

“民商法律师实务”丛书 ⑬

婚姻家庭法 律师实务

(第2辑)

中华全国律师协会民事专业委员会 编

- 离婚协议
- 亲子鉴定
- 家庭暴力
- 夫妻忠诚协议
- “80后”离婚案件
- 婚内侵权损害赔偿

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

“民商法律师实务”丛书 ⑬

婚姻家庭法 律师实务

第2辑)

中华全国律师协会民事专业委员会 编

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

婚姻家庭法律师实务 (第2辑) / 中华全国律师协会民事专业委员会编. —北京: 中国法制出版社, 2008. 10

(民商法律师实务丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0835 - 6

I. 婚… II. 中… III. 婚姻法 - 中国 - 文集 IV.

D923. 904 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 162276 号

婚姻家庭法律师实务 (第2辑)

HUNYIN JIATING FA LUSHI SHIWU (DI ER JI)

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2008 年 11 月第 1 版

印张/13 字数/287 千

2008 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0835 - 6

定价: 26.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网 址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

编辑部电话: 66010406

读者俱乐部电话: 66026596

邮购部电话: 66033288

专业领先与服务深化是不断发展 律师民商事法律服务的灵魂

(代序)

从1998年至今,中国民商法实务论坛(下称论坛)已经走过十个年头。当年,中华全国律师协会民事专业委员会(下称民委会)曹星主任提出并开创的中国民商法实务论坛“十年树木”,已结出了丰硕的成果。自2006年第八届论坛开始,民委会把论坛收到的论文分类汇总,经全国律协审定,以“民商法律师实务”丛书编辑出版。当年收到论坛的论文编辑出版了丛书的第1至第3共3册,2007年第九届论坛收到的论文编辑出版了丛书的第6至第9共4册。今年是论坛开创的十周年,截至9月15日民委会收到论文共257篇,经分类整理,编辑成“民事律师实务”、“建筑房地产律师实务”、“公司法合同法律师实务”以及“婚姻家庭法律师实务”四部分,作为丛书的第10至第13共4册并正式出版。至此,民委会努力创设的“民商法律师实务丛书”已初具规模,从丛书的畅销情况看,这套丛书已在全国律师和有关读者中产生了重要的影响。

民委会把及时总结并推广全国律师的民商事法律服务的实务经验作为最重要的工作,民委会委员责无旁贷地担当了这一重任,此项工作也吸引了全国广大律师积极参与,这是民委会的律师实务研究的一个正确的发展方向。在已有的民商事律师实务研究的基础上,今年的论文集中反映了民商事律师在具体的专业领域领先的研究成果并深化法律服务的明显特点,这是我国民商事实务研究和法律服务的一个创新。

“专业领先”，是民商事律师业务研究的目标和要求，律师的民商事业务领域是最广泛的，分类也是最能够细化的。从今年论坛收到的论文来看，律师在建筑房地产领域中的建筑节能、工程签证和索赔、政府工程代建、工程总承包、市政基础设施特许经营权以及有关物权法中的国家征收、预告登记、登记赔偿、不动产善意取得、车库车位、农村宅基地转让、小产权房等细分后专业领域的新问题都有研究成果；在公司法和合同法研究领域，公司有限合伙与风险投资、公司僵局的救济、股东查账、涉及企业破产中的相关问题，以及在合同法领域的强制缔约、电子签名、信托受益权质押、违约与侵权等一系列前沿的专业法律问题都有律师实务研究的真知灼见；对民事业务侵权范围内的共同危险行为的责任分担、善良风俗原则的民法适用、不作为侵权行为以及虚拟财产等尚无专门立法的复杂法律问题，提供论文的律师都从民法基础理论和律师服务实践相结合的角度进行了深入研究。因此，不论律师的专业在什么具体领域，也不论细化到什么深度，只要实现了“专业领先”，就一定能取得具体领域的话语权，就一定能够确立自己的专业地位。

而“服务深化”，则是专业律师把自己的实务研究成果促进自己专业发展的进程和突破。律师的实务研究如果不来自法律服务，那就不是实务研究，而是其他领域的研究了。深化自己专业领域的服务并形成自己的专业特色和品牌，那么专业律师的地位也自然确立了。以民事业务中最传统的婚姻家庭业务为例，民委会的许多专业从事婚姻家庭业务的律师，尤其是一些年轻的律师，有志于在传统业务领域深化律师的服务，他们在传统的民事业务领域实现了创新，专业细分创新、服务理念创新、指导思想创新、服务方式创新，他们也因此确立了在这一领域的专业地位和话语权，深化服务并创新服务成为民委会婚姻家庭业务发展的原动力。民委会分别于北京、上海连续两次召开的“婚姻家庭实务论坛”，都引起广大律师和学术界的关注，众多具有创新理念的律师，尤其是年轻律师为论坛提供的论文以其新视角和高质

量成为实务丛书的精彩华章。

因此，“专业领先”和“服务深化”是不断发展民商事律师法律服务和实务研究的灵魂；律师有自己的专业才有自己的作为，有作为才有地位。从某种意义上说，律师的地位正是“专业领先”和“服务深化”铸成的。

收在今年民商法实务论坛的论文集中的众多论文，是民委会的委员和广大律师共同努力的新收获、新成果，也是民委会全体成员和广大律师积极进取、与时俱进，不断提升实务能力的新进展、新贡献。可以确信：民委会委员和热心于民商法实务研究的广大律师，以“专业领先”和“服务深化”为指导思想，进一步细分专业，开拓创新，我国民商事法律的实务研究一定能够取得新的进步，并且一定能够有效推进律师的业务发展和民商事领域的专业化进程。

中华全国律师协会民事专业委员会主任 朱树英

目 录

第一篇 总 论

我国婚姻家庭制度中增设分居制度的构想	刁玉芬	3
试论建立婚内侵权损害赔偿制度	郝惠珍 戴玉峰	8
专业婚姻家庭律师事务所的建设与发展	贾明军 万炜慧	16
他们的婚姻有效吗? ——由一起无效婚姻案透视我国无效 婚姻立法的三大缺陷	李志华	28
浅析心理咨询师以及咨询技术对现代婚姻家庭律师 的启示	陆 颖	34
离婚案件业务中的实务问题	孙跃礼	42
外国法院离婚判决的承认与执行问题研究	王克先	49
律师和心理咨询师业务协作构想	杨有仑	60
夫妻分居期间子女探望权的立法思考	张 静	67

第二篇 家庭关系与家庭财产

赡养老人的费用应如何分担	包 鑫 金锡晏	77
从“同财共居”想到的	陈 靖 李晓军	82

弃婴收养的法律问题分析	陈喻伟 耿 璟	87
亲子关系诉讼的热点和难点		
——拒绝亲子鉴定的价值选择	何昌林 王礼仁	94
浅析代书遗嘱的效力和常见问题	贾明军 陆珊菁	108
“特留份”制度在中国	戚晓红	118
夫妻公司人格之否认浅论	王小成 王悦建	123
浅议我国家庭财产信托的推广和应用	徐 洁	130
婚姻财产约定制下不动产是否需要履行物权变动形式		
——兼谈我国夫妻财产约定制度的完善	杨晓林	140
关于完善我国夫妻共同债务认定的法学思考	尤正海	152
同居关系析产、子女抚养纠纷	张承凤	159
为抚养费的给付设定担保应认定有效	张太盛	164
浅议女性家庭暴力	朱永香	168

第三篇 离 婚

离婚财产分割协议的效力及其在离婚诉讼中的法律		
后果分析	卜凡文	175
“夫妻忠诚协议”是否有效	陈爱生	182
离婚诉讼中房产分割难点	董立超	188
论离婚案件中避免虚假债务合法化	郝欣丽	195
离婚期间夫妻一方股权转让性质和对策探微		
——镇某与温某、江某股权转让侵权纠纷一案	贾明军	202

浅谈离婚诉讼中亲子鉴定	李传功	212
理论与实践视野下中国离婚标准的法律反思与重构	李秀华	219
论“夫妻忠诚协议”的法律性质及司法效力	刘娟	233
离婚诉讼中的亲子鉴定问题研究	刘昱	240
对我国法定离婚理由和标准的反思	卢明生	246
违反婚姻法第四条忠实义务的救济途径	卢伟豪	253
诉前离婚协议的效力及其在离婚诉讼中的法律后果		
分析	谭芳 方洁	261
论对未成年子女的探望权及强制执行	谭芳 高泽	270
试论婚姻忠诚协议的效力	田竹	280
离婚诉讼中“婚前按揭购买房产”分割探讨	王芳	287
浅析“80后”的婚姻观	王秀燕	304
浅析离婚时夫妻按揭房屋的归属	王英	309
略谈夫妻离婚时有限公司股权的分割	吴卫义 付忠文	315
浅议夫妻共同财产中的股权分割	吴卫义 王悦建	321
以一方名义持有的夫妻共有公司股权在离婚		
诉讼中分割的难点	徐雯	334
婚前以一方名义购买,婚后共同还贷的按揭		
房屋在离婚案中的分割	杨培国	342
试述离婚协议的成立与生效	杨欣	351
离婚案件中涉股财产的认定与分割的若干问题	姚彬	357
现代婚姻法中离婚救济制度的实施与缺陷	张现辉	364

对“80后”离婚案件的分析与思考	张永林	371
浅谈离婚后子女抚养问题	赵 华	376
夫妻离婚后的扶养制度对比研究	赵宁宁	382
对“80后”婚姻问题的分析与思考	郑建和	394
试析离婚案件中的房产分割难点问题	庄 毅	402
李 华	李 华	405
王 华	王 华	406
张 华	张 华	407
李 华	李 华	408
王 华	王 华	409
张 华	张 华	410
李 华	李 华	411
王 华	王 华	412
张 华	张 华	413
李 华	李 华	414
王 华	王 华	415
张 华	张 华	416
李 华	李 华	417
王 华	王 华	418
张 华	张 华	419
李 华	李 华	420
王 华	王 华	421
张 华	张 华	422
李 华	李 华	423
王 华	王 华	424
张 华	张 华	425
李 华	李 华	426
王 华	王 华	427
张 华	张 华	428
李 华	李 华	429
王 华	王 华	430
张 华	张 华	431
李 华	李 华	432
王 华	王 华	433
张 华	张 华	434
李 华	李 华	435
王 华	王 华	436
张 华	张 华	437
李 华	李 华	438
王 华	王 华	439
张 华	张 华	440
李 华	李 华	441
王 华	王 华	442
张 华	张 华	443
李 华	李 华	444
王 华	王 华	445
张 华	张 华	446
李 华	李 华	447
王 华	王 华	448
张 华	张 华	449
李 华	李 华	450
王 华	王 华	451
张 华	张 华	452
李 华	李 华	453
王 华	王 华	454
张 华	张 华	455
李 华	李 华	456
王 华	王 华	457
张 华	张 华	458
李 华	李 华	459
王 华	王 华	460
张 华	张 华	461
李 华	李 华	462
王 华	王 华	463
张 华	张 华	464
李 华	李 华	465
王 华	王 华	466
张 华	张 华	467
李 华	李 华	468
王 华	王 华	469
张 华	张 华	470
李 华	李 华	471
王 华	王 华	472
张 华	张 华	473
李 华	李 华	474
王 华	王 华	475
张 华	张 华	476
李 华	李 华	477
王 华	王 华	478
张 华	张 华	479
李 华	李 华	480
王 华	王 华	481
张 华	张 华	482
李 华	李 华	483
王 华	王 华	484
张 华	张 华	485
李 华	李 华	486
王 华	王 华	487
张 华	张 华	488
李 华	李 华	489
王 华	王 华	490
张 华	张 华	491
李 华	李 华	492
王 华	王 华	493
张 华	张 华	494
李 华	李 华	495
王 华	王 华	496
张 华	张 华	497
李 华	李 华	498
王 华	王 华	499
张 华	张 华	500



婚姻家庭法律实务

第一篇 总 论

我国婚姻家庭制度中增设分居制度的构想

刁玉芬*

纵观目前世界各国关于离婚制度的规定,我国属于离婚效率最高,程序最简单的国家之一。我国婚姻法律规定,离婚有两种形式:协议离婚与诉讼离婚。协议离婚指夫妻双方就离婚意向、财产分割、子女抚养达成一致意见,通过婚姻登记机关办理离婚手续解除婚姻关系。如夫妻双方对离婚意向、财产分割、子女抚养不能同时达成一致意见,只能通过一方起诉的方式解除婚姻,即诉讼离婚。协议离婚如双方材料已准备齐全,在婚姻登记机关工作日内签完离婚协议,领取离婚证书即可,所需时间短到让你难以相信。程序较多的诉讼离婚如无法律特殊规定一般也不会超过两年时间。

在大家感叹享有高度离婚自由的同时,高效率的离婚制度也为当事人双方、社会稳定带来不利影响。例如,近年出现了短期内结了离、离了再复的现象,使人们越来越不重视婚姻家庭这一人生中最宝贵的财富,以及个人在婚姻家庭中所应承担的社会责任。作为社会最基本单位的家庭如处于不稳定状态,势必影响作为社会大家庭的国家的稳定,间接影响社会发展。

因此,赋予人们高度离婚自由的同时,加以一定程度的限制,强制规定一定的缓冲期让双方分开生活,从而检验婚姻是否已无挽回余地,以及考虑接下来的选择是非常必要的。如何规定才能使分居制度

* 山东岛城律师事务所

既借鉴到香港及外国的先进经验，又能与我国的婚姻法律制度结合，适合我国的国情呢？

通说观点：分居也称别居，是指婚姻当事人依法解除同居义务但仍保持婚姻关系的法律制度。分居制度源于西方宗教法。香港借鉴英国的分居制度，结合中华民族的婚姻家庭传统，将其作为离婚制度的一种补充，发挥了积极作用。

香港分居制度存在的法律背景及与大陆婚姻法律制度比较：

香港与大陆的婚姻制度有相同点，也有不同点。就法定离婚理由看，本质相同，形式存异。《婚姻诉讼条例》（香港）规定：婚姻的任何一方向法院提出离婚呈请的唯一理由，是婚姻已破裂至无可挽救。具体内容：一、被告人与他人通奸，且申请人无法再忍受与其共同生活；二、因被告人的行为而无法合理期望申请人与其共同生活；三、原告在提出离婚申请前至少已连续两年遭被告遗弃，遗弃期具有连续性；四、在提出离婚前，婚姻双方最少已连续分居两年且被告同意法院作离婚命令；五、在提出离婚申请前，婚姻双方最少已连续分居五年。我国大陆婚姻法律规定，男女双方自愿离婚的，准予离婚。双方必须到婚姻登记机关申请离婚。人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。具体规定：有下列情形之一的，调解无效的，应准予离婚：（一）重婚或有配偶者与他人同居的；（二）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；（四）因感情不和分居满二年的；（五）其他导致夫妻感情破裂的情形。一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。比较一下，差距就在大陆的法律更明确，香港的法官有更大的自由裁量权，再就是关于分居的规定。

其次，香港法律规定，诉讼离婚是配偶生存期间解除婚姻关系的唯一方式，离婚判决有不产生解除婚姻效力的临时判决和正式判决两种。香港、大陆离婚判决均为两审终审制。

再次，离婚的法律后果：一、夫妻身份关系解除；二、夫妻财产

关系变更。值得一提的是香港地区实行夫妻分别财产制，但可以有一定的共同财产。如双方财产的差别会给一方的生活带来困难，法院有权为其作出经济上的安排和调整财产上的分配。

香港的分居制度规定，分居有协议分居、司法分居、颁令分居三类。当事人的分居申请被法院受理并批准后，法院即向当事人发出分居令，分居令一旦发布，即发生如下法律效力：一、夫妻双方不再负有同居义务；二、子女的法定管养权交付丈夫或妻子行使；三、丈夫须向妻子或向地方法院司法常务主任或代表妻子的第三人，付给由地方法院在顾及丈夫及妻子双方的经济能力后认为合理的一笔款项，作为对妻子及妻子所管养的每名子女的抚育费和教育费；四、有限承认外国的分居裁决。

综上，我国已具备设立分居制度的法律背景，同时，在审判实践中，处理婚姻纠纷时，特别是第一次起诉又不存在判决离婚的法定理由的，一方当事人经常处于一种尴尬的境地。例如，一方因轻微的家庭暴力起诉，法院基于双方感情尚未彻底破裂判决不准离婚或调解和好，受害一方如继续与对方共同生活，就可能面临对方的报复。受害者基于法律规定，只能在半年以后重新起诉，这半年时间，除非受害者再次受到严重伤害，否则，无从寻求司法救济。再比如，在第一次起诉离婚时，因对方有转移财产的行为或潜在可能，当事人申请了财产保全，但判决不准离婚或调解和好，保全的财产就必须解封，这为别有用心的人提供了一个转移、隐匿、为泄愤故意毁坏财产的很好机会。不仅不利于保护公民的人身权、财产权，也使法院作出的不准离婚的判决成为一张“白条”，不利于维护公平正义。再者，婚姻关系的建立以感情为基础，感情的事不能立刻分得太清楚，并不是非爱即恨，对婚姻关系存续较长时间的双方，要认清婚姻是否确无回旋余地，需要一段时间。当婚姻出现问题，当事人可能会头脑一热产生离婚的想法，过一段时间冷静下来，又觉得婚姻值得珍惜。如给当事人过度自由，反而会使当事人作出后悔的选择。从社会角度看，因为离婚会给

未成年子女带来不同程度的伤害，有些父母可能感情虽然破裂，却不愿伤害到孩子，如果能有分居这样一种制度，会使他们多一种选择。

现今我国建立分居制度是十分必要的，但前提必须是有实现分居的途径。在香港及英国等协议分居与裁判分居均具有法律效力。但我国的法律环境，不允许我们效仿。笔者认为在确立裁判分居为主的前提下，可以有限地承认协议分居的效力，即对其进行一定的约束。例如，分居协议从协议内容到签署必须经过无关联的专业律师见证，对财产的处理及子女抚养等容易产生纠纷的问题拟定格式条款规范等。从而保证分居协议对双方公平、公正且合法可行，能发挥其应有的作用。

关于分居的条件，结合我国现行法律，笔者认为离婚诉讼中，如法官认为第一次起诉应判决离婚，如起诉方申请可裁决双方分居；如法官认为不存在判决离婚的法定理由，可直接判决当事人双方分居。如双方共同协商分居，可通过专业律师见证分居协议内容及签署过程，并委托律师出具分居见证书。如一方直接向法院申请分居，法院可以进行审查，对于满足一定条件的颁发分居令。以上是笔者对我国现阶段规范分居制度的建议。

至于分居制度中最为重要的内容在于解决三方面问题：夫妻间的人身关系、夫妻关系之外的家庭关系、财产关系。其中，最关键的还是夫妻人身关系，因为分居期间婚姻关系仍然存在，因此，即使同居义务结束，仍应履行夫妻间的忠实义务，除非双方均同意不用履行该义务。对无子女的夫妻，因为我国法律未规定女婿、儿媳的赡养义务，因此不用承担法定的赡养、抚养义务，但基于中华民族的优良传统，建议女婿、儿媳的继续履行赡养义务；对于子女尚未成年的夫妻，应妥善处理子女的监护、抚养问题，在这段特殊时期，更应该明确子女由哪一方直接抚养，另一方给付一定数额的抚养费。在财产方面，夫妻分居期间的财产以分别财产制为宜，即分居期间各方创造的财产归个人独有，各方形成的债务自担，对于夫妻共同财产不宜进行分割，

应委托独立的非关联机构监管，更加公平。分居期间的夫妻继承权仍应存在，有经济能力的一方应当给与生活困难的一方适当的抚养费。

关于分居的期限，笔者认为以六个月为宜。理由是六个月的时间足以使出现矛盾的双方冷静下来仔细考虑婚姻是否真的到了不能挽回的地步；六个月的时间也足以检验出各方独自生活是否比共同居住更幸福；六个月的时间还能使决定离婚的双方体验出离婚是否真的是最好的选择。

笔者认为，我国的国情及现阶段的法律背景已为我国设立分居制度奠定了良好基础，司法实践及现实生活中夫妻要么勉强维持现状、要么离婚，也应有分居制度这一折中方案加以补充。

疏矣。此要依。法律客居事。对男内。【附别夫】

中设立分居制度，更利于保护分居期间的合法权益。如《婚姻法》第32条规定：“男女一方要求离婚的，可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼。人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。有下列情形之一，调解无效的，应准予离婚：（一）重婚或有配偶者与他人同居的；（二）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；（四）因感情不和分居满二年的；（五）其他导致夫妻感情破裂的情形。一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚。”

国家法律出版社北京
北京市高级人民法院北京