

博學篤行
厚德重法



西南政法大学 法学学术文库

离婚救济制度研究

李俊/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法学学术文库



云南政法之星

离婚救济制度研究

李俊/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

离婚救济制度研究/李俊著. —北京:法律出版社,
2008.8

(西南政法大学法学学术文库)

ISBN 978-7-5036-8691-7

I. 离… II. 李… III. 离婚法—研究 IV. D913.904

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第115138号

© 法律出版社·中国

西南政法大学
法学学术文库

离婚救济制度研究

李俊 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 晴

开本 A5

版本 2008年9月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 12.625 字数 272千

印次 2008年9月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8691-7

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



总 序

受命为《西南政法大学法学学术文库》(以下简称《法学学术文库》)写序是件幸运的苦差事。言其幸运是组织的信任,言其苦差实颇费心力。

愚意以为,《法学学术文库》的出版是学校科研的盛举。述其作用论其特点,必须回放在一定的历史背景下予以说明。伟人说过:忘记过去就意味着背叛。伟人还说过,没有比较就没有鉴别。

众所周知,今天的西南政法大学(1995年前名为西南政法学院,人们常简称其为西政)已经五十有五啦,假如是个自然人,当此年龄段该是知天命多时了。五十五个年头,它有过创业的艰辛,有过成功的喜悦,有过失败的悲哀,有过耀眼的光环。它少年惨遭磨难,青年恰逢盛世。从纵向看,大致可切分为三个时期:

第一,奠基期。时间跨度当从1953年建校算起至1966年上半年。学校从批准到选址,从选址到成立,从成立到教学,基本是顺应政治之需。司法改革运动又“使一大批并无政治问题的法学专家、教授被拒之于新的司法机关和大学讲坛之外”彼时不以做学问为时髦而以讲政治为荣耀。虽有少许著述出台但基本上是谈不上法学研究的。尽管如此,世人也不得不承认,她还是为国家做出

过贡献:招收过本科,培训过干部,为立足西南奠定了一定的人、财、物根基。

第二,磨难期。“文革”十年不堪回首:学校停办、校园被占、图书遭劫、教师遣散……哪里还谈得上法学研究?

第三,振兴期。十一届三中全会后,法学教育迎来了发展的春天。学校开始步入正轨走向辉煌。从1978年招生算起,整整三十年。这三十年是共和国改革开放的黄金时期,这三十年也是西政日新月异的明媚春天。沐浴着改革开放的春风,在五大院校中它最早复办本科,成为品牌的“七八级”由此而生、由此而长;它第一批招收法学硕士生,它较早招收法学博士生。1982年新宪法的颁布,又为法学教育与科研营造了一个较好的环境。如果记忆没有出错的话,在此期间它至少实现了三个第一:第一次组建统帅全校科研事宜的科研处;第一次成立编辑部发行自己的学报(后更名为《现代法学》);第一次在无出版社的情况下出版了自己的系列教材。这是多么的不易啊!

西政之科研,我想应从78级的墙报算起。那时,各个小班在教室四壁会定期的出版大约一平米见方的墙报,字体公正,楷书抄就,有报头有花边,有散文有诗歌,从案例分析到学习心得,图文并茂,丰富多彩。学子放言贵无忌,新论叠出敢争鸣,它是西政学子学术探讨的阵地,思想火花迸发的源泉。

西政之科研,铸就了不少学问家。有人放言,西政是培养高官的摇篮,对外宣传对内报告动辄说我们培养了多少多少部级干部、司(局)级干部,并引为自豪。此话属实,亦可陶醉一下。但类似的话说多了,说久了就会产生片面性。其实,西南政法大学并不是一所培养干部的学校,它是学府!是做学问出学问的地方,是学

习、研究民主法制建设重要问题的摇篮！君不见，学校培养了数以千计的教授、副教授！不少人还当了硕导、博导！而今他们已是中国的法制建设的中坚！据笔者所知，在全国各类法学研究学会中任会长、副会长、常务理事、理事者，出自西政的几占四分之一。全国中青年法学家中有西南政法大学血缘者占15人之多！进入中南海讲课的教师之中与西政有千丝万缕联系者几占半数！

西政之科研，凭籍西政人的顽强拼搏，真是芝麻开花节节高！资料显示，公开发表的文章、著述一年比一年多！中标的研究项目一次比一次增加！获得奖项等级一届比一届高！

目睹西政今日之科研，我们振奋、高兴。但振奋高兴之余，时不时也会冒出一种危机感。如果从横向看，与先进的兄弟院校相比的确存有不小的距离。诚然，在客观上有天时、地利之差异，但主观努力程度也值得反思。故不陶醉，不自满，不回避，不放弃，契而不舍，持之有恒，应是西政科研今后之定向。

西政之科研，有其自身的特点：第一，它是在没有自己出版机构的情状下推出自己的专著的；第二，它是在经费极少的态势下完成自己的写作的；第三，它之科研并非纯研究的科研，而是科研著述与教学活动紧密相连，相得益彰，以教学带科研，以科研促教学；第四，科研主体强势。从领导到群众，从教授到助教，从博士生到本科生乃至专科生、自考生，人人参与，个个著文；第五，校园的科研是西政“论辩文化”的有机组成部份。课堂内外手不释卷，林荫道上玄思妙想，宿舍卧谈唇枪舌剑，学术思想撞击的火花或化成登大雅之堂的长篇文章，或草就油印小报上的豆腐块，或变为讲坛上的慷慨陈词。

为庆贺学校复办招生三十周年而隆重推出的《法学学术文

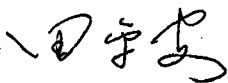
库》就充分地再现了以上特点。

《法学学术文库》各书作者均系学校的骨干精英。是他们,一面承担着繁重的教学任务,一面为国家的民主法治呕心沥血笔耕不止;不难看出,作者们的选题均源于教学系有感而发;文中论辩阐发不泛闪光耀眼之点,而光点之形成恰离不开“论辩文化”的熏陶;此外,立意新颖,题涉广泛,有实体的,有程序的,有宪法法理的也有法史法思的。

《法学学术文库》的出版,是学校科研实力三十年来第一次对外的整体亮相;文中之立论必将有助于教学改革深化;文中闪耀的亮点必将推动社会主义法治建设的步伐。我相信,读完《法学学术文库》,一定会给读者以收获,给诸君以启迪。当然,书中也存有争点,留有瑕疵,聪明的人会从中引发新的思绪或触动新的灵感,这,或许是《法学学术文库》的又一作用。

寥寥数语,是为序。

西南政法大学教授、博士生导师



2008年8月22日于安怡斋

序 言

离婚救济制度是指,为消除离婚过程中存在于婚姻关系当事人间之权利缺损状态而依法可以采行的全部补偿性、救助性措施的总和。在我国现行离婚法中,一般认为,离婚时经济帮助、离婚损害赔偿及离婚经济补偿这三项具体制度均属于离婚救济制度的范畴。

研究离婚救济制度具有重大现实意义,其原因在于:

首先,对离婚救济制度的研究有利于我国离婚制度的总体完善。离婚作为现代社会普遍存在的现象确实会对婚姻与家庭的稳定及其发展产生一定的影响,尽管我们不能简单地用积极或消极、正面或负面来对之予以评价,但在离婚制度设计上却必须力求在保障离婚自由的同时还应尽量减少离婚本身对当事人

各方乃至社会秩序带来的不利影响,而离婚救济制度的存在则可以以为这一目标的实现提供较为充分的制度性保障,因为该制度不仅立足于离婚阶段个人权益的维护,而且注重从社会公平的角度来对各方当事人之权利冲突进行调整。因此,可以说离婚救济制度的完善是现阶段改革离婚立法以期于离婚中更好实现法律公平价值的需要,而要实现离婚救济制度的发展完善又必须首先于理论上就该制度各方面具体内容进行研究,不仅要对我国现行立法的相关规定及立法意旨予以全面把握,还必须结合国外相关立法之规定展开较为全面的分析探讨,只有这样,才可以加深对该制度的整体认识,从而在制度架构、内容设计等方面实现一定的突破。

其次,从实践的角度来看,离婚案件在我国法院的民事审判工作中一直占据着较大的比例,社会生活的高速发展在改变人们婚姻家庭观念的同时也改变着他们实际的生活方式,从而为离婚案件的审理工作带来不少全新的问题,要在各个具体案件中保障当事人的离婚自由并实现法律维护正义的基本价值,缺乏对现行制度的准确把握和一定的前瞻性认识显然会影响法官在个案审理中作出适当的裁决。因此,借此研究可详细梳理我国现行制度的相关规定,增进对其制度内涵的恰当认识,从而可以首先试图在现行制度范围内对离婚救济方面部分疑难问题寻求可行的解决办法,以期对司法实践产生一定的借鉴作用。

本书采用的研究方法主要包括:第一,法律解释的方法。运用法律解释的方法从多个角度对我国现行相关法律制度加以解读,以求进一步明确各相关制度的立法目的、价值倾向以及各制度核心内容的内涵等问题,为研究工作的全面展开打下基础,也

为后续讨论的进行确立基本的出发点。第二,比较研究的方法。通过对外国相关立法例的参考,在介绍国外相关制度的同时进行纵向的分析比较,力求借助此类纵向比较首先于宏观层面上更好地把握相关问题在世界范围内的总体立法趋势,而且还可进一步于微观层面上找出各国相关制度间存在的各类细微差别,并结合我国实际情况对之加以评价,从而可以围绕我国现行相关制度展开更为深入的分析,有望借此找准我国现有立法之不足并可寻找到改进措施。第三,历史分析的方法。通过对所论制度历史发展进程的回溯,不仅可以更为全面地了解制度演进的具体过程,而且可通过对不同历史时期该制度主要特征及其形成原因的剖析来认清该制度发展的大体方向。

本书正文共分为六章:第一章离婚救济制度基本理论阐释,主要立足于对离婚救济制度的概念、特征、范围及功能等基本理论问题的评述;第二章离婚救济制度的历史沿革,较为详细地介绍了离婚救济制度的发展进程,对古代、近代及现代离婚救济制度的主要特征及成因进行了总结;第三章大陆法系主要国家之离婚救济制度,着重就法国、德国及其他大陆法系主要国家离婚救济制度的具体内容进行了介绍;第四章英美法系主要国家之离婚救济制度,着重就英国、美国及其他英美法系主要国家离婚救济制度的具体内容进行了介绍;第五章外国现代离婚救济制度之评析,结合前文之介绍,就离婚救济制度各主要内容展开比较评析,对外国现代离婚救济制度的整体立法进行了较为全面的探讨;第六章我国离婚救济制度之发展及其完善,在对我国离婚救济制度历史发展脉络予以系统梳理的基础上,着重围绕我国现行离婚救济制度的具体规定展开了分析,在阐明现有相关立法之不足的同

时,有针对性地提出了完善建议。

须说明的是,从国内外研究情况来看,在离婚救济制度的框架内展开研究的同类专著尚不存在,但国内外学者通常在对离婚法律后果的研究中对本书所涉及的大部分内容有所探讨。^①学者们此前进行的学术研究使笔者获益良多,也为本书的完成提供了极为丰富的素材,本书可称是在前辈学人业已开拓的学术疆界内进行的一次纵深性探索,希望能够借此就离婚救济制度的各方面问题展开全面深入的探讨,以期与业内同仁一道,为我国婚姻家庭立法的发展共谋佳策、同求良方!

^① 国内学者比较有代表性的论文主要有:夏吟兰:“离婚救济制度之实证研究”,马忆南:“离婚救济制度的评价与选择”,陈苇:“建立我国离婚损害赔偿制度研究”,陈苇、冉启玉:“离婚扶养制度研究”等,限于篇幅在此不作详细介绍。

目 录

第一章 离婚救济制度基本理论阐释 /1

第一节 离婚救济制度的概念解读 /1

一、离婚 /1

二、救济 /5

三、离婚救济制度 /13

第二节 离婚救济制度的功能揭示 /22

一、离婚救济制度是正义价值在婚姻领域的一种集中体现 /22

二、离婚救济制度是实现离婚自由的必要保障 /25

三、离婚救济制度是保障夫妻权利的需要 /33

第二章 离婚救济制度的历史沿革 /36

第一节 古代社会“离婚救济”的表现形式及其主要特征 /36

一、古代社会“离婚救济”的表现形式 /36

二、古代社会“离婚救济”的主要特征及其

成因 /43

第二节 近代离婚救济制度的发展及其动因 /51

一、近代社会离婚救济制度的发展 /51

二、近代离婚救济制度的发展动因 /59

第三节 现代离婚救济制度的发展及其动因 /69

一、现代离婚救济制度的发展 /69

二、现代离婚救济制度的发展动因 /74

第三章 大陆法系主要国家之离婚救济制度 /83

第一节 法国之离婚救济制度 /83

一、补偿性给付 /84

二、救助性抚养费 /94

三、离婚损害赔偿 /99

四、其他救济性措施 /104

第二节 德国之离婚救济制度 /110

一、离婚后扶养 /112

二、离婚中的供给均衡 /143

第三节 大陆法系其他国家之离婚救济制度 /156

一、瑞士之离婚救济制度 /156

二、日本之离婚救济制度 /162

三、俄罗斯之离婚救济制度 /167

第四章 英美法系主要国家之离婚救济制度 /175

第一节 英国之离婚救济制度 /175

一、离婚之辅助性救济 /176

二、在辅助救济程序之前的婚姻财产保护 /212

第二节 美国之离婚救济制度 /212

一、离婚扶养费制度 /214	
二、离婚时财产分割中的救济性规定 /227	
三、离婚中的侵权损害赔偿 /236	
第三节 英美法系其他国家之离婚救济制度 /240	
一、澳大利亚之离婚救济制度 /240	
二、爱尔兰之离婚救济制度 /247	
第五章 外国现代离婚救济制度之评析 /264	
第一节 普遍方式中的差别立法——外国现代离婚后 扶养制度之评析 /264	
一、绝对主义与相对主义标准的选择——外 国现代离婚后扶养制度的总体分野 /264	
二、生存权与发展权之缺损填补——离婚后 扶养性质的全新探讨 /266	
三、离婚后扶养主要内容之全面比对 /276	
第二节 离婚损害赔偿制度之合理建构——外国现代 离婚损害赔偿制度之评析 /291	
一、冷遇与肯定——外国立法对离婚损害赔 偿制度的不同选择 /291	
二、认定离婚损害赔偿的逻辑次序与离婚损 害性质之确认 /294	
三、离婚损害赔偿主要内容之全面比对 /297	
第三节 对离婚救济制度的扩张性认识——外国其他 现代离婚救济制度之评析 /305	
一、离婚救济制度的全面建构——外国其他 现代离婚救济制度的立法概况 /305	
二、家务劳动价值的承认与婚姻住所的处理 /306	
三、对离婚配偶一方恶意处置夫妻共有财产	

的限制 /312

第六章 我国离婚救济制度之发展及其完善

/314

第一节 我国古代及近代之离婚救济制度 /314

一、我国古代之“离婚救济” /314

二、我国近代之离婚救济制度 /317

第二节 我国现代离婚救济制度之发展及其主要内容 /324

一、我国现代离婚救济制度之发展 /324

二、离婚经济帮助制度之主要内容 /329

三、离婚损害赔偿制度之主要内容 /332

四、离婚经济补偿制度之主要内容 /338

第三节 理论回应与制度探索——完善我国现代离婚救济制度的若干思考 /339

一、离婚救济制度系统化建构之应有选择——各类措施部分内容的集中性规定 /339

二、离婚经济帮助制度之不足及其立法完善 /341

三、离婚损害赔偿制度之不足及其立法完善 /354

四、离婚经济补偿制度之不足及其立法完善 /367

参考文献 /374

后 记 /385

第一章 离婚救济制度基本 理论阐释

第一节 离婚救济制度的概念解读

一、离婚

离婚是引起婚姻关系终止的原因之一,也是现代生活中一种常见的社会现象。从法律角度上看,所谓离婚,即是指在配偶双方生存期间依照法定条件和程序解除婚姻关系。法律意义上的离婚首先必须以合法婚姻关系的存在为前提,换言之,离婚的主体只能是具有合法夫妻身份关系的男女,姘居关系中的男女或未婚同居的男女是不能通过离婚来处理彼此间的身份关系或财产关系的。其次,离婚事务的办理必须以夫妻双方的生存为要件,不仅在离婚的提起时要求夫妻双方有生,而且在业

已提起之离婚案件的办理过程中,夫妻一方的死亡也当然会引起离婚的终止。同时,离婚的办理有其法定的条件和程序,夫妻间所订立的离婚协议即使是双方真实的意思表示也必须经过一定的法律程序加以确认,否则就不具有法律效力。

此外,离婚还必然会引起一系列后果,包括夫妻人身关系和财产关系的终止、子女抚养方式的重大变化、债务清偿形式的变更等,因此有学者认为,离婚对于家庭和社会的稳定都是一种威胁,而不少国家日益增长的离婚率也被用来证明离婚本身也是导致婚姻破裂的原因。^①当然,随着对离婚问题认识的深入以及相应法律调整的加强,传统的离婚观念在当代已有了很大的转变,英国法律委员会就曾针对英国 1971 年至 1976 年出现的离婚率上升指出:“第一,如果离婚数字的增长说明家庭破裂的数字在增多,这仅仅是危言耸听而并不表示破裂家庭比例的增长正在导致离婚;第二,破裂家庭的增多可能仅仅表明有更多的婚姻面临着破裂的危险;第三,即使确实破裂的婚姻增长了,它可能仅仅说明婚姻和道德的衰退。”^②而我国有社会学家则在对我国 1949 年后出现的三次离婚高潮进行研究后进一步指出:“离婚率的增高不能与道德滑坡画等号,不能说是道德滑坡的产物。”^③总的来看,理论界在对离婚行为社会效果的认定上仍存有一定的争议,但通过专门的离婚立法来对该行为加以系统的规制则基本上成为了现代国家的一项共识。

① 李志敏主编:《比较家庭法》,北京大学出版社 1988 年版,第 142 页。

② 弗·贝茨等:《家庭法案例》,1985 年英文版,第 117 页。

③ 潘允康:“社会转型时期中国人的婚姻家庭质量”,载刘达临等:《社会学家的观点:中国婚姻家庭变迁》,中国社会科学出版社 1998 年版,第 76 页。