之范围,由法官根据个案具体把握,除把握夫妻财产变为分别财产制、分居情形和现实生活中的一些特殊情形外,还应遵守现行法律的规定。也就是说,对《物权法》第九十九条规定的“重大理由”仅限定在《婚姻法解释(三)》第四条规定的两种情形,除本条规定情形外,既不能类推适用,亦不能扩大解释,以避免夫妻双方或者一方在婚姻关系存续期间随意主张分割共同财产请求权,损害家庭稳定及影响夫妻共有财产保障功能的实现。其三,在夫妻关系存续期间进行分割的限制条件,一种是有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻财产利益行为的;另一种是一方负

^① 胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社,2007年3月第1版,第226—228页。

有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治,另一方不同意支付相关医疗费用的。需要注意的是夫妻一方法定扶养义务人的范围和疾病的重大情形及相关医疗费用的数额。总之,准确把握《物权法》第九十九条规定的精神,还需要根据个案的具体情况、审理的社会效果、能否案结事了等方面综合考虑案件的处理结果,需要在司法实践中不断探索,总结经验。

三、夫妻共同财产处分的推定问题

在夫妻共同财产制中,法律通常对夫妻共同财产和个人财产划定了范围界限,但是在实际生活中,由于种种原因,双方对某项财产的归属存在争执,都无法提供证据证明其归属。在这种情形下,世界各国和地区的立法通常设定将该项财产推定为共同财产的推定规则。我国司法解释曾确立这一规则,但在立法上没有被采用。学者认为,夫妻共同财产推定应当在程序意义上使用,作为认定夫妻之间财产归属的证据规则。因为实体意义上的推定只不过是界定夫妻个人财产与共同财产的一种方法,在立法技术上可以被其他方法取代,如“夫妻于婚姻关系存续期间所得的财产为夫妻共同所有,法律另有规定的除外”,因而实体意义上的推定并无独立存在的价值。退一步说,即使立法上确立了实体意义上的推定,在司法实践中仍然存在个人财产与共同财产因举证问题而处于不确定状态,总应当有规则予以解决。程序意义上使用推定,才符合法律上关于“推定”概念的真正含义和功能^①。笔者亦赞同这种观点。

在司法实践中,相当一部分当事人有在离婚之前隐匿或不正当处分共同财产的嫌疑,且不能证明该款合理用途的,应当推定其仍持有该款并予以分割。在庄丽琴诉范勇离婚案中,法院查明,至2005年8月4日,以被告的名义在银行的夫妻共同存款为16万元,后被被告全部领取,部分用于家庭开支。2005年8月后,双方均无工作,无收入。法院认为:2005年8月4日,以被告的名义在银行的存款16万元,为夫妻共同财产。被告主张已全部用于家庭生活,但无法举证,本院不予采信。鉴于双方此后没有收入,故家庭费用系从16万元存款中支出,家庭费用支出的金额参照城镇居民人均消费性支出的标准确定为6万元,故认定被告还持有10万元,应由原、被告各半享有。法院判决被告一次性赔偿原告共同财产应得份额计人民币5万元。一审宣判后,双方当事人均未上诉,一审判决已经发生法律效力^②。在本案中,举证责任当然应分配给被告,由被告

^① 裴桦著:《夫妻共同财产制研究》,法律出版社,2009年4月第1版,第139页。

^② 最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》,2007年第3辑(总第61辑),人民法院出版社,2008年6月第1版,第102页。

证明该存款的正当用途。但是,在现实生活中,正常的日常生活开支费用是客观存在的,大部分是无法举证的,如果以被告不能举证证明16万元的正当用途,而认定被告持有16万元,不符合客观事实,并有失公正。反之,认定16万元已经全部用于家庭支出,同样会损害原告的合法权益,有失公正。那么,依什么标准来确定被告的举证范围,才会公正合理呢?根据双方此后均没有收入,可以认定家庭生活费用来自该款,参照城镇居民人均消费性支出来计算,确定为6万元。除此之外的10万元,要求被告举证证明合理用途,因被告不能举证,推定其持有10万元。即使10万元被告已经花掉,也属于被告个人费用,也应该给原告相应补偿。因此,推定被告持有10万元,并判决分割,既保护了原告的合法权益,也没有损害被告利益,体现了司法公正。

四、特殊形态下的夫妻共同财产

根据我国《婚姻法》规定,夫妻关系存续期间所得的财产归夫妻所有,双方另有约定的除外,这是原则性的规定,但在司法实践中往往会遇到较为复杂的问题,产生较大的争议。

(一)夫妻分居期间的财产归属认定。有学者认为,夫妻在分居期间所得财产,除法律明确规定为个人财产外,应认定为夫妻共同财产^①。依据现行《婚姻法》第十七条的规定,从夫妻关系成立到夫妻关系的消灭期间所得的财产均为夫妻共同财产。这里夫妻关系成立、消灭是指从法律意义上讲的,即履行了法律规定的程序要件、并满足了法律规定的实体要件,而不是夫或妻一方自行结合或脱离产生的成立、消灭。由此,夫妻分居期间仍然是法律意义上的婚姻关系存续期间,在此期间单方所得理所当然地属于夫妻共同财产的范围。

(二)复婚后的财产归属认定。例:宋某(男)和杨某(女)于10年前登记结婚,婚后生一女孩(8岁)并建房一座,添置家电等财产。1997年8月,二人因感情不和,协议离婚。协议中约定,房屋等夫妻共同财产全部归宋某所有,生女由杨某抚养。半年后,双方复婚,但对财产未重新约定。复婚后不到一年,宋某向法院起诉要求分割家庭财产,宋某以该财产属个人所有产生分歧。由于目前无明文规定,法院在审理中出现几种不同意见:一按共同财产进行分割。理由是:复婚不同于再婚,复婚使双方的身份和财产关系恢复至原来的婚姻关系状态,原先协议离婚时的财产约定,除非一方明确认可,不能按原协议主张权利。二属宋某个人财产分割。理由是:宋某根据第一次协议离婚时的约定,已将原夫

^① 裴桦著:《夫妻共同财产制研究》,法律出版社,2009年4月第1版,第76页。