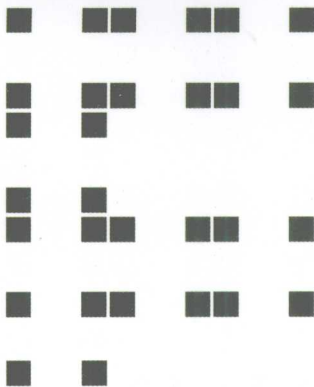




外国家庭法及妇女理论研究中心项目

One of the Items of Foreign Family Law and Women's Theory Research Center

家事法研究

RESEARCHES ON FAMILY LAW

2009年卷

VOL.2009

陈 苇 主 编

CHEN WEI CHIEF EDITOR

“改革开放三十年中国继承法研究之回顾与展望”专栏

陈苇 王歌雅：改革开放三十年中国继承法制建设之回顾与展望

专题研究

陈苇 冉启玉：构建和谐的婚姻家庭关系——中国婚姻家庭法六十年

司法实务探讨

王芳：离婚时“婚前按揭购买、婚后共同还贷的房屋”分割方法之探讨

博士生论坛

高伟：未成年人监护制度之公法化变革趋势

群 众 出 版 社

外国家庭法及妇女理论研究中心项目
重庆市市场交易法律制度研究基地资助

家事法研究

2009年卷（总第5卷）

陈 苇 主 编
冉启玉 副主编

群 众 出 版 社
2010年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

家事法研究. 2009 年卷 / 陈苇主编.—北京: 群众出版社, 2010.1

ISBN 978-7-5014-4606-3

I. 家… II. 陈… III. ①婚姻法-研究-世界-丛刊
②家庭-法律关系-研究-世界-丛刊 IV.D913.904-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 193291 号

家事法研究 2009 年卷 (总第 5 卷)

主 编 / 陈 苇
责任编辑 / 刘玉莲 胡慕陶
封面设计 / 郝大勇
技术设计 / 祝燕君

出版发行 / 群众出版社 电话: (010) 52173000 转
社 址 / 北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼
网 址 / www.qzCBS.com
信 箱 / qzs@qzCBS.com
经 销 / 新华书店
印 刷 / 北京通天印刷有限责任公司

880×1230 毫米 32 开本 17.125 印张 446 千字 插页 1

2010 年 1 月第 1 版 2010 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5014-4606-3 / D · 2225 定价: 39.00 元

《家事法研究》编委会

编委会主任（以姓氏笔画为序）：

兰运华 陈 彬 夏吟兰

编委会执行主任、主编：

陈 苇

编委会委员（以姓氏笔画为序）：

丁 慧	马忆南	王丽萍	王 芳	王歌雅	田 岚
叶英萍	龙翼飞	许 莉	陈小君	李秀华	李明舜
李洪祥	宋 豫	杨晓林	杨晋玲	佟丽华	何俊萍
张 伟	张学军	吴 洪	周安平	卓冬青	孟令志
赵华明	郭渝平	郭 兵	贾明军	袁 雪	海 棠
扈纪华	蒋 月	程新文	焦淑敏	薛宁兰	穆红玉

《家事法研究》编辑部

主 任：陈 苇（西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心主任、博士生导师、教授）

副 主 任：张华贵（西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心副主任、副教授）

朱 凡（西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心副主任、法学博士、副教授）

编 辑：李 俊（西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心研究员、法学博士）

杜江涌（西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心研究员、法学博士）

曹贤余（西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心副研究员）

冉启玉（西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心副研究员）

胡昔用（西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心副研究员、法学博士）

网络技术：孙宝刚（西南政法大学科研处）

卷首语

本卷是《家事法研究》2009年卷（总第5卷）。

自《家事法研究》2005年卷、2006年卷、2007年卷、2008年卷出版以后，它受到学术界专家学者和广大读者的热情欢迎。承蒙学术界同人的厚爱和支持，编辑部收到了许多来稿，对此我们深表谢意！但基于栏目设置和容量的考虑，我们不得不对惠赐的作品有所取舍。在此，我们特对《家事法研究》2009年卷设置的栏目和采用的文章做出如下说明。

【“改革开放三十年中国继承法研究之回顾与展望”专栏】刊载四篇文章。

在我国政府着力倡导“以民为本”的21世纪，在国际社会倡导尊重和保护基本人权，国家更注意保护私有财产权的当今社会，为总结改革开放三十年来中国继承法研究的概况，展望中国继承法研究的未来，本部分特约四篇文章，分别从继承法制建设、遗嘱制度、无遗嘱制度以及继承法的其他制度四个方面回顾我国继承法研究之相关领域的概况，总结和阐述主要学术观点，评析相关领域学术研究取得的成就和存在的不足，进而展望中国继承法研究之未来的重点、难点问题。陈苇、王歌雅的《改革开放三十年中国继承法制建设之回顾与展望》在总结我国继承法制建设三个阶段各自取得成就的基础上，分析我国继承法制建设立法和司法之不足，指出今后我国继承法制建设的重点是在修改、完善现行《继承法》的基础上，制定《民法典·继承编》，并加强继承法的司法工作和普法宣传工作。王歌雅的《改革开放三十年中国遗嘱制度研究之回顾与展望》提出，对遗嘱制度的研究要深入民间进行细致的调查，对遗嘱自由的限制要正当化，对遗嘱制度的立法构架要进行科学论证。陈苇、曹贤信的

《改革开放三十年中国无遗嘱继承制度研究之回顾与展望》认为，为应对 21 世纪我国无遗嘱继承领域出现的新情况、新问题，今后应在合理确定无遗嘱继承人的范围和顺序、加强配偶在无遗嘱继承中的地位、重构代位继承制度，以及完善遗产酌给制度等方面进行着力研究。冯乐坤的《改革开放三十年中国继承法学若干制度研究之回顾与展望》一文，对继承法的基本原则，继承的开始、接受与放弃，继承权的取得与行使，继承权的丧失、恢复与保护，遗产的范围，遗产债务清偿与遗产分割，无人继承遗产，继承法适用的区际冲突等进行研究。该文认为今后亟待解决的问题是遗产管理制度的统一性、共同继承遗产性质的准确定位、遗产债务清偿顺序的界定、无人继承遗产归属的理论本源、继承权丧失事由的延展性、遗产债权人利益的保护等。

【专题研究】栏选刊五篇文章。

陈苇、冉启玉的《构建和谐的婚姻家庭关系——中国婚姻家庭法六十年》在回顾我国婚姻家庭法六十年法制建设历程的基础上，认为其立法的根本价值取向和目的就是构建和谐的婚姻家庭关系，体现了我国民众对建立平等和睦婚姻家庭关系的追求，也体现了构建和谐社会和促进社会发展的需要。该文指出，我国未来的婚姻家庭立法包括《中国民法典·婚姻家庭编》的制定都应当继续进一步凸显构建和谐的婚姻家庭关系这一根本目的。邓莹的《论身份权的源与流——立足于我国当代身份权的立法》运用历史的分析方法，通过分析古代、近代和现代身份制度的变迁与发展，对身份法进行系统化整理，并对我国身份权制度的体系化进行了阐述。朱凡的《论离婚损害赔偿中“损害”的认定》一文认为，在确定因一方的法定过错行为给无过错方造成损害时，可适用侵权责任法的相关规则；在确定因离婚而导致无过错方的损害时，可综合考虑双方结婚时间长短，无过错方离婚前后生活水平的变化，是否依靠或主要依靠对方扶养，以及是否直接抚养未成年子女等情形，酌定损害赔偿的数额。李俊、何柳的《论认定夫妻间侵权责任的法律基础》一文指出，我国《民法通则》

有关侵权责任认定的规定和《物权法》第99条关于共有财产分割的规定是我国夫妻间侵权责任的认定和承担的两个法律基础，尤其是《物权法》第99条的相关规定具有积极意义，它有助于实现对夫妻间侵权行为的法律调整。冯乐坤的《收养成年人的正当性分析》通过对收养理念立法实践的综合分析，指出法律应允许老年人收养成年人，现行以未成年人利益保护为核心的收养理念应修正为保护收养双方的利益，建议将来收养成年人的立法应在采纳完全收养模式、规避计划生育政策以及赋予被收养人的生父母、配偶同意权等方面予以考虑。

【司法实务探讨】栏选刊三篇文章。

王芳的《离婚时“婚前按揭购买、婚后共同还贷的房屋”分割方法之探讨》一文认为，在判定房产是夫妻共同财产还是一方婚前个人财产时，应当遵从《婚姻法》有关夫妻财产范围的规定，分析房产的财产来源和夫妻双方对财产权利获得的贡献，而不是简单地遵从《物权法》的不动产登记原则；在具体分割此类房产时，应当考虑房屋增值收益，由一方对另一方在婚姻存续期间用夫妻共同财产还贷金额进行合理补偿。周姝的《论夫妻共同债务的认定》一文主张将夫妻共同债务的认定分为对内和对外两个层面，进而有区别地适用夫妻共同债务的认定制度和推定制度。该文建议完善相关实体制度和补充分配证明责任、适用证明标准等程序规则，以实现夫妻利益和交易安全的平衡保护。何菊花的《论夫妻共同债务推定规则的实践困境及对策》一文认为，应从家事代理权的理论基础出发，在认定此种债务时以“用途论”为基础，以“推定论”为原则，增加几种由债权人承担举证责任的情形，以此平衡债权人与夫妻另一方的利益。

【博士生论坛】栏选刊三篇文章。

高伟的《未成年人监护制度之公法化变革趋势》一文认为，未成年人监护制度的理念是以“儿童最大利益”为基本原则，强调国家对儿童进行积极而全面的保护。该文指出，西方主要国家正是在这一理念的指导下，通过公法界定公权力的运行范围和正当程

序,为国家设定作为的义务,设定监督与责任机制,设定救济机制等,从而使未成年人监护制度呈现出公法化的趋势。秦志远的《论家庭暴力侵权》一文认为,家庭暴力首先侵犯的是妇女人权,正义是反家庭暴力立法的价值指向,救济与惩罚并重是反家庭暴力法的功能,补偿性损害赔偿是承担家庭暴力的侵权责任的方式之一。胡昔用的《论夫妻共同财产管理之信义义务——以婚姻合伙理论为视角》一文在论述信义义务基本理论的基础上,认为夫妻财产管理中的信义义务主要包括忠实义务、注意义务、善意义务、告知披露义务等,指出在违反信义义务时应当启动相应的救济程序。

【硕士学位论文摘登】栏选刊十一篇文章。

王倩萍的《英国离婚辅助救济制度研究》一文通过对英国的离婚辅助救济制度的评析,指出我国相关制度的不足,进而对完善我国的离婚夫妻财产分割制度、离婚经济帮助制度、家务劳动补偿制度提出了立法建议。郑净方的《外国 AID 子女亲子身份认定之比较研究》一文在介绍和评析国外一些国家对利用异质人工授精(AID)所生子女亲子身份的法律规定和判例的基础上,区分经丈夫同意的 AID 和未经丈夫同意的 AID 等情形,提出了 AID 子女之亲子身份的认定标准。黎乃忠的《从婚姻的契约性本质论夫妻忠诚契约的效力》一文以婚姻的契约性为立场,从正反两方面论述夫妻忠诚契约的契约性,认为忠诚契约具备了对价和合意的要求,满足了现代婚姻关于自愿平等的契约要求,不能以公序良俗来否定其效力。王文丽的《同性恋者的婚姻权保护之研究》从有关同性恋的司法案例入手,通过法理分析阐明同性恋者享有婚姻权益的正当性,进而结合国外对同性恋者婚姻权益的保护性立法,建议我国对同性恋者的同居伴侣制度可以设立一种双层规制的模式,即登记同居伴侣关系和事实同居伴侣关系。孙群坤的《非婚同居法律规制研究》一文从法理角度分析我国非婚同居立法的必要性和可行性,提出我国进行非婚同居规制的原则及相关立法建议。冯伟的《离婚时夫妻债务性质认定研究》一文认为现行法在认定离婚时夫

妻债务的性质时对有关举证责任尚无明确规定,在探讨离婚时夫妻债务性质认定的相关法律制度后,对我国此项制度的进一步完善提出立法建议。江蝶的《离婚夫妻之子女抚养义务研究》一文以实证调查为切入点,分析我国的离婚夫妻之子女抚养义务制度的立法现状及存在的问题,提出了若干完善立法的建议。曾兰兰的《离婚纠纷解决机制研究》通过比较分析的方法,从离婚纠纷解决机制的分类、几种主要离婚纠纷解决机制的评析、我国离婚纠纷解决机制的完善等方面对离婚纠纷解决机制进行论述。王新新的《论亲子法中的儿童最大利益原则》针对我国亲子法关于儿童利益保护规定的不足,认为应从儿童最大利益原则的法定化、“非婚生子女”称谓的取消、离婚程序中对未成年人利益的保护、探望权制度的完善等方面完善我国的亲子法,以实现儿童利益的最大化。黄颖的《论遗产继承中债权人利益的保护》一文认为,我国对遗产继承中债权人的利益保护存在立法缺失,在司法实践中也有障碍,建议从继承的选择与放弃制度、遗产范围的界定、遗产破产制度的设立和遗产管理制度等方面完善我国的制度。朱梨的《特留份制度研究》一文认为,现行特留份制度对权利人的条件限制过严,导致我国法对近亲继承权益的保护存在明显不足,应从比较法角度上提炼出对于我国继承法有借鉴价值之处,进而完善我国的继承立法。

最后,必须说明,自本人创办的《家事法研究》2005年卷面世以来,历时五年,出版了五卷。在西南政法大学民商法学院领导的支持下,在本编辑部同事们的协助下,在实务界律师们的参与下,《家事法研究》已经推出了一批具有前沿性的学术成果,培养了一批学术新人,受到学术界同人和实务界人士的肯定和好评,产生了良好的社会影响。《家事法研究》已出版的各卷除被我国许多大学、科研机构、律师事务所和司法实务部门的图书馆收藏外,还被美国哈佛大学、澳大利亚悉尼大学等外国一些大学的图书馆收藏。为继续扩大《家事法研究》的学术影响,在中国法学会婚姻家庭法学研究会2009年年会的常务理事会上,经本

人提出申请，婚姻家庭法学会研究同意，夏吟兰会长宣布自2010年《家事法研究》（2010年卷）起转为学会会刊，由学会主办。我相信，在婚姻家庭法学会的精心主办下，《家事法研究》将在法学理论研究与司法实务探索相结合的沃土中，根深叶茂、繁花似锦！

陈 苇

2009年8月28日

目 录

卷首语	(1)
-----------	-------

“改革开放三十年中国继承法研究之回顾与展望”专栏

主持人语	陈苇 (1)
改革开放三十年中国继承法制建设之回顾与展望	陈苇 王歌雅 (3)
改革开放三十年中国遗嘱制度研究之回顾与展望	王歌雅 (26)
改革开放三十年中国无遗嘱继承制度研究之回顾 与展望	陈苇 曹贤信 (73)
改革开放三十年中国继承法学若干制度研究之回 顾与展望	冯乐坤 (140)

专题研究**构建和谐的家庭婚姻关系**

——中国婚姻家庭法六十年	陈苇 冉启玉 (202)
论身份权的源与流 ——立足于我国当代身份权的立法	邓莹 (223)
论离婚损害赔偿中“损害”的认定	朱凡 (238)
论认定夫妻间侵权责任的法律基础	李俊 何柳 (249)
收养成年人的正当性分析	冯乐坤 (256)

司法实务探讨

离婚时“婚前按揭购买、婚后共同还贷的房屋”

- 分割方法之探讨 王 芳 (269)
- 论夫妻共同债务的认定 周 姝 (281)
- 论夫妻共同债务推定规则的实践困境及对策 何菊花 (294)

博士生论坛

- 未成年人监护制度之公法化变革趋势 高伟 (303)
- 论家庭暴力侵权 秦志远 (324)
- 论夫妻共同财产管理之信义义务
——以婚姻合伙理论为视角 胡昔用 (343)

硕士学位论文摘登

- 英国离婚辅助救济制度研究 王倩萍 (361)
- 外国 AID 子女亲子身份认定之比较研究 郑净方 (383)
- 从婚姻的契约性本质论夫妻忠诚契约的效力 黎乃忠 (395)
- 同性恋者的婚姻权保护之研究 王文丽 (407)
- 非婚同居法律规制研究 孙群坤 (420)
- 离婚时夫妻债务性质认定研究 冯 伟 (433)
- 离婚夫妻之子女抚养义务研究 江 蝶 (447)
- 离婚纠纷解决机制研究 曾兰兰 (469)
- 论亲子法中的儿童最大利益原则 王新新 (481)
- 论遗产继承中债权人利益的保护 黄 颖 (494)
- 特留份制度研究 朱 梨 (507)

附录

- 西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心简介 (522)
- 《家事法研究》(2009 年卷) 协办的律师事务所和
律师简介 (527)
- 《家事法研究》稿约 (529)

CONTENTS

Preface	(1)
----------------------	-------

The Past 30 Years of Reform and Opening up (1978 ~ 2008): A Review of Researches on the Succession Law in China and the Prospects

Remarks of the Director	(<i>Chen Wei</i>) (1)
1978 ~ 2008: A Review of the Researches on the Construction of Succession Law Systems in China and the Prospects	(<i>Chen Wei, Wang Geya</i>) (3)
A Review of the Researches on the Testamentary Succession System from 1978 to 2008 in China and the Prospects	(<i>Wang Geya</i>) (26)
1978 ~ 2008: A Review of the Researches on the Intestate Succession System in China and the Prospects	(<i>Chen Wei, Cao Xianxin</i>) (73)
A Review of the Researches on the Several Other Systems of Chinese Succession Law from 1978 to 2008 and the Prospects	(<i>Feng Lekun</i>) (140)

Special Articles

The Construction of Harmonious Marriage and Family Relationship ——the 60 Years of the Chinese Marriage and Family Law	(<i>Chen Wei, Ran Qiyu</i>) (202)
--	---------------------------------------

- On the Origin and Development of the Status Right
——Based on the Status Right Legislation in Con-
temporary China (*Deng Ying*) (223)
- On the Determination of the Damage in the Compensa-
tion System for Divorce Damage (*Zhu Fan*) (238)
- On the Legal Basis of the Liability for Spousal Torts
..... (*Li Jun, He Liu*) (249)
- An Analysis of the Justification of Adult Adoption
..... (*Feng Lekun*) (256)

Special Researches on the Legal Practice

- A Discussion on the Division Method of “the House
Bought by Mortgage before Marriage and Paid off the
Mortgage by Spouses Commonly during Marriage ”
in Divorce Suit (*Wang Fang*) (269)
- On the Determination of Marital Common Debts
..... (*Zhou Shu*) (281)
- The Difficult Situations of the Presumptive Rules of
Marital Community Debts in Practice and the Coun-
termasures (*He Juhua*) (294)

Extracts from Doctors' Degree Dissertations

- On the Reforming Trend Interfered by the Nation in the
Custody System to Minors (*Gao Wei*) (303)
- On the Torts in Domestic Violence (*Qin Zhiyuan*) (324)
- The Fiduciary Duty to the Common Property Managed
by Husband or Wife
——From the Perspective of Marriage
Partnership (*Hu Ganyong*) (343)

Extracts from Masters' Degree Theses

The System of Divorce Ancillary Relief in the UK	(<i>Wang Qianping</i>) (361)
A Comparative Study of the Systems in Several Countries on the Determination of Parent – child Status When Children Born by AID	(<i>Zheng Jingfang</i>) (383)
An Analysis of the Legal Binding Force of the Fidelity Contract by the Husband and Wife under the Essence of Marriage Contract	(<i>Li Naizhong</i>) (395)
A Study of the Protection of the Homosexuals' Marriage Right	(<i>Wang Wenli</i>) (407)
On the Legal Regulation of Non – marital Cohabitation	(<i>Sun Qunkun</i>) (420)
A Study of the Nature of the Matrimonial Debts in Divorce Lawsuit	(<i>Feng Wei</i>) (433)
Research on the Obligation to Support the Child by Divorced Spouses	(<i>Jiang Die</i>) (447)
On the Dispute Settlement Mechanism in Divorce	(<i>Zeng Lanlan</i>) (469)
Research on the Principle of the Best Interests of the Child in the Parent – child Law	(<i>Wang Xinxin</i>) (481)
On the Protection of the Creditor's Lawful Interests in the Estate Inheritance	(<i>Huang Ying</i>) (494)
A Study of the System of Forced Shares in the Testamentary Succession Law	(<i>Zhu Li</i>) (507)

Appendix

Introduction to the Research Center on Foreign Family
Law and Women's Theory of Southwest University of

Political Science and Law, China (Chinese and English)	(522)
Introduction to the Law Firm and the Lawyer Sponso- ring the Expenses for Publishing the Researches on Family Law, Vol. 2009	(527)
Invitation to Theses	(529)