



侵权责任法关于亲属身份权的立法考量

张继承

摘要: 侵权责任法用概括式加列举式的立法技术界定其保护范围是不成功的,貌似纯粹的财产权保护方案。亲属身份权事关婚姻家庭关系的稳定和未成年子女利益的保护,立法政策对亲属身份权的保护问题未加考量,有失妥当。作为民事基本法的侵权责任法宜将亲属法与财产法领域的民事权益通盘考虑,结合离婚法中的离因损害赔偿制度,共同保护亲属身份权,实现侵权行为法与亲属法在保护亲属身份权方面的互动。

关键词: 亲属身份权; 侵权责任法; 立法考量

《中华人民共和国侵权责任法》第 2 条采用概括式加列举式的立法技术将其保护范围予以了界定,然未能完全涵摄所有民事权益。按照法律逻辑与立法技术的要求,其保护范围的限定无疑要做到三点:一是无重复;二是无遗漏;三是无交叉。然目前法律和司法解释中已经提及的一些民事权益未被纳入,起码亲属身份法律关系中存在的权利未受到应有重视。身份法与财产法是民事法律的两大领域,当中的民事权利与合法利益理应受到侵权责任法的保护。纵观侵权责任法全文,鲜见调整身份关系领域侵权行为之条款,似有纯粹的财产保护法之嫌,实为遗憾。本文拟就亲属身份权的侵权责任法保护发表一孔之见,以求教于方家。

一、侵权责任法不能只是财产权的保护方案

按照传统民法的逻辑体系,财产法和亲属法属于两个不同的领域,二者具有各自特殊的合法性和规则体系,并且二者互为支撑。财产法中的合同法是规制客观的或者客观化的商品与货币关系的领域,即动态的财产流转关系;财产法中的物权法是规制财产的归属与利用关系的领域,即静态的财产归属关系;而亲属法则是另外一个完全不同的世界,它规制、维护主观的、人与人之间的身份关系与财产关系,目的是为了维护人类的伦理秩序,货币是不能进入此范围的。“因婚姻和出生而产生的法律义务与其他类型的债务不同,它较少地给予个人意思的自由,而更多地受公共秩序原则的支配,因而它与民法的其他领域相分离。”^①“长期以来,在近代立法者的意识中,无论是一夫一妻制的性别关系还是完全导向于进一步繁衍和教育,这些都不可能是纯粹的私人事务。虽然 19 世纪的法学理论逐渐将之归入民法,但没有抽取掉其特殊位置。将家庭法视为一个纯粹的或一个纯粹警察的或出于二者混同而加以对待的法律的观点在过去是可能的、并不断地扩张。”^②正是基于此种理解的基础上,19 世纪的所有民法典中,有关商品交易的法律与亲属法的断裂是

^①J. Dmat. The Civil Law in its Natrural Order, vol. 1. Boston: Little Brown, 1853, pp. 8~21.

^②罗尔夫·克尼佩尔:《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》,法律出版社 2003 年,第 102 页。

显而易见的,近现代民法理论的研究亦将绝大部分的精力倾注于财产法的研究。

然而,侵权责任法作为民事权益保护的支撑法,不宜只将目光投向于财产法,忽视亲属身份关系领域权利的存在。亲属身份关系源自于人类的两性关系和血缘关系,是人类最为基本、最为普遍的社会关系。亲属身份法律关系作为一种自然的生活关系,利益的追求并非人们的首要目的,人们的首要考虑是如何维持和稳定此种法律关系,并乐意追求这样一种稳定、和谐的身份法律关系。“作为保障生存与继续存在的家庭财产已不再是世组建家庭不可替代的前提,不考虑财产的家庭形式的泛化被视为符合人性和理性。”^①我们必须高度意识到婚姻家庭关系是否稳定抑或和谐才是和谐社会制度构建的真正基础,未成年子女的利益保护是社会可持续发展的根本目的和源动力。我国侵权责任法恰恰忽视了这一个事关社会稳定与发展的领域,实则成为财产权的保护方案,立法政策有失偏颇。

二、亲属身份权的侵权责任法保护问题

(一) 理论上的分歧

亲属身份权是否应受侵权责任法保护,是我国侵权责任法理论中一个争议较大的问题。

肯定说认为,亲属身份权应当受到侵权责任法保护,对侵害亲属身份权的侵权责任作出明确规定。其理由有:(1)亲属身份权的特点是既有对世性,也有对人性。“亲属的外部关系是对世性,表明特定的两个人之间是亲属关系。亲属的对内关系是对人性,是相对人之间的亲属的权利义务关系。妨害家庭关系的侵权行为的规定,原则上是对其对外关系的保护,但是在特定情况下,对内部的权利义务的侵害也构成侵权行为,例如《婚姻法》第46条规定的过错离婚损害赔偿,婚姻关系的相对人一方违背忠实义务导致离婚的,构成侵权行为。”^②(2)妨害亲属身份关系的行为符合侵权行为的构成要件,妨害了亲属身份权益的实现,均构成侵权。对于第三人与过错方共同实施的侵权行为,应当追究共同侵权责任^③。

否定说认为,亲属身份权不应受侵权责任法调整,应由伦理道德规范来调整,至多由婚姻家庭法调整。其主要理由有:(1)婚姻家庭关系主要是伦理道德的问题,法律不宜过分介入。(2)婚姻家庭关系只是公民的私生活领域,甚至不能用权利话语来解释和理解的领域,公共权力不应当加以干涉。对婚姻家庭只能进行伦理道德的调整,而不能用法律进行规范。毕竟法律不是万能的,用法律解决婚姻家庭问题往往不是有效的方法,而且成本还可能比其他办法要高。(3)司法实践中,法官大多以涉及婚姻家庭的侵权案件是家务事为理由,对侵权行为不干涉和权利不予保护。深究其因,婚姻家庭内的侵权行为案件具有很大的特殊性和复杂性,比如婚姻家庭案件的证据难以搜集,往往对侵权行为的违法性不能予以证明;即使可以证明,对案件的处理往往费力不讨好。而且,婚姻家庭案件的案情复杂性,当事人的心理矛盾和主张的反复性都可能使案件的处理被冠上“错案”之名的可能。因此,在他们的潜意识中认为,多一事不如少一事。(4)摆脱婚姻家庭问题最为直接和根本的途径就是可以自由的离婚。依前述的观念——婚姻家庭领域是私人领域,公共权力不能深入的领域,以及执法和司法机关对婚姻家庭中的侵权行为的处理方式,使得婚姻家庭形成了堡垒式的存在。权利被侵害者脱离苦海的唯一出路就是迅速而快捷地离婚。恢复权利的自身属性,一旦权利再受到侵害,就可以名正言顺地要求公共权力机关给予必要的保护^④。

(二) 问题症结之所在

亲属身份权的侵权责任法保护,理论上为何会出现如此之大的分歧呢?问题的症结在于,侵权责任法保护亲属身份权法会干预到私人生活关系。婚姻家庭关系是最为典型的私人生活关系,历来被认为是公权力不可逾越的界限。侵权责任法毫无疑问可以保护亲属身份权,但不能不顾及到亲属法律关系中当事人的情感。最核心的问题是夫妻之间权利义务的侵权责任法保护问题:一是否承认婚内强奸构

① 罗尔夫·克尼佩尔:《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》,第117页。

② 《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》,法律出版社2007年,第373页。

③ 官玉琴:《亲属身份权理论与实务》,厦门大学出版社2007年,第38~39页。

④ 钱大军、单晓萌:《权利与婚姻家庭堡垒》,载《大庆师范学院学报》2005年第4期。

成侵权行为；二是重婚可否提起侵权责任法上的损害赔偿请求；三是通奸或有配偶者与他人同居能否主张侵权责任；四是配偶一方违反同居义务是否成立侵权责任。这些问题都有待于侵权责任法立法政策予以全面考量，以契合我国目前民事权益的保护能力与水平。

本文认为，亲属身份权受符合侵权行为保护并无理论上的障碍。

从传统侵权责任法理论来看，物权、人格权、知识产权等无疑受到侵权责任法的保护。因此，我们不难发现这样一个规律，即受到侵权责任法保护的民事权利，无论是物权与人格权，抑或是知识产权与继承权所昭示的财产所有权，都具有绝对性，均可归于传统民事权利体系中的绝对权的范畴。类似这些权利，除权利主体以外的不特定义务主体都在法律上负有不侵害权利人权利的义务，此种义务为法定义务，因此一旦违反此种义务，造成了损害即构成侵权。受该理论的影响，大陆法系各国和地区精心制作的法典化的侵权责任法，大多明显地将主要精力倾注于对绝对权利的保护。如《意大利民法典》第 2043 条在很长的时间里仅仅适用于侵害绝对权利的案件，该条所谓的“侵权损害”被认为是与“对绝对权利损害”等同，被解释仅仅适用于对绝对财产和人身权利的保护；《葡萄牙民法典》亦同样如此，根据该民法典第 483 条规定，一个人只是在有过错并“不法侵害他人权利或违法保护他人之法律规定”时才负有赔偿义务，其无疑是确立了这样一个原则，即一个人只有在两种情形的行为才被认定为侵权行为：侵犯绝对权利，或者违反了规定其他的私人利益并保护其免受不法侵害的法律规定^①。《德国民法典》第 823 条第 1 款就更不用说了，该条所指称的各种权利均被严格地界定为绝对权利。可见，在侵权责任法典化的国家看来，无论侵害如何发生，任何一个侵犯绝对权利的行为都被看作是侵权行为。

我国民法理论中多数观点亦复如此，均认为受侵权责任法保护的主要是绝对性的民事权利。如张新宝先生就指出，确定侵权责任法保护范围要把握三个主要界限：（1）侵权责任法首先而且主要保护的是绝对权利，主要针对侵害绝对性质的民事权利的行为。（2）侵权责任法在特别情形下保护某些经济利益和人格（精神）利益，但是并非任何经济利益或人格利益都可能得到侵权责任法的保护，国家总是通过一定的机制使得某些利益进入受到保护的范畴，而讲另一些利益排除在受到保护的范畴之外。（3）侵权责任法原则上不对民事权益以外的其他权益提供保护，非民事性质的权利，如公民政治权利、社会权利等受到侵害，对其进行救济并非侵权责任法的任务，而是其他法律的使命。但是责任聚合为例外情形^②。苏永钦先生针对我国台湾地区民法第 184 条第 1 项的规定“因故意或过失，不法侵害他人之权利者，负损害赔偿责任。故意以背于善良风俗之方法，加害于他人者亦同”与第 2 项规定“违反保护他人之法律者，推定其有过失”，认为该条规定并不是说侵权法保护的客体是“权利、风俗和法律”，将三者被放在构成要件中，只是对于社会上无数的财产利益受损失的情形，以其为必要的筛选工具而已。侵权法适用侵权（狭义）、背俗和违法三种类型不是立法者对权利、风俗和法律的偏爱，而在于它们的对世性^③。王泽鉴先生认为，侵权责任法所保护的权益仅指私权，不包括公法上的权利在内，包括人格权、身份权、物权及智慧财产权等绝对性权利^④。其同时指出，债权虽属私权，但是否为我国台湾地区“民法”第 184 条第 1 项所称权利，尚有争论。又应否创设德国法上所谓的“营业权”以扩大权利的保护范畴，亦值得研究^⑤。言下之意是，绝对性民事权利毫无疑问属于侵权责任法的保护范围，而相对性民事权利尚存诸多疑问。尹志强博士认为，权利的对世性是侵权法救济的根据。“侵权法为什么对权利进行区分？为什么有的权利适用侵权法，有的权利不适用侵权法？大陆法国家中德国、瑞士以及我国台湾地区的民法，为什么对违背善良风俗的侵权行为和违反保护他人利益为目的的法律的行为适用侵权法？通过对侵权法调整对象的分析知道，侵权法调整的权利和利益，它们的共同特点是在性质上具有对世性。”^⑥

① 冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》上卷，法律出版社 2004 年，第 20～30 页。

② 张新宝：《侵权责任构成要件研究》，法律出版社 2007 年，第 28～29 页。

③ 苏永钦：《再论一般侵权行为的类型——从体系功能的角度看修正后的违法侵权规定》，载《侵权法评论》2003 年第 2 辑，人民法院出版社 2003 年版。

④ 王泽鉴：《侵权行为法（1）基本理论·一般侵权行为》，中国政法大学出版社 2001 年，第 97 页。

⑤ 王泽鉴：《侵权行为法（1）基本理论·一般侵权行为》，第 98 页。

⑥ 尹志强：“论民事权利在私法中的救济——从侵权行为法的涵摄范围和功能角度分析”，中国政法大学 2004 年博士论文，第 66 页。

因此,本文认为既然亲属身份权具有绝对权性质,又侵害亲属身份权的行为符合侵权行为的构成要件,成立侵权行为;而绝对性民事权利应受侵权责任法保护,在民法理论中业已成为一个不争的事实;那么,无论从逻辑上还是从理论上分析,亲属身份权是受侵权责任法保护的民事权利。

三、侵权责任法与婚姻家庭关系之干预

对于侵害亲属身份权的行为,从保护婚姻家庭生活的角度出发,侵权责任法确实有必要加以干预,但如果动不动就以侵权行为来认定,未必有利于维护婚姻家庭关系的稳定。“私法之责任体系欲将主体家庭权利的侵犯作为一个整体纳入侵权责任法的调整范围当然是不合理的。因为家庭法的主要调整对象是财产问题,如父母管理子女财产的权利和义务、家庭成员之间的扶养义务。虽然父母在未尽谨慎义务管理子女的财产时必须对由此产生的损失承担赔偿责任,但他们的侵权行为却绝不属于人格权侵害行为。不履行赡养义务的情形同样如此。”^①本文认为,侵权责任法对亲属身份权的保护,原则上要考量以下几点:

(一) 注重亲属身份权特殊性

亲属身份权设置的目的是有二:一是维护婚姻家庭关系或者说是亲属身份法律关系的稳定;二是保护未成年子女的合法权益。对于侵害未成年子女人身权的行为,如拐骗、引诱未成年子女脱离父母监管,尤其如拐卖儿童的行为等,出于保护未成年子女合法权益的目的,宜认定为侵害了为人父母的亲权或者监护身份人的监护权,属于侵害亲属身份权的行为,这同样也符合维护婚姻家庭关系稳定的目的。亲权或监护权以外亲属身份权的设置,目的并非重在保护权利人本身的合法权益,而是重在维护婚姻家庭关系的稳定,对于婚内侵权或第三人侵害夫妻身份权的行为,一概认定为侵权行为并不合适,并不利于维护婚姻家庭关系的稳定^②。

(二) 注重亲属身份法律关系的特殊性

亲属身份法律关系,是指法律对已客观存在的亲属关系(人伦秩序)进行调整而形成了具有特定身份的自然人之间的一种权利义务关系。此等身份关系,在法律上发生何种权利义务,一切均依法律的规定而定。

亲属身份法律关系与财产性的民事法律关系有着明显区别。亲属身份法律关系是法律调整亲属关系的结果,而亲属关系乃是一种客观存在的人伦秩序,无论法律承认与否,这种身份关系都已存在。亲属的身份共同生活关系秩序,在其经营与维持上固以人伦为其内在的规范原理,但亲属的身份共同生活关系为社会关系的一部分,为维护社会秩序,则须按其要求程度,而有为法律秩序化的必要。而一旦法律将其秩序化,则其变为亲属身份法律关系^③。当然,由于其有人伦秩序的本质,并不因此而有所改变,人的身份关系,其内容效力如何(何种情形始可谓夫妻、亲子、家属等),大多以社会习俗为基础,法律仅由其对各种身份关系的政策,评价是否在法律上亦应承认此种身份关系,以维护并发展此种身份关系。即先有身份关系,而后法律予以规范;非先有法律,而后成立身份关系^④。同时,亲属身份法律关系是一种长期的伦理的结合,而不是一种短暂的基于利益的结合,因而其是稳定的,或者是相对稳定的。某些亲属身份法律关系只能基于出生、死亡的事件发生、终止,不能通过法律行为或其他途径而人为地解除,如血亲关系。它们的稳定性是不言而喻的;某些亲属身份法律关系虽然是基于行为而创设,也可以人为地解除,如拟制血亲关系和婚姻关系。但是,这类关系的本质和宗旨,以及法律对其所作的规定(包括成立和解除的条件、程序等),都决定了它们至少是相对稳定的,不可能朝合暮离,不可能像财产法律关系那样频繁地变动。

正因为如此,在财产法领域,只要证明侵权行为成立,那么侵害人就要承担相应的损害赔偿义务,而

① 克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》下卷,法律出版社2001年,第132页。

② 余延满、张继承:“试析配偶权的侵权行为法保护”,载《江西社会科学》2008年第2期。

③ 陈棋炎等:《民法亲属新论》,台北三民书局2004年,第9~12页。

④ 戴炎辉、戴东雄:《中国亲属法》,台北顺清文化事业有限公司2000年,第5页。

在身份法领域,光证明侵权行为的成立并不足够,由于亲属身份关系的特殊性,长期以来,亲属可以基于其特殊身份得以豁免,无须承担损害赔偿赔偿责任。

(三) 注重亲属法的特殊性

亲属法是在各国特有的历史条件下产生与发展起来的,它深深地植根于本民族的历史传统文化、宗教、风俗习惯和生活方式,是固有法,具有强烈的民族传统特色,具有习俗性。由于亲属法具有习俗性的性质,从而决定了亲属法又具有差异性的特征,不仅在社会制度不同的国家之间其存在本质的差别,就是在社会制度相同的国家之间也极不相同。正因为如此,尽管一些国际组织如联合国、罗马统一国际私法协会试图制定一些避免法律冲突的统一实体法规范,但在亲属法领域由于其习俗性,至今仍一事无成,到目前为止也没有制定出一部调整涉外亲属关系的统一实体法规范,涉外亲属问题主要靠各国的冲突规范或统一冲突规范来调整^①。

从各国亲属法规定的内容来看,亲属法由亲属身份法和亲属财产法两部分构成。规定亲属身份上的权利义务的,如夫妻间的同居义务、保护教育子女的权利义务等,为亲属身份法,或称纯亲属法;规定亲属财产上的权利义务的,如夫妻财产制、亲子间的财产关系等,为亲属财产法。可见,亲属法就其本质而言是身份法,而不是财产法。因为亲属法是以亲属关系为调整对象,婚姻家庭关系是其核心部分。在现代社会中,尽管婚姻的观念和家庭的形式发生了巨大的变化,但婚姻家庭仍然是社会的基础,婚姻家庭关系的稳定不仅涉及婚姻当事人和子女的利益,而且涉及社会的稳定和发展。因而,亲属法的规定大多关系公共秩序及善良风俗的公益性质,权利义务的内容大部分为强行法性质,不能任由当事人自由决定。究其原因,乃因亲属法以夫妻、亲子等超个人的结合团体为规范对象,是一定社会中“具有巨大影响的团体的行为方式”的法律表现^②,故立法之际多考虑全体的利害祸福,个人主义色彩远较财产法淡薄。

四、余 论

侵权责任法忽视了亲属身份权的保护问题,立法政策在考量上有失妥当,应当把亲属身份权纳入到调整范围,同时考虑到亲属身份关系及亲属身份权的特殊性,出于维护婚姻家庭关系稳定和保护未成年子女合法利益的目的,侵权行为法并不需要对所有的亲属身份权进行全面保护,而是结合离婚法中的离因损害赔偿制度,作为导致离婚的原因,由无过错配偶方请求过错配偶一方承担损害赔偿赔偿责任,共同保护亲属身份权,实现侵权行为法与亲属法在保护亲属身份权方面的互动。

■ 作者简介:张继承,华南理工大学法学院,广东地方法制中心研究人员,讲师,法学博士;广东 广州 510006。

■ 基金项目:中央高校科研业务项目(x2fxD2100890)

■ 责任编辑:车 英

^①韩德培:《国际私法》,武汉大学出版社1989年,第373页

^②《国际比较法百科全书》第4卷“人与家庭”导论,第9页。