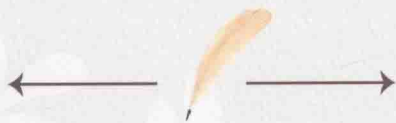


梁小平◎著

离婚损害赔偿 制度研究

LIHUN SUNHAI PEICHANG
ZHIDU YANJIU



中国政法大学出版社

离婚损害赔偿 制度研究

LIHUN SUNHAI PEICHANG
ZHIDU YANJIU

梁小平◎著



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

离婚损害赔偿制度研究/梁小平著. —北京:中国政法大学出版社,
2015. 12
ISBN 978-7-5620-6533-3

I. ①离… II. ①梁… III. ①离婚—赔偿—研究—中国 IV. ①D923. 904

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第294474号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址	北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285(总编室) 58908433(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	10
字 数	230千字
版 次	2015年12月第1版
印 次	2015年12月第1次印刷
定 价	36.00元

导 论

- 一、本选题的意义 / 001
- 二、本选题的研究现状 / 002
- 三、本选题的研究进路 / 005
- 四、本选题的研究方法 / 012

第一章 离婚损害赔偿的含义与性质

第一节 离婚损害赔偿的含义 / 013

- 一、离异损害与离因损害 / 013
- 二、我国《婚姻法》第 46 条所规定的“损害”含义
之论争 / 015
- 三、离因损害赔偿说之检讨 / 021
- 四、小结 / 063

第二节 离婚损害赔偿的性质 / 064

- 一、离婚损害赔偿性质的论争 / 064
- 二、离婚损害赔偿性质学说之分析与评价 / 071
- 三、近、现代婚姻的本质——为契约说辩护 / 078



四、离婚损害赔偿的性质——为救济因离婚所生的不
利益而设的法的保护政策——特殊民事责任 / 097

五、小结 / 106

第二章 离婚损害赔偿制度的价值分析

第一节 离婚损害赔偿制度与婚姻自由原则 / 108

一、婚姻自由是离婚损害赔偿制度的道德基石 / 108

二、离婚损害赔偿制度是法律调控离婚自由与过错责
任的平衡器 / 121

三、小结 / 127

第二节 离婚损害赔偿制度与破裂主义 / 127

一、破裂主义的功能 / 129

二、单一破裂主义的合理性探讨 / 134

三、我国《婚姻法》是否采单一破裂主义 / 145

四、小结 / 149

第三节 离婚损害赔偿制度与离婚扶养制度 / 150

一、过错与举证 / 151

二、功能与效用 / 158

三、小结 / 164

第三章 离婚损害赔偿请求权的构成与行使

第一节 离婚损害赔偿请求权的构成 / 166

一、我国学者关于离婚损害赔偿请求权构成要件的
论争 / 166

二、配偶一方存在法定过错，而另一方无法定过错 / 170

三、因配偶一方存在法定过错而导致离婚 / 184

四、无法定过错的配偶一方因离婚而受损害 / 185

五、小结 / 187

第二节 离婚损害赔偿请求权的行使 / 187

一、离婚损害赔偿请求权行使的适用范围 / 187

二、离婚损害赔偿请求权行使的主体 / 194

三、离婚损害赔偿请求权行使的时间 / 202

四、小结 / 212

第四章 离婚损害赔偿的范围

第一节 离婚损害赔偿之信赖利益赔偿 / 213

一、信赖利益赔偿的界定 / 213

二、信赖利益赔偿的范围 / 217

三、离婚损害赔偿之信赖利益赔偿的范围 / 221

四、小结 / 229

第二节 人力资本与离婚损害赔偿 / 229

一、比较法的考察 / 230

二、我国学者的争论 / 236

三、本书观点 / 247

四、小结 / 262

第三节 夫妻忠诚协议与离婚损害赔偿 / 262

一、夫妻忠诚协议的性质 / 265

二、夫妻忠诚协议的效力 / 268

三、夫妻忠诚协议与离婚损害赔偿 / 281

四、小结 / 283

参考文献 / 284

一、本选题的意义

离婚损害赔偿制度是我国 2001 年婚姻法修正案新增设的一项离婚救济制度。它是针对婚姻家庭出现的新情况、新问题并借鉴有关国家和地区的先进法律制度而设立的,是我国婚姻立法的一大重要突破,也使得我国婚姻家庭制度进一步完善。离婚损害赔偿制度的建立,适应了我国新形势下调整离婚关系新情况的需要,有利于督促夫妻双方“互相忠实、互相尊重”,进而维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系,保护无过错方的合法权益。

由于理论上的准备不足,加之在修订 1980 年《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)时对应否建立离婚损害赔偿制度本身就认识不一,规定离婚损害赔偿制度的《婚姻法》第 46 条过于抽象、简单,因而在司法实践中遇到了许多具体问题。事实上,离婚损害赔偿制度自从在我国确立以来,有关它的理论和可操作性的诸多问题的争论从来没有停止过。为了解决法律适用上的问题,最高人民法院在 2001 年 12 月 24 日发布的《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《婚姻法解释(一)》)就离婚损害赔偿请求



权行使的方式与时间（第29条和第30条）、离婚损害赔偿的范围（第28条）作出了规定；2003年12月26日发布的《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《婚姻法解释（二）》）就离婚损害赔偿制度的适用范围（第27条）作出了规定；2011年8月9日发布的《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（以下简称《婚姻法解释（三）》）就离婚损害赔偿请求权的认定问题作出了规定。然而，由于最高人民法院的司法解释往往只是对理论与实践争议不大的问题作出解释性的规定，而且有时也是“摸着石头过河”的结果，仍不能满足司法实践的要求。在理论界，面对无过错方举证难的问题，有的学者甚至发出了我国2001年婚姻法修正案规定离婚损害赔偿制度是一个错误的呐喊！

那么，我国到底有没有必要规定离婚损害赔偿制度呢？其制度价值何在呢？如果该制度有存在的必要，又应如何结合我国的国情加以完善呢？显然，本选题的研究，不仅可澄清理论上一些错误的认识，而且为完善我国婚姻立法提供一些理论支撑。

二、本选题的研究现状

在20世纪末讨论修改1980年《婚姻法》时，一些学者对离婚损害赔偿制度作了一些初步的探讨。2001年婚姻法修正案通过后，随着离婚损害赔偿制度登上了我国的历史舞台，我国许多学者以此为契机，在检讨2001年婚姻法修正案关于离婚损害赔偿制度之规定的得失的基础上，结合司法实践，对离婚损害赔偿制度作了进一步的探讨。

就专著而言，有于东辉在其硕士论文基础上出版的《离婚损害赔偿制度研究》（人民法院出版社2006年版）。

就学位论文而言,目前虽无博士论文专门研究此选题,但“优秀硕士学位论文”倒有很多,共计80余篇。近几年的主要有:张樱山:“我国离婚损害赔偿的认定与操作”,中国政法大学2011年硕士学位论文;莫捷惠:“离婚损害赔偿制度研究”,西南政法大学2011年硕士学位论文;唐成:“我国离婚损害赔偿制度研究”,中央民族大学2011年硕士学位论文;黄业徽:“离婚损害赔偿制度法律研究”,华东政法大学2011年硕士学位论文;陈铜:“论我国离婚损害赔偿制度”,西南政法大学2011年硕士学位论文;高菲:“离婚损害赔偿制度的研究”,复旦大学2011年硕士学位论文;杨丽媛:“离婚损害赔偿制度研究”,吉林财经大学2011年硕士学位论文;王新宇:“离婚损害赔偿制度研究”,西南政法大学2011年硕士学位论文;黄大可:“离婚损害赔偿制度实务研究”,黑龙江大学2011年硕士学位论文;李丹:“论我国离婚损害赔偿制度的完善”,黑龙江大学2011年硕士学位论文;佟殊:“离婚损害赔偿制度研究”,吉林大学2010年硕士学位论文;杜叶飞:“论我国离婚损害赔偿制度及其完善”,西南政法大学2010年硕士学位论文;曾曼:“离婚损害赔偿制度研究”,广东商学院2010年硕士学位论文;邢晓纲:“婚姻关系之损害赔偿制度研究”,山东大学2010年硕士学位论文;朴婷:“中韩离婚损害赔偿制度的比较研究”,延边大学2010年硕士学位论文;汪丽:“离婚损害赔偿制度研究”,扬州大学2010年硕士学位论文;季强:“离婚诉讼中的损害赔偿制度研究”,苏州大学2010年硕士学位论文;于广义:“论我国离婚损害赔偿制度之完善”,中国政法大学2010年硕士学位论文;徐飞:“论离婚损害赔偿制度”,沈阳师范大学2010年硕士学位论文;曾玉玲:“论我国离婚损害赔偿制度的完善”,西南政法大学2010年硕士学位论文;王聪:“离婚损害赔偿之探析”,华



东政法大学 2009 年硕士学位论文；刘振丹：“离婚损害赔偿制度研究”，复旦大学 2009 年硕士学位论文；彭葵葵：“离婚损害赔偿制度若干问题研究”，华中科技大学 2009 年硕士学位论文；张荣：“离婚损害赔偿制度研究”，山东大学 2009 年硕士学位论文；张彬：“我国离婚损害赔偿制度的不足与完善”，苏州大学 2009 年硕士学位论文；孟令涛：“论我国离婚损害赔偿制度”，吉林大学 2009 年硕士学位论文；周长彧：“论离婚损害赔偿制度”，吉林大学 2009 年硕士学位论文；张越山：“离婚损害赔偿制度研究”，山东大学 2009 年硕士学位论文；刘作炎：离婚损害赔偿制度研究”，复旦大学 2009 年硕士学位论文。

就公开发表的法律文献而言，主要有：陈苇：“建立我国离婚损害赔偿制度研究”，载《现代法学》1998 年第 6 期；陈苇：“离婚损害赔偿法律适用若干问题探讨”，载《法商研究》2002 年第 2 期；夏吟兰：“离婚救济制度之实证研究”，载《政法论坛》2003 年第 6 期；王歌雅：“关于离婚损害赔偿制度的若干思考”，载《求是学刊》2004 年第 4 期；夏吟兰：“离婚衡平机制研究”，载《中华女子学院学报》2004 年第 5 期；薛宁兰：“我国离婚损害赔偿制度的完善”，载《法律适用》2004 年第 10 期；张学军：“离婚损害赔偿制度辨析”，载《政治与法律》2008 年第 2 期。

然而在此值得注意的是：上述研讨离婚损害赔偿制度的优秀硕士学位论文大多是法律硕士论文，这可能是他们认为该选题研讨相对容易之结果。也可能正因为如此，它们彼此互相近似，并且有惊人之共同点：我国《婚姻法》第 46 条所规定的离婚损害赔偿是离因损害赔偿，而非离异损害赔偿（即狭义的离婚损害赔偿），并以此为基础展开探讨。

三、本选题的研究进路

第一章：尽管我国 2001 年的《婚姻法》修正案首次规定了离婚损害赔偿制度，但是无论在理论上还是在司法实践中，对其所规定的离婚损害是“离因损害”还是“离异损害”（即离婚本身所造成的损害），或者是二者兼而有之，却认识不一；对离婚损害赔偿的性质，更是众说纷纭。而这一切往往使有关离婚损害赔偿制度问题的讨论失去了前提条件，甚至是南辕北辙，因为对离婚损害赔偿含义与性质的界定是适用或探讨这一制度的首要的前提性、基础性问题。故本章开宗明义，首先就离婚损害赔偿的含义与性质加以探讨，以期为后面的研讨打下理论基础。

本章认为，既然我国《婚姻法》第 46 条所规定的四种情形属于侵权行为，自应适应《侵权责任法》的规定。或者说，既然我国《侵权责任法》并未排除其适用，那么其亦自应适用。既然其自应适用，我国《婚姻法》就没有再规定的必要。这从反面说明了我国《婚姻法》第 46 条所规定的损害赔偿并非婚内侵权损害赔偿（离因损害赔偿），而是一种有别于婚内侵权损害赔偿之离婚损害赔偿。从其他规定了离婚损害赔偿制度的有关国家或地区的立法例来看，“把离婚损害与一般侵权行为之损害分开，个别明文规定，乃是多数国家共同之倾向。”

婚姻实质上为一种身份契约，离婚损害赔偿责任是这种身份契约解除即离婚所产生的一种法律后果。尽管对财产契约解除所生损害赔偿请求权之基础有债务不履行赔偿说与信赖利益赔偿说之争，但对婚姻这种身份契约解除所生损害赔偿请求权之基础却毫无例外地采信赖利益赔偿说——离婚本身所致损害赔偿说。“如果要对离婚本身产生的不利益加以救济，就必须建



立新的制度。该制度不再像侵权制度那样要求‘不法性’尤其是‘权利侵害性’，也不再重视过去的损害，而重视将来的需要”。“离婚本身并非侵权行为，因此，因离婚——非侵权行为——所生之损害赔偿，不应适用侵权行为之规定。为了承认离婚损害，而适用侵权行为之规定，在法的构成上，尚属不足。因此不如将其解为，为救济因离婚所生之不利益而设之法的保护政策较为妥当。”即离婚损害赔偿请求权为法律特别规定的一种请求权。离婚损害赔偿既不是违约责任，也不是侵权责任，而是为了救济因离婚所生的不利益之立法政策的考量而由法律创设的一种特殊民事责任。

第二章：在讨论修正1980年《婚姻法》时，对是否应规定离婚损害赔偿制度，学者们有较大的分歧。尽管2001年的《婚姻法》修正案规定了离婚损害赔偿制度，但并没有平息理论上的争论。反对者主要认为，离婚损害赔偿制度与婚姻自由原则和破裂主义相矛盾。有的学者进一步认为，这一制度设计基本上是学者、立法者基于善良的愿望和主观的、没有经过实证的制度设计，离婚损害赔偿制度实际上是不起作用的，是值得怀疑的，是应该挑战的，应该用离婚抚养费的给付制度来代替。鉴于此，本章在结合反对者意见探讨的基础上，就离婚损害赔偿制度存在的价值基础加以分析。

本章认为，自由是正义的内容之一，正义连接了自由和平等。也可以说，自由的限度是正义，为了实现正义，人类必须对自由作出某种程度的限制。正是由于离婚自由的实现有时要以牺牲一方的自由为代价，并且离婚这种法律行为会带来家庭关系的变更，引起社会关系的变化，因此，在充分尊重一方离婚自由的同时，要充分考虑到因离婚而遭受损害的另一方及未成年子女的利益，限制离婚自由的滥用。离婚损害赔偿制度的

确立，满足了婚姻自由的道德要求，并有助于婚姻自由尤其是离婚自由的实现。因此，婚姻自由是离婚损害赔偿制度的道德基石。同时，婚姻自由是人的权利的体现，但权利离不开义务和责任，自由与责任不可分。离婚损害赔偿制度作为离婚自由与过错责任的法律调控手段，可以在一定程度上消除经济上处于劣势的无过错方的后顾之忧，恰到好处地在保障受害方合法权益的同时，又保障了离婚自由的实现。离婚损害赔偿制度是法律调控离婚自由与过错责任的平衡器。

破裂主义只是裁判离婚的标准，与裁判离婚的后果并无直接关联。反之，正是由于破裂主义的采用，为了实现社会正义，法律在规定离婚的救济制度时，往往要求有过错方承担一定的不利法律后果。因此，破裂主义与离婚损害赔偿制度并不相互排斥。其实，离婚损害赔偿制度的价值所在，正在于其一方面在保护婚姻自由的同时实现了社会正义，另一方面其也从另一个侧面对破裂主义所带来的弊端进行了矫正。实际上，从目前各国或地区有关婚姻立法来看，裁判离婚的标准大多采混合主义。尽管有些国家采单一破裂主义，但面对单一破裂主义所带来的各种弊端，不得不又改弦更张，改采复合破裂主义，走上了一条“中间路线”。我国《婚姻法》关于裁判离婚的标准采取的是以破裂主义为主，兼采过错主义和目的主义的复合破裂主义，这实质上为离婚损害赔偿制度的构建提供了更坚实的制度基础。同时，由于我国《婚姻法》采取积极破裂主义，但未规定苛刻条款等拟制手段，其虽然有利于保障离婚自由的实现，但有漠视无过错配偶合法权益，甚至有鼓励夫妻一方以离婚为手段逃脱夫妻之间的义务之嫌。而离婚损害赔偿制度的确立，增加有过错方请求离婚的成本，在一定程度上可以弥补这种缺陷。



无论是在采单一破裂主义的国家或地区,还是在采混合主义的国家或地区,“过错”在其确立的离婚扶养制度中均有或多或少的法律意义。因为,完全不问离婚的责任所在,由无过错之一方照顾或扶养有过错之一方,似有悖于公平之理念。如果说因对配偶一方有法定过错存在举证难的问题,因而主张废除离婚损害赔偿制度,那么离婚扶养制度也不应该建立,因为其存在同样的难题。我们不能因为在现实应用中存在问题就将其彻底的否定,否则,就是因噎废食。我们要做的是面对问题、思考问题、解决问题而不是逃避问题。实际上,离婚损害赔偿制度与离婚扶养制度是两种不同的制度,两者间没有可比性。其立法目的与请求权基础有本质区别。因此,二者之间并不存在谁取代谁的问题。可能正因为如此,绝大多数国家或地区的立法或司法实践,在确立离婚扶养制度的同时也建立了离婚损害赔偿制度。

第三章:既然我国《婚姻法》第46条所规定的离婚损害赔偿是指离异损害赔偿,而非离因损害赔偿,那么其构成要件显然不同于离因损害赔偿的构成要件。目前我国理论上所探讨的离婚损害赔偿的构成要件,绝大多数实质上是指离因损害赔偿的构成要件。那么,离婚损害赔偿请求权的构成要件究竟是什么呢?既然离婚损害赔偿是作为身份契约的婚姻解除本身给无过错配偶方所造成损害的赔偿,那么,这种离婚损害赔偿请求权的性质是什么呢?其行使与一般损害赔偿请求权的行使有何特殊性呢?有鉴于此,本章仅就离婚损害赔偿请求权的构成与行使问题加以探讨。

本章认为,既然我国《婚姻法》第46条所规定的损害赔偿是指离婚损害赔偿,那么离婚损害赔偿请求权的构成要件为:①配偶一方存在法定过错,另一方则无法定过错;②配偶一方的

法定过错导致当事人之间婚姻关系解除（即离婚）；③无法定过错方因离婚受有损害。尽管从实践来看存在着无过错配偶方的举证难问题，但仍不宜采推定过错的原则。在不改变“谁主张权利、谁提供证据”的举证规则的前提下，可以通过明确在离婚诉讼中当事人特别是无过错方提供证据的采信细则、立法上确认离婚损害赔偿之诉中无过错方私人取证的合法性等措施来解决这一问题。

离婚损害赔偿制度的适用与离婚的方式并无直接关联，即无论是诉讼离婚还是协议离婚，无法定过错方均可行使离婚损害赔偿请求权。

离婚财产损害赔偿请求权的性质为一种不具有人身专属性的财产权，在行使上并不具有专属性。如果其被继承或转让的，其继承人或受让人可行使离婚损害赔偿请求权；离婚非财产损害赔偿请求权具有行使上的相对专属性，那么离婚非财产损害赔偿请求权的行使主体通常为无法定过错的配偶一方。当然，如果有法定过错的配偶一方已经以书面方式承诺给予金钱赔偿，或者无法定过错的配偶一方已经向人民法院起诉的，该离婚非财产损害赔偿请求权就蜕变为一般的债权请求权，具有可让与性和可继承性。如果其转让他人的，受让人为其行使的主体；如果其为权利继承人继承的，则继承人为其行使的主体。此外，其债权人如具备代位权的成立要件，亦可以行使代位权为由作为其行使主体。

在诉讼离婚中离婚损害赔偿请求权行使的时间，应以无法定过错方为离婚诉讼之原告或被告而有所区别，但最高人民法院有关司法解释的规定仍有待于进一步完善。

第四章：由于离婚损害赔偿是指离婚本身所致无过错方损害的赔偿，即所谓信赖利益的赔偿。那么，何谓信赖利益呢？



离婚损害赔偿之信赖利益的范围应如何界定呢？依最高人民法院《婚姻法解释（一）》第28条的规定，《婚姻法》第46条规定的“损害赔偿”包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的，适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。然此处的“物质损害”究竟指的是什么？其范围如何？等等。理论与实践均认识不一。故本章结合争议较大的问题的分析就离婚损害赔偿的范围加以探讨。

本章认为，离婚损害赔偿是指离婚本身给无过错方造成的信赖利益损害的赔偿。虽然就财产契约而言，两大法系对信赖人就非财产上的损害能否请求信赖利益赔偿责任均持谨慎态度，但是对作为身份契约的婚姻契约而言，在建立了离婚损害赔偿制度的国家或地区，对于离婚本身给无法定过错配偶方所造成的精神损害应予赔偿，则均持肯定态度。由于在绝大多数承认离婚损害赔偿制度的国家或地区，其有关立法对离婚本身给无过错配偶方造成财产上损害的范围均无明确规定，因而理论与实践对此不无争议。

本书认为，扶养期待权的丧失，固为损害，鉴于我国《婚姻法》第42条有所谓“经济帮助”的规定，那么无过失的配偶因离婚而陷入生活困难时，自可依本条的规定请求经济帮助，无须再将扶养期待权的丧失纳入离婚损害赔偿的范围；依我国《婚姻法》第17条的规定，夫妻对共同所有的财产有平等处理权。依我国《物权法》等的规定，除构成日常家事代理外，夫妻对各自所有的财产独立行使所有权。既然如此，自无所谓夫妻财产收益期待权之损害。遗产继承权（仅指客观意义上的继承权）、保险受益权并非期待权，因而所谓遗产继承权、保险受益权之丧失亦不应属于损害赔偿的范围。

虽然人力资本并非财产，但人力资本与劳务结合就可能带来财富。夫妻一方之所以愿意为对方接受专门的职业（如律师、医师）教育或取得某一行业的营业执照作出贡献，不仅是基于对婚姻的承诺，而且更是基于接受贡献方获得人力资本后会带来美好幸福生活（即所谓夫贵妻荣）的期待。然而，落花无意，流水无情，随着社会的变迁，婚姻城堡中“等闲变却故人心”的现象逐渐增多，人们越来越多地发出“人生若只如初见”的无尽感伤。如果接受贡献的一方在即将或者获得人力资本后随即提出离婚，不仅会使贡献方的美梦破灭，而且会使其竹篮打水一场空。如果法律不对贡献方作出救济，显然显失公平。虽然美国判例所确立的补偿性扶养制度能达到救济贡献方的目的，但我国《婚姻法》并未规定此制度，而规定的经济帮助制度对此却无能为力。但不必为此遗憾，我国《婚姻法》所规定的离婚损害赔偿制度，不仅与美国判例所确立的补偿性扶养制度在功能上殊途同归，而且更符合离婚损害赔偿制度保护期待利益的要旨。

夫妻忠诚协议只要是婚姻当事人平等、自愿协商一致的结果，且在签订协议时均为完全民事行为能力人，应为有效的契约。其并非身份契约，而只是婚姻契约的补充协议——约定一方有不忠行为而导致离婚并由此给对方造成损害时所应负的损害赔偿责任；婚姻契约为继续性契约，其解除（即离婚）并不具有溯及既往的效力。作为婚姻契约的补充协议之夫妻忠诚协议，当然亦不会因婚姻契约的解除而溯及既往归于消灭。既然如此，夫妻忠诚协议中有关离婚损害赔偿数额的约定自可成为受诉法院确定离婚损害赔偿数额的重要依据。