

涉台离婚诉讼中大陆配偶权益的保护

杨显滨 陈风润

内容提要 近年来,两岸交流合作日益密切,大陆配偶在分享由此所带来的诸多惠益的同时,其合法权益在涉台离婚诉讼中屡遭侵犯的事件也时有发生。为此,大陆应进一步加强与台湾地区的沟通与配合,敦促台湾地区对域外离婚诉讼中配偶权益保护的实践与经验进行借鉴,奉行离婚自由主义,打造两岸妇女儿童权益救助中心,采用附条件的“财产增加额共同制”,创设以最小损害为标准的补偿性给付制度,践行人保与物保并行观念,逐步完善《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》,切实维护在台大陆配偶的合法权益。

关键词 大陆配偶 离婚诉讼 权益保护 路径构建

杨显滨,上海大学法学院非物质文化遗产法律保护研究中心主任 200444

陈风润,上海大学法学院非物质文化遗产法律保护研究中心研究人员 200444

一、大陆配偶在涉台离婚诉讼中权益保护所遭遇的法律困境

1. 离婚自由权受到不当限制

我国台湾地区“民法”第1052条规定了夫妻一方向法院请求离婚的十种情形^[1],并应用了概括式的兜底性条款——“有前项以外之重大事由,难以维持婚姻者,夫妻之一方得请求离婚,但其事由应由夫妻一方负责者,仅他方得请求离婚”。不必讳言,此种规定考虑不尽周密,剥夺了过错方的离婚自由

本文为2016年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“海上人工岛屿理论与实践的法律研究”(16YJC820041)、2015年度上海市教委创新项目“中药复方的专利国际化壁垒及对策研究”(15ZS029)阶段性研究成果,荣获“民政部2015年两岸婚姻家庭政策理论研究”课题二等奖。

[1]台湾“民法”第1052条规定:“夫妻之一方,在下列情形之一者,他方得向法院请求离婚:一、重婚者;二、与人通奸者;三、夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者;四、夫妻之一方对于他方之直系尊亲属为虐待,或受他方之直系尊亲属之虐待,致不堪为共同生活者;五、夫妻之一方意图恶意遗弃他方在继续状态中者;六、夫妻之一方意图杀害他方者;七、有不治之恶疾者;八、有重大不治之精神病者;九、生死不明已逾三年者;十、被处三年以上徒刑或因犯罪不名誉之罪被处徒刑者。有前项以外之重大事由,难以维持婚姻者,夫妻之一方得请求离婚,但其事由应由夫妻一方负责者,仅他方得请求离婚。”

权。遵照第1052条的要旨,如遇可归责于一方的事由离婚时,仅无过错方享有离婚请求权,剥夺了过错方的离婚请求权,侵害了离婚自由。据报道,在涉台离婚诉讼中,可归责于大陆配偶(以下简称陆配)的情形占有相当比重,据此陆配的离婚请求恐难得到法院的支持,唯有听从于或受制于台湾无过错一方的意志和行为。这体现了台湾“亲属法”在处理离婚问题时所坚守的“一种理论”和“一个原则”。前者即婚姻契约论,主张婚姻是当事人之间缔结的契约,倘若一方违反婚姻义务,理应承担违约责任;后者即“任何人不得因自己之过错而取得法的利益”的基本法则,坚持夫妻一方违反诚信原则或构成权利之滥用及义务之违反,则因其过失丧失任何权利之主张及利益之获得^[1]。依从我国《婚姻法》第32条的规定,除了经调解无效,准予离婚的五种绝对理由外^[2],《婚姻法》、相关司法解释及司法实践都把“感情破裂”作为判决离婚的主要依据,是否存在过错则在所不问,充分保障了夫妻双方的离婚自由权^[3]。

台湾地区“民法”第1052条涉及“夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者”的表述,是否含涉家庭暴力?何种程度的“家庭暴力”构成“虐待”?均不得而知。而该条兜底性条款所涉及的“重大事由”、“难以维持婚姻”,能否将家庭暴力纳入其中,两岸学者对此展开过激烈的讨论,也未获得比较一致的结论。婚姻家庭是个相对封闭的环境,作为台湾社会的外来者,陆配在生理伤痕非显而易见及遭受冷暴力时,如何举证证明对方存在过错、构成“虐待”及能否适用第1052条的兜底性条款,都会面临很大的困难。因此,面对如此高深精致的制度设计,陆配实际拥有多大取舍能力显然存疑。法律形同虚设,诟病迭出再所难免。

台湾地区“民法”1053条关于“对于重婚、与配偶以外之人合意性交之情事,他方与事前同意或事后有恕或知悉后已逾六个月,或自其情事发生后已逾二年者,不得请求离婚”的规定,第1054条关于“对于夫妻一方意图杀害他方及因故意犯罪,经判处有期徒刑六个月确定之情事,有请求权之一方,自知悉后已逾一年,或自其情事发生后已逾五年者,不得请求离婚”的规定,都可视为经由诉讼时效期间对无过错一方的离婚请求权进行限制,有剥夺离婚自由之嫌。至为明显的是,在涉台离婚诉讼案件中,陆配的弱势地位使其注定成为重婚、“出轨”及相关违法行为的受害者,对于此等犯罪行为、有伤风化的道德败坏行为,应赋予无过错方充分的权利期间行使离婚请求权^[4]。上述第1053条“六个月”、“二年”的规定及1054条“一年”、“五年”的规定的诉讼时间期间过短,无疑为陆配离婚请求权的行使戴上一副沉重的制度枷锁,进一步限制了陆配的离婚自由。

2. 生育期妇女权益保护立法缺位

我国《婚姻法》第34条规定:“女方在怀孕期间,分娩后一年内或中止妊娠后六个月内,男方不得提出离婚。女方提出离婚的,或人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的,不在此限。”通认此款是对我国生育期妇女的特殊保护,体现了婚姻法对妇女权益的重视和人文关怀,保证了生育期妇女权益保护的优先序位,这也是世界多数国家和地区的通行做法。反视台湾“民法”,并未设置对生育期妇女权益进行特别保护的相关条款。

处于生育期的妇女,身体上和精神上相对脆弱,男方提出离婚会给女方造成精神上的刺激和创

[1]欧阳媛:《海峡两岸协议离婚与诉讼离婚之比较》,〔北京〕《中国律师》2000年12期。

[2]《婚姻法》第32条规定:“有下列情形之一的,调解无效的,应准予离婚:(一)重婚或有配偶者与他人同居的;(二)实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的;(三)有赌博、吸毒等恶习屡教不改的;(四)因感情不和分居满二年的;(五)其他导致夫妻感情破裂的情形。”

[3]崔兰琴:《历史与比较视野下诉讼离婚理由及其伦理限制》,〔郑州〕《河南财经政法大学学报》2015年第4期。

[4]李湘如:《港台婚姻成立与终止的比较》,〔北京〕《法学研究》1990年第6期。

伤,更有甚者出现精神萎靡、焦躁不安、抑郁、夜不能寐、心慌、失眠、酗酒、吸毒、自杀倾向等状况,对妇女的身心健康及胎儿的发育成长极为不利。台湾“民法”生育期妇女权益保护条款缺失,无法遏制处于强势地位的台方男性配偶对离婚请求权的褻渎性使用,一旦女性陆配陷入离婚诉讼,竭力应诉不但消耗过多的时间和精力,为诉所累,而且有害自身及胎儿的身心健康。生育期妇女渴望得到家庭成员及社会的关爱和保护,若此时男方提出离婚,女方应得的照料和慰藉将成为泡影。更何况陆配在台大都举目无亲,唯一的亲人是台湾配偶(以下简称台配)和公婆,有朝一日面对离婚诉讼,曾苦心砌筑的家庭关系顿时土崩瓦解,特殊的照料和慰藉更无从谈起;对于那些居住台湾多年为一张身份证而苦苦挣扎的陆配来说,还要面临离开台湾、骨肉分离的撕心裂肺之痛,这更是对其身心健康的严重摧残。

3. 陆配的夫妻共同财产权被无端剥夺

纵观台湾夫妻财产制度,财产分为婚前财产和婚后财产,由夫妻各自所有^[1]。法定财产制关系消灭后,夫或妻现存之婚后财产,偿还债务后双方剩余财产之差额平均分割^[2]。大陆夫妻财产亦有婚前财产与婚后财产之分,婚前财产由夫妻各自所有,婚后财产共同所有,一方未经他方同意不得擅自处分婚后财产,否则构成无权处分^[3]。婚姻关系存续期间的债务,夫妻共同承担^[4]。譬竭辨识之后,两岸夫妻财产制度虽非迥异,但其中的分殊俯拾皆是^[5]。我国《婚姻法》和司法解释以列举的方式规定夫妻共同财产的范围;台湾地区“民法”则采取推定的方式划定夫妻共同财产的界限,如台湾地区“民法”第1017规定:“不能证明为婚前或婚后财产者,推定为婚后财产;不能证明为夫或妻所有之财产,推定为夫妻共有。”台湾“民法”希冀把夫妻双方作为两个独立的主体来对待,以彰显男女平等观,极具理性色彩。

值得关注的是,一旦婚姻关系涉及陆配,此种理性的夫妻财产制度则备受质疑。在台陆配面对学历认可、就业、身份证获取、社会排斥等不利因素,取得个人财产的机会受到诸多限制。在陆配因故负债时,以其微薄的收入无力偿还债务,财务状况陷入泥潭不能自拔。肇始于此种尴尬处境,纵使婚姻面临不幸(如屡遭家庭暴力),陆配也只能选择苦苦支撑风雨飘摇中的婚姻,如适用大陆夫妻共同财产制则罕见此种悲惨境遇。台湾“民法”第1031-1复有“因继承或其他无偿取得之财产”不列入计算、无须分配的规定,在一定程度上侵害了陆配的夫妻财产所有权。“继承或其他无偿取得之财产”不计入婚后财产,无端缩小了台配的婚后财产范围,减少了剩余财产。法定财产制消灭后,陆配可以获得的剩余财产之差额的一半数额锐减,夫妻共同财产所有权无法圆满自足^[6]。我国《婚姻法》第17条原则上把“继承或赠与所得的财产”视为夫妻共同财产,唯有存在第18条规定的“遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产”情形时,方为夫或妻一方个人财产。这样的规定显然更为合理。

[1]台湾“民法”第1017条规定:“夫或妻之财产分为婚前财产与婚后财产,由夫妻各自所有。”

[2]台湾“民法”第1030-1条规定:“法定财产制关系消灭时,夫或妻现存之婚后财产,扣除婚姻关系存续所负债务后,如有剩余,其双方剩余财产之差额,应平均分配。”

[3]《婚姻法》第17条规定:“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产,归夫妻共同所有:(一)工资、奖金;(二)生产、经营的收益;(三)知识产权的收益;(四)继承或赠与所得的财产,但本法第十八条第三项规定的除外;(五)其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同所有的财产,有平等的处理权。”第18条规定:“有下列情形之一的,为夫妻一方的财产:(一)一方的婚前财产;(二)一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用;(三)遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产;(四)一方专用的生活用品;(五)其他应当归一方的财产。”

[4]《婚姻法》第41条规定:“离婚时,原为夫妻共同生活所负的债务,应当共同偿还。共同财产不足清偿的,或财产归各自所有的,由双方协议清偿;协议不成时,由人民法院判决。”

[5]田丹:《中国大陆、港、澳、台离婚制度比较研究》,《呼和浩特》《前沿》2006年第11期。

[6]陆栋良:《关于两岸夫妻财产制度的比较研究》,《北京》《中国政法大学学报》2013年第6期。

4. 两愿离婚损害赔偿排除原则显失公平

台湾地区“民法”第1056条规定：“夫妻之一方，因判决离婚而受有损害者，得向有过失之他方，请求赔偿。前项情形，虽非财产上之损害，受害人亦得请求赔偿相当之金额。但以受害人无过失者为限”，全然关闭了损害赔偿对两愿离婚（大陆称之为协议离婚）的适用。台司法实践亦持相同观点，如台“最高法院”1950年台上920号判决例明确指出，唯有判决离婚始得请求损害赔偿。台主流学说认为，协议离婚所达成的离婚协议已就财产分割、子女抚养、是否请求损害赔偿等问题达成一致，故“民法”第1056条没有适用的余地。话语言述之间，以一纸离婚协议否认离婚相对人的损害赔偿请求权，而从协议离婚在离婚案件中所占比重来看，此说有舍本取末之虞^[1]。我国《婚姻法解释二》第27条规定：“当事人在婚姻登记机关办理离婚登记手续后，以婚姻法第四十六条规定为由向人民法院提出损害赔偿请求的，人民法院应当受理。但当事人在协议离婚时已经明确表示放弃该项请求，或者在办理离婚登记手续一年后提出的，不予支持”，未对协议离婚与判决离婚进行区别对待，无过错方可向过错方主张损害赔偿请求权。这与台湾“民法”第1056条之规定有较大的区别。

陆配在台离婚，以协议离婚者居多，判决离婚相对较少，主要基于对律师费、诉讼费等的考量，毕竟陆配的经济条件与台配不可同日而语。若遵从台湾“民法”第1056条的规定，排除了损害赔偿请求权在协议离婚中的适用，那么作为弱势群体的一方离婚当事人，陆配在离婚协议中放弃损害赔偿请求权，有迫于虚假诱惑、欺骗者，有惧于威胁者；而作为法律的最后一道防线，台湾法院应当对无过错一方的损害赔偿请求权进行干预，强化对包括陆配在内的弱者一方的保护^[2]。协议离婚与判决离婚具有相同的法律效力，皆产生婚姻关系消灭的事实状态，在损害赔偿问题上宜为协议离婚解禁，构筑协议离婚当事人的事后救济措施，切实维护包括陆配在内的离婚无过错一方的切身利益。台相关立法部门应以小致大，审视和拒斥不合时宜的制度条款，提出切实可行的应对措施，保护陆配在台离婚诉讼中的合法权益，以彰显司法正义，提升司法公信力，为陆配营造良好的生活和工作环境。

5. 保证人制度与居留条件过于严苛

台湾《许可办法》第5条规定：“大陆地区人民依第十八条至第二十三条或第三十条规定申请长期居留或定居者，除法规另有规定外，应检附台湾地区人民符合下列条件者出具之保证书：一、年满二十岁。二、有正当职业或相当财力。三、无违反第六条第一项规定之纪录。”大陆地区人民与台湾人民登记结婚，只要通过面谈程序，依亲居留阻碍相对较小。《许可办法》第5条在2012年修改前，依亲居留同样需要符合条件的保证人出具保证书，与长期居留、定居条件的严苛条件并无二样。如上文所述，修改后的第5条依然保留申请长期居留或定居者的保证人制度，过于严苛，实为不妥。依亲居留或长期居留的陆配一旦与台配离婚，其与本可以作为保证人的丈夫、公婆及相关台湾亲属脱离法律关系，企及一个愿意承担一定风险的保证人，堪比登天，难度之大可以想象。子女通属未成年人，无法满足《许可办法》第5条关于保证人须“年满二十岁”的规定，故保证人制度为陆配申请在台长期居留或定居设置了制度障碍，侵害陆配享有的作为基本人权范畴的居住权，违反了《联合国人权公约》第5条第2款关于“对于本公约的任何缔约国中依据法律、惯例、条例或习惯而被承认或存在的任何基本人权，不得借口本公约未予承认或只在较小范围上予以承认而加以限制或克减”的规定。

陆配在台依亲居留满4年，长期居留满2年方可申请定居，获得台湾身份证。倘若认真思索一番，陆配面临三个现实困境：一是当陆配与台配离婚时依亲居留没有达到4年或达至4年申请长期居留而

[1]晨棋炎：《从婚姻及离婚效果看家族法上男女平等》，[台北]《台大法学论丛》第15卷第2期。

[2]陈棋炎等：《民法亲属新论》，[台北]台湾三民书局2002年版，第217页。

没有获得许可,且不存在《许可办法》第14条第2项第1款规定的不予撤销或废止依亲居留许可的情形之一,视为陆配申请依亲居留原因消失,已经获得的依亲许可将被撤销或废止。依亲居留台湾的陆配,丧失其在台湾地区设有户籍之未成年亲生子女权利义务之行使或负担者,依亲居留许可将会遭致废止。二是陆配在离婚时已获得长期居留许可,可是长期居留不满2年或已过2年期限申请定居未获许可,亦不存在《许可办法》第26条第2项第1款^[1]规定的不予撤销或废止许可的长期居留的情形之一,视为长期居留原因消失,已经获得的长期许可将被撤销或废止。长期居留台湾的陆配,丧失其在台湾地区设有户籍之未成年亲生子女权利义务之行使或负担者,长期居留许可将被废止。三是根据《许可办法》第31条第1项的规定,陆配“经许可长期居留连续满二年,且每年合法居留期间逾一百八十三日”,备齐相关文件,可以在台申请定居,获得台湾身份证。倘若在获得定居许可前离婚,则根据《许可办法》第33条第2项^[2]的规定,除第2项第1款的5种特殊情形外,陆配申请定居的原因消失,定居申请不予许可。陆配丧失其在台湾地区设有户籍之未成年亲生子女权利义务之行使或负担者,已获得的定居许可将被废止^[3]。此外,陆配在台申请依亲居留、长期居留、定居须通过面谈,且面谈分别在夫妻双方间进行,稍有不慎,言辞不一致,一旦面谈失败,申请将不被许可。正如台北高等行政法院2014年度诉字第1358号判决所表述的那样,该案中的陆配刘某五次均未通过面谈,可见难度之大。一言以蔽之,《许可办法》为陆配在台居留设置的条件过于严苛,危及到了陆配在台的生存和发展,甚至漠视了陆配的人格尊严、人格自由、人格平等,值得反思。

二、域外离婚诉讼中配偶权益保护的实践与经验

1. 妇女、未成年子女权益保护的倾斜性立法

英美法系与大陆法系在法律渊源、立法传统等方面固然存在一定差异,但都一如既往地妇女、未成年人的权益进行了倾斜性保护。美国没有统一的婚姻法,各州主要通过州婚姻法对妇女、未成年子女权益进行特别保护,如新墨西哥州《相互同意/离婚指导法》将女方或未成年子女的特殊利益放置第二顺序,以示重视^[4]。华盛顿州《为了子女的最大利益而阻止离婚》提案,建议为了子女利益的最大化,可以阻止经婚姻关系双方当事人同意的离婚^[5]。此类规制并非个案,全美各州都出台了专门保护妇女、未成年子女权益的特殊条款,此处毋庸赘言。英国法院在离婚诉讼的判例中,依据《家庭法》第11条第3款的规定,涉及抚养权分配问题时,坚持子女利益最大化原则,为未成年子女的成长创造了良好的法律制度环境^[6]。

[1]《许可办法》第26条第2项规定:“大陆地区人民申请长期居留,有下列情形之一者,不予许可;已许可者,撤销或废止其许可:一、申请长期居留原因消失。但有下列情形之一者,不在此限:(一)依亲对象死亡。(二)于离婚后三十日内与原依亲对象再婚。(三)于离婚后取得在台湾地区设有户籍之未成年亲生子女权利义务之行使或负担。(四)因遭受家庭暴力经法院判决离婚,且有在台湾地区设有户籍之未成年亲生子女……。”

[2]《许可办法》第33条第2项规定:“大陆地区人民申请定居,有下列情形之一者,不予许可:一、申请定居原因消失。但有下列情形之一者,不在此限:(一)依亲对象死亡,申请人未再婚且已长期居留,连续四年每年在台湾地区居住逾一百八十三日以上。(二)经社会考量项目长期居留者其依亲对象死亡。(三)于离婚后三十日内与原依亲对象再婚。(四)于离婚后取得在台湾地区设有户籍之未成年亲生子女权利义务之行使或负担。(五)因遭受家庭暴力经法院判决离婚,且有在台湾地区设有户籍之未成年亲生子女……。”

[3]龙李来:《涉台妇女面临的困境与法制》,〔福州〕《福建师大福清分校学报》2014年第6期。

[4]Kreider, Rose M. and Jason M.Fields, “Number, Timing, and Duration of Marriages and Divorces: 1996”, 2002,28 May.

[5]See Wahington State Bill to Consider Interests of Child before Granting Divorce.

[6]《英国家庭法》第11条第3款规定:“在决定案件情形是否符合(2)(a)规定时,法院应将子女的利益放在首位加以考虑。”第2款(a)规定:“案件的情况要求或可能要求法官行使《1898年未成年人法案》赋予它的关于子女问题的权力。”

审视大陆法系,《法国民法典》第270条第2款规定,配偶一方可能有义务向另一方配偶进行补偿性给付,补偿性给付的目的是仅可能补偿因婚姻关系中断而造成的双方各自生活条件上的差异。《德国民法典》第1569条规定,配偶一方在离婚后不能自行维持生计的,仅依照下列规定对另一方有受扶养请求权。二者皆关注处于弱势地位的妇女合法权益的保护。我国《婚姻法》第42条也有类似规定。《法国民法典》第285条规定,子女长期居住或子女的利益对住房有要求时,夫妻双方离婚后法官应判令房屋租让给抚养子女的配偶一方。《法国民法典》的此项规定充分考虑到未成年子女的生活环境与心理状态,奉行子女利益的最大化原则,保障了未成年子女的切身利益。《德国民法典》第1586a条1款^[1]亦有相关规定^[2]。然而百密一疏,英美法德忽视了生育期妇女权益保护,实为一大缺憾。台湾在处理两岸离婚诉讼时,应以两大法系为借鉴,对“民法”、《关系条例》进行修改完善,切实维护妇女、未成年子女的相关权利和利益,同时考虑生育期妇女特殊的生理和心理状况,予以特殊眷顾。

2. 财产增加额共同制

《德国民法典》第1363条第2款规定:“夫的财产和妻的财产不成为配偶双方的共同财产;前半句的规定也适用于配偶一方在结婚后所取得的财产。但财产增加额共同终止时,配偶双方在婚姻存续期间所取得的财产增加额被加以均衡。”德国作为传统的大陆法系国家,“财产分别制”曾是其法定财产制,直至1958年,“财产增加额共同制”才成为法定财产制,历经近60年的风雨考验,制度较为醇熟,值得参考和借鉴。“财产增加额共同制”主要涉及两方面内容:一是无论是婚前抑或婚后,夫妻各自所取得的财产归个人所有^[3]。二是因离婚或者其他方面的原因导致夫妻关系终止,婚姻存续期间所取得的财产实现均衡。遵照《德国民法典》第1378条第1款规定,配偶一方的财产增加额超过另一方的财产增加额的,超出额的一半为另一方的均衡债权,从而实现财产增加额的均衡。按照第1373条的表述,增加额主要是指称配偶一方的终结财产(夫或妻一方在婚姻结束时所拥有的财产)超出初始财产(夫或妻一方婚前财产及一方在婚后所继承或接受赠与所获得的财产)的数额^[4]。

“财产增加额共同制”以致力于维护男女平等而著称,受到学界的一致好评。受传统观念影响,男主外女主内的思想普遍存在,专职太太应运而生,绝大部分女性陆配亦是如此。陆配为了照顾家庭,丧失了增加个人财产的机会,实行“财产分别制”显然是不合理的。相夫教子、照顾老人、做家务的女性陆配与外出工作的男性台配的劳动付出是一样的,对包括男性财富增加在内的整个家庭财富的增长做出了巨大贡献,相比之下“财产增加额共同制”较为稳妥^[5]。台湾实施婚后剩余财产差额平均制,且婚后财产范围较为狭窄。台湾“民法”第1040条规定:“夫妻得以契约订定以劳动力所得为限为共同财产。”德国婚后财产范围则较广,更有利于增加外出工作一方男性配偶财产增加额,作为家庭主妇的专职太太始获与其付出相应的财产数额,强化对弱者权益的保护。无独有偶,《德国民法典》和台湾“民法”均把婚姻存续期间一方继承或赠与获得的财产排除在婚后财产之列,而我国《婚姻法》第18条规定,只有在遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产方可作为个人财产。两种规制孰优孰劣,

[1]《德国民法典》第1586a条第1款规定:“考虑到在家庭生活中的子女的利益及配偶一方的生活状况,或者基于公平的考虑,法院会将婚姻住宅分配给更需要婚姻住宅的一方使用,配偶一方可以在离婚后要求另一方离开婚姻住宅,并要求作为所有权人的原配偶按照本地地区的通常条件缔结租赁合同。”

[2]《德国民法典》(修订本),郑冲、贾红梅译,〔北京〕法律出版社2001版,第304-306页。

[3]Vgl.Lüderitz/Dethloff, Familienrecht, 28.Aufl.2007, S.101-102,Rn.56-58;Schwab,Familienrecht,17.Aufl.2009,S.99,Rn.20.

[4]《德国民法典》第1373条规定:“财产增加额是指配偶一方的终结财产超出初始财产的数额。”

[5]李娜:《“夫妻财产增加额均衡”制度研究:以德国为例》,〔北京〕《环球法律评论》2011年第3期。

值得商榷和探究。

3. 补偿性给付制度

牛津大学马维斯·马科林教授指出,“在英国,当婚姻关系结束后,法院会依据几个因素对双方财产进行分配:当事人的财力和需要;双方的义务和责任;生活水平;年龄和婚龄;对家庭福利和贡献;对家庭的供养等等,但最重要的是给孩子的福利。”^[1]德国也有类似规定,只是表述稍有不同,称为离婚扶养请求权。依《德国民法典》1570-1577条之规定,离婚后经济弱势方符合照顾子女、年老、疾病或残疾、无业、适当的从业、教育、进修或培训、公平原因,贫困这八种情况可以享有扶养请求权。《法国民法典》270-280条对离婚后出现的补偿性给付从适用范围、数额确定、性质多方面予以罗列,力争通过补偿性给付制度为妇女、子女权益保护提供制度保障。无论是英国抽象式规定亦或是德国、法国具体化规定,均体现了在离婚财产分配时对妇女权益的救济性保护。与我国婚姻法《婚姻法》第42条关于“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。具体办法由双方协议;协议不成时,由人民法院判决”的规定有异曲同工之妙。

台湾“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,亦应给与相当之赡养费”。与英国、法国、德国、中国大陆的相关规定类似,均具补偿性质,但仅无过失一方拥有补偿性给付请求权,至于对方是否存在过失则在所不论,有失偏颇,显失公平。比如部分在台陆配,离婚中的过失并不能作为放任他们遭受生活困境的合理借口,出于人权保障与人性的考量,制度应适当倾斜。英国、法国、德国及中国大陆未以过失作为衡量夫妻一方是否有权行使补偿性给付请求权的标准,大都以离婚作为节点,从多重视角对生活困难一方进行考证,是则拥有主张补偿性支付的绝对话语权,反之,补偿性支付请求权至始不存在。一言以盖之,台湾“民法”应对上述主要国家的先进立法经验进行积极回应,着力解决包括部分陆配在内的弱势人群因离婚所导致的生活困境,为他们提供必要的制度支撑。

三、大陆配偶在涉台离婚诉讼中权益保护的建构

1. 奉行离婚自由主义

台湾地区“宪法”第22条规定:“凡人民之其他自由及权利,不妨害社会秩序、公共利益,均受宪法之保障”,是对基本人权保障之规定,人民有行使自己权利的自由。台湾“民法”第17条规定:“自由不得抛弃。自由之限制,以不背于公共秩序或善良风俗者为限。”民法以自由为根基的,私法规范的一切制度都应以个体的自由与权利为核心。“自由是我们所拥有的,享受我们有理由珍视的那种生活的可行能力。”^[2]孟德斯鸠认为,“婚姻是人类最应该获得自由的行为。”^[3]婚姻自由是受法律保护的公民权利,婚姻自由意味着婚姻双方可以按照自己意愿来安排婚姻,包括结婚和离婚。离婚自由是婚姻自由原则的具体体现,是婚姻关系的本质要求之一。台湾“民法”认可了公民行使自己权利的自由,然而,作为私权的离婚自由权却无端受限,诉讼离婚中仅仅无过错方可以提起离婚请求^[4],与台湾“民法”的基本精神相违背。大陆婚姻立法坚持婚姻自由的基本原则,实行离婚自由主义,即婚姻破裂主义,只

[1]程刚、崔丽:《中英专家对话婚姻法》,北方网,<http://news.enorth.com.cn/system/2000/12/18/000047486.shtml>,最后浏览时间:2016年2月1日。

[2][英]阿马蒂亚·森:《以自由看待发展》,于真等译,(北京)中国人民大学出版社2002年版,第286页。

[3]王君超:《论离婚自由》,《牡丹江大学学报》2009年第12期。

[4]台湾“民法”第1052条。

要认定婚姻双方感情确已破裂没有挽回余地,可根据任何一方的请求来解除婚姻,而不论双方是否有过错。离婚自由主义允许对已经破裂的婚姻予以解除,当事人双方得以从痛苦的婚姻中获得解脱和补救,病变的家庭得以救治,社会得以稳定、健康发展,这遵循了不带任何惩罚机制或制裁主义的离婚轨迹。纵然对过错方施以惩罚,诉诸道德或其他法律手段即可,大可不必为离婚自由设置障碍^[1]。此外,台湾“民法”1052条第4款及兜底性条款与家庭暴力若即若离的关系,导致法院通常会对以家庭暴力作为离婚理由的陆配的离婚自由进行限制。第1053条、1054条对1055条第1、2、6、10款^[2]设置的诉讼时效期间过短,变相剥夺了陆配的离婚自由。因此,台湾地区可以顺应世界立法趋势,遵照自由平等的宪法思想及私法自治的基本原则,赋予过错方离婚请求权,明确把家庭暴力写入“民法”第1052条,为因1052条第1、2、6、10款规定之情景提起离婚的一方设立较长的诉讼时效期间,具体可以在5到10年之间斟酌。

2. 打造两岸妇女儿童权益救助中心

大陆与台湾地区均加入了一系列国际公约,其中,《经济、社会、文化权利国际公约》第10条对婚姻自由、妇女儿童权益保护进行了合理规制。《消除对妇女一切歧视的公约》第16条第1款指出,婚姻关系中男女平等;不管婚姻状况如何,对于子女的事务,父母拥有相同的权利和义务,但应以子女的利益为重。台湾地区的“宪法”第156条要求实施妇幼福利政策。作为该条的延伸,台湾“民法”第1055条、1055-1条、1055-2条站在民事婚姻角度对第156条进行了详尽阐释。因此,虽然国际条约与台湾地区的“宪法”、“民法”均强调妇女儿童权益保护,但两岸离婚诉讼中妇女儿童权益屡遭侵犯事件依然大量存在,打造两岸妇女儿童救助中心将有利于解决现实问题。可由国务院港澳台事务办公室与台湾陆委会进行接触,商谈具体事宜,必要时也可以邀请海基会与海峡两岸关系协会参与,制定中心规章制度,明确中心的权利和义务;中心可以一分为二,分台北和北京两地办公,两地中心均应由一定比例的陆方和台方人员构成。大陆中心可以设在民政部,由2006年6月和8月分别成立的两岸婚姻家庭服务中心、两岸婚姻家庭协会牵头,作为两岸妇女儿童救助中心的陆方代表,与台方人员一起领导、主持中心的日常工作,行使权利,履行义务。在遇台方妇女儿童权益在大陆遭受侵害时,大陆中心人员可以与台方中心精诚合作,按照中心确立的不同案件的处理程序和方式对妇女儿童进行求助;倘若大陆妇女儿童权益在台湾受到侵害,台方中心人员可以与陆方中心人员密切配合,遵照中心的相关办事流程妥善处理,促进两岸关系的和谐、稳定发展。

两岸妇女儿童救助中心应当以保护妇女合法权益和儿童利益最大化为原则,旨在为两岸妇女儿童提供法律咨询和法律援助。两岸离婚诉讼中,陆配与子女的权益因台湾地区对陆配的歧视性政策以及《关系条例》中的不平等条款常常得不到有效保护,打造两岸妇女儿童救助中心能够在维护妇女儿童合法权益的同时,彰显对国际人权与人道主义精神的尊重和发扬。台湾地区“民法”对生育期妇女的保护条款不够完善,根据《消除对妇女一切形式歧视公约》第12条第2款的规定,缔约各方应保证为妇女提供有关怀孕、分娩和产后期间的适当服务,于必要时给予免费服务,并保证在怀孕和哺乳期间得到充分营养。《俄罗斯联邦家庭法典》第17条规定,丈夫在妻子怀孕期间和分娩后一年内,未经妻子同意,无权提起离婚诉讼。《越南婚姻家庭法》第41条规定:“妻子怀孕期间,夫不得申请离婚,必须

[1]台湾“民法”第1053条规定:“对于前条第一款、第二款之情事,有请求权之一方,于事前同意或事后宥恕,或知悉后已逾六个月,或自其情事发生后已逾二年者,不得请求离婚。”第1054条规定:“对于第一千零五十二条第六款及第十款之情事,有请求权之一方,自知悉后已逾一年,或自其情事发生后已逾五年者,不得请求离婚。”

[2]同上引注,台湾“民法”第1053条、第1054条。

于妻生产一年后可以申请离婚”。台湾地区“民法”则未见生育期妇女权益保护的具体规定,一旦女性陆配在生育期遭遇离婚诉讼,难免内心痛苦,遭受沉重打击。两岸妇女救助中心应借鉴国际通行做法对生育期妇女采取特别的保护措施,为处于生育期的陆配提供适当服务与法律援助,帮助陆配中断诉讼进程,努力缓解陆配诉讼负担与内心伤痛。两岸妇女儿童权益救助中心可以定期给陆配组织关于台湾地区法律与政策、传统理念的学习与交流,使陆配能真正了解台湾地区关于陆配权利义务的相关规定,了解台湾地区传统,使陆配能够尽快融入台湾当地生活,同时树立和强化其维权意识。在陆配与子女权益受到侵犯求助无门时,权益救助中心能够提供法律援助,帮助其找到维权的渠道与解决的方法。

3. 采用附条件的“财产增加额共同制”

台湾地区夫妻财产制度分为法定财产制和约定财产制,约定财产制又可分为共同财产制和分别财产制。基于陆配(尤其是女性陆配)在台的弱势地位(主要指收入、社会地位),在婚姻前后陆配很难与台配约定分别财产制。共同财产所有制表面上看对夫妻双方较为公平合理,不过依台湾“民法”第1040条的规定^[1],共同财产的范围主要以劳动力所得为限,包括薪资、工资、红利、奖金及其他与劳动力所得有关之财产收入,婚姻期间通过继承、赠与等获得的财产则被排除在共同财产之外,离婚时可供分割的夫妻共同财产已为数不多,故共同财产制也非陆配的最佳选项。第1004条第2款规定:“夫妻未以契约订立夫妻财产制者,除本法另有规定外,以法定财产制,为其夫妻财产制”,法定财产是夫妻双方没有约定财产制的必然结果,陆配只能默默承受。遵照第1030条的规定,夫或妻现存之婚后财产,扣除婚姻关系存续所负债务后,如有剩余,其双方财产之差额,应平均分配。但继承或其他无偿取得之财产不在此限。若女性陆配因故负债,以其微薄的收入无法还清债务,从此陷入悲惨境遇。离婚后,排除台配通过继承或其他无偿取得之财产,以劳动力所得的财产所剩无几,双方的剩余财产差额必然减少,陆配能够获得平均分配额极其有限。

建议台湾借鉴德国的“财产增加额共同制”,在《关系条例》中设专项规定,陆配在与台配离婚后,用各自的终极财产(婚姻关系结束时拥有的财产)减去初始财产(婚前财产),得出各自具体财产差额。用一方大的财产差额减掉另一方小的财产差额,即为双方应当均分的财产额。因为现行台湾“民法”过分强调个人对家庭有形的物质财富价值,忽视了大陆女性配偶在家庭生活中付出的家庭劳务和照顾子女的无形价值,忽略了女性的人格尊严和社会价值。“财产增加额共同制”将有利于纠正对陆配的歧视性条款,较好地实现陆配与台配的利益平衡。未来《关系条例》修改不宜照搬“财产增加额共同制”,应作本土化处理,附加一定条件,增强可操作性和适应性。即把夫妻一方在婚姻存续期间通过继承或赠与获得的财产纳入终极财产范畴,从初始财产中剥离出来,除非在遗嘱或赠与合同中明确指明只能由夫或妻单独拥有,唯恐减少接受继承或赠与一方终极财产,侵犯他方的夫妻财产所有权,这就是所谓的附条件的“财产增加额共同制”。

4. 创设以最小损害为标准的补偿性给付制度

离婚后应给予弱势配偶一方以帮助,在理论界已经达成共识。关键是如何确定补偿给付标准,学界对此争论尤为激烈。英国适用标准过于宽泛、抽象,司法实践中可操作性较差,但覆盖面广,大大增加了处于弱势地位的配偶在离婚时赢取补偿性给付的可能性。反视德国罗列式标准,难免有挂一漏

[1]台湾“民法”第1040条规定:“夫妻得以契约订定仅以劳力所得为限为共同财产。前项劳力所得,指夫或妻于婚姻关系存续中取得之薪资、工资、红利、奖金及其他与劳力所得有关之财产收入。劳力所得之孳息及代替利益,亦同。”

万、不尽周延之缺憾,不过可诉性较强,能够在八种既定情形下真正实现对离婚后弱势配偶一方的帮助和照顾。我国《婚姻法》第42条规定,有权接受帮助的配偶一方必须是“生活困难”,《婚姻法解释一》第27条将其界定为“依靠离婚后分得的共同财产和个人财产无法维持当地基本生活水平”。只是此种经济帮助是暂时性的、一次性的,不能真正实现对弱势配偶一方的全方位保护保护。借鉴各国主流学说和先进立法经验,在《关系条例》中应创设以最小损害为标准的补偿性给付制度,方能取长补短,映现和践行权利平等、反对歧视、注重救济和保护的现代人权理念。

最小损害原则,又称为必要性原则、最温和手段原则,央浼在几个可以达至目的的适当手段中,选择对公民权益侵害最小的措施^[1]。在涉台离婚诉讼中,为使处在各种不利因素影响下的陆配权益侵害最小化,《关系条例》该当借鉴英国、德国和中国大陆的司法实践和经验,创设以最小损害为标准的补偿性给付制度,既不能单纯采取英国过于抽象的概括式,亦不宜采纳德国过于局限的列举式,也要克服我国《婚姻法》经济帮助不彻底性的缺陷,而应采取列举与概括相结合的立法模式,并确定终止帮助的条件。如《德国民法典》第1586条规定涉及“在权利人再婚、成立同性生活伴侣关系或死亡时,扶养义务消灭”的规定就是对扶养义务终止条件的诠释。《关系条例》应结合具体司法实践,设定帮助终止的条件,以切实维护两岸婚姻中弱势一者的合法权益。在满足帮助条件时,离婚时处于弱势的一方配偶可以主张补偿性给付请求权,同时适用列举式和概括式的补偿方式,对权利人损害最小者为优。补偿结果如若观照出罅隙,权利人举证证明现存另一种更优的补偿方式,则有权向相对人(另一方配偶)或法院主张以该种方式补偿之,切实维护离婚配偶一方的合法权利和利益,实现利益最大化^[2]。

5. 践行人保与物保并行观念

《许可办法》第5条为大陆人民在台申请长期居留、定居设定的保证人范围过窄,仅限于台湾地区的自然人,年满二十岁,有正当职业或相当财力,且保证书内容真实。但是,这对于离婚且没有工作亦无依亲对象的陆配来说,寻找符合条件、愿意承担责任的台湾地区人民担任保证人颇为艰难。按照《许可办法》第6条的规定,保证人的责任主要有二,一是在被保证人入境后无法自理生活时,负担其生活费用;二是在被保证人依法须强制出境时,协助有关机关将其强制出境,并负担所需费用。此类责任绝非台湾地区自然人所独有,大陆地区的在台自然人只要具备《许可办法》第5条规定的各项条件,愿意承担保证人责任,应当对其保证人资格进行肯定^[3]。台湾地区企事业单位、在台大陆企事业单位作为独立的法人,具有独立的民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和履行民事义务,能够独立承担保证责任,具有一定的经济基础和社会影响力,满足《许可办法》第2、3项的规定,如果乐意承担保证责任者,可为在台陆配提供保证。这样,对于申请在台长期居留、定居的陆配来说,保证人的范围得以扩大,增加了留台机会,离婚后无需离台,避免了骨肉分离的悲剧重演。基于此,应当对《许可办法》第5条进行修改,把保证人范围扩展到所有符合条件的、乐意承担保证责任的自然人、法人,《许可办法》第5条第1项的规定唯保证人为自然人时始得适用。

[责任编辑:钱继秋]

[1]陈坤:《法学方法论的困境与出路》,〔重庆〕《西南政法大学学报》2012年第1期。

[2]陈坤:《疑案审理中的实质权衡与最小损害原则》,〔上海〕《交大法学》2012年第2期。

[3]李先波、李琴:《后WTO时代中国的自然人流动》,〔北京〕《中国法学》2005年第6期。