

中国律师

CHINA LAWYER TODAY

办案全程实录

婚姻家庭·继承

总主编 江平

执行主编 任自力

本册作者 郝惠珍

- 当事人走进律师事务所
- 确定代理策略、制订实施方案
- 诉前调解
- 婚姻案件起诉的特别要求
- 律师开庭前的准备工作
- 感情破裂的认定
- 子女抚养的标准
- 夫妻共同财产的分割
- 股票、债券、投资基金份额等证券的分割
- 家务劳动的补偿权
- 二审、继承、执行
- 律师见证

中国律师办案全程实录

婚姻家庭·继承

总主编：江平

执行主编：任自力

本册作者 郝惠珍



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

婚姻家庭·继承 / 郝惠珍著. —北京:法律出版社,
2008.9
ISBN 978-7-5036-8750-1

I. 婚… II. 郝… III. ①婚姻法—案例—分析—中国
②继承法—案例—分析—中国 IV. D923.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 132786 号
© 法律出版社·中国

婚姻家庭·继承
郝惠珍 / 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 韦钦平
责任编辑 韦钦平
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶松

开本 787×960 毫米 1/16
印张 17.5
字数 277 千
版本 2008 年 10 月第 1 版
印次 2008 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址/ www.lawpress.com.cn
电子邮件/ info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456
上海公司/021-62071010/1636
深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843
重庆公司/023-65382816/2908
第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5036-8750-1

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

郝惠珍 北京盈科律师事务所创始合伙人、事务所主任、朝阳区律师党委副书记、中国法学会婚姻家庭法研究会常务理事、中华律师协会民商委员会委员、北京市律师协会业务指导委员会委员、北京女律师工作委员会委员、北京市律师协会婚姻家庭专业委员会任、北京市人大常委会立法专家。光明日报社、朝阳区人民政府常年法律顾问。

郝惠珍律师坚持一专多能，多年来专注于婚姻家庭领域的研究，在办理婚姻家庭法律事务方面积累了丰富的经验，在律师行业产生了积极的影响，被大家公认为行业的领头人。

作为北京市人大立法委员会咨询专家，先后参与了《婚姻法》、《妇女权益保护法》、《婚姻登记条例》、《民法典》、《物权法》、《贯彻“十五”“十一五”妇女、儿童、发展规划的纲要》的立法讨论。作为中国律师的代表，她参加了《国际家庭法研讨会》、联合国在中国召开的《消歧公约》、《反对针对妇女的家庭暴力》等专门工作会议；第22届世界法律大会婚姻家庭分会场，她与英国首相布莱尔夫人切丽·布思、香港律政司司长梁爱诗等同行共同探讨了国际间婚姻家庭问题；她还代表女律师参加了香港女律师协会反对家庭暴力的研讨会。在中美保护妇女权益座谈会上，她作了《完善法律体系做好维护妇女儿童权益的工作》的发言。在北京大学与挪威政府开展的“娜拉的姐妹们”研讨会上，她又作了题为《中国反家庭暴力的立法与实践》的发言。

近年来，发表了《加大离婚成本反对草率离婚》、《投资性股权在离婚案件中的处理》、《家庭暴力及其对策》等多篇论文，主编和撰写了《以案说法—婚姻家庭篇》、《离婚争夺站》。

自1994年开始，她以特邀主持人和法律专家的双重身份出现在中央电视台、北京电视台和相关网络论坛中，因在中央电视台《法律讲堂》的讲课收视率极高，而荣获2005年度“普法明星”。她领导的婚姻家庭专业委员会在2002—2007年间连续荣获了北京律师协会颁发的“最佳专业委员会”和“最佳专业委员会主任”的称号。本人获得了北京市优秀律师、司法行政系统法律服务先进个人的称号。2006年被收录在《中国大律师》丛中；2007年获得“和谐中国2007年度影响力人物”的重点候选提名。

序

高等学校法学专业教育与司法考试乃至律师执业能力培养之间的关系，一直是争论颇大的问题，不仅在中国，在大陆法系国家以及中国台湾地区，也一直是有所争论的。

高等学校法学专业教育的内容应当与学生将来的就业一致，这一点，应是没有争论的。高校法学教育的口径应当与社会上的人才需求的口径一致。如果我们培养的人是社会现实生活不需要的，那就是资源的极大浪费，也是对学生自身的极大不负责任。

从社会需求人才的容纳量来看，应该说，国家机关乃至司法机关的需求量总是有限的，而律师界的市场容纳量相对来说是比较大的，因为没有人员编制的限制。从这个意义上说，世界各国法学教育的口径主要瞄准律师是比较普遍的。但从另一方面说，司法考试的及格率总是要控制得比较严，以致走向律师职业又成了一条相当艰辛的路途。终究法学专业毕业生中能走上律师道路的又是少数，大多数毕业生会选择其他职业。从这个意义上说，高等学校法学教育的口径又不能只瞄准律师这个职业。这就是问题的复杂之处，也就是法学教育的争论所在。

我始终认为大学法学专业教育只能教授学生掌握从事律师（乃至法官、检察官、公司法律顾问等一切法律人）工作所必需的知识、能力和素质，而不能教授学生掌握律师的一切办案技能。有的律师对我说，现在名牌大学毕业的法学学生到律师事务所后完全不懂得如何办一件案子，还需要手把手教。我答之曰：这些东西不一定要靠课堂去教，应该通过加强实习和一些相关书籍去解决。

现今大学法学教育实习的环节太少了。一方面是学生太多，实际部门能容纳的有限；另一方面是实际部门（法院、律师事务所等）为带这些学生还要进行

许多指导,有些人感到还不如自己做更得心应手。但试想,一个医科大学的毕业生连医院都未曾实习过,这怎能算是合格人才?

现今大学法学教育已经开始注意案例教学,但案例教学不能代替对于律师职业中办案全程的了解和剖析。如果有一些介绍律师办案全程实录的书,也可以弥补学生缺少在律师事务所实习的空白。恰好,我校民商法博士生任自力倡议搞这样一套书,我非常赞成。摆在我们面前的就是这样一部记录律师办案全程的书。这是真正全面介绍律师操作的书,是有意义的尝试。

律师办案全程实录的书,显然与讲解法条的书和案例汇编的书有所不同。后者有个内容是否准确、判案是否正确的客观标准。而前者在许多层面不存在准确或正确的问题,它是一个律师办案的经验总结,而这些经验则是极其珍贵的。经验可以各自不同,仁者见仁,智者见智,但经验的积累和显示可以使后来的人少走许多弯路。因此,无论是已经取得律师资格的人或是将来要从事律师这个职业的人,都可以从这一套丛书中得到启示和教益。



2003年11月10日

前 言

婚姻家庭,既是古老的话题,又是常新的话题。婚姻家庭受政治、经济、文化的影响,同时又反作用于政治、经济和文化。婚姻家庭的稳定与否不但关乎个人幸福、家庭和谐还涉及了社会稳定,因此关注婚姻家庭事务,就是为构建和谐社会出力。

改革开放三十年来中国经历了经济、政治制度的重大改革,也使人们的婚姻观、夫妻关系、子女关系、财产关系都呈现了时代的新特点,发生了巨大的变化。

婚恋观的变化。改革开放使人们的婚姻观、恋爱观和行为准则呈现了多元的价值取向。人们对婚姻的态度也从固守的“天长地久”变为现实的“曾经拥有”;试婚、“闪婚”、“变性人离婚”等新名词新事物层出不穷;“同居”变成了司空见惯的现象;“网恋”、“同性恋”、“一夜情”、“婚外情人”,冲击和干扰着一夫一妻的婚姻制度。婚恋观中呈现出轻率与放任、结婚与离婚、离婚与再婚的变化;社会对新婚恋观从“不理解”逐步发展到相互尝试。

夫妻关系的变化。婚姻关系在中西冲突和同化、传统和现代、对抗和吸纳中发生了空前的裂变与更新。夫妻关系从两性结合的情感伦理实体正在向经济合作共同体转变,爱情在调解夫妻关系中的作用逐渐减少。平等自主意识已成为处理夫妻关系的主导思想,主从型夫妻和依附型夫妻逐渐减少,家庭规模正在小型化、空巢化。

婚姻主体的变化。婚姻从单一变成了多元;婚恋择偶超越了地域和亲缘的定限;婚姻主体从单一的中国人与中国人结婚变为中国人与外国人的结合、中国人与外籍的中国人的结合。“老夫少妻”、“少夫老妻”的现象,逐步被人们接受和认同。

家庭财产的变化。家庭财产呈现多元化、新型化。夫妻财产超越了传统的

模式,在性质、种类、范围、形式及操作运行等方面都发生着巨变。物权、债权、股权、知识产权,数不胜数,种类繁多、标的加大,新类型财产不断出现。离婚案件操作的难度也在增加。

子女关系的变化。高科技的发展,使人工授精、试管婴儿、代孕母亲等人工生育技术的应用推广,日益增多。同时也连带出诸多法律纠纷。婚生子女、非婚生子女、继子女、养子女的抚养、探视和监护责任的履行与放弃,子女在维系夫妻关系中的作用不断减弱,“丁克”家庭逐渐增多。离婚案件中子女成了争夺财产的砝码。

以上种种变化,使得婚姻家庭案件呈现出新的特点。法律规定的原则化,使传统的婚姻案件业务在审理上的难度不断增大。法律适用也由婚姻法、继承法而关联到了民法、公司法、知识产权等法律领域。离婚的过错赔偿更是难上加难。无过错方为了拿到过错证据使自己达到多分财产的目的,侦探机构、调查公司如雨后春笋应运而生。不择手段、不惜成本的取证导致事倍功半或侵权的事例比比皆是。离婚案件也由一般的纠纷演变成了发生率高、存在面广、反复性强、恶性转化快、连带问题多、处理难度大的特殊民事纠纷。案件对专业人员的要求是既要有速度效率,又要求有艺术方法;既要注意表层结案,又要注意深层效果,真正做到“案结事了”和谐稳定。为此专业律师也越来越感到案件难办、审理结果难以预料。

作为专业律师,近处来,我通过中央电视台和各大媒体的法制栏目,通过对典型案例的点评、具有特殊性指导性个案的讨论、网上咨询等机会把自己的观点、看法和感受与广大的读者、观众进行了全方位的交流,但仍感到缺乏系统和深入的机会。感谢法律出版社给笔者提供了一个新的形式,得以对该领域的诉讼程序做个专门化、独立化、系统化的介绍,以期把自己办案的实践经验、颇多的感受体会和诉讼技巧与读者交流。目的是遵循婚姻家庭的内在规律和要求,实现纠纷的彻底处理,从而有效调整婚姻家庭关系,为建设和谐社会做出律师的贡献。

在撰写本书中,由于还要兼顾大量的社会工作、接待慕名而来的当事人、办理未结的案件、进行顾问单位的正常维护,因此只能利用业余时间进行,且本人水平有限,缺漏差错在所难免,敬请专家学者和广大读者不吝赐教。

另外在本书的编辑过程中,白洋女士为资料的收集、整理作了大量事务性工作,为书稿的完成起到了协助作用。谨此真诚感谢!

郝惠珍

2008年8月5日

目 录

第一章 案件的受理	5
第一节 当事人走进律师事务所	7
一、接待当事人	7
二、对案件进行初步分析	11
第二节 受理案件	14
一、签署委托代理协议	14
二、签署授权委托书	22
第三节 律师着手工作	25
一、收集、了解、掌握案件基本事实和证据	25
二、证据的搜集、整理	32
三、确定代理策略、制订实施方案	34
第四节 诉前调解阶段	35
一、律师调解的一般原则	35
二、律师的调解技巧	36
第二章 立案	39
第一节 确定案由	41

一、人格权纠纷	42
二、婚姻家庭纠纷	42
三、继承纠纷	47
四、适用特殊程序案件案由	48
第二节 诉讼文书的起草	52
一、起诉书的起草	53
二、承认外国法院判决申请书	57
三、民事裁定书	59
四、在起诉的同时还需要提出的几种权利	59
五、确定管辖地	69
第三节 婚姻案件起诉的特别要求	72
第四节 诉讼费的交纳及交费标准	72
一、案件受理费	72
二、交纳时间	73
三、诉讼费用交纳范围	73
四、诉讼费的交费标准	73
第五节 人民法院对起诉书的审查	76
第六节 当事人答辩	79
第七节 庭前证据准备与交换	81
一、证据交换的法律规定	81
二、举证时限	82
三、反诉、变更诉讼请求的举证	82
四、证据应当列明清单	82
五、证人出庭	83
六、逾期举证的后果和对策	84
七、新证据	84
第八节 开庭通知的送达	85

第九节 律师开庭前的准备工作	87
一、回避的条件	87
二、回避申请要提交证据	87
三、回避提出的时间	87
四、申请回避的处理	88
五、律师向当事人说明开庭的流程	88
六、律师庭前准备	88
第三章 一审审理程序	89
第一节 庭前准备	91
一、简易程序和普通程序	91
二、进入法庭	92
三、书记员宣布法庭纪律	93
四、审判长宣布开庭	94
五、开始法庭调查	95
第二节 律师对婚姻案件审查的内容	100
一、对婚姻效力的审查	100
二、对感情破裂的认定	104
三、对子女抚养的标准掌握	105
四、对夫妻共同财产的审查	110
五、离婚时房屋的分割原则	112
六、对公司股权的分割	116
七、夫妻共同财产中的股票、债券、投资基金份额等 有价证券如何分割	118
八、双方对财产价值有争议时,以照顾子女和 女方权益以及照顾无过错方的原则处理	118
九、离婚诉讼涉及家庭共有财产的分割时, 不追加为共同诉讼,而应当另案起诉	119

十、离婚案件中债务处理的原则	119
十一、离婚的限制原则	120
十二、损害赔偿的提出	120
十三、离婚时的经济帮助	122
十四、家务劳动的补偿权	123
十五、协议离婚后,协议不能履行的问题处理	123
十六、离婚后一方当事人又发现新财产如何处理	124
第三节 开庭审理中需注意的问题	124
一、法庭调查——用事实和证据说话	124
二、法庭辩论——针锋相对	127
三、法庭调解——情理交融	128
四、庭审笔录——认真审阅	130
五、代理意见——及时提交	134
六、人民法院判决书的送达	136
第四章 婚姻案件二审的审理程序	141
第一节 二审的提出	143
一、上诉	143
二、在上诉程序中应当注意的问题	143
三、上诉状的格式和内容	144
四、被上诉人的答辩	148
五、二审上诉人的权利义务	148
第二节 二审的审理方式	148
一、开庭审理的原则	148
二、组成合议庭	148
三、做好庭前准备程序	148
四、上诉案件的审理范围的特别规定	149
五、上诉案件的调解	149

第三节 二审程序的特点	150
第四节 二审的新证据	151
一、什么是新证据,法律对新证据的规定	151
二、新证据对案件的影响	152
第五节 二审判决的下达	152
一、二审案件的审理结果	152
二、二审对不服裁定上诉案件的处理	153
三、发回重审案件的特别规定	153
四、二审程序的审限	153
第六节 诉讼中裁定书的应用	156
一、诉讼中止的裁定书	156
二、诉讼终结的裁定书	157
三、延期审理的裁定	159
四、准予撤诉的裁定	159
第五章 审判监督程序	163
第一节 再审提出的程序与原则	166
一、民事审判监督程序	166
二、再审程序提出的主体	166
三、提起的条件和程序	168
四、审判监督程序提起的限制	168
五、再审提出的时效	169
六、再审的受理与管辖	169
七、再审申请审查的期限	169
八、再审案件受理费	171
九、再审的原则	171
第二节 民事案件的抗诉	172
一、有关继承的抗诉案件	172

二、确认继承开始的时间	195
三、确定是法定继承还是遗嘱继承	196
四、要审查有无遗赠行为的发生	198
五、遗赠扶养协议	199
六、继承的其他情形	200
七、继承权的丧失	204
八、确定遗产的范围	205
九、继承中的债务清偿	206
十、律师如何代理公民继承中国境外的遗产	208
第六章 执行程序	209
第一节 强制执行	212
一、执行	212
二、申请执行的时间	212
三、执行的管辖	212
四、申请变更执行管辖的理由	213
五、执行异议	213
六、案外人提出异议的理由	214
第二节 被执行人的处罚措施	214
一、律师在代理执行案件时应引导和督促当事人自觉主动地履行义务	214
二、律师对协议离婚后,一方不履行财产分割的协议,另一方不能 直接申请法院强制执行	215
第七章 结案	217
一、案件结案归档案材料	219
二、归档的时间	219
第八章 律师办理非诉法律事务内容与程序	221
第一节 代书	223
一、财产约定协议书	223

二、分居协议	225
三、离婚协议	226
四、遗嘱	228
第二节 律师见证	230
一、律师办理见证业务的范围	230
二、律师办理见证业务的程序	230
三、审查	230
四、注意事项	231
五、遗嘱见证	231
附录	233

引 言

人与人的结合组成了家庭,家庭与家庭成员的组合构成了社会。家庭是人类社会的基石。在两性相爱、结婚生子、人类正常繁衍中,也出现了夫妻分手、家庭分裂、财产分割,这些问题的处理结果将直接关系到家庭中每个人的利益,关系到社会的安定与和谐。中国社会正处在一个快速变化和全面探索的时期,两性关系和婚姻家庭领域的问题随着社会的发展也在不断变化着。婚姻家庭已成为社会观察的基本视角。

本书从解决离婚的程序入手,以执业律师的办案实践为基础,探索利用精湛的法律知识和经验去解决婚姻家庭法律实务中的难题,以实际案件的办理过程,阐述办案程序的各环节,与大家一起分享关于婚姻家庭法律实务中的操作经验。本书为有志于深入探讨婚姻家庭法问题的读者提供了深度参考,不仅对法律专业学生研习婚姻家庭法有所帮助,而且对执业律师及其他相关职业工作者思考婚姻家庭问题或纠纷之解决亦是有所帮助的。

案情简介

北京某旅游公司总经理萧大中(未婚),1989年2月在情人节晚宴上认识了28岁的毛女士(已婚)。双方一见钟情很快就坠入爱河,同年12月第一次性接触。由于毛女士的爱人在服刑,她一直未办理离婚手续。1993年初毛女士发现自己怀孕,并电话告诉在外地出差的萧先生。萧先生要求她打掉孩子,毛女士当面答应,但未实施。5月份萧先生才得知孩子已经五个月了。为此1993年7月毛女士与前夫办理了离婚手续。11月1日孩子出生,女孩起名萧元元,萧大中和毛女士两人的关系一直未公开,包括其父母都不知晓。孩子过百日时女方家人摆宴席招待亲朋好友,萧大中及其家人都未参加。1997年毛女士生育老二,萧方方。婚后毛女士没有工

作,协助爷爷奶奶带孩子。萧大中在外管理公司,但从未带毛女士外出,也从不向他人介绍毛女士的身份,不少人仍给萧大中介绍对象。

萧大中因业务繁忙经常随团外出夜不归宿,逢年过节还带公司秘书去香港、澳门等地考察或与同行聚会,为此毛女士极为不满,并怀疑萧大中在外面有人,2000年起双方常有争吵。毛女士耐不住寂寞便与自家司机侯某某往来密切,萧大中有所耳闻。2001年的一天萧先生谎称要去国外考察,在外地逗留两天后的深夜突然返回,发现毛女士和侯某某正在自己给女方租用的房中熟睡。萧大中气急败坏当即让侯某用“眉笔”写下“事实经过证明书”。

2001年8月,拿到“证据”后的萧大中找到律师,说明自己的情况,并与律师签订了委托代理协议,律师通过与当事人谈话、了解案情后发现,本案事实清楚,但法律关系介于同居关系和事实婚姻之间,案件的性质直接涉及财产的分割,因此双方当事人对案件一定会存在很大争议,再加上财产问题,调解分手可能性不大,随后与萧先生协商起诉。按照婚姻案件的调解原则,律师在调查取证后,与毛女士作了起诉前的调解工作,在调解方案无法达成一致时,律师代理男方首先起诉到人民法院。案由是:解除同居关系。诉讼请求为:(1)解除双方同居关系;(2)维持所生子女由自己抚养的现状。

由于原告诉状不是离婚,也未涉及财产分割,女方接到诉状后马上提出反诉,诉讼请求为:(1)依法分割反诉被告在事实婚姻存续期间的共同财产,要求分得2000万元;(2)诉讼费由双方共同承担。诉讼理由是,1994年反诉原告的父亲帮助萧大中做房地产,在原被告的共同努力下,萧大中投资设立了大小公司四个,注册资本8600万元,四个公司资产上亿元,同时被告有三处房产、价值1000万元,股票账户2500万元。反诉人认为上述资产均为双方在事实婚姻存续期间所得,是双方共同财产。根据《婚姻法》的规定,原被告属于事实婚姻关系,离婚时应分割共同财产。自己应分得4000万元,考虑到公司的债务,只主张2000万元,反诉人保留增加诉讼请求的权利。

人民法院审理后,依据《中华人民共和国婚姻法》第8条、第25条第1款及相关法律规定,判决如下:一、依法解除原被告之间的非法同居关系;二、双方所生子女元元归萧大中自行抚育,方方归毛群自行抚育;案件受理费,原、被告各承担50%。

判决后原被告均不服原判,分别提出上诉,男方萧大中的上诉理由为:两个孩子都在自己父母处生活,解除同居关系不应当改变孩子的生活现状,女方生活不检点,不利于孩子成长,要求两个孩子都由自己抚养。

女方也不服,提出的上诉理由为:原判事实不清,认定非法同居有误。双方应属事实婚姻,应当分割共同财产,另外自己已经做了绝育,应当将两个孩子判