

方法论视野下死者人格利益保护问题研究

许晴

(湖南大学, 湖南省, 长沙市, 410082)

摘要:我国立法上对死者人格利益的保护规定十分零散,虽然最高人民法院司法解释有所涉及,但前后矛盾,规定粗陋。死者人格利益关系到死者及其近亲属的个人利益,还会影响社会利益,有必要给予保护。在我国现行法体制下,从方法论的角度探究如何通过个案裁判进行漏洞填补就成为必要的手段。要弥补死者人格利益保护在诉讼标的、起诉主体、保护期限以及保护内容方面的漏洞,可以考虑通过类推适用、目的性扩张以及比较法方法进行填补。此外,运用利益衡量理论对冲突的法益进行实质判断,也是在死者利益保护中应注意的问题。

关键词:死者人格利益;漏洞填补;利益衡量

中图分类号: DF5

文献标识码: A

一、我国死者人格利益保护的现状

在我国,死者人格利益经历了由不保护到保护的发展演变。《民法通则》第四节对人身权的规定,以及《侵权责任法》第2条对公民生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权等人格法益的列举,均未涉及死者人格利益的保护,并且《民法通则》第9条明确规定:“公民从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务。”这似乎可以推论出自然人死亡后即不享有任何权利,对死者人格利益的保护存在立法空白。在司法实践中,最高人民法院通过了一系列关于死者人格利益保护的司法解释,试图填补这一法律漏洞,包括1989年针对荷花女案的《最高人民法院关于死亡人的名誉权应依法保护的复函》(以下简称《死者名誉权保护的复函》),1990年关于海灯案的两个司法解释,1993年《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》(以下简称《审理名誉权案件解答》)第5条,以及2001年《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》(以下简称《精神损害赔偿解释》)第3、7条,都是关于死者人格利益保护的漏洞填补规定。然而,这一漏洞填补形式本身就值得质疑,法律漏洞的填补属于法的续造,通过个案裁判来实现,而最高人民法院通过司法解释制定出一般性规定,已经具有准立法的性质,充当了立法者的角色,因此不应属于法律漏洞的填补。此外,最高法的司法解释还存在前后立场不一致,解释粗陋,体系不完备等诸多问题。这些问题在立法之前,有赖于从事理论研究的学界以及进行个案裁判的实务界积极探寻漏洞填补的方法,将这一新型法益纳入既有法制保护的轨道上。

二、死者人格利益保护中法律漏洞的具体表现

(一) 漏洞的概念及确认

法律漏洞是一种法律体系上违反计划的不圆满状态,即“对其规整范围中的特定案件类型缺乏适当的规则”或“对此保持沉默。”郑永流称之为“存在法律应规定却未规定的情况”,“应规定”说明法律漏洞不属于所谓法律有意的沉默或法外空间的情况。在进行漏洞填补前,逻辑上须先确认法律漏洞存在,因此要先考虑:一个生活事实是否正义地被评定为不属于法外空间的事项,即属于法律应予规范的事项,即须认定“一个应被规范的生活事实根本未被规范,或未被作妥当的规范。”我国民事立法中未对死者人格利益作出规定,并非碍于民法通则第9条的规定有意不对死者人格利益问题作出规制,《著作权法》中关于作者死后著作权的保护,《继承法》中关于胎儿继承份额的保护性规定,已经在一定程度上对民事权利能力始于出生终于死亡的限定有所突破,开始涉及死者人格利益保护的方面。也就是说立法者原本并不排斥或漠不关心死者人格利益的保护,只是因为客观不能或主观疏忽等原因没有规定,从而出现了违反立法者原本计划、目的的不圆满状态,即法律漏洞。因此,

我国民事立法未对死者人格利益作出保护属于法律漏洞，并且属于拉伦茨所谓“规整漏洞”或齐特曼所说的“不真正的漏洞”，即规范整体的不圆满性或制度漏洞。

（二）法律漏洞的具体表现

1、诉讼标的

对于自然人死亡后是否继续享有人身权或人格利益，死者人格利益保护方式的问题，理论界众说纷纭，实务界也摇摆不定。学界主要有死者权利保护说、死者法益保护说、近亲属权利保护说、人格利益继承说之争。死者权利保护说认为自然人的民事权利能力和民事权利可以分离，或自然人死亡后民事权利能力可以部分存在，因此自然人死亡后仍然可以继续享有某些人身权，这属于对死者人身权的直接保护，意味着死者近亲属可以直接以死者人身权受到侵害为诉讼标的提起诉讼。死者法益保护说否认死者人身权能继续享有，而代之以“人身法益”，死者的某些人身利益仍可继续存在，法律应予保护。近亲属权利保护说认为死者的人身权如名誉权，随民事权利能力的终止而消失，但其名誉受损会影响对其亲属的社会评价，因此其亲属以自己的名誉受到侵害为由提起诉讼，其诉讼标的为遗属的名誉权或遗属对死者的敬爱追慕之情。因此，法律保护的其实是死者近亲属的人格权，死者人格保护的效果是通过对其近亲属人格权的保护间接获得实现的。人格利益继承说将死者的名誉看做一种可以继承的人格利益，我认为该说已经完全与保护死者人格利益无涉了，因为依其说法，死者的名誉利益作为一种无形财产权，在继承时其所有权已经完全转移给继承人了，类似于遗产的继承，其支配权、请求保护的权力也全部归属于继承人，内化为继承人本身的权益，继承人在自己权益受侵的情况下提起诉讼，已无关乎死者人格利益了。

最高人民法院关于该问题出台的一系列司法解释也是前后立场不一，摇摆不定。针对荷花女案的《死者名誉权保护的复函》规定：“吉文贞(艺名荷花女)死后，其名誉权应依法保护，其母陈秀琴亦有权向人民法院提起诉讼。”从文义解释的角度可以看出最高院承认死者仍享有人格权，并对其实行直接保护的做法。《最高人民法院关于范应莲诉敬永祥等侵害海灯名誉权一案有关诉讼程序问题的复函》第2条“海灯死亡后，其名誉权应依法保护，范应莲有权向人民法院提起诉讼。”的规定仍体现出最高人民法院的直接保护立场，与荷花女案相关司法解释所持的立场无异。然而，《最高人民法院关于范应莲诉敬永祥侵害海灯名誉一案如何处理的复函》却规定“被告行为构成对海灯名誉的侵害，但对范应莲名誉的侵害较轻，可适当承担民事责任。”最高院的措辞发生了变化，将“名誉权”的提法改为“名誉”（其后颁布的《审理名誉权案件解答》也是这一提法），并且疑采混合保护的观点。《精神损害赔偿解释》第3条规定自然人死亡后，其近亲属因遭受精神痛苦，向人民法院起诉请求精神损害赔偿的，人民法院应当依法予以受理的规定，明确采用了近亲属遭受精神痛苦的提法。这样做的目的在于保护生者的精神利益，使生者请求精神损害赔偿于法有据，是鲜明的间接说立场。最高人民法院公报上公布的几个典型案例：茶花女案、李四光案以及彭家珍案中一、二审法院的对该问题的认定有出入——有采直接说，也有采混合说的，说理也比较混乱。这说明我国司法实践对死者人格利益的保护也是徘徊不定，含混不清的，急需科学、统一的漏洞填补规则。

2、起诉主体

不管是直接保护抑或间接保护，死者都无法通过自己的行为去主张和保护其人格利益，这就涉及提起诉讼的原告范围如何确定的问题。最高人民法院在《审理名誉权案件解答》和《精神损害赔偿解释》中明确规定了死者名誉受侵害，其近亲属可以向法院提起诉讼，对其他请求权主体未作规定。该司法解释忽略了将原告范围限定在三代以内近亲属所存在的法律漏洞。如果死者三代以内无一近亲属，其死后人格利益就没有途径得到保护，显然与法律规定的目的悖离。其近亲属的范围是否可以往前延伸？近亲属作为原告提起诉讼是否有先后顺序？当对历史著名人物人格利益的损害上升为对公共利益、社会道德、民族感情的严重损害时，由谁可以提起诉讼？法律和司法解释都没有提及，诉讼主体的规定过于单一粗陋。

3、保护期限

“死者随着生命的终结丧失了通过自己的行为展现自己人格的能力，因而其生前通过行为客观化了的人格特性由于缺少行为的不断强化，会自死者死亡之日逐渐消退。”因此，一般认为死者的人格权具有一定的存续期间，只能在该期限内得到法律的保护。

根据上述《审理名誉权案件解答》和《精神损害赔偿解释》关于起诉主体的规定，从文

义解释的角度上看,司法解释认为死者人格利益的保护期间为其三代以内近亲属在世生存的期限,也就是说,当近亲属都死亡后,诉权就消灭,死者人格利益也不再受保护。这一漏洞填补规定显然有很大弊端和空缺,其一,如前所述,可能会导致对于没有近亲属的死者的人格权益难以进行保护;其二,由于不同死者近亲属的寿命不一,会形成对于死者保护期间不统一的情况,违背了法律公平和安定的要求,其三,对于死者人格精神利益和财产利益的保护期间是否需要区分也丝毫没有涉及。学界对此也是莫衷一是,未形成一个统一的漏洞填补的定论。

4、保护内容

关于死者人格利益保护的内容主要涉及是否承认死者人格利益包括财产利益的问题。关于人格利益是以精神利益为内容还是兼具精神利益和财产利益,学界见解不一。有认为不具有直接的财产内容,也有认为具有精神财产双重内容。虽然自上世纪以来在比较法中,人格上财产利益保护已被判例学说所确认,但纵观我国民事立法、司法解释以及最高人民法院公布的相关案例,均局限于对死者人格上精神利益的保护,人格上财产利益之保护在我国现行法制中并未得到明确承认。然而,在司法实践中,将死者人格权中的财产性部分如死者的肖像、姓名等人格特征投入商业使用尤其是商业广告从而获得巨大经济利益的现象比比皆是,例如在张明山诉天津泥人张彩塑工作室一案中,“泥人张”这一称号就具有无形财产的性质,被告工作室以对该称号的使用而获利,这就需要法律作出是否将死者人格财产利益纳入法律保护范围的解答,然而由于现有法律并没有明确人格权中包含有财产利益,而法官又不能拒绝作出裁判,因此需要法官通过法的续造进行漏洞填补,甚至是运用利益衡量的方法进行判断。因为本文主要是从死者精神利益的角度来分析,且人格财产利益涉及的不仅是死者还包括生者,争议颇多,所以本文不赘述,只是浅略一提。

三、死者人格利益保护制度的漏洞填补方法

“法律规范对于应规定之事项,由于立法者之疏忽、未预见,或情况变更,致就某一法律事实未设规定时,审判官应探求规范目的,就此漏洞加以补充”,这就是漏洞填补。漏洞填补的必要性或主要功能表现在体系和目的两方面,即“消除法秩序中的体系违反,使法律所追求的价值,可充分圆满地获得实现。”死者人格利益保护涉及死者自身、死者亲属甚至社会利益,在当前我国死者人格利益保护立法存在空白,未成体系的情况下,如何在现行法体系下进行有效的法技术处理,法官充分发挥主观能动性,积极对成文法漏洞进行填补就成为必要举措。

(一) 类推适用

类推适用,简言之,就是指法官受理的案件法律没有规定时,援引与其重要特征类似的案件的法律规则来处理本案。其法理依据是同类事物应作相同处理的正义要求。因此类推适用的关键在于找出这种类似的重要特征,或拉伦茨所谓的规范意义上的法的“决定性观点”,为我们对法律没有规定的事物也赋予相同评价提供正当性依据。要找到这一决定性观点,就必须回归到该法律规整的目的、基本思想,或法律的理由。

在张明山诉天津泥人张彩塑工作室一案中,原告张明山后代起诉被告侵犯张明山姓名权,请求法院判决禁止被告使用泥人张这一名称,并支付损害赔偿金。现行法律中是未对死者姓名权规定保护的,那法官是否可以以法律未规定为由驳回原告的诉讼请求呢?显然我们的法感情让我们不得不提出质疑。最高人民法院以司法解释的形式明确规定,侵害死者名誉构成侵权,其近亲属有权提起诉讼。司法解释具有与法律同等的效力,其仅规定死者名誉受保护,未提及死者的姓名受侵该如何处理。但死者的名誉和姓名在重要特征上极其类似,都是人格特征的体现,都具有人格上的精神或财产利益,不当利用都会给死者或其亲属带来极大的损害。鉴于此,法院可以对本案类推适用该司法解释的规定,即死者姓名受到侵害的,其近亲属也可作为原告起诉。这样处理也更符合该司法解释的目的及规范意旨。

对于死者人格利益的保护期限也可以考虑类推适用《著作权法》的相关规定来填补漏洞。

《著作权法》第20条规定如署名权、修改权、保护作品完整权的保护期不受限制,第21条规定著作人身权中的发表权和使用、获得报酬权的保护期限是作者终生加死后50年。应该类推适用哪条的规定?有人主张死者人格精神利益的保护期限应类推适用第21条的规定,设定为死后50年;还有人在认可死者人格利益包括精神利益和财产利益的前提下,主张对

死者人格精神利益的保护实质上是对死者近亲属精神利益的保护,因此保护期限为死者近亲属的生存期限,而对于商品化利用程度较高的死者肖像、姓名等财产利益,可类推适用第21条的规定。我认为对死者人格精神利益和财产利益的保护期限都可类推适用死后50年的规定。一方面,死者精神利益保护期限限于近亲属生存期间的弊端,前面已经阐述过。将之类推适用著作人身权无限期保护的规定也不适宜,因为毕竟死者的姓名、名誉等人格利益与作者的著作人身权还是有本质不同,著作人身权具有知识产权的性质,是对独创性作品所享有的权利,是作者智力成果的象征,涉及到作品的归属以及作品是否真实地反映了作者的创作原意,对这几项权利的保护,不仅是作者生前的问题,也是一个永久性的问题。而死者的姓名、名誉等人格利益不具有该特性,不可适用保护期限不受限制的规定。而类推适用死后50年的规定,则可以避免保护过宽,在使死者近亲属获得合理的经济收入的前提下,又不过度妨碍言论自由,同时还能保证保护期限的统一适用。另一方面,死者人格财产利益,与发表权、使用、获得报酬权在本质特征上具有很大的相似性,都可用于商业化使用,作为交易的对象,并能带来经济收益。因此类推适用著作财产权的保护期限也就有正当化依据。

(二) 目的性扩张

当法律的适用范围和立法本意均为对该案作出规定时,以内存于法律中的目的为依据,对过窄的法律文字进行扩张,将该案包括在内从而可以适用该规则裁判,就称为目的性扩张。其扩张的依据就在于法律的客观目的。

自然人死后不再享有人身权,这是法律明文规定的,其立法原意就是否认死者的人格权。因此认为死者仍享有人格权是与民事主体权利能力制度相矛盾的,而近亲属权利保护则完全模糊了死者名誉的重要性,对死者名誉的损害并不仅仅是伤害了亲属的名誉或爱戴之情,更严重也最根本的是对死者保持良好名声和社会评价愿望的损害,是对社会鼓励人们生前追求良好名声,死后能名垂于世的社会价值和道德的损害,这正是法律追求的客观目的,不仅考虑生者,也应考虑死者和社会的利益,激励人们保持良好的美德,维护自己的声誉,从而促进良好的社会价值观、荣辱观的树立。这也是法律对于正义价值的追求。因此有必要直接对死者的名誉进行保护,这并不意味着承认死者名誉权,死者的名誉不是一种权利,而是利益,是个人利益与社会利益的统一,民法通则第106条侵犯“人身”“财产”应承担民事责任的规定,以及侵权责任法第六条“民事权益”的用语,也承认了这一法律上利益的存在,但从整个法律体系的语境上看,都是以尚存于世的自然人的合法权益为保护对象的,因此有必要进行目的性扩张,将死者的合法利益也纳入到保护范围中来,这种直接保护方式,避免了间接保护方法的迂回曲折,也避免了间接保护方法存在的障碍,在目的和体系上是一种无矛盾的解决方法。此外,直接保护理论将死者人格作为直接保护对象,能够更好体现对于死者的人格尊严予以保护的价值判断。此时,请求保护死者名誉的起诉主体在一般情形下为死者近亲属,当死者没有近亲属或其名誉受损系其近亲属所为,并已危害到社会公共利益时,则可以考虑由公诉机关提起诉讼,维护死者名誉。

(三) 比较法方法

比较法方法是在本国法律没有规定时填补漏洞的另一种方法。它并不是说直接引用外国的法律来裁判本国审理的案件,这显然是不予许可的。而是指将外国法律上的规定或判例学说视为一项公认的法理规则来运用。法律条文无法适用,但法院的裁判理由与论证思路却是可以借鉴的,通过案例比较,可以寻求到理论依据和论证方法。

关于死者人格利益是采直接保护还是间接保护抑或其他,可以参考借鉴外国的立法例。在英美法上,普遍认为只有活着的人才不会被毁损名誉,因此以死者的名誉作为诉讼标的是不能成立的,并且亲属也不能代为诉讼。只有在死者的名誉或隐私侵害同时构成对于亲属自身名誉或者隐私的侵害时才可起诉,此时也是以自己的名誉作为诉讼标的,不能够以他人名誉或者隐私的侵害为理由而提起诉讼。

德国通过梅菲斯托案确立了死者的人格权仍继续存在,法律直接保护死者自身的人格权,他人代为行使该权利。为了解决这种保护方法与传统权利能力制度之间的矛盾,学界提出了全面的一般权利能力与部分权利能力的区分,并逐渐发展为主流学说,从而很好的解决了这一冲突,为直接保护的方式提供了坚实的理论支撑。部分权利能力是作为与传统的一般权利能力相对应的概念构建起来的,“传统的一般权利能力是一种比较全面的权利能力,而部分权利能力则只是在某一或某些个别法律关系中具有的限制性的权利能力”,将死者

纳入部分权利能力的体系内,使其虽不具有物权、债权、婚姻家庭等领域的权利,但却可以继续享有人格权,从而顺利地实现了对死者人格的直接保护,既消除了法秩序中的体系违反,又使法律所追求的价值,可充分圆满地获得实现。

英美法系不承认死者名誉也完全不对其加以保护的做法难以另我国所接受。如果要效仿德国做法,施行上存在制度障碍,需要作出较大的立法改动,势必要对民法通则权利能力的规定作出颠覆。在立法时机还不成熟的情况下,在法律体系内进行漏洞填补,采承认死者人格利益存在前提下的直接保护方式比较适宜。

四、利益衡量理论的提出

“利益衡量系法官处理具体案件之一种价值判断,一种裁判的结论,而非导出此项结论之方法。”司法裁判需要根据规范环境和各种利益的变化,观察、发现立法者对各种问题或利害冲突所做的价值判断,在具体情况下赋予各法益重要性,来从事权利或法益的衡量。这种利益衡量是在查看法律规则之前,根据法官内心的法感情、法学修养以及对人情事理的理解所做的初步的价值判断。

死者的人格利益与表达自由,就是一对常常出现冲突的法益,法官需要在裁判中从事利益衡量。德国判例中经常涉及法官的这种衡量,在人格权特别是名誉的保护与新闻自由的界限问题上,德国联邦最高法院提出“假使新闻媒体报导或评论的事物,公众对之有重大的资讯利益者”,则新闻媒体是在保护德国刑法典中所谓的“正当利益”。然而,“新闻媒体不能完全排除因维护个人名誉所生的界限。”因此法官必须衡量新闻媒体讨论的事物对于公众的意义,考虑这一意义与对当事人名誉造成的影响是否维持适当的关系,即是否是为达成目的的必要手段,此时才能赋予其报导行为以正当性。

在梅菲斯托案中则涉及艺术自由与死者名誉权这两种法益的冲突与衡量。根据历史人物创作的小说涉及事实与艺术两个层面,在本案中,该小说虽然是一种艺术创作,但其影响不会局限于美学层面,由于取材于实际事件,读者会将小说中的负面描述与该历史人物自然联系起来,因此历史人物的名誉可能会受到严重损害,在此,部分法官经过利益衡量也就认定构成对死者名誉的侵犯。然而另一部分法官经过利益衡量却得出了相反的结论,认为“对死者人格尊严的贬损,并未严重到足以正当化禁止著作物传布的程度”,因为读者能够分辨出小说角色与事实间的差异,相较于对该历史人物的声誉可能造成的损害,禁止著作物传播的判决所造成的损害可能会更大,二者不成比例,在此,这部分法官是倾向于保护艺术自由。

由此可见,表达自由是否越过了对死者名誉保护的界限要考虑以下问题,这也是对两种无价值位阶高低之分的法益进行衡量时应考虑的因素:一方面是应受保护法益被影响的程度,即死者名誉和表达自由的利益程度;另一方面是假使某种利益须让步时,其受害程度如何,比如梅菲斯托案中如果允许该书出版,将会对格林德根斯的名誉或社会评价造成何种程度的损害;最后还须适用比例原则、最轻微侵害手段或尽可能微小限制的原则。该小说描写格林德根斯迎合纳粹政府,改变政治信仰,抛弃人类基本道德观念虽与其现实作为有所吻合,但其艺术手法、叙述方式是否已经逾越了要达到此目的的必要限度,是否合适恰当,都需要法官作出判断。

利益衡量作为法的续造的一种方法,通过对适用范围重叠而产生规范冲突的情况划定各自的适用空间,可使保护范围尚不明确的权利或利益得以具体化。如本文所讨论的死者名誉,先通过利益衡量这样一种实质判断,再寻找法律依据,进行解释或漏洞填补等,能强化判决的正当性和可信度,说理更为充分。

参考文献

- [1] (德) 卡尔·拉伦茨.法学方法论 [M].陈爱娥译,北京: 商务印书馆, 2004.
- [2] 郑永流.法律方法阶梯 [M].北京: 北京大学出版社, 2012
- [3] 黄茂荣.法学方法与现代民法 [M].北京: 法律出版社, 2007.
- [4] 梁慧星.民法总论 [M].北京: 法律出版社, 2001.
- [5] 杨仁寿.法学方法论 [M].北京: 中国政法大学出版社, 2013.
- [6] 刘召成.死者人格保护的比较与选择: 直接保护理论的确立》 [J].河北法学, 2013 (10): 90-93.
- [7] 张红.死者人格精神利益保护: 案例比较与法官造法 [J].法商研究, 2010 (4): 150.
- [8] 杨巍.死者人格利益之保护期限 [J].法学 2012 (4): 147.

On the protection of interests of the deceased person in methodology version

Xu Qing

(Hunan University, Chang Sha /Hunan Province, 410082)

Abstract: China's legislation on the protection of interests of the deceased person is blank. Although the People's Supreme Court's judicial interpretation has involved this issue, but the provisions are inconsistent and rough. Personality interests of the deceased person must be protected, because it not only relate to the dead and their close relatives' personal interests, but also affect the interests of society. In our current law system, it is necessary means to fill the law loopholes through judgments in individual cases from the perspective of legal methodology. In order to fill the law loopholes in objection of actions, subject of actions, term of protection and range of protection, some methods can be chosen, such as application of analogy, intentional expansion and comparison method. In addition, the use of balancing of interests should be paid attention to.

Keywords: protection of interests of the deceased person ;fill the law loopholes ;balancing of interests

作者简介:许晴, 湖南大学法学院, 硕士研究生, 刑法学方向