

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文  
阅读次数: 1026

## 完善离婚过错损害赔偿制度的立法建议

王勇睿

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

在20世纪最后的20年中,我国社会的物质生活条件和精神文明事业进步巨大。与此相应城乡人民的婚姻家庭关系也发生了中国历史上前所未有的新变化。为顺应社会主义市场经济和时代文明进步的需要,在新的世纪开始时,我国新《婚姻法》,对1980年颁布的《婚姻法》作了较大修改。其中一个最重要的修改,就是增加了离婚过错损害赔偿制度,即侵害配偶权的损害赔偿制度。但根据作者的审理案件经验和对我国经济和文化背景分析,婚姻法仍然存在很多不足,尤其是可操作性不强导致离婚过错损害赔偿案件的实际审理还是隔靴搔痒。立法机构虽到上海、新疆、广州等地进行调查,但这种带着问题去寻找问题的方法,尤其是对解决涉及人类心灵感情方面问题,往往很难奏效,且解决婚姻问题具有很强专业性和实践性,甚至可以说非亲身经历是不解其中味。令人瞩目的《中华人民共和国民法(草案)》出台后,仅以第1720条规定了离婚过错损害赔偿制度,其他并无令人鼓舞的新规定。基层法官虽然承担了100%的离婚案件的审判,但对婚姻法立法发言的机会甚少,上通下达多种渠道没有真正畅通。对客观事实了解的越深入,对解决冲突的思考就越深刻。因此,笔者认为完善离婚过错损害赔偿制度应当在立法上注意考虑下列方面问题。

### 一、明确规定夫妻之间配偶权的权利义务

配偶权的概念由英美法系国家率先提出。在英美法国家看来,配偶权对于表达婚姻结合的法律意义和象征意义有着极大的重要性,因为它能够将构成婚姻实体的各种心理要素概念化,诸如家庭责任、夫妻交往、彼此爱慕、夫妻性生活等因素都被概括其内并为法律的承认。

“配偶权利是直接标志和象征婚姻关系实际价值的唯一法律范畴,虽然法律上有关婚姻的其他问题,如纳税、继承范围等都可以表明法律对婚姻的注重,但由于这些问题都不直接反映婚姻关系的实质,因而并不能反映婚姻的心理内容。在今天看来,配偶权利这一概念的价值仅在于它依然可以反映婚姻中的人性。从而,它可以用以区别形式婚姻和实质(有人性)婚姻关系[①]”。我国目前关于配偶权的立法极不完善,就配偶权的派生身份权而言立法上还是空白。尽管立法机关和学者认为此乃是配偶法律关系中的应有之义,因而不必用法律明文规定,然而对此不规定毕竟不如规定为好,因为法无明文规定势必会滋生无法可依的土壤。如果说以前我国婚姻家庭关系比较单一封闭,配偶权的法律保护还显得不那么迫切,那么在西风东渐、婚姻家庭关系受到西方婚姻家庭思潮冲击和影响而发生急剧裂变的今天,配偶权的法律保护已是刻不容缓的问题。当今,不管人们愿意不愿意承认,通奸已成为我国一个带有普遍性的社会问题。因第三者插足、通奸而引起的离婚纠纷占有相当大的比重,而且第三者插足问题较前几年更具有普遍性和公开性,不少人与第三者之间已处于事实状态。

配偶权作为基本身份权,不仅规定了夫妻间的权利义务,规范约束着夫妻的行为,全面反映了婚姻生活的内在本质要求,而且配偶权还保障着婚姻生活的健康发展以及婚姻生活的安全、和谐、幸福。正是由于配偶权在调整婚姻家庭生活中发挥着其他民事权利所不能替代的作用,世界上许多国家的法律都采用不同的形式分别规定了配偶权。如《法国民法典》第212条、第213条和第215条分别规定了夫妻负相互忠实、帮助、救援和共同生活义务,家庭住所应设在夫妻一致选定的处所。《日本民法典》第750条和第752条、《德国民法典》第1355条、第1353条、第1354条、第1356条和第1360条,《瑞士民法典》第1611条、

第159至161条、第169条、第170条和第192条均对配偶权的派生身份权作了明确规定。从我国目前立法状况来看，民法通则第五章第四节开创了人身权独立立法的先河，但是关于人身权的全部法律条文都是相对人格权的，对包括配偶权在内的身份权则没有规定，我国关于配偶权派生身份权的法律规定，散见于婚姻法中，这不能不说是立法上的一个严重疏漏。一项权利保护机制能否为法律所规定、认同，取决于该项权利机制能否在社会生活中发挥其调整、规范某一社会关系的作用，如果一项权利保护机制既能衡平当事人的利益，又能维护社会秩序的良好、有序运行，那么法律就应顺应这种要求，规定这种权利机制，以促使其发挥积极作用，明确规定配偶权的权利义务，离婚过错赔偿制度才能有法律上基础。因此，如何借鉴外国立法，利用法律规定配偶权的保护机制，以发挥其在社会生活中的“调节器”的作用，维护社会主义婚姻家庭关系的稳定，进而稳定社会秩序、生活秩序，乃是一个我们必然面临、无法回避的问题。

鉴于配偶权侵权急需法律调整的现状，在婚姻家庭法中规定完整的配偶权保护机制是一个较为现实和科学的选择。如果新婚姻家庭法中规定了完整的配偶权保护机制，那么就会从根本上改变现行婚姻法中只是零散规定配偶权某些派生身份权的状态，这对衡平当事人的利益和维护婚姻家庭关系的稳定、有序都是极为有利的。配偶权的性质应当明确规定为基于合法婚姻关系而在夫妻双方之间产生的由夫妻双方平等、专属享有的要求对方陪伴生活、钟爱、帮助的基本身份权利。配偶权因合法婚姻关系的成立而产生，因合法婚姻关系的解除而终止。婚姻家庭法应对配偶权的下列问题做出具体规定：

(1) 配偶权所派生的身份权的范围。应当明确规定，配偶双方基于配偶权，享有婚后姓名决定权、住所决定权、夫妻双方互负同居义务、贞操忠实义务和日常事务代理权。

(2) 配偶权是绝对权且受民法保护。应当明确规定，配偶权受国家法律的保护，任何人不得以任何方式侵犯配偶权；因过错侵害配偶权的，应当依照民法的规定承担侵权责任；配偶一方与第三人共同实施侵犯无过错配偶一方配偶权利行为的，应当承担共同侵权责任，这种侵权责任是一种连带责任。但是，考虑到配偶权侵权行为特殊性，在有的情况下无过错配偶一方可能顾念夫妻感情或基于其他原因而“宽恕”侵权配偶一方的过错，那么无过错配偶一方有权仅追究第三者的侵犯配偶权的民事责任。在这种情况下，第三者只承担自己所应承担的侵权责任，不连带承担与之通奸的配偶一方应当承担的责任。

## 二、明确规定通奸行为的过错损害赔偿

为了维护婚姻家庭的稳定和保证贞操忠实义务的履行，各国立法均规定在配偶一方与第三人通奸的情况下，无过错的配偶一方可以提起侵权诉讼，要求第三人和与之通奸之配偶赔偿其经济上和精神上的损失。

在日本，《日本民法典》第752条规定，“由于婚姻关系，夫妻有同居、互相帮助和扶助的义务。”这里的义务，一般认为是以“贞操义务”为前提的，配偶任何一方通奸，均被作为离婚的理由而予以考虑。另外，作为违反这一义务的法律制裁手段，受害配偶一方可以依照日本民法第709条的规定，要求第三人承担财产上的损害赔偿，并且可以依照民法第710条的规定，要求第三人承担非财产（精神上）的损害赔偿。日本法院的判例也肯定这种侵权行为。如大正十五年七月二十日附带民事诉讼判决认定，渡边丁女明知和田丙有妻，仍与和田丙发生情交，并与其同居，不能谓非侵害和田乙女（按为和田丙之妻）之权利，和田乙女不仅得请求相当之慰籍金，且因渡边丁女与和田丙之共同侵权行为，和田乙女不得已而离婚生之损害，该共同侵权人亦有连带赔偿之义务。1979年3月30日，日本最高法院对同类案件做出了意味深长的判决：与夫妻的一方配偶者保持肉体关系的第三者，只有在故意或过失的情况下才承担责任，对配偶者一方是否进行引诱以致形成不正当关系，或两者的关系是否由于自然的情爱而产生并无紧要。侵犯配偶者的一方作为妻子或丈夫的权利的行为不仅具有违法性，而且，受到精神上的痛苦的打击的受害配偶者，应得到安慰。本案是在丈夫有外遇与人通奸的情况下，妻子和子女向第三者女性请求损害赔偿的事件，日本最高法院第二小法庭在判决本案的同一天，对于妻子有外遇，丈夫和子女向第三者男性请求损害赔偿的事件中，也作出了同样的判决，即：妻子或丈夫（向第三者提出）损害赔偿请求，只有在第三者有故意、过失而构成不法行为的场合，才得以承认。由此可见，日本判例明确地表明肯定受害配偶者向第三者提出的损害赔偿请求<sup>〔2〕</sup>。

在德国，对于通奸侵权案件，《德国民法典》和法院判例也有所规定和反映。《德国民法典》第823条第1款规定：“因故意或过失不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利者，负有向他人赔偿因此所生损害的义务。”由于受立法当时法学思想的影响，这一条款规定了法律所保护的两类权利，即由生命权、身体权、健康权、自由权构成的具体的“人身权利”和由所有权及其他绝对权利构成的“财产权利”，而对一般人格权，在二战前，判例和学说多认为并不包括在第823条中所称的“其他权利”之内，不予承认和保护。由于二战后的情势变迁，人们日益认识到“人格权乃是构成人格不可或缺的权利”；人之尊严不仅不应该受到侵犯，相反却应当得到应有的尊重。在这种法学思潮推动下，1954年德国联邦最高法院撤销了早期的判例并根据其宪法第1条和第2条的规定，认为人身的一般权利属于民法典

第823条第1款保护的绝对权利，自此“名誉权和个人隐私权被作为绝对权利加以保护”。这一革命性变革所带来的一个显著变化就是德国民法学说上多将婚姻关系归属于人格权的保护范畴。联邦德国在审判实践中，不仅对妨害婚姻关系的第三人（通奸人）追究名誉损害赔偿赔偿责任，而且在该婚姻关系依法解除后，还可以对有过错的配偶追究名誉损害赔偿赔偿责任。

通过对大陆法系主要国家和地区的法律及判例关于通奸侵权问题规定的比较分析可以看出，大陆法各国和地区对此问题看法颇不一致，这也从一个侧面反映出通奸问题实属一个关涉道德、伦理、法律诸多领域之复杂问题。大陆法系诸国和地区对通奸侵权问题的规定，可谓是仁者见仁，智者见智，直到目前尚无定论。反观一贯以务实著称的英美法国家，英美法在侵权行为的分类制度上坚持“具体学说”。换言之，在英美侵权法中只规定有具体的侵权行为，而没有抽象的侵权行为，侵权行为没有共同适用的准则，每一侵权行为都有自己独立的构成要素。从侵权法的这一特点出发，英美法系国家专门规定了配偶权侵权之诉。在干涉婚姻关系中，首先表现为对丈夫配偶权的侵害。所谓配偶权不仅指丈夫享有妻子的服务权，而且享有对妻子的思想交流权和性交权，配偶权是指丈夫对妻子享有的服务、思想交流、性交三权的综合体，普通法的发展，导致了配偶权内容的丰富。现在，配偶权除以上三权外，又增加了夫妻间的互爱权。同时，妻子对丈夫也享有上述配偶权利，对配偶权中任何一项权利的侵犯都可以独立提起诉讼。在配偶权侵权行为中，最为普通、典型的侵权行为当属通奸行为，因此，英美法系国家均有通奸之诉的规定，例如：在英国，从前普通法中关于通奸的诉讼，是丈夫起诉同其妻子通奸的人，要求赔偿费。1857年离婚法律制度形成后，这种作法被向通奸双方（共同被告）索赔所替代。之所以发生这种变化，乃是由于观念的更新。按照普通法的传统观点，在夫妻关系中，妻子不能像丈夫一样因干涉婚姻关系而提起类似诉讼，理由是妻子没有起诉的能力。现在，普通法改变了这种观点，妻子对丈夫同样可以提起通奸之诉。另外，传统的普通法禁止配偶间的侵权诉讼，理由是“配偶一体论”，后来，许多法院承认了配偶之间的对财产权利和人身权利的侵权诉讼，今天，许多法院突破了传统普通法的理论框架和固有的传统观念，允许配偶之间就侵犯配偶权利的行为提起侵权诉讼，侵权人不仅要赔偿受害人的财产损失，如调查通奸事实所产生的费用等，而且侵权行为人还要赔偿受害人因通奸行为所造成的精神上的损害。例如：美国纽约州家庭法第172(9)条就规定通奸行为是一种侵权行为，无过错配偶一方可将通奸之第三人和与之相奸之自己配偶作为共同被告起诉。

通过对两大法系国家关于通奸侵权问题的法律规定以及法院判例的比较研究，我们不难得出下列结论：无论是大陆法系国家还是英美法系国家的法律均规定通奸行为是一种侵权行为，基于该侵权行为受害人可以提起损害赔偿诉讼。损害赔偿不仅包括财产损害赔偿，而且包括精神上损害赔偿（慰抚金）。

我国法律缺乏对第三者插足，通奸破坏他人婚姻家庭关系的法律规定，导致了我国法律对第三者与配偶一方通奸破坏他人家庭的行为的处罚十分不力。因此，通过立法保护正常、和谐的婚姻家庭关系不受非法干涉，正是我国婚姻法所应承担的任务。

### 三、明确规定建立别居制度

《婚姻法》第43、45条规定：“实施家庭暴力或虐待家庭成员，受害人有权提出请求，居民委员会、村民委员会以及所在单位应当予以劝阻、调解。对正在实施的家庭暴力，受害人有权提出请求，居民委员会、村民委员会应当予以劝阻；公安机关应当予以制止。家庭暴力或虐待家庭成员，受害人提出请求的，公安机关应当依照治安管理处罚的法律规定予以行政处罚。”“以遗弃家庭成员，受害人有权提出请求，居民委员会、村民委员会以及所在单位应当予以劝阻、调解。”

家庭暴力的产生是由双方相互抗衡的结果。美国婚姻专家詹姆斯·多布森指出：“一个女人采取招惹丈夫去殴打她的办法来折磨一个男子。这是一个有力的武器。且他失去了控制，并鞭打他的受害者，那她逢人便说他无法抵赖的残忍。”笔者深深感到，因法律未赋予法院解除夫妻同居义务的权力，对离婚诉讼中的男方对女方施暴，法官常常束手无策；因婚姻未解除，“没离婚前老婆还是我的”，那怕女方已实际离家外出居住（如回娘家、住亲戚处），男性都有资格去殴打女方。这种情况还很严重，同时也很普遍。尽管国家采取公安机关干涉，但生活是当事人的，谁无法跟在他们身后看管着。这种方式治本不治根。不可否认公安机关、村委会、居委会及单位对正在施暴制止、调解所起的作用，但有时结果亦会相反，犹如燃烧中的火倒入油。对正在实施的家庭暴力或其他虐待家庭成员，可以请求公安机关依照治安管理处罚条例予以行政处罚，但治安处罚最严厉的是拘留15天，这能制止一次暴力（暂时解决问题），但15天之后，该怎么办呢？这是问题的根本亦是关键。“授人予鱼还不如授人予渔”，“把该撒的物还给该撒”。国家婚姻立法该赋予当事人在婚姻中保护自己生命的权利。《婚姻法》除了总则第3条规定禁止家庭暴力或以其他行为虐待家庭成员，接下来就是在法律责任中第43、第44条、第45条规定实施暴力者的处罚。很显然，缺乏受害者在与实施者共同生活中，预见施暴者将要采用暴力或受害者已吃过苦头有经验，如何预防受害者免受侵犯且有法保护，目前是空白。

西方国家对家庭成员施暴者，严重的，除了对施暴者处罚外，国家对受害者有条件地进行保护，即免费提供住宿。夫妻主要内容是同居，当一方施暴危及另一方生命时，显然尽夫妻同居义务已存在危险。如何解除夫妻同居义务是正确保护受害者关键。笔者认为，婚姻立法中应增加别居制度规定，才能真正保护受害者。如美国《纽约州家庭法》第200条规定了别居诉讼情形，被告对原告的虐待与非人待遇危及原告身体和精神的健全，对原告来说，与被告同居是不安全和不道德的。由此，别居制度是依法院判决或双方协议而免除夫妻的同居义务。别居不同一般分居，它有着法律的效力。在别居期间仅结束同居义务，婚姻关系未因此解除。在别居时，男方无权要求女方同居。而别居立法意义就弥补这一空白。同时，别居的立法还有着破镜重圆之寓意，别居不仅可以保护妇女免遭侵犯，而且可以缓冲夫妻之间的矛盾和冲突。夫妻分居而不结束婚姻关系，留有破镜重圆之余地。别居制度确立是给处在危难中的夫妻，在对方还深藏内心小小爱的火花还未熄灭，如何提供足够的空间使空气畅通、期待它燃烧成一朵小小的火焰，别居就是给将熄灭的爱的火花提供所需的氧气和空间。因而，别居与离婚制度并行不悖，且有相互调剂之果效。笔者办案中遇到夫妻矛盾一时无法解决而离婚。但离婚后，随时间、空间的分离又和好，但不愿重新登记，造成社会上非法同居现象的增多。如果婚姻法设立别居制度，有些人认为使离婚率上升，被一方尤其是男方作为离婚的一种手段，这种忧虑亦不能排除。但宇宙间最高法则是生命法则，离开生命谈权利义务是毫无意义。另外，别居制度的本身并不会制造矛盾，且国家亦认可夫妻自愿分居。世界许多国家婚姻家庭法都规定别居制度且它的存在有相当长的历史，所以说，设立婚姻别居制度利大于弊。

#### 四、制定专门的反家庭暴力法

制定专门的家庭暴力法。针对家庭暴力的长期性、复杂性与严重性，许多国家和地区制定了专门的家庭暴力法。1995年12月新西兰国会通过了《家庭暴力法案》，全面调整家庭暴力问题；英国也于1994年出台了家庭暴力法；新加坡对此也有专项立法；在我国台湾地区，1998年也通过了家庭暴力防治法，从刑事、民事、家事和防治服务多种角度，治理家庭暴力问题。由于我国家庭暴力有关的现行法规，均散见于各类法典，法条中并有许多的漏洞与缺失，并未提供根本防治及解决家庭暴力问题之途径，极不利于司法操作及社会实践。因此我国在今后的立法规划中，也应将反家庭暴力法的制定纳入其中，以便在全国范围内制止和惩治家庭暴力的行动有专项法律可依，且能在全国内起到统一的威慑作用。

这里还需简单述说一下《婚姻法》语言表述情形。世界上多数国家在婚姻家庭法语言表述大多立着在当事人、法官的立场。有的直接使用原告、被告表述，如澳大利亚、德国、意大利等等。在英美法系中，法官的思想和逻辑推理产生的判决书甚至成了法律。从我国婚姻法言语来看，不完整、不具体的表述比比皆是，有时任由法官去猜测，法官有时亦会百思亦不得其解，只好去意会。在司法操作中，因表述不完整，法官只能心理明白，但当事人未必服气，未必与法官理解一致，造成司法困难和累诉及资源的浪费。

婚姻是人的心灵工程，它比整治生存外部环境还来的重要。重婚、包二奶、婚外情、家庭暴力、虐待、遗弃除靠法律、道德予以制裁外，亦还需应用心理学、社会学加以矫正，国家应当早日建立具有专业性婚姻咨询或婚姻精神治疗中心等等。同时，要在提高广大妇女基本素质的基础上，提倡象美国詹姆斯·多布森婚姻专家所提出的“爱要坚强、爱必须坚强”且要以善胜恶、彼此饶恕，只有宽宥才能寻找到家庭的稳定与内心的平和。另外，还必需在婚姻法中设立行之有效保护广大妇女生命的别居制度和因婚姻破裂造成一方原有生活水平下降、另一方需给予补偿的制度。现有《婚姻法》与现有的法律规定相比，没有新的突破，其原因是新增设的条文在司法操作中所能调整范围和层面约20%或30%或更低。因而《婚姻法》看似解决婚姻的冲突且保护广大妇女利益，实际上更多的是安慰了立法者。作为基层法官，面对当事人各式各样的悲伤与痛苦而无法可依、无法可保护妇女与弱者，就像医生面对无药可治的病人在痛苦中挣扎一样，亦会或多、或少、或隐、或现地感觉到一种痛。

---

[①] 罗丽著：《日本关于第三者插足引起家庭破裂的损害赔偿的理论与实践》，《法学评论》1997年第3期。

[②] 威廉杰欧著：《美国婚姻与婚姻法》，重庆出版社，1986年，73页。

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)