

祭奠纠纷的类案研究

孙维飞*

目次

- 一、导言
- 二、祭奠利益
- 三、裁判的法教义学分析
 - (一) 类案中的价值判断
 - (二) 裁判的法教义学分析
- 四、结语

关键词 祭奠利益 类案研究

一、导言

设若历史与传统是当下的民法学研究所不能忽视的,那么,1986年《民法通则》制定以来中国民法实践和学术发展的这一段历史和传统则尤为值得重视,因为,这一段历史和传统体现的是现行实证法的发展历程;设若对于当下的民法学研究来说,除了应关注作为实证法的成文法条文之外,尚须将目光投向经由实践而形成的“活法”,那么,1986年《民法通则》制定以来的司法案例应当是目光转向的一个重要领域,因为这些司法案例体现的正是法律对现实生活所作的活生生的应答——所谓法律对社会关系的“调整”;设若司法过程不仅仅是一个单纯的或单向的将既有不变的实证法应用到社会生活中的过程,它还蕴涵着法律在应用于社会生活过程中丰富自身、发展自身的意味,那么,经由司法案例(而不仅是成文法条文)探寻法律的发展不失为一条值得通行的法学研究的道路。对于民法——尤其是侵权法领域来说,由司法过程所体现的权利生成机制正是本文意欲通行的路径。

* 华东政法大学法律学院讲师、法学博士。本文系上海市教委第五期重点学科·民法与知识产权(项目号J51104)的阶段性研究成果。

司法过程所具有的权利生成的功能,诉讼法学者已有论述。^{〔1〕} 本文从实体法角度着意的并非该权利生成的具体过程和诉讼法上的运作机理,^{〔2〕}而是司法案例中所体现的实践中实体法律关系的面貌,并利用法教义学的概念工具进行观察和描述,以达致体系化的结果。关于如何借助法教义学上的概念工具对司法案例进行观察和描述以达致体系化的结果,此处不妨试举一例加以说明,由此亦可阐明本文所用之方法。以2001年南京发生的所谓“全国首例‘性’权利”案为例,原告的丈夫因被告方的过失致使生殖器官受损,原告起诉要求精神损害赔偿,理由是原告的健康权受到了侵害,因为“其性生理需求得不到满足,根本无法达到健康的标准”,原告请求得到了法院的支持。^{〔3〕} 似乎没有疑问的是,夫妻结婚后应有权要求和对方“过夫妻生活”以获得性愉悦,但即使如此,这也只是夫妻间的内部关系。当夫妻间的此种内部关系因外部干扰(此案中干扰是指被告致使丈夫的生殖器官受伤)而不能圆满实现时,身体并未受到伤害的一方(此案中的原告)是否可以要求精神损害赔偿成为问题。^{〔4〕} 此案法官给出了肯定的回答,并将其理由建立在原告健康权受到侵犯的基础上。^{〔5〕} 法官的裁决涉及价值判断和体系考量两个方面,价值判断体现为赞成对夫妻性生活的圆满实现予以保护,体系考量体现为将此种保护放在健康权保护的框架中。法教义学的研究者观察此案时,可以不对此案的价值判断发表意见,保持其作为描述者的立场,但不妨在体系考量的层面予以分析检讨,否则,研究者对案例的研究就只剩下记录而已,殊无其作为研究的价值。从体系考量的角度看,本文认为,本案将对夫妻性生活的圆满实现的保护放置在健康权保护的框架中有所不妥。最大的不妥之处在于使得作为既有体系中的一个概念——健康权——的内涵不恰当地扩大,从而冲击了既有的体系。^{〔6〕} 夫妻不能有正常的性生活,因而可能会压抑、苦闷,但从健康权的角度看,苦闷并非就是不健康,否则,《民法通则》第98条的保护范围就过宽了,以致所有造成他人苦闷的行为,若无正当理由,就都具有违法性了。^{〔7〕}

针对既定历史素材进行体系化整理实为由萨维尼所开创的历史法学派的重要研究方法,^{〔8〕}本

〔1〕 参见杨秀清:《论司法过程的权利生成功能——以民事权利救济为视角的分析》,载《法律适用》2007年第11期。

〔2〕 对于权利生成在诉讼法上的运作机理,首先即牵涉“诉的利益”的概念,参见[日]谷口安平:《权利概念的生成与诉的利益》,载[日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第149~166页。

〔3〕 参见刘万福:《论“性”健康与民法保护——全国首例“性”权利胜诉案的思考》,载《中国性科学》2005年5月,第14卷第5期,第34~39页。

〔4〕 对于身体受到伤害的一方(此案中原告的丈夫)来说,因身体权受伤害而要求精神损害赔偿(涵盖了对不能从事夫妻性行为而带来的精神痛苦的赔偿)不成为问题。

〔5〕 以健康权受侵害为理由认可对身体未受伤害的夫妻一方因不能和身体受伤害的配偶发生性行为而遭受的精神损害予以赔偿,此类案件还可参见“李刚律师代理全国首例医疗侵害性权利案”,<http://fl168.com/Lawyer9465/View/227890/>,2011年12月18日访问。

〔6〕 法教义学研究中通过既有体系中的概念来掌握规则或契约的规整模式,是为“法律上的构想”。若视个案非只具裁断纠纷的功能,尚有确认或确立规则的意义,那么,通过既有体系中的概念来掌握个案裁判中所透显的规则,也不失为某种类类似于“法律上的构想”的方法,并体现了法教义学特有的体系化特点。关于“法律上的构想”,参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第320页。

〔7〕 关于此案更详细的评析,参见胡涛立:《第三人间接侵害夫妻性生活权利的法理评析》,载《法学》2003年第4期。

〔8〕 关于萨维尼的历史法学派的思想,参见[德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点(下)》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第372~385页;朱虎:《萨维尼的〈论占有〉及其贡献——法学、立法及方法》,载《比较法研究》2006年第6期,第100~105页。

文试图借鉴此种方法以研究 1986 年《民法通则》制定以来的有关祭奠纠纷的司法实践。选取的历史素材为北大法意网上的相关司法案例,体系化整理的方法体现为:以一类而不是个别案例为基础,尊重司法实务的价值判断,对裁判中所显示的体系考量进行分析检讨,尽力使其在既有的民法教义学的体系内获得融贯的解释。本文以北大法意网中的中国裁判文书库为检索来源,^[9]以其“民经”案例类型为选定范围,以名称或全文中出现“祭奠权”、“追悼权”、“悼念权”或“祭祀权”语词为检索标准,不限定案例出现年月,进行案例快速检索,共检索到 19 个与祭奠纠纷相关的案例,并将这些案例分别编号为案例 1-19 加以引用。^[10]下文将以此 19 个案例为基础进行阐述。首先以“祭奠利益”概念为中心试图阐明祭奠在生活中的意义;其次,分析上述 19 个案例所体现的祭奠纠纷在法教义学上的问题及解决;前一层次关于“祭奠利益”的阐述对于本文来说虽然着墨不多,但却具有奠基性的意义,因为如果对生活中“祭奠利益”的分析有误,法教义学的概念工具越精确,可能越会走向南辕北辙的结果。另外,文章在结语部分对本文的局限性将稍作说明。

二、祭奠利益

中国人看重对逝去亲人的祭奠似乎是个不争的事实。这种看重要求对逝去亲人(尤其是尊亲属)不仅要追思或虔敬,还要有追思或虔敬的仪式。随着社会的变化,追思或虔敬的仪式也可能随之而变化,但是情感需要寄托在一定的仪式上,这一点却似乎并无多大变化。而且,对于对逝去亲人的情感何以一定要寄托在仪式或某种特定的仪式上的问题,似乎无法予以理性的回答。或许,中国人就此或此类“当为”的观念原本就不太在意理性的证成。^[11]情感难以查知,但仪式却显而易见。仪式原应寄托情感,当某些“异化”情形出现时,某些仪式虽然还不妨归入情感化仪式的范畴,但其中,情感是否真实存在或许甚为可疑。不过,恰在此可能的“异化”情形,中国人对仪式的看重就更能体现,^[12]因为此“异化”情形说明,不论有无真实的情感,原应寄托情感的仪式对逝去

[9] 北京大学法务实证研究所开办, <http://www.lawyee.org/>, 2011 年 12 月 18 日访问。

[10] 以下分别为案例 1-19 在北大法意网中国裁判文书库中出现时的名称:1, 史广清与史广文;2, 郭某康与郭某英;3, 韩文革与张恩惠、高小柳、朱清钰;4, 曹金斗、曹当子与张留帅、张留峰;5, 朱某某、唐某与王甲;6, 崔妍与崔淑芳;7, 于云鹏与于海滨、于海涛、于海艇、于海军;8, 陈乙、李某与陈丙、陈丁、陈戊;9, 陆某、林某某与陆某某;10, 李忠轩、谭宗焕与王奇;11, 黄焕文、巫永秀与黄康元、黄林源、黄河元、黄湖元、黄启胜;12, 高英、高岑、高煦、高玄、高小凤等与朱欣;13, 姚某、姚某某、姚*与姚**;14, 王留立与平顶山市第二人民医院;15, 侯林喜、乔付枝与王德臣;16, 高某某与重庆某学院;17, 郑起元与常堆金、常凤英、常云朝、常志军、常银凤、刘俊花、常满仓、常竹英、邢保元、常合朝、常改金、常增朝;18, 罗国平、吴鹏仙与上海第二医科大学附属新华医院、顾学范;19, 鲍金花、杨信开、杨琴与香港森杨益精密铸造有限公司、东莞市塘厦镇沙湖三强金属制造厂、鲁福标。在本文后文中引述案例内容时,不再注明案例名称,仅注明案例号。

[11] 牟宗三先生在其书中曾对胡适先生有过一段批评的话,可资参考:“有些事情可以拿出证据,有些事情与证据无关,你到哪里去拿证据?譬如,依中国人的老观念,父母去世时不能戴金框眼镜,也不能穿绸缎,只能穿麻布。但是胡适之说:我为什么不能戴金框眼镜呢?我可以戴银框眼镜,当然也可以戴金框眼镜。金框和银框都是金属,有什么分别呢?绸缎和麻布又有什么分别呢?这样一来,就把孝道否定了。孝道要到哪里找证据呢?”牟宗三:《中国哲学十九讲》,世纪出版集团、上海古籍出版社,2005 年版,第 347 页。“‘五四’时期主张非孝的人如胡适、鲁迅在行为上却是信守孝道的”(王元化:《九十年代反思录》,上海古籍出版社 2000 年版,第 139 页),此类“当为”观念的“不可理喻”性或许也能就此现象给出些许的说明?

[12] 中国当下存在的哭丧专业户现象和脱衣舞葬礼的新闻或许正是此种“异化”情形的体现。关于哭丧专业户的现象,参见鲍元:《哭灵市场的是是非非》,载《中国社会导刊》,1999 年第 7 期;关于脱衣舞葬礼的新闻,参见 <http://news.sina.com.cn/o/2007-10-25/144512785487s.shtml>, 2011 年 12 月 18 日访问。

亲人的近亲属的自我评价和社会评价依然是重要的。^[13]

在上述对祭奠与仪式关系分析的基础上,本文提出“祭奠利益”的概念并将其界定为:死者近亲属所享有的和表达对逝去亲人的思念和敬-爱情感的仪式相关的精神利益。在生活中,并非死者近亲属的人也可能有类似的精神利益,但对其由法律加以保护的可能性不大,因此,本文将此种情况排除在考虑之外。另外,若死者名誉受损,死者的近亲属对死者的敬-爱感情也可能会因此而受伤,但所谓仪式,应当以有形的活动或人、物为载体,而对无形的死者名誉的侵害通常并不是对与仪式相关的精神利益的侵害,因此死者近亲属在维护死者名誉上所享有的精神利益也不在本文祭奠利益概念所意指的范围。关于祭奠利益,本文最想强调的是:虽然祭奠仪式是与情感相关的仪式,但不可混淆仪式与情感。仪式体现的是客观的精神利益,而情感是主观的感受,在下文探讨祭奠利益受侵害时,无须涉及受害人的主观感受或有无精神痛苦,而在下文探讨因祭奠利益受侵害而要求精神损害赔偿时,则须涉及受害人的主观感受或有无精神痛苦。

和此种仪式相关的内容不妨分为三类:第一类,表明思念和敬-爱情感的活动,比如瞻仰遗容,参加悼念。本文案例涉及的与此相关的祭奠纠纷中的行为,如死者近亲属之一未通知其他近亲属参加落葬活动(案例2);第二类,表明思念和敬-爱情感的相关物。比如坟墓、刻有死者近亲属姓名的墓碑。本文案例涉及的与此相关的祭奠纠纷中的行为,如死者近亲属之一未刻其他近亲属的姓名于墓碑之上(案例5);第三类,引起或者寄托思念和敬-爱情感的相关物,又分为两小类。第一小类,遗体、遗骨、骨灰,本文案例涉及的与此相关的祭奠纠纷中的行为,如毁坏、污损尸体、骨灰保管人将骨灰丢失(案例18、19)等。第二小类,寄托哀思的死者照片、遗物等。本文搜集的案例中并没有涉及因破坏、丢弃死者照片、遗物而引发纠纷的情况。前述分类只是从生活角度对祭奠纠纷的分类,只是为了更细化地介绍祭奠纠纷的情况。目前已有的对祭奠纠纷从法律上进行的类型化研究都建立在类似的案例分类基础上,实际上是选取生活标准来确定法律关系上的类型,在本文看来,其是否够得上真正的类型化研究尚值商榷。^[14] 本文并不试图对祭奠纠纷做法律上的类型化研究。题目所示“类案研究”只是说明本文并非个案研究,而是一类案件的研究,与类型化问题并无关联。

三、裁判的法教义学分析

(一) 类案中的价值判断

所谓法教义学是在“假定现行法秩序大体看来是合理的”前提下,以现行实证法的解释适用为

[13] 当祭奠的仪式事关社会评价时,它是否和从事祭奠者的真实情感相联系就不再那么重要。这或许正是“异化”情形得以发生的原因。关于祭奠仪式和社会评价的关系的一个个案考察,请参见杨帆:《“慎终追远”的背后:鲁西南“过三年”丧葬仪式的文化解读》,载《文化遗产》2011年第4期,第129页。

[14] 此种“类型化”往往只是告诉我们实践中有哪些不一样或别样的祭奠纠纷的情况而已,并非意在揭示不同祭奠纠纷在法律关系的构成要件或法律后果上有怎样的差别。此种“类型化研究”,参见孔祥东:《祭奠权的民法保护》,山东大学2007年硕士学位论文,来源于中国知网(<http://www.cnki.net/>),2011年12月18日访问;康晗:《祭奠权民事纠纷的类型化研究——以对司法实务案例分析为中心》,华东政法大学2011年硕士学位论文,来源于中国知网(<http://www.cnki.net/>),2011年12月18日访问。另需说明的是,上述论文并非只包含这样的“类型化研究”,本文也并非完全否定此种“类型化研究”的价值,至少它可以使我们对祭奠纠纷的生活事实有更清晰的认识。

目标的规范法学。^[15] 司法裁判——至少本文搜集的非最高人民法院的司法裁判——本身在中国并不具有现行实证法法源的地位,但司法裁判是对现行实证法的解释适用,实际上也是一种法教义学。(进行法教义学研究的)学界与实务的互动可以是学界对司法裁判中所体现的法教义学进行分析检讨,在尊重其价值判断——在本文看来,更多属于学界无权插嘴而插嘴过多的领域——的前提下,试图使其价值判断建立在与既有法教义学体系相融贯的基础上。^[16] 但是,尊重个案裁判中的价值判断更多的是尊重(涵盖着自由裁量成分的)司法权的行使,而尊重形成整体的裁判中的价值判断则还有透过裁判了解社会和历史的作用。由此可以说,个案裁判中的价值判断应当尊重,而一类案件的全体裁判中所体现的近乎统一的价值观念则更值得尊重。这正是本文作类案研究的原因所在,虽然因其依赖北大法意网的案例收集而和以一类案件的全体裁判做研究之基础的理想状况相差甚远。

本文探求个案价值判断的方法是将裁判理由所涉及的(法院所认定的)事实和(是否支持原告诉请的)决定联结起来,而将其理由排除在外,对裁判作出描述。在对一类案件中的全体个案的价值判断作出观察和描述后,下一步再结合裁判理由做体系化的分析。这里,先完成第一步的工作,将本文涉及的 19 个案件描述如下表:^[17]

编号	事实	决定
1	被告未通知原告,私自落葬死者(原被告的父亲)。原告于死者生前患病后除两次探望外,未对死者尽其他的赡养义务	驳回原告要求赔礼道歉和精神损害赔偿的诉请
2	被告落葬死者时未通知原告。原告在明知落葬的时间、地点的情况下,在 2003 年 9 月至 2004 年 4 月间,对具体的落葬事宜怠于和被告商量	驳回原告要求赔礼道歉和精神损害赔偿的诉请
3	被告没有通过适当途径去向原告报丧	支持原告要求精神损害赔偿的诉请
4	被告与原告并无亲戚关系,在未征得原告同意的情况下,将其父葬于原告祖坟地范围内且位于其平面正上方	支持原告精神损害赔偿和要求被告将其父从原告祖坟地迁出的诉请
5	被告为死者的弟弟,受死者母亲的委托将死者骨灰从殡仪馆内领出,寄存在某古园内的某室某号位中,并在该古园内购买了一处墓穴。此过程未与作为死者配偶以及有抚养关系继子女的原被告及时沟通。另外,死者墓碑上未刻上原被告的姓名。原告要求返还死者骨灰,并在墓碑上加刻原被告的姓名	原被告应共同将死者骨灰下葬,并共负费用在墓碑上加刻原被告的姓名
6	原告系死者的孙女、被告的侄女,在死者生前缺少对其探望和关心。原告因被告未通知而未能参加对死者的遗体告别仪式	驳回原告要求精神损害赔偿的诉请
7	原被告系同父异母兄妹,被告将自己的生父母合葬,但是墓碑上没有原告生母的名字。原告要求被告在墓碑上添加生母名字并赔偿精神损失。原告没有提供精神损害的相关证据	支持原告增刻其生母姓名的请求,驳回要求赔礼道歉和精神损害赔偿的请求
8	被告未于死者墓碑上刻上原告方姓名,原告请求增刻	支持原告增刻姓名的诉请

[15] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 76~77 页。

[16] 但这并不表明学界完全无权对司法裁判的价值判断作出评判,当认为司法裁判的价值判断逾越法教义学对现行法秩序的解释而形成的体系时,学界自当担负批评之责。不过,这时批评的核心依然是体系考量。另外,非以法教义学研究为己任的学界对司法裁判的价值判断的评判当有更大的空间。

[17] 下文对裁判事实的描述中的原告和被告,除特别说明外,都是所涉及的死者的近亲属;下文对裁判结论的描述中的原告诉请,除特别说明外,都是指请求赔偿精神损害。另外,若有更改一审判决的二审,以二审裁判为描述对象。

(续表)

编号	事实	决定
9	被告在死者墓穴盖上未刻上原告姓名,仅刻有“子陆某某携全家跪立”字样。墓碑上尚未刻字	驳回原告要求增刻姓名于墓穴盖上的诉请
10	被告与两原告之女系夫妻关系。被告之妻因病于2001年去世并被火化,其骨灰由被告保管,两原告曾多次询问骨灰安葬何处,但被告未告知。2005年底,原告要求被告告知死者骨灰的去向并赔偿其因不能祭祀女儿而造成的精神损害。被告抗辩认为,原告的诉请已超过2年诉讼时效	原告诉请并未超过2年诉讼时效,应予支持
11	被告与原告并无亲戚关系,被告破坏原告父亲的坟地,并将原告父亲的骨灰盒用锄头勾出和转移	支持原告要求赔礼道歉和精神损害赔偿的请求,被告并应赔偿坟墓被损坏所造成的经济损失
12	死者生前立有遗嘱,决定其全部遗产和身后事由其妻子全权处理。死者死后,其妻子在死亡前也立下遗嘱,决定其遗产全部由是其晚辈亲属的被告继承。死者妻子死亡后,死者的骨灰由被告保管,存放于死者生前居住的房屋内。原告为死者的直系血亲,主张共同保管死者的骨灰。被告以上述两份遗嘱合法有效为理由拒绝原告的主张	支持原告的诉请
13	2001年,原、被告的父母生前共同选择了某墓园中的某双穴墓地用于过世后骨灰的合葬,并由被告认购了该双穴墓地。2007年,原、被告的母亲去世后,被告未经原告同意,以母亲生前信仰基督教为由,将母亲的骨灰盒另行购买墓地安葬。2008年,原、被告的父亲去世后,三原告将父亲骨灰安葬于前述双穴墓地中。2010年,原告诉请被告将双方母亲的骨灰移葬于前述双穴墓地中,以实现父母生前合葬的愿望,并要求被告赔礼道歉和精神损害赔偿。被告抗辩认为原告主张已过诉讼时效	支持原告要求将父母骨灰合葬的请求,并支持原告精神损害赔偿的请求,但驳回其要求赔礼道歉的请求
14	原告之子在被抢救无效死亡后,被告某人民医院以追要抢救费用为由,扣押尸体长达6年之久	支持原告要求返还其子尸体和精神损害赔偿的诉请
15	原告之子于一起交通事故死亡后,又因被告驾驶员的过失驾驶行为遭受碾压	支持原告精神损害赔偿的诉请
16	被告某高校的教师跳楼自杀身亡,被告在未通知死者父母的情况下,将死者遗体火化	一审驳回了原告精神损害赔偿的诉请,二审支持对原告酌情给予精神损害抚慰金
17	原告妻子溺水死亡后,其妻子的一些娘家人(被告)在原告不知情的情况下将尸体火化。后来,其娘家人将原告妻子的骨灰与其亡兄合葬。原告要求返还骨灰,并赔偿精神损害	驳回原告返还骨灰的诉请,但支持精神损害赔偿的诉请
18	被告某医院未经原告同意,将原告女儿尸体上的部分内脏器官切除	支持原告对赔礼道歉和精神损害赔偿的诉请
19	原告近亲属于一起交通事故死亡后,又因被告驾驶员的过失驾驶行为遭受碾压。原告要求精神损害赔偿	支持原告精神损害赔偿的诉请

(二) 裁判的法教义学分析

对上述裁判的法教义学分析分两个步骤,首先,本文对上述表格中所描述的事实和决定,给出本文所认为恰当的理由以形成恰当的体系,并在此过程中对裁判所给出的理由进行分析检讨;其次,探查本文所得的分析结论与现行实证法的关联,以使本文的分析不至于偏离法教义学分析的范畴。

1. 涉及祭奠利益的侵害与损害

法律保护某种合法利益(通常为权利)就意味着设置了某种不容逾越的界限,未经同意逾越此界限即意味着对他人合法利益的侵犯,构成本文所谓之侵害。而损害则是指由此界限逾越给权利

人带来的不利后果。比如非法拘禁他人中,所谓侵害是指干涉他人对自己身体自由的决定,其所造成的损害后果则可能包括财产上的,如误工的经济损失,或精神上的,即精神痛苦。区别侵害和损害的法律意义在于:侵害涉及的是不同民事主体之间合法利益的客观的界限划分,不论当事人主观上是否有过错,逾越此客观的界限,则构成不法行为,应予去除;损害涉及的则是在客观的界限划分被打破后,是否以及如何追究当事人对其所造成的损害结果应承担的责任。而一般情况下,追究当事人的损害赔偿 responsibility 应以其有过错和产生了实际的损害结果为前提。

涉及祭奠利益的侵害是指死者近亲属与祭奠仪式相关的精神利益受到侵害,涉及祭奠利益的损害结果则是指因上述侵害而给死者近亲属带来的精神痛苦。

首先,若行为人(不论其有无过错)侵害死者近亲属的祭奠利益,则行为人须承担去除其侵害行为所造成之不法状态的责任。若侵害祭奠利益造成的不法状态是在墓碑上漏刻姓名,则去除该不法状态是指采取增刻姓名等措施(案例 5、7 和 8);若侵害祭奠利益造成的不法状态是非法占有尸体,则去除该不法状态是指返还尸体(案例 14);若侵害祭奠利益造成的不法状态是侵占坟地,则去除该不法状态是指从坟地中迁出侵占的尸体等(案例 4)。

祭奠利益虽然涉及有形的墓碑、尸体和坟地等,但其本身是一种无形的精神利益。由此,对祭奠利益的侵害不同于对物权的侵害。以案例 14 为例,若将尸体作为物,而死者近亲属的权利是针对尸体的权利,那么,如果一国法律为返还原物请求权设置诉讼时效制度,则返还尸体请求权即须适用诉讼时效制度,显有不妥;而在祭奠利益受侵害的视角下,返还尸体只是祭奠利益受侵害时排除妨碍的一种手段,即使返还原物请求权须适用诉讼时效制度,祭奠利益受侵害而要求排除妨碍亦无须适用诉讼时效制度,因为祭奠利益受侵害的状态一直持续存在着。由此,仍可以在返还原物请求权超过诉讼时效的情况下,以祭奠利益受侵害为由,要求返还尸体。^[18]再以案例 5、7 和 8 为例,即使墓碑由被告方购置,为其所有,被告方也不得以行使所有权为由为墓碑上漏刻原告方姓名辩护。^[19]祭奠利益究竟和哪些物有怎样的关联,对这些问题的回答离不开风俗习惯。在案例 9 中,由于风俗习惯并不看重墓穴盖——与墓碑相比——上是否有表明理当尽孝或追思的死者近亲属的姓名,因此,墓穴盖上未刻作为死者近亲属的原告的姓名并不构成对原告祭奠利益的侵犯。

因祭奠利益受侵害而请求排除妨害,须以妨害之除去尚有可能为前提,若除去妨害为不可能,则受侵害人只能要求精神损害赔偿,而无请求排除妨害之权利。例如,案例 1、2、3 和 6,都涉及被告在为死者举行遗体告别仪式或落葬死者时未通知原告的情况。即使“未通知”的行为(不作为)构成对原告祭奠利益的侵害,^[20]但由于遗体告别或落葬仪式已经举行完毕,并未留有可加以排除之妨害状态的存在,因此,原告只能请求因未能参加遗体告别或落葬仪式的精神损害赔偿或赔礼道歉。这一点类似于在所有权妨害除去请求权中对妨害状态须继续存在之要求,即妨害状态“短暂即逝者,虽或可构成侵权行为损害赔偿之原因,但究非此之所有权妨害”。^[21]

另值得注意的是案例 17。此案中,作为死者娘家人的被告方未经原告同意将原告妻子火化并将其骨灰与其亡兄合葬。法院判决驳回了原告要求返还骨灰的请求,但支持了原告精神损害赔偿

[18] 此时,请求的类型是排除妨害,而不是返还原物,即使具体的请求是请求返还尸体。

[19] 案例中亦未见被告有此类辩解。另外,从案例 7 可以看出,侵犯祭奠利益并不仅仅指漏刻死者近亲属的姓名,漏刻合葬的死者姓名亦包含在内。

[20] 案例 2 中可认为“未通知”不构成对原告祭奠利益的侵害,因为原告在明知落葬时间和地点的情况下,若未能参加落葬仪式,就其祭奠利益上发生的此种不利后果,应认为和被告的“未通知”之间没有因果关系。

[21] 谢在全:《民法物权论(上册)》修订 5 版,中国政法大学出版社 2011 年版,第 121 页。

的请求。被告的行为可分两个层面看待,第一个层面是未经原告同意火化死者妻子并举行了落葬仪式,第二个层面是未经原告同意占有原告妻子的骨灰并作出了处置。就第一个层面来说,被告行为剥夺了原告参与祭奠活动的精神利益,构成侵害,应属无疑。就第二个层面来说,被告擅自处置骨灰是否构成侵害原告祭奠利益的行为呢?法院裁判认为:被告的行为“侵犯了原告对其妻骨灰的埋葬、祭祀、管理的权利”。但是法院并未支持原告要求返还骨灰重新埋葬的请求,因为其认为“鉴于原告妻子(原文为死者的姓名,此处用其身份描述代替)的骨灰已与他人合葬,如若返还原告,有悖公序良俗,故本院对原告返还骨灰的请求不予支持。”虽然返还骨灰以排除对原告祭奠利益的妨害事实上是可能的,但从“入土为安”等风俗的考虑,法院仍然可以拒绝妨害除去之请求。

尚须考虑的问题是:在决定被告处置骨灰或落葬死者等行为是否构成对原告祭奠利益的侵害时,是否或如何考量死者生前的意愿?案例12和13涉及此问题。在案例12中,法院认为“骨灰是人死亡后其亲人祭奠情思的有形物质,是具有人格象征意义的特定纪念品,但其并非继承法意义上的遗产,不可继承。”由此法院认为,即使某人按死者遗嘱有权继承其全部遗产,也不意味着死者的骨灰归其所有,因而也就不意味着其有权单独决定如何处置骨灰。在案例13中,由于原被告父母生前有合葬的愿望,法院支持了原告将其母亲的骨灰与父亲合葬的请求。这意味着被告将母亲单独埋葬的做法构成对原告祭奠利益的侵害,并形成祭奠利益受妨害之状态,原告可请求排除妨害。从案例12和13的处理可知:一、遗嘱涉及的是生前财产的处分,尸体和骨灰不包括在内;二、父母生前合葬的遗愿应予满足,并可作为决定死者近亲属的祭奠利益是否受到侵害的一个判断标准。

其次,在排除对祭奠利益的妨害之外,对祭奠利益的保护还包括精神损害赔偿和赔礼道歉制度。在案例3中,法院认为被告没有通知作为死者儿子的原告去参加父亲的遗体告别仪式,“主观上具有过错,其行为给原告的精神上造成伤害,应赔偿一定的精神抚慰金”。就此而言,精神损害赔偿(或称精神抚慰金)的前提条件是:被告具有过错和原告精神上受伤害。在案例7中,墓碑上漏刻作为原告生母的死者的姓名构成对原告祭奠利益的侵害,原告要求增刻姓名,应予支持;但法院同时认为,由于原告不能提供其精神损害的证据,因此判决驳回其要求赔礼道歉和精神损害赔偿的请求。^[22]虽然该案中原告应提供怎样的证据来证明自己的精神损害不无疑问,但该案判决实际上区分了涉及祭奠利益的侵害和损害,应无疑问。将这种分析方法转用于分析案例1和6,可以更好地组织裁判理由,从案例整理者的角度出发可以使不同案例的裁判之间达到更协调一致的结果。在案例1和案例6中,考虑到原告在死者生前对其尽孝道上有亏——未尽赡养义务(案例1)或未有适当的探望和关心(案例6),不妨由此行使法官的自由裁量权,认定原告欠缺精神损害或精神损害极轻微,并以此为由拒绝其赔礼道歉和精神损害赔偿的请求,即使其祭奠利益因未受通知并未能出席祭奠仪式而受到了侵害。在案例1中,法官认为:“故在被告对其父尽了主要赡养义务且与原告多年互不联系的情况下,原告以丧失悼念权为由,起诉要求被告独自承担未尽通知义务的责任,没有法律依据,同时也不符合民事法律中的公平原则。另外,有必要指出,原告悼念权的丧失,与其长期不关心且不与父亲联系亦有因果关系。”从法官的表述可以看出,其驳回原告赔礼

[22] 此案以“于云鹏诉于海滨等四人祭奠方式纠纷案”为名,亦刊载于最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选·2005年第2辑(总第52辑)》,人民法院出版社2006年版,第96~99页。此案还在中央电视台的《今日说法》栏目中讨论过,应具有一定的社会影响,参见 <http://www.cctv.com/program/lawtoday/20050118/102024.shtml>,2011年12月18日访问。

道歉和精神损害赔偿的请求,和其认定原告对父亲(死者)的不关心和少尽赡养义务有很大的关联。此种情况下,与其认为被告不负通知义务因而其“不作为不具有违法性”,不如认为被告即使因未为通知而侵害了原告的祭奠利益(即被告的行为具有违法性和过错),但由于原告欠缺精神损害或精神损害极轻微,应拒绝其赔礼道歉和精神损害赔偿之请求。

表格所列案例中的侵害祭奠利益的行为多出于故意,但案例 15 和 19 与此不同。两者皆属于因过失驾驶碾压到尸体所致的侵害祭奠利益的情形。两个案例中,法院皆支持了原告精神损害赔偿的请求,并都引用了 2001 年施行的最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第三条第(三)项之规定——“自然人死亡后,其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理:……(三)非法利用、损害遗体、遗骨,或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害遗体、遗骨。”在本文看来,尸体被碾压似乎不涉及公共利益的问题,另外,过失驾驶以致碾压到尸体的行为一般情况下似乎也不会具有违反社会公德的属性——否则,几乎所有的交通事故并导致人身伤害的行为都是违反社会公德的行为了,^[23]而上述司法解释第三条第(三)项对可归责行为的定性应包含“违反社会公共利益、社会公德”的要求,因此,法院引用该项司法解释的规定处理过失碾压尸体的行为,理由选择并不恰当。抛开裁判者自身的理由选择,从整理裁判者的角度不妨认为:案例 15 和 19 确立了尚未达到违反社会公德程度的非故意损毁尸体行为人的侵权损害赔偿责任。

表格所列案例中原告和被告大多具有亲属关系,赔礼道歉的请求都被拒绝。在案例 11 和 18 中,被告并非为原告的亲属,且有故意侵犯祭奠利益的行为,被法院判决应赔礼道歉。

最后,在明了涉及祭奠利益的侵害和损害之后,可以对案例 10 和 13 中涉及的诉讼时效问题做进一步的阐释。在案例 10 和 13 中,原告提起的诉讼请求都有精神损害赔偿,案例 10 中原告的诉请还包括被告告知死者骨灰的去向,案例 13 中原告的诉请还包括将母亲的骨灰与父亲合葬。在上述两个案例中,法院都驳回了被告有关原告诉请已过诉讼时效的主张,案例 10 中,法院的理由是:“上诉人提出本案超出诉讼时效,因祭祀是每年持续进行的活动,上诉人侵权行为随着每年的祭祀活动不断发生,故本案两被上诉人的主张并未超过诉讼时效,上诉人王奇的该项理由不能成立”;案例 13 中,法院的理由是:“根据《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》的意见,人格权益是权利者的人格利益为客体的民事权利,具有绝对支配权的效力,不适用诉讼时效的规定”。案例 10 中法院所认定的被告的侵权行为是未告知死者骨灰的去向以致原告无法祭奠,只要被告未告知的状态持续,则原告祭奠利益受妨害的状态就一直存在,因此,排除妨害的请求权——请求告知骨灰去向——以妨害状态的继续存在为前提,因此可不适用诉讼时效。^[24]而祭奠利益受侵害产生的精神损害赔偿请求权不以妨害状态的继续存在为前提,因此,案例 10 中法院的理由只能针对祭奠利益受侵害时的排除妨害请求权,不能针对精神损害赔偿请求权。同样,案例 10 中法院的理由也可以用来说明案例 13 中亦属排除妨害性质的请求权——请求将母亲的骨灰与父亲合葬——应不适用诉讼时效。^[25]案例 13 中法院的理由实际上是:支配权——如物权、人格权等——不适用诉讼时效的规定。但如果其意思是物权请求权或人格权请求权——如排除妨害请求权——不适用诉讼时效的规定,尚属有据;如果其意思是物权或人格权受侵害时针对损害结果的精神损害赔偿请求权也不适用诉讼时效的规定,则缺乏依据,也未见有学

[23] 醉酒驾驶而具有重大过失的情形排除在外。

[24] 参见前注[22]。

[25] 其他诸如请求增刻姓名、返还尸体等都可作相同理解。

者作此类主张。^[26]

2. 祭奠利益与现行法

上述表格中的案例皆发生于2001年之后,涉及的实体法上的法律渊源主要包括《民法通则》、《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》、《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》与《侵权责任法》。2010年7月1日《侵权责任法》施行后,前述三项法律规范并未被废止。下面综合以上述四项法律规范作为法律渊源,假定一个有关祭奠利益纠纷的案件发生于2010年《侵权责任法》施行后的现在,探讨本文前一部分有关祭奠利益纠纷中的侵害与损害的分析如何在现行法中立足。^[27] 设若前述案例裁判中的价值判断依然值得尊重,那么在现行法下如何为其寻找妥帖合适的理由就是有意义的。本文前一部分即属于理由探寻的内容,接下来则验证此内容在现行法上是否可行。

本文前述有关祭奠利益的法律分析以侵害与损害的区别为前提,主要有以下内容:(1)侵害祭奠利益,且造成继续性的妨害状态时,不以行为人有过错以及发生损害结果为条件,受侵害人有排除妨害请求权。该排除妨害请求权不同于以行为人有过错和发生损害结果为条件的损害赔偿请求权——在祭奠利益纠纷中,主要为精神损害赔偿请求权;(2)特殊情形下(如案例17),尽管有妨害状态之存在,但原告不享有排除妨害请求权,可享有精神损害赔偿请求权;(3)排除妨害请求权不适用诉讼时效的规定。下面分别探讨上述内容与现行法的关联,并最后对祭奠利益是否具有权利属性等问题略作评论。

首先,由于祭奠利益的保护可针对不特定人,具有绝对性,因此,祭奠利益受侵害人的排除妨害请求权可通过类推适用《物权法》第三十五条之规定——“妨害物权或者可能妨害物权的,权利人可以请求排除妨害或者消除危险”而获得依据,此种方式与德国民法对一般人格权的处理方式类似;^[28]或者直接适用《侵权责任法》第二十一条之规定——“侵权行为危及他人人身、财产安全的,被侵权人可以请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任”,此种方式为中国侵权责任法特色之体现。^[29]

其次,以案例17为例,若妨害状态存在的情况下,原告一方面不享有排除妨害请求权,另一方面却有损害赔偿请求权,两者似乎矛盾。避免此种矛盾的一种解释是:排除妨害请求权中对行为

[26] 2008年施行的《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第一条规定:“当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩,……”。此规定将诉讼时效之抗辩限制在“债权请求权”领域,对物权请求权或人格权请求权则排除在外。

[27] 本文之前有关祭奠利益的分析皆不以适用案例发生时所应依据的法律渊源为前提,因为法官在裁判时须以裁判时有有效的法律渊源为判决的理由支撑,而本文之前对法院判决的分析则不受法官裁判理由的约束,只选取其所认定的事实和所作的决定为材料,并以这些材料为约束,对其进行整理——实际上就是填充理由。

[28] 德国民法典中对与物权一样具有绝对性的人格权的保护,欠缺排除妨害请求权的规定(姓名权除外),因此,基于人格权的排除妨害请求权可通过类推适用有关占有保护请求权或物权请求权之规定(《德国民法典》第862条或第1004条)而获得依据。参见[德]马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年第1版,第66页。

[29] 《侵权责任法》和《物权法》制定前,我国学者就排除妨害请求权究竟应作为绝对权(物权、人格权、知识产权等)保护中的一种责任方式还是应作为一种侵权责任方式有过争论,从目前的现状看,《物权法》第三十五条和《侵权责任法》第二十一条同时对排除妨害请求权作出了规定。所谓中国侵权责任法的特色即体现在其规定了与物权保护请求权类似的侵权责任中的排除妨害请求权等。学者间的争论,参见魏振瀛:《论民法典中的民事责任体系——我国民法典应建立新的民事责任体系》,载《中外法学》2001年第3期;崔建远:《绝对权请求权抑或侵权责任方式》,载《法学》2002年第11期。

违法性的要求高于损害赔偿请求权中对行为违法性的要求。当排除妨害影响公共利益时,受妨害人无权请求排除妨害(意味着妨害是合法的),但损害赔偿却不一定因此而影响到公共利益,因此受损害人可以请求损害赔偿(意味着造成损害是不法的)。日本法院的实务中即有采此种学理。^[30] 避免此种矛盾的另一解释是:“所有权物上请求权之行使一旦涉及违反公共利益、权利滥用禁止或诚信原则时,一般而言,将不生该请求权之应有效果,易言之,其行使为法所不许。”此为我国台湾实务中的做法。^[31] 依本文看来,不妨借鉴后一种解释,在考虑“入土为安”等风俗的情况下,如果法官认为虽然原告的祭奠利益受侵害,但不宜支持原告重新安葬的请求,那么法官可以依据《民法通则》第七条之规定——“民事活动应当尊重社会公德,……”,^[32] 驳回原告的请求。但原告精神损害赔偿之请求不涉及“入土为安”等风俗,不存在违背社会公德的问题,仍可得到支持。^[33]

再次,关于诉讼时效问题与现行法的关联,前文已有部分涉及,其内容主要是:由于妨害状态之继续存在,因此,排除妨害请求权应不适用诉讼时效之规定。《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第一条规定“当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩,……”,对此条规定做反面推论,即可认为基于债权以外的其他权益而产生的请求权——如物权请求权——不适用诉讼时效之规定。基于祭奠利益受侵害而产生的排除妨害请求权不属于债权请求权,因而应不适用该第一条之规定。但是,案例10和13中法官实际上使显然具有债权请求权性质的精神损害赔偿请求权也不适用诉讼时效的规定,于现行法(成文法)上的确无据。在现行法未做改变的前提下,若不能认定其以习惯法做依据,^[34] 那么这种做法就彻底缺乏依据了。也就是说,法官裁判所显示的价值判断不能在实证法的体系内得到圆满的落实。

最后,侵害祭奠利益的精神损害赔偿请求权在现行法上的依据应为《侵权责任法》第六条第1款——“行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任”和第二十二条——“侵害他人人身权益,造成他人严重精神损害的,被侵权人可以请求精神损害赔偿”。^[35] 由于上述两条的规定皆未将保护的客体局限于权利,而是包括了尚未升格为权利的合法利益,因此,除非对其做目的性限缩,以追随德国法的立法模式,对权利和权利之外的合法利益的保护设置不同的构成要件,^[36] 否则,争论祭奠利益究属权利还是权利之外受法律保护的合法利益并无多大价值。本文并不赞成此

[30] 参见[日]园谷峻:《判例形成的日本新侵权行为法》,赵莉译,法律出版社2008年版,第267~268页。

[31] 前注[22],谢在全书,第132~133页。

[32] 这并不意味着所有要求重新安葬的请求都会违背社会公德,案例13中,遵从死者的遗愿重新安葬死者以使夫妻能合葬,这样的请求就很难认为违背社会公德。该案中,法官并未驳回原告重新安葬的请求。

[33] 另有一案,其判决结果与表格中的案例17类似,其驳回原告重新安葬请求之理由值得参考:“被告张孝清私自转移母亲尸骨的做法是不妥的,但鉴于被告张孝清已将其父、母亲合葬,且其父、母亲合葬亦在社会伦理范围之内,在社会道德能够容忍的限度之内,如若再将尸骨强行挖出迁移,同样违背了‘入土为安’的风俗习惯,亦是对死者的不敬。所以对原告要求判决归还张玉兰尸骨与其养父黄圣友合葬,本院不予支持。”该案支持了原告精神损害赔偿的请求。“江苏省徐州市贾汪区人民法院审理黄呈远诉张孝清其他特殊侵权纠纷案民事判决书”,<http://www.chinacourt.org/html/article/200707/04/254985.shtml>,2011年12月18日访问。

[34] 可以对《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第一条第(四)项“……其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权”中的“依法”解释为包括依据习惯法。

[35] 《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第三条第(四)项有关“非法利用、损害遗体、遗骨,或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害遗体、遗骨”之规定虽然可以解决部分案例类型,但对于像案例15和19中行为人实际上并无违反社会公德的情形无法适用。本文认为,在《侵权责任法》施行后,对于非法利用、损害遗体、遗骨的行为应统一适用《侵权责任法》第六条和第二十二条之规定,无须再适用上述司法解释第三条之规定。

[36] 此种见解,参见葛云松:《〈侵权责任法〉保护的民事权益》,载《中国法学》2010年第3期。

类目的性限缩的办法,因为权利和权利之外的合法利益的区别保护应委诸法官通过侵权责任构成要件——如过错、违法性或因果关系等——的认定中的政策考量来实现,不应像德国民法那样事先设置具体的区别保护规则以至束缚法官回应现实的能力。在本文看来,对于《侵权责任法》第六条来说,更需要做的是总结和检讨司法实践,探究既往对权利或合法利益的司法保护中透露出怎样的政策考量,以及这样的政策考量在面对未来时是否应予进一步的具体化或加以修正。由此,本文认为,在现行法的框架下,争论祭奠利益究属权利还是权利之外的合法利益的确并无多大价值。为避免争论,本文只使用“祭奠利益”一词,而不采用“祭奠权”的概念。不过,假使使用“祭奠权”的概念,那么此概念的上位概念究竟应是“一般人格权”、“具体人格权”、“身份权”和“亲属权”中的哪一个或哪几个呢?此问题虽然有一定的研究价值,但是,若对祭奠权的基本内容没有争论,对此问题的研究实际上会纠缠于对上述上位概念之含义的探讨,^[37]或多或少会形成缺乏实践意义的“语词之争”。^[38]就此问题,本文暂置不论。^[39]

四、结语

本文通过对北大法意网中国裁判文书库中所搜集的19个相关案例的整理,企图为祭奠利益的法律保护建立较为合理的法教义学上的框架。其核心内容是祭奠利益的特性以及涉及祭奠利益的侵害与损害的划分,并由此对相关的排除妨害请求权和精神损害赔偿请求权的区别以及诉讼时效等问题做了相应的阐述。本文受搜集范围和搜集方法的限制,所选案例相信只是有关祭奠利益纠纷的冰山一角,是否具有代表性值得怀疑,有待检验。倘所选案例不具有代表性,本文试图以此为材料所做的类案研究的方法(而非结论)是否有价值仍有待阅者的评判。

(责任编辑:李迎捷)

[37] 譬如,当对“书”的概念应指称怎样的对象或如何使用没有争论时,那么探寻“书”究竟是否作为一种“文具”(即“文具”是否为“书”的上位概念)实际上更多的是在探讨“文具”一词之含义。

[38] 参见孙维飞:《通说与语词之争——以有关公平责任的争论为个案》,载《北大法律评论》2011年第2辑。

[39] 涉及祭奠权权利属性问题的较为详细的介绍,参见程立武:《祭奠权研究》,中国政法大学2011年硕士学位论文,第二章,来源于中国知网(<http://www.cnki.net/>),2011年12月18日访问。