

夫妻忠实义务的准债务探析

张家骥¹ 缪宇²

(1. 北京航空航天大学 人文与社会科学高等研究院, 北京 100083;
2. 中国政法大学 民商经济法学院, 北京 100088)

摘要 我国《婚姻法》规定了夫妻双方应当互相忠实,并引入了离婚损害赔偿制度,但由于立法者回避了忠实义务的道德化与法定化之争,导致司法实践中一方面将忠实义务理解为道德义务,一方面又承认严重违反夫妻忠实义务会带来法律上的不利益。对此,最高人民法院公布的典型案例,以及《民法典各分编(草案)》第 869 条在《婚姻法》第 46 条基础上新增“其他重大过错”的兜底条款,都就夫妻一方违反忠实义务应负损害赔偿责任表明了肯定态度。夫妻互相忠实作为婚姻法上的义务,使双方形成了类似于债的法律关系,一旦夫妻一方违反忠实义务的行为达到一定严重程度,便须承担因婚姻解除而发生的准债务不履行责任或违约责任,包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。

关键词 《婚姻法》; 忠实义务; 配偶权; 离婚损害赔偿

一、问题的提出

2015 年 11 月和 12 月,最高人民法院公布了两批婚姻家庭纠纷典型案例,其中有三项判例认为,违反忠实义务的夫妻一方应当承担精神损害赔偿责任。对此,最高人民法院认为,夫妻互相忠实,不仅是道德义务,也是法定义务。然而这种对忠实义务的认识,与最高人民法院过去的立场截然不同。在颁布《婚姻法司法解释(一)》时,最高人民法院曾经强调,“为树立良好的社会道德风尚……只将配偶权中的夫妻应相互忠实、相互尊重的内容作为倡导性条款,而不是将其作为夫妻的实体权利义务予以确认……既然夫妻应相互忠实,相互尊重不是一项法定的权利义务,则夫妻间一方单独以他方违反该条款为由提起诉讼的,人民法院就不能予以受理,已经受理的,裁定驳回起诉”。这意味着,就夫妻忠实义务而言,最高人民法院放弃了在《婚姻法司法解释(一)》中曾经主张的“道德义务”说^①,而转向了“法定义务”说,承认了夫妻一方违反忠实义务导致离婚的情况下,配偶的精神损害赔偿请求权。

对于最高院将忠实义务视为夫妻法定义务的态度,学者多持赞成意见^②,认为我国 2001 年修正的

《婚姻法》不但明确规定了夫妻双方应当互相忠实,而且引入了离婚损害赔偿制度,但立法者却回避了忠实义务的法定与道德义务之争^③,直接导致最高人民法院在制定《婚姻法司法解释(一)》时,没有将忠实义务界定为法定义务。这无疑造成《婚姻法》第 4 条、《婚姻法司法解释(一)》第 3 条与《婚姻法》第 46 条之间产生了内在冲突,如果将忠实义务理解为道德义务,那么违反忠实义务便不会产生相应的法律后果;但是,重婚、有配偶者与他人同居的行为,实际上亦属严重违反夫妻忠实义务的行为^④,却会依法引起离婚损害赔偿。如此一方面将忠实义务理解为道德义务,一方面又承认严重违反夫妻忠实义务会带来法律上的不利,毫无疑问是存在问题的。

为妥善调整立法冲突,正确指导婚姻纠纷的司法实践,我国《民法典各分编(草案)》第 869 条中,在《婚姻法》第 46 条的基础上新增了“其他重大过错”这一离婚损害赔偿的兜底条款,使无过错方可在重婚、婚外同居、家暴和虐待遗弃家庭成员四项情形之外,以“其他重大过错”为由主张过错方承担离婚损害赔偿责任。该规定无疑为我国夫妻忠实义务的法定化铺平了道路,即从婚姻法未来发展趋势上看,如夫妻一方虽然未重婚或与他人同居,但是存在

收稿日期 2018-10-11

基金项目 国家社会科学基金青年项目“民事实体法中的证明责任研究”(14CFX072)

其他严重违反夫妻忠实义务的情形,无过错方仍可就此提出离婚损害赔偿。然而,由于目前我国民法典各分编尚在修订审议阶段,最高人民法院也仍未对忠实义务展开进一步说明,导致夫妻忠实义务的基本原理及责任承担方式在我国学界和司法实践中还存在分歧。为了减少司法实践中的争议、促进学界对忠实义务的理论构建,本文将对忠实义务的界定、义务违反构成“重大过错”的认定以及夫妻一方违反忠实义务的损害赔偿范围等问题展开研究。

二、对夫妻忠实义务的界定

(一) 忠实义务的具体内容

在比较法上,英美法国家鲜有涉及夫妻忠实义务的明文规定。考虑到家庭关系涵盖的内容广泛庞杂,英国和美国法律仅概括性地将“不可挽回的婚姻破裂”视为离婚的唯一理由,虽然夫妻忠实义务的违反可能成为离婚的重要原因,但其司法实践中更关注于对“不可挽回的婚姻破裂”之结果意义上的考量^⑤。与英美法国家不同,大陆法系国家民法中多明确规定了夫妻间的忠实义务,而就其内容的解释则普遍采用广义说。如法国民法中规定“夫妻应相互尊重、忠诚、救助和扶助”,若因一方反复严重地违反婚姻义务,致使夫妻共同生活不能忍受时,得请求离婚^⑥。而日本民法则将夫妻义务概括为同居、帮助和扶助义务,并在《日本民法典》第770条中将“不忠行为”作为提起离婚之诉的情形之一^⑦。与此类似的还有德国、奥地利和瑞士等国民法。按照德国学者 Voppel 解释,从广义上来说,夫妻的一切义务都源于忠实义务;而从狭义上来说,忠实义务包含一夫一妻、性行为的忠诚、维持夫妻之间的性生活以及生育子女等内容^⑧。按照奥地利学者的观点,忠实义务首先是指不得与他人通奸,其次还包括不得实施有损夫妻间信任基础的行为^⑨。而瑞士学者 Schwander 则将忠实义务解释为全面的、无条件的忠诚,它不仅包括性的、感情的、精神的忠诚,还包括经济领域的忠诚,从而夫妻双方在与他人交往时,应当避免婚外人际关系干扰到夫妻的生活共同体^⑩。因此,夫妻一方不仅应在实现自己利益的同时考虑到配偶的利益,而且还应当自觉维护配偶的利益,进而,使夫妻双方维护生活共同体的紧密关系、诚实行事^⑪。不过与我国一样,在大陆法系国家的司法实践中,违反夫妻忠实义务的重点还是通奸行为或婚外性行为。即忠实义务从狭义上来说,首先是性行为上的忠实,即维持夫妻间性关系的专属性和排他性^⑫。

我国最高人民法院在《婚姻法司法解释(一)》第3条中,亦对夫妻忠实义务的解释采取了广义说,即“作为配偶权主体的夫妻不得为婚外之性交,在性生活上互守贞操,保持感情专一,同时,夫妻相互之间一方不得恶意遗弃他方,不得为第三人利益牺牲和损害对方利益。”^⑬基于这种对忠实义务的宽泛理解,我国司法实践中还将忠实义务适用到了婚外性行为以外的场合,比如夫妻一方未经他方同意将财物赠予他人的赠与合同纠纷中^⑭。不过,从最高人民法院最近公布的三项典型判决上看,精神损害赔偿的义务人均与配偶以外的第三人发生了性行为,足可见,狭义忠实义务的违反,仍然是我国司法实践中忠实义务违反的典型形态。

本文仅以狭义的夫妻忠实义务为研究对象,即夫妻不得为婚外之性交,维持夫妻间性关系专属性和排他性的义务^⑮,认为夫妻忠实义务以夫妻婚姻存续为前提,体现了夫妻双方内在的人身关系,因而其具有高度人身性和伦理性,不具有强制履行性。此外,基于忠实义务的法定性,其产生和消灭不取决于当事人的约定;夫妻双方约定彼此无须尽到忠实义务的,该约定不具有法律效力,对夫妻双方没有约束力。不过,夫妻双方可以通过忠诚协议来约定违反忠诚义务的后果^⑯,如果该协议并未违反强行性法规和公序良俗,也没有限制夫妻人身自由,该忠诚协议便应具有约束力,违反忠诚协议的财产给付可以强制执行^⑰。但是,如果夫妻双方均与他人同居的,按照《婚姻法司法解释(三)》第17条,夫妻双方均不享有离婚损害赔偿请求权。

(二) 忠实义务与照顾义务、告知义务的关联

尽管我国最高人民法院公布的典型案例中主要是从狭义解释的角度分析夫妻忠实义务,但我国司法实践中仍存在着宽泛适用忠实义务的倾向,这尤其体现在妻子婚前怀上他人子女的案件中。当丈夫发现孩子并非亲生而要求离婚时,法院往往会依据《婚姻法》第4条或以忠实义务违反为由,判决夫妻离婚并要求妻子承担精神损害赔偿、返还相应的抚养费等等责任^⑱。不过,也有法院认为,仅在婚姻关系存续期间,夫妻双方负担忠实义务,因此,妻子婚前怀上他人子女后与丈夫结婚的,不构成忠实义务的违反,也没有侵害丈夫的配偶权,但是妻子仍应承担精神损害赔偿并返还相应的抚养费^⑲。

严格来说,在采狭义说来理解忠实义务的背景下,由于性行为发生在结婚之前,旨在维持性生活专属性和排他性的忠实义务尚未发生,故婚前怀上他人子女的行为并没有违反忠实义务。此时男方

要求离婚的,仅得以女方违反了告知义务为依据。这种告知义务既可能是婚前的告知义务,也可能是婚后的告知义务。

然而,由于性生活领域具有高度人身性,夫妻双方婚前并没有义务向对方告知自己过去的性生活状况。因此,夫妻间仅当存在足以影响婚姻关系和家庭生活的特殊事由时,方可依据诚实信用原则,产生相应的不得隐瞒及告知义务。这些特殊事由大致包括:不孕不育,夫妻一方曾经离婚或有孩子,身患不宜结婚且难以治愈的疾病(《婚姻法》第7条),性取向异常,女方在与男方交往期间可能怀上他人子女等等^⑥。因此,女方婚前怀上他人子女,是足以影响婚姻关系及其存续的重大事项,男方对此具有较高的信息利益^⑦。据此,女方负有相应的告知义务,应主动将孩子可能不是男方亲生的事实告知男方^⑧。如果女方在婚前未将此事告知男方,甚至谎称子女系男方所生则构成欺诈。尽管我国《婚姻法》和《婚姻法司法解释(一)》仅承认了婚姻可以因胁迫而撤销,并未规定可因欺诈而撤销婚姻,但按照《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》第4项,“一方欺骗对方,或者在结婚登记时弄虚作假,骗取《结婚证》的”,视为夫妻感情确已破裂。故在上述情况下,法院可以依据《婚姻法》第32条判决夫妻离婚。

不仅如此,在婚姻关系存续期间,夫妻双方除了忠实义务之外,基于夫妻这一生活共同体,夫妻双方应当尽量维护对方的利益,故夫妻双方还负有照顾、协助和告知等一系列义务。即便我国《婚姻法》并未规定夫妻同居生活的义务^⑨,也没有就夫妻双方的权利义务设定一般条款,但在夫妻双方因为婚姻而形成紧密的人身关系的情况下,法官仍可以依据《民法通则》第4条、基于诚信原则推导出上述义务。换言之,在婚姻关系存续期间,夫妻双方仍负有相应的告知义务。因此,女方即使在婚前没有告知男方其可能怀上他人子女的,在婚后仍负有相应的告知义务,即女方至少应当在生育之后将该事实告知男方,从而便于男方决定是否与女方维持婚姻关系、是否愿意对该子女承担抚养教育义务,以避免男方因抚养他人子女而蒙受财产损失。当然,这一规则也同样适用于女方在婚姻关系存续期间与他人发生性关系、生下他人子女的情况^⑩,只是在这种情况下,女方不仅违反了告知义务,还违反了忠实义务。女方违反该告知义务的,属于“其他导致夫妻感情破裂”的情形,法院可以判令夫妻双方离婚。如

果女方违反告知义务的情节相当严重,与重婚、有配偶者与他人同居具有相当性,法院可以类推适用《婚姻法》第46条要求女方承担离婚损害赔偿^⑪。

三、违反忠实义务之损害赔偿责任的认定标准与法律适用

(一)对忠实义务违反程度的认定标准

近年来,我国因夫妻一方违反忠实义务而导致离婚的案件呈增长趋势,各地法院在最高人民法院发布的典型案例指导下,对忠实义务的违反程度是否达到请求离婚损害赔偿标准,也形成了初步共识。如在未构成非法同居的情形下^⑫,各地法院一致认为“婚内与他人生育子女”属严重违反忠实义务行为,过错方须承担离婚损害赔偿^⑬;而针对婚外性行为,无论是过错方偶发还是多次与他人通奸,各地法院多未将其认定为对夫妻忠实义务的严重违反,进而作出过错方无须承担离婚损害赔偿责任的判决^⑭。然而,某些地方法院仅以夫妻一方之婚外性行为,便认定其严重违反忠实义务,并作出其须承担离婚损害赔偿责任的判决也依然存在^⑮。

从上述司法实践中不难发现,有些地方法院基于《婚姻法》第46条的封闭性,对违反忠实义务的损害赔偿持否定态度,其理由在于《婚姻法》第46条仅仅规定了四种损害赔偿的法定事由且未设兜底条款,法院无法依据《婚姻法》第46条认定违反忠实义务的夫妻一方负担损害赔偿^⑯。因此,即使夫妻一方违反忠实义务,但只要不存在与他人同居、重婚的情节时,法院便不应依据《婚姻法》第46条判令其承担损害赔偿,只能在财产分割时酌情照顾无过错的配偶。然而,在最高人民法院通过发布典型案例表达自己的立场之后,地方司法实践中坚持《婚姻法》第46条封闭性的立场便已不合时宜^⑰。不过,在将忠实义务解释为法定义务以后,在多大范围内承认违反忠实义务能够引起损害赔偿,仍值得讨论。

为了回答这一问题,可以结合最高人民法院发布的三个典型判例来分析其态度。在三项判决中,“陆某诉陈某离婚案”解决的是丈夫在分居期间与他人同居的损害赔偿问题;“周某诉张某离婚后损害责任纠纷案”涉及丈夫与他在婚姻关系存续期间发生性关系并生育子女的损害赔偿;而“张某与蒋某婚姻家庭纠纷案”则认定了女方因在夫妻关系存续期间生育他人子女而负的损害赔偿。可见,这三个典型判例都与严重违反忠实义务的行为有关,且上述三项判决中的当事人均结束了婚姻关

系。在法律适用方面,“陆某诉陈某离婚案”和“周某诉张某离婚后损害责任纠纷案”均以《婚姻法》第46条为依据,要求违反忠实义务的夫妻一方承担精神损害赔偿。而且,在说明“张某与蒋某婚姻家庭纠纷案”的典型意义时,最高人民法院解释到,“违反忠实义务往往对配偶的情感和精神造成非常严重的伤害。这和我国社会一般大众因为习惯、传统等原因对婚姻家庭的认识有很大关系。故《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第二十八条规定:婚姻法第四十六条规定的损害赔偿,包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的,适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。”因此,就违反忠实义务的精神损害赔偿而言,最高人民法院实际上主张将《婚姻法》第46条作为其请求权基础,从而实质上扩大了《婚姻法》第46条的适用范围。

准此以解,仅当夫妻一方违反忠实义务所达到严重程度与《婚姻法》第46条规定的重婚、有配偶者与他人同居具有相当性,且导致夫妻离婚时,配偶方可请求离婚损害赔偿。因此,本文对扩展违反忠实义务的损害赔偿适用范围持否定态度,尤其是针对轻微或偶尔违反忠实义务的行为。因为,在立法者没有作出明确规定、司法者没有进行具体解释之前,允许夫妻一方就配偶任何违反忠实义务的行为提起损害赔偿,将使立法者在《婚姻法》第46条中列举的重婚、有配偶者与他人同居等规定失去意义,从而逾越了立法者通过《婚姻法》第46条确立的限制离婚损害赔偿的价值判断。

此外,这种理解也符合《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》第8项的精神。按照该规定,“一方与他人通奸、非法同居,经教育仍无悔改表现,无过错一方起诉离婚的”,法院可以判决离婚。可见,在夫妻一方违反忠实义务的情节尚不严重的情况下,认定夫妻双方是否感情破裂,首先应当考察夫妻一方是否经教育仍无悔改表现。这种认定感情破裂的保守立场表明,离婚只是解决婚姻冲突的最后手段,法律应当促使夫妻双方尽力维系婚姻而不是提倡离婚,即使在夫妻一方具有过错的情况下,法律也应当鼓励夫妻和解^⑧。因此,违反忠实义务的行为并不一定能成为离婚的法定事由,也并不必然成立离婚损害赔偿。进而,通过严格限定违反忠实义务的损害赔偿,避免夫妻一方通过该损害赔偿结束婚姻关系^⑨,符合我国《婚姻法》保护

婚姻的精神。

(二)违反忠实义务之损害赔偿责任的法律适用

1.《婚姻法》第46条

在因夫妻一方违反忠实义务的离婚纠纷案件中,有些地方法院直接援引《婚姻法》第46条来认定过错方的精神损害赔偿^⑩,尤其是在不忠的配偶与他人同居的案件中^⑪。这也是最高人民法院在公布典型案例时采取的立场。

2.《婚姻法》第4条

我国司法实践的多数意见是以《婚姻法》第4条作为上述精神损害赔偿的法律依据的。但是,除了《婚姻法》第4条以外,法院是否还应当援引其他规定,司法实践做法并不统一。

(1)以《婚姻法》第4条为依据

有些法院肯定违反忠实义务的夫妻一方应当向配偶支付精神抚慰金,但在判决的相关部分实际上只援引了《婚姻法》第4条,即以《婚姻法》第4条为精神损害赔偿的法律依据^⑫。例如,有的法院认为,虽然违反忠实义务的女方并不存在《婚姻法》第46条的法定事由,但是她传播淫乱照片,“与他在宾馆进行淫乱活动且活动的组织者因犯聚众淫乱罪,被判处拘役”,“她所犯的过错,虽然不符合上述四种法定情形,但是远比四种法定情形严重”,从而依据《婚姻法》第4条认定其具有过错,并按照夫妻双方的约定,向男方支付精神损害赔偿金^⑬。当违反忠实义务的夫妻一方具有与他人同居相当的情节时,法院会结合《婚姻法》第4条和第46条来认定精神损害赔偿,甚至会因为女方在婚姻关系存续期间私生他人子女而视为其与他人同居^⑭。

(2)结合《婚姻法》第4条和《精神损害赔偿司法解释》相关规定认定精神损害赔偿

在司法实践中,最为流行的做法是依据《婚姻法》第4条和《精神损害赔偿司法解释》相关规定(主要是第1条、第8条、第9条和第10条)来认定违反忠实义务的精神损害赔偿^⑮。由于《精神损害赔偿司法解释》归根到底适用于人格权利受到侵害时的精神损害赔偿,故这种认识实际上将违反忠实义务理解为一种侵害“其他人格利益”的行为。此外,如果违反忠实义务的夫妻一方与他人同居的,法院往往还会附带援引《婚姻法》第46条^⑯。

(3)结合《婚姻法》第4条与侵权相关规定来认定精神损害赔偿^⑰。这种路径实际上将违反忠实义务理解为一种侵权行为。

3.《精神损害赔偿司法解释》

有些法院没有援引《婚姻法》第4条,而是直接依据《精神损害赔偿司法解释》相关规定(如第1条、第8条、第9条和第10条)来认定精神损害赔偿^④,甚至结合相关侵权责任规定来要求违反忠实义务的夫妻一方负精神损害赔偿责任^⑤。

4.《侵权责任法》相关规定

有些法院直接依据《民法通则》和《侵权责任法》中有关侵权责任的规定,要求违反忠实义务的夫妻一方承担精神损害赔偿责任^⑥。

总的来看,我国司法实践主流意见认为,夫妻一方违反忠实义务导致离婚的,应当对其配偶负精神损害赔偿,这一精神损害赔偿的依据在于,违反忠实义务实际上是一种侵权行为^⑦。但是,违反忠实义务究竟侵害了配偶的何种民事权益,司法实践却存在不同认识。有的法院认为,违反忠实义务的行为侵害了“配偶权”^⑧;有的法院将其笼统地称之为“一般人格权”^⑨、“人格尊严”^⑩、“人格(人身)利益”^⑪或“合法权益”^⑫;还有的法院似乎认为,违反忠实义务可能导致配偶名誉权受损^⑬;此外,也有法院虽然援引了侵权责任的相关规定,但是却并未指出,违反忠实义务的行为侵害了原告何种权益^⑭。

四、违反忠实义务的民事责任类型与损害赔偿范围

(一)学界的态度

我国学界通说与司法实践的立场基本一致,认为违反忠实义务是一种侵权行为,从而无过错的配偶可以要求精神损害赔偿^⑮。但对违反忠实义务所侵害的具体法益,学界存在不同看法。多数学者认为,夫妻一方违反忠实义务与他人通奸的,侵害的是另一方的配偶(身份)权。这一立场体现在一些侵权法专著中,认为配偶权也属于《侵权责任法》一般条款的法益保护范围^⑯。与此类似,有学者认为,违反忠实义务侵害的是配偶权或人格尊严权^⑰。还有学者将忠实义务的保护对象界定为身份法益或婚姻家庭权^⑱,即婚姻家庭关系不受非法侵害的权利^⑲。

可见,将忠实义务理解为法律义务,要求违反忠实义务的夫妻一方负担一定的不利,是合乎逻辑的。但是,将忠实义务对应的民事权益上升为侵权责任法一般条款的保护对象,则存在疑问。因为侵权责任法的保护对象主要是绝对权和支配权,而在婚姻关系中,夫妻一方只能要求另一方尽到忠实义务,不能要求婚姻关系以外的第三人对自己履行忠实义务。换言之,忠实义务是约束夫妻双方的义

务,具有相对性。即使承认第三人和夫妻一方的通奸行为破坏了婚姻,甚至侵害了另一方的配偶权,也不能认定第三人违反了忠实义务,因为只有夫妻一方才是违反忠实义务的主体。因此,将忠实义务上升为侵权责任法的保护对象,要求违反忠实义务的配偶负担侵权损害赔偿,并不妥当。

(二)本文的观点

1. 违反忠实义务的损害赔偿是准债务不履行损害赔偿

本文认为,夫妻一方违反忠实义务导致离婚,并未侵害另一方其他权益的,请求权人不得依据侵权责任法要求侵权损害赔偿,而应依据《民法总则》第176条或者类推适用《婚姻法》第46条主张损害赔偿。

婚姻法律关系,即夫妻双方在婚姻关系存续期间内特有的人身和财产关系。在婚姻法律关系的框架内,夫妻双方存在特殊的关联,须依据《婚姻法》第3条、第4条负忠实、照顾义务^⑳。基于此,夫妻双方均不得与他人发生性行为,行事时应照顾自己和家庭的利益,这也符合夫妻关系之本旨:夫妻双方基于婚姻共同生活而形成生活共同体,夫妻双方由此负有互相照顾和协助的义务^㉑。此外,依据《婚姻法》第20条,夫妻双方还负担了相互扶养的义务。这一系列义务都是婚姻法规定的法定义务,旨在维系婚姻关系的存续、保障夫妻双方的利益。

因此,婚姻关系一旦缔结,夫妻之间便须遵守一系列婚姻法上的义务,使双方形成了类似于债的法律关系,此时夫妻双方的关系便类似于合同法中的债权人与债务人^㉒。只是夫妻双方的这种法律关系,主要源于婚姻法等家庭法律法规的安排,具有高度的人身性。因此,夫妻一方不履行婚姻法上法定义务,配偶可以主张类似于债务不履行或类似于违约的损害赔偿,无须诉诸于侵权责任法的具体规定。

2. 准债务不履行损害赔偿在我国《婚姻法》中的体现

实际上,这种准债务不履行责任或准违约责任对于我国《婚姻法》并不陌生,《婚姻法》第46条规定了离婚损害赔偿即属此类责任,但就此条的解读,学界存在不同观点。

第一种观点认为,《婚姻法》第46条的损害赔偿系侵权损害赔偿^㉓。该说将重婚、有配偶者与他人同居、实施家庭暴力的和虐待、遗弃家庭成员理解为侵权行为,有过错的夫妻一方负侵权损害赔偿。尤其是当上述行为发生在配偶之间时,即构

成对夫妻一方生命权、健康权、自由权、配偶权的侵害,有过错的一方承担的便是侵权损害赔偿责任^⑤;第二种观点认为,该损害赔偿为违约损害赔偿^⑥。该说认为,婚姻系一种身份契约,当该身份契约因夫妻一方的过错行为而解除时,过错方负有损害赔偿责任;第三种观点则采纳了类型化分析的立场,认为,“以重婚、与他人同居、遗弃为由请求离婚损害赔偿时,请求权基础为不履行法定义务的民事责任;以家庭暴力和虐待为由请求离婚损害赔偿时,请求权基础为侵权的民事责任”^⑦。

就这一争议而言,立法者实际上采纳了第二种观点,即违约损害赔偿责任说。按照立法者的解释,“婚姻是契约,符合合同的基本定义,婚姻自由包括离婚自由,可以理解为男女双方可以自由地缔结婚姻,也可以自愿地解除婚姻,只有在夫妻双方离婚达不成协议时,才需要国家法律介入。如果婚姻相当于合同,那么当夫妻一方违反了婚姻关系中要求夫妻双方互相忠实的义务,无过错方自然可以请求损害赔偿。由于过错方的行为导致婚姻关系解除,对于无过错方,肯定会造成损害,自然应当予以赔偿”^⑧。

在本文看来,《婚姻法》第46条规定的损害赔偿并非侵权损害赔偿,而是一种因婚姻关系解除而发生的准债务不履行责任或准违约责任。因为《婚姻法》第46条的适用并不以“权益侵害”为要件,它不以平衡一般行为自由和绝对权益保护的关系为目的。而且,该规定的“过错”,仅限于重婚、有配偶者与他人同居、家庭暴力、虐待家庭成员、遗弃家庭成员,从而与《侵权责任法》第6条第1款中的“过错”明显存在区别。

据此,在性质上,违反忠实义务导致离婚的损害赔偿责任,与《婚姻法》第46条规定的离婚损害赔偿责任相同。进而,如果夫妻一方违反忠实义务的情节与“重婚的、有配偶者与他人同居的”具有相当性,法院可以类推适用《婚姻法》第46条来支持另一方的损害赔偿请求。该损害赔偿责任不以损害赔偿法意义上的“过错”(故意或过失)为构成要件,而以夫妻一方违反忠实义务为要件。从这个角度来看,违反忠实义务类似于《婚姻法》第46条的法定过错之一。即使认为《婚姻法》第46条具有封闭性而不能类推,法院也可以考虑适用《民法总则》第176条来认定违反忠实义务的损害赔偿。

3. 违反忠实义务之损害赔偿的具体范围

由于违反忠实义务的损害赔偿与离婚损害赔偿具有同质性,因此,可以按照立法者和司法者的

解释,依据《婚姻法》第46条的损害赔偿范围来认定违反忠实义务的损害赔偿范围^⑨。该损害赔偿的范围包括精神损害赔偿,学界并无异议,学说上的争议主要集中在物质损害赔偿上。比如,有的学者认为,离婚损害赔偿的范围限于精神损害赔偿,不包括物质损害赔偿^⑩。但是,多数学者认为,离婚损害赔偿的范围应当包括物质损害赔偿^⑪。不过,这一物质损害赔偿的具体范围如何,学界存在不同认识。有的学者认为,财产损害包括直接损害和间接损害^⑫。也有学者认为,财产损害限于直接损害,不包括间接损害,故期待利益的损失,如遗产继承权、保险收益权、夫妻扶养请求权的损失不属于赔偿范围^⑬。就直接损害而言,学界有观点认为,该损害主要是配偶遭受的健康权损害,即因人身损害而发生的医疗费、误工费、护理费、交通费等损失^⑭。对此,有学者提出了批评,因为将配偶所受人身损害理解为直接损害的观点,无异于混淆了离婚损害赔偿和侵权损害赔偿^⑮。进而,有学者认为,直接损害主要是信赖利益损害^⑯。与此相对,有学者则主张该财产损害为“现实损害与可得利益的损害”,前者包括“夫或者妻之生活保持请求权,夫妻财产因离婚分割所引起的损害以及离婚诉讼费用”等;后者则为“若不离婚则可以取得的利益”,但不包括“配偶继承权、保险收益权以及夫妻扶养请求权”^⑰。

本文认为,因违反忠实义务而产生的离婚损害赔偿,包括物质损害赔偿和精神损害赔偿,前者又包括对信赖利益损害和清算利益损害的赔偿^⑱。当然,这些损害必须与忠实义务的违反具有相当因果关系。

首先,由于忠实义务体现的是夫妻之间的法定之债,因此,在夫妻一方违反忠实义务而导致离婚的情况下,违反忠实义务的损害赔偿首先包括信赖利益损害赔偿^⑲。具体来说,信赖利益损失是指男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^⑳。

其次,当夫妻一方因违反忠实义务而导致离婚时,离婚诉讼费用由违反忠实义务的一方承担。按照《人民法院诉讼收费办法》第22条:“离婚案件诉讼费用的负担,由人民法院决定。”在司法实践中,人民法院依“原告预交,败诉方承担”的原则确定诉讼费的承担方和双方责任的大小各自承担的比例。但是,在夫妻一方因违反忠实义务而导致离婚的情

况下,应当由违反忠实义务的夫妻一方负担诉讼费用。此外,配偶为了查明违反忠实义务的事实而付出的合理费用,也应由违反忠实义务的夫妻一方承担。典型的费用支出如 DNA 鉴定费用,即男方为了查明女方所生子女是否系自己亲生而花费的费用。不仅如此,女方在婚姻存续期间生育他人子女的,男方离婚后发现自己并非亲生,进而向法院起诉要求确认其与子女之间没有亲子关系的,诉讼费用应当由女方承担。

第三,精神损害赔偿。我国司法实践和理论上都承认,夫妻一方违反忠实义务导致离婚的,配偶得主张精神损害赔偿。这一立场符合《婚姻法》第 46 条的立法原意,值得赞同。对此,无过错的配偶应当举证证明自己蒙受了严重的精神痛苦。认定精神损害赔偿的数额,应当考虑不忠配偶的过错程度、违反忠实义务的行为方式和场合、不忠行为持续的时间等等因素。在欺诈性抚养的纠纷中,还应当考虑欺诈行为持续的时间、无过错配偶的年龄、是否还有生育能力或是否还有其他子女等因素。但是,由于违反忠实义务引起的离婚损害赔偿,类似于债务不履行的损害赔偿,而非侵权损害赔偿,因此,除了精神损害以外,违反忠实义务的夫妻一方还造成配偶人身损害的,不属于违反忠实义务的离婚损害赔偿的救济范围,而应由侵权损害赔偿救济。

第四,“存续利益”不属于违反忠实义务的离婚损害赔偿^⑥。按照我国学界通说,存续利益即因夫妻一方违反忠实义务导致离婚时,配偶因离婚所失去的利益,如丧失《婚姻法》第 20 条规定的扶养请求权、《婚姻法》第 24 条规定的法定继承权、因为离婚不得不雇佣家政人员料理家务而支出的费用等,均不属于离婚损害赔偿的救济范围。其理由在于,扶养请求权和法定继承权取决于夫妻双方的特定身份,在夫妻双方离婚后,这一特定身份消灭,从而在人身关系方面,夫妻双方不再负有相互扶养的义务,也相应地失去请求扶养的权利和继承的资格^⑦;而且,《婚姻法》第 39 条以下已经对夫妻双方离婚后的财产关系作了安排,承认无过错的配偶仍然能够取得上述取决于夫妻关系存续的利益,无异于允许该配偶通过离婚损害赔偿规避《婚姻法》第 39 条以下的法律规定。

第五,女方在婚姻存续期间生育他人子女,男方为非亲生子女支付的抚养费,是否属于清算利益的范畴,值得讨论^⑧。严格来说,男方支出的抚养费,并非源于女方违反忠实义务与他人发生性关系的行为,而是源于女方未尽告知义务。不过,由于

男方在支出抚养费时并无为他人管理事务的意思,因此,男方无法通过无因管理向女方追索支出的抚养费。尽管我国司法实践多以男方并非亲生父亲而不负抚养义务为由,通过不当得利制度来要求女方返还抚养费,但实际上,男方无法援引因清偿他人债务而发生的求偿不当得利,因为男方并没有为女方偿债的意思,女方的抚养义务也并未消灭。何况,如果女方之前并不知道孩子并非男方亲生,作为善意的受益人,女方可以主张所获利益已经不再存在,而不负返还义务^⑨。由于抚养费的支出并非绝对权的损害,而我国并未确立故意违背善良风俗他人的侵权责任^⑩,通过违反忠实义务(告知义务)的准债务不履行损害赔偿救济,为男方提供救济,允许其向女方追索支出的抚养费,也许是唯一的路径。

第六,在婚姻关系存续期间女方生育他人子女,男方不知情而缴纳的社会抚养费,是否应当由女方返还,我国司法实践做法不一。有观点认为,女方应当负担一半的社会抚养费^⑪。还有观点则认为,女方应当全额返还社会抚养费^⑫。本文认为,社会抚养费损失并不构成绝对权侵害,它不属于《侵权责任法》第 2 款的保护范围。因此,离婚后男方发现婚生子女并非亲生的,女方违反忠实义务(告知义务)的准债务不履行损害赔偿范围也应当包括社会抚养费损失。但是,男方以婚生子女非亲生为由提起离婚诉讼并主张财产分割的,由于男方与婚生子女不存在亲子关系,故社会抚养费不属于夫妻共同债务,不应以夫妻共同财产支付,女方应以个人财产来支付社会抚养费,因此,在财产分割时应从女方可分配的财产中扣除相应的社会抚养费数额^⑬。

此外,在夫妻一方违反忠实义务导致离婚的诉讼中,违反忠实义务的夫妻一方如果生活困难,并依据《婚姻法》第 42 条要求无过错的配偶给予一定经济帮助的,法院可以酌情减少经济帮助的数额或完全拒绝给予经济帮助^⑭。不过,由于我国《婚姻法》就夫妻财产制采纳了婚后所得共同制,故在离婚诉讼中,除非违反忠实义务的配偶具有相当的个人财产,否则,要求其承担离婚损害赔偿,不如在分割夫妻共有财产时偏向无过错的配偶。这一点尤其体现在持精神损害赔偿否认说的判决中。^⑮当然,在夫妻共有财产不多或夫妻采取约定财产制的情况下,要求违反忠实义务的夫妻一方承担损害赔偿,无疑是更好的选择。

注释

①③④黄松有:《婚姻法司法解释的理解与适用》,北京:

中国法制出版社,2002年,第19页。

②学界多主张扩大《婚姻法》第46条离婚损害赔偿适用范围的观点。参见薛宁兰:《我国离婚损害赔偿制度的完善》,《法律适用》2004年第10期;巫昌祯:《完善离婚损害赔偿制度的几点思考》,《中华女子学院学报》2009年第6期。

③⑤参见全国人大常委会法工委研究室:《中华人民共和国婚姻法条文释义及实用指南》,北京:中国物价出版社,2001年,第21-22页,第154页。

④⑦参见陈苇:《婚姻家庭继承法学》,北京:群众出版社,2012年,第128页,第286-287页。

⑤参见约翰·伊克拉:《家庭法和私生活》,石雷译,北京:法律出版社,2015年,第118页;陈苇主编:《外国婚姻家庭法比较研究》,北京:群众出版社,2006年,第419页;夏吟兰:《美国现代婚姻家庭制度》,北京:中国政法大学出版社,1999年,第80-81页。

⑥《法国民法典》,罗结珍译,北京:法律出版社,2005年,第244-248页。

⑦《日本民法典》,王爱群译,北京:法律出版社,2014年,第121页。

⑧Staudinger/Voppel, § 1353 (2012), Rn. 29 ff.

⑨Rummel/Stabentheiner, AGBG Kommentar, 3. Aufl., 2000, § 90, Rn. 7; Schwimann/Kodek/Schwimann/Ferrari, AGBG Praxiskommentar, Bd. 1, 4. Aufl., 2011, § 90, Rn. 10.

⑩Schwander, ZGB § 159, N. 11, in: Basler Kommentar, ZGB Bd. I, 5. Aufl., Heibing & Lichtenhahn, 2015.

⑪Hauscheer/Reusser/Geiser, ZGB § 159, N. 22, in: Berner Kommentar, Stämpfli, 1999.

⑫MünchKomm/Roth, § 1353 (2013), Rn. 49; Hasenböhler, ZGB § 159, N. 97, in: Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Bd. II/2c, Art. 159-180 ZGB, 3. Aufl., Schulthess, 1998.

⑬参见天津市第二中级人民法院民事判决书(2014)二中民一终字第0668号。

⑭参见黄蕾、俞来德:《论夫妻忠实义务》,《政治与法律》2007年第6期。

⑮对忠诚协议的法社会学分析,参见吴习彧:《被协议的“忠诚”——从政策分析角度解读“婚姻忠诚协议”》,《东方法学》2012年第3期。

⑯参见吴晓芳:《当前婚姻家庭案件的疑难问题探析》,《人民司法》2010年第1期;隋彭生:《夫妻忠诚协议分析》,《法学杂志》2011年第2期。

⑰如北京市大兴区人民法院民事判决书(2014)大民初字第1162号;上海市浦东新区人民法院民事判决书(2014)浦民一(民)初字第4585号;苏州市吴中区人民法院民事判决书(2015)吴少民初字第151号。

⑱如北京市第三中级人民法院民事判决书(2015)三中民终字第03489号;浙江省宁波市中级人民法院(2009)民

事判决书浙甬民一终字第760号;广东省鹤山市人民法院民事判决书(2015)江鹤法民二初字第12号。

⑳Vgl. MünchKomm/Wellenhofer, § 1314 (2013), Rn. 17; Staudinger/Voppel, § 1314 (2015), Rn. 24 ff.

㉑Vgl. Schwimann/Kodek/Schwimann/Ferrari, AGBG Praxiskommentar, Bd. 1, 4. Aufl., 2011, § 90, Rn. 10.

㉒Vgl. BGHZ 29, 265, 268; OLG Karlsruhe NJW-RR 2000, 737; OLG Brandenburg NJW 2006, 2861, 2862.

㉓《婚姻法》立法者不仅承认婚姻的目的在于夫妻共同生活,而且承认了夫妻有同居生活的权利和义务。参见全国人大常委会法工委研究室:《中华人民共和国婚姻法条文释义及实用指南》,北京:中国物价出版社,2001年,第4页,第51页。此外,我国学界也承认这一同居的权利和义务,参见余延满:《亲属法原理》,北京:法律出版社,2007年,第225页;陈苇:《婚姻家庭继承法学》,北京:群众出版社,2012年,第125页。

㉔BGH NJW 2013, 2108, 2110 f.; Helms, FamRZ 2013, 943; Erbarth NJW 2013, 3478, 3483.

㉕在2015年之前,德国司法实践承认,依据民法典第1353条第1款结合242条,为了便于孩子的养父向生父追索抚养费,养父有权请求孩子的生母告知可能的生父(BGH NJW 2012, 450, 451 f.; NJW 2013, 2108, 2110 f.)。但是,2015年2月,联邦宪法法院裁定该资讯提供请求权(Auskunftsanspruch)侵害了生母的一般人格权。欠缺充分的法律依据,逾越了法的续造的宪法界限(BVerfG NJW 2015, 1506)。

㉖违反夫妻忠实义务构成与他人同居的,过错方须依法承担离婚损害赔偿责任。

㉗如北京市第三中级人民法院民事判决书(2017)京03民终11712号;广东省肇庆市中级人民法院民事判决书(2016)粤12民终219号;江苏省南京市中级人民法院民事判决书(2016)苏01民终1766号;福建省南平市中级人民法院民事判决书(2016)闽07民终359号;河南省鹤壁市中级人民法院民事判决书(2018)豫06民终540号;广东省江门市中级人民法院民事判决书(2016)粤07民终2891号;重庆市第三中级人民法院民事判决书(2017)渝03民终936号;贵州省贵阳市中级人民法院民事判决书(2016)黔01民终3758号;吉林省白城市中级人民法院民事判决书(2017)吉08民终960号;辽宁省大连市中级人民法院民事判决书(2018)辽02民终2157号;云南省昆明市中级人民法院民事判决书(2016)云01民再1号;江西省萍乡市中级人民法院民事判决书(2018)赣03民终469号;江苏省镇江市中级人民法院民事判决书(2016)苏11民终1625号。

㉘如北京市第三中级人民法院民事判决书(2016)京03民终1163号;河北省廊坊市中级人民法院民事判决书(2016)冀10民终283号;浙江省温州市中级人民法院民事判决书(2016)浙03民终字第1924号;上海市第二中级人民法院民事判决书(2016)沪02民终1634号;辽宁省沈阳市中级人民法院民事判决书(2016)辽01民终5966号。

⑳如福建省泉州市中级人民法院民事判决书(2016)闽05民终2009号;辽宁省抚顺市中级人民法院民事判决书(2016)辽04民终296号;广西壮族自治区百色市民事判决书(地区)中级人民法院(2016)桂10民终631号;山东省莱芜市中级人民法院民事判决书(2018)鲁12民终597号;河南省驻马店市中级人民法院民事判决书(2016)豫17民终645号;贵州省贵阳市中级人民法院民事判决书(2016)黔01民终3049号。

㉑如北京市第二中级人民法院民事判决书(2014)二中民终字第09370号;北京市第三中级人民法院民事判决书(2015)三中民终字第08198号;北京市第三中级人民法院民事判决书(2015)三中民终字第13894号;北京市第三中级人民法院民事判决书(2016)三中民终字第1163号;重庆市第四中级人民法院民事判决书(2014)渝四中法民终字第00741号;广东省广州市中级人民法院民事判决书(2014)穗中法民一终字第6729号。

㉒严格来说,最高人民法院发布的“典型案例”并非指导性案例,它对下级法院是否具有拘束力、能否发挥统一法律适用的作用,存在疑问。对这种“混乱”的案例发布体系,学界提出了批评。参见刘作翔:《中国案例指导制度的最新进展及其问题》,《东方法学》2015年第3期。在上述典型案例发布后,我国有些地方法院仍然以《婚姻法》第46条具有封闭性为由,拒绝承认违反忠实义务一方的损害赔偿,参见北京市第三中级人民法院民事判决书(2016)三中民终字第1163号;北京市昌平区人民法院民事判决书(2015)昌民初字第10611号。

㉓参见蒋月:《论我国现行法定离婚理由立法主义》,《东方法学》2009年第4期。

㉔参见程啸:《侵权责任法》,北京:法律出版社,2015年,第177页。

㉕如北京市第一中级人民法院民事判决书(2014)一中民终字第3455号;北京市朝阳区人民法院民事判决书(2013)朝民初字第41590号。

㉖如北京市第三中级人民法院民事判决书(2014)三中民终字第00144号;北京市通州区人民法院民事判决书(2013)通民初字第13520号。

㉗如北京市朝阳区人民法院民事判决书(2013)朝民初字第31512号;江苏省常熟市人民法院民事判决书(2014)熟虞少民初字第0027号;苏州市吴中区人民法院民事判决书(2015)吴少民初字第246号;浙江省杭州市江干区人民法院民事判决书(2015)杭江民初字第1298号。

㉘江苏省徐州市中级人民法院民事判决书(2014)徐民终字第489号。

㉙如西安市中级人民法院民事判决书(2015)西中民一终字第00022号;重庆市第三中级人民法院民事判决书(2015)渝三中法民终字第01687号;上海市徐汇区人民法院民事判决书(2014)徐民一(民)初字第5725号;北京市怀柔区人民法院民事判决书(2015)怀民初字第03423号;江苏省苏州市吴江区人民法院民事判决书(2015)吴江民初字第

00530号;南京市下关区人民法院民事判决书(2013)下民初字第49号。

㉚如南京市雨花台区人民法院民事判决书(2014)雨花民初字第47号;上海市徐汇区人民法院民事判决书(2015)徐民一(民)初字第2335号;杭州经济技术开发区人民法院民事判决书(2015)杭经开民初字第801号;上海市浦东新区人民法院民事判决书(2012)浦民一(民)初字第33085号;北京市第三中级人民法院民事判决书(2015)三中民终字第6019号;上海市奉贤区人民法院民事判决书(2014)奉民一(民)初字第6273号。

㉛如山东省济南市中级人民法院民事判决书(2015)济少民终字第98号;苏州市吴中区人民法院民事判决书(2015)吴民初字第876号;北京市昌平区人民法院民事判决书(2014)昌民初字第13744号;杭州市拱墅区人民法院民事判决书(2010)杭拱民初字第610号。

㉜如北京市东城区人民法院民事判决书(2013)东民初字第11156号;北京市房山区人民法院(2015)房少民初字第08380号。

㉝如上海市徐汇区人民法院民事判决书(2011)徐民一(民)初字第3962号;滑县人民法院民事判决书(2014)滑上民初字第312号。

㉞如北京市第二中级人民法院(2008)二中民终字第03723号;浙江省温州市中级人民法院民事判决书(2014)浙温民终字第1508号。

㉟如浙江省绍兴市中级人民法院民事判决书(2013)浙绍民终字第817号;北京市石景山区人民法院民事判决书(2014)石民初字第9030号;广东省深圳市福田区人民法院民事判决书(2013)深福法民一初字第4603号;辽宁省大连市中级人民法院民事判决书(2015)大民一终字第154号。

㊱如重庆市第五中级人民法院民事判决书(2010)渝五中法民终字第4234号,载《人民司法·案例》2012年第14期。

㊲如北京市朝阳区人民法院民事判决书(2013)朝民初字第31512号;天津市第二中级人民法院民事判决书(2014)二中民一终字第0668号。

㊳如浙江省绍兴市中级人民法院民事判决书(2013)浙绍民终字第817号;北京市石景山区人民法院民事判决书(2014)石民初字第9030号;山东省青岛市中级人民法院民事判决书(2015)青民五终字第1962号。

㊴如浙江省绍兴市中级人民法院民事判决书(2010)浙绍民终字第1025号;湖南省常德市中级人民法院民事判决书(2014)常民一终字第207号;辽宁省丹东市中级人民法院民事判决书(2014)丹民一终字第00077号;浙江省温州市中级人民法院民事判决书(2014)浙温民终字第1508号;安徽省安庆市中级人民法院民事判决书(2015)宜民一终字第01575号。

㊵如浙江省杭州市中级人民法院民事判决书(2013)浙杭民终字第2009号;江苏省徐州市中级人民法院民事判决书(2014)徐民终字第489号;北京市第三中级人民法院民

事判决书(2015)三中民终字第 6019 号;重庆市第五中级人民法院民事判决书(2010)渝五中法民终字第 4234 号,载《人民司法·案例》2012 年第 14 期。

⑤⑩参见“谢传喜与魏广勤侵权责任纠纷一案民事判决书”,江苏省扬州市江都区人民法院民事判决书(2015)扬江邵民初字第 0249 号。

⑪如广西壮族自治区横县人民法院民事判决书(2015)横民一初字第 681 号;广东省佛山市南海区人民法院民事判决书(2014)佛南法桂民一初字第 418 号。

⑫如北京市第二中级人民法院(2008)二中民终字第 03723 号;辽宁省大连市中级人民法院民事判决书(2015)大民一终字第 154 号。

⑬参见蒋月:《配偶身份权的内涵与类型界定》,《法商研究》1999 年第 4 期;马强:《试论配偶权》,《法学论坛》2000 年第 2 期;邵世星:《夫妻同居义务与忠实义务剖析》,《法学评论》2001 年第 1 期;杨立新:《论侵害配偶权的精神损害赔偿赔偿责任》,《法学》2002 年第 7 期;覃有土、陈雪萍:《侵害婚姻关系之诉探析》,《法学家》2004 年第 3 期;余延满:《亲属法原论》,北京:法律出版社,2007 年,第 242 页;张红:《道德义务法律化》,《中外法学》2016 年第 1 期。

⑭参见王利明:《侵权责任法研究》(上卷),北京:中国人民大学出版社,2011 年,第 81 页;杨立新:《侵权法论》,北京:人民法院出版社,2011 年,第 370 页;周友军:《侵权法学》,北京:中国人民大学出版社,2011 年,第 114 页;程啸:《侵权责任法》,北京:法律出版社,2015 年,第 177 页。与此相对,也有学者主张,配偶权不属于侵权责任法的保护范围,违反忠实义务的行为并非侵权行为,不应适用侵权责任法,第三人不应据此承担侵权责任。参见冉克平:《论配偶权之侵权法保护》,《法学论坛》2010 年第 4 期。还有观点认为,不应承认所谓的配偶权。参见吴晓芳:《倡导夫妻忠实反对设立配偶权》,《中国律师》2001 年第 3 期。

⑮参见覃有土、陈雪萍:《侵害婚姻关系之诉探析》,《法学家》2004 年第 3 期。

⑯参见张红:《道德义务法律化》,《中外法学》2016 年第 1 期。

⑰参见薛宁兰:《我国离婚损害赔偿制度的完善》,《法律适用》2004 年第 10 期。

⑱我国司法实践已经承认夫妻之间互负照顾义务。参见北京市朝阳区人民法院民事判决书(2009)朝民初字第 12178 号。

⑲参见余延满:《亲属法原论》,法律出版社,2007 年,第 228 页;杨大文:《婚姻家庭法》,北京:中国人民大学出版社,2012 年,第 108 页。

⑳德国学界有观点认为,夫妻之间的法律关系是法定之债,但也有学者反对这一观点,而是认为,夫妻之间的法律关系是特有的法律关系,并非债之关系。Vgl. Heiderhoff, FamRZ 2004, 324, 325 ff.; Coester-Waltjen, a. a. O., S. 136; Wellenhofer, Familienrecht, 3. Aufl., § 9, Rn. 2, C. H. Beck, 2014; Löhnig/Preisner, NJW 2013,

2080, 2081 ff.; Erbarth NJW 2013, 3478.

㉑参见陈苇:《婚姻家庭继承法学》,北京:群众出版社,2012 年,第 283 页;薛宁兰:《我国离婚损害赔偿制度的完善》,《法律适用》2004 年第 10 期。

㉒参见郭明龙:《解释论视角下的配偶间损害赔偿》,《甘肃政法学院学报》2014 年第 2 期。

㉓参见周安平:《对我国婚姻法原则的法理学思考》,《中国法学》2001 年第 6 期;余延满:《亲属法原论》,北京:法律出版社,2007 年,第 364-365 页;冉克平:《论配偶权之侵权法保护》,《法学论坛》2010 年第 4 期。

㉔㉕㉖参见张学军:《离婚损害赔偿制度辨析》,《政治与法律》2008 年第 2 期。

㉗参见全国人大常委会法工委研究室:《中华人民共和国婚姻法条文释义及实用指南》,北京:中国物价出版社,2001 年,第 154 页;黄松有:《婚姻法司法解释的理解与适用》,北京:中国法制出版社,2002 年,第 102 页。

㉘参见都本有:《谈离婚赔偿制度在司法实践中的运用》,《当代法学》2001 年第 10 期。

㉙参见陈苇:《离婚损害赔偿法律适用若干问题探讨》,《法商研究》2002 年第 2 期;薛宁兰:《我国离婚损害赔偿制度的完善》,《法律适用》2004 年第 10 期;张学军:《离婚损害赔偿制度辨析》,《政治与法律》2008 年第 2 期;冉克平:《论夫妻之间的侵权损害赔偿》,《华中科技大学学报(社会科学版)》2010 年第 2 期;王歌雅:《离婚救济制度:实践与反思》,《法学论坛》2011 年第 2 期;余延满:《亲属法原论》,北京:法律出版社,2007 年,第 369 页;夏吟兰:《婚姻家庭继承法》,北京:中国政法大学出版社,2012 年,第 145 页;杨大文:《婚姻家庭法》,北京:中国人民大学出版社,2012 年,第 225 页;马忆南:《婚姻家庭继承法学》,北京:北京大学出版社,2014 年,第 137 页;陈苇:《婚姻家庭继承法学》,北京:中国政法大学出版社,2014 年,第 231 页。

㉚参见张竞芳:《离婚损害赔偿适用中的若干问题》,《当代法学》2002 年第 2 期。

㉛参见余延满:《亲属法原论》,北京:法律出版社,2007 年,第 369 页;陈苇:《婚姻家庭继承法学》,北京:群众出版社,2012 年,第 286 页。

㉜参见余延满:《亲属法原论》,北京:法律出版社,2007 年,第 369 页,注 192;张学军:《离婚损害赔偿制度辨析》,《政治与法律》2008 年第 2 期。

㉝冉克平:《论夫妻之间的侵权损害赔偿》,《华中科技大学学报(社会科学版)》2010 年第 2 期。

㉞Erbarth NJW 2013, 3478, 3483.

㉟Coester-Waltjen, a. a. O., S. 140; Erbarth NJW 2013, 3478, 3483.

㊱MünchKomm/Wacke, § 1353 (2000), Rn. 40; MünchKomm/Roth, § 1353 (2013), Rn. 49; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl., C. H. Beck, 2010, § 17, Rn. 26 f.; Schülter, BGB-Familienrecht, 14. Aufl., C. H. Müller, 2012, § 7, Rn. 56, S. 42;

Staudinger/Voppel, § 1353 (2012), Rn. 127; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 24. Aufl., 2013, Rn. 618; Dethloff, Familienrecht, C. H. Beck, 31. Aufl., 2015, § 4, Rn. 16.

⑲参见余延满:《亲属法原论》,北京:法律出版社,2007年,第347页;陈苇:《婚姻家庭继承法学》,北京:群众出版社,2012年,第266页;杨大文:《婚姻家庭法》,北京:中国人民大学出版社,2012年,第155页。

⑳ Vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl., C. H. Beck, 2010, § 17, Rn. 28; Staudinger/Voppel, § 1353 (2012), Rn. 127.

㉑参见庄加园:《德国法上干扰婚姻关系与抚养费追偿》,《华东政法大学学报》2013年第3期。

㉒ Vgl. BGH NJW 1981, 1445; NJW 1990, 706.

㉓参见河南省中牟县人民法院民事判决书(2014)牟民初字第440号;浙江省丽水市中级人民法院民事判决书(2015)浙丽民终字第411号;广东省鹤山市人民法院民事判决书(2015)江鹤法民二初字第12号;江西省湖口县人民法院民事判决书(2014)湖民一初字第236号;广东省佛山市南海区人民法院民事判决书(2015)佛南法狮民一初字第496号;浙江省温岭市人民法院民事判决书(2016)浙1081

民初4364号。

㉔参见江西省贵溪市人民法院民事判决书(2013)贵民一初字第934号;河南省浚县人民法院民事判决书(2016)豫0621民初401号。

㉕我国司法实践认为,女方婚前怀上他人子女的,男方在离婚后生育二胎缴纳的社会抚养费,女方无须赔偿。参见“魏×与张×婚姻家庭纠纷二审民事判决书”,北京市第三中级人民法院民事判决书(2015)三中民终字第03489号。

㉖按照德国学界的观点,依据《德国民法典》第1579条第7项,违反夫妻间忠实义务可能构成减少或否定抚养请求权的事由之一。Dazu MünchKomm/Roth, § 1579 (2013), Rn. 44, 47 f.; Staudinger/Voppel, § 1353 (2012), Rn. 31; Staudinger/Verschraegen, § 1579 (2014), Rn. 213.

㉗如北京市第二中级人民法院民事判决书(2014)二中民终字第09370号;北京市第三中级人民法院民事判决书(2015)三中民终字第08198号;北京市第三中级人民法院民事判决书(2015)三中民终字第13894号。

责任编辑 王敬尧

A Discussion on Quasi Liability Issue of Obligated Faithfulness in Marriage

Zhang Jiayi Miao Yu

(1. School of Humanities and Social Sciences, Beihang University, Beijing 100083;

2. Civil and Economic Law College, China University of Political Science and Law, Beijing 100088)

Abstract : China's Marriage Law stipulates that married man and woman should be faithful to their partner, and introduces divorce compensation system. Due to legislator's evasion of the dispute between the moralization and legalization of faithfulness obligation, judicial practices, on the one hand, intend to recognize faithfulness obligation to be morally obliged, and on the other hand acknowledge that severe violation of faithfulness obligation results in legal consequences such as damage to citizen's interests. Supreme Court published exemplary cases as well as updated safety net article "other major mistakes" based on Article 46 of Marriage Law from Article 869 of Code of Civil Law-draft aiming to make clear that the one who violates faithfulness obligation should be obliged to take on liability of compensation to the other. Once a certain severity of violation of faithfulness obligation occurs, the one who violates should bear the consequences of marriage annulment which lead to quasi-default of debt liability or liability for breaching contract, including compensation for both material damage and mental damage.

Key words : faithfulness obligation; spouse right; damage compensation for divorce