

中国法学会婚姻家庭法学研究会会刊

2016年卷

家事法研究

Researches on Family Law
VOL.2016



主 编 夏吟兰 龙翼飞
执行主编 陈 苇



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

中国法学会婚姻家庭法学研究会会刊

2016年卷

家事法研究

Researches on Family Law

VOL.2016

主 编 夏吟兰 龙翼飞

执行主编 陈 苇

执行副主编 曹贤余



社会科学文献出版社

SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

家事法研究. 2016 年卷 / 夏吟兰, 龙翼飞主编. --
北京: 社会科学文献出版社, 2016. 9
ISBN 978-7-5097-9714-3

I. ①家… II. ①夏… ②龙… III. ①亲属法-研究
-世界-丛刊 IV. ①D913.904-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 223109 号

家事法研究 2016 年卷(总第 12 卷)

主 编 / 夏吟兰 龙翼飞

执行主编 / 陈 苇

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 刘骁军

责任编辑 / 关晶焱 王雯雯

出 版 / 社会科学文献出版社·学术资源建设办公室(010)59367161

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心(010)59367081 59367018

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 17.5 字 数: 272 千字

版 次 / 2016 年 9 月第 1 版 2016 年 9 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5097-9714-3

定 价 / 68.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心(010-59367028)联系

 版权所有 翻印必究

《家事法研究》学术顾问

巫昌桢（中国政法大学教授）

杨大文（中国人民大学教授）

刘素萍（中国人民大学教授）

张贤钰（华东政法大学教授）

陈明侠（中国社会科学院法学研究所研究员）

夏 珍（山西大学教授）

Researches on Family Law

VOL.2016

《家事法研究》编委会

主 编 夏吟兰 龙翼飞

执行主编 陈 苇

编委会委员 （以姓氏笔画为序）：

马忆南 王歌雅 龙翼飞 李明舜

陈 苇 张学军 林建军 夏吟兰

郭 兵 扈纪华 程新文 蒋 月

蒋月娥 曹诗权 雷明光 薛宁兰

穆红玉

卷首语

2015年10月22日至23日，家庭法地区性国际会议“21世纪家庭法和家事司法：实践与变革国际研讨会”在中国重庆市西南政法大学召开。本次国际研讨会由中国法学会婚姻家庭法学研究会和西南政法大学共同主办，由西南政法大学民商法学院和外国家庭法及妇女理论研究中心联合承办。与会者有来自美国、英国、波兰、日本、韩国、马来西亚等国的专家学者，有来自中国各地的专家学者、法官、律师、妇联干部以及西南政法大学的师生共计60余人。此次会议研讨的内容分为五个专题：家庭法基本理论前沿；妇女儿童权益法律保护；结婚离婚制度；家事司法；老年人权益保障及其他问题。^①

2015年10月24至25日，“中国法学会婚姻家庭法学研究会2015年年会——暨中国民法典之婚姻家庭编立法研讨会”在中国重庆西南政法大学召开。此次会议由中国法学会婚姻家庭法学研究会和西南政法大学共同主

^① 此次会议与会者发言研讨的主要观点，参见陈苇、陈钊《21世纪家庭法和家事司法之实践与变革——2015年“21世纪家庭法和家事司法：实践与变革国际研讨会”会议综述》，《中华女子学院学报》2015年第6期。

办，由西南政法大学民商法学院和外国家庭法及妇女理论研究中心联合承办。出席会议的人员有来自祖国各地的中国法学会婚姻家庭法学研究会的会员和司法实务界的法官、律师等，以及西南政法大学的部分师生共计 200 余人，收到会议交流论文 72 篇。与会者通过会议主旨发言和小组专题讨论，积极发言，围绕《中国民法典·婚姻家庭编》的制定等进行研讨，建言献策。我们从此次年会的交流论文中精选部分论文，并增设“域外专论”专栏进行约稿，然后将这些论文汇集形成《家事法研究》2016 年卷，其主要内容包括五个专题：第一部分为《中国民法典·婚姻家庭编》立法研讨；第二部分为防治家庭暴力研讨；第三部分为司法实务；第四部分为域外专论；第五部分为咨政建言及其他。

第一部分《中国民法典·婚姻家庭编》立法研讨专栏，共收录三篇文章：分别为邓丽的《论我国民法总则与婚姻法的协调立法：宏观涵摄，微观留白》，马忆南的《论夫妻人身权利义务的发展和我国法律的完善》，王礼仁的《论我国现行离婚制度的修改与完善》。这些论文或研讨民法总则与婚姻法的协调立法，需要民法总则有自省式的定位，而婚姻法则有选择性的出位；或论证未来修改我国婚姻家庭法时，应当完善有关夫妻人身关系的权利义务的制度；或探讨我国离婚制度的修改构想。

第二部分防治家庭暴力研讨专栏，共收录四篇文章：王勤芳等的《直击家庭暴力处罚——对李彦案的反思》，于晓丽的《对受暴妇女以暴制暴犯罪的法律思考》，曹贤余的《我国儿童受虐之法律对策探析》，李琮宇等的《刍议我国家庭暴力民事认定中的警察参与》。这四篇文章对不同角度研究分析我国家庭暴力引发的社会后果，建议加大法律惩罚力度，保护妇女、儿童等弱势群体的合法权益；建立健全社会及非社会支持系统，需要警察参与作为辅助性力量介入家庭暴力民事认定程序等。

第三部分司法实务专栏，共收录四篇文章：姜虹的《公安机关在收养

工作中所面临困境与改进路径探究》，国熙的《论法律及实务中对离婚自由权的保护——以大陆、台湾地区通婚为例》，李俊等的《论离婚时按揭房产的法律处置——以 2012 年到 2014 年中国重庆市某基层法院离婚案件判决书为样本的实证研究》，何丽新的《从“父债子还”到“夫债妻还”》。这四篇文章从收养中公安机关发挥的作用，海峡两岸通婚中涉及的离婚自由权，离婚按揭房的处理以及夫妻共同债务清偿四个方面存在的问题进行研讨，并结合司法实践提出相关的建议及对策。

第四部分域外专论专栏，共收录四篇文章：李霞的《论当代外国成年监护制度的发展趋势》，赵莉的《日本离婚法的修改新动向及其启示》，罗冠男的《意大利未成年人收养法改革评述》，江海顺的《论韩国监护制度的新改革》。这四篇文章分别评述国外不同国家家庭法修改的新动向，包括：现代外国成年监护制度的发展趋势——从医疗监护模式转向人权监护模式，从全面监护转向部分监护，制度利用者扩大化，保护与支援措施多元化，意定监护为主法定监护为辅；日本离婚法修改中的共同亲权制度、探望权制度；意大利未成年人收养制度的立法背景和改革内容；韩国成年监护制度的改革目的及修改内容等，为我们了解外国家庭法的改革动向提供了一个平台，拓展了我们的视野。

第五部分咨政建言及其他专栏，共收录五篇文章：中国法学会婚姻家庭法学研究会《关于民法典体系下监护制度完善建议报告》与《关于民法总则监护制度的立法建议》，陈苇等的《〈中国民法典·婚姻家庭编〉制定的思考与建议——中国法学会婚姻家庭法学研究会 2015 年年会综述》，林英的《防治家庭暴力 促建和谐家园——评〈我国防治家庭暴力情况实证调查研究——以我国六省市被抽样调查地区防治家庭暴力情况为对象〉》。这五篇文章或对民法典与民法总则中的监护制度完善提出建议，或就 2015 年 10 月下旬在中国重庆西南政法大学召开的家庭法学术研讨会的主要观点

进行综述，或对我国六省市防治家庭暴力情况实证调查的学术前沿著作进行评介。

目前，我国正在大力进行法治国家建设，21 世纪“中国民法典”正在编纂之中，家事审判制度改革的试点也正在进行之中。本学术论文集汇集了我国婚姻家庭法领域的专家学者和法律实务工作者对婚姻家庭法的理论和司法实务之新情况、新问题的研究成果。我们希望本书的出版能够为《中国民法典·婚姻家庭编》的制定提供有益的参考，能够为我国家事审判制度改革的试点提供有益的参考。

最后，对于社会科学文献出版社刘骁军编审和其他编辑老师对《家事法研究》2016 年卷的出版所付出的辛勤编辑工作，我表示衷心的感谢！

执行主编：陈苇

2016 年 5 月 28 日

《中国民法典·婚姻家庭编》立法研讨

论我国民法总则与婚姻法的协调立法：宏观涵摄，微观留白

..... 邓 丽 / 003

论夫妻人身权利义务的发展和我国法律的完善 马忆南 / 028

论我国现行离婚制度的修改与完善 王礼仁 / 051

防治家庭暴力研讨

直击家庭暴力处罚

——对李彦案的反思 王勤芳 林晓雪 / 067

对受暴妇女以暴制暴犯罪的法律思考 于晓丽 / 076

我国儿童受虐之法律对策探析 曹贤余 / 084

刍议我国家庭暴力民事认定中的警察参与 李琼宇 贺栩溪 / 096

司法实务

公安机关在收养工作中所面临困境与改进路径探究 姜 虹 / 105

论法律及实务中对离婚自由权的保护

——以大陆、台湾地区通婚为例 国 熙 / 118

论离婚时按揭房产的法律处置

——以 2012 年到 2014 年中国重庆市某基层法院离婚案件

- 判决书为样本的实证研究 李 俊 朱晓旭 / 130
- 从“父债子还”到“夫债妻还” 何丽新 / 147

域外专论

- 论当代外国成年监护制度的发展趋势 李 霞 / 165
- 日本离婚法的修改新动向及其启示 赵 莉 / 194
- 意大利未成年人收养法改革评述 罗冠男 / 207
- 论韩国监护制度的新改革 姜海顺 / 221

咨政建言及其他

中国法学会婚姻家庭法学研究会《关于民法典体系下监护制度

完善建议报告》 执笔人 夏吟兰 林建军 黄 晶 / 237

中国法学会婚姻家庭法学研究会《关于民法总则监护制度的立法建议》

..... 执笔人 薛宁兰 / 245

《中国民法典·婚姻家庭编》制定的思考与建议

——中国法学会婚姻家庭法学研究会 2015 年年会综述

..... 陈 苇 董思远 司艳露 / 248

防治家庭暴力 促建和谐家园

——评《我国防治家庭暴力情况实证调查研究——以我国六省市被抽样

调查地区防治家庭暴力情况为对象》 林 英 / 266

Legislative Discussions of Marriage and Family Law Among Chinese Civil Code

On the Harmonious Legislation with the General Rules of Civil Law and
Marriage Law; Macro Subsumed and Micro Blank

Deng Li / 003

On the Development of Husband and Wife's Personal Rights and
Obligations and the Perfection of Our Country's Laws

Ma Yinan / 028

Modification and Improvement of Current Divorce System in China

Wang Liren / 051

Seminar of the Prevention and Treatment of Domestic Violence

Watch Punishment of the Domestic Violence—A Reflection of Li Yan's Case

Wang Qinfang, Lin Xiaoxue / 067

Legal Thoughts on Battered Women Fighting Against Violence with
Violence Crime

Yu Xiaoli / 076

Analysis of Battered Children's Legal Countermeasures

Cao Xianyu / 084

Discussion on Police Involvement in Civil Identification of
Domestic Violence

Li Qiongyu, He Xuxi / 096

Judicial Practice

An Exploration on the Dilemma and Improving Ways of Adoption Work by
Public Security Organs

Jiang Hong / 105

Legal and Practical Protection for the Right to Freedom of Divorce
—In Mainland China, Taiwan Inter-marriages Case

Guo Xi / 118

The Legal Treatment of Mortgage Real Estate at the Time of Divorce
—The Empirical Study in the Divorce Case Judgment at A Grass-roots
Court from 2014 to 2016 as Samples in Chongqing, China

Li Jun, Zhu Xiaoxu / 130

From “Son Paying His Father's Debts” to “Wife Paying Her
Husband's Debts”

He Lixin / 147

Extra-Territorial Monograph

On the Developmental Trend of Modern Foreign Adult Guardianship System

Li Xia / 165

The New Trends of the Modified Japanese Divorce Law and Its
Enlightenment

Zhao Li / 194

Reviews on the Reform of the Minors Adoption Law in Italy

Luo Guannan / 207

On the New Reform of the Guardianship System in Korea

Jiang Haishun / 221

Policy and Others

Report on Improving Guardianship System Under the Civil Code by
Marriage and Family Law Research Association of China Law Society

Xia Yinlan, Lin Jianjun, Huang Jing / 237

Legislative Proposals on Guardianship System Within the General
Rules of Civil Code by Marriage and Family Law Research
Association of China Law Society

Xue Ninglan / 245

Thoughts and Suggestions on Stipulating Marriage and Family Law in
China Civil Code

—Summary of the Annual Conference of Marriage and Family Law Research
Association of China Law Society in 2015

Chen Wei, Dong Siyuan, Si Yanlu / 248

Prevention and Treatment of Domestic Violence and Promoting
Harmonious Home

—Commenting the Book Called Empirical Research on Domestic Violence
Prevention of China-Targeted at Domestic Violence Prevention in the
Investigated Areas in the Six Provinces and Municipalities in China

Lin Ying / 266

2016年卷 总第12卷

家事法研究

RESEARCHES ON FAMILY LAW



《民法典·婚姻家庭编》立法研讨

论我国民法总则与婚姻法的协调立法：宏观涵摄，微观留白^{*}

邓 丽^{**}

【内容摘要】 探讨婚姻法与民法总则的关系，是在肯认婚姻法属于民法典组成部分的前提下，进一步明确婚姻法与民法总则之间的内在逻辑，辨析婚姻法律制度与民法总则具体制度之间的异同，以期应用于民法典的起草工作。在意旨上，民法总则通过界定调整对象、规定基本原则和阐释价值理念对婚姻法进行涵摄和指引。在体例上，身份法与人格法的分离是民法总则得以构建的重要前提，而身份法与财产法之间的实质性差异也决定了婚姻法的独立自治是必然的。整体而言，两者的协调立法，需要民法总则有自省式的定位，而婚姻法则有选择性的出位。就条文设计而言，民法总则在界定调整对象、规定基本原则时应充分考虑婚姻法的制度特性和立法诉求。

【关键词】 婚姻法 民法总则 身份法 财产法 基本原则

* 本文系国家社会科学基金“民法典体系中婚姻家庭法新架构研究”项目（09BFX038）阶段性成果，载《北方法学》2015年第4期。

** 邓丽，法学博士，中国社会科学院法学研究所副研究员。

在我国婚姻法律体系的构建和婚姻法学研究的推进中，围绕着婚姻法与民法的关系（尤指婚姻法与民法总则的关系）历来有立场不一的各种论争和思考。随着我国民法典编纂工作的迫近，如何认识和处理婚姻法与民法的关系对于整合立法、科学立法更是显得紧要 and 重要。考量婚姻法与民法的关系，可以从多个角度进行，选择不同的角度就意味着在不同的范畴、不同的预设、不同的方法下得出不同的论断。从部门法的划分来说，婚姻法既可归属于大民法的范畴又可自成一体自立门派；从法律架构的安排来说，有民法典传统的大陆法系国家大多把婚姻法吸纳于各国民法典之中。^①而从民法典的结构和内容来说，婚姻法与民法的关系又可具体细分为婚姻法与民法总则的关系、婚姻法与物权法的关系、婚姻法与侵权行为法的关系等。但我们也要看到，不同的分析框架之间互有联系难以遽分，比如在制度层面展开的对婚姻法与民法总则两者关系的探讨和定位往往又关联到婚姻法与民法在法律部门层面的分合。本文的论题就在这样一个微妙的背景下展开，在法律制度与法律部门两个不同层面之间穿插往来，所以首先要厘清基本概念、明确理论预设。

一 概念界定与理论预设

（一）概念界定

关于婚姻家庭法律制度，我国法学界有多种指称，或全面表述为“婚姻家庭法”，或简约概括为“婚姻法”，或用大陆法系的“亲属法”指代，或用英美法系的“家庭法”相称。但总的来说，用“婚姻法”通称婚姻家

① 俄罗斯联邦民法典例外，它不包含婚姻家庭法的内容。这里还要着重说明的是，之所以单在大陆法系国家范围内作论断，自然是因为大陆法系国家有编纂民法典的传统，有此法律传统才有安排法律架构之必要。若严格从本文论题“民法总则与婚姻法”两者关系出发，论域还可进一步缩小至大陆法系潘德克顿立法模式，因为只有在这一立法模式下，民法典才设总则编，才会产生民法总则与婚姻法的关系。但如果深入探讨制度层面的协调与衔接，似以放宽论域至大陆法系为宜，此中考量请容在文中“概念界定”部分详论。