

保护英雄烈士

法律问题研究

迟方旭 张馨元 王媛 著

中国社会科学出版社

保护英雄烈士

法律问题研究

迟方旭 张馨元 王媛 著

图书在版编目(CIP)数据

保护英雄烈士法律问题研究/迟方旭、张馨元、王媛著. —北京: 中国社会科学出版社, 2017. 8

ISBN 978 - 7 - 5203 - 0780 - 2

I. ①保… II. ①迟…②张…③王… III. ①烈士—保护—法律—研究—中国 IV. ①D923. 84

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 179052 号

出 版 人 赵剑英
选题策划 刘 艳
责任编辑 刘 艳
责任校对 陈 晨
责任印制 戴 宽

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京鑫正大印刷有限公司
版 次 2017 年 8 月第 1 版
印 次 2017 年 8 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 9.25
插 页 2
字 数 129 千字
定 价 48.00 元



凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社营销中心联系调换
电话:010 - 84083683

版权所有 侵权必究

序 言

对英雄烈士保护的学术研究，理应在更为广阔的场域和学科范围内全面、系统地予以展开。但很长一段时间以来，在一定程度上可以说，传统的场域和主流的学科往往是马克思主义理论、哲学和历史学等，其他的主流学科，譬如法学，很难见到富有针对性的关于保护英雄烈士的学术研究，这不能不说是一种缺憾。

迟方旭同志长期从事马克思主义法学研究，取得了一系列较为丰硕的成果，即将付梓的《保护英雄烈士法律问题研究》一书，是他在马克思主义法学研究历程中的新作，也是学术界目前在马克思主义理论、哲学和历史学之外，较为少见的从法学角度展开的对保护英雄烈士相关问题的学术研究。

我认为，该书的特点或意义在于：

第一，该书有助于形成、完善保护英雄烈士的理论系统。历史学、哲学和马克思主义理论对保护英雄烈士作出了诸多不可否认的卓越贡献，但法学的长期缺席致使保护英雄烈士的理论体系始终处于一种不够完满的状态。该书探索从法治思维和法治方式角度保护英雄烈士，有助于形成、完善保护英雄烈士的学术理论系统。

第二，该书切合全面推进依法治国的时代主题。党的十八届四中全会作出了全面推进依法治国的重大决定，并将全面推进依法治国界定为党领导人民治国理政之“四个全面”战略布局的重要一

2 保护英雄烈士法律问题研究

环。在当今历史背景之下，实施对英雄烈士的保护，理应与其他各项理论工作和实践工作一样，系统、全面地贯彻法治思维和法治方式。法治思维和法治方式在保护英雄烈士领域的缺位，与全面推进依法治国的历史背景和时代要求并不相符。

第三，该书有助于补强保护英雄烈士的社会效果。历史学、哲学和马克思主义理论对英雄烈士保护的研究，理论效果强于实践效果；若以法治思维和法治方式探究如何保护英雄烈士，法学将以其特有的实践理性甚至以其具体的保护方案（理论性的和技术性的），将实现与历史学、哲学和马克思主义理论学科的配合。理论和实践相得益彰的效果，既是形成保护英雄烈士学术合力的表现，又能确保英雄烈士受到侵害的弊害充分暴露于社会公众之中，有助于激发和聚合社会公众，而不是仅仅理论工作者的保护英雄烈士的精神力量。

是为序。

李慎明

二〇一七年一月七日

（序言作者系全国人大内务司法委员会副主任委员、中国政治学会会长、中国社会科学院原副院长）

目 录

序言	(1)
一 以法治思维和法治方式保护英雄烈士人格利益	(1)
二 以个案诉讼方式保护英雄烈士人格利益 ——“狼牙山五壮士”名誉纠纷案一审判决的启示	(5)
三 四份涉及英雄烈士人格利益民事判决书的 判决共识及其意义 ——一评四份涉及英雄烈士人格利益的民事判决书	(10)
四 试析侵害英雄烈士人格利益言论的法律性质 ——基于“狼牙山五壮士”系列案件的法理思考	(21)
五 四份涉及英雄烈士人格利益民事判决书的个别 分歧及其改进 ——二评四份涉及英雄烈士人格利益民事判决书	(31)
六 刍议以民事公益诉讼方式保护英雄烈士人格利益 ——三评四份涉及英雄烈士人格利益行为的 民事判决书	(42)
七 侵害英雄烈士人格利益言论侵权的行为特征 ——四评“狼牙山五壮士”系列民事判决	(55)
八 八份涉及英雄烈士人格利益民事判决书的 判决共识及其意义	(65)

2 保护英雄烈士法律问题研究

九 《中华人民共和国英雄烈士人格利益保护法》

立法建议稿及说明 (75)

十 《保护英雄烈士人格利益民事公益诉讼法》立法

建议稿及简要说明 (119)

十一 《民法总则》通过后如何保护英雄烈士的人格利益

——兼论《民法总则》第一百八十五条的得与失 (134)

一 以法治思维和法治方式保护英雄烈士人格利益^①

对历史虚无主义的反对，理应在不同的角度和方法上得到体现。其中，在全面推进依法治国、建设社会主义法治国家的宏大历史背景之下，运用法治思维和法治方式保护英雄烈士人格利益，意义尤为重大。若能运用法治思维和法治方式保护英雄烈士人格利益，视觉效果将更好，辨识力度将更大，说服面积将更广，更兼有正本清源的实质作用。但问题的关键在于，法治思维和法治方式讲求具体的制度设计，不依赖抽象的理论说教，因此，必须寻求某种具体法律制度的构建作为法律命题的提出，为以法治思维和法治方式保护英雄烈士人格利益提供具体载体或依托。笔者认为，民法上的公序良俗原则可承担此种具体载体或依托的角色，以之保护英雄烈士人格利益，可满足法治思维和法治方式的要求。

民法上的公序良俗原则，是公共秩序和善良风俗的简称，是指国家和社会生存发展所必须具有的一般秩序和一般道德。其中的良俗或善良风俗，侧重于道德观念和道德风尚，其意义在于借助道德的法律化，要求民事主体所实施的民事行为不得与之相抵触，以维

^① 本文以《运用法治思维遏制历史虚无主义》为题发表于2016年3月10日《中国社会科学报》第1版。

2 保护英雄烈士法律问题研究

系国家和社会生存发展所应具有的一般道德。在我国的民事法律规范中,虽然没有明确地使用“公序良俗”的字样,但民法学界普遍认为,《民法通则》《物权法》和《合同法》中所规定的“社会公德”和“社会经济秩序”等,就是我国民法对公序良俗原则的确立。

历史虚无主义之所以应当予以反对,恰在其对党、国家和民族历史的“虚无”化(通过“虚无”化所要达到的目的,在此暂且不论),而党、国家和民族的历史是作为历史记忆存在于社会公众之中的,因此,历史虚无主义的“虚无”,其实质并不是对历史的“虚无”,而是对社会公众既有的历史记忆的清除,甚至是以他种历史记忆置换社会公众已有的历史记忆。最为重要的是,社会公众既有的共同的历史记忆,在实际社会生活中,不仅仅是一种内在于个体大脑中的记忆,更已经演化为客观存在的民族情感、社会情感和社会道德。故而,对历史的“虚无”化,从表面看来是对历史的“虚无”化,实际上是对历史记忆的“虚无”化,是对民族情感、社会情感和社会道德的“虚无”化。

由于社会公众共同的历史记忆已经演化为民族情感、社会情感和社会道德,更由于此种民族情感、社会情感和社会道德的“虚无”化将致使国家和社会丧失生存和发展所必须具有的一般道德条件,因此,对社会公众共同历史记忆的“虚无”化,可视为对善良风俗原则的违背。也不难看出,将社会公众共同的历史记忆作为民法上的善良风俗对待,于法理畅通,于情理无阻。于是,我们可以得出结论说,以民法上的善良风俗原则保护英雄烈士人格利益,便是以法治思维和法治方式保护英雄烈士人格利益的具体制度设计,至少是其中的具体制度设计之一。

当然,由于将社会公众共同历史记忆作为民法上的善良风俗对待,关涉到社会道德的法律化,是须审慎对待的重大课题,因此对

其内涵和外延必须给予严格的界定。首先，须严格地界定能够作为善良风俗对待的社会道德的范围。为防止社会道德的“泛法律化”，维持法律与道德之间最为基本的边界，保证道德和法律各在其不同的角度上对社会生活发挥调整作用，必须将能够上升为善良风俗的社会道德严格限定于符合主流价值观的共同历史记忆。至于何为主流的价值观，笔者认为，凡与社会主义核心价值观相同或相符的价值则可认定为主流的价值观，与之不同或相反的价值观不宜作为主流价值观对待。特别需要注意的是，对社会主义核心价值观并不能够作抽象的理解和运用，理解和运用时须特别关注其“社会主义”的性质和方向，以防止对社会主义核心价值观作“泛价值观”的处理，从而难以管控道德“泛法律化”的范围和程度。其次，须严格地限定共同历史记忆作为善良风俗对待的法律意义。将社会公众的符合主流价值的共同历史记忆作为民法上的善良风俗对待，仍须遵守公序良俗原则作为民法基本原则的一般功能和作用，不能在民法范围之外不适当地扩大善良风俗原则的功能和作用。换言之，社会公众的符合主流价值的共同历史记忆能否成为民法上的善良风俗，就其法律效力的来源观察，应该是审判机关行使司法自由裁量权的产物，是法官在案件审理活动中适用公序良俗原则的结果，它只能在诉讼活动中产生，不能离开诉讼活动而任由民事活动中的任何一方当事人单方面地给予认定，在这种意义上，它是一种裁判规则。同时，就法律适用的结果观察，尚不能得出结论说，与社会公众的符合主流价值观的共同历史记忆不符或相反的行为，便是民法上无效的行为。因为，与社会公众的符合主流价值观的共同历史记忆不符或相反的所有行为，并非都是具有民事行为意义的行为。只有面对具有民法意义的行为，将符合主流价值观的共同历史记忆作为善良风俗对待方才具有法律意义。也唯有如此，方能彰显出以法治思维和法治方式保护英雄烈士人格利益自身所应具有的逻辑自洽性，

4 保护英雄烈士法律问题研究

不至于损害最为基本的社会主义的法治精神。

历史经验已经告诉我们，任何一个国家、社会或民族，若想强大富足，厉行法治是不二选择，以法治思维和法治方法分析、判断、解决已有、现有或将有的社会问题，是法治社会之下社会公众都应具有的共通能力，现阶段对历史虚无主义的反对也不例外，以法治思维和法治方式保护英雄烈士人格利益的意义也在于此。同时还必须指明的是，历史虚无主义本身对中国特色社会主义法治理论和实践也有损害，在这个意义上，以法治思维和法治方式保护英雄烈士人格利益，就成为社会主义法学和法治的一项义务了。

二 以个案诉讼方式保护英雄 烈士人格利益^①

——“狼牙山五壮士”名誉纠纷案一审判决的启示

日前，北京市西城区人民法院作出了“狼牙山五壮士”后人葛某某、宋某某诉《炎黄春秋》前执行主编洪某某名誉权纠纷案的一审民事判决，支持了原告葛某某、宋某某的诉讼请求，备受社会各界广泛关注的“狼牙山五壮士”名誉纠纷案至此告一段落。笔者认为，该案一审判决具有标志性的历史意义，不容忽视。它不仅从司法上支持了本案原告的诉讼主张，捍卫了英雄烈士的历史名誉和社会的公共利益，更重要的是，这一判决是以个案诉讼方式保护英雄烈士人格利益的一次重要尝试，可以说，对于近年来社会中掀起的一股“戏说历史”、丑化英雄的不以为耻反以为荣的历史虚无之风亮出了法律底线和司法“红线”，具有在先判例的价值（虽然该判决尚未成为生效判决，但丝毫不影响它的价值以及我们对它的分析）。就此而言，该案一审判决的意义，既在于对原告合法权益的维护，更在于对历史虚无主义违法行为的警示和预防。

“狼牙山五壮士”的壮烈故事极其深入人心，不仅具有个体的

^① 发表于中国法院网，<http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/06/id/2000403.shtml>，2016年6月29日。

价值,更具有社会的意义。对于个体而言,无论是“狼牙山五壮士”还是本案原告即他们的晚辈直系亲属,所体现的价值既是“狼牙山五壮士”对自身理想信念的坚守以及为坚守理想信念所作出的巨大牺牲,又是他们的晚辈亲属对父辈们理想信念的认可、秉承以及因之而来的荣誉感等人身权益;对于社会而言,“狼牙山五壮士”的英雄事迹更意味着抵御外侮的民族气节和捍卫国家主权的高尚情操。本案判决书对原告诉讼请求的支持,体现出了审判机关代表国家对民族共同历史记忆的尊重、对共同民族情感的维系和对社会公共利益的保护。可见,在本案中得到维护的利益,不仅是作为诉讼当事人的原告的合法权益,还包括社会的公共利益,即社会公众共同的历史记忆和普遍的民族情感。

遍观世界上各个国家争取主权独立、领土完整的光荣历史,各个国家的人民莫不谱写出一部又一部与“狼牙山五壮士”相类似的彻入肺腑、感人泪下和催人奋进的壮烈事迹与动人篇章,这些事迹和篇章构成了各国人民各自共同的历史记忆和民族情感。在世界各国人民心目中,它像珍珠一样宝贵,正是借着这各自共同的历史记忆和民族情感,不忘屈辱、奋发图强才能够成为激励各国人民不断前进的内在动因。因此,对民族共同历史记忆的否定,最直接的负面后果便是对共同民族情感的否定。它即使达不到彻底否定的后果,至少也起到了动摇、淡化和混淆视听的作用,历史虚无主义的危害也于此可见一斑。本案中被告对“狼牙山五壮士”英雄事迹真实性的公开质疑和公然否定亦不例外,它也只不过是历史虚无主义非常具体的表现之一而已。本案判决的意义也正恰恰在于,它不仅是对被告侵权行为的一次民事制裁,更是以个案诉讼的方式对历史虚无主义的一次谴责和反对。

笔者赞同对历史虚无主义的反对采用法治思维和法治方式。对历史虚无主义的反对,本来就应该在不同的角度和方法上得到体

现。其中，在全面推进依法治国、建设社会主义法治国家的宏大历史背景之下，运用法治思维和法治方式保护英雄烈士人格利益，意义尤为重大，视觉效果将更好，辨识力度将更大，说服面积将更广，更兼有正本清源的实质作用。法治思维和法治方式讲求具体的制度设计，不依赖抽象的理论说教，因此，必须以某种具体法律制度的构建作为法律命题的提出，为以法治思维和法治方式保护英雄烈士人格利益提供具体载体或依托。笔者认为，民法上的公序良俗原则可承担此种具体载体或依托的角色，以之保护英雄烈士人格利益，可满足法治思维和法治方式的要求。在本案中，审判机关之所以判决支持原告的诉讼请求，就是因为被告所实施的侵权行为不仅侵害了原告享有的名誉权这一民事权利，还因为被告的侵权行为同时损害了社会的公共利益。在民法上，我们通常将后者称为公序良俗。

公序良俗是民法上的一项基本原则，是公共秩序和善良风俗的简称，是指国家和社会生存发展所必须具有的一般秩序和一般道德。其中的良俗或善良风俗，侧重于道德观念和道德风尚，其意义在于借助道德的法律化，要求民事主体所实施的民事行为不得与之相抵触，以维系国家和社会生存发展所应具有的一般道德。在我国的民事法律规范中，虽然没有明确地使用“公序良俗”的字样，但民法学界普遍认为，《民法通则》《物权法》和《合同法》中所规定的“社会公德”、“社会公共利益”和“社会经济秩序”等，就是我国民法对公序良俗原则的确立。

在本案中，审判机关认定被告的侵权行为损害了社会的公共利益即公序良俗，实质是指明了历史虚无主义在法律上的违法性和对社会所造成的危害后果。历史虚无主义的违法性和危害性，就在其对党、国家和民族历史的“虚无”化（通过“虚无”化所要达到的目的，在此先暂且不论）。党、国家和民族的历史是作为历史记

忆存在于社会公众之中的，因此，历史虚无主义的“虚无”，其实质并不是对历史的“虚无”，而是对社会公众既有的历史记忆的清除，甚至是以他种历史记忆置换社会公众已有的历史记忆。最为重要的是，社会公众既有的共同的历史记忆，在实际社会生活中，不仅仅是一种内在于个体大脑中的记忆，更已经演化为客观存在的民族情感、社会情感和社会道德。故而，对历史的“虚无”化，从表面看来是对历史的“虚无”化，实际上是对历史记忆的“虚无”化，是对民族情感、社会情感和社会道德的“虚无”化。由于社会公众共同的历史记忆已经演化为民族情感、社会情感和社会道德，更由于此种民族情感、社会情感和社会道德的“虚无”化将致使国家和社会丧失生存和发展所必须具有的一般道德条件，因此，对社会公众共同历史记忆的“虚无”化，实质就是对善良风俗原则的违背。也不难看出，在本案中审判机关将社会公众共同的历史记忆作为民法上的社会公共利益即公序良俗对待，于法理畅通，于情理无阻。因此，笔者赞同审判机关对被告侵权行为性质的认定，特别是赞同对被告侵权行为损害社会公共利益和违背公序良俗原则性质的认定。当然，我们同时也可以得出结论说，以民法上的善良风俗原则保护英雄烈士人格利益，便是以法治思维和法治方式保护英雄烈士人格利益的具体制度设计。

当然，由于将社会公众共同历史记忆作为民法上的善良风俗对待，关涉到社会道德的法律化，是须审慎对待的重大课题，因此对其内涵和外延必须给予严格的界定，以消除有人对公序良俗原则容易被滥用的担忧。首先，须严格地界定能够作为善良风俗对待的社会道德的范围。为防止社会道德的“泛法律化”，维持法律与道德之间最为基本的边界，保证道德和法律各在其不同的角度上对社会生活发挥调整作用，必须将能够上升为善良风俗的社会道德严格限定于符合主流价值观的共同历史记忆。凡与社会主义核心价值观相

同或相符的价值则可认定为主流的价值观，与之不同或相反的价值观念不宜作为主流价值观对待。其次，须严格地限定共同历史记忆作为善良风俗对待的法律意义。将社会公众的符合主流价值的共同历史记忆作为民法上的善良风俗对待，仍须遵守公序良俗原则作为民法基本原则的一般功能和作用，不能在民法范围之外不适当地扩大善良风俗原则的功能和作用。换言之，社会公众的符合主流价值的共同历史记忆能否成为民法上的善良风俗，就其法律效力的来源观察，应该是审判机关行使司法自由裁量权的产物，是法官在案件审理活动中适用公序良俗原则的结果，它只能在诉讼活动中产生，在这种意义上，它是一种裁判规则。在本案中，审判机关所维护的社会公共利益即公序良俗，是主流的共同历史记忆和民族情感，是在诉讼过程中审判人员运用司法裁量权的结果，并不构成对公序良俗原则的滥用。

综上所述，公开质疑和公然否定“狼牙山五壮士”英雄事迹的真实性，从表面看来，是对“狼牙山五壮士”晚辈直系亲属名誉权等人身利益的侵害，更令人担忧的是侵权行为人以历史虚无主义的手法，严重背离公序良俗的民法基本原则，最终达至“虚无”或置换中华民族共同历史记忆和共同民族情感的目的。因此，其侵权行为的违法性、其损害后果的严重性，也不仅在于个体的价值，而且具有了社会的意义：“狼牙山五壮士”晚辈直系亲属的人身权益受损事已不小，是民事侵权行为，中华民族抗击外侮民族情感的消失事情更大！试问，一个国家若丧失了凝聚内力的共同历史记忆和民族情感，没有了公序良俗，遑论屹立于世界强族之林？又遑论实现中华民族伟大复兴的中国梦？

三 四份涉及英雄烈士人格利益民事判决书的判决共识及其意义^①

——一评四份涉及英雄烈士人格利益的民事判决书

2015 年底至 2016 年中，北京市两级人民法院先后就涉及英雄烈士人格利益的四起民事侵权案件作出了四份涉及英雄烈士人格利益民事判决书，分别是北京市海淀区人民法院于 2016 年 12 月 21 日就黄某、洪某某与郭某某名誉权纠纷案作出的〔2014〕海民初字第 13924 号民事判决书（以下简称“海淀判决书”），北京市丰台区人民法院于 2015 年 12 月 22 日就黄某、洪某某与梅某某名誉权纠纷案作出的〔2014〕丰民初字第 05325 号民事判决书（以下简称“丰台判决书”），北京市第一中级人民法院于 2016 年 2 月 29 日就黄某、洪某某与郭某某名誉权纠纷案作出的〔2016〕京 01 民终字第 1563 号民事判决书（以下简称“北京判决书”）、北京市西城区人民法院于 2016 年 6 月 27 日就葛某某、宋某某与洪某某名誉权纠纷案件作出的民事判决书（以下简称“西城判决书”）。

^① 发表于中国社会科学院《世界社会主义研究动态》2016 年 7 月 18 日第 93 期；略作修改后发表于《世界社会主义研究》2016 年第 1 期。