

中国民商法专题研究丛书

■ 梁慧星 主编

论离婚后的 扶养立法

张学军 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国民商法专题研究丛书◎梁慧星 主编

论离婚后的扶养立法

张学军 著



法律出版社

LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

论离婚后的扶养立法/张学军著. —北京:法律出版社, 2004. 12
(中国民商法专题研究丛书)
ISBN 7-5036-5289-6

I. 论… II. 张… III. 离婚法—研究—中国 IV. D923.904

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 141225 号

法律出版社·中国

责任编辑/周丽君

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/11.75 字数/295 千

版本/2004 年 12 月第 1 版

印次/2004 年 12 月第 1 次印刷

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

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版分社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939714

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5289-6/D·5006

定价:20.00 元

**谨以此书献给我的博导、硕导——
杨大文教授、李忠芳教授**

前 言

离婚后的扶养一般是指夫妻一方在离婚后将陷入经济困难而他方又有能力提供援助之情况下,后者对前者所承担的援助义务。我国《婚姻法》第42条称之为离婚后的“帮助”。它是判决离婚在夫妻财产关系上的效力之一。

研究离婚后的扶养制度具有重要的意义。首先,它是对婚姻法的有关规定进行全面的、科学的解释之需要。目前,离婚后的扶养制度在我国以《婚姻法》第42条为核心,以最高人民法院司法解释之有关规定为补充,形成较为完备的体系。以社会科学的一般方法论和法律解释学的方法论对于这些规定加以解释,对于司法实践具有一定的意义。其次,它是完善我国离婚后的扶养制度之需要。一方面,离婚后的扶养制度是在计划体制下建立起来的,很多内容已经与社会主义市场经济体制不相容,需要检讨和完善;另一方面,西方各国离婚后的扶养制度已经走过漫长曲折的发展道路,有很多成功经验和失败的教训。它们对于完善我国离婚后的扶养制度具有重要的借鉴意义。再次,它是对西方发达国家之请求权制度方面的学说加以了解之需要。在解释和完善离婚后的扶养制度过程中,西方发达国家形成了一整套具有较强的说服力之学说。对此,我国学者的研究尽管取得一定进展,但是还稍显不足。

本书主要采用了以下研究方法。首先,采用了马克思主义的唯物辩证法。马克思主义认为,婚姻家庭具有自然属性和社会属性,但是其本质属性是社会属性。婚姻家庭关系的产生、形成和发展归根结底取决于社会物质生产关系的发展变化。婚姻家庭法律制度归根结底是由社会物质生产关系决定的,有什么样的社会物质生产关系

就有什么样的婚姻家庭制度,同时它又受到其他上层建筑和意识形态的影响。作为婚姻家庭制度组成部分的离婚后的扶养制度之演变也应该结合社会物质生产关系的发展变化加以探讨。其次,采用了比较法的方法。离婚后的扶养制度于近代在西方各国确立,于现代依然存在。但是,各国在扶养的种类、救助性的扶养之要件、数额、期间、给付方式、变更、终止和当事人的协议权与法院的审判权之间的关系等方面,均有较大的差异。对于它们的共同点和差异点加以总结,并以一定的价值判断进行分析和评判,有助于解释和完善我国离婚后的扶养制度。再次,采用了历史分析的方法。离婚后的扶养制度在各国历经漫长的演变。旧制度的利弊,国民心理和法律负载的价值之转变,都在制度的演变中得到淋漓尽致的体现。对离婚后的扶养制度的源与流加以把握,对于深化认识,吸收成功的经验,避免失败的教训无疑也是有益的。

本书正文共有九章。第一章探讨了离婚后的扶养与相关法律制度的关系;第二章探讨了英国之离婚后的扶养制度;第三章探讨了美国之离婚后的扶养制度;第四章探讨了德国之离婚后的扶养制度;第五章探讨了日本和其他国家之离婚后的扶养制度;第六章探讨了离婚后的扶养制度演变之社会背景;第七章探讨了离婚后的扶养之请求权基础;第八章探讨了现代各国离婚后的扶养之立法模式;第九章探讨了我国现行《婚姻法》和司法解释之有关规定,提出了完善的建议。

本书的出版得益于中国社会科学院法学研究所研究员梁慧星先生的极力提携,得益于法律出版社王政君先生、周丽君女士的鼎力支持。在此向他们表示衷心的感谢。

由于作者水平有限,书中尚有很多错误。望法学同仁不吝赐教。

张学军

目 录

前言	(1)
第一章 离婚后的扶养概述	(1)
第一节 “离婚后的扶养”之概念	(1)
一、离婚	(1)
二、离婚在夫妻财产关系上的效力	(2)
三、“离婚后的扶养”之概念	(3)
第二节 救助性的扶养与离婚时就结婚之前所给予的 财物之返还之间的区别	(6)
一、离婚时就结婚之前所给予的财物之返还制度	(6)
二、两者之间的区别	(13)
第三节 救助性的扶养与夫妻共同财产或个人财产之 清算之间的区别	(14)
一、夫妻共同财产或个人财产之清算制度	(15)
二、两者之间的区别	(30)
第四节 救助性的扶养与离婚之损害赔偿之间的区别	(31)
一、离婚之损害赔偿制度	(32)
二、两者之间的区别	(44)
第五节 救助性的扶养与离婚后的其他补偿之间的 区别	(45)
一、依据合同所提供的救济	(45)
二、依据不当得利所提供的救济	(58)
三、两者之间的区别	(61)

第二章 英国之离婚后的扶养制度	(62)
第一节 历史发展	(62)
一、起源	(62)
二、近代的改革	(64)
三、现代的改革	(66)
第二节 法院的权限及其行使方针	(78)
一、法院可以制定的判决	(78)
二、就给付金钱制定判决时应遵循的方针	(81)
第三节 法院行使审判权须遵循的原则	(84)
一、法院行使审判权须遵循的原则	(84)
二、给付金钱时数额之计算方法——1/3 规则	(92)
三、提供住房时经常制定的判决	(92)
第四节 协议判决	(94)
一、协议判决 (consent order) 的产生	(94)
二、协议判决的程序	(96)
三、协议判决的救济与变更	(97)
第五节 给付金钱的判决之变更与终止	(98)
一、给付金钱的判决之变更	(98)
二、原定给付金钱的判决之终止	(99)
第三章 美国之离婚后的扶养制度	(100)
第一节 历史发展	(100)
一、近代之离婚后的扶养制度	(100)
二、现代离婚后的扶养制度	(102)
第二节 法院的权限及其行使方针	(104)
一、可以作出的判决	(105)
二、法院行使审判权的方针	(107)
第三节 法院行使审判权须斟酌的因素	(109)
一、获得救助性的扶养之要件	(109)
二、生活费之数额和期间	(111)

三、过错与救助性的扶养	(113)
四、申请延期与勤勉标准	(114)
第四节 离婚后的扶养协议与法院的裁判权	(115)
一、离婚后的扶养协议	(115)
二、离婚后的扶养协议与法院的判决	(116)
第五节 离婚后的扶养判决之变更和终止	(118)
一、离婚后的扶养判决之变更	(118)
二、离婚后的扶养判决之终止	(119)
第六节 补偿性的扶养	(120)
一、立法概况	(120)
二、创设补偿性的扶养之理由	(122)
三、补偿性的扶养之确定	(122)
第四章 德国离婚后的扶养制度	(125)
第一节 历史发展	(125)
一、德国普通法	(125)
二、近代法的改革	(126)
三、现代法的确立	(127)
第二节 获得离婚后的扶养费之构成要件	(131)
一、请求方的要件	(131)
二、被请求方的要件	(146)
第三节 离婚后的扶养之范围、标准、限制、计算方法、 给付方法	(148)
一、离婚后的扶养之范围	(148)
二、离婚后的扶养之标准	(150)
三、离婚后的扶养之限制	(154)
四、离婚后的扶养之计算方法	(159)
五、离婚后的扶养之给付方式	(163)
第四节 扶养合同和扶养请求权的终止	(163)
一、扶养合同	(163)

二、扶养请求权的终止	(164)
第五节 提供住房和家中的一切什物家具问题	(165)
一、首先由夫妻双方协议处理	(165)
二、协议不成时由法院裁决	(165)
第五章 日本和其他国家之离婚后的扶养制度	(168)
第一节 日本之离婚后的扶养制度	(168)
一、日本离婚后的扶养立法之演变	(168)
二、现代离婚后的扶养制度	(186)
第二节 当代其他国家之离婚后的扶养制度	(188)
一、法国法	(188)
二、意大利法	(193)
三、希腊法	(193)
四、丹麦法	(194)
五、瑞典法	(196)
六、挪威法	(197)
七、西班牙法	(197)
八、葡萄牙法	(198)
九、瑞士法	(199)
第六章 离婚后的扶养制度演变之社会背景	(200)
第一节 古代离婚后的扶养立法不发达之社会背景	(200)
一、经济原因	(200)
二、嫁妆返还制度之保障作用	(202)
三、娘家的扶养义务	(204)
四、男子专权离婚	(205)
第二节 近代离婚后的扶养立法之社会背景	(206)
一、经济原因	(206)
二、法定离婚理由——过错主义	(217)
三、离婚后的扶养与财产清算和损害赔偿尚未截然 划分开来	(220)

第三节 现代离婚后的扶养立法之社会背景·····	(221)
一、经济原因·····	(221)
二、法定离婚理由——破裂主义·····	(229)
三、分别财产制也不再否定妻子的贡献·····	(232)
第七章 现代离婚后的扶养之请求权基础·····	(234)
第一节 以社会保障的补充为请求权基础·····	(234)
一、立法概况·····	(234)
二、原因分析·····	(235)
三、立法的评价·····	(236)
第二节 以违约责任为请求权基础·····	(237)
一、有关的判例法·····	(237)
二、以违约责任作为请求权基础的原因·····	(240)
三、立法的评价·····	(242)
第三节 以不当得利为请求权基础·····	(246)
一、有关的判例法·····	(246)
二、立法的评价·····	(248)
第四节 以合伙为请求权基础·····	(249)
一、有关的判例法·····	(249)
二、立法的评价·····	(251)
第五节 以补偿为请求权基础的学说·····	(254)
一、离婚后的扶养费之新定义·····	(254)
二、补偿请求权的目的·····	(258)
三、补偿请求权的要件·····	(259)
四、补偿额的计算·····	(265)
五、补偿请求制度的特征·····	(266)
第六节 应以夫妻扶养义务的不履行为请求权基础·····	(269)
一、以补偿为请求权基础的学说之批判·····	(269)
二、离婚后的扶养应以夫妻扶养义务不履行为请求权 基础·····	(281)

第八章 现代各国离婚后的扶养制度之分析	(286)
第一节 离婚后的扶养之基本种类	(286)
一、救助性的扶养和补偿性的扶养	(286)
二、救助性的扶养与相关的制度之间的关系	(292)
三、住房的提供	(299)
第二节 获得扶养费之要件	(299)
一、获得扶养费之要件	(299)
二、“需要扶养”之判断	(300)
三、有扶养能力之判断	(302)
第三节 扶养费之期间、数额、给付方式、给付限制	(303)
一、扶养费之期间	(303)
二、扶养费的数额	(309)
三、扶养费的给付	(309)
四、扶养费期间和数额的限制	(310)
第四节 扶养费之协议、变更、终止	(310)
一、扶养费协议之约束力	(310)
二、扶养费的变更	(312)
三、扶养费的终止	(315)
第五节 离婚后住房的提供	(316)
一、在婚姻住所归夫妻一方所有时住房的提供	(316)
二、在婚姻住所归夫妻双方共同所有时住房的提供	(317)
第六节 补偿性的扶养	(319)
一、获得补偿性的扶养之要件	(319)
二、补偿的数额	(319)
三、给付的方式	(319)
四、给付的减少	(320)
第九章 我国离婚后的扶养制度之解释与完善	(321)
第一节 历史发展	(321)
一、中国古代之离婚后的扶养制度	(321)

二、近代之离婚后的扶养制度	(323)
三、新中国成立前革命根据地之离婚后的扶养制度	(324)
四、新中国之离婚后的扶养制度	(327)
第二节 离婚后的扶养之基本种类	(330)
一、救助性的扶养与补偿性的扶养	(330)
二、救助性的扶养与其他相关法律制度之间的关系	(330)
三、住房的提供	(331)
四、救助性的扶养存在之必要性	(331)
五、救助性的扶养之种类	(337)
第三节 获得日常生活方面的帮助之要件	(337)
一、要件	(337)
二、“生活困难”的解释	(338)
第四节 日常生活方面的帮助之方式、期间、数额、给付 方式、给付限制	(340)
一、帮助的方式	(340)
二、帮助的期间	(341)
三、帮助的数额	(343)
四、帮助的给付	(344)
五、帮助的限制	(344)
第五节 日常生活方面的帮助之协议、变更、终止	(345)
一、帮助的协议对法院的约束力	(345)
二、帮助的判决之变更	(346)
三、帮助的终止	(348)
第六节 离婚后住房方面的帮助	(349)
一、获得离婚后住房方面的帮助之要件	(349)
二、具体的帮助方法	(350)
第七节 补偿性的扶养	(353)
一、我国应该规定补偿性的扶养	(353)
二、离婚后的补偿性扶养之内容	(356)

8 论离婚后的扶养立法

第八节 立法建议纲要·····	(356)
参考文献·····	(358)
后记·····	(362)

第一章 离婚后的扶养概述

第一节 “离婚后的扶养”之概念

一、离婚

离婚是指在配偶双方生存期间依据法律规定的条件和程序解除婚姻关系。依据当事人对待离婚的态度和程序,可以分为协议离婚和判决离婚。协议离婚“是指婚姻当事人双方自愿离异,并就离婚的后果问题达成一致协议,经有关部门认可而解除婚姻关系,故又称两愿离婚”,“目前,协议离婚作为一项法律制度,已为不少国家所采纳。”^①判决离婚是指“夫妻一方基于法定理由,向法院提起离婚之诉,因法院判决而解除婚姻关系,故又称裁判离婚”,“在当代不少国家中,判决离婚仍是惟一的离婚方式。”^②

我国婚姻法既承认协议离婚,又承认裁判离婚。依据《中华人民共和国婚姻法》(以下简称现行《婚姻法》)第31条的规定,协议离婚的实质条件有二:其一是“男女双方自愿离婚”;其二是夫妻“双方”“对子女和财产问题已有适当处理”。形式要件是“双方……到婚姻登记机关申请离婚”。^③依据现行《婚姻法》第32条第2款的规定,裁判离婚的实质条件是“感情确已破裂”,依据第3款的规定,“感情确已破裂”的表现形式有5:其一是“重婚或有配偶者与他人同居的”;其二是“实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的”;其三是“有赌博、吸

① 李志敏主编:《比较家庭法》,北京大学出版社1988年版,第150、151页。

② 李志敏主编:《比较家庭法》,北京大学出版社1988年版,第160页。

③ 协议离婚是程序要件,还是实质要件,有待于深入研究。本书暂从通说。

毒等恶习屡教不改的”；其四是“因感情不和分居满2年的”；其五是“其他导致夫妻感情破裂的情形”。依据第2款的规定，人民法院审理离婚案件的程序是“……应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚”。^①

二、离婚在夫妻财产关系上的效力

离婚的效力也称离婚的法律后果，是指离婚对夫妻关系和父母子女关系产生的影响。^② 依据现行《婚姻法》第36条到第42条、第46条、第47条第1款及有关规定，离婚的效力包括在父母子女关系上的效力和在夫妻关系上的效力两种。

从理论上说，因夫妻关系可分为人身关系和财产关系，离婚在夫妻关系上的效力也应分为在夫妻人身关系上的效力和在夫妻财产关系上的效力。由于现行《婚姻法》就离婚在夫妻人身关系上的效力未做规定，^③ 因此离婚在夫妻关系上的效力目前仅有在夫妻财产关系上的效力。

依据现行《婚姻法》及相关的司法解释，离婚在夫妻财产关系上

① 双方自愿离婚和一方要求离婚的条件和程序参见杨大文主编：《亲属法》，法律出版社2000年版，第206页以下；李忠芳主编：《中华人民共和国婚姻法概论》，山东人民出版社1986年版，第164页以下；巫昌祯主编：《婚姻与继承法学》，中国政法大学出版社2001年版，第138页以下。

② “离婚的效力”之概念参见杨大文主编：《婚姻法学》，法律出版社1987年版，第192页。《法国民法典》第1卷第6编第3章的标题是“离婚的后果”，第3章第2节的标题是“离婚对夫妻双方的后果”，第3节的标题是“离婚对子女的后果”，参见罗结珍译：《法国民法典》，中国法制出版社2000年版。《德国民法典》和《日本民法典》与我国《婚姻法》一样没有类似的标题。

③ 例如，《日本民法典》第767条在“离婚”节中规定了“离婚与姓氏”；《法国民法典》“离婚的后果”中规定了待婚期（第261条）、离婚与姓氏的关系（第264条）。我国台湾地区“民法典”在“结婚”节中规定了“女子再婚禁止期间”（第987条）。我国台湾地区著名的亲属法学者陈棋炎、黄宗乐、郭振恭将“再婚自由”、“复姓”、“姻亲关系消灭”、“家属关系消灭”、“其他”——包括“夫妻间之贞操义务”、“同居义务”、“日常家务相互代理权”、“相互继承权等”均归入离婚的“身份之效力”，见陈棋炎、黄宗乐、郭振恭合著：《民法亲属新论》，三民书局1990年版，第232—233页。这显然过于宽泛。离婚在夫妻人身关系上的效力应该仅仅指与婚姻效力有关的、没有直接财产内容的效力，例如复姓、待婚期。

的效力有以下5个方面:(1)离婚时就结婚之前所给予的财物之返还。它由《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律的意见》(以下简称为1979年《民事意见》)、《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》(以下简称为1984年《民事意见》)、最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》(以下简称为1993年《财产分割意见》)、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(自2004年4月1日起施行)(以下简称为2004年《婚姻法解释[二]》)加以规定。(2)夫妻共同财产的清算。它由现行《婚姻法》和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(2001年12月24日最高人民法院审判委员会第1202次会议通过)(以下简称为2001年《婚姻法解释[一]》)加以规定。(3)基于离婚原因的损害赔偿。它由现行《婚姻法》第46条和2001年《婚姻法解释(一)》和2004年《婚姻法解释(二)》加以规定。(4)离婚后的扶养。它由现行《婚姻法》、1984年《民事意见》、2001年《婚姻法解释(一)》加以规定。(5)离婚后的其他补偿。它由现行《婚姻法》和2004年《婚姻法解释(二)》加以规定。

三、“离婚后的扶养”之概念

1. 称谓的选择

离婚之后经济将陷入困难的夫妻一方,对于有能力提供援助的另一方,可以请求某种形式的援助之制度在现代各国几乎都存在。对此,各国称谓不一。现代英美国家的称谓是“扶养(maintenance)”或“配偶间的扶养(spousal support)”等,^①在德国法称为“离婚配偶的扶养”。^②法国法分别称之为“补偿性的给付

```

prestati  n compensatoire
```

)”和“扶养

^① Mary Ann Lamanna and Anges Riedmann, *Marriage and Family—Making Choices in a Diverse Society*, p. 484, Wadsworth Publishing Company, 1997.

^② 《德国民法典》:杜景林、卢湛译,中国政法大学出版社,第4编第1章第7节第2分目的题目是“离婚配偶的扶养”。