

隔代扶养义务研究

——《民法典》第1074条评注

潘子轩

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2023年10月11日; 录用日期: 2023年11月8日; 发布日期: 2023年11月15日

摘要

《民法典》对于祖孙之间的扶养义务规定较为模糊, 学界研究阙如。《民法典》扶养法以父母子女之间的扶养义务为基本框架, 以未成年保护为出发点, 因此在适用1074条时需要类推父母子女之间的扶养义务。另外, 我国通说认为祖孙之间的扶养义务, 无论是顺位还是内容, 都次于父母子女之间的扶养义务, 在“老龄化社会”“失独父母”“三胎政策”等现实情景中, 笔者认为应当适当扩大祖孙之间的扶养义务。

关键词

赡养, 隔代扶养, 养老

Study on the Obligation of Intergenerational Support

—Commentary on Article 1074 of the Civil Code

Zixuan Pan

Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 11th, 2023; accepted: Nov. 8th, 2023; published: Nov. 15th, 2023

Abstract

The provisions of the Civil Code on the obligation of intergenerational support are relatively vague, and there is almost no academic research. The maintenance law of the Civil Code takes the maintenance obligation between parents and children as the basic framework and the protection of minors as the starting point, so it is necessary to draw analogy to the maintenance obligation between parents and children when applying Article 1074. In addition, China's general theory be-

believes that the intergenerational support, whether in order or content, is inferior to the maintenance obligation between parents and children, and in the realistic scenarios of “aging society”, “elderly people who lost their only child” and “three-child policy”, the author believes that the obligation of intergenerational support should be appropriately expanded.

Keywords

Maintenance, Intergenerational Support, Elderly Support

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

《民法典》第 1074 条规定：有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年孙子女、外孙子女，有抚养的义务。

有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或者子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养的义务。

2. 规范意旨

本条规定了祖父母和孙子女、外祖父母和外孙子女之间的扶养义务。《民法典》第 26 条规定了父母子女之间的扶养义务，第 1059 条规定了夫妻相互扶养的义务，但是仅有父母子女、夫妻之间的法定扶养义务无法应对意外的发生。作为先顺位扶养人的父母、子女或配偶一旦遭遇意外、患病等导致身故或者丧失负担扶养义务的能力，就需要后顺位的扶养人对被扶养人尽到扶养义务，从而保证弱势的被扶养人可以获得基本的生活保障。因此，各国家和地区无不规定祖孙、兄弟姐妹等近亲属间的扶养义务，并规定一定的扶养顺序。除了现实需求以外，本条也体现了中华民族自古以来尊老爱幼、家庭成员之间互相扶助的良好风尚。

1950 年的《婚姻法》规定了夫妻、父母子女之间承担扶养义务，直到 1980 年《婚姻法》第 22 条才增加了祖孙之间的扶养义务：有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务。有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡的祖父母、外祖父母有赡养的义务。2001 年《婚姻法》修订，第 28 条在原条文“父母已经死亡”“子女已经死亡”之外增加了“父母无力抚养”“子女无力抚养”的情形。《民法典》的规定承继自 2001 年《婚姻法》第 28 条的规定，尽在字词上略作改动，条文的主要内容没有变化。

《民法典》规定了父母子女之间、夫妻之间、祖孙之间的扶养义务，1075 条规定了兄弟姐妹之间的扶养义务。《民法典》未就上述各扶养人的扶养义务的顺位作出规定。实践和我国学界一般认为，父母子女之间、夫妻之间的扶养属于第一顺位，祖孙之间、兄弟姐妹之间的扶养义务属于第二顺位，本文亦在此基础上讨论相关问题。

3. 构成要件

3.1. 被扶养人需要被扶养

被扶养人需要被扶养是《民法典》第 26、1059、1074、1075 条规定的扶养义务成立的前提。法

律规范主要就父母子女之间的扶养义务规定较为详细，其原因在于父母子女之间承担抚养义务是生活的常态。因此就“被扶养人需要被扶养”这一共同的构成要件而言，《民法典》第 1059、1074、1075 条都需要参照第 26 条父母子女之间的扶养义务及其配套的法律规范。

3.1.1. 孙子女、外孙子女需要被扶养

本条指明的未成年(外)孙子女，由于不具备或者不完全具备劳动能力，通常难以通过自己的劳动获取保障基本生活的社会资源，他们需要被扶养不言自明。但是第 1074 条第 1 款将其限于未成年人，范围不够精确。

在父母对子女承担扶养义务的情形中，首先，除了未成年子女，父母对不能独立生活的成年子女也承担扶养义务¹。其次，16 周岁以上不满 18 周岁，以其劳动收入为主要生活来源，并能维持当地一般生活水平的，父母可停止给付抚养费²。本条中，(外)孙子女需要被扶养的范围也应与上述情形一致。

3.1.2. 祖父母、外祖父母需要被扶养

本条未说明祖父母、外祖父母何时需要被扶养。《民法典》第 1067 条第二款规定，成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。本条中需扶养的外祖父母也应符合“缺乏劳动能力或者生活困难”的条件。应予以说明的是，这一条件的核心在于“生活困难”。缺乏劳动能力不必然导致老人需要被扶养，比如老人虽然无劳动能力，但是退休金丰厚，完全满足生活所需，那么就无需扶养；只有当缺乏劳动能力，无法通过劳动以及其他财产收入维持自己生活的时候，老人才需要扶养。同时，客观上存在生活困难的情形，但被扶养人拥有足够的劳动能力却不参加劳动，这种情形下，被扶养人也不需要被扶养。总结而言，被扶养人首先应通过劳动尽可能满足自己的生活需要，在缺乏劳动能力且其他生活来源不能满足生活需要的时候，被扶养人才需要被扶养。

针对“缺乏劳动能力”的判断，在人身损害赔偿案件中，法院多以老人是否已经退休判断老人是否缺乏劳动能力，而在赡养案件中，由于多数诉诸法院的老人都已经退休，被告很少以“缺乏劳动能力”作为抗辩理由，法院也鲜少审查原告(老人)是否缺乏劳动能力。用退休能力对“缺乏劳动能力”一刀切，是否可行呢？随着我国逐渐迈入老龄化社会，延迟退休年龄已经板上钉钉³，同时有相当比例的已经退休的低龄老人有再就业的意愿和能力，通过自己的劳动保障自己的养老。显然，仅以年龄是无法准确判断老人是否缺乏劳动能力的，仍然需要依据案件具体情形作个案判断。在举证责任分配上，笔者认为已经退休仅仅可以作为原告(老人)证明自己缺乏劳动能力的证据[1]，被告(扶养义务人)可以举证证明老人尚具有劳动能力。

实践中，法院认定“生活困难”的标准较为宽松。发生在北京的一起案件中，69 岁的原告自述其每月退休金 5000 元，每月支出租金 3000 元(其子女主张老人居住于其生活伴侣家中)，生活支出最少 1500 元，其子女认为原告不属于生活困难的老人，在缺少证明老人每月租金支出和生活支出的情况下，法院认为老人“已年过六旬，且患有疾病”，需要被赡养，子女应给付赡养费⁴。可见，法院在判断老人是否需要被扶养的时候，不注重老人是否具有足够的财力应对老年生活，而是结合老人的年龄、疾病等状况，判断老人是否需要子女的照顾和关心。

¹《民法典》第 1067 条第 1 款规定，父母对未成年子女或者不能独立生活的成年子女承担抚养义务，给付抚养费。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(一)》第 42 条规定，尚在校接受高中及其以下学历教育，或者丧失、部分丧失劳动能力等非因主观原因而无法维持正常生活的成年子女，可以认定为民法典第 1067 条规定的“不能独立生活的成年子女”。

²参见最高人民法院《关于审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》。

³2021 年 3 月，《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2035 年远景目标纲要》明确提出，按照“小步调整、弹性实施、分类推进、统筹兼顾”等原则，逐步延迟法定退休年龄。

⁴参见北京市第二中级人民法院在(2022)京 02 民终 1789 号民事判决书。

3.2. 被扶养人的第一顺位扶养人死亡或者无扶养能力

3.2.1. 配偶的“消失”

本条仅规定了“父母已经死亡或者父母无力抚养”“子女已经死亡或者子女无力赡养”，显然忽略了配偶作为先顺位扶养人的责任。究其原因，笔者认为，《民法典》立法者在监护与扶养上是以未成年人为核心，以“父母对未成年子女的抚养”为基础和模型建构其他扶养人与被扶养人之间的权利义务关系。比如上文的“被扶养人需要被抚养”的标准，对于“需要抚养的子女”规定详细，标准明晰，实践中可操作性强；对于“需要抚养的父母”，标准模糊，大多数情况下，法院也难以弄清楚扶养关系当事人的经济情况。德国法上，直系血亲互相有义务根据请求而在确定扶养请求权所必要的范围内答复关于其收入和财产的询问。被询问人必须根据请求出示收入凭据，以及关于收入和支出的记录。法院也具有程序法上的权限，以获得必要的信息。在紧急情况下，法院可以直接命令雇主、供养机构和财政部门答复询问^[2]。对于未成年人的抚养，当然不必考虑配偶作为扶养人的情形，因为在我国的规定中，未成年人都不具有结婚行为能力⁵。但是，赡养案件中，父母一方缺乏劳动能力，另一方具有足够的劳动能力或者经济实力尽到扶养义务，这种情形不算少见；如果在此情形下要求孙子女尽到扶养义务，显然是法律漏洞导致了第 1059 条与第 1074 条之间的冲突。应当填补法律漏洞，在适用第 1074 条时，明确“父母、配偶已经死亡或者父母无力抚养”“子女、配偶已经死亡或者子女无力赡养”。

3.2.2. 是否需要第一顺位扶养人全部死亡或者无扶养能力？

学理上认为，关于扶养顺序，我国立法已潜在隐含着采列举主义^[3]，即对扶养义务人和扶养权利人的顺序加以规定，但如前文所述，我国的列举主义不具体不明确，也未规定允许扶养义务人协商确定扶养的顺序。在我国的扶养顺位下，一般认为只有当父母、子女、配偶全部死亡或者无扶养能力时，第 1074 条才可得到适用，祖孙之间才得以请求相对方扶养。

在被扶养人是孙子女时，一般不会产生问题，因为其父母只有一对，且往往不会存在配偶。实践中也会出现父母一方死亡后，祖父母争夺抚养权的案件，如陕西商洛市中级人民法院审理的一起扶养变更抚养关系纠纷中，法院在综合考虑母亲的经济状况、子女和祖母长期生活等情形后，认为祖母抚养孩子更有利于孩子健康成长⁶。即便在这些案件中法院判决孙子女由祖父母抚养，但孩子的父母中存活的一方仍须给付抚养费，承担扶养义务。争夺抚养权的案件和赡养案件不同，争夺抚养权案件中，当事人是争着给孩子当抚养人，法院根据儿童利益最大化原则作出判决，即便没有诉讼，或者法院诉讼拖延，孩子也不会失去生活保障；在赡养案件中，被扶养人可能因为扶养义务人的不作为而受损害，生活没有保障，诉至法院，可能因为僵硬的扶养顺序而被驳回起诉，在冗长的诉讼过程中，被扶养人甚至可能含恨而终。如何在传统和现代之间寻找平衡点，通过法律教育乃至规训扶养人，使得被扶养人有生活保障，的确是法律上的难题。

在赡养案件中，由于(外)祖父母可能存在多个子女，而其中一个或数个子女死亡，在实践中往往就会产生纠纷，原告往往会同时起诉子女、孙子女，甚至基于传统观念，在有女儿在世时，直接起诉孙子。在这类案件中，法院往往基于僵硬的扶养顺序规则，不支持原告对于孙子女的请求。笔者认为，对于老年赡养，也应以老年人的利益为先，考虑传统的养老模式与法律规定扶养顺序之间的冲突，至少在以下情形中，应当允许老人在尚有子女在世且有扶养能力时向孙子女请求履行扶养义务：

第一，孙子女无偿受让了祖父母的财产。这一点应作宽泛理解，在现实中经常会出现以下情况：1) 祖父母直接赠送财产给孙子女；2) 祖父母赠送给子女的财产，由于子女死亡，被孙子女继承；3) 祖父母放弃子女遗产的份额；4) 子女死亡后，祖父母放弃第三方给付的赔偿金中属于“被扶养人生活费”的部分。在传统的养老模式中，被扶养人应当由所有父系直系卑亲属扶养，即儿子死后，由孙子女负担赡养义务，

⁵ 在被扶养人为“不能独立生活的成年子女”时，也会出现配偶的扶养义务和其他扶养人的扶养义务相冲突的情况。

⁶ 参见陕西省商洛市中级人民法院(2022)陕 10 民终 716 号民事判决书。

因此无论是自己的财产，还是子女遗产，抑或是赔偿金中的被扶养人生活费，只要财产仍然留在父系家族中，被扶养人的老年就有所保障。但是现代法律中继承和赡养截然分立，在儿子死后，孙子女不当然承担继承义务，这就导致部分的孙子女利用传统养老模式和现代法律之间的冲突，一方面享有祖父母无偿给予的财产，另一方面又以被扶养人尚有其他儿女在世为抗辩，自己不承担扶养义务。笔者认为，在具体案件中，法院应当审查当地的养老模式习惯，如果确实存在传统养老模式，同时又存在孙子女无偿受让了祖父母的财产的情形，应当认为被扶养人及其孙子女之间存在默示的赡养协议，被扶养人可以据此请求其孙子女承担赡养义务，这一义务应限于孙子女曾“受让”的财产范围内。

第二，被扶养人曾对扶养人尽过扶养义务的。第 1075 条规定了由兄、姐扶养长大的有负担能力的弟、妹，对于缺乏劳动能力又缺乏生活来源的兄、姐，有扶养的义务。尤其强调了“由兄、姐扶养”这一要件，那么类推到 1074 条，如果老人曾经扶养过孙子女，孙子女是否要在其父母已经死亡或者无扶养能力，但老人的其他子女尚且生存，且有扶养能力时负担赡养义务呢？孙子女由祖父母照顾的现象在当下非常普遍，无论在农村还是城市，父母往往都是双职工，这就导致负担照顾孩子义务的往往是祖父母，甚至还有有的父母不给付扶养费，照顾孩子的经济、精神、体力上的负担全都由祖父母承担。笔者认为，在具体案件中，如果祖父母曾经长期负担扶养孙子女的义务，应当认为祖父母在需要被赡养时可得到优待，在祖父母需要被扶养，且孙子女的父母已经死亡或者无扶养能力时，即便祖父母存在其他子女，孙子女仍有义务与其他子女一起承担赡养老人的义务。

3.3. 承担扶养义务的人有扶养能力

在构成要件中，既需要第一顺位扶养人无扶养能力，又需要第二顺位扶养人有扶养能力，但是两处的“扶养能力”是否能作同一理解呢？

学理上，依扶养的条件和程度不同，将扶养区分为生活保持义务之扶养和生活扶助义务之扶养。配偶之间、父母与未成年子女之间的扶养义务为生活保持之义务，即将被扶养人的生活作为自己生活的一部分而维持，不论此种扶养是否会降低自己地位相当的生活水平。其他扶养人和被扶养人之间的扶养义务为生活扶助义务，即在不降低自己地位相当的生活水平限度内，给予被扶养人一定的扶助，使其保持在最低生活水平^[3]。是否具有扶养能力，要根据扶养人具体的收入和财产状况来确定，也要看扶养人投入可期待的劳动可获得多少^[2]。

在上述扩大孙子女扶养义务的两类情形中，笔者认为在孙子女无偿受让了祖父母的财产的情形中，孙子女在受让财产的范围承担生活扶助义务即可；在祖父母曾对孙子女尽过扶养义务的情形中，仅使孙子女承担生活扶助义务，是否符合伦理上的要求还待讨论。而在“失独家庭”的情形中，孙子女承担生活保持义务还是生活扶助义务的伦理冲突则更为激烈：如果祖父母仅有一个子女，该子女过世后祖父母扶养孙子女长大成人，待祖父母年老后，孙子女承担的赡养义务为生活保持义务还是生活扶助义务？此时祖父母的地位与父母几乎无异，此时孙子女仍承担生活扶助义务，与法律目的似乎不符。

4. 法律效果——精神赡养？

扶养义务主要通过以金钱形式定期给付扶养费的方式得以执行，也可以通过给付食物、衣物等生活用品的方式予以执行。传统民法及其理论认为，扶养的内容仅限于经济上的供养^[4]，“缺乏劳动能力或者生活困难”的规定也难以显示出立法者对于精神层面扶养的关注。但随着现代社会文明的发展，越来越多的学者认为法律规定的“扶养”应包括精神层面的扶养，未尽到精神层面的扶养义务，也需要承担相应的法律后果^[3]，我国《老年人权益保护法》也强调了对于老年人的精神陪伴⁷，然而该法对于权利

⁷ 《中华人民共和国老年人权益保障法》第十四条第一款规定，赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要。

主体、权利实现方式、救济手段等规定存在争议，权利内容过于笼统而缺乏可操作性[5]。法院不是不愿意关注精神赡养问题，可惜无法可依，法院往往会非常宽松地认定老人需要扶养的条件，象征性地每月判决数百元赡养费，从而督促子女履行精神层面上的赡养义务。⁸

笔者认为，将精神上关心照料老年人的义务囊括进扶养义务的观点不妥，但有其现实的需求。即便设置了未尽精神扶养义务的损害赔偿请求权，一方面老人的精神需求仍然得不到满足，另一方面部分老年人无需精神上的扶养，因此不可一概而论，甚至一些无需精神扶养的老人或许会以获取赔偿金为目的滥用诉讼。老年人缺乏精神上的关心、照料，既是道德问题，同时也是我国法定成年监护制度缺位的缘故。法律可以做的，应当是向因为高龄、疾病等原因不能处理自己事务的老年人提供适当的照顾，而非顾及每一个老年人[6]。

参考文献

- [1] [法]布拉尹思吉. 法国家庭法精要[M]. 石雷, 译. 北京: 法律出版社, 2019: 5.
- [2] [德]施瓦布. 德国家庭法[M]. 王葆蔚, 译. 北京: 法律出版社, 2010: 811-815.
- [3] 余延满. 亲属法原论[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 512-521.
- [4] 戴炎辉, 戴东雄. 中国亲属法[M]. 台北: 台湾顺清文化事业有限公司, 2001: 526.
- [5] 蒋悟真. 精神赡养权法治保障的困境及其出路[J]. 现代法学, 2014, 36(4): 164-175.
- [6] 李霞. 成年监护制度研究——以人权的视角[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2012: 104-105.

⁸参见前注4。