

西南民商學人文庫

亲属法与继承法专论

陈 苇 著

法律出版社

西南民商學人文庫

亲属法与继承法专论

Monographic Studies on Family Law and Succession Law

陈 苇 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

亲属法与继承法专论/陈苇著. —北京:法律出版社,
2009.5

(西南民商学人文库)

ISBN 978-7-5036-9600-8

I. 亲… II. 陈… III. ①婚姻法—中国—文集②继承法—
中国—文集 IV. D923-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 079223 号

亲属法与继承法专论

陈 苇 著

责任编辑 刘文科

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 16.125 字数 456 千

印次 2009 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.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/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9600-8

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

让我们一起见证辉煌

西南政法大学民商法学科发展至今已经历了接近56个年头,几乎与新中国的法学教育事业同步。西政民商法学科的前身可以追溯到1953年9月7日成立的西南政法学院教务处教研室民法组。1956年2月15日在原民法组的基础上成立了西南政法学院民法、民法法教研室。1977年5月西南政法学院恢复招生后民法教研室成为学校复办后首批成立的教研室,除了将因学校停办而未来得及遣散的教师如金平教授、杨怀英教授、张序九教授等重新聚集起来之外,先后从最高人民法院和北京、四川、贵州等地调回邓大榜、黄名述、聂天颢、李开国等老师,从而初步奠定了民商法学科基本的教师队伍。在金平、杨怀英等学界前辈的不懈努力下,民商法学科的师资队伍不断壮大,从教研室成立初期时的4个人,发展到80年代末32个人,师资结构也有了明显改善,一大批硕士研究生先后充实到教师队伍。并在长期的教学实践中创造出了求真务实的良好学风。1988年成立法律系时,民法教研室隶属于法律系。1999年学校在对校内法律教学资源进行调整和整合组建法一系时,民商法学科成为该系的中坚力量,无论是师资队伍还是组织建构都得到进一步充实和完善,民商法学科也被析分民法和商法两个教研室。2003年6月以民商法学科为基础组建了全国第一个民商法学院。在内部机构设置上,在保留原民法教研室和商法教研室的基础上,分别从民法教研室中分出婚姻家庭法与妇女理论教研室,从商法教研室中分出知识产权法教研室,并从民法教研室和商法教研室中各抽掉一部分教师成立了房地产与劳动法教研室,从而奠定了我校民商法学科的现有基本结构布局。

五十多年的风雨兼程,半个多世纪的沧桑更迭,在民商法学科的曲折发展历史中,学科经历了草创——被撤销——复建——积极开拓——

创新发展等几个不同的发展阶段。改革开放之初,本学科在金平教授、杨怀英教授等前辈大德的带领下筚路蓝缕、艰苦创业,创造了我校民商法学科的第一次辉煌。1981年,经国务院批准,本学科获得了全国第一批法学硕士学位授权点,1983年3月至6月承办了首届全国法学专业民法学师资班,佟柔、江平、赵中孚、谢邦宇、林诚毅、关怀、金平、杨怀英等国内知名学者亲执教鞭、传经布道,为全国培养出了改革开放后第一批民法学基本教学科研骨干。在以后的发展过程中,后继者李开国、黄名述、王卫国、尹田、张玉敏、赵万一、陈苇、刘俊等一批中青年骨干殚精竭虑、绍继前贤,继续巩固了本学科在全国的优势地位。1995年,本学科成为四川省首批省级重点学科,重庆直辖后,又被确定为首批市级重点学科。1998年经国家批准,本学科获得博士学位授予权,2004年经国家批准设立民商法博士后流动站。本学科迄今为止已为我国培养了三千余名硕士研究生以上的高级民商法专门人才,其学子遍布神州,延及海外,他们在各自的工作岗位上为我国的法制建设和社会发展做出了卓越贡献。

本学科现有专职教师(不含行政管理和学生管理人员)76名,其中教授16名,副教授28名。拥有1个重庆市人文社会科学重点研究基地,7个校级科研机构,1个国家级人才培养模式创新实验区(复合型知识产权应用人才培养模式创新实验区),4门重庆市精品课程。本学科长期专注于民法、商法、知识产权法、婚姻家庭法、劳动与社会保障法、房地产法、金融法、医事法等8大方向的教学与研究,先后组织出版了《中国不动产法研究》、《家事法研究》2份学术刊物以及“民商法学博士文库”、“西南知识产权博士文库”2个博士文库。为了弘扬民商法精神,本学科在继续组织出版原有出版物系列的基础上,又推出了这套“西南民商学人文库”、“西南民商法学阶梯”、《民法哲学研究》、《西政民商教授讲演录》等四个学术系列。其中“西南民商学人文库”收录了本学科16名教授和部分副教授的前沿性研究成果,既是对我校民商法学科近几年学术成就的一次集中展示,也是与其他学校同行专家进行切磋和交流的良好平台,相信会对我国民商法学的研究事业和本学科的进步起到巨大推动作用。

II

值得说明的是,本文库的出版得到学校领导和法律出版社的大力支持,特别是法律出版社学术分社编辑刘文科先生和钱小红女士亲临重庆,现场办公,为本文库的编辑出版付出了大量心血,他们的高度敬业精神令人十分钦佩。本文库的出版还得到金平老师、黄名述老师、聂天颢老师、邓宏碧老师、赵勇山老师等诸多离退休前辈和王卫国、尹田等部分外地校友及本学科诸多博士研究生和硕士研究生的大力支持。没有他们的努力和帮助要想出版这样一套较大规模的丛书是完全不可能的。在此我谨代表西政民商法学全体同仁,向为本丛书的出版提供了各种形式帮助的老师、领导、校友和同学表示衷心的感谢。同时也向长期以来关心、支持本学科发展的各位同行专家和各位领导表示诚挚的谢意。我相信在各位专家学者的继续支持下,经过西政同仁坚持不懈的努力,西政民商法学科的明天一定会更加灿烂辉煌!

是为序。

赵万一

2009年5月18日于西南政法大学

愿天下家庭都幸福——自序

“爱情、婚姻、家庭”是人们永恒的话题。为追求甜蜜的爱情、建立美满的婚姻、营造幸福和谐的家庭，人们不遗余力，孜孜以求。这既可从古今中外的文艺作品中看到形象的反映，也可从现实社会生活中找到鲜活的证明。家庭是社会的细胞，家庭的和谐与幸福是社会稳定和发展的基础。在 21 世纪，联合国更加积极倡导人权保护，我国政府强调“以人为本”，正着力构建和谐社会，采取多种机制妥善处理家庭纠纷，建设和谐家庭。在世界上一些国家和地区，如澳大利亚、日本、香港等早就设立了专门的家事法院，以便有针对性地适当处理婚姻家庭案件。总之，重视婚姻家庭的价值，促进婚姻家庭的和谐与幸福，已是许多国家政府和民众的共识。

我从“初入法门”，到“痴迷家事法”，除主要得益于我国著名婚姻法专家、导师杨怀英教授的引导和谆谆教诲，各位前辈老师的教导和大力提携，诸位同仁的热情帮助外，也是因亲眼目睹了社会上不少家庭的离婚纠纷、财产纷争，使离婚妇女的身心受到伤害、未成年子女的受抚养权不能实现等。面对这些侵害妇女儿童权益的不公正、不合理的现象，本人深感自己有责任对婚姻家庭继承法进行深入研究，以期修改和完善我国的婚姻家庭法与继承法，更好地维护婚姻家庭当事人尤其是婚姻家庭中的弱者（往往是妇女儿童）的权利，指导婚姻家庭当事人自觉地履行义务，实现法律的公平与正义，促进婚姻家庭的和谐与幸福。亿万家庭的和谐与幸福是整个国家社会的和谐与进步的基础。

回首往事，本人自 1979 年 9 月考入西南政法学院（现西南政法大学），经过四年法律系本科生、三年民法专业硕士研究生的学习毕业后，留在该校民法教研室任教，至今已近三十年。这三十年间，我

从一名学生成长为助教,再从一名助教成长为教授、博士生导师。“树高千丈也有根”。我永远感激辛勤培养自己的西南政法大学的各位领导和老师们!我永远感激黄名述老师对我撰写学年论文的精心指导,赵勇山老师对我撰写毕业论文的精心指导,杨怀英导师对我撰写硕士论文的精心指导!这一步一步地培养了我的分析能力、逻辑思维能力和写作能力等,为我在高等学校从事教学和科研工作打下了坚实的基础。我永远感激教研室的李开国老师、张玉敏老师、邓宏碧老师、谭向北老师、陈志学老师、胡平老师等老一辈教师们对我的培养、教导和帮助!我永远感激教研室的中青年同行们对我的支持和帮助!同时,我也衷心地感谢我国婚姻法学界巫昌祯教授、杨大文教授、刘素萍教授、张贤钰教授、李忠芳教授、陈明侠研究员等老一辈专家们对我的培养和指教!并衷心地感谢我国婚姻法学界中青年学者们对我的启迪和帮助!

如今,西南政法大学民商法学院组织编撰出版“学术文库”,以总结教师们的学术研究成果,纪念新中国法制建设六十年。本人特将1986年至2005年这二十年间自己撰写的论文中选出28篇(其中绝大部分已经公开发表)按专题分类集结编成《亲属法与继承法专论》论文集。(由于本论文集的字数限制,其余的论文及2006年以后发表的论文将待以后集结出版。)一是将自己的学术研究成果向母校的前辈老师们作一汇报,报答辛勤培育之恩;二是将自己的学术研究成果按专题分类整理集结成册,也便于同行查阅和交流。在被集结的28篇论文中,有的是初入学海的稚嫩文字;有的是较为成熟的个人观点;有的是单纯理论的研究;有的是结合实际的分析;有的是在祖国西南一隅对我国婚姻法和继承法的探索;有的是自澳大利亚留学归国后对外国家庭法和继承法之评介。从这些研究成果中,可以看到,研究的领域逐步拓展,研究的内容日益深化,研究的方法逐渐多样,研究的结论日趋成熟,这符合人们认识事物“由此及彼,由浅入深”的客观规律,它们真实地反映了一个学人随着时间的推移而不断成长的过程。

三十年来,为报效祖国亿万家庭,本人在婚姻家庭继承法学研究领域里辛勤地耕耘,先后在《中国社会科学文摘》、《中国法学》、《法律科

学》、《法商研究》、《现代法学》、《法学杂志》、《民商法论丛》、《月旦民商法》；以及 *International Journal of Law, Policy and the Family*; *The International Survey of Family Law*; *21st Century Law Review*; *US - China Law Review*; *Frontiers of Law in China* 等中外期刊发表学术论文 60 余篇；主编出版《中国婚姻家庭法立法研究》（2000 年）、《中国大陆与港、澳、台婚姻家庭法比较研究》（2002 年）、《外国婚姻家庭法比较研究》（2006 年）、《加拿大家庭法汇编》（2006 年）、《中国大陆与港、澳、台继承法比较研究》（2007 年）、《当代中国民众继承习惯调查实证研究》（2008 年）、《澳大利亚家庭法（2008 年修正）》（2009 年）以及《家事法研究》（2005 年卷、2006 年卷、2007 年卷、2008 年卷）等书籍 10 余部。此外，2009 年本人率弟子还与美国、意大利学者合作撰写出版英文法学著作 1 部：*Practical Global Family Law: —United States, China and Italy*（《实践的世界家庭法——美国、中国和意大利》）。

作为一名法学教授，教书育人是自己的重要职责。教育和培养更多的年轻学人是婚姻家庭继承法学研究能够与时俱进，不断深化和发展的保证。在这本论文集中，有小部分论文就是我与自己指导的博士生、硕士生合作撰写的。这部分论文都是经过我反复修改、多次补充（有的甚至九易其稿）才完成的。学生们看到一份论文从初稿、第二修改稿、第三修改稿……历次修改稿上我逐一修改、补充的红色笔迹，往往感叹“好文章就是被改出来的”！我通过对学生学术论文写作的指导，对学生参与项目研究学术著作撰写的指导，有效地培养和锻炼了学生们的分析能力、思维能力、写作能力和创新能力。并且，我引导学生们研究家事法领域的国际和国内的前沿问题，发表了一些具有一定创见的学术论文。尤其是我们针对我国现行《婚姻法》和《继承法》之不足，借鉴外国立法经验，结合我国实际，提出的修改立法建议，对我国《婚姻法》和《继承法》的修改、补充以及中国民法典之亲属编与继承编的制定，具有重要的参考价值。得天下英才而教之，实为吾平身所愿。我期望，我国家事法研究领域人才辈出，青胜于蓝。

如果说，民法是“私有财产的守夜人”，那么，婚姻家庭继承法则是“婚姻家庭的守护神”！为使我国亿万家庭更加幸福美满，必须加强婚

姻家庭继承法制建设,深化婚姻家庭继承法学理论研究,加强中外家事法研究的国际交流,培养更多的婚姻家庭继承法学人才,提供更便捷的多元化婚姻家庭继承纠纷解决机制……“路漫漫其修远兮,吾将上下而求索。”

愿天下家庭都幸福!

陈苇

2009年5月8日

目 录

愿天下家庭都幸福——自序	1
· I 亲属法专论 ·	
总论	
论预防和制止我国家庭暴力的法律对策	3
评 2001 年修正后的《婚姻法》成功与不足	28
《婚姻法》的社会性别分析及其立法完善	71
结婚法论	
略论事实婚姻的效力	101
我国事实婚姻的现状及其立法对策	108
浅析非法同居关系	115
建立我国婚姻无效制度的思考	120
我国结婚制度立法研究	131
无效婚姻的静态识别与动态监控	149
论我国婚姻无效与撤销制度的完善	156
夫妻关系法论	
论夫妻同居义务与忠实义务	173
瑞士夫妻财产制研究及其对完善我国立法的启示	181
婚内所得知识产权的财产期待权之归属探讨	217
现代夫妻财产制立法原则及若干问题研究	225
亲子法论	
浅谈《母婴保健法》	247

建立我国亲子关系推定与否认制度研究	251
论“儿童最大利益优先原则”在我国的确立	278
澳大利亚儿童权益保护立法评介及其对我国立法的启示	304

目 录

离婚法论

简析离婚对子女的法律后果	325
离婚后父母对未成年子女监护权问题研究	335
建立我国离婚损害赔偿制度研究	348
离婚损害赔偿法律适用若干问题研究	363
论离婚案件中夫妻共同股权分割	377
中俄离婚扶养制度比较研究	391

· II 继承法专论 ·

论继承法的基本原则	413
我国法定继承制度的立法构想	436
中国大陆与港、澳、台遗产债务清偿制度比较研究	454
加拿大无遗嘱继承法改革及其启示	476

1301	李恩南更勝於沈即張國英立說
1311	錢而樹立劉師初章開芳
1341	劉樹德蔣已陳斯志敬內城郭效永
1361	曹宗蔭劉師蔣繼已蔡永即劉國壽余

1371	錢升第吳妻夫
1381	錢又宗忠已蔡又劉國慶夫余
1391	永康蔭翁立國與善宗恢其莫宗福師、柳吉夫士余
1401	七蔭鳳山已對善蔭氣慎師孫氣以以郭河內德
1411	錢蔭顯同于善莫陳顯志立陸氣理張夫外與

1421	謝志千余
1431	《古鶴村夢錄》謝路

Contents

Wishes to the Happiness of All the Families—Author's Preface	1
• I Special Issues on Family Law •	
General Discussion	
On the Legal Countermeasures to Precaution and Prevent Domestic Violence in China	3
Comments on the Successes and Inadequacy of Marriage Law of the PRC Amended in 2001	28
A Gender Analysis of Chinese Marriage Law and Its Legislative Improvement	71
On Marriage Law	
A Brief Discussion on the Effectiveness of the De Facto Marriage	101
On the Current Situation and Legislative Solutions to the De Facto Marriage in China	108
A Brief Analysis of the Illicit Cohabitation in China	115
On the Establishment of the Void Marriage System of China	120
A Legislative Research on Chinese Marriage System	131
On the Static Identification and Dynamic Supervision of Void Marriage	149
Perfecting the Systems of the Void Marriage and the Voidable Marriage in China	156
On Husband-Wife Relationship Law	
On the Obligation of Cohabitation and Mutual Loyalty between Spouses	173
A Study of the Marital Property System of Swiss and Its Enlightenment to Chinese Legislation	181

Discussion on the 'Ownership of the Expectant Property Right in the Intellectual Property Rights Created Gained by One of the Spouse during Marriage	217
On the Legislative Principles and Several Related Issues of Contemporary Marital Property System	225
On Parent-Child Relationship Law	
A Brief Probe into Mother and Infant Health Law of the PRC	247
On Establishing the Presumption and Defense System about Parent-Child Relationship in China	251
On the Establishment of "The Child's Best Interests Principle" in China	278
Reviews on Australian's Legislation of Protection for Children's Interests and Its Enlightenment to Chinese Legislation	304
On Divorce Law	
A Brief Analysis of the Legal Consequences of Divorce to Children	325
On Divorced Parents' Guardianship to Minor Children	335
On the Establishment of the Compensation System for Divorce Damage in China	348
A Study of Several Issues Related to the Legal Application about the Compensation System for Divorce Damage	363
Discussion on the Partition of Spouses' Common Ownership of Shares in Divorce Cases	377
A Study of the System of Spousal Maintenance on Divorce: A Comparison between China and Russia	391
• II Special Issues on Succession Law •	
On the Basic Principles of Succession Law	413
A Legislative Conception of Chinese Intestate System	436
Comparative Reviews on the System of Discharging the Estate Debts in the Four Regions of China	454
On the Innovation and Inspiration of Canadian Intestate Succession Law	476

I 亲属法专论 | 总 论

论预防和制止我国家庭暴力的法律对策^{*}

家庭暴力问题,是一个当代世界不少国家都存在的较严重的社会问题,我国也不例外。家庭暴力行为侵害家庭成员的人身权利^[1],影响婚姻家庭关系的稳定和社会秩序的安定。因此,如何有效地预防和制止家庭暴力行为,已成为各国政府和人们日益关注的一个重要问题。近年来我国学界不少学者和实际部门许多同志对家庭暴力问题展开了研究,发表了不少文章及调查报告。笔者试图在前人研究成果的基础上,着重研究探讨家庭暴力的定义界定、性质及特点,分析我国家庭暴力的现状和原因,考察我国现行立法的不足,提出防治我国家庭暴力的法律对策,以期对我国形成一个配套的较为完善的预防、制止家庭暴力的法律机制,尽绵薄之力。

一、家庭暴力的定义界定及其性质和特点

什么是暴力?《中国大百科全书》法学卷的定义是:所谓暴力,是指对被害人实施殴打、捆绑、禁闭等强暴行为。^[2]

什么是家庭暴力?我国有的学者表述为:“家庭暴力有广义和狭义之分,广义的家庭暴力是指所有家庭成员之间的暴力行为,包括夫妻之间、父母子女之间的暴力;狭义的家庭暴力,主要指家庭中对妇女的暴力,即夫妻之间以武力或胁迫手段,侵犯妇女人身权利,致使肉体和精神

* 本文为2000年2月28日~3月1日“中英‘维护妇女权益,制止家庭暴力’国际研讨会”发言交流论文。论文的节选(中英文对照)载由中国法学会、英国文化委员会、中国法学会婚姻法学研究会联合组稿、李忠芳主编的《防治家庭暴力研究》(论文集),群众出版社2000年版,第241~263页;论文的全文载陈苇著:《中国婚姻家庭立法研究》附论(专题研究),群众出版社2000年版,第462~493页。

[1] 参见杨立新:《侵权法论》,吉林人民出版社1998年版,第728~740页。

[2] 《中国大百科全书总编辑委员会:《中国大百科全书》(法学),中国大百科全书出版社1984年版,第468页。