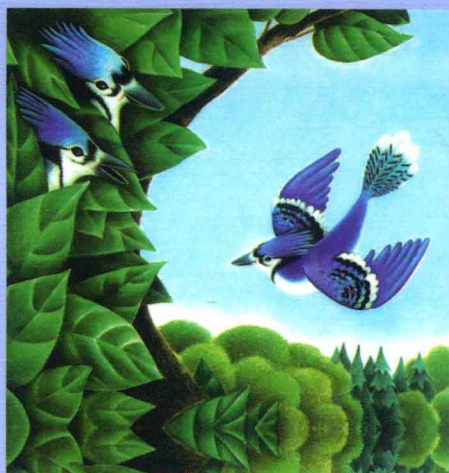


中国法学会婚姻家庭法学研究会会刊

2013年卷

# 家事法研究

Researches on Family Law  
VOL.2013



主 编 夏吟兰 龙翼飞

执行主编 王歌雅



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

2013年卷

# 家事法研究

Researches on Family Law

VOL.2013

主 编 夏吟兰 龙翼飞

执行主编 王歌雅



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. 2013 年卷/夏吟兰, 龙翼飞主编. —北京: 社会科学文献出版社, 2013. 10

ISBN 978 - 7 - 5097 - 5148 - 0

I. ①家… II. ①夏… ②龙… 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. ①D913.904 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 234884 号

## 家事法研究 2013 年卷 (总第 9 卷)

主 编 / 夏吟兰 龙翼飞

执行主编 / 王歌雅

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮政编码 / 100029

责任部门 / 社会政法分社 (010) 59367156

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

项目统筹 / 刘骁军

经 销 / 社会科学文献出版社市场营销中心 (010) 59367081 59367089

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

责任编辑 / 芮素平

责任校对 / 孙光迹

责任印制 / 岳 阳

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/16

版 次 / 2013 年 10 月第 1 版

印 次 / 2013 年 10 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 5148 - 0

定 价 / 69.00 元

印 张 / 20.5

字 数 / 327 千字

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社读者服务中心联系更换

 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.2013

## 《家事法研究》编委会

主 编 夏吟兰 龙翼飞

执行主编 王歌雅

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

---

时光飞逝。《家事法研究》2013 年卷在同仁们的期待中如约而至。首先，感谢各位同仁的积极支持与踊跃撰稿。正如《存学编》所述：“学术者，人才之本也。”

2013 年卷《家事法研究》，以清新与务实的内涵构成了独特的编撰风格，又以理论与实践的融合形成了朴素的研究格调。《尼各马可伦理学》中所记载的俗语曰：“公正最高贵，健康最良好，实现心之所欲最令人愉悦！”《家事法研究》犹如一块素洁而又丰沃的土地，承载着年轻学者的学术成长，记录着法学专家的心路历程，铭记着学术同仁的公正追求，实践着法学同行的制度求索。

2013 年卷《家事法研究》的清新风格，源于年轻学者的积极参与。本卷共收录年轻学者的论文 3 篇。但淑华的《论我国无婚意非婚同居的法律规制模式》，介绍了当今各法域对无婚意非婚同居的法律规制的合同模式、身份模式和事实状态模式，从理论和事实层面分析了其中蕴含的个人自由与国家干预的关系，并结合社会现实对三种模式在我国的预期规制效果进行了分析。同时，还从英国法律委员会和美国法律协会的相关建议中进行了印证，最后指出，事实状态模式既充分尊重个人自由，又能有效保障弱者权益，是最契合我国当前社会现实需要的无婚意非婚同居法律规制模式。王薇

的《关于〈婚姻法司法解释（三）〉实施情况的调研报告——以妇女权益保障为视角》，介绍了东莞市的实证调查效果：《婚姻法司法解释（三）》的实施效果和社会效应总体上是积极的、良好的。然而，通过对家庭房产归属、购房情况、财产约定情况、不动产分割意愿、生育纠纷、婚内财产分割、女性婚恋观念等方面的分析和研究发现，妇女维权仍面临着一些来自观念和现实的困难。要使规定发挥更加正面、积极的社会效应，还需要通过多方面、全方位的努力，以进一步推动婚姻家庭领域的性别平等，强化法律和政策对弱势群体及妇女儿童权益的保护。具体措施包括：关注农村妇女生存状况和财产权益；采用有效方式防范纠纷和化解矛盾；通过法制宣传培育规则意识和契约意识；促进社会全面进步和妇女地位提高；等等。茅少伟的《论遗产共同共有的性质——兼评〈婚姻法司法解释（三）〉第15条》，认为在遗产共同共有性质的认定上时有不同意见，并影响司法实务的判断。希冀在坚持继承的人身属性和共有的基本内涵的基础上，重新解释共同继承人共有遗产的含义。阐述了继承人享有的继承权只是一种法律资格，继承人间的共有关系具有不同于其他共有关系的特殊性，继承人对遗产整体享有份额且对各项遗产根据其性质享有不同的实在的权利。据此解释《婚姻法司法解释（三）》第15条，有助于理清思路，便于实务上的处理。

2013年卷《家事法研究》的务实特色，源于学界同仁的司法实践视角。本卷共收录学界同仁的论文3篇。王礼仁的《破解夫妻共同债务司法困境之构想》，阐释了夫妻共同债务的认定是一个长期困扰司法审判的难点问题。究其原因，主要是理论基础错误，债权人利益与夫妻利益之间缺乏平衡木，以致顾此失彼。目前以“婚姻关系”作为判断夫妻债务标准的“内外有别论”缺乏科学性，不能有效地解决夫妻债务的性质和举证责任，存在片面保护债权人的倾向。有关夫妻共同债务的判断标准、夫妻一方举债的性质和举证责任分配、债权人主张夫妻共同债务的范围和举证责任等规则，都需要重新检讨和规范。构建夫妻共同债务的正义规则，应当以家事代理作为理论基础，根据家事代理的不同性质，将夫妻共同债务分为一般夫妻共同债务与准夫妻共同债务，并根据债务的不同性质、不同权利主体分配不同的举证责任，以利真正解决好债权人利益与夫妻利益的衡平保护，实现司法正义。姜虹的《引入家庭暴力危险评估机制 提升公安干预家暴的精准化》，介绍了“暴力

危险评估量表”的形成源于需要对家庭暴力施暴人的状态进行正确评估，以期对施暴人再犯暴力的危险性高低进行有效评估，并为合理制定对家庭暴力被侵害人的安全救助策略提供支持。公安机关在干预家庭暴力时，会面临对危害程度把握不准、处理方法欠妥以及社会效果欠佳等问题，其改进之道首倡引入家庭暴力危险评估机制，以实现合理配置干预警力、有效评估家庭暴力危险等级、遏制暴力升级、提升干预效果之目的。张晓远、许佳的《瑕疵婚姻登记纠纷判决类型及适用》，关注了因婚姻登记瑕疵引发的各种民事诉讼、行政诉讼屡见不鲜且各地法院的处理也不尽相同等问题。2011年8月12日最高人民法院发布了《婚姻法司法解释（三）》，为瑕疵婚姻登记进入行政诉讼提供了制度上的依据。通过分析不同类型的瑕疵婚姻登记纠纷按照行政诉讼判决方式的一般适用原则所面临的现实问题，得出在实质审查标准下所适宜的行政诉讼判决方式，从而科学解决因瑕疵的具体行政行为引发的婚姻法律纠纷。

2013年卷《家事法研究》的研究格调，源于学界同仁的探究理念。本卷共收录学界同仁的论文9篇。夏吟兰的《婚姻家庭法的伦理分析》，申明了婚姻家庭法是自然人伦关系受到社会认可并得到社会保护所确立的有关亲属身份关系与财产关系的规则及行为规范，它是由婚姻家庭的自然属性与社会属性共同决定的，具有伦理性的特征。婚姻家庭法的伦理属性是我们在制定、修改和执行与婚姻家庭相关的法律、法规、司法解释及公共政策时必须充分考虑的重要因素，我国婚姻家庭法所体现和蕴含的伦理道德观念应当是被社会所普遍认可的主流伦理道德观念，是每个社会成员都应当遵守的有关婚姻家庭关系的核心价值观。丁慧的《论中国亲属法的现代化转型》，论证了我国已进入后法律体系时代，法律制度面临着现代化转型的重要使命，亲属法亦不例外。尽管亲属法在规制和调整婚姻家庭领域人身和财产关系方面发挥了重要作用，但认真审视，我国亲属法仍然存在着体系粗疏、理念模糊、制度缺失、条文虚置等问题。如何实现我国亲属法的现代化转型，体系化和生态化的选择无疑是一条科学的进路。许莉的《夫妻财产制契约研究》，指出了夫妻财产制契约是婚姻当事人签订的选择夫妻财产制类型或变动法定夫妻财产制内容的协议，性质上属于附随身份的财产法律行为，具有区别于一般财产行为的特殊性，受婚姻法调整。夫妻财产制契约关于财产归属的约定可以直接产生财产权利变动的效力，无须再履行权利变动手续。夫

妻关于房产归属的约定,即使存在无偿移转产权的内容,也不能简单认定为赠与行为。我国现行夫妻财产制立法过于简单、概括,有必要予以完善。王歌雅的《离婚债务清偿:法律规制与伦理关怀》,阐释了离婚债务清偿是离婚效力的重要组成部分。解构离婚债务清偿制度,并从夫妻债务性质认定、夫妻财产性质认定以及夫妻债务承担责任认定环节加以法律规制,充实夫妻共同债务的认定规则、确立夫妻共同财产的推定规则、明确债务清偿的顺序规则和追偿规则等,才能逐步完善我国的离婚债务清偿制度,实现离婚债务清偿制度的立法设计与司法适用的伦理关怀——性别关怀、德性关怀和生存关怀。何俊萍的《析〈婚姻法司法解释(三)〉第11条的正当性和合理性》,指出了《婚姻法司法解释(三)》第11条关于保护善意第三人的司法意见,没有排除适用家庭共同生活需要住房的情形。在平衡善意第三人利益和受害方配偶的利益之时,法律保护的砝码偏向于善意第三人,简单地运用财产法的规则处理婚姻家庭财产问题,对受害方配偶让其等到离婚时有权向擅自出售共同房屋方主张赔偿房款的规则欠缺正当性,违反了我国宪法规定的“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的法律保护”的原则,对受害方配偶提供的法律保护也不尽合理。从国外相关立法看,各国对婚姻家庭住宅等重大夫妻共同财产予以法律保护,擅自处分婚姻家庭住宅的,法律否定其效力,及时有效地保护配偶的财产权益,值得我国借鉴。我国立法应增加保护配偶财产权益的条款,对家庭共同生活需要房屋应作出例外规定,且应该不受“保护善意第三人”的限制。郑小川、雷明光的《我国分家制度研究——写在我国制定民法典之前》,描述了我国自秦代始以法律严格规范的分家制度,隋、唐、宋、元之法律与秦代法律一脉相承,清代以后,分家制度则主要以习惯(法)的形态存在,新中国成立后分家习惯(法)仍然保留于广大农村,其主要内容包括分家时间、原因、过程、财产范围与分配、分家后果、分家后的养老问题等,上述内容还在调整百姓的生活。我国正在修订的民法典(草案)应当兼顾分家习惯法,妥善解决分家习惯法与成文法的冲突,重塑我国的法定继承制度,从而设计出一套全新的适合我国国情的法定继承制度。吴洪、汪姿含、冯睿的《对忠诚协议问题的探讨——婚姻法问题师生访谈录(三)》,表述了忠诚协议是婚姻法研究的前沿问题,在理论研究和司法实践中有很大的争议。是否应承认忠诚协议并赋予其法律



效力，是理论研究、司法实践一直没有定论的问题。对于“忠诚协议”这一新生事物，法律不应当视而不见，或许当今的婚姻危机需要它来化解，未来的婚姻需要它来维系。龙翼飞、胡月明的《完善我国遗嘱继承制度的思考和建议》，论述了遗嘱继承制度是《继承法》中关于自然人生前作出的对其财产处分及与此相关的事务安排而于死亡后发生效力的民事行为的规范体系。我国现行《继承法》中的遗嘱继承制度存在遗嘱能力规定欠缺，遗嘱形式规定不尽规范，遗嘱见证人条件设置不够严格，遗嘱变更和撤销制度过于简略，缺乏遗嘱后位继承人制度、遗嘱信托制度、遗嘱执行人制度，“必留份”规则过于简陋，遗赠制度规定不尽完善，遗嘱效力规定过于简单等问题。我国《继承法》中有关遗嘱继承制度的相应规定应进行针对性的改进。吴国平的《遗产继承中债权人利益保护问题探究》，关注了我国现行《继承法》侧重保护继承人的利益，而忽略了对遗产债权人利益的保护，在制度内容上存在遗产债务范围过于狭窄，接受和放弃继承的期限不明确，缺乏对债权人利益保护和权利救济的具体制度等明显缺陷。强调以《继承法》修订为历史契机，建立有条件的有限责任继承制度，以进一步明确遗产和遗产债务的范围，完善遗产管理制度，增设对债权人利益保护和权利救济的具体制度等，协调与平衡遗产继承中继承人与债权人之间的利益关系。

2013年卷《家事法研究》的比较法学，源于学界同仁的研究视野。本卷共收录学界同仁的论文2篇。蒋月的《新时期跨海峡两岸婚姻家庭的观察与思考》，进行了域内法学研究——自1987年台湾当局开放两岸探亲以来，跨越台湾海峡的两岸居民之间通婚已超过32万对。这类婚姻呈现大陆女性配台湾男性为主、婚姻基础脆弱者多等六个特点。由于台湾当局政策对大陆配偶赴台湾定居、工作等设置了限制，影响两岸婚姻稳定；也由于两岸文化、民事法律和生活习惯等差异以及社会保障政策未对接，这类婚姻冲突较多，离婚率较高。欲增进这类婚姻家庭的和睦稳定，除了当事人及其家庭应当持有正确的婚姻家庭观，多包容和谅解，更有赖于两地社会制定和实施合理的社会政策，包括缩短大陆配偶获取台湾居民身份的年限、保护平等工作权等，鼓励当事人及其家庭融入当地社会，提供便捷的服务帮助当事人减轻压力，有赖于平等保护不同群体的合法权益。陈汉的《意大利法中的离婚救济——以离婚赡养费为视角》，进行了域外法学的研究——离婚（含分居）后的赡养

费是意大利离婚制度的重要内容之一。离婚赡养费制度是在意大利从禁止离婚到自由离婚的改革背景下引入的一项制度，其充分考虑了当时的女性生育率高而就业率低的社会现实，因此被视为对婚姻关系中相对弱势一方的保护制度之一，属于典型的离婚救济制度。意大利立法对于该项制度的规定过于概括，以致该制度在具体适用时完全由司法来推进，而意大利最高法院的观点尤为重要。最初设计离婚赡养费制度的目的之一是抑制离婚，但其在现实中实施时遇到了巨大的阻力，即人们因为害怕负担高额离婚赡养费而选择不结婚，这也是离婚赡养费制度被诟病之处。随着社会现实的变化，特别是女性就业率的提升、生育率的下降以及人们对离婚更为宽容的社会观念，离婚赡养费制度也逐渐发生了变化，这种变化的趋势是有关赡养费支付方的义务承担不再那么苛刻。

2013 年卷《家事法研究》的会议综述，源于学界同仁的殚精竭虑。陈苇、张志媛的《“第三届国际民法论坛暨第九届法官与学者对话论坛”综述》，主要围绕《中华人民共和国继承法（修正草案建议稿）》的争鸣，介绍了遗产的范围、继承权的丧失、归扣制度、法定继承人的范围、人工生育者的继承能力、权利义务相一致的原则、转继承、遗嘱的形式、夫妻共同遗嘱、后位继承、特留份制度、遗产债务的清偿顺序、被继承人死亡债权人利益的利益的保护、遗嘱信托等问题，有助于实现《继承法》修正的价值追求与制度建构。

2013 年卷《家事法研究》的书评随笔，源于学界同仁的思考感悟。司丹的《走进历史 审视当代——评〈中国近代的婚姻立法与婚俗改革〉》，介绍了《中国近代的婚姻立法与婚俗改革》的体系建构与立法思考——该著以中国近代婚姻家庭伦理思想的发展为线索，系统阐述了中国近代不同历史阶段婚姻立法与婚俗改革的内容，客观评价了中国近代婚姻立法与婚俗改革的进步与不足，充分展现了中国近代不同历史阶段婚姻立法与婚俗改革的研究情况，使我们感受到了中国近代婚姻立法与婚俗改革的发展轨迹以及在社会转型时期学者们的智慧与造诣。

《存学篇》载：“斡旋乾坤，利济苍生。”让我们共同期待 2014 年卷的《家事法研究》。

本卷执行主编：王歌雅

2013 年 7 月 24 日

## 专题研究

|                                 |                   |
|---------------------------------|-------------------|
| 婚姻家庭法的伦理分析 .....                | 夏吟兰 / 003         |
| 论中国亲属法的现代化转型 .....              | 丁 慧 / 012         |
| 夫妻财产制契约研究 .....                 | 许 莉 / 023         |
| 离婚债务清偿：法律规制与伦理关怀 .....          | 王歌雅 / 045         |
| 析《婚姻法司法解释（三）》第11条的正当性和合理性 ..... | 何俊萍 / 062         |
| 我国分家制度研究                        |                   |
| ——写在我国制定民法典之前 .....             | 郑小川 雷明光 / 071     |
| 对忠诚协议问题的探讨                      |                   |
| ——婚姻法问题师生访谈录（三） .....           | 吴 洪 汪姿含 冯 睿 / 091 |
| 完善我国遗嘱继承制度的思考和建议 .....          | 龙翼飞 胡月明 / 115     |
| 遗产继承中债权人利益保护问题探究 .....          | 吴国平 / 127         |

## 实务研究

|                               |               |
|-------------------------------|---------------|
| 破解夫妻共同债务司法困境之构想 .....         | 王礼仁 / 151     |
| 引入家庭暴力危险评估机制 提升公安干预家暴的精准化 ... | 姜 虹 / 171     |
| 瑕疵婚姻登记纠纷判决类型及适用 .....         | 张晓远 许 佳 / 183 |

## 青年论坛

- 论我国无婚意非婚同居的法律规制模式 ..... 但淑华 / 199
- 关于《婚姻法司法解释（三）》实施情况的调研报告  
——以妇女权益保障为视角 ..... 王 薇 / 212
- 论遗产共同共有的性质  
——兼评《婚姻法司法解释（三）》第15条 ..... 茅少伟 / 232

## 域外法研究

- 新时期跨台湾海峡两岸婚姻家庭的观察与思考 ..... 蒋 月 / 253
- 意大利法中的离婚救济  
——以离婚赡养费为视角 ..... 陈 汉 / 281

## 学术会议综述

- “第三届国际民法论坛暨第九届法官与学者对话论坛”综述  
..... 陈 苇 张志媛 / 295

## 书评随笔

- 走进历史 审视当代  
——评《中国近代的婚姻立法与婚俗改革》 ..... 司 丹 / 307
- 《家事法研究》（2014年卷）稿约 ..... / 310

## Monographic Studies

- Ethical Analysis of Marriage and Family Law *Xia Yinlan* / 003
- On the Modern Transformation of China's Family Law *Ding Hui* / 012
- Research on Marital Property Contract System *Xu Li* / 023
- Divorce Debt Settlement: Legal Regulation and Ethical Care  
*Wang Geya* / 045
- Analysis on Justification and Rationality of Article 11 of Judicial  
Interpretation Ⅲ of Marriage Law *He Junping* / 062
- Study of the Family Separation System  
— *Written prior to the Formulation of Civil Law Code of PRC*  
*Zheng Xiaochuan, Lei Mingguang* / 071
- Discussion on the Loyalty Agreements  
— *The Interview about Marriage Law ( Three )*  
*Wu Hong, Wang Zihan and Feng Rui* / 091
- Thinking on and Suggestions for Improving China's Testamentary  
Succession System *Long Yifei, Hu Yueming* / 115
- Studies on the Protection of Creditors' Interests in Inheritance  
Proceedings *Wu Guoping* / 127

## Research on Legal Practices

Envisioning A Breakthrough in Judicial Dilemma of Couple's

Common Debt

*Wang Liren / 151*

Introducing Assessment Mechanism for Domestic Violence Risk

Improving Precision of Police Intervention

*Jiang Hong / 171*

Types of Ruling in Legal Disputes Due to Defective Marriage

Registration and their Application

*Zhang Xiaoyuan, Xu Jia / 183*

## Youth Forum

On the Regulatory Model for Cohabiting Couples without

Intention of Marriage

*Dan Shuhua / 199*

A Survey on Application of Judicial Interpretation Ⅲ of Marriage Law

—*From the Point of View of Women Rights' Protection*

*Wang Wei / 212*

On the Nature of Shared Inheritance in Common

—*Commentary on Article 15 of Judicial Interpretation Ⅲ of*

*Marriage Law*

*Mao Shaowei / 232*

## Foreign Law Reviews

An Observation and Analysis of Cross-Taiwan Strait Marriages and

Families in the New Era

*Jiang Yue / 253*

Divorce Relief in Italian Law

—*From the Perspective of Alimony Payment*

*Chen Han / 281*

## Summary of Academic Conference

Review of the Third Session of International Civil Law forum and  
the Ninth Session of Dialogue Forum between Judges and Scholars

*Chen Wei, Zhang Zhiyuan / 295*

## Book Review and Essay

Learning about History, Surveying the Present

—On *Marriage Legislation and Marriage Customs in Modern China*     *Si Dan / 307*

Call for Submissions for 2014 Volume

*/ 310*

2013 年卷 总第 9 卷

**家事法研究**

RESEARCHES ON FAMILY LAW



# 专 题 研 究

---

---



