

# 民法典的民族性表达与死者的人格权益保护

## ——《民法典》第 994 条的文化解释

刘云生\*

**摘要:**《中华人民共和国民法典》第 994 条确立了双重保护规则,既表征了死者的人格权益,也涵摄了生者的人格权利,有效诠释了生者与死者之间身份权、人格权的价值耦合与制度关联等核心问题。在保护古老的祭祀权利的基础上,彰显民法典的民族性立场,既有利于确证死者的传统权益,也满足了生者的精神需求,更有利于维护基本人伦、传输正向价值观和塑造社会共同体。

**关键词:** 民法典 民族性表达 死者 人格权 祭祀权

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第 994 条是该法典民族性的集中表达,属于立法的亮点之一。其立法目的如何定位?该条表征的是死者的权利还是生者的权利,抑或对两者权利进行双重保护?其内在权利谱系如何推导、定性?除实现具体法权功能之外其是否还具有其他社会功能?本文借鉴文化学、人类学、社会学等理论命题和解释路径,力求对上述问题进行深层次、全方位的解读,以期推进《民法典》第 994 条所涉法权的价值认知与司法适用。

### 一、法权文本中的“生—死”关联:从《解释》到《民法典》第 994 条

法律如何确证、彰显、保障死者的权益,与一个民族特有的文化情结、精神需求息息相关。与西方近代祭祀权衰减、没落的历史命运不同,中国“事死如事生”的民族传统和法权建构一直深深植根于民间生活,已经成为国民的共同民俗信仰和特定精神诉求。《民法典》第 994 条无论是立法的目标定位,还是具体的制度设计,抑或对未来司法的能动影响,都彰显了《民法典》的民族性特征。自 2001 年 3 月 10 日起施行的《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干

\* 广州大学法学院教授、博士生导师  
基金项目:国家社会科学基金项目(16WFX008)

问题的解释》(以下简称《解释》)第3条规定,自然人死亡后,其近亲属因死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体、遗骨等权利受到侵害并遭受精神痛苦,有权向人民法院诉请精神损害赔偿,人民法院应当依法予以受理。《民法典》第994条规定:“死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体等受到侵害的,其配偶、子女、父母有权依法请求行为人承担民事责任;死者没有配偶、子女且父母已经死亡的,其他近亲属有权依法请求行为人承担民事责任。”就立法渊源考察,《民法典》显然是对《解释》的全盘承接,因为遗体、遗骨具有同一性,除删去“遗骨”外,其他内容完全一致。

#### (一)权利指涉对象是生者还是死者?

就语义表达和立法目的考察,上述两文本之间的差别很微妙:《解释》所谓“侵权”,侵害的是谁的权利?从文义表述来看,是侵害了死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体等各项权利。但《解释》的目的并非保护死者的权利本身,而是死者近亲属因上述侵害行为遭受了精神痛苦,故赋予其诉权。按照《民法典》第994条的上下文义解读,虽然侵权的对象也是死者的权利,但立法目的却定位于保护死者的利益。近亲属的介入仅仅是基于特定的身份关联,故赋予其诉权。至于生者是否享有权利,享有何种权利,如何保护,则隐而不发,需运用体系化解释方法进行推导。所以说微妙,是因为《解释》旨在保护作为生者近亲属的权利,死者的权利仅仅是一种媒介、工具、手段;而《民法典》的立法宗旨显然是定位于保护死者权利本身!《民法典》第994条超越了《解释》的保守、被动立场:既解决了死者人格权益侵害的可诉性问题和诉讼主体资格问题,又通过人格权独立成编解决了死者人格权益的本权、原权问题,还进一步解决了死者近亲属基于身份权保护死者权益和基于自身人格权寻求独立保护的问题;在实现“生—死”关联的同时,回归传统祭祀权保护模式,既保护死者的安宁权,也保护生者的人格权。

#### (二)法权属性:死者享有的是权利还是权益?

“权利”“权益”之称绝非单纯的语言修辞差异与立法技术选择的结果,而是因为对价值认知的差异,对死者与生者的权利或权益本质上进行位阶区分并在保护力度和范围大小上存在差异。

1. 最高人民法院解释立场的变化。在《解释》出台以前,我国法律将死者的利益界定为权利,但保护范围仅限于名誉权。在1988年《最高人民法院关于死亡人的名誉权应依法保护的复函》中,最高人民法院首先承认死者享有名誉权,认为理应依法予以保护。在1990年《最高人民法院关于范应莲诉敬永祥等侵害海灯法师名誉权一案有关诉讼程序问题的复函》中,最高人民法院也明确认定,海灯死亡后,其名誉权应依法保护,作为海灯的养子,范应莲有权向人民法院提起诉讼。1993年《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》第5条也明确回应了学界和民间的关注。该条规定:“死者名誉受到损害的,其近亲属有权向人民法院起诉。近亲属包括:配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女”。《解释》虽然扩大了死者权利的保护范围,但却没有沿用此前标准缀以“权”字,无疑从司法审判方面否认了死者享有具体而独立的人格权,最多享有人格权益。

2.《民法典》第994条的体系化解释。《民法典》第994条位于人格权第1章“一般规定”之中,且位于生者人格权保护之后,此安排无疑承认了死者各项人格利益保护的独立性和重要性。但从名实关系的角度看,死者的各项权利之后都没有缀以“权”字,只能认定为权益。《民法典》的亮点之一就在于通过特别的体系安排,以法典的形式解决了死者人格权益的保护问题,实现了死者—生者之间利益的逻辑推导和价值衡量。就逻辑推导而论,《民法典》第994条隐含的逻辑前提可以概括为以下几个方面:(1)死者人格权益不仅存在而且与生者人格权受民法典的一体保

护；(2)因特定的身份关联，近亲属基于身份权而享有特定的人格权或人格权益；(3)因身份牵连，侵害死者人格权益，必然侵害生者人格权或人格权益。就价值衡量而论，《民法典》最大的进步是死者权益不再是一种工具、手段、媒介，而是直接承认死者人格权益的独立性。这既是对传统祭祀法权有效的制度回归，也是对民间习俗高度的立法认同。按照《民法典》第994条的文义表达，除了人格权编第2章所列物质性人格权，即生命权、身体权、健康权外，死者享有和生者相同的其他标表性、精神性人格权益。如此，《民法典》第994条与第185条(英烈保护条款)形成一种互动共证的关系，共同承载着对死者利益的保护。那么，这两个条款是否重复呢？从严格意义上讲，这两个条款都是以保护死者人格权益为要旨，但《民法典》第185条显然与第994条有区别：(1)第185条是对特定英雄烈士等特殊主体的特别保护条款，同时还有维护社会公共利益的立法考量；(2)第994条维护的仅仅是一般死者的名誉、荣誉、隐私等各项权益，在保护死者利益的基础上一并保护有利益关系的近亲属的个人权利，为其诉请精神损害赔偿提供请求权基础。

### (三)《民法典》第994条项下的“近亲属有权”之“权”属于何种权利？

死者人格权益的独立既解决了此类案件的可诉性问题，也解决了其近亲属的诉讼主体资格问题。但随之而来的问题是：死者近亲属的权利究竟属于何种权利？是否涵摄特定的身份权？是否受诉讼时效的限制？

1.死者近亲属的权利是实体性人格权还是程序性诉权的问题。作为司法解释，《解释》虽然承认死者的人格权益，但其重心并非旨在确证权利或权益，而是旨在赋予死者近亲属程序性诉权。虽然《民法典》第994条承继了《解释》的保护模式，但人格权独立成编的体系设计显然超越了《解释》的话语情景，不但关注程序性诉权，而且致力于确证本权。质言之，《民法典》第994条项下的“近亲属有权”之“权”理应包含两个方面的内容：(1)因立法承认死者名誉、荣誉、隐私等各项权益，故死者的权利属于本权、原权，如果遭遇他人不法侵害，那么死者近亲属维护的是死者的人格权益。(2)如果他人不法侵害死者人格权益导致死者近亲属人格权利遭受侵害，那么活着的死者近亲属有权按照人格权编相关规定寻求权利救济，其本权或原权属于自身所享有的人格权利。如此解读，一方面可以解释人格权独立成编模式下死者—生者权利的互动状态及其各自的归属，亦体现了人格权独立成编的司法效能；另一方面，有利于矫正此前的单向侵权责任法保护的缺陷，彰显死者人格权利的独立性和可诉性。《民法典》第994条制定之前，对死者人格权利的承认并非旨在独立保护其权利，而旨在保护活着的近亲属的利益。故遵循侵权事实—损害后果这一逻辑，借死者之人格利益保护生者之现实精神利益，进而区分出权利侵害、利益侵害、义务违反等侵权行为类型。不过，这种做法忽视了死者之本权和原权，对生者之本权和原权亦不甚了了，仅仅以“精神痛苦”为由判决侵权人承担精神损害赔偿赔偿责任。如前所论，传统的祭祀权天然包含两个维度的权利：一是死者的安宁权；二是生者的身份权和人格权，以及基于身份和人格派生的其他权利。由是论之，《民法典》第994条明确了死者、生者各自的本权、原权，其立法模式更接近于传统的祭祀法权。

2.死者近亲属的权利是否涵摄身份权的问题。有学者主张，祭奠利益具有自由属性而非义务属性，不符合身份法律关系要素；同时，祭奠利益具有对世性而非相对性，故不可能产生身份利益。<sup>①</sup>这一论点既难与传统法权吻合，也背离了《民法典》的立法宗旨，否定了《民法典》第994条

<sup>①</sup> 参见曹相见、迟莉佳：《论“祭奠权”何以不能》，《学习与探索》2019年第11期。

所确证的权利结构。从文化层面考察,祭祀是生者对死者的绝对身份义务和身份权利。按照法国学者库朗热的观点,祭祀是最原始的义务观念,也是最古老的道德法则。同时,亲缘群体是一种独立的身份团队,祭祀具有严格的身份性、排外性,外人不得参与。<sup>①</sup> 后来这种义务群才逐步演化为权利—义务共同体,祭祀既是一种身份权,也是一种身份义务。从法权层面考察,死者与生者之间基于身份关联而产生利益关联。无论是保护死者之安宁权,还是维护生者之人格权,都是以特定的身份关系为前提的,也是以维护特定的身份利益为目的的。近年来高发的祭祀权纠纷,很多都是当事人基于身份权受到侵害引发人格权受损而诉请人民法院保护。从立法目的考察,《民法典》第 994 条之设,固然是遵循“事死如事生”的传统,认可死者以人格权益,但其本旨除了保护死者利益外,同时还保护死者近亲属的身份利益和人格利益。按照《民法典》第 112 条的规定,自然人因婚姻家庭关系等产生的人身权利受法律保护。在《民法典》第 110 条已经规范人格权的前提下,第 112 条显然指向的是身份权。同时,根据《民法典》第 1001 条的规定,对自然人因婚姻家庭关系等产生的身份权利的保护,适用有关婚姻家庭的相关规定;没有规定的,可以根据其性质参照适用人格权保护的有关规定。由此不难看出,《民法典》第 994 条、第 112 条、第 1001 条之间具有关联性,形成了一个动态、互助的权利体系:活着的近亲属既可以是单纯为了死者的人格权利而提起诉讼,也可以因死者和自身人格权利遭遇侵害一并起诉,通过身份关联实现并保护利益关联。催生《民法典》第 185 条的指导案例也足以证明上述观点。最高人民法院第 99 号指导性案例“葛长生诉洪振快名誉权、荣誉权纠纷案”<sup>②</sup>(以下简称“葛长生案”)最为典型。对于此案,无论是北京市西城区人民法院作出的初审判决,还是北京市第二中级人民法院作出的终审判决,都认为涉案文章的发表、传播,首先损害了英烈人物的“个人名誉和荣誉”,其次才损害了英烈人物近亲属的“个人感情”,对活着的近亲属造成“感情和精神上的伤害”。在对死者—生者进行双重保护的同时,该指导案例还催生、确立了两个程序性规则:(1)英烈人物人格侵权案,原则上由英烈人物活着的近亲属提起诉讼;(2)因事涉社会公共利益,如英烈人物无近亲属或其活着的近亲属不起诉,检察机关可以提起公益诉讼。<sup>③</sup>

3. 死者近亲属的权利是否适用诉讼时效的问题。有学者主张,对死者人格利益的保护,理应适用诉讼时效。若死者活着的近亲属知情的,则其诉请维权的时效期间为一般诉讼时效期间;若死者活着的近亲属不知情的,则最多适用 20 年的最长保护期间。<sup>④</sup> 如前所论,无论是死者独立的人格权益,还是近亲属的人格权利或权益,都属于本权、原权。按照德国学者萨维尼的理论,凡足以称为“原权”者,都具有总体上的相似性,是人对自身的权利,具体包含生命、身体不受侵犯、自由、名誉 4 大类。<sup>⑤</sup> 其中,近代以来的人格抽象理论剥离了死者的物质性人格权,但其名誉无疑仍然受法律保护,其近亲属基于身份关联,既有权利亦有义务维护死者的名誉权,并以此维护自我家族的名誉权。循此逻辑,无论是死者的人格权益,还是生者的人格权,都不应当罹于时效,

① 参见[法]库朗热:《古代城邦——古希腊罗马祭祀、权利和政制研究》,谭立铸等译,华东师范大学出版社 2006 年版,第 117~121 页。

② 参见北京市西城区人民法院(2015)西民初字第 2780 号民事判决书。

③ 参见《葛长生诉洪振快名誉权、荣誉权纠纷案》, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/12/id/3614758.shtml>, 2020-07-18。

④ 参见杨立新:《死者人格利益受法律保护》,《法律与生活》2016 年第 19 期。

⑤ 参见[德]萨维尼:《当代罗马法体系 I》,朱虎译,中国法制出版社 2010 年版,第 260~262 页。

而应当适用《民法典》第 995 条的规定,即“人格权受到侵害的,受害人有权依照本法和其他法律的规定请求行为人承担民事责任。受害人的停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉请求权,不适用诉讼时效的规定”。概言之,《民法典》第 994 条最重大的贡献有二:一是秉承传统法权,顺乎民情民意,确证了死者人格权益的独立性,于人格权编为死者权益保护提供了本权、原权;二是遵循古老祭祀权的保护路径,通过生者与死者之间的身份权、人格权的价值耦合与制度关联对两者进行双重保护,彰显了立法的民族性立场。

## 二、民俗与法权:死者何以享有人格权益?

按照美国学者怀特的文化学理论,文化决定人类的思想、感情和行为,决定一个人的语言、服饰、信仰,甚至决定他如何结婚、饮食和安顿死者。在一定程度上,人仅仅是其所处文化得以表现的工具。<sup>①</sup> 19 世纪之前,中西文化中的祭祀权基本上都承袭着古老的传统和习惯,虽然祭礼、葬仪有所不同,但在价值理念、制度设计、法律责任方面却是异曲同工、殊途同归。随着近代世纪性的剧烈变革,中西祭祀权遭遇了完全不同的历史命运,最终二水分流,各行其道。

### (一) 祭祀风俗与法权建构

《民法典》第 994 条所呈现的文本语义,既承认了死者的人格权益,也涵摄了生者的身份权利和人格权利,应当将其解读为对死者和生者权利的双重保护。自罗马法以来至 19 世纪,西方国家和中国的传统祭祀权都奉行双重保护原则:既保护亡灵的安宁权,也保护亡灵近亲属的身份权和人格权。按照传统中国的民俗和法律,“人死为大”“入土为安”,死者入葬,禁止任何人侵扰、盗掘,否则,既构成对死者安宁权的侵害,也是对生者祭祀权的侵害和人格侮辱。中国自先秦以来即以重刑惩治侵害死者安宁权和生者祭祀权的行为,开启了“盗墓者诛”的刑法传统;汉代加重处罚,盗发墓冢与杀人同罪,磔刑;唐代盗墓,只要开棺见尸骨,比同阳间杀人罪,绞刑;“元明清三代,……一律死刑”。<sup>②</sup> 在罗马法中,对死者的尸体、坟墓、葬礼和名誉的攻击,既是对死者权利的侵犯,也是对死者继承人的侵犯。<sup>③</sup> 即便于无夫权的婚姻中,妻子虽然不能取得丈夫宗亲的身份,但亦有权参加夫家的祭祀。<sup>④</sup> 日耳曼法同样遵循这种逻辑。根据伦巴德王国的法律,侵犯死尸既是对死者荣誉的严重侵害,也是对死者家属荣誉的侵害,赔偿金高达 900 索尔第。即使没有亲属,罚款也会由国王法院收取。而根据同时代的法律,挖掉他人眼睛,割掉舌头(或耳朵、鼻子)、阉割男性自由民等严重的人身侵权,一般也才赔偿 100 索尔第。<sup>⑤</sup> 而在法兰克王国,其处罚更为峻切严苛:一个人如果盗墓掘尸,他将被宣告构成“法律保护之外”的重罪,从而失去一切权利,不能居住于人间,只能藏身于森林,成为“森林中的游荡者”,任何人杀死他都不承担法律责任。<sup>⑥</sup> 即便步入 21 世纪,传统中华法文化圈如日本、韩国以及我国台湾地区,仍然秉承传统,强

① 参见[美]怀特:《文化科学——人和文明的研究》,曹锦清等译,浙江人民出版社 1988 年版,第 323~340 页。

② 参见王子今:《中国古代惩治盗墓行为的礼俗传统和法律制度》,《重庆师范大学学报》(社会科学版)2009 年第 3 期。

③ 参见周枬:《罗马法原论》(下),商务印书馆 2016 年版,第 875 页。

④ 参见周枬:《罗马法原论》(上),商务印书馆 2016 年版,第 210 页。

⑤ 参见李秀清:《日耳曼法研究》,商务印书馆 2005 年版,第 346~368 页。

⑥ 参见李秀清:《日耳曼法研究》,商务印书馆 2005 年版,第 368~376 页。

力维护祭祀权。例如,我国台湾地区所谓的“新刑法”第18章(第246~250条),分别规定了“侮辱宗教建筑物或纪念场所罪、妨害祭礼罪”“侵害尸体罪、侵害遗骨遗发殓物遗灰罪”“发掘坟墓罪”“发掘坟墓结合罪”“侵害直系血亲尊亲属尸体坟墓罪”,其对祭祀权保护之细微程度尤甚于清代刑律的保护。

## (二)逻辑与价值:祭祀权的社会效应

追寻古代法统和《民法典》第994条的立法原意,旨在从逻辑与价值两个方面说明生者与死者之间的身份关联与利益关联。在传统祭祀权中,亲缘团体既是身份共同体,也是利益共同体,团体成员休戚与共、荣辱与共。就逻辑层面而论,如果死者于法权领域不享有权利,那么生者之权利无由而生,无权可凭;就价值层面而论,如果否认死者的权利,那么无疑也阻却了生者的权利。这就是对传统祭祀权进行双重保护的真正原因所在,也是《民法典》第994条的制度价值所在。此种逻辑和价值源于古老的祖灵崇拜。按照美国学者罗斯的社会控制理论,在中国和日本,祖先崇拜是实现社会控制的有效力量。美国学者科尔库恩则敏锐地观察到:祖先的权威似乎是维护民族统一的力量,他们和子孙是一个整体。<sup>①</sup>而根据美国学者斯梅尔瑟的经济社会学理论,传统祭祀权既塑造了共同价值理念,也有效实现了社会控制,形成了特定的社会结构。<sup>②</sup>具体而言,传统祭祀权的法权价值和社会效应体现为以下3个方面。

1.确立价值观念。此点构成社会结构及其相关行为合法化的前提。根据库朗热的考证,在古人的思想中,每一死者都是一个神,而礼敬死者是人类最古老的宗教。<sup>③</sup>人类凭借此种灵魂信仰建构死者与生者之间的身份关系和利益关联,但更重要的目的是建构同一祖先后代子孙之间的身份关系和财产关系。库朗热特别谈到,祖灵崇拜在现代科学面前可能显得虚妄可笑,但其塑造的众多价值理念却延续至今。显例如近代民法典出现的所有权神圣不可侵犯理念,就来自古老的祭祀权,因为早期的家产不可与家神分离。<sup>④</sup>在中国传统文化中,祭祀文化源自“事死如事生”的道德哲学传统,是沟通生者与死者之间的仪式和象征,并由此产生两个良性互动:一是生者向死者传导的是感恩与敬畏,二是死者向生者传导的是生命的尊严与可贵。由此,传统祭祀对象是祖先、亲人,不是狐仙妖魔,其价值诉求无非追思感恩、慎终追远、继往开来,但其更高位的价值目标是团结族众、维护稳定。从这种意义上讲,祭祀权既是中国的古老法统,也是现代社会的价值共识,从炎黄子孙的身份认同到对死去亲人的悼念,既是个体情感抒发的民俗仪式,也是贯通家庭、民族的文化桥梁。

2.确立特定规范和互动标准。德国哲学家康德认为,法律首先产生于习俗与人民的普遍信仰,是一种潜在无声而又前行不懈的伟大力量,并非学者发明之功,更非立法者的专断意志所能孕就。该观点为萨维尼所宗奉并发扬光大,他认为“一切法律本来是从风俗与舆论而不是从法理学形成的;也就是说,从不知不覺的活动力量而不是从立法者的武断意志形成”。<sup>⑤</sup>祭祀祖先和

① 参见[美]E·A·罗斯:《社会控制》,秦志勇、毛永政译,华夏出版社1989年版,第102页。

② 参见[美]尼尔·斯梅尔瑟:《经济社会学》,方明、折晓叶译,华夏出版社1989年版,第45页。

③ 参见[法]库朗热:《古代城邦——古希腊罗马祭祀、权利和政制研究》,谭立铸等译,华东师范大学出版社2006年版,第10~13页。

④ 参见[法]库朗热:《古代城邦——古希腊罗马祭祀、权利和政制研究》,谭立铸等译,华东师范大学出版社2006年版,第315页。

⑤ [德]萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第11页。

同类是人类特有的显性仪式,也是法律的最早源头。英国学者王斯福认为,中国古代的神灵崇拜与西方国家的大异其趣,并非基于超越经验的理性、圣性、神性获致终极命题而赋予,而是通过仪式获得权威,借此实现社会关系的稳定、维持、延续。因此,崇拜与文本特别关注的不是信仰本身,也不是神灵本身,而是仪式是否举行、操作行为是否得当的过程处理。正因如此,中国的神灵信仰更多的是俗界的秩序追求,仪式也就成了“表演性界分”和“操作性行动”。<sup>①</sup> 简言之,传统中国的祖灵崇拜和祭祀仪式并非为了获得超验的精神解脱和灵魂升华,而是为了俗界的秩序和活着子孙的权利,是通过确立特定的行为规范为生者提供人际互动标准。近年来出现了多起同案不同判的墓碑署名案例,<sup>②</sup>这主要是因为成文法未能确证死者的权利,导致有利益关系的生者之间的权利亦无从定性定位。不过,2011年湖南省新田县的一个案例<sup>③</sup>却有所不同。在该案中制作墓碑的人在父母墓碑上只刻自己一家的名字,拒绝其他兄弟姐妹上碑。其他亲人共同起诉,要求保护自己在父母墓碑上的“署名权”。一审人民法院法官的推理特别人性化:墓碑既是逝者安葬地的标志,也是承载亲属哀思的纪念物;墓碑的署名既是特定身份关系的体现,更是人格权的体现。最后,审理该案的人民法院判决当事人侵害了兄弟姐妹祭奠、悼念的权利,可谓入情入理。

3.提供制约措施。对死者的祭祀虽然具有功利性、世俗性,但传统中国对死去祖先和亲人的感恩和敬畏背后隐含着极为深沉的人伦情愫,融合了纯度极高的信仰礼敬要素,并通过特定的仪式进行表达,由此生成的规范对所有人都有约束力、控制力。这种“信仰+祭祀”模式很接近英国学者弗雷泽对宗教的定义。弗雷泽所谓的宗教系指“对被认为能够指导和控制自然与人生进程的超人力量的迎合或抚慰”,是“信仰+行为”的结合体。如果只有信仰而无行为,那么就只能是“神学”而非宗教。<sup>④</sup> 共同的信仰和共同的行为规范产生文化迫力,使得每一个人都必须遵循角色规范,一旦违反,就会招致嘲笑、孤立、强制,以矫正其偏离角色期望的越轨行为。瞿同祖认为,传统儒家礼的核心是家族与社会身份。始于周代的宗法制度赋予宗子以祭祀、财产、事务管理等诸项权利,宗法制度衰落后,家长、族长成为政治、法律的基本单位,家国一体,家长、族长不仅掌握了宗教祭祀权、财产管理权、惩罚权,而且成为国法所认可的“初级司法机构”。<sup>⑤</sup> 而连接这种文化信仰、社会结构的根基、底座、链条都是传统的祭祀法权。此点可以解释为什么从周秦到清末,各朝代对盗墓掘尸者一直处以极刑、重刑的真正原因:盗墓掘尸不仅侵害了死者及与其有利害关系的生者的权利,而且还会破坏价值共同体,动摇家族、社会的根本。实际上,除了对尸体进行高位阶保护外,凡是与祭祀相关的财产都属于特殊物,不得自由买卖,不得妄行侵占。以宋代为例,法律不仅强力保护尸体、坟墓,而且对于墓葬区的林木、土石也一体保护,不得交易。<sup>⑥</sup>

### (三)死者人格权益保护的解释论立场

古今中外的法律为什么对死者权利加以保护?或者说,死者死亡之后的权利为什么还有持续力?据笔者目力所及,法律保护死者权利的理由可用以下3种理论进行解释:(1)“人格延续

① 参见[英]王斯福:《帝国的隐喻:中国民间宗教》,赵旭东译,凤凰出版传媒集团、江苏人民出版社2008年版,第13~14页。

② 参见刘云生、卢桂:《祭祀权:法权认知与制度再造》,《求是学刊》2016年第3期。

③ 参见湖南省新田县人民法院(2011)新法民一初字第356号民事判决书。

④ 参见[英]弗雷泽:《金枝》,徐育新、汪培基、张泽石译,大众文艺出版社1998年版,第77页。

⑤ 参见瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局1981年版,第21~326页。

⑥ 参见李焘:《续资治通鉴长编》,中华书局1995年版,第1109页。

说”。按照英国学者泰勒的人类学理论,在早期万物有灵论时代,人死亡之后,其自然性人格并未消失,而是以另一种样态存在的,甚至可能再度回归家族。因此,墓葬文化和祭祀文化从远古到近代,从非洲到欧洲、美洲都普遍存在。祖先被想象为一种自然力人格形态,保有独立的力量和能量,并且保有人一样的个性化特征,是史前自然哲学的遗留。<sup>①</sup>正是基于这种信仰,罗马人对死者保有极大的敬畏之心,认为不尊重亡灵会招致灾祸,因此死者的墓葬与自由人一样受法律的平等保护。<sup>②</sup>相较之下,死者的权利和地位还优胜于生者。因为罗马人认为死者属于低级的神,即使是葬于他人土地而构成侵权,但非经大祭司或皇帝发布挖掘令,土地所有权人也不得擅自将尸体、骨灰掘开迁移。<sup>③</sup>(2)“互渗律”。法国社会学家列维-布留尔的“互渗律”也可以用于解释祭祀权产生的原初依据。在《原始思维》中,列维-布留尔提出一个命题:根据人类思维的原逻辑判断和集体表象理论,此表象与彼表象可以基于特定解释规则发生关联。此即所谓“互渗律”。<sup>④</sup>生者与死者之间因为特定的身份关联和利益关联,具有人格上的互渗性。即便已经死亡,这种人格仍然与生者保有神秘关联。人类正是凭借这种神秘关联,培育善恶是非的道德正义,并延伸出秩序、安宁、团结等价值诉求。这种命题逻辑可以有效解释传统中国对死者的一种行为取向——“人死为大”。因为正常死亡的亲人一般都是尊亲属,世俗的尊卑人伦被直接位移至生者、死者之间,死者由此仍然享有高于生者的法权地位。美国学者欧中坦在分析我国宋代亲邻优先权时,发现根据“墓田为上”的规则,祭祀权完全可以阻断亲邻优先权,因为墓田是祖先尸骨所在、灵魂所居,理应优先于俗人的财产权利。这既是中国式天理,也是中国式人情。<sup>⑤</sup>(3)“拟制说”。这种学说与近代“人格拟制说”接近。按照英国学者弗雷泽的理论,早期巫术为了获取人心,攫取公共权力,往往想象、比附亡灵与生者之间的特定关系并赋予其一定的人格,凭借此种手段对生者的人格进行扩张或限缩。此种行为在客观上促进了人类文明的发展,故弗雷泽称其既是“谬误之子”,也是“自由和真理之母”。<sup>⑥</sup>延及现代,一般认为死者人格的拟制和赋予是为了以神助政。美国学者武雅士分析了传统中国社会的宗教和仪式,认为祖灵崇拜就是凭借神灵信仰获得权力和裁决的合法性、支配性效力。如此施为,既吻合民间信仰体系中的人神之间的神秘关联,也有助于构建和谐相处、消弭矛盾的善良风俗。<sup>⑦</sup>

上述3种解释方法,都肯定死者如生者一样仍然享有特定的权利或权益,不因生命终止而消亡,是对死者权益保护的历史文化解释,同时也印证了罗斯对于法律起源的假设:法律的根源是古老的观念和民间的习惯。<sup>⑧</sup>从制度功能上,也证明了库朗热的基本观点:对死者权利的保护,催生了为人做事的基本原则,也催生了所有权、继承权等基本制度,更推动了家庭、胞族、部落、城

① 参见[英]爱德华·B.泰勒:《人类学——人及其文化研究》,连树声译,广西师范大学出版社2004年版,第325~335页。

② 参见周栢:《罗马法原论》(上),商务印书馆2016年版,第250页。

③ 参见周栢:《罗马法原论》(上),商务印书馆2016年版,第346页。

④ 参见[法]列维-布留尔:《原始思维》,丁由译,商务印书馆1987年版,第31~69页。

⑤ 参见[美]欧中坦:《解释群体——清律释义》,载陈煜编译:《传统中国的法律逻辑和司法推理——海外学者中国法论著选译》,中国政法大学出版社2016年版,第55页。

⑥ 参见[英]弗雷泽:《金枝》,徐育新、汪培基、张泽石译,大众文艺出版社1998年版,第74页。

⑦ 参见[美]武雅士:《中国社会中的宗教与仪式》,彭泽安、邵铁峰译,江苏人民出版社2014年版,第22页。

⑧ 参见[美]E·A·罗斯:《社会控制》,秦志勇、毛永政译,华夏出版社1989年版,第88页。



邦的诞生。<sup>①</sup> 以财产权为例,英国学者齐格蒙·鲍曼认为,传统家族的血缘亲情与道德互动虽然不乏温馨成分,但于家族财产层面却存在一种“粘液”属性,使人产生丧失自由的恐惧。最核心的问题是产权模糊、权力腐败以及囿于身份伦理进行不公正分配等。<sup>②</sup> 鲍曼指向的无疑是传统家族的公有制或共有制。用此种逻辑解释西方家族固然具有一定的真实性、合理性,但用于解释传统中国的家族公有制或共有制则有失公允。传统中国之家族财产公有制产生于同一祭祀权和同一身份权,确实存在鲍曼所指陈的各种缺陷,但鲍曼却忽略了祭祀权统率下共有财产权的强大注塑力。一方面,家族共有制财产是维系族群公共生活(祭祀、公共设施)、赈济贫弱的最重要基础,在缺乏社会保障的时代,此项制度有着极为重要的法权意义和道德价值。另一方面,根据家族自治法,家族共有制财产之管理很科学,利益分配也无限接近于公平,不会出现鲍曼所担心的道德风险和分配风险。例如,传统“公产”一般包括祭田、义田、学田,用于祭祖、贍族、办学及族中公益。对于“公产”之管理经营、获益分配甚至出租,每一个成年家族成员均享有知情权、平等分配权、监督权。因为事关公益、公平,历代家法对于公产的处理都极为谨慎。正因为祭祀权具有最终控制力,所以家族公有制或共有制财产制度才能一直延续至民国时期。

### 三、衰減与重构:祭祀权的中国路向与民族性表达

西方祭祀权衰落于 13 世纪,彻底沦陷于 19 世纪。从宏观层面考察,西方祭祀权的衰落有两个原因:一是家族组织衰落,二是基督教勃兴。根据法国学者布洛赫的论断,欧洲亲族群体在 13 世纪后不断遭受公共权力侵入,个人甚至会被公权力机构强行逼迫发誓脱离亲属团体,最终亲族组织难以为继而走向衰落,并不断被新兴公权力组织挤压甚至替代。<sup>③</sup> 到了近代工业社会,强大的组织化分工和自由劳动加剧了家庭功能的分化,家庭不再是一个生产单位和内部自我管理单位。美国学者斯梅尔瑟列举了家族组织衰变的 5 种表现:(1)子承父业现象减少;(2)亲缘难以控制非亲缘手工业、工业招募劳动力及管理人员;(3)家族尊长对核心家庭的控制力减弱,家族不断分化为小型家庭;(4)家族对工种、择偶、婚姻都丧失了发言权和控制权;(5)妇女性别角色发生变化。<sup>④</sup> 每一种表现都是对传统亲族共同体原有法权的摧毁,作为家族组织基本法重要内容的祭祀权也随之瓦解坍塌。基督教的勃兴源于罗马人的宗教征服,在基督教教义中,上帝取代了具体人伦,代替祖先成为另类的至高无上的存在。库朗热由此感慨,基督教的胜利意味着古代社会的终结。因为罗马人征服的首先是宗教,其次是政府,再次就是个人权利。<sup>⑤</sup> 组织和信仰两个方面的合力对西方传统祭祀权构成毁灭性打击力量。这种社会力量必然影响到近代民法典的权利建构,人格抽象理论的证成最终将祭祀权从法权中剥离抛弃。

#### (一)人格与人格权的双重否弃

<sup>①</sup> 参见[法]库朗热:《古代城邦——古希腊罗马祭祀、权利和政制研究》,谭立铸等译,华东师范大学出版社 2006 年版,第 9~121 页。

<sup>②</sup> 参见[英]齐格蒙·鲍曼:《后现代性及其缺憾》,郇建立、李静韬译,学林出版社 2002 年版,第 27~28 页。

<sup>③</sup> 参见[法]马克·布洛赫:《封建社会》(上卷),张绪山译,商务印书馆 2012 年版,第 240~243 页。

<sup>④</sup> 参见[美]尼尔·斯梅尔瑟:《经济社会学》,方明、折晓叶译,华夏出版社 1989 年版,第 172 页。

<sup>⑤</sup> 参见[法]库朗热:《古代城邦——古希腊罗马祭祀、权利和政制研究》,谭立铸等译,华东师范大学出版社 2006 年版,第 352~360 页。

《法国民法典》和《德国民法典》确立了近代民法典的人格理论,其中包括最重要的两个命题:其一,有人格才有人格权;人格消灭,人格权消灭。由此,祭祀法权的链条断裂。其二,人格的存在、灭失基于出生与死亡的事实,人格权遵循同等的逻辑。由此,死者权利被全盘消解、移除。更重要的是,随着个体人格的凸显,个体实现了从传统家庭的脱离,最终与家族祭祀绝缘。家的隐喻不再是瑞典哲学家罗森伯格所谓的“温柔圈”,而被贬斥为理想化的小型共同体,是具有独特性的人类群集,具有“同质性”和“共同性”,但却没有反思、批判、试验的动力,是“一个从摇篮到坟墓的安排”。鲍曼甚至反驳罗森伯格,认为所谓的“温柔圈”,实则是一种被包围的堡垒,既要承受外来“攻击”,又要承受内部撕裂。家能为个体提供确定性、安全感和信任感,但个体的代价就是牺牲自由意志和独立人格。<sup>①</sup> 家的组织分化、功能弱化和个体的人格独立从外部瓦解了家庭祭祀的栅栏,而唯有生者享有人格和人格权则从内部销蚀了家庭祭祀的基座,最终死者在传统祭祀权中的人格和人格权被排除在近代人格理论之外。

## (二)异位移植与法权变异

为实现人的平等和自由,近代民法的人格理论有3个显性特征:理性至上、个体至上、主体唯一。理性至上排除了传统祖灵崇拜中的非理性或感性直觉;个体至上排除了对家庭祭祀的精神依赖和经济依赖;主体唯一排除了祖灵在传统法权中的神格与崇高地位,最终全盘颠覆祭祀权。

在法律技术领域,主体、权利主体、权利能力、法律人格等概念体系被作为一种技术工具,用以构筑私法之主体性价值体系,以人为本,实现私法所追求之社会正义。《法国民法典》在民法史上首次确立了以个人主义为中心的法律原则。《德国民法典》构建并推广了权利能力概念,该法典第1条明确规定:“人的权利能力自出生完成之时开始”。《奥地利民法典》第16条规定:“任何人生来就因理性而获有明确的天赋的权利,故得作为(法的)人格而被看待”;第18条规定:“任何人都具有在法定条件下取得权利之能力”。通过上述立法表达,近代民法致力于营造一种以生者为中心、以利益为关联的私法人格。依德国学者古斯塔夫·博莫尔所论,该人格植根于启蒙时代,以追求自由和平等为目标,其所彰显之“人”自然表现为理性而又利己之抽象的个体化的人,“是兼容市民及商人的感受力的经济人”。<sup>②</sup> 这是一种知识的改写,也是一种权力的重塑,是将传统祖灵的尊崇地位向世俗生者的异位移植。按照法国学者福柯的知识考古学理论和“相似性”假设,祭祀权既是一种“文化代码”,彰显的是一种远古时代的事实存在的“秩序”,也是一种“知识空间”的“构型”。祖先与子孙之间具有“相似性”,也具有“亲和力”,祭祀权是古典时代表象理论与自然秩序的法权表达。在福柯看来,从远古一直到17世纪初,“相似性”都是西方文化知识的创建者,主导着文本的解读与阐释,组织着符号的运作,引导着表象世界的艺术。但这一切,在19世纪戛然而止,基于理性价值和客观形式所产生的确定性消解了祭祀权的神圣性,从身份和人格两个方面将人和祖先彻底隔断,理性的光芒遮蔽了神性的光芒。<sup>③</sup> 正是从这种意义上,怀特认为,西方传统家庭祭祀很难在先进的科学体系和道德体系中保有自己的地位,祖灵崇拜、祭

① 参见[英]齐格蒙特·鲍曼:《共同体》,欧阳景根译,江苏人民出版社2003年版,第8~12页。

② 转引自[日]星野英一:《私法中的人》,王闯译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第8卷,法律出版社1997年版,第154页。

③ 参见[法]福柯:《词与物——人文科学考古学》,莫伟民译,上海三联书店2001年版,《前言》第5~9页、第23~40页。

祀仪式及其法权建构对很多民族渐渐失去了神圣的光环和现实的调控力量。最终,家庭祭坛沦为废墟。<sup>①</sup> 19 世纪以后,西方的祭祀权遁入民俗、道德领域。

### (三)祭祀权的中国路向与功能识别

中国的祭祀权也遭遇了世纪性危机。但与西方祭祀权的没落、衰减不同,中国的祭祀权因为其鲜明的民族性和牢固的文化根基,一直普及于民间习俗、习惯,弥漫于各类节庆、仪式之中,并在改革开放以来渐次复活进而重返法权领域。从这种意义上讲,《民法典》第 994 条无疑是民族性的法权表达,是对民情民俗和古老传统的积极回应。从民族性的角度看,《民法典》第 994 条的规范功能远远超出法律影响之外,就其大者要者而论,该条的文化功能表现在以下 3 个方面。

1. 人伦维护。中国家族的历史命运及其与国家的关系与西方的截然不同。自周秦至今,家国都是二维互动的法权结构。家族既是基本的人口生产与再生产单元,也是基本的财产聚合单元和战争军事单元,<sup>②</sup>更是一个个相对封闭的社会管理单元。美国学者费正清据此判定,与西方文明发展路径不同,于传统中国而论,不是个人、国家、教会而是家庭组成了最重要的社会单位。个人必须且只能从家庭、家族活动中获得经济资助以及安全、教育、社会交往、娱乐等所需的各类资源。最终,中国整个的伦理体系也倾向于以家庭、家族为中心,而不是以上帝或国家为中心。<sup>③</sup> 法国汉学家汪德迈甚至认为,即便到了 21 世纪,中国家族仍然是人口再生产的基本单位,还担负着经济、教育甚至政治的功能。单就此点而论,中西文化就属于“差异性文化”,不能用自有标准去解释、评价他国文化。<sup>④</sup> 家族的延续和家国二元关系传承了祭祀权并维系着家庭的基本人伦和社会的稳定。就基本人伦维护而言,美国学者史华兹认为,祭祀文化中的死者几近于人类学家法国列维-施特劳斯所谓“远古心灵”思想结构群,源自经验世界对自然与社会关系的价值添加、比附,通过死者与生者的同源相似性和关联性确立基本人伦秩序和行为规范,对外进行自我识别与身份区分,对内获取获得感、归属感、信任感和责任感,最终实现自我形象的设计与表达。<sup>⑤</sup> 就此而论,《民法典》第 185 条的功能与第 994 条的功能具有一致性,都是从私权层面维护基本人伦和情感需求,通过人伦维护,实现社会稳定。

2. 价值传输。日本学者沟口雄三认为中西文化异途,西方标准既不能客观衡量世界的存在,亦不能完整包容不同的文化。近代以来的西方哲学以“人一神”关系为核心,强调科学与逻辑,对自然的观测排除一切“价值和伦理的判断”。而中国哲学则以“天一人”关系为轴心,自然的存在方式直接被理解为伦理的存在方式。<sup>⑥</sup> 因此,中国是迥异于西方文化存在的独立世界,有着“内

① 参见[美]怀特:《文化科学——人和文明的研究》,曹锦清等译,浙江人民出版社 1988 年版,第 348 页。

② 丁山先生认为,所谓“族”,于甲骨文中,系由旗帜与箭头构成,“矢所以杀敌,旗所以标众,其本谊应是军绿的组织”。因此,“族制的来源,不仅是自家族演来,还是氏族社会军旅组织的遗迹”。丁山:《甲骨文所见氏族及其制度》,中华书局 1988 年版,第 33 页。

③ 参见[美]费正清、[美]赖肖尔:《中国:传统与变革》,陈仲丹、潘兴明、庞朝阳译,江苏人民出版社 2012 年版,第 13 页。

④ 参见[法]汪德迈:《中国文化思想研究》,中国大百科全书出版社 2016 年版,第 13 页。

⑤ 参见[美]本杰明·史华兹:《古代中国的思想世界》,程刚译,江苏人民出版社 2004 年版,第 19 页。

⑥ 参见[日]沟口雄三:《中国的思维世界·题解》,载[日]沟口雄三、[日]小島毅主编:《中国的思维世界》,孙歌等译,江苏人民出版社 2006 年版,《题解》第 3~5 页。

在化”的伦理、习惯和价值观念。<sup>①</sup> 有学者进一步认识到,中西法律的差别不在于认识论层面,而在于本体论层面。两者属于异质性文化,如“油与水”,不可兼容。<sup>②</sup> 美国学者怀特也充分意识到祭祀文化在中国所具有的独特的哲学和道德功能。他认为,作为一种简单而长期的信仰,中国的祖灵崇拜既有哲学上的功能,也有道德上的功能。祖灵崇拜的一大功能就是让后代子孙保有敬畏之心和感恩之心,积极向善,不得为恶。<sup>③</sup> 换言之,在中国祭祀文化中,祖先和死者从来都不是高高在上的牌位,而是与子孙后代进行心理沟通的能动者,是身份关联的标识,更是道德正义的引领者和正向价值的传输者。

3. 共同体塑造。近代以来,“家”与“国”脱钩,个体与家庭脱域,政治国家不再需要血缘家庭的拟制,政治的公域与家庭的私域分化解纽。但是,在社会治理层面,家庭作为一个实存的血缘共同体,仍然是一个基本的法权单元,发挥着塑造个体身份认同的作用,并承担着为个体输送、供给重要资源的社会角色。因此,在一切资源尚未达到可以回应个体主义所需的分配诉求前,家户制仍然是中国社会的根本结构,只能践行传统“家庭主义”的行动逻辑,以家庭为意义世界的内核。《民法典》第994条践行的正是这种行动逻辑,在彰显民族性的同时,担负着重塑、重构价值共同体和利益共同体的历史重任。相比之下,按照西方的经验,一旦家族互惠功能消失,那么就会导致社会疏离甚至解体。<sup>④</sup> 但在英国学者马林诺夫斯基的文化理论视野下,唯有祭祀权才能通过文化迫力,在满足精神需求的同时,实现社会团结、文化传递、群体化生存。<sup>⑤</sup> 也正是在这种意义上,美国学者保罗·卡兹认为,祭祀权及其相关仪式构成中国法律文化的最重要元素。<sup>⑥</sup>

#### 四、表征与涵摄:《民法典》第994条的权利谱系与话语策略

根据双重保护规则,《民法典》第994条实际上呈现出两大权利谱系,即表征死者的权利谱系与涵摄生者的权利谱系。

##### (一) 死者的权利谱系

根据《民法典》第994条的条文表述,死者的人格权益包括如下3方面的内容。

1. 物质性人格权益。从严格意义上讲,按照近代以来的人格理论和“人—物”二分逻辑,死者并不存在生命权、身体权、健康权等物质性人格权益。但无论是基于“人格延续说”“互渗律”抑或“人格拟制说”,死者生前对自己死后身体(遗体)的处分应当视为生者人格权的延续,可以自主决定是否捐赠遗体、保留骨灰以及采取何种形式下葬等细节。如果否定该项权利,那么不仅有违人伦,而且还会诱发一定的社会风险。故日本、韩国都以尊重丧主意愿为中介来保护死者的物质性

<sup>①</sup> 参见[日]沟口雄三:《中国的思维世界·序言》,载[日]沟口雄三、[日]小岛毅主编:《中国的思维世界》,孙歌等译,江苏人民出版社2006年版,《序言》第3~6页。

<sup>②</sup> 参见[美]络德睦:《无法之法:“中国法”只是一个悖论?》,载陈煜编译:《传统中国的法律逻辑和司法推理——海外学者中国法论著选译》,中国政法大学出版社2016年版,第234~235页。

<sup>③</sup> 参见[美]怀特:《文化科学——人和文明的研究》,曹锦清等译,浙江人民出版社1988年版,第346~347页。

<sup>④</sup> 参见[美]尼尔·斯梅尔瑟:《经济社会学》,方明、折晓叶译,华夏出版社1989年版,第138页。

<sup>⑤</sup> 参见[英]马林诺夫斯基:《文化论》,费孝通等译,中国民间文艺出版社1987年版,第96~97页。

<sup>⑥</sup> 转引自[美]贾空:《谎言的逻辑:晚清四川地区的诬告现象及其法律文化》,载陈煜编译:《传统中国的法律逻辑和司法推理——海外学者中国法论著选译》,中国政法大学出版社2016年版,第247页。

人格权益。《日本民法典》第 897 条专项规定了“与祭祀相关的权利”，1948 年《日本有关坟墓、埋葬的法律》以及 1999 年修订的《日本有关坟墓、埋葬法律的实施细则》都明确规定立法、执法的宗旨首先是满足国民对祭祀的感情需要，其次才考虑所谓公共福利。但在 21 世纪，古老的祭祀权利应融入现代化的绿色、人文理念，既尊重死者的遗愿，也保护丧主的自由，还契合新时代的价值观。关于此点，韩国的经验颇值借鉴。2000 年修订的《韩国葬事等有关法令》，推行葬礼自由原则，国家推荐火葬，但选择权归属于丧主；若选择火化，则骨灰可自行选择塔葬、墓葬、撒散等方式；如果采用现代营葬方式，将骨灰撒播公园，那么地方政府会为丧主提供免费的祭祀场所和二维码。

2. 标表性人格权益。对于姓名、肖像等标表性人格权益的保护及其商品化权行使，可以比照生者的权利一体保护。因为该类权益具有外在性、可支配性、可交易性，如果遭受侵害或需许可使用，那么权利主体发生位移，可由死者近亲属代为诉讼或行使。<sup>①</sup>

3. 精神性人格权益。对于隐私、名誉、荣誉等精神性人格权益，因涉及死者自身的社会形象和社会评价，故基于双重保护原则应进行独立保护。《民法典》第 994 条的规定及“葛长生案”的审判遵循的正是这一思路。

## （二）生者的权利谱系

关于《民法典》第 994 条所涉生者的权利谱系，实则涵摄于该条及人格权编各部分，需进行解释、推导才能有效确证。单就传统祭祀权层面而论，生者的权利谱系应包含如下 3 类。

1. 身份权。从权源产生的角度看，祭祀权属于身份权，是基于血缘伦理或亲属身份、拟制身份而产生的自然权利，因此一般归位于亲权。有学者认为，祭祀权产生于配偶权、亲权和亲属权，构成配偶权、亲权和亲属权的必然内容。<sup>②</sup>也有学者对近年来因祭奠而产生的身份权纠纷进行了类型化区分。<sup>③</sup>此种身份权有对外、对内两种效力：对外具有排他性，非经特别邀请，外人不能参与祭祀，不得对尸体、祭器、遗物等主张权利；对内则表现为知情权、同意权、处分权等权利。目前出现纠纷最多的是知情权，直接引发了近几年高发的“戴孝权”“送葬权”之类的纠纷。知情权主要用于解决祭祀权人对近亲属送终、祭奠、送葬等信息的传输问题。利益关系人无论是基于人伦、道德义务，还是迫于习俗规范，都应以特定的方式及时、有效、充分地履行告知或通知义务。这就是传统祭祀文化中特有的仪式或程序——“报丧”：或亲自登门，遍告亲属圈；或用讣告方式公告周知。目的就是为了避免因信息屏蔽、扭曲导致利害关系人无法参与祭祀而引发争端。这种身份权属于绝对权、专属权，不能以任何方式剥夺、限制。该身份权依据可以参酌《民法典》第 112 条、第 1001 条的规定予以推导、确证。

2. 人格权。祭祀权在本质上属于人格权。作为人格权存在的祭祀权主要体现为对自由、尊严、名誉、隐私、精神安宁的追求，既涵摄《民法典》第 990 条第 1 款规定相关的具体人格权，也包括该条第 2 款规定的人格权益。祭祀权的自由价值表现为信仰自由与行为自由两种。只要该类信仰不涉及公共利益与其他人权利，亦不违反公序良俗原则，祭祀行为不受他人非法干预、限制。所谓对尊严、名誉的损害，主要表现为侵害死者的尸体、名誉、隐私、荣誉等权益以及破坏祭祀现

① 参见温世扬：《论“标表型人格权”》，《政治与法律》2014 年第 4 期。

② 参见杨立新：《诠释祭奠权——兼说民事习惯作为判决依据》，《检察日报》2002 年 7 月 19 日。

③ 参见张红：《侵害祭奠利益的侵权责任》，《法学评论》2018 年第 2 期。

场等的行为。这些行为会危及死者家族成员的人格尊严,对其名誉、荣誉带来消极的影响。所谓隐私,主要涉及死者家族基于祭祀行为而产生的不愿为外界所知的私密信息。所谓精神安宁,指祭祀权受到侵害后,受害人焦灼不安、心理失衡、行为失态甚至因之患病、自杀等情形。

3. 物权。祭祀权还可表现为物权。诚如前述,祭祀权保护的是身份权、人格权,但这两种权利的客体有的是精神、心理层面的,有的是物化状态的,如骨灰盒、墓地、墓碑、陪葬品、遗像遗物等,其存在表现为一种介质性物权。之所以称之为介质性物权,是因为如下两个方面的原因:其一,此类物权仅仅是祭祀权存在的物化载体,法律保护的并非物权本身,而是这种特定物承载的身份权、人格权。其二,相关权利人对上述特定物或人格物享有的权利不宜理解为所有权,而应当解释为管理权和有限的处分权。按照此原则,《民法典》第 1006 条第 3 款规定,如死者生前无相反表示,其近亲属有权决定是否捐献遗体。此种权利的原权、本权不是所有权,而是一种遗体的共同管理权和有限处分权。之所以将处分权界定于有限层面,是因为此类物权事涉人伦道德和民俗禁忌,更涉及其他近亲属的权利,稍有不慎,就可能伤风败俗还构成侵权甚至犯罪。

### (三) 民法典话语策略选择

美国学者格尔茨主张,社会就是由既定习俗和适当程序构成的紧密无缝的行动和反应世界。<sup>①</sup>《民法典》第 994 条表征的是死者的权利,但在保护死者各项人格权益的同时,同样涵摄对死者近亲属相关权利的保护规范。这种话语策略的优势表现为:既可以有效列示、保护死者的权益,也可以保有法条的互动性,通过对法条的解释推导生者的权利,更可以在人格权编之外拓展法源,实现与《民法典》第 8 条、第 10 条的动态关联,以便最大化、最优化保障权利、权益。一旦当死者或生者的权利、权益保护出现漏洞,即可通过援引或解释民间习惯和善良风俗进行弥补,实现逻辑自洽和价值互证。这种话语策略也体现了《民法典》的开放性和体系效应,有效助推能动司法。有学者建议,当法典出现漏洞,习惯理应成为民法渊源并优先于法律原则适用。<sup>②</sup>唯其如此,《民法典》第 994 条对民族性的表达才会达到最好的修辞效果和规范效力。

## 五、结 语

美国学者庞德在比较中世纪道德哲学对西欧、清教对美国的影响和贡献后,认为对死者权利的保护以及由此而生的祭祀权属于中国悠久的道德传统和伦理习俗,是整个中国传统“法律秩序的坚强后盾”,希望经过价值提纯和科学移入转换为中国普适性的法律理念,进而调整社会关系,塑造行为秩序。<sup>③</sup>《民法典》第 994 条立足于解决特有的“中国问题”,蕴涵固有的“中国元素”,坚持了民法典的“中国路向”,彰显了民法典的“中国精神”,可谓是对庞德美好愿望的一种世纪性回应。

责任编辑 何 艳

① 参见[美]克利福德·格尔茨:《地方知识》,杨德睿译,商务印书馆 2016 年版,第 40~41 页。

② 参见王利明:《论习惯作为民法渊源》,《法学杂志》2016 年第 11 期。

③ 参见[美]庞德:《比较法和历史——作为中国法的基础》,载陈煜编译:《传统中国的法律逻辑和司法推理——海外学者中国法论著选译》,中国政法大学出版社 2016 年版,第 10 页。