

《民法典》时代下我国离婚损害赔偿制度的性质认定与理论重构

李今成

浙江理工大学法政学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2023年8月2日; 录用日期: 2023年8月28日; 发布日期: 2024年1月9日

摘要

对我国《民法典》规定的离婚损害赔偿制度的认识, 在学理上有离因损害和离异损害之争, 《民法典》出台后该争论仍然存在, 有待进一步澄清。对离异损害说进行分析, 基于其可赔偿损害范围较小, 且会产生规范供给缺失的负面影响, 我国离婚损害赔偿制度所指的损害还应属离因损害, 而离异损害则可通过财产分割照顾无过错方原则进行救济。在离因说的基础上对离婚损害赔偿制度进行体系解读, 该条的损害赔偿范围应仅包括精神损害。“导致离婚”要件具有不合理性, 建议删除。

关键词

离异损害, 性质认定, 重构

The Nature Identification and Theoretical Reconstruction of the Divorce Damage Compensation System in China in the Era of *The Civil Code*

Jincheng Li

School of Law and Politics, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou Zhejiang

Received: Aug. 2nd, 2023; accepted: Aug. 28th, 2023; published: Jan. 9th, 2024

Abstract

Understanding of the divorce damage compensation system stipulated in *The Civil Code* of China,

there is a dispute between damage resulting from the cause of the divorce and divorce damage. The debate still exists after the promulgation of *The Civil Code* and needs to be further clarified. On the analysis of the divorce damage theory, based on the small scope of the compensable damage and the negative impact of the lack of standard supply, the damage mentioned in the divorce damage compensation system in China should also belong to the damage resulting from the cause of the divorce, and the divorce damage can be relieved through the principle of property division to take care of the no-fault party. On the basis of this theory, the compensation system of divorce damages is interpreted systematically, the scope of damages in this article should only include mental damage. "Lead to divorce" element is unreasonable, it is suggested to delete.

Keywords

Divorce Damage, Nature Determination, Restructuring

Copyright © 2024 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. 问题的提出

我国《婚姻法》自 2001 年修正，增设离婚损害赔偿制度以来，对该制度的理解与适用在理论与实践上便存在极大的争议，围绕其中“损害”的定性，即其所规定的无过错方有权请求的“损害赔偿”，有离因损害和离异损害之争，其中离因损害是指离婚纠纷中无过错方因对方的过错行为而受到的损害，即一方配偶对另一方配偶实施侵权行为所造成的损害，因此类行为通常构成离婚的原因，故将此类损害称为离因损害。我国《民法典》第 1091 条规定的几种情形造成的损害，即是此处所指的典型。而离异损害则是指离婚本身造成的对夫妻一方的损害[1]，比如扶养请求权丧失的损害、夫妻共同财产制下对另一方配偶的财产丧失共有而生的损害等。损害的类型不同指向不同的理论构造，其适用的法律效果也将大相径庭。《民法典》出台后该理论论争并未平息，“离因说”与“离异说”的性质分歧仍然存在，基于定性而衍生出的理论学说层出不穷，虽然司法实践中对于该制度的认识似乎趋向于离因损害(侵权责任说)¹，但是这种认识及在条文的具体理解上是否正确不无疑问。在采法典化的民事立法形式之下，本文试图从体系上的联系出发，对我国离婚损害赔偿制度中“损害”的性质进行认定，并在此性质的基础上，对该制度部分构成要件及其法律效果重新进行分析，以图合理解决救济离婚过程中所生损害的具体法律适用问题。

2. 对离因损害说产生质疑的原因

2.1. 离婚过程中产生损害的多样性

何谓“损害”，我国实证法上并未对其进行界定，王泽鉴先生认为，损害可以分为自然意义上的损害和规范评价上的损害，前者以差额说为基础构建，损害系法益所受之不利益，损害事实发生前和损害

¹ 在威科先行中执行高级检索，设置检索式如下：以“《民法典》第一千零九十一条”为关键词，“裁判理由及依据”为搜索范围，搜索模式为同句，案由为婚姻家庭、继承纠纷，文书类型为判决书。于 2022 年 4 月 19 日得出 174 条结果，选取其中 2022.03.29~2021.07.07 日的 100 份判决书进行统计。其中不涉及损害赔偿的案件为 16 件，涉及损害赔偿请求的案件为 84 件，其中法院最终以第 1091 条驳回原告损害赔偿诉讼请求的案件为 38 件，以该条支持的为 46 件。而在这 46 起案件中赔偿的损害均非离异损害，表明法院对第 1091 条持侵权责任的说法；最高人民法院编著的《对《民法典》婚姻家庭编司法解释(一)的理解与适用》也认为，第 1091 条规定的离婚损害赔偿与一般侵权法上的损害赔偿同宗同源，两者本质上都是侵权行为造成的“损害”。参见文献[1]：p. 723。

事实发生后的状况进行对比，被害人所受的损失就是损害。后者指出，损害是自然的观念，但何种损害得请求赔偿乃是规范上的评价。差额说本身不是一种评价的理论，损害的有无及大小系以法律上的评价为前提。两者的关系为，损害应以自然意义为其出发点，何种不利益属于法律上得请求赔偿的损害，应受规范评价[2]。

离婚行为本身所生的损害具体所指为何，各方认识极为不一，从其他国家或地区的有关立法规定来看，瑞士民法规定的财产赔偿范围最为宽泛，包括财产损害和期待权损害。期待权损害包括“因扶养请求权、夫妻财产所生之收益、法定继承权、夫妻财产契约、遗赠所生之利益之消灭所生之损害[3]”。有的认为，离婚财产上的损害包括积极损害(财产方面发生的现实损害)和消极损害(可预期利益的丧失)。而对消极损害应区别对待，凡属过错配偶违法行为所造成的夫妻共同财产可预期利益的丧失，应包括在离婚财产损害范围之内。但配偶继承权，保险受益权、夫妻扶养请求权等期待权的丧失，则不应包括在内，因为这些权利的取得除具有配偶身份之外，尚需其他要件[4]。又有观点认为损害包括财产损害和非财产损害。财产损害包括信赖利益损害和清算利益损害。信赖利益损害是指一方相信婚姻关系有效而付出一定的费用，以及因婚姻关系解除而蒙受的损害。比如，男方以个人财产为全家旅游所预先支出的费用；夫妻双方解除婚姻住所的租赁合同而支付的违约金。清算费用以亲子关系鉴定费用为典型。非财产损害主要指肉体上和精神上的痛苦。履行利益不属于赔偿的范围，即只要这些利益依赖婚姻关系存续且夫妻双方履行相应的义务的，如丧失扶养请求权、丧失法定继承权等不属于离婚损害赔偿的范围[5]。

结合个案具体判断，在以上损害实际发生的情形，将其认定为自然意义上的损害应无疑义，但是否为法律上可救济者，则为法律评价问题，在此不细述，待下文具体展开分析。然而只要有损害的发生，就必然有救济的需求，就会有诉诸法律进行制度设计对其加以保护的愿望，特别是在一方对该损害的发生有广泛意义上的过错的情况下。将《民法典》1091条规定的离婚损害赔偿制度认定为离异损害的观点即是对这种需求和愿望的回应。

2.2. 其他国家或地区的立法例

对因离婚而生的损害进行救济的愿望，并非仅停留在在民众的理念或学者的学说层面，不少的国家 and 地区都有其制度实践。例如，《法国民法典》第 266 条规定：“在惟一因一方配偶的过错宣告离婚的情况下，该一方对另一方配偶因解除婚姻所受到的物质上与精神上的损害，得受判负损害赔偿责任”，明确“损害”为解除婚姻所受的损害。我国台湾地区“民法”第 1056 条第 1 项规定：“夫妻之一方，因判决离婚而受有损害的损害者，得向有过失之他方，请求赔偿。”理论上通说认为，因离婚所受损害与因通奸所受损害，应属不同次元的两种损害，适用不同的条文、不同的法律原理，即因通奸所受损害的赔偿，系依侵权行为之规定而请求，属于财产法上的规定；而因离婚所受损害纵未满足侵权行为之要求，亦得请求赔偿，乃属亲属法上的特殊规定[6]。《葡萄牙民法典》1792 条第 1 款明确规定导致离婚的过错方应向他方弥补“因解除婚姻”而造成非财产损害[7]。以上立法例都为将我国《民法典》第 1091 条的规定解释为离异损害提供了比较法上的根据。

2.3. 民法典 1091 条表述的有争议之处

上文所陈述的理由只是说明离婚行为本身的确有导致损害的客观可能性，且有的国家和地区已经为此类损害的填补提供了法律上的渠道。但仅凭此尚不能认为我国法上的离婚损害赔偿制度就属于离异损害，因为不乏我国法律存在对此规制的法律漏洞的可能性。判定第 1091 条所规定的制度究属离因损害还是离异损害，其解释基础还是源于具体法律规定的文义，学说上之所以会对第 1091 条的性质进行激烈的讨论，其根本原因还在于若要认为我国的离婚损害赔偿制度属于离因损害(侵权责任说)存在以下不合理之

处：其一，《民法典》第 1091 条和《婚姻法》第 46 条的表述均为“有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：……导致离婚”这一要件即要求一方对离婚有过错，只有离婚损害赔偿的损害性质上属于离异损害时，一方请求离婚损害赔偿时要求另一方有过错才具有正当性；其二，如认定第 1091 条属于因一方过错行为导致的侵权损害赔偿，则会对无过错方的损害赔偿请求权进行了大幅度地限制。其一是对权利发生附条件，对第 1091 条进行反对解释，只有在离婚时/后，无过错方才享有损害赔偿请求权，排除了婚内请求过错配偶承担侵权责任的可能性。二是赔偿范围上的限制，《民法典》第 1091 条例举的几种情形结合其第五项“有其他重大过错”进行分析，应当认为此处的过错并非指行为实施人主观上的可谴责性，而应当理解为一种客观上的过错行为，无过错方能请求损害赔偿的情形限于对方的重大过错行为。以上两种限制与《民法典》第 1165 条规定的一般侵权行为的法理不符，且其并无充分的法律上正当性，对该种损害进行救济完全可以直接以第 1165 条为请求权基础，从体系性的角度来看没有必要在婚姻家庭编再单独设置一个条文[8]；其三，享有请求权的主体的不合理性。就虐待、家庭暴力所生的离婚损害赔偿而言，配偶一方对另一方的直系亲属实施家庭暴力、遗弃行为时并未损害另一方配偶的绝对权，不构成对配偶的侵权行为。此时若认为第 1091 条规定的为侵权责任则自相矛盾[5] [9]。

3. 离异损害说的理论概述

3.1. 离异损害赔偿说的立论基础

离异损害说，认为我国《民法典》第 1091 条规定的离婚损害赔偿制度属于对离异损害的救济，该说立论的前提是要处理好离因损害和离异损害之间的关系，要确保将《民法典》第 1091 条规定的损害定性为离异损害时，导致离婚的原因所造成的损害也能得到有效地填补和救济。因此该说的构建基础在于承认婚内损害赔偿，夫妻之间侵权造成的损害应直接适用一般侵权条款 1165 条。理由在于：其一，进入现代社会之后，夫妻之间人格独立、平等，不应赋予一方侵害另一方权益的豁免权，历史上曾经适用该制度的国家，进入近现代社会后纷纷废除了该制度，我国法上也没有关于此的明文规定；其二，否定婚内侵权的一个重要理由在于我国的夫妻法定财产制采婚后所得共同制，基于此夫妻之间婚后所取得的财产，大部分都处于财产混同状态，此时要求另一方赔偿，不能得到有实际意义的执行。但这种看法并不具有充分的理由，首先在现行法下，在采取约定分别财产制的家庭，夫妻双方都有各自独立的财产，此时并不存在上述问题。其次婚姻家庭编为配偶双方保留了个人财产，可以作为其承担侵权责任的物质根据；其三，否认婚内损害赔偿的观点认为，婚姻作为密切结合之共同体，产生的矛盾和侵害具有很强的自我愈合能力，运用法律来规制夫妻间的矛盾，只会加剧彼此间的紧张关系，反而不利于问题的解决[10]。但这种观点忽略了婚姻矛盾的真正原因是源于一方的侵权行为，而非损害赔偿制度的介入。以牺牲无过错方的权利来保证婚姻表面的稳定和安宁不利于对无过错方人格的保护。相反承认婚内损害赔偿制度，有利于防微杜渐，在一方加以侵害之初，以经济上的不利益对其进行威慑，预防侵害的进一步升级，反而能有效地维护和睦的家庭关系。基于以上理由部分学者认为我国《民法典》第 1091 条规定的离婚损害赔偿属于离异损害赔偿。

3.2. 不同的学说

离异损害说下，关于离婚损害赔偿制度的责任性质，学说上有不同的观点。一种是违约责任说，一种是特殊责任说。违约责任说认为婚姻本身属于身份契约，离婚属于婚姻契约的解除，当一方配偶实施《民法典》第 1091 条规定的过错行为导致离婚时，离婚本身所生的损害应该得到赔偿，配偶所实施的第 1091 条规定的行为属于违约行为，这种赔偿责任的性质属于违约损害赔偿[8] [9]。持该认识的学者认为，违约说能很好地解决一方配偶实施虐待、遗弃除另一方配偶之外的家庭成员的时，实施过错行为的配偶

并未侵害另一方的权益，但却能取得损害赔偿请求权的问题。因为虐待遗弃非配偶家庭成员的行为也违背了婚姻义务，属于导致离婚的过错[11]。

持离婚损害赔偿制度属特殊责任的学者认为，在离异说下，离婚损害赔偿请求权是因离婚本身导致损害所致，而离婚本身显然不是法律行为或侵权行为。损害赔偿请求权之发生，本不限于法律行为或侵权行为，为维持社会共同生活之安宁，在必要时可以预定一定之法律要件，具备这种法律要件之时，直接赋予一定请求权之法律效果，其情形屡见不鲜，无因管理、不当得利等即属此等情形，离婚损害赔偿请求权同属此类性质[12]。

4. 对离异损害说的否定

4.1. 离异说将增大对夫妻间人身法益进行保护的不确定性

对《民法典》第 1091 条的构成要件进行分析，其中第 1 项和第 2 项重婚和与他人同居属于典型的违反夫妻之间忠诚义务的情形，而第 3 项和第 4 项中的家庭暴力和虐待一方配偶所侵犯的权益则属于另一方的健康权，而遗弃配偶的行为则违反了第 1059 条规定的法定扶养义务。若认为第 1091 条的规定属于离异损害赔偿，其中侵害一方健康权和扶养请求权的情形，因为其为法律明文规定的权利因此仍能得到法律的救济，而违反夫妻间忠诚义务的情形能否得到法律的救济则成了一个悬而未决的问题。根据权益区分保护的基本法理，法律中的权利与利益众多，但是，绝非所有的利益在遭受损害后，都能够获得侵权法的保护。侵权法需要协调权益的保护与自由的维护。对民事权益保护得越强，则对人们行为自由的限制就越多。现代社会中人们的生活、经济地位具有交互性，今天要求保护其权益者就是明日力图维护相应自由之人[13]。某项利益能否受到侵权法的保护，以及受到何种程度的保护都需要进行法律上的价值判断。即便第 1091 条的规定属于离因损害，其对夫妻之间相互忠诚利益的保护程度也仅限于一方重大过错的情形。而若认为其规定的损害赔偿属于离异损害，则一方配偶实施的违背忠诚义务的行为造成的损害能否得到侵权法的保护未必不是一个问题。

首先，从我国实证法的层面来看，《民法典》第 1043 条规定“夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱。”但仅凭该条款并不意味着夫妻之间相互忠实的义务已经上升为一种法定的权利，原因在于忠实义务的规定位于婚姻家庭编第 1 章一般规定之中，而非规定在第 3 章第 1 节的夫妻关系之中，此显然是立法者有意而为之，刻意将忠实义务和夫妻间的权利义务关系进行区分。不少学者都认为该条是婚姻家庭编对我国主流婚姻家庭伦理道德观的集中表达，是法的价值引导功能的体现，不具有可诉性，仅宣示了我国婚姻家庭法的伦理价值取向，对民众处理婚姻家庭问题具有引导作用。属于婚姻家庭法伦理的倡导性规定，因此本句中的“应当”并不直接在主体之间产生法律上的义务，而应理解为夫妻间的道德义务[5][14][15]。《民法典婚姻家庭编司法解释(一)》第 4 条的规定也表明第 1043 条关于忠实义务的规定只是道德义务不具有可诉性。²

其次从比较法的视角来看德国法上，婚姻的人身关系，诸如同居义务、忠实义务等不构成《德国民法典》第 823 条的保护对象，不能归入该条规定的“其它权利”。同时也不构成第 826 条违背善良风俗的加害行为。法院的理由在于，“配偶间的关系具有深刻的伦理道德因素，在婚姻这一领域中，很大范围不宜通过国家强制力进行干涉，基于婚姻关系所生的权利义务只能根据自愿约束和自己的良心加以保证。婚姻共同体有其特殊性，不应诉诸保护权利和法益的一般规则，应当由家庭法来进行特别规制，并保持家庭法的封闭性，而家庭法上并未规定违反忠实义务的损害赔偿责任”[16]。《法国民法典》第 212 条规定：夫妻之间负有相互尊重、忠实、救助及扶助的义务。传统上认为忠实义务作为一种法律义务，

² 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)第四条：“当事人仅以民法典第一千零四十三条为依据提起诉讼的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。”

违反该义务将会导致若干法律的制裁。通奸第三者被法律定位为通奸共犯，判例长期以此名义判令通奸第三者承担民法第 1382 条的侵权责任。但进入 21 世纪以后最高法院开始明确否定通奸第三者对受害配偶的侵权责任，只有在满足特殊要件时，通奸第三人的侵权责任才能成立^[17]。第 212 条的忠实义务从具有对抗第三人效力逐渐演变为仅存在配偶之间的相对效力，通奸第三人的过错不再为一种侵权过错；英国《1970 年法律改革(杂项规定)法令》第 4 条明确规定，自该法生效后，任何人不得再以妻子通奸为由提起损害赔偿之诉^[18]。以上各例表明在外国法上在有的国家夫妻间的忠实义务要么不受侵权法的保护，要么随着社会的发展和演进其保护范围和保护程度在逐渐缩小。

与之相对的是有的地区对夫妻人身关系的保护反有扩大的趋势，台湾地区民法 1999 年修正，新增第 195 条第 3 项规定“前两项规定，于不法侵害他人基于父、母、子、女或配偶关系之身份法益而情节重大者准用之。”加强了对配偶间身份法益的保护。立法理由书以配偶一方被强奸为例，立法理由书虽未举实务上最具争议的通奸案例，解释上应予肯定^[19]。

举以上例子并非想表示我国应直接选取某国的做法加以效仿，仅想表明对配偶权益的侵权法保护并非是一个无需加以论述、理所当然之问题，而是需具体结合每个国家的社会道德观念进行判断，进而由法律具体规定。如果认为 1091 条所指的损害为离异损害，我国法上将缺少对于配偶权益保护程度的明文规定，法院在针对违背忠实义务的案件进行裁判时将缺乏一个相对明确的适用的标准，可能导致过度保护或本应保护却未充分保护的情况发生。

4.2. 离异损害的可赔偿范围较小

对因离婚行为本身所致之损害³进行分类，可以分为固有利益的损害，期待利益的损害和信赖利益的损害。其中固有利益的损害为因离婚现有物质利益和精神利益的减少或丧失，主要指因现有财产分割而丧失的对另一方的财产使用、收益的权益；期待利益的损害则指基于婚姻关系未来可能取得的利益，包括基于夫妻财产制的请求权、基于夫妻财产约定的请求权和扶养请求权等。信赖利益损害的界定请参照前文所述。以上损害并非一经产生皆可获得法律上的救济，需要经过逐一的甄别和剔除。

认定离婚所造成的损害可否加以救济的首要原则在于不得过分限制婚姻自由，婚姻自由包括结婚自由和离婚自由。自然人是否选择脱离个体状态缔结婚姻共同体需要考虑多种因素，除情感因素下双方更密切结合的愿望以外，尚需考虑婚姻关系效力带来的物质上的利益与不利益，离婚时的法律后果也应包括在内。虽说男女在缔结婚姻之时都有永久共同生活的美好愿望，但限于各种情事离婚的现象在部分家庭在所难免。因配偶一方过错导致离婚时，过错配偶受到法律的不利评价理所当然，但若令其离婚时承担过重的负担，势必会使一般民众在产生结婚意向之时更为审慎地考虑，甚至会因为畏惧离婚产生的不利法律后果，而放弃缔结婚姻的意图，对结婚自由造成不当的限制。同理，在具离婚原因的场合下，过错配偶因畏惧离婚所致的过重不利后果，尽量避免离婚，而继续维系的夫妻关系只会加重双方的痛苦，并构成对离婚自由的限制。

具体到各种损害类型，首先法定继承权和保险受益权不构成可赔偿损害，因为二者既非既得权也不构成期待权。期待权体现为一种未来可以实际取得的利益，因其具有确定性，有向现实权利转化的高度可能性而受法律的保护^[20]。而继承权和保险受益权所指向的利益，其实现则不具有这种确定性，被继承人可以随时通过遗嘱否认其配偶的继承资格，被保险人也可任意变更其受益人。以上资格的变更都不受对方配偶的意思拘束，属于行使形成权。因此继承权和保险收益权不构成期待权，不受法律的保护。离婚行为所生其他属于此等性质的利益应作相同判断，不可赔偿。

基于夫妻法定财产制所生的权利或基于夫妻财产约定所生的权利是无过错方因离婚所受损害的主要

³此处的损害指自然意义上损害，而非经规范评价，可以由法律加以救济和填补的损害。

部分,然而二者仍不具有可赔偿性。就因夫妻法定财产制所生的利益而言,从我国法定财产制采婚后所得共同制的目的来看,其理由主要有以下几点:其一,婚姻共同体作为密切关联的整体,长期的共同生活使双方的财产处于混同、难以区分的状态,而且一方财产的获得往往来源于另一方对家庭的付出和情感支持,采共同财产制能加强婚姻内部的凝聚力;其二,在我国生产力发展水平处于较低水平的时期,采婚后所得共同制,可以集合夫妻双方的财产,排除个人多种的经济利益,保证家庭生活的正常运行;其三,建国初期我国妇女的社会地位和受教育水平都较低,采取婚后所得共同制能更好的保护婚姻中为照顾家庭付出更多的妇女的权益[9]。质言之,我国采婚后所得共同制的目的是为了能够更好地保护妇女的权益,及维护家庭的整体利益以促进社会的健康向上发展。而非是为了让配偶一方从另一方的既有财产或人力资本中获益。随着我国生产力的不断发展,女性的社会地位和受教育水平的提高、经济收入的增长,婚姻关系之中的个体将更加追求财产的独立性,婚后所得共同制的正当性也正受到挑战[21]。因此本文认为属于离异损害赔偿范围的仅为信赖利益损害和离婚本身导致的精神损害。

4.3. 民法典 1087 条可为离异损害提供救济

《民法典》第 1087 条在原《婚姻法》第 39 条的基础上,新增分割夫妻共同财产时的照顾无过错方原则。《民法典》正式施行后,其 1087 条与第 1091 条之间的适用关系就受到了人们的关注,学理上有多种不同的认识:一种观点认为第 1087 条下对应的过错方其过错应与第 1091 条中的过错方的过错作相同的理解,因此 1087 条的照顾无过错方原则与 1091 条离婚损害赔偿制度具有一定的重叠,为了避免双重补偿或双重惩罚,如已判决较高数额的精神损害赔偿金,则不宜再在财产分割中大幅度地照顾无过错方,反之亦然[22]。第二种观点认为照顾无过错方权益中的“过错”不包括 1091 条中的重大过错,前者是一般过错,后者是法定过错,且在同一离婚案件中不得同时适用。夫妻一方仅有一般过错导致离婚的,如通奸、婚外恋、嫖娼等行为的,人民法院可以依据照顾无过错方的原则对有一般过错的一方予以少分。夫妻一方重大过错导致离婚并存在其他一般过错的,请求离婚损害赔偿的,不得再请求法院适用分割财产的照顾无过错方原则[23]。第三种则观点认为二者可并行适用[24]。本文认为,若认为我国的离婚损害赔偿制度针对的是离因损害,则具有可赔偿性的离异损害仍可经适用第 1087 条分割财产时的照顾无过错方原则进行救济。此时第 1091 条救济的损害为离因损害,分割财产时的照顾无过错方原则救济的损害为离异损害,二者指向的客体不同,并不会存在双重评价,过分惩罚的问题,应为并行适用关系。

4.4. 小结

《民法典》第 1091 条规定的离婚损害赔偿若是指离异损害,夫妻忠实权益的侵权法保护范围将会变得更具模糊性,各国(或地区)对夫妻身份权益的保护力度各有不同,我国法上对该法益进行保护需要结合我国伦理道德观念并进行充分的法益衡量,才能判定某一侵害忠实权益的行为是否具有违法性,这样会导致法院在审理相关案件时缺乏明确的法律适用标准。且在我国司法实践中,因一方婚内违反忠实义务的行为,在离婚过程中请求损害赔偿的案件占比较高。且离异损害中具有可赔偿性的部分基本上可以依据《民法典》第 1097 条规定的分割财产时的照顾无过错方原则进行救济。因此两相权衡,为了防止侵害忠实义务下损害赔偿的规范供给不足,认定第 1091 条的规定属于离因损害更具有合理性。

5. “离因损害”下侵权责任说的重新构建

法律条文本身只是一个包含了更加广泛内容的规范组织体的组成部分,只有当它们与其他条文——即便在法律中它们彼此可能相隔甚远——联系起来,才能被全面的理解[25]。《民法典》第 1091 条规定的离婚损害赔偿制度作为侵权法在婚姻家庭编中的特别规定,需要与侵权编的一般侵权条款(第 1165 条)

和精神损害赔偿条款(第 1183 条)联系起来解读, 才能被正确适用。

5.1. 物质损害赔偿直接适用民法典第 1165 条的规定

《民法典婚姻家庭编司法解释(一)》第 86 条认为民法典 1091 规定的“损害赔偿”, 包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。但这种认识不有不合理性, 若认为此处的损害赔偿包括物质损害, 该条与民法典第 1165 条之间的适用关系将会变得混乱。第 1091 条的适用前提是一方配偶对另一方实施了法定程度的过错行为, 其构成要件严于民法典 1165 条规定一般侵权责任, 若认为二者属于请求权竞合关系, 即认为在一方配偶对另一方配偶实施重大过错行为造成损害之时, 无过错方既可以依据民法典第 1065 条的规定请求损害赔偿, 又能够依据第 1091 条请求损害赔偿。然而此时其二者责任性质和赔偿范围并无二致, 不免叠床架屋。若认为二者属于一般法和特别法关系, 即第 1091 条排除第 1165 条的适用, 在物质损害赔偿场合亦不合理。因为只有过错方行为的恶劣程度达到第 1091 条的规定时, 才能请求损害赔偿, 否定了恶劣程度较轻行为的侵权责任, 然应构建婚内侵权制度的理由前已述及。第 1091 条请求损害赔偿, 以“导致离婚”为前提, 即只有确定离婚时无过错方的损害赔偿才会受到法律的支持, 此时并不担心一方请求损害赔偿会损害夫妻之间的感情, 破坏和睦的家庭关系, 没有理由否定基于一般过错而生的损害赔偿请求权。

5.2. 第 1091 为第 1165 条和 1183 条的特别法

认定第 1091 条的损害赔偿范围仅为精神损害则并无不当, 因为根据民法典 1183 条的规定, 只有精神损害达到严重程度才可以请求精神损害赔偿, 通常情况下也只有客观上性质更为恶劣的加害行为才能造成严重精神损害。问题是, 在重婚和与他人同居等违背夫妻忠实义务的情形下, 认定产生的损害为严重精神损害符合一般社会观念, 而在家暴和虐待遗弃家庭成员的情形, 此时一方配偶的加害行为不仅会造成精神损害同时也会造成物质损害, 而第 1183 条规定请求精神损害赔偿, 其损害程度必须达到严重, 而在家暴、虐待遗弃家庭成员的情形下, 对一方精神利益的侵害是否皆能达到“严重”程度不无疑问, 而立法却将以上两种行为直接规定为可以请求损害赔偿的情形, 一个条文不应该设置两个标准, 因此似乎只有将损害解释为还包括物质损害才能说得通。而事实却并非如此。

非财产损害(精神损害)由于不具有外部可识别性, 其损害的发生及程度都难以判断, 并且不能以金钱进行评估, 因此各国法律上对非财产损害的救济无不持谨慎态度, 特别是适用抚慰金⁴此种责任形式的场合, 各国法律更是对适用范围做进一步限制。⁵我国《民法典》第 1183 条第一款规定“侵害自然人人身权益造成严重精神损害的, 被侵权人有权请求精神损害赔偿”, 其适用范围较广, 没有将精神损害赔偿这种责任形式限制在特定某几类法益, 但其适用前提无论是侵害何种法益都要求达到严重程度。因此相较于其他国家或地区的立法, 我国的精神损害赔偿制度从某种程度上来说更为严格。“严重”作为一个不确定法律概念, 在增大法律规范应用于层出不穷的社会现实的可适应性的同时[26], 同时也会强化法律适用过程中的模糊性。有学者在《侵权责任法》制定期间便对责任方式成立的“严重”提出了质疑, 其认为“在确定精神损害赔偿数额时, 应考虑精神损害的严重程度, 但在判断侵权人是否应承担责任时, 则没有必要考虑精神损害的严重程度”[27]。以上看法具有一定的道理, 但精神损害的程度毕竟难以从外

⁴大陆的精神损害赔偿, 在台湾称为抚慰金, 乃继受瑞士民法之概念, 乃强调其具有抚慰功能, 德国法上称之为“非财产上损害相当金额的赔偿。在本文中以上三个概念以同一意思使用。参见文献[2]: p. 251。

⁵德国民法的精神损害赔偿制度采双轨结构, 一是《德国民法典》第 253 条明定只有法律规定的情形下才能请求精神损害赔偿, 且限于列举身体、健康、自由或性自主权被侵害的情形。二是以《德国基本法》第 1 条第 1 项和第 2 条第 1 项, 创设一般人格权, 侵害一般人格权情节重大时可以请求精神损害赔偿; 台湾地区民法第 195 条第 1 项规定, 不法侵害除身体、健康、名誉、自由、信用、隐私、贞操之外的其他人格权益须情节重大才能请求精神损害赔偿。第 3 项侵害身份法益时亦须情节重大才能请求精神损害赔偿。

部进行观察,更难以用金钱进行量化,完全不加限制的承认精神损害赔偿将会过分加重司法机关的负担,但这种观点并非毫无启示,它提醒我们或许应该在责任方式成立的度上作更细化的把握。有学者则认为对第 1183 进行理解,应当区分精神损害赔偿方式成立的“严重”和决定赔偿数额的“严重”,针对侵害的法益不同,“严重”的认定应采不同的标准,依照《民法典》第 998 条所明确的“物质性人格权应受到最高程度的、绝对的、全面的保护”,以及《民法典》第 998 条与第 991 条所确立的“受到侵害的人格权益应被充分救济”这一价值要求,形成具体的规范内容,即“在侵害生命权、身体权、健康权的侵权行为成立以后,被侵权人所遭受的精神损害应得到赔偿”[28]。仅此结论而言,是否合理还有待商榷,但区分不同法益采不同的“严重”认定标准,并对其中侵害生命权、身体权和健康权产生精神损害的“严重”,应从宽认定的看法应当得到肯定(简称为结论一)。

区分法益,采取不同的“严重”认定标准能适当扩大精神损害赔偿责任的适用范围,使受害人的精神损害受到更充分地救济,同时能避免该种责任形式过分适用的弊端。同时在离婚损害赔偿制度中,对“严重”的把握应考虑到婚姻家庭关系的特殊性,“由于婚姻关系的封闭性与亲密性,极易造成严重损害后果,夫妻之间婚内侵权行为制度作为权利救济和利益平衡的重要工具,有必要在立法中予以明确[10]。”在侵害配偶权益的场合,基于夫妻间的亲密性和彼此间对另一方的情感期许,同样的加害行为,在婚姻领域造成的精神损害更大(简称为结论二)。综上,结合结论一和结论二,配偶一方家暴和虐待、遗弃另一方时,其产生的精神损害应直接认定为达到“严重”程度,可以适用精神损害抚慰金这种责任方式。而虐待、遗弃除配偶外的其他家庭成员时,因为一方的加害行为并未直接作用在另一方的人身之上,因此在情节和后果上应当较侵害配偶时更为严加把握。因为第 1183 条本身为不完全法条,只有结合第 1165 条才能补足构成要件,而第 1091 条则为完全法条,具有独立的构成要件和法律效果,因此第 1091 条与第 1165 条和第 1183 条之间为规范排除竞合关系,即特别法和一般法的关系。

5.3. 对“导致离婚”的理解

《民法典》第 1091 条规定“有下列情形之一,导致离婚的,无过错方有权请求损害赔偿”,强调过错行为与离婚之间的因果关系。该要件对无过错方的损害赔偿请求权进行了限制,只有在加害行为与离婚之间具有因果关系时,基于加害行为所生的损害才可以得到救济。且具有因果关系的证明责任应当由无过错方承担,加重了无过错方的举证负担。此要件设置的目的颇令人费解,如果说否认婚姻关系存续期间,夫妻一方对另一方侵权行为的请求权尚有其考虑上的正当性,而在确定离婚的场合下,过错行为与离婚是否具有因果关系,损害本身、其产生原因、损害程度均属同一,何以二者间具有因果关系时,损害就具有可赔偿性,没有因果关系损害就不具可赔偿性。正因如此,这一要件成了持离异说的学者否定离因说的有力武器。

实际上不光是在学理上,该要件的合理性遭到了质疑,在司法实践中,也有虚化这一要件的共识。⁶一言以蔽之,虽说在立法中规定了“导致离婚”这一要件,但是在司法实践中,多数法院往往不将一方的过错行为与离婚之间的因果关系,作为成立损害赔偿请求权的构成要件。纵然在某些情况下,比如一方与第三者以夫妻名义同居、一方婚内与他人生育子女等,其加害行为与离婚之间的因果关系依照常理可以推定,无须特别加以论证。但在许多行为的恶劣程度相对较低的情形下,是否足以导致离婚,均为的个人主观的看法,缺乏客观的认定标准,难以举证。且有的法院在明确加害行为与离婚之间不具有因果关系的前提下,仍然以第 1091 条支持了原告的损害赔偿请求。比如说,在夫妻分居期间一方出轨并怀孕,但分居行为而非该加害行为才是导致离婚的主要原因,但法院仍然以第 1091 条支持原告的精神损害

⁶对 84 份涉及离婚损害赔偿的判决书进行整理,46 份支持了原告的损害赔偿请求的判决中,在法官的裁判说理部分对加害行为与离婚之间的因果关系进行论述的只有 14 份,占比 30%,未进行论述的为 32 份,占比 70%。在 32 份否认原告损害赔偿请求的判决中,仅有一份判决的是以不具有因果关系否定损害赔偿请求权的成立,但也只是请求权不成立的原因之一。参见匡某与张某离婚后损害责任纠纷案,北京市大兴区人民法院民事判决书(2021)京 0115 民初 12135 号。

赔偿请求。⁷再比如，离婚之后，一方才发现婚内抚养的子女并非其亲生的事实，法院依旧以第 1091 条支持了其的赔偿请求。⁸在这些情况下，以过错行为与离婚之间的因果关系要件来否认无过错方的精神损害赔偿请求权显然并不公正。或许会有人认为，在二者不具有因果关系，但加害行为极为恶劣且损害较大的情形下可以依据《民法典》第 1165 条和第 1183 条请求赔偿，但第 1091 条本身就是婚姻家庭领域中对第 1165 条与 1183 条进行的特别规定，没有理由设置“导致离婚”的要件，来限缩离婚损害赔偿制度的适用范围。因此笔者建议删去第 1091 条中“导致离婚”这一表述，因为“导致离婚”这一前提必然要求以该条请求损害赔偿必定在离婚诉讼中或离婚之后，因此不妨将第 1091 条修正为，“有下列情形之一的，在离婚诉讼中或离婚后，无过错方有权请求损害赔偿。”但在现行法的框架，解决这一问题的最好办法是将“导致离婚”解释为具有导致离婚的可能性，但不要求现实地导致离婚。质言之，只要假设夫妻关系存续期间，一方知晓了另一方的过错行为，有会产生想要离婚的意图的可能即可。

6. 结语

我国离婚损害赔偿制度的性质在官方机构的释义书及司法实践中均无太多争议，第 1091 条规定的“损害”应指离因损害，其责任性质为侵权责任。但在理论界却有诸多不同的声音，离因说与离异说之争议产生的根本原因还在于，离婚行为本身产生的损害现实存在，且在因一方过错导致离婚的情况下，便会有对这些损害进行救济的需求，而其他法域也有对这种损害加以支持的法制构建，加之第 1091 条表述下的多种解释可能性，争议便油然而生。但若将我国的离婚损害赔偿制度认定为离异损害将会产生侵权法对夫妻间人身法益保护欠缺明确根据的不利后果，是否保护、保护到何种程度都将成为问题。且经过规范评价，离异损害中具有可赔偿性的部分非常有限，可以依据《民法典》第 1087 条进行救济。两相权衡，将第 1091 的损害认定为离因损害更为妥当。在离因说下，对第 1091 进行解释，该条的赔偿范围应该仅限于精神损害而不包括物质损害，一方配偶侵权行为产生的物质损害可以直接适用第 1165 条进行填补。我国离婚损害赔偿制度的赔偿范围仅为精神损害并无不妥，结合对生命权、身体权和健康权应当进行更高层次的保护、婚姻关系的特殊性两个因素，对家暴和虐待遗弃行为，在侵害配偶权益时应直接认定为“严重”，适用精神损害赔偿的责任方式。而在行为对象为其他家庭成员时，其标准应较侵害配偶更为严格。对“导致离婚”这一要件的理解，不应当认为是要求过错行为与离婚之间具有现实的因果关系，将“导致离婚”解释为不要求现实地导致离婚，只要具有导致离婚的可能性更为合理。

参考文献

- [1] 最高人民法院民事审判一庭. 最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释(一)理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2021: 726.
- [2] 王泽鉴. 损害赔偿[M]. 北京: 北京大学出版社, 2017: 68.
- [3] 林秀雄. 婚姻家庭法之研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 135.
- [4] 陈苇, 主编. 婚姻家庭继承法学[M]. 北京: 法律出版社, 2002: 79.
- [5] 薛宁兰, 谢鸿飞. 民法典评注婚姻家庭编[M]. 北京: 中国法制出版社, 2020: 455, 452-453, 34-36.
- [6] 陈棋炎. 民法亲属[M]. 台北: 三民书局, 1958: 172.
- [7] [葡]威廉·德奥利维拉, 弗朗西斯科·佩雷拉·科埃略. 亲属法教程[M]. 林笑云, 译. 北京: 法律出版社, 2019: 658.

⁷朱某、王某婚约财产纠纷案贵州省凤冈县人民法院民事判决书(2021)黔 0327 民初 2478 号。相似的情况还有胡某与崔某离婚后财产纠纷案, 北京市大兴区人民法院民事判决书(2021)京 0115 民初 4721 号, 双方已经感情破裂, 一方签订离婚协议后才知道另一方婚内出轨并怀孕。其损害赔偿请求仍被法院以第 1091 条支持。

⁸李某 1、张某离婚后财产纠纷案, 广东省广州市越秀区人民法院民事判决书(2021)粤 0104 民初 24477 号判决书。类似的判决还有刘龙飞、谭路路民事离婚财产纠纷案, 河南省襄城县人民法院民事判决书(2021)豫 1025 民初 2437 号, 本案中, 被告隐瞒怀有别人孩子事实与原告结婚结婚, 该事件并非导致双方离婚的原因, 原告在离婚后才知道此事实。

-
- [8] 冉克平. 论配偶权之侵权法保护[J]. 法学论坛, 2010, 25(4): 106-111.
- [9] 余延满. 亲属法原论[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 362, 365, 265-266.
- [10] 夏吟兰, 罗满景. 夫妻之间婚内侵权行为的中美法比较[J]. 比较法研究, 2012(3): 59-60.
- [11] 冉克平. 《民法典》离婚救济制度的体系化阐释[J]. 政法论丛, 2021(5): 31.
- [12] 梁小平. 离婚损害赔偿制度研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2015: 105.
- [13] 程啸. 侵权责任法[M]. 北京: 法律出版社, 2021: 139.
- [14] 张红. 道德义务法律化——非同居婚外关系所导致之侵权责任[J]. 中外法学, 2016, 28(1): 81-99.
- [15] 王洪. 婚姻家庭法[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 115.
- [16] 庄加园. 德国法上干扰婚姻关系与抚养费追偿[J]. 华东政法大学学报, 2013(3): 70-71.
- [17] 叶名怡. 法国法上通奸第三者的侵权责任[J]. 华东政法大学学报, 2013(3): 82-85.
- [18] 孙维飞. 通奸与干扰婚姻关系之损害赔偿——以英美法为视角[J]. 华东政法大学学报, 2013(3): 105.
- [19] 王泽鉴. 侵权行为[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 198-199.
- [20] 王利明, 杨立新, 王轶, 程啸. 民法学[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 179.
- [21] 林秀雄. 夫妻财产制之研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 36-39.
- [22] 田韶华, 史艳春. 民法典离婚损害赔偿制度法律适用的疑难问题[J]. 河北法学, 2021(1): 85.
- [23] 李永军. 民法学教程[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2021: 818.
- [24] 冉克平. 《民法典》离婚救济制度的体系化阐释[J]. 政法论丛, 2021(5): 33.
- [25] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 黄家镇, 译. 北京: 商务印书馆, 2020: 338.
- [26] 杨仁寿. 法学方法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2013: 185.
- [27] 张新宝. 从司法解释到侵权责任法草案: 精神损害赔偿制度的建立和完善[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2009, 31(2): 10.
- [28] 朱震. 侵害人格权精神损害中的“严重”[J]. 法制与社会发展, 2022(2): 142-144.