



# 人格权总论

General Introduction to  
Personality Rights

张红著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



ISBN 978-7-301-21350-6



9 787301 213506 >

定价：52.00元



# 人格权总论

General Introduction to  
Personality Rights

张红著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

**图书在版编目(CIP)数据**

人格权总论/张红著. —北京:北京大学出版社,2012.10

(国家社科基金后期资助项目)

ISBN 978-7-301-21350-6

I. ①人… II. ①张… III. ①人格-权利-法学-研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 236507 号

**书 名:** 人格权总论

**著作责任者:** 张 红 著

**责任编辑:** 郭薇薇

**标准书号:** ISBN 978-7-301-21350-6/D·3190

**出版发行:** 北京大学出版社

**地 址:** 北京市海淀区成府路 205 号 100871

**网 址:** <http://www.pup.cn> 电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

**电 话:** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

**印 刷 者:** 北京中科印刷有限公司

**经 销 者:** 新华书店

730 毫米 × 1020 毫米 16 开本 25.75 印张 432 千字

2012 年 10 月第 1 版 2012 年 10 月第 1 次印刷

**定 价:** 52.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

# 国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目,旨在鼓励广大社科研究者潜心治学,支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审,从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响,更好地推动学术发展,促进成果转化,全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求,组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

## 序

人格权以人格尊严与人格自由发展为内核。人格权既是私法权利,也是宪法基本权利;既具有精神上之利益,亦具有财产上之价值。人格权是整个法秩序之基石,法律以保护和发展人格权为根本任务,以此贯彻以人为本之法治基本价值理念。中国法律体系正在逐渐完善,未来应该从整体上构建一个有利于维护和发展人格权的法律秩序。

人格权是一项变动中的权利,有赖于立法、学说与实务之协力,方可使人格权保护制度渐臻完善。观察人格权制度的演进,有利于培养法学方法,增益法学思维能力。人格权是判例法,需要学说与实务的良性互动。这恰恰是目前中国法学界与实务界迫切需要解决的理性沟通难题。

当前中国正面临是否以及如何制定人格权法的问题,此关系到民法典的整体结构与民法典立法进程。本书着力于人格权基本理论建构与人格权规范之解释适用,期望所从事之卑微研究能对塑造中国人格权之基本理论范畴和助力中国人格权保护之立法与实务有所裨益。

张 红

2012年6月

北京·槐柏树街

# 目 录 | Contents

## 导论 人格权之基本权利范畴 / 1

## 第一章 国外人格权二百年:通过判例而演进 / 4

- 4 | 第一节 本章问题
- 6 | 第二节 19 世纪德国人格权理论之辩
- 29 | 第三节 20 世纪德国人格权法之演进
- 61 | 第四节 法国与瑞士
- 79 | 第五节 日本与我国台湾地区
- 94 | 第六节 美国与英国
- 112 | 第七节 本章总结

## 第二章 中国人格权一百年:立法史与学术史 / 114

- 114 | 第一节 本章问题
- 115 | 第二节 立法史:人格权法在中国的发展
- 128 | 第三节 学术史:人格权变迁与中国民法方法
- 150 | 第四节 本章总结

## 第三章 人格权之权利属性:私法权利与宪法权利的统一 / 153

- 153 | 第一节 本章问题

155	第二节	由私法上人格权到宪法上人格权：一项新的宪法基本权利的产生
168	第三节	经由私法上人格权保护宪法上基本权利
186	第四节	本章总结

#### 第四章 人格权之权利内容：精神利益与财产利益的统一 / 188

188	第一节	本章问题
189	第二节	人格权上财产利益保护的两种模式及我国的选择
197	第三节	人格权上财产利益保护的理论基础
201	第四节	人格权上财产利益的实现与救济
223	第五节	本章总结

#### 第五章 人格权之权利冲突：人格权保护与言论自由之调适 / 225

225	第一节	本章问题
226	第二节	言论自由与人格权保护
246	第三节	不言论自由与人格权保护
270	第四节	本章总结

#### 第六章 特殊主体人格利益保护之一：错误怀孕 / 272

272	第一节	本章问题
279	第二节	侵害法益之违法性
284	第三节	损害结果
312	第四节	过错及因果关系
320	第五节	本章结论

#### 第七章 特殊主体人格利益保护之二：错误出生 / 321

321	第一节	本章问题
325	第二节	侵害法益的违法性
333	第三节	损害结果



345	第四节	过错
351	第五节	因果关系的认定
355	第六节	本章结论

## 第八章 特殊主体人格权保护之三：死者人格利益 / 357

357	第一节	本章问题
360	第二节	死者人格上精神利益之保护
378	第三节	死者人格上财产利益之继承
395	第四节	本章总结

## 展望 人格权保护与中国民法典制定 / 397

跋 / 398

主要参考文献 / 399

## 导论 人格权之基本权利范畴

《侵权责任法》顺利实施以后,我国民事基本法律框架已然确立,但是由于目前的民事法律未被民法典所统合,一个逻辑严密的民法体系尚未形成,给司法适用带来了诸多不便,这与“中国特色社会主义法律体系”的称号亦不相对应。<sup>①</sup>为了解决这一问题,比较一致的观点是认为,应该攻克下一个立法上难题——人格权法的制定。按照既有的立法计划,接下来应该着手制定《人格权法》,以便作为未来民法典中的单独一编,从而完成民法典的整体编撰。但是,目前无论是立法机关抑或学界,对于单独制定一部《人格权法》的声音已然没有前几年那么强烈,这部法律的制定至今也未被纳入全国人大及其常委会的立法计划,学界也鲜有论著来打破这一沉闷状态。无论是先前力主《人格权法》单独成编以彰显人权保障和体现中国民法典特色的激进主义思潮,还是力固法制传统以实用主义为本而拒绝《人格权法》单独成编的保守主义论调,在这一问题已经悄然来临的时候,却普遍呈现失语状态。此种谨慎、保守的氛围到底意味黎明前的黑暗,还是说明了目前我们普遍存在对于这种权利在基本理论范畴上认识的不足,因而变得欲言又止、望而却步?

但是,这个问题终究是无法回避的。一个非常现实的问题已经摆在立法者和学者的面前:现有中国基本法律体系中,并不存在一种立法意义上的“人格权”表达,无论是被称为“万法之母”的《宪法》,还是26年前号称“中国人权宣言”的《民法通则》,或是当下被誉为“民事权利保障之基本法”的《侵权责任法》,都缺乏对这一权利的明确表达。在《民法通则》的时代,由于对于一项一般的人格权,当时的立法者还缺乏明确的认识,而采取了只规定若干诸如生命健康权、姓名权、肖像权等具体人格权的“摸着石头过河”的做法,属于谨慎的“成熟一个发展一个”的渐进式立法模式。如果说这尚为谨慎明智之举的话,那么,在2009年通过的《侵权责任法》中不将这一权利明确予以规定,则显然是有意为之。因为,随着中国三十多年来的社会发展、人权意识觉醒、学术研究及司法实践等方方面面的因素都已经清楚表明,人格权

<sup>①</sup> 张新宝、张红:《中国民法百年变迁》,载《中国社会科学》2011年第6期。

作为一项重要的民事权利,无疑应该获得基本法上的明确承认。那么,这种有意为之的缘由是什么?

合理的解释只能有一个。那就是,人格权立法将是一项单独的项目,不管是否独立成编,还是在将来的民法典总则或是侵权法中予以明确,都必须经过一场浩大的辩论,再由立法者作出一个或许是非常艰难的抉择。但是,立法者的抉择毕竟是一项法政策的取舍,是一项非此即彼的决定,其本身并无甚多值得深究之处。那么,关键的问题就在于,我们如何为立法者的这种法政策判断提供出良好的选择项,也就是如何提供多种切实可行的人格权保护方案?而欲达成一种规范设计上的科学,则必先深究该规范对象的基本理论问题,也就是该规范对象的内涵与外延。那么,对于人格权这一规范对象,理论上应该如何阐释其基本范畴呢?

显然,不管人格权之调整范围如何变动不拘,其如何与人身不可分离,其如何与传统财产权风格迥异,但既然我们用“权利”来概括其本质,那么其终究是一项权利。这就指引我们循着一般的“权利理论”去试图阐释人格权的历史、内涵与外延等基本理论范畴。

具言之,对人格权的历史与未来进行纵横交错的梳理是首当其冲的要务,明白其源流嬗变,通晓其在比较法上的运作,洞察其中我国的立法史与学说史,这不仅有利于认清其本质,而且更可以为我们的制度设计提供一面可供借鉴的镜子。然而,历史的、比较的梳理毕竟是现象的总结,只是让我们知道了“是什么”,而无法直接登堂入室,一览无余。因此,在此基础上,我们仍然要深究其权利属性,只有深究其权利属性,再进行公法与私法的二维解读,才能把握其在整个现代法制体系中的运作,才能使公、私法不至于相互杆格,而共同服务与服从于以人之尊严维护为中心的法之根本目标上来。接下来,一个必须面对的问题,则是人格权的内涵问题。传统民事权利中财产权与人身权泾渭分明的界限是否不可逾越?人格权上除了精神利益之外,是否具有财产利益?如具有,又应如何保护之?此外,对于权利的解读,始终不能忘却的是该权利的主体。因为,权利始终与主体不可分离,主体是权利的前提。人格权的基础与核心在于维护人之尊严,其主体自然为自然人。但是,对于自然人出生前与死后的人格利益保护,却是一个剪不断理还乱的旷世难题。这其中牵涉权利能力问题,牵涉对财产、遗产等民法基本概念的重新审视问题,牵涉道德与法律的紧张关系问题,故其当然是人格权权利基本理论范畴所无法回避的问题。综上四者,乃是从人格权的历史比较之维、本质的权利属性之维、内容的二元性之维和特殊主体的人格权保护之维来审视人格权,以构建其基本的理论范畴。

此外,在资讯爆炸和人格特征商业化普遍存在的时代,个人人格权的保护无疑构成了对言论自由这一项宪法基本权利的巨大限制,于是便造就了这样一对相互冲突的权利天敌。这种冲突的协调不仅仅是一个简单的法技术问题,也是一个复杂的社会公共政策问题,稍有处理不慎,则将可能导致作为社会元单位的个人私生活的重大改变,或者将对作为社会管理机制的政治权力结构的巨大冲击。因此,这也是建构人格权权利基本范畴所必须面对的问题。如何在法的技术理性与社会的权力结构冲突中提出一套各方都能接受,而又能使个人与国家、社会和谐共处的方案,当为人格权基本理论研究中的又一重要难题。

人格权以维护人之尊严为其核心价值与存在基础,人格权的制度设计自当为衡量一国民法典甚至整体法制是否优秀之重要标准。基于对当前中国民法理论发展与民事立法所面临任务的形势判断,我们都需要从上述这些最基本的问题来全面审视人格权这样一种至关重要,却似乎又是一种类似“最熟悉的陌生人”的制度。只有明确其基本理论范畴,并确定其立足之基点,才方可在此基础上进行科学实用的法技术构造。仅仅停留在对一味强调中国民法典特色高昂论调所支撑的“独立人格权编说”,与一味维护“祖宗之法不可变”之保守声音所坚持的反对说这两面大旗之下,而相互站队、犹豫不决、左顾右盼的态度,或者甚至以举手表决的“民主”方法来定最终取舍的含混做法,都是于事无补的。本项研究下面的论述,将试图改变这一现状,努力挖掘人格权权利最深层次的问题与学术资源,力求塑造出人格权权利理论的基本范畴,为人格权规范的设计与法典化提供智识上的支持。

# 第一章 国外人格权二百年:通过判例而演进

## 第一节 本章问题

拨开重重历史迷雾,史海沉钩,探寻法制之源流嬗变,还其历史之庐山真面目,当为民法研究一项不可或缺之基本功。历史实证研究与比较法实证研究相结合,二者纵横交错,方能构建民法制度研究的立体之维。唯建立在此二者基础上之研究成果,方能反射我之现制,取彼之长,避彼之短,进而对我之现制宜加更置,使其日益精湛。职是之故,凡举民法制度研究者,莫不从该制度之源流谈起,是为至理。

就人格权此一制度而言,随着社会变迁与人格自觉发展,人格权立法进程加快,人格权日渐成为我国公<sup>①</sup>、私<sup>②</sup>法学界的重点研究课题。<sup>③</sup>在这些著述中,一个共同的特点就是皆注意到对人格、人格权及其与人身权、身份权的关系的历史梳理<sup>④</sup>,此种正本溯源的研究对缺乏人格权传统的中国具有基础意义。然而,在这些历史性文献中,对《德国民法典》之前(19世纪)人格权理论争辩的研究和反思却付之阙如,这与我国作为德国法继受国家的地位是不相称的,此诚为我国人格权研究中的一大智识缺憾。

其实,德国人格权理论在19世纪的发展迄今为止一直是德国法学界的

- 
- ① 如林来梵:《人的尊严与人格尊严》,载《浙江社会科学》2008年第3期;刘练军:《试论作为宪法权利的人格权》,刘茂林主编:《公法评论》(第五卷),北京大学出版社2008年版,第143—162页;刘志刚:《人格尊严的宪法意义》,载《中国法学》2007年第1期。
  - ② 如王利明:《人格权制度在中国民法典中的地位》,载《法学研究》2003年第2期;尹田:《论人格权的本质》,载《法学研究》2002年第5期;薛军:《法人人格权的基本理论问题探析》,载《法律科学》2004年第1期。
  - ③ 特别值得指出的是《法商研究》杂志社于该杂志2012年第1期组织了一组人格权法的文章专栏,邀请了王利明、张新宝、龙卫球及李永军等著名教授,阐述人格权基本理论及未来立法问题。
  - ④ 如王利明:《试论人格权的新发展》,载《法商研究》2006年第5期;龙卫球:《自然人人格权及其当代进路考察》,载《清华法学》2002年第2期;徐国栋:《人格权制度历史沿革考》,载《法制与社会发展》2008年第1期;徐国栋:《人身关系流变考》(上、下),载《法学》2002年第6、7期;徐国栋:《寻找丢失的人格》,载《法律科学》2004年第6期。

持续性研究热点。<sup>①</sup> 人格权的各种理论在民法典制定之前及制定过程中都经过了激烈的理论交锋,充满着反复与徘徊,其对最终《德国民法典》中的人格权规范体系构造影响巨大。虽然,20世纪德国人格权法规范体系通过后世学说与实务协力,已较之民法典规定大为改观,但其发展甚或可说是19世纪人格权理论的一种历史回归。因此,19世纪德国的人格权理论发展史对未来中国人格权法的制订意义重大。

关于德国20世纪人格权的历史演进,国内研究目前译介较多,但就其资料来源而言,大多局限于目前翻译的拉伦茨和梅迪库斯等人的民法教材,而缺乏对于德国学界专门研究人格权历史的专著和论文的研究介绍。如此使得目前我们对于德国人格权在20世纪长达100年的发展史的了解还停留在比较表面的层次。此诚为目前我国人格权基本理论研究中的一项重大缺漏。虽然笼统地陈述,大家似乎都认为德国20世纪人格权的发展主要归功于法官造法,是其联邦法院一个一个“接力棒”似的指标性判决使得这一制度不断完善。但是,我们必须要认真审视的是,法官造法实为一柄双刃剑,控制不当则侵蚀立法;裹足不前,则成文法之局限性暴露无遗。于是,不难想象的是,每一则关于人格权新制度创设的指标性判决,都是德国学界深思熟虑的结果,也凝聚了联邦法院的政治判断。我国《民法通则》无“人格权”术语使用,在人格权的制度建构中,最高人民法院可谓功勋卓著,此情形与德国民法甚为类似。此种发展历程的相似性,将更迫使我们对于德国20世纪人格权实务发展史作更为微观的解读。

自人类迈入近代史以来,通过法制的革新,人格权保护已是各国民法的共同课题。目前在大陆法系国家中,除德国之外,法国、瑞士、日本和我国台湾地区的民事立法对我国民法影响也甚为巨大,并且《法国民法典》和《瑞士民法典》风格较之于《德国民法典》也有较大差异。因此,深究上述国家与地区民事立法中关于人格权保护的规定,并考察其历史发展线索,对于我国现有的人格权法基本理论研究无疑意义重大。除此之外,英美法系虽然未有人格权之术语,但其对于人格的保护亦有其独特的规范体系,很多风格迥异的人格权法保护路径亦是 we 不可或缺的借鉴资源。然而遗憾的是,目前对于这些国家人格权保护的历史发展研究,尚未在我国民法基本理论研究中得到应有的重视。

<sup>①</sup> z. B. Leuze, Die Entwicklung des Persönlichkeitsrecht im 19. Jahrhundert, 1962. Coing, Zur Entwicklung des Zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JZ 1958. Martin, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung, 2007.

## 第二节 19世纪德国人格权理论之辩

### 一、历史法学派:人格权理论的曲折发展

#### (一) 萨维尼:人格权存废之辩的开启者

萨维尼(Savigny, 1779—1861)是近代德国私法奠基人,近代以来德国私法问题,一般皆以其著述为起点。萨维尼在其《当代罗马法体系》第1、2两卷(1840年)中,运用康德和黑格尔的哲学思想,将人作为“他的整个私法推理的起点”<sup>①</sup>和“整个私法关系的中心”,他把每一个人当作由他们自己意思支配自己的法律主体。<sup>②</sup>此外,萨维尼还承认人具有一般的权利能力(Rechtsfähigkeit),所有现存的根据道德上的自由而产生的权利,应被作为最初概念的人或者法律主体所享有。<sup>③</sup>萨维尼认为,法律关系(Rechtsverhältnisses)本质就是一个依个人意愿而独立支配的确定领域(Gebiet)。<sup>④</sup>诸此种种论述表明,萨维尼将人作为其法律思想的核心,人这一概念在萨维尼的法律体系中得到了极大的重视。

但是萨维尼并不承认人格权,也不承认一般人格权<sup>⑤</sup>,反而对此持批评态度。<sup>⑥</sup>虽然萨维尼认为,人的意志能够对人产生效果,但其坚决拒绝承认所谓的原权利(Urrechts)。<sup>⑦</sup>一个人不能拥有对自己的身体及其各个组成部分的权利,否则人就会拥有自杀的权利。<sup>⑧</sup>即使人拥有对自己及其自身的权利,这种权利也不能在实证法上得到确认和规定。<sup>⑨</sup>萨维尼的这种理论在19世纪中期的德国居于统治地位,在潘德克吞法学那里,人格利益损害的财产补偿是受到限制的。<sup>⑩</sup>他们雄心勃勃地认为,人格利益的保护可以由刑法<sup>⑪</sup>

① Coing, Der Rechtsbegriff der Menschlichen Person und die Theorie der Menschenrechte. Beiträge zur Rechtsforschung; 1959, S. 199ff.

② Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 1840, BdI, S. 7.

③ Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 1840, BdII, S. 2.

④ Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 1840, BdI, S. 334.

⑤ Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 1840, BdI, S. 335—337.

⑥ Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 1814. S. 117f.

⑦ Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 1840, BdI, S. 334.

⑧ Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 1840, BdI, S. 335f.

⑨ Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 1840, BdI, S. 336.

⑩ Vgl. dazu die interessanten Ausführungen bei Jhering, Jherings Jahrbuch 18, 42ff. 转引自:Coing, Zur Entwicklung des Zivilrechtlichen Persönlichkeitsschulzes, JZ 1958, S. 559.

⑪ 《德国刑法》第131, 184—189, 192—193, 199条对侮辱、诽谤等人格利益损害都有保护性和惩罚性的规定。

来承担。<sup>①</sup>

萨维尼之所以拒绝人格权,是因为他从原则上明确厌恶(Antipathie)自然法的理念,特别是“原权利”的产生和存在。这种思想产生最直接的原因是他的保守态度,他公开宣称自己是法国大革命的反反对者,且他也反对自由主义。萨维尼的权威论断导致从罗马法中得出来的人格权思想在当时几乎没有得到重视。<sup>②</sup>但是,后来历史法学派的追随者对他的这一理论进行了进一步的阐发。对于萨维尼在人格权理论发展历史上的贡献,劳依茨(Leuze)这样评价道:

萨维尼从他反对人格权的论断中获得了声誉。在萨维尼对这个问题阐明之前,人格权在德国只存在于自然法学派的著作之中<sup>③</sup>;经过萨维尼的阐明,人格权第一次在实证法上得到讨论。可以说,虽然萨维尼拒绝人格权的想法并不可信,特别是他的“自杀论据”(Selbstmordargument)也遭到进一步的攻击。但是在接下来的时间里,贯穿着19世纪的德国民法史,他在这个问题上的权威论断激起了无数学者的兴趣,开启了大家对人格权的是否要被承认的争斗。<sup>④</sup>

## (二) 普赫塔:人格权的支持者

普赫塔(Puchta, 1798—1846)是萨维尼之后的另一位著名历史法学派代表人物,其代表作为《学说汇纂》(Pandekten, 1863)。从历史文献来看,诸多学者皆认为,普赫塔是人格权的支持者。<sup>⑤</sup>实际上,普赫塔也接受了“人对于其自身权利”(Rechte an eigenen Person)的说法,并且他也明确地使用“人格上权利”(Rechte der Persönlichkeit)这一概念。<sup>⑥</sup>但是,普赫塔对于“人格上的权利”和“权利能力”(Rechtsfähigkeit)没有区别对待,而是等同视之,并将此二者同时作为合法意愿、合法权利所支配的一种可能性,一种权利上能力。<sup>⑦</sup>正如劳依茨已经证实的那样,单独从这些抽象概念的一致性并不能得

① Coing, Zur Entwicklung des Zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JZ 1958, S. 559.

② Leuze, Die Entwicklung des Persönlichkeitsrecht im 19. Jahrhundert, 1962, S. 51.

③ z. B. Hugo Grotius, Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheid, 1619—1621; Samuel Pufendorf, De jure naturae et gentium libri octo, 1672; Christian Wolff, Institutiones juris naturae et gentium, 1750.

④ Leuze, Die Entwicklung des Persönlichkeitsrecht im 19. Jahrhundert, 1962, S. 51.

⑤ Müller, Bemerkungen über das Urheberpersönlichkeitsrecht, in UFITA. 2. 1929, S. 367; Coing, Der Rechtsbegriff der Menschlichen Person und die Theorie der Menschenrechte. Beiträge zur Rechtsforschung; 1959, S. 202.

⑥ Puchta, Pandekten, 9 Aufl.; 1863, S. 175.

⑦ Puchta, Pandekten, 11 Aufl.; 1872, S. 36.



出与我们现在所理解的人格权概念相一致的结论。因为普赫塔将他所论述的这种“人对于其自身的权利”，本质上单独当作人对其所有之物的一种权利能力，因此对于普赫塔的人格权学说，人们只能同时将其理解为“人格上的权利”和现在的“人格权”(Persönlichkeitsrecht)。<sup>①</sup>

### (三) 劳伊尔：一般人格权的首创者

劳伊尔(Neuner, 1815—1882)也是一位潘德克吞法学代表人物,他的代表作为《私法关系的本质与种类》(Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, 1866)。劳伊尔进一步发展了潘德克吞法学的人格权思想。这表现在,劳伊尔将潘德克吞法学理解为一种开放的原则,一种不断扩大和可接近的法律体系。通过这种思考方式,人格权作为一种新型的权利类型就能够融入到潘德克吞法学体系当中来。

劳伊尔将“人格上权利”(Rechte der Persönlichkeit)这一概念定义为：“人自身目的的存在和人自我目的的宣示和发展的权利。”<sup>②</sup>从劳伊尔的观点来看,人自我目的宣示和发展的权利不仅属于人,也属于法律主体。<sup>③</sup>人根据其生理和心理两方面而获得的自我目的宣示和发展的权利包括其对生命的权利、对身体和心理整体性维持的权利、对自由的权利、对自然人名誉的权利、行为和买卖完全不受阻碍的权利。这些权利正如人到处可以自由停留的权利、自由寻找住所的权利、自由结婚的权利、自由选择职业和宗教的权利一样。<sup>④</sup>最值得指出的是,劳伊尔第一次表达了存在一个一般的人格权(allgemeinen Persönlichkeitsrechts)的想法,并且他首先将个别人格权与一般的人格权并列处置。根据劳伊尔的观点,这种个别的人格权是通过一种复杂“人格上权利”而聚集(zusammenhalten)在一起的。<sup>⑤</sup>

并且,劳伊尔还前所未有地区分了“人格上权利”(Rechte der Persönlichkeit)和“权利能力”(Rechtsfähigkeit)。他认为,权利能力虽然通过“人格上权利”保证(gewährleistet)其被实现,但是其并不是这种权利的组成部分,而充其量只是这种权利“外在的先决条件”(publizistische Vorbedin-

① Leuze, Die Entwicklung des Persönlichkeitsrecht im 19. Jahrhundert, 1962, S. 52ff. 对此, Klippel 也持类似的观点, Vgl. Klippel, Historische Wurzeln und Funktionen von Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechten im 19. Jahrhundert, in ZNR 4. 1982, S. 132—155.

② 该定义原文为: Recht der Person, sich selbst Zweck zu sein, sich als Selbstzweck zu behaupten und zu entfalten. Vgl. Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, 1866, S. 15.

③ Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, 1866, S. 16.

④ Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, 1866, S. 16.

⑤ Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, 1866, S. 16.

gung)。①

#### (四) 温德沙伊德:被误解的人格权支持者

温德沙伊德(Windscheid, 1817—1892)的《潘德克吞法学教科书》②(Lehrbuch des Pandektenrechts, 1875)是历史法学的集大成之作,对德国民法典的体系形成具有最直接作用,是近代德国民法学体系建立的奠基性作品。在该书中,温德沙伊德认为,权利应该保护人合法拥有其物的利益。③人能够根据自己意愿拥有自身存在的权利,并且这种权利应该包含生命、维护身体完整和自由。如果这些人格利益(Persönlichkeitsgüter)受到了损害,受害人就可以因此而得到民法上的赔偿。④显然,温德沙伊德对萨维尼拒绝承认人格权的态度是持相反意见的。在他看来,人的意愿不仅支配意愿本身,而且还及于人的全部生理和心理的存在。对此,劳依茨认为:“尽管温德沙伊德关于这一点的论述只有寥寥数行,但是我们依然基本上可以认为温德沙伊德是人格权的赞成者。”⑤由于温德沙伊德的著名观点:人格权作为一项在私法体系之中的特别陈述是不必要的,因为人格权的存在和它的界定是毫无疑问的⑥,而使得人们误以为他不是人格权的赞成者。

#### (五) 黑格尔斯博格:历史法学派人格权理论集大成者

黑格尔斯博格(Regelsberger, 1831—1911)是潘德克吞法学人格权理论的发展者,并将其推向高峰。黑格尔斯博格将“人格上的权利”作为“最首要的和主要的私权”(erste und vornehmste aller Privatrechte),并认为这种权利是人所拥有的最高利益。⑦与此相应,他将这种权利当作一种相当重要的保护范围(schutzbereich)对待。并且,他将这种权利与“人的生存条件”(Daseinsbedingungen des Menschen),如生命、身体和生理的不可侵犯性、自由和名誉等等量齐观。他还说这种权利就如同自然人的姓、法人的名一样,是人“个性的标志”(Bezeichnungen seiner Individualität);还使人“享受其物质和精神的利益”(Genuß seiner materiellen und immateriellen Güter)。他还特别指出,这种权利是人关于其精神创造力自我决定的证明,如人的科学和艺术

① Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, 1866, S. 17.

② 该书的第一版写于1862年,本书采用其1875年的第四版。

③ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, BDI, 4. Aufl., 1875, S. 94.

④ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, BDI, 4. Aufl., 1875, S. 94.

⑤ Leuze, Die Entwicklung des Persönlichkeitsrecht im 19. Jahrhundert, 1962, S. 59f.

⑥ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, BDI, 4. Aufl., 1875, S. 94.

⑦ Regelsberger, Pandekten, Bd. I, 1893, S. 198.

成果、信件及其人在工业上的发明创造等。<sup>①</sup> 黑格尔斯博格对人格权的论述表明:人格权是最高的民事权利,具有高位阶的价值诉求;人格权还是人自身存在的象征;人格权存在于人的脑力延伸的载体之中。诸此种种表明,黑格尔斯博格人格权理论已经与现代人格权理论核心理念极为相似。

与劳伊尔的观点相比,黑格尔斯博格也将人格上的权利看作“权利的中心”,并且从这个意义上来理解一般人格权。但与劳伊尔不同的是,他不希望从这种复杂的权利上来产生无数的个别的人格权。<sup>②</sup> 但是他也承认,已经有一些“个别的权利”(Individualrechte),如自然人的姓、法人的名和商标的权利及对其他法律对象的权利通过这种权利建构和产生了。<sup>③</sup> 对于权利能力,黑格尔斯博格也认为这是人能够享有私权的基础,并且他也区分了人格上的权利和权利能力。<sup>④</sup>

#### (六) 小结

从作为罗马法学分支的历史法学派来看,其早期是否认人格权存在的,此与罗马法对人格权的态度相去甚远。萨维尼否认了那种认为人拥有对自身权利的学说,即使这种学说在当时是占优势地位的。普赫塔承认“人对于其自身权利”,但是却没有能够将其与“权利能力”区别开来。但是,后来的潘德克吞法学家们并没有沿着萨维尼指出的方向继续前行,而是作出了属于他们自己的贡献——他们发展了人格权理论。<sup>⑤</sup> 特别值得指出的是,劳伊尔第一次将一般人格权与特别人格权区别开来。但是,后来的潘德克吞法学家们也面临这样的问题,那就是当时并没有可以运用的知识能够将这种新型的权利类型融入到他们自己的法律体系中去。

之所以出现这个问题,有学者总结认为主要原因有两个:首先,有缺陷的罗马法传统和法律概念以及过度依赖罗马法法源阻碍了可能的、新型权利的创设。此外,早期潘德克吞法学中立的法律政策也导致了私权保护范围不能扩大,尤其是在发展新型的权利领域方面,阻碍重重。<sup>⑥</sup> 也正因为如此,诚如

① Regelsberger, Pandekten, Bd. I, 1893, S. 197.

② Regelsberger, Pandekten, Bd. I, 1893, S. 198.

③ Regelsberger, Pandekten, Bd. I, 1893, S. 198f.

④ Regelsberger, Pandekten, Bd. I, 1893, S. 204.

⑤ Bussmann, Reichen die geltenden gesetzlichen Bestimmungen insbesondere im Hinblick auf die modernen Nachrichtenmittel aus, um das Privatleben gegen Indiskretion zu schützen? In: Verhandlungen des 42. DJT, hrsg. Von der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. 1, 1957, S. 5(10).

⑥ Martin, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung, 2007, S. 136.

前文所指出的那样,温德沙伊德会认为:“对人格权的描述是不必要的。”<sup>①</sup>劳伊尔虽然并没有沿着其同行的路子继续前行<sup>②</sup>,他区分了一般人格权和具体人格权,但他并没有对每一种人格权在理论上进行建构和在体系划分。黑格尔斯博格第一次将人格权进行了法教义学上的归类,他将一般人格权作为权利的中心。从他的观点来看,一般人格权所保护的利益与作为人的个性载体的人是紧密联系在一起;并且,他特别努力澄清一般人格权与特别人格权的关系,这都使他成为历史法学派中人格权理论之集大成者。

## 二、日耳曼法学派:人格权理论的完成者

### (一) 伽哈依斯:人格权进入实证法的移植者

伽哈依斯(Gareis, 1844—1923)于1877年开始了对人格权的研究,与其他学者不同是,他发展了一套完整的人格权体系。<sup>③</sup>伽哈依斯对人格权的思考是从著作权(Urheberrecht)本质入手的,同时他也将法人及其商标的保护纳入其中。他拒绝承认精神所有权是“没有发展前途”(nicht entwicklungsfähig)的理论。他认为,有关著作权本质的问题是应该能够被整理归类的,人们如果继续沿着这一理论脉络向前探索,将可以很好理解“人格上的权利”这一概念。<sup>④</sup>人们之所以到现在还不能清楚地认识这种权利,是因为这种“人格上的权利”的理论直到现在还缺少被体系化地整理。因此,我们需要将这种理论进一步整理与发展。对此,他明确指出:“‘人格上的权利’在法学知识上一直扮演着一个变化无常的角色,其保护范围难以清晰界定。”<sup>⑤</sup>从温德沙伊德的理论开始,权利就给予那些对其物合法拥有的人。人不仅对其身体,而且对由其意志支配的心理存在也拥有权利,并且其他人还应受到这种权利的约束。但伽哈依斯的认识与温德沙伊德相反的是,

① Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, BDI, 4. Aufl., 1875, S. 94.

② Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, 1866, S. 18.

③ Vgl. Klippel, Historische Wurzeln und Funktionen von Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechten im 19. Jahrhundert, in ZNR 4. 1982, S. 132.

④ Gareis, Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes, in: Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, Bd. 35, 1877, S. 185(187f).

⑤ 本句原文为:“Das Recht der Persönlichkeit figurirt in der Rechtswissenschaft immer noch theils mit einer proteusartigen Vielgestaltigkeit, theils mit der Gestaltlosigkeit eines Protoplasmata”. Gareis, Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes, in: Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, Bd. 35, 1877, S. 185(188).

他认为为了达成这一目的,需要在私法体系上作出一种特别的叙述。<sup>①</sup>

在伽哈依斯之前,另外一位著名的日耳曼学派人格权研究代表人物布农斯(Brunns, 1816—1880)曾认为:“一种必须被承认而又不可侵犯的存在必须成为一种权利,否则对这种权利存在的侵害就不能称之为非法了。”<sup>②</sup>由此可见,在布农斯的理论体系中,人格上利益的存在已经成为现实,而且应该被权利化。伽哈依斯从布农斯的这种权利及其附属物不得损害的原理推出了人格权应当受到保护的结论。他认为,作为存在于人身上的一种人格性权利,如果实在法体系能够将其予以规范,并且允许人能够使用这种权利,那么这种权利是能够被完整掌握的。<sup>③</sup>以此为基础,伽哈依斯得出了这样的结论:“有一定数量的(人格)关系存在于实在法的内容当中,通过这些关系,法律主体通过自己的力量来支配自己的意愿,并且通过实在法将这种关系上升为法律关系。”<sup>④</sup>伽哈依斯明确表示:“这些权利是法律共同的核心。法律主体有权利使其‘个性’(Individualität)通过这种承认被看见。”<sup>⑤</sup>他将个性理解为:“法律主体所固有的保持其个体存活的必要条件,并且法律主体通过这种个性来彰显其作为主体的存在。”<sup>⑥</sup>虽然个性并不被每一种实在法上的法律关系所保护,但是它几乎已经具有了在实在法上的保护请求权基础了,并且其也被承认为一种个人的权利,它与实在法中一些权利类型很相近,如姓名权、商标权等。这就像在作品上承认一种实在法通过创设著作权来实现保护的、确定的权利一样。<sup>⑦</sup>

① Gareis, Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes, in: Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, Bd. 35, 1877, S. 185(193).

② Bruns, Das heutige römische Recht, in: Encyclopädie der Rechtswissenschaft, hrsg. von Franz von Holtzendorff, Erster Teil, 2. Aufl., 1873, S. 309(331).

③ Gareis, Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes, in: Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, Bd. 35, 1877, S. 185(194f).

④ Gareis, Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes, in: Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, Bd. 35, 1877, S. 185(195).

⑤ Gareis, Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes, in: Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, Bd. 35, 1877, S. 185(196).

⑥ Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes, in: Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, Bd. 35, 1877, S. 185(196).

⑦ Gareis, Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes, in: Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, Bd. 35, 1877, S. 185(196f).

为了给这种权利寻找一个特有的名称,伽哈依斯拒绝使用“人格上的权利”(Recht der Persönlich)和“人自身的权利”(Rechte an der eigenen Person)这样的表述方式,而是建议使用“个性的权利”(Individualrechte),因为这个表述是通过实在法发展而来的,并且内含有共同的法律思想。为此,他论述道:“法律主体要求承认他们的个性,承认他们日常活动的个性,承认他们管理自己的个性。”<sup>①</sup>但是,后来伽哈依斯并没有对这个概念进行进一步的明确,相反的是,在他的其他的一些著作中却使用了其他的称谓,如“个体权利”(Individualitätsrecht)<sup>②</sup>和“人格权”(Persönlichkeitsrecht)<sup>③</sup>。不过,这些用语上的细微差别并不具有多少实质内涵上的区别。

伽哈依斯将他所定义的这种“个性的权利”理解为一种绝对性的、独立的和主观的私权,他将这种权利同物权性的权利进行比较论述道:

这种“个性的权利”在诸多方面皆与物权性的权利有共同之处,它没有特定的义务主体,每一个其他的人都是这种权利的义务主体。如此,则别人的这种权利也会在所有人與人之间的关系中得到承认。这样,在这所有的关系中,实在法就可以将这种权利加以确认并且给予保护。对于其他人而言,法律并不要求其以积极的行为来帮助权利人实现这种权利,而只是要求他成为一个不作为的义务主体……<sup>④</sup>

并且,这种权利需要一种特别的叙述才能展现出来,因为仅依靠侵权之诉,这种权利并不能得到详尽的阐明。<sup>⑤</sup> 毕竟,这种“个性的权利”虽然不是其全部或者在同样的范围内,但还是可以被其主体以科学、合法、独立的方式来支配的,比如买卖和继承。<sup>⑥</sup>

由上述证据可知,伽哈依斯最大的贡献在于他致力于追求他所谓的“个

① Gareis, Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes, in: Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, Bd. 35, 1877, S. 185 (198f).

② Gareis, Das Recht am menschlichen Körper, in: Festgabe für Johann Theodor Schirmer, hrsg. von der Juristischen Fakultät zu Königsberg, Königsberg 1900, S. 59 (84).

③ Gareis, Das Recht am eigenen Bilde, in: DJ 7, 1902, S. 412 (413)

④ Gareis, Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes, in: Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, Bd. 35, 1877, S. 185 (199f).

⑤ Gareis, Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes, in: Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, Bd. 35, 1877, 185 (201).

⑥ Gareis, Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes, in: Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, Bd. 35, 1877, S. 185 (201f).

性的权利”的可掌握性,这是他比温德沙伊德高明之处。并且,他认为如果人们要掌握这种权利,就应该将其在实在法中予以确认和规范,使其同著作权、商标权和物权性的权利一样,具有明确的请求权规范。鉴于此,我们可以认为,伽哈依斯是将人格权移入实在法的移植者。

## (二) 科勒:人格权理论的进一步塑造者

与伽哈依斯同时代的日耳曼法学派代表人物科勒(Kohler, 1849—1919),在人格权理论的建构上功勋显著。科勒对人格权的阐述也与著作权息息相关,他第一次关于人格权的研究出自一篇关于著作权论文当中。<sup>①</sup> 他谴责“形式主义法学”(formal Jurisprudenz)不能摆脱罗马法窠臼去探讨问题,往往忽视了对自己法律根源的探索。

由于赔偿不会针对一项在法律上没有得到承认的利益而产生,因此,如果不在法律上承认人格权,那么当人格权受到侵害时就没有办法使其得到法律上的救济。科勒认为,“权利是没有固定概念的”,也并不是不可质疑的。他声称:“身体和生理就是属于法律所保护的利益范围。”<sup>②</sup> 对于伽哈依斯的“个性的权利”概念,他认为“不是不恰当”,但是他也暗示,他将保留对这项权利的名称作出修改的可能。<sup>③</sup> 事实上,大约在1907年之后,科勒就将“个性的权利”改为“人格权”(Persönlichkeitsrecht)了。

科勒赋予人格权以新的特点,即人的身体及其构成部分与合法的人格是密不可分地联系在一起,而且直接买卖人的身体及其构成部分是不可能的。<sup>④</sup> 但是,关于这种权利与权利能力的关系,在科勒这里是没有被明确的。但是后来,他又从权利能力推导出:“人格权是所有法律秩序的起点,因为每一项权利都须依附一定的主体,而作为法律主体,他的人格必须得到法律的保护,否则其将不是法律上的主体。”<sup>⑤</sup>

与伽哈依斯不同的是,虽然科勒也致力于详尽论述个别人格权,但却不局限于此,因为他承认了一般人格权是“权利源泉”(Quellrecht)或者“母权”(Mutterrecht)。显然,在这一点上他比伽哈依斯更进一步了。他在《著作权》一文中已经表达了“个性的权利”具有这种意思:“‘个性的权利’仅仅是一种全部人格利益上的权利,这项权利保证这些人格利益被它们所依附的主体整

① Kohler, Das Autorrecht, in: JherJb 18, 1880, S. 129—478.

② Kohler, Das Autorrecht, in: JherJb 18, 1880, S. 129(251f).

③ Kohler, Das Autorrecht, in: JherJb 18, 1880, S. 129(251f).

④ Kohler, Das Autorrecht, in: JherJb 18, 1880, S. 129(202).

⑤ Kohler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie; 2. Aufl., 1917, S. 131.

体性地使用和享受。”<sup>①</sup>

不久之后,科勒又将这种权利称之为“最高的和神圣的权利”(höchste und heiligste Recht)<sup>②</sup>或者是前文所述的“所有法律秩序的起点”。<sup>③</sup>最终,在他于1914年完成的《民事权利》(Bürgerlichen Recht)一书中,他声称:“人格权(Persönlichkeitsrecht)可以另外从扩展来看,就是人应该被当作完全有效的、道德上和精神上的人格来被承认。”<sup>④</sup>此外,他还论述了存在与生命、健康和荣誉上的权利,还有姓名权、个人肖像权以及保护个人隐私的权利。<sup>⑤</sup>

科勒破除潘德克吞法学完全以罗马法为窠臼的做法,从德意志本土法学资源出发,这是典型的日耳曼本土法学家的思考方法。他借用著作权为载体,提出了一般人格权的概念,并对诸多具体人格权进行了阐述。从科勒对各种个别人格权的阐述来看,实际上已经超出了后来《德国民法典》中对人格利益保护的范畴了。

### (三) 基尔克:一般人格权理论的建立者

基尔克(Gierke,1841—1921)是日耳曼法学派的杰出代表人物,著作等身,在德国法史上地位显赫。<sup>⑥</sup>在《德国民法典》生效前夕,基尔克在巨著《德国私法》(1895)一书中对人格权做了最详尽、系统的论述,包括一般人格权和各种具体人格权。该书分两卷,第一卷于1895年出版,分为总论和人法(Allgemeiner Teil und Personenrecht);第二卷于1905年出版,内容是物权法(Sachenrecht)。在此,此处图示该书第一卷的结构,从全书的体系安排中,可以彰显基尔克在人格权理论方面的历史贡献。<sup>⑦</sup>确实,在基尔克该论著之前,尚未见到如此专辟专论系统阐述人格权理论的作品,从该书中,宏观上我们能够看到人格权在整个私法体系中的位置,微观上我们能够觉察人格权的个殊方面。

① Kohler, Das Autorrecht, in: JherJb 18, 1880, S. 129(257).

② Kohler, Das Eigenbild im Recht, 1903, S. 5.

③ Kohler, Das Autorrecht, in: JherJb 18, 1880, S. 1.

④ Kohler, Bürgerliches Recht, in: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, hrsg. von Joslf Kohler, Zweiter Band, 7. Aufl., 1914, S. 1(33).

⑤ Kohler, Das Autorrecht, in: JherJb 18, 1880, S. 1(33f).

⑥ 基尔克的代表作是:《德国社团法》(Das deutsche Genossenschaftsrecht), 1868, 1873, 1881, 1913 (unvollendet);《德国私法》(Deutsches Privatrecht), 1895(1905);《自然法与德国法》(Naturrecht und Deutsches Recht), 1883。基尔克最卓越的贡献有两个:一是系统构筑了德国的社团法,被成为“社团法之父”;二是系统阐述了人格权理论。

⑦ 对于基尔克的人格权理论,国内已有论者述及,称“这一著作《德国私法》被欧洲法学界认为是人格权基础理论研究方面的奠基之作”。参见薛军:《人格权的两种基本理论模式与中国人格权立法》,载《法律科学》2004年第1期。





从上图来看,基尔克将整个德国私法划分为总论和分论两部分,总论除了导论之外,分述客体法与主体法;在分论中分述人法与物权法,其中人格权属于第二编人法部分。基尔克人法部分在分别论述了“个别人格权”、“团体人格权”及“人的权利的联合”之后,另辟一章专论“人格权”。显然,此处的人格权专章是在上述三项人格权论述基础上的综合和升华,当然也是人格权内部理论体系的重新整合,如对个别人格权的分别论述。从整体上把握了基尔克的人格权理论之后,我们还须探究,基尔克在人格权理论建构方面究竟做了哪些具体工作,具有何种特色?

第一,从德国私法的整体性中推导出人格权概念。

与伽哈依斯与科勒不同的是,基尔克论述人格权的基础不是来自于“著作权”,而是直接从检讨“德国私法”这一整体法制框架出发的,他认为在“德国私法”中存在一个一般法教义学上的人格权。在《德国私法》中,基尔克将“人格权”(Persönlichkeitsrechte)当作“存在于人自身上的权利”(Rechte an der eigenen Person),权利主体通过这种权利来保证管理自身部分人格权领域的实现。<sup>①</sup> 尽管如此,这也暗示着基尔克第一次致力于通过阐述著作权的

<sup>①</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1. Leipzig 1895, S. 702.

本质来研究“存在于人自身上的权利”这一问题。对于这种“存在于人自身上的权利”,基尔克指出:“通过这种权利,人能够独自、合法地管理自我,并以此来反抗他人的一定的合法入侵。”<sup>①</sup>

第二,明确提出了人格权的财产性问题。

基尔克把人格权列入绝对权利之中,因为人格权也是一种针对他人的“禁止性权利”(Verbotungsrecht)。<sup>②</sup>虽然这种权利中的一少部分权利中也包含或者吸收了少数的财产权内容,但从原则上来讲,在基尔克的理论体系中,人格权是不能被当作财产权来理解的。正因为如此,人们必须将这少部分的权利列入财产权当中去。<sup>③</sup>虽然其在前面的部分一直在论述人格权的核心,但是从这些论述中从来就没有完全解决人格权中所包含的财产性内容问题。<sup>④</sup>原则上,人格权被当作“一种自身最高的人格权利”,但是这种最高的权利并不是可以转让的。<sup>⑤</sup>如是,基尔克认为,这些权利中的一些“可以全部或者部分地被他人所发挥利用,甚至它们当中的一些物质性因素还能被转让”,在这种情况下,可以忽略其“人格领域”的因素。<sup>⑥</sup>对此,他进一步指出,死者的大部分合法人格权已经消亡,但是有一些剩下来的一些死者人格权是可以被继承的。<sup>⑦</sup>

第三,第一次详细列举并分别论述了个别人格权。

基尔克明确强调人格权具有多面性。<sup>⑧</sup>他特别将为数众多的各种个别人格权都罗列到了一个共同的目录之下,身体权、生命权、名誉权、专利权、著作权、姓名权和个人形象权都可以在一起被找到。<sup>⑨</sup>但是,基尔克的这种人格权理论也遭到了批评。对基尔克的批评首先来自于他对人格权概念的界定过于宽泛,因为在基尔克的人格权概念中,几乎所有的权利都可以通过人格权来得到理解。<sup>⑩</sup>

第四,明确论述了一般人格权。

基尔克想从各种不同的个别人格权的研究中推导出了一般人格权。他

① Gierke, Literaturbesprechung, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 29, 1883, S. 243(272).

② Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1. Leipzig 1895, S. 703(705f).

③ Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1. Leipzig 1895, S. 706f.

④ Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1. Leipzig 1895, S. 706f.

⑤ Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1. Leipzig 1895, S. 707.

⑥ Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1. Leipzig 1895, S. 707f.

⑦ Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1. Leipzig 1895, S. 708.

⑧ Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1. Leipzig 1895, S. 705.

⑨ Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1. Leipzig 1895, S. 708(897).

⑩ Vgl. Leuze, Die Entwicklung des Persönlichkeitsrecht im 19. Jahrhundert, 1962, S. 114f.

将一般人格权理解为：“作为一项统一的主观基本权利，所有的个别主观权利都以此为基础而产生，并且所有的主观权利可以以此为出发点得到延伸。”<sup>①</sup>基尔克的这一理解是建立在他对能力、法律主体合法承认的基础上的，并且也包括他对各种权利与义务基础性要素的承认。尽管基尔克试图将个别人格权与一般人格权进行区分，但是他也认识到，个别人格权与一般人格权之间的区分是很难界定清楚的。截至目前为止，人格权已经从一般性的权利中发展出来了，其他的权利也必定能如此依样画瓢。在存在人格权保护空白的地方，一般的人格权就可以用来填补这样的空白，成为保护这种空白的权利依据，如此则又能发展出一种新的个别人格权。<sup>②</sup>

从上面的四点总结我们不难发现，站在19世纪最后门槛上的基尔克已经为人格权在20世纪的发展作出了总体性的、前瞻性的规划。20世纪德国人格权理论和实务的发展印证了这一点，比如在一般人格权的承认、一般人格权与个别人格权的关系、人格利益的财产化、个别人格权保护范围的扩大化、死者人格利益继承等问题上。20世纪德国人格权的法制史证明，对人格权的保护几乎还没有完全跳出基尔克所划定的框架。

#### （四）小结

在19世纪末期，人格权的理论经过日耳曼法学派的努力已经得到了长足的发展，烙上了深深的日耳曼法印迹。这一理论进展的一个中心，是围绕着对著作权的系统研究而进行的。通过这种研究，权利的法律本质得以澄清。紧接着，就是所谓的“私人权利”理论的主张者们将著作权理解为一种人格权。这是人格权第一次被引入到实证法而在学说中被探讨。实际上，民法典生效之后，实务通过1954年读者来信案在实证法上承认一般人格权也是借用了著作人格权理论。但是，“私人权利”理论的主张者们只是满足于一种一般的理论确认，而没有继续向前探讨这一理论的各种基础性问题。

伽哈依斯改变了这一状况。伽哈依斯详尽论述了人格权理论的基础，他的论述维护了人格权理论，并且伽哈依斯将人格权从天赋人权的自然法学说中清楚分离出来，使其进入实证法。伽哈依斯还致力于个别人格权的研究，并取得了占优势的研究成果。沿着这条道路继续前行，科勒将一般人格权推到了首要的位置，并且认为一般人格权具有“母权”或者“权源”的功能。

基尔克发展出了统一的人格权理论，并将人格权称之为“主观的和绝对的权利”。尤其特别重要的是，基尔克首先通过自己的阐述，将一般人格权

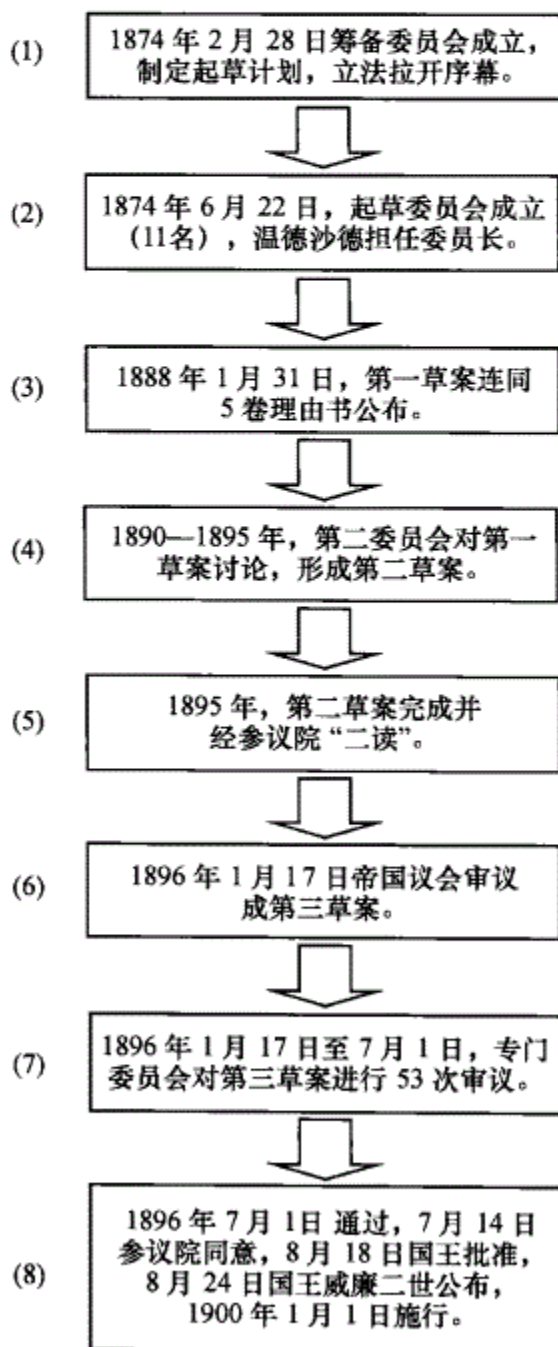
<sup>①</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1. Leipzig 1895, S. 703.

<sup>②</sup> Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1. Leipzig 1895, S. 704f.

上升到了一个更高的层次。在所有关于人格权的思想中,基尔克第一次将一般人格权明确放到了这样的位置,那就是,当出现个别人格权难以确定或者其他方面的权利空白时,可以通过一般人格权来填补这种权利真空,达成保护人格利益的目的。

### 三、立法过程中论辩:以一般的人格权为中心

19世纪中后期,为了顺应德国经济发展,“一个国家,一部法典”的呼声日益强烈。1871年第一帝国成立后,私法统一进程加速,民法典立法开始。为了解立法过程中各阶段人格权论辩过程,首先需概览民法典立法全程:



《德国民法典》起草前后 23 年,历经两个起草委员会、一个议会的专门委员会,留下了一整套系统、完整的立法资料,如第一委员会的《立法理由书》、第二委员会的《议事录》、帝国司法局长呈交议会的《意见书》以及帝国议会专门委员会的《辩论记录》。这些都是后世学说与实务发展民法典可借助的珍贵史料。

#### (一) 第一草案(1874—1887):第 704 条

在第一草案中,并没有出现明确的关于一般人格权保护的规定,但在该草案的第 704 条第 1 款出现了一些关于特别人格利益保护的规则,该条可以看作生效后的《德国民法典》第 823 条第 2 款的前身,其原文为:

行为人基于其故意或者过失之作为或者不作为行为而侵害他人,并且,对于这种损害的结果发生,行为人已经预见或者必须预见,行为人应对他人因其上述行为而导致的损害负赔偿义务,而不论损害的范围是否可以预见。

此条系参照《法国民法典》第 1382、1383 条制定。关于此条,立法理由书的解释是,该条是关于各种可能利益在其遭到不法行为侵害时的综合保护,由该条而产生的损害赔偿义务并不是针对某一类特定的侵权行为,而是针对各种各样的由不法行为而导致的可能损害后果而规定的。<sup>①</sup>之所以这样规定的依据在于,因为每一种违法行为所导致的损害赔偿义务,都是以行为人故意或者至少也是过失为起点的。违法性应该是一种这样的行为,其特别针对一项法律规定禁止侵害的绝对权而进行侵害,而这种法律的禁止性规定又显然是属于法律的一部分,如刑法中关于禁止侵害的规定,但这种禁止性条款仅仅是一项包含间接禁止性的规定。<sup>②</sup>

但是,在当时的德国法律体系中,并没有通过法律的禁止性规定来保护一般人格权的规范,因为刑法只是保护名誉,且这项保护还是有缺陷的。因为,从人格权的角度来看,《德国刑法》事实上只是在第 185 条及以后的几条中规定了侵害名誉的侮辱罪,但是名誉毁损只是犯罪构成要件之一,而作为刑法中相应的犯罪构成要件,行为人主观状态需要有故意,而这又与适用草

<sup>①</sup> Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, amtliche Ausgabe, Bd. II, Berlin und Leipzig 1888, S. 725.

<sup>②</sup> Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, amtliche Ausgabe, Bd. II, Berlin und Leipzig 1888, S. 726.

案的第704条第1款是捆绑在一起的。<sup>①</sup>这样,根据这一规定,一项损害名誉的赔偿义务只能基于故意而产生,而基于过失而产生的名誉损害无法涵盖。

为了填补这一法律体系协调上的漏洞,草案第704条第2款将名誉权作为人格权核心范畴来明确规定:

行为人基于其故意或者过失违法侵害他人权利,由于其此种损害他人权利的行为将导致其对他人损害赔偿义务产生,即使这种行为是不可预见的。根据前款规定,此种权利损害还包括对生命、身体、健康、自由和名誉的损害。

关于对生命、身体、健康、自由和名誉内容的具体化阐述应该引起人们的注意。因为怀疑已经显现:“这些需要得到法律保护的高级利益是否能够被当作权利来表达?基于一种狭隘的对损害的理解,对这种法律利益的保护是存在缺失的。”<sup>②</sup>但是,对此当时并没有出现有力的解释,即是否这种所谓的“法律上的利益”(Rechtsgüter)是当作主体性的权利来归类的?但关于这一点,也有很多说法,比如《立法理由书》认为,从追求法律确定性这一点来看,这些利益应该与权利同样被同等对待。<sup>③</sup>但从该条本身来看,生命、身体的整体性、健康、自由和名誉都是“法律利益”,如果它们被基于故意或者过失的违法行为所侵害了,都可以产生加害人的损害赔偿义务。但是否因此而导致“存在于自身的权利”(亦即人格权)被草案所承认,《立法理由书》认为这个问题不应该由立法来回答,而应该交给法学去确定。<sup>④</sup>由此可见,《立法理由书》对于该款所规定的种种“法律利益”是否就是人格权,并没有回答。但有一点《立法理由书》是确定的,那就是这些“法律利益”在受到侵害时应当与权利受到侵害时同等对待。因此可证明,在《德国民法典》起草中,立法者对人格权形式上不承认但实质上与权利同等保护,并非完全持否定态度。

为什么会出现对这些“法律利益”实质同等于权利保护,而形式上却不明确赋予其权利外衣呢?从上文人格权学说史的叙述我们或许可以得到答

① Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, amtliche Ausgabe, Bd. II, Berlin und Leipzig 1888, S. 726.

② Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, amtliche Ausgabe, Bd. II, Berlin und Leipzig 1888, S. 728.

③ Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, amtliche Ausgabe, Bd. II, Berlin und Leipzig 1888, S. 728.

④ Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, amtliche Ausgabe, Bd. I, 1888, S. 274.

案。我们必不能忘记,第一草案起草委员会的主任是温德沙伊德,温德沙伊德虽然认为,权利应该保护人对于其合法拥有之物的利益。<sup>①</sup>人能够根据自己意愿拥有自身存在的权利,并且这种权利应该包含生命、维护身体完整和自由。如果这些人格利益(Persönlichkeitsgüter)受到了损害,受害人就可以因此而得到民法上的赔偿。<sup>②</sup>但是,温德沙伊德却认为,人格权作为一项在私法体系之中的特别陈述是不必要的,因为人格权的存在和它的界定是毫无疑问的。<sup>③</sup>简言之,温德沙伊德的意思就是,这些所谓的人格利益都要保护,但是没有必要确认它们是不是权利,因为它们是当然存在的。

其实,在第一草案的起草过程中,以温德沙伊德为代表的起草委员之所以不给这些人格上的“高级利益”穿上权利的外衣,是有其法律体系上考量的。从法制史上来看,潘德克吞法学体系作为德国民法典结构之基础确属无疑,而潘德克吞法学又主要渊源于优士丁尼《民法大全》。在优士丁尼《民法大全》所构建的民法体系中,权利虽为民法逻辑体系建构之主要工具,但这种权利大厦却主要是以实在之物为客体的所有权为中心建立起来,即权利所指向的或支配的客体是一种客观存在于主体之外的物体。<sup>④</sup>而诚如前文所述,这些存在于人格之上的“高级利益”并不是一种单独能够存在于主体之外的客观物体,而是与主体唇齿相依的精神价值或者利益——生命珍视、身体完整、精神诉求或者生活阅历等。对于这些内化于主体自身的精神价值或者利益,如果成为权利的客体的话,那么主体就可以对其任意处分,那么人就当然会享有自杀的权利。而自杀的权利不管是从宗教情怀、道德哲学还是世俗观念上都是不会得到认可的。于是,传统民法的权利体系在此不得不拒绝给这些“高级人格利益”穿上权利的外衣,而只是对其予以保护。这实际上是一种只做不说的“哑巴策略”。

## (二) 第二草案(1891—1895):一读与二读

### 1. 一读

对于第一草案中的第704条,第二委员会在讨论中存在激烈争议。在第一天的讨论中,一部分委员强调,从原则上来看第704条,这些关于因违法行为而产生的损害赔偿义务的规定肯定是属于这样一些规定的,即它们界定了个人之间相互权利的范围。这些规定明确强调,个人的权利范围不应仅仅局

① Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, BDI, 4. Aufl., 1875, S. 94.

② Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, BDI, 4. Aufl., 1875, S. 94.

③ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, BDI, 4. Aufl., 1875, S. 94.

④ 关于这一点,从后来的《德国民法典》第823条第一款的表述就明显可以看出来:“故意或者过失地不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他利益……”

限于个人财产权利的范畴,而且应该扩展至所谓的人格权,如生命、身体的完整性、健康、自由和名誉。<sup>①</sup> 这些权利跟物权一样,每个人拥有这种权利就可以合法禁止他人入侵,但仅仅由刑法来保护这些利益是不够的。<sup>②</sup>

在接下来一天对第 704 条第 2 款的讨论中,支持者强调应对这一款做更为进一步的理解。他们认为,如果取消本款,那么现有的每一种针对过失侵害名誉和自由的法律保护都将是不够的。因为,仅仅从本条第 1 款中来解释其包含名誉和自由的权利,并以此来保护被侵害的名誉和自由,其可信度是不高的。<sup>③</sup> 但是,该委员会的大多数委员拒绝了第 704 条第 2 款。为此,他们重新起草了该条第一款,并将第 704 条与第二草案的第 746 条第二款结合在一起:

行为人因故意或者过失违法侵害了他人权利,或者违反了以保护他人为目的的法律,行为人因此而产生对受害人的赔偿义务。根据法律的内容,如果这项违反行为即使行为人没有过错也会有导致损害的可能,那么赔偿义务只是存在于有过错的情形。<sup>④</sup>

这一条的第二句与生效后的《德国民法典》的第 823 条第 2 款第二句话一样。这样规定的理由是:因为第 704 条第 2 款会给人导致“教条主义的印象”(doktrinären Eindruck)。<sup>⑤</sup> 关于生命、身体及健康的论述是没有必要的,因为有关这些利益的保护,该条第一款已经给予规定。并且,基于过失侵害自由和名誉是处于特别私法保护之下的,这已经超出了刑法的保护范围,那么就会包含一种危险,也就是在一个一般的“过失诉权”(actio culpa)之下完成的<sup>⑥</sup>,这会导致通过“不当行为”(missbrauch)对“法律交往”(Rechtsverkehr)进行限制。<sup>⑦</sup> 人们可以这样认为,行为自由与其说通过严格对人格

① Mugdan (Hrsg. und bearb.), Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse), 1899, S. 2711f(567f).

② Mugdan (Hrsg. und bearb.), Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse), 1899, S. 2712f(568).

③ Mugdan (Hrsg. und bearb.), Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse), 1899, S. 2723(573).

④ 根据 Simon 的论述,这是令人难以置信的。Simon 认为,删掉第 704 条第 2 款本质上是因为,该款更进一步的意义是承认了人格权,并且与此同时该款就显得多余了。但这并不是第二委员会多数人的论据, Vgl. Simon, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine gewerblichen Erscheinungsformen. Ein Entwicklungsprozeß. 1981, S. 157ff.

⑤ Mugdan, Motive II, S. 1077.

⑥ Mugdan, Motive II, S. 1077.

⑦ Mugdan (Hrsg. und bearb.), Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse), 1899, S. 2723f(573).



保护来实现,还不如说是通过对其损害的限制来实现。<sup>①</sup> 最终,该委员会建议,一种这样的规则无论如何也不能被这样通过,倒不如在一个另外的时间来讨论对第一草案第 727 条(该条规定的是剥夺个人自由的责任)的规定。<sup>②</sup>

于是,该委员会就重新开始了对第一草案第 727 条进行类似的讨论。该条是第三人因过失侵害他人人身自由而引起的私法上损害赔偿的规定。委员会的少数派要求在法典中原则上应该保留这一条规定。但问题是,法院的判决是否会将自由真正从第 704 条的角度来理解为权利呢?接下来的问题是,是否要赞同将这一点添加到这一条(第 704 条)中去,或者是否要公然将这一条的规定缩短,并以此来建立一个过失侵害自由的损害赔偿义务?<sup>③</sup> 委员会最后决定将第一草案中的第 727 条删除掉。自由被当作绝对权来理解,有关此一加害人的赔偿义务已经在第 704 条中予以规定了。<sup>④</sup> 其字面意思是:

人们因此可以相信,自由作为一种第 704 条意义上的权利,其未被  
在草案中明确规定,因为法院判决可能对此产生错误的认识。<sup>⑤</sup>

也正是基于这样的论据,该委员会在他们自己的理解中出现了一个矛盾,这导致了他们删除了第一草案中的第 704 条第 2 款。这就是,人们原则上不能运用刑法的规定(因为刑法只是针对故意侵害自由的行为)来周全保护名誉与自由等,基于过失剥夺自由的行为只能依据民法来获得保护。事实上,人们对于委员会自己给出的理由是难以相信的,委员会自己也指出,自由在第二草案的第 747 条也再一次明确表述了,即基于过失剥夺自由也会被课予损害赔偿义务。

另外一项针对过失损害名誉的赔偿依据再一次被指责。前后联系来看第一草案第 727 条 C 项基于过失危害信用的规定,这里还是存在一个针对过失损害名誉的保护问题。<sup>⑥</sup> 这项建议虽然在讨论中被再一次指责了,但是委员会的这项建议还是很令人感兴趣的。但也正是从这一角度而言,委员会中

<sup>①</sup> Mugdan, Motive II, S. 1077.

<sup>②</sup> Mugdan (Hrsg. und bearb.), Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse), 1899, S. 1113f(574).

<sup>③</sup> Mugdan (Hrsg. und bearb.), Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse), 1899, S. 1113(630).

<sup>④</sup> Mugdan (Hrsg. und bearb.), Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse), 1899, S. 2835(630).

<sup>⑤</sup> Mugdan (Hrsg. und bearb.), Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse), 1899, S. 1113(630).

<sup>⑥</sup> Protokolle II, S. 637.

的多数人还是反对保护基于过失而造成的名誉损害的。然而,委员会根据他们对第 704 条第二款的理解最终作出了决议,将作为一种特别法律利益的名誉从草案中删除之后,但这样做却依然令人不解。因为,这意味着如果碰到了刑法规范之外的损害名誉的情况还应不应该对该行为课予赔偿义务呢?而且,更多的情况是,当人们根据第 727 条来认识基于过失剥夺人身自由的行为时,这显然是违法的,法律显然应该对这种行为课予赔偿义务。

## 2. 二读

在修改第二草案的框架时,这样的—个建议被确定下来,那就是在第 746 条中将“他人的权利”(das Recht eines anderen)切入其中,同时第 747 条被删成这样一种新的方式来表达:“行为人因故意或者过失违法侵害了他人的生命、身体、健康、自由、所有权及其他权利……”<sup>①</sup>提出这个建议的人对此解释道,这种改变主要是“编纂本质”(redaktioneller Natur)和编纂体例导致的:

从前面的讨论中,人们从第一草案中的第 704 条得出了有启发意义的结论,那就是作为一种权利的损害,从上述规定的角度来看,也是一种对个人非物质上法律利益的侵害。之所以取消权利的表述,是因为如今的法学在更长远的意义上接受了“人的权利”(persönliches Recht)这一表述。但是后来,在第二草案中,没有一个地方做了这样直接的表述,那就是对这些利益的侵害是作为一种民法上的侵权行为来规制的。<sup>②</sup>

这种建议后来被采纳了,并随即被规定在第 808 条第一款中,后来这些内容就完全写进了《德国民法典》中的第 823 条第 1 款。

### (三) 第三草案(1896):名誉保护最终被放弃

由于联邦参议院(Bundesrat)对前面的这个规则不加评论地通过了,所以在这一读中又通过帝国议会委员会(Reichstagskommission,这个委员会也就是帝国议会指定的对“二读”后的草案进行了 53 次审议的那个委员会)重新试图将名誉作为一种可以保护的法律利益而纳入进来。但是,帝国议会委员会的这一建议几乎得到了一致的反对,名誉的保护最终被民法典所抛弃了。

<sup>①</sup> Mugdan (Hrsg. und bearb.), Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse), 1899, S. 8494, Bd. VI. S. 200.

<sup>②</sup> Mugdan (Hrsg. und bearb.), Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse), 1899, S. 201.

#### 四、后立法时代预言：人格权保护的成文法突破

##### （一）规范：被抛弃的人格权

《德国民法典》第 823 条第 1 款的起草历史证明，该法典中没有任何关于一般人格权保护的请求权基础，其原因是：现有的“一般人格权”的概念可以有非常多的理解，是不确定的，特别是从法律实务的角度来讲，法院的判决很难掌握。<sup>①</sup> 从上述学说与立法过程中叙述中我们可以推断出，人格利益不应该是归属于主体性权利的，人们不要试图超越刑法的规范来保护它们。<sup>②</sup> 并且，不让要《德国民法典》第 823 条第 1 款的条文具备其他的解释空间。虽然人们暂时能纯粹从表面上获得解释，即所谓的生命利益受到伤害至少如同一种主体性权利受害时课予加害人以损害赔偿义务，因为这可以从“其他权利”这样的概括条款中引申出来。

但是，这样的解释从语法角度来审视确是站不住脚的。<sup>③</sup> 一方面，人们可以仅仅从模仿所有权开始列举一串权利清单，因为被列举的权利作为独一无二的主体性权利是没有争议的<sup>④</sup>；另一方面，人们至少可以将生命和身体不当作权利来对待。<sup>⑤</sup> 最终，人们从整个法律体系的角度出发指出，名誉作为人格权的核心是通过《民法典》第 823 条第 2 款和第 824、825 条来保护的。但是，在名誉已经通过第 823 条第 1 款得到保护时，这种规定是有些多余的。<sup>⑥</sup> 实际上，在整部法典中也没有出现过人格权的概念或者相似的概念，那么，没有人格权明文规定的民法典中的人格权规范体系又呈现何种态势呢？

《德国民法典》第 12 条规定姓名权，第 823 条第 1 款规定生命、身体、健康、自由，是指法益 (Rechtsgut)，不是特别人格权 (besonderes Persönlichkeitsrecht)，

① Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd. I, 2. Aufl.; 1901. S. 841, Thur, Bürgerliches Recht, S. 151.

② Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd. I, 2. Aufl.; 1901. S. 841, Panck, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., S. 972.

③ Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abt., 5. Aufl., 1929, S. 1378.

④ Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abt., 5. Aufl., 1929, S. 1378.

⑤ Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abt., 5. Aufl., 1929, S. 1378. Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd. I, 2. Aufl., 1901, S. 839; Panck, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., S. 972.

⑥ Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abt., 5. Aufl., 1929, S. 1397; Enneccerus, Bürgerliches Recht, Bd. I, 2. Aufl., 1901, S. 840f; Panck, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., S. 972.

该款所称“其他权利”(sonstiges Recht),指类似于所有权的排他性权利,立法之意并不包含一般人格权。第 823 条第 2 款规定违反保护他人法律的侵权损害赔偿,立法之初是为了使该条结合《德国刑法》第 185 条以下侮辱、诽谤罪保护名誉。《德国民法典》第 824 条规定对信用保护。第 253 条(即现在的该条第一款,因债法现代化该条增加了第 2 款)结合第 847 条<sup>①</sup>第 1 款人格权损害精神赔偿。综上,《德国民法典》制定之初其人格权规范体系可图示如下:

§ 12	姓名权
§ 823 I	生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利
§ 823 II & § 185ff. StGB	名誉
§ 824	信用
§ 253 & § 847	身体、健康、自由的精神损害赔偿

## (二) 预言:人格权的回归

在《德国民法典》生效之后的一段时间里,对这部新的法律是否应该或者能够保护一般人格权,各家学说意见不一。占优势的学说对这种保护持反对态度,但有一部分学者在这个时候已经从一般人格权的民法典明文保护中走了出来,并以法典的全盘规定为依据,发展了自己新的理论。这些新的理论为以后实务中人格权突破狭隘实证民法的规定而获得承认奠定了理论基础。具体说来,这些理论以《民法典》第 823 条规定为基础,从以下两个角度寻求人格权的规范基础:

第一,通过将一般人格权解释为第 823 条第 1 款中的“其他权利”。

实现此种操作目的的关键在于,如何对该条中第 823 条第 1 款中的“其他权利”进行切实可行的法教义学演绎。主张此种解释的一些人从立法史的角度审视,认为这样的规定是因删除了第一草案中第 704 条中富有启发意义的结束句而形成的,立法者必须将“或者其他权利”添加上去作为人格权保护的规范基础。<sup>②</sup> 根据起草委员会的观点,按照一般的口语措辞顺序,“其他权利”是被放置于“所有权”之后的。这是因为担心一种严格的解释<sup>③</sup>,即将“其他权利”类比所有权进行解释适用。但是在帝国司法局长呈交议会的

<sup>①</sup> 该条已于 2002 年 8 月 1 日生效后的《修改损害赔偿条文第二法》中被废除。

<sup>②</sup> Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 2, 1. Abt., 1. u. 2. Aufl., 1899, S. 613f.

<sup>③</sup> Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 2, 1. Abt., 1. u. 2. Aufl., S. 614.