



离婚救济制度的辨析与重构

龙翼飞 侯方*

摘要 离婚救济制度涉及离婚后夫妻双方关于利益分配的重大问题。本文通过分析离婚救济制度形成的理论基础,梳理我国离婚救济制度的历史沿革,剖析我国《婚姻法》关于离婚救济制度的缺陷,重新对离婚救济制度进行界定及重构,尝试建立离婚扶养金给付规则和扶养金给付数额的判断标准。

关键词 离婚救济制度 离婚损害赔偿 离婚扶养金 财产分割

一、离婚救济制度的重新界定

所谓救济,指用金钱或物资帮助生活困难的人。离婚救济制度的确立也是为了消除离婚当事人中经济状况处于弱势地位一方的生活顾虑,保障其离婚后能够维持与离婚时相应的生活而设立的专项救济制度。

一般认为我国《婚姻法》规定的离婚救济制度共有三种类型,即离婚财产分割、离婚过错损害赔偿、离婚扶养金给付。这三项制度的立法目的相似,都是为了免除因离婚后造成的当事人权利和利益上的缺失,以保障双方特别是经济状况处于弱势地位的一方离婚后维持相应的生活。就多数国家立法而言,离婚财产分割与离婚扶养金给付同属无过错救济,但侧重点有所不同,离婚财产分割通常是第一位的,在分得的财产不足以维持当事人一方的正常生活或分割财产尚不能彰显公平时,才可以行使扶养金给付请求权。笔者认为,离婚财产分割与离婚过错损害赔偿并不能纳入到离婚救济制度当中。

(一)三种制度的价值取向不同

财产分割、离婚损害赔偿与扶养金虽然都对夫妻在婚姻中的贡献大小、维护妇女子女权益等方面加以考虑,但三者的价值取向不同。财产分割的价值在于理清夫妻人身关系所导致的错综复杂的夫妻财产关系,要明晰双方财产界限,这既是夫妻人身关系解除的必然结果,也是为夫妻人身关系解除创造物质条件。各国立法已逐渐确立了财产分割非过错化原则,即财产分割不与当事人过错挂钩。离婚损害赔偿的价值在于填补损害,这一价值直接导源于侵权损害赔偿的填补功能。离婚损

害赔偿与当事人的过错联系紧密。扶养金的价值取向则是借助夫妻扶养关系的延续实现对因离婚而陷入生活苦难的原夫妻一方的救助,它体现社会公平,有很强的道德意味,贯彻的是义务人的无过错责任,不以惩罚为目的,此观点在我国的民事判决中已有所体现。原告陈永红诉被告孙合良离婚纠纷一案中,人民法院对原告请求被告支付生活帮助费10000元予以支持,对被告有“第三者”而请求被告支付精神损害赔偿金未支持,说明离婚扶养救济不以当事人过错为前提,其体现的是对因离婚而生活困难一方的扶养救济。^[1]

(二)离婚财产分割并不能体现出救济原则

离婚时财产的分割,不仅包括金钱,更多的还有实物上的分割,这些实物的分割应当体现出照顾子女和女方的权益,这和离婚时对于生产工具、生活资料的分割应当遵循更有利于生产、生活的原则是一样的道理。如在分割财产时,应考虑到对一方工作、职业需要的工具、图书,应当分割给需要的一方,对有特殊价值的财产,分割时应考虑其来源,对共同经营、承包的项目,应分割给有经营经验和有能力的一方,对生活必需品进行的分割时,要考虑当事人、子女的实际需要。^[2]财产分割方面,体现照顾子女和女方权益的原则是合理的。但《婚姻法》第47条对在离婚时隐藏、转移、变卖、毁损夫妻共同财产或伪造债务的一方可以少分或不分的规定似乎并不合理。财产分割只是为了确认财产归属,即便当事人一方有上述行为,法律只要能恢复财产的应然状态,填补受害人的损失就可以了,受到少分或不分的惩罚不但过于严厉

*龙翼飞,中国人民大学法学院教授、博士研究生导师;侯方,中国人民大学法学院博士研究生。

[1]参见湖南株洲县人民法院(2011)株县法民一初字第227号民事判决书。

[2]夏吟兰主编:《民法学·卷五·婚姻家庭继承法》,中国政法大学出版社2004年版,第126页。

而且与民法法理不符。

笔者认为只有实行夫妻分产制才需要在离婚财产分割时体现劳务补偿。原因在于,若实行夫妻共产制,家庭成员之间的分工不同,双方可以说是某种层面上的“共同协作”之关系,那么任何一方创造出来的收益都由两人共同享有。若一方认为其既工作,又作家务的话,另一方也会认为,其除了工作,也承担了部分家务,也照顾了老人和儿童,甚至还需要有其它除了家务之外的额外的付出,那么这些除了工作之外的额外的付出到底如何分配其比例,便像是一道永远无法得出正确结论的方程式,着实是庸人自扰。

在财产分割方面,目前也出现了一些依附于夫妻一方人身的权益,如学历证书,执业证书,一方的社会地位、职务、人际关系、社会影响力等等类似的无形资产。这些资产对一个人的未来的财富创造起着关键作用,但是这种收入能力可能在很大程度上应归功于夫妻另一方的努力,她(他)可能在他(她)还是一个法学院或医学院的学生时就因为全力支持他(她)而自己却放弃了通过高级培训以提高收入能力的机会。由于资助他(她)受教育,她(他)自己在承担了机会成本的同时却提高了对方的收入能力。这种收入能力,并不会由于离婚而丧失,婚姻相对方也不可能基于离婚财产分割制度而获取。在这种情况下,对家庭内部做出贡献较大一方的利益便没有得到充分救济,一旦离婚,便意味着今后由于自身缺乏这种收入能力而无法保持结婚时的生活水平。那么,对于执照、学位、就业能力、社会地位等,究竟如何对待?以美国为例,美国绝大多数州法院都认为执照和学位不是财产,因此也不是婚姻财产,只有纽约州在判例中确认执照、学位是婚姻财产,应当予以分割。但其它法院会对没有执照、学位的一方在离婚时予以一定的补偿或为其提供抚养费。

黑龙江省高级人民法院对刘某诉被告郑某离婚财产分割一案,就夫妻关系存续期间,个人参加运动会所得奖牌能否视为夫妻共同财产做出过认定。该案中,被告提出婚后家务活、带孩子以及原告的生活起居都由

被告承担,原告能在国际国内残疾人运动会上获得奖牌,是与被告对其支持和照顾分不开的,因此认为奖牌17块,被告应分得一半。^[3]

笔者认为,对于证书、执照、学位等,应区分两种情况:第一,若该证书、执照没有人身依附性的话,如工商营业执照、某种特许经营许可证,甚至诸如北京地区的车牌号等,其财产性利益也非常大,其应当按夫妻共同财产来进行分割;第二,若人身附加性非常明显的学位证、执照等,显然无法作为夫妻的共同财产进行分割时,则可以适用离婚扶养制度来保障对方的类似于可期待利益性质的权利,但适用离婚扶养制度也仍应符合一定的前提条件才可,如生活困难等,详见后文。

(三)离婚损害赔偿应作侵权规定

离婚损害赔偿制度是2001年婚姻法修正案的亮点,但是在实践中却遭遇了尴尬的境地,真正在司法实践中适用离婚损害赔偿的案例很少。按照《婚姻法》第46条规定,无过错方有权请求损害赔偿的4种情形有:重婚、有配偶者与他人同居、实施家庭暴力、虐待遗弃家庭成员。

笔者认为,重婚、轻伤害案,有配偶者与他人同居,虐待遗弃家庭成员,都属于刑事案件的自诉范围;若证据充分,往往无过错一方提出刑事立案,以期在赔偿中获得更加有利有地位;若证据不确实、充分,则在离婚诉讼中法官也很难支持这一诉讼请求。特别是家庭暴力还包括“冷暴力”,冷暴力的取证问题更是无从解决。

对于夫妻忠实义务,婚姻立法上经历了仅仅要求妻子的贞操义务到对妻严、对夫宽的贞操义务。如1804年《法国民法典》第229条、230条规定,夫得以妻与他人通奸为由诉请离婚,而妻只能以夫与他人通奸,并在婚姻住所姘居为由诉请离婚。随着社会的发展,又发展到夫妻互负忠实义务,^[4]但是第二次世界大战以来,很多国家不再规定夫妻忠实义务。如英国1969年离婚改革法删除了通奸所生的损害赔偿请求权,仅把一方与他人通奸视规定为证明婚姻关系破裂的法定情形之一。^[5]美国在1976年之后,实务上认为要已婚者因与他人有

[3] 案例载《最高人民法院公报》1995年第2期(总第42期)。

[4] 参见《法国民法典》第212条;《瑞士民法典》第159条;《意大利民法典》第143条。

[5] 参见《英国离婚改革法》(1969年),丁保庆译,载任国均、王瑞华选编:《外国婚姻家庭法资料选编》(上),中国政法大学民法教研室1984年1月编印。



自然的、自发的性关系而负责任,已非国家所关心之事,甚至认为此种损害赔偿之请求,是侵害个人基于自然合意性关系的隐私权。^[6]我国《婚姻法》第4条对夫妻应当互相忠实的规定,仅仅是个导向性宣言。《婚姻法司法解释一》第3条规定,仅以《婚姻法》第4条为依据提起诉讼的,法院不予受理。

(四)离婚扶养制度体现了离婚救济制度的立法目的

我国《婚姻法》规定了两种离婚救济模式,分别是《婚姻法》第40条规定的家务劳动补偿和《婚姻法》第42条规定的经济帮助制度。《婚姻法》第40条规定:夫妻书面约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有(以约定分产制为前提),一方因抚养子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的,离婚时有权向另一方请求补偿,另一方应当予以补偿。《婚姻法》第42条规定:离婚时,如一方生活困难,另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。《婚姻法司法解释一》第21条规定,一方所称生活困难,是指依靠人财产和离婚时分得的财产无法维持当地的基本生活水平或者没有住处。

二、离婚扶养给付制度的理论依据

无论对于国家或社会,还是对于个人,婚姻都是一种利益,而且是重大利益。婚姻作为一种利益必然有成本投入。与某个特定人结婚的决定,“它意味着成本与付出”。^[7]婚姻的成本是多方面的,包括时间、金钱、机会、管理、情感、精神乃至人生。在寻觅适当配偶的过程中,会失去大量的时间和金钱;另一方面,在已建立婚姻关系的情况下“很难再去寻找其它机会,这种‘牺牲’也是现有关系的潜在成本”。^[8]当事人在投入某桩具体婚姻时,需要放弃其他很多方面的机会。丈夫可能要用几年时间照顾生病的妻子,使其康复;妻子也有可能需要努力工作,支持丈夫攻读学位或者他们还要时不时地拒绝自己的追求者。这些投资包括许多时间和精力上的投入。

虽然婚姻当事人对婚姻的投入都是自愿的,但必须注意到,这种自愿是有前提的,即一方利益的投入和付出不仅意味着为婚姻的投入与付出,而且也意味着自己

将从中受益。如果人们对婚姻之中的付出与其所回报不成比例,常常是投入多,回报少;投入越多,回报越小,个体自然就会减少对婚姻的投入,从而导致婚姻的不稳定。当婚姻关系破裂或被破坏而中止时,原先的投入可能得不到预期的回报,付出与收益之间不能平衡,这可能产生不公平。婚姻法律应充分考虑种种可能性,通过相应的制度设计,减少和预防这种不公平现象的发生。

三、我国离婚扶养制度的历史发展

我国自西周时期,在解决婚姻关系方面开始形成一套完整的制度,即所谓“七出三不去”。“七出三不去”的原则,自汉代开始入律,不再局限于“礼”的范畴,为后世的封建法典所沿用。“三不去”其中之一为“有所归,不去”,是指“妇被出时,家中父母不在,并无归处,则不得而出之”。由此可以看出,通常情况下妇女被休之后由自己家中的父母扶养,前夫无需承担扶养的义务,家中父母双亡的情况下,则禁止婚姻关系的解除,以保证该妇女的生活。此处的规定即为对婚姻关系解除的一方生活问题进行关注的最早规定,学者通常把其作为我国的离婚后扶养制度的源起。^[9]笔者认为,其也从另一侧面反映出我国建立离婚扶养制度有着深厚的历史渊源,且为社会一般公众所接受。

到了近代社会,根据已搜集到的史料,我国的婚姻立法中关于离婚扶养制度存在着一个不断发展变化的过程。以下便做一个简要的说明及比较。

1930年民法第1057条规定:夫妻无过失之一方,因判决离婚而陷于生活困难者,他方纵无过失,亦应给予相当之赡养费。请求获得离婚后扶养的条件有二个,其一为请求方无过失且因判决离婚而陷于生活困难,其二为被请求方有条件给付。该规定一直为我国台湾地区民法所沿用。民国时期较之清末立法,由有过失的男子一方承担变更为无过失双方亦应承担,请求条件为判决离婚后陷于生活困难即可认定为需要扶养,且无明确期限规定,除非义务人丧失或减少负担能力。

新中国成立前,革命根据地的离婚扶养制度有一

[6]林秀雄:《家族法论集(二)》,汉兴书局有限公司1995年版,第184页。

[7][美]劳埃德·R·科恩:“婚姻:长期的契约”,载[英]安东尼·W·丹尼斯,罗伯特·罗森编:《结婚与离婚的法经济学分析》,王世贤译,法律出版社2005年版,第13页。

[8]同上注,第69页。

[9]张学军:《论离婚后的扶养立法》,法律出版社2004年版,第324-327页。

个变化过程。1931年《中华苏维埃共和国婚姻条例》增加了离婚扶养的期限,即离婚后,男子须承担扶养义务直至女子再行结婚时为止,扶养方式明确为有偿提供住房,代种田地,维持生活等。

1934年《中华苏维埃共和国婚姻法》较之1931年则缩小了离婚扶养制度的适用范围,即增加了请求权人适用扶养的条件和限缩了义务人履行义务的条件,并且删除了需要提供住房这一扶养内容,改为女子未再行结婚且缺乏劳动能力或没有固定职业的,而男子若自己也缺乏劳动能力或没有固定职业,则可不承担扶养义务。

1946年《陕甘宁边区婚姻条例》进一步限制了女方得到离婚扶养救济的要件,更加不利于保障离婚自由和妇女的利益。该条例规定若女方提出离婚,则丧失离婚扶养救济的请求权,即使无法维持生活,也不能得到赔偿。对于履行扶养义务的方式则剩支付必须的生活费,删除了提供住房,代种田地和维持生活。

新中国成立后,1950年《婚姻法》第25条规定:“离婚后,一方如未再行结婚而生活困难,他方应帮助维持其生活,帮助的办法及期限,由双方协议;协议不成时由人民法院判决。”1979年《最高人民法院关于贯彻执行民事改革法律的意见》在1950年《婚姻法》第25条的基础上作出了进一步详细的规定,并且修正了1946年《婚姻条例》,规定承担扶养义务一方不限于提出离婚一方,且规定离婚扶养可“根据实际情况由对方付给较长的或者长期的生活费。”

1980年《婚姻法》对于1950年《婚姻法》作了较大幅度的修改。首先,排除了“离婚时”没有困难但“离婚后”遇到经济困难的情形。其次,由“他方应帮助维持其生活”改为“给予适当的经济帮助”,从而排除了“劳务”帮助。1984年《最高人民法院关于贯彻执行民事改革法律若干问题的意见》中,缩短了给予扶养救济的期间,规定“原定经济帮助执行完毕之后,一方又要求对方继续给予经济帮助的,一般不予支持。”

根据现行《婚姻法》第42条和《婚姻法司法解释(一)》第27条规定,在我国离婚配偶一方要求获得经济帮助需要满足以下条件:一是要求经济帮助的一方必须是生活确有困难,自己无力解决;二是生活困难在离

婚时已经存在。如果困难出现在离婚后,困难方不得要求经济帮助。三是提供帮助的一方需有负担能力。经济帮助的存在以帮助方有经济能力为前提,帮助方在力所能及的范围内实施帮助,具体的实施方式分为一次性帮助、长期性帮助、以住房或者其他个人财产实施帮助等。同时,关于离婚经济帮助,我国法律也承认在当事人之间可以自行达成协议的情况,在当事人双方协议未果的情况下,可以由法院判决。

从对于以上历史资料的梳理我们不难发现,我国在离婚扶养救济制度经历了一个广泛适用(1930年)→严格适用→广泛适用(1950年)→严格适用这样一个起伏发展的过程。究其原因,有学者指出:“过去社会中,正是男子摧残女子的地方,随意抛弃,随意与人结婚。这同样是限制男子随便离婚的办法,而在这种限制中,无形的可以减少乱结乱离的现象。”^[10]在过去,妇女地位低下,容易成为离婚的受害者,所以通过加重男方的“离婚成本”来扼制男方随意离婚的行为。按此理论,也不难解释为什么会有“若女方提出离婚,则不在此限”的规定了。同理,也可以解释,现有的离婚扶养救济制度立法为什么会有有限缩的解释。原因就在于目前我国社会普遍认为男女平等,妇女在社会中、家庭中享有和丈夫一样的权利,也可以拥有事业上的成功,离婚也是双方基于平等、自愿的基础之上而行使权利,因此,离婚时夫妻双方平均分割共同财产就可以达到公平正义,没有必要把离婚变成某一方的负担。

四、我国现行离婚扶养救济制度的不足

笔者认为,我国现行婚姻法及司法解释限缩了离婚扶养制度的适用范围,这样的规定是不恰当的,不符合目前社会的真实情况,会造成一系列的社会问题。

(一)忽视了婚姻的成本与付出

无论对于国家或社会,还是对于个人,婚姻都是一种利益,而且是重大利益。婚姻作为一种利益必然有成本投入。婚姻的成本是多方面的,包括时间、金钱、机会、管理、情感、精神乃至人生。这些投资包括许多时间和精力上的投入。当夫妻有了孩子,由于社会角色的增加,婚姻成本就会增加,一旦婚姻破裂,角色专门化的成本就会显现出来。在一个家庭中学会的技能在另一个家庭中价值很小,甚至在中没有价

[10]张希坡:《中国婚姻立法史》,人民出版社2004年版,第139页。



值”,^[11]这就是离婚所带来的成本。在婚姻当中,一方对于家庭的付出相对较大,从而使另一方在社会中获得了一定的成功,如社会地位的提高,收入能力的增加等等这种无形的资产,而这种无形资产虽然十分重要却无法分割,若此时采用仅“维持当地最低生活水平”这一适用范围,显然无法彰显公平正义。

(二)不符合我国现实情况

我国目前妇女地位在婚姻家庭、社会中虽然有了较大程度的提高,但远未达到真正意义上的男女平等,离婚往往会对女性造成更加不利的后果。通常在家务劳动上,做饭、洗衣、收拾房间、照料孩子等家务活75%-90%是由妻子或母亲承担。有调查显示,“男主外、女主内”的传统性别观回潮,在两性职业地位和经济收入差距日趋扩大的背景下,是部分女性,尤其是中年女性无奈的选择。^[12]

(三)造成了留守儿童、隔代教育社会问题

在农村,“留守儿童”现象已经不容忽视,在城镇,“隔代教育”现象也非常普遍。甚至有学者提出“中国隔代教育模式的成败关系着未来的人口质量”。笔者认为,深层次的原因是由于婚姻当中的“付出与收益”不成比例而造成的。法律上把离婚扶养制度的请求权限定为无法维持当地基本生活水平,而且提供的救济也仅为适当的帮助,造成了实际司法过程中大部分应当适用扶养救济制度的情形无法适用,造成了离婚中不公平现象的产生。

五、离婚扶养救济制度在我国的重构及司法适用

我国离婚扶养救济制度适用范围界定为“无法维持当地基本生活水平”且仅为“经济上适当的帮助”这样的限缩解释,以及没有进一步法律上的明确规定,造成了离婚扶养救济制度形同虚设,法院相关判例极少,且基本都由法官自由裁量,没有统一的标准及尺度。

在此,笔者试图进一步明晰司法适用标准,以期能够尽量发挥离婚扶养救济制度的优势。

(一)扶养请求权人“需要扶养”的判断

采用“原有生活水平主义”最优,它不仅符合法律中对正义的要求,而且在实践中得以客观的反映出来,

有利于抑制离婚的动机,减少不必要的纷争。

笔者认为,《婚姻法》第42条规定:离婚时“一方生活困难”的事实判断应改为“离婚后无法维持婚前生活水平。”对此修改,则可体现出家事劳动的价值,更好的保障在婚姻家庭生活中承担更多照顾老人、子女的一方的利益。也可以保障婚姻关系当中一方所获得的“无形资产”能够使双方都受益。

(二)扶养请求权人请求给付扶养金的条件

在离婚案件中,扶养请求权人也必须符合一定的条件才能够获得离婚扶养救济,具体条件可包括:1.一方因监护或教育子女而不能从事职业活动的或其收入不足以维持婚内生活水平的;2.离婚一方因年老不能期待其就业的;3.因疾病、残疾或身体、精神方面的疾病不能从事职业活动或其收入不足以维持生活的;4.离婚后夫妻一方不能找到适当职业或从事适当职业取得的收入不足以维持其生活的;5.在接受教育、进修或转学他业期间可以请求扶养费;6.因其他重大事由而得以请求扶养费的情形。笔者认为,只要符合上述任何一种情形即可请求给付扶养金。

(三)扶养请求权人请求给付扶养金数额的标准

扶养费数额的确定,是离婚扶养制度中一个至关重要的内容。根据一定的比例计算扶养费数额较为科学。比较法上,“杜塞尔多夫一览表”规定的具体计算方法以义务人的给付能力是否足以支付离婚配偶和未成年子女的扶养费为标准,可以分为给付能力充足时的计算方法和给付能力不充足时的计算方法两种;给付能力充足时的计算方法又可以分为有未成年子女时的计算方法和无未成年子女时的计算方法两种。给付能力充足且无未成年子女时的计算方法以夫妻纯收入之差得3:7的比例确定,若有未成年子女,则需从纯收入中减去未成年子女的扶养费,然后按3:7的比例来确定;给付能力不充足时,首先按照其他方法计算出每个扶养权利人的扶养费数额,其次依据该表将义务人不可或缺的扶养费从纯收入中减去,最后将剩余的财产在多个扶养权利人之间按各自最低需要所占的比例加以分配。

(责任编辑:罗胜华)

[11]同注[7]。

[12]陆建民:“上海妇女婚姻家庭现状及其影响因素”,载蒋永萍主编:《世纪之交的中国妇女社会地位》,当代中国出版社2003年版,第319页。