# ****代理词****

尊敬的审判长、审判员：

依照法律规定，受        的委托和        律师事务所的指派，我们担任被告        的诉讼代理人，参与本案诉讼活动。

开庭前，我们听取了上诉人的陈述，查阅了本案相关材料，进行了必要的调查；开庭后，经过法庭调查，本案的事实已非常清楚，现就本案焦点问题提出如下代理意见：

原审法院认定事实和适用法律不正确，且对房屋折价的计算也出现错误，理应改判。

一、判决女儿归上诉方抚养，对女儿成长更为有利。

婚生女        现年    岁多，已超过两周岁，依法可以判归父亲抚养。且其处在成长的关键阶段，今后需面临入托、入学等众多人生环节。

被上诉人（一审原告）在一审第一次开庭中自述在        某企业供职、第二次开庭又表示自己在        公司。不论其职业真伪，起码颇不稳定。且其银行卡中余额仅有人民币    元，基本无财产可言，根本不具备提供孩子正常成长的基本经济能力。        既然自述就业，必然会将养育子女的责任转移到其父母身上，但        也自述其父母长期患病，显然无照顾幼女能力，加之其母长期患有焦虑症、脾气暴躁、行事极端，对幼女成长极其不利，对此，一审时被告Z提交了证据2、3、21，可以看到其母确有上述表现，明显不利于子女成长。

总之，被上诉人        在        无财产、无房屋、无户口、无稳定工作、且在其父母带病的情况下，根本无法为幼女提供健康适宜的成长环境。

而根据上诉人在一审时提交的证据，如证据4、5、6，可以证实及其父母平日直接照顾孩子的情形，甚至不惜不停奔波于京津之间，对孩子感情深厚；从证据8也可看出，两位老人在经济方面付出很多，从一审双方提交的银行账户及收入证明等证据来看，        在经济方面也明显占优。总之，上诉人在各方面条件均更有利于抚养子女。

二、如二审法院不同意将子女抚养权判归上诉人，应增加探望权的频率。

一审法院所判决的一个月可以探视子女一次，一次一天，频率显然过低，时间过短。不利于子女成长，也未考虑上诉人的感受。一审法官这样判决的理由是孩子尚小，但孩子目前已    岁多，完全可以接受由父亲带起一天两天，上诉人也提交了大量的证据证明自己及家人与女儿感情深厚，在离婚诉讼期间女方一直剥夺男方探视权的情况下，上诉人已经很难见到女儿，再不增加接触，女儿连父亲都快不认识了。因此，判决        每两周可探视        ，并无不当，应当改判。

三、涉案房屋不应认定为夫妻共同房屋

一审法官将房屋认定为房屋为共有的原因只有一个，就是认为夫妻财产约定有效。但是上诉人提出如下意见，从多个方面证实该房屋不应为夫妻共有，一审法院存在明显的适用法律错误，理应予以改判：

1.首先，        始终不认可该协议的有效性，约定是在结婚登记第二日（    年    月    日）原告及其家人的压力下所写，不是被告的本意，不认可该协议的有效性。根据《民法总则》第一百四十三条的规定，具备下列条件的（1）民事法律行为有效：

（2）行为人具有相应的民事行为能力；

（3）意思表示真实；

（4）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。

显然该约定不是        的真实意思表示，应为无效约定。

2.一审时，        提交了证据13、17、18，可以看到房屋首付均为        的父母支付，其父母出具的证人证言（证据18）中其父母也明确表示与        之间有明确口头约定，其父母享有对房屋的出资及增值的利益，在房屋有        父母份额的情况下，        并无单独处分房屋的权利，其签订夫妻财产约定的行为也属于无权处分行为。根据《合同法》第五十一条的规定，无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。现        的父母不认可        的处分行为，该约定理应是无效的。

3.即便法官认可该约定的有效性，但房屋未进行产权变更登记，赠与并未完成。根据婚姻法司法解释三第六条及合同法第一百八十六条，在赠与财产权利转移前，被告可依法行使撤销权，一审时被告既然在法庭上已明确表示即便法官认定约定有效，自己也正式撤销对原告的赠与，该财产仍应为        的个人财产，女方依法可享有婚后还贷的折价，即：

婚后还贷总额（从    年    月至    年    月）：人民币    元

房屋实际购买价：人民币    元首付款+还贷本息和人民币    元=人民币    元

        出资比例：（    ÷2）÷    =    %

        应获折价数：现值人民币    元×    %=人民币    元

4.从“夫妻财产约定”内容看，赠与也是附条件和义务的，现条件和义务未达成，赠与理应可以被撤销

在原告提交的证据四“夫妻同产归属约定”中，明文写到赠与的应付义务及条件为“宜当互敬互爱，孝敬老人，同心合居，以结永好，特此为证。”即赠与是以婚姻和睦存续为条件。

但实际情况为原告方父母于    年开始变本加厉干预原被告家庭生活，同时原告在    月份（婚后不到    年）率先提出离婚，并于其后主动提起离婚诉讼。显然违背该赠与约定的所附条件及义务。根据中华人民共和国合同法第一百九十二条 受赠人有以下情形之一的，赠与人可以撤销赠与（三）不履行赠与合同约定的义务。

因此，从这个角度，上诉人也完全可以撤销赠与。

无论从哪个角度认定，我们认为房屋也不应该是共同性质。

四、即便按一审法院的认定房屋为共同财产，在折价计算上和Z父母的出资问题上，一审法院也出现了严重错误，二审理应予以改判

1.即便假设房屋就是夫妻的共同财产，一审法官在折价的计算上也出现了严重的错误，按照现最高院对婚姻法司法解释三的相关解释，房屋价值是包含银行贷款利息的，所以未还贷款利息也要计算在未还债务范围内，但是一审法官只将未还贷款本金进行了扣减，少扣减了约人民币    元的利息，导致在Z应给付H的折价方面，多计算了约人民币    元。一审法官的计算公式为：

（房屋现值人民币    元-未还贷款本金人民币    元）/2=人民币    元

而正确的计算公式应为：

（房屋现值人民币    元-未还贷款本息人民币    元）/2=人民币    元

2.一审中，上诉人（原审被告）已向法庭提交了证据13、17和18，可以证明        父母曾向房屋出资人民币    元。        表示，如法院将房屋认定为共有的话，那该人民币    元及相应增值也应为共同债务，一审法官虽认定出资涉及到债权债务关系，但并未在本案中处理，而离婚案中处理夫妻共同财产及共有债务在程序上没有任何问题，共同债务也是负资产，应一并处理，这属于一审法官漏处理的财产项，二审理应进行处理。

综上所述，代理人认为一审判决存在认定事实及适用法律错误，应予改判。

        律师事务所

代理人：

    年    月    日