

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊(2008-2009)

私法研究

第9卷

主编 陈小君

Editor-in-Chief: Chen Xiaojun

副主编 张红

Vice Editor-in-Chief: Zhang Hong

PRIVATE LAW REVIEW
VOL.9

顾问

吴汉东
王泽鉴
梁慧星

主办

国家级重点学科
中南财经政法大学民商法学科

PRIVATE LAW REVIEW VOL.9

私法研究

第9卷

主编 陈小君

Editor-in-Chief: Chen Xiaojun

副主编 张红

Vice Editor-in-Chief: Zhang Hong

责任编辑

陈小君 麻昌华 高飞

高利红 唐义虎 耿卓

张红 宋敏

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊(2008—2009)

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

私法研究. 第9卷/陈小君主编. —北京:法律出版社, 2010. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1614 - 6

I. ①私… II. ①陈… III. ①私法—研究 IV.
①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 252649 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/720×960 毫米 1/16

印张/23.75 字数/455 千

版本/2010 年 12 月第 1 版

印次/2010 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1614 - 6

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



卷首语

《私法研究》第九卷如期跟大家见面了,虽然在时间上有点靠后,但仍在“一年两期”的承诺范围内,而要做到这一点还确实不容易,个中甘苦只有编辑才能知道。本卷一共推出了16篇文章。

冯·巴尔教授是德国当代著名的民法学家,其《欧洲比较侵权行为法》已为中国学者所熟知。“非财产损害赔偿也能对法人适用吗?”一文是作者专为本刊撰写的新作,为此本刊专设“本刊专稿”栏目。作者在文中提出了非财产损害不取决于感觉和灵魂,而是取决于自身存在的观点,对于我们思考精神损害赔偿制度的确立基础提供了一个新的视角,读后令人耳目一新。

随着《中华人民共和国侵权责任法》的颁布实施,中国民法学者的任务也自然地立法论转向解释论,对法律条文的正确解释是其适用不可或缺的工作。尝试着对侵权行为法研究路径的转变,本卷专门推出了“侵权责任法实施专题”这一栏目。该栏目一共刊载了6篇文章,李永军教授的“评《侵权责任法》第二章”侧重于归责原则和各种具体类型的侵权责任构成要件的论述,对归责原则、人身损害赔偿、精神损害赔偿等均提出了自己的见解。目的和功能实际上是侵权行为法最为基础的问题,朱岩教授的“论侵权责任法的目的与功能”则从比较法的角度展现当代侵权法目的和功能的发展趋势,提出自己独到的看法。特别是对惩罚性功能的论述,更显独具匠心。甄增水博士的“物件致人损害责任研究”对我国《侵权责任法》中物件致人损害制度进行了全面的评析,特别是其关于立法模式的论述对我国未来民法典的编纂具有借鉴意义。潜伏性毒物是指对人体健康的损害需经历一定潜伏期后才出现的有毒

物质,相对于一般意义上的产品责任 and 环境污染责任,它具有“潜伏性”的特征。涂永前博士的“毒物致害侵权的特征及法律应对论略”专注于潜伏性毒物侵权行为及其法律救济的探索,在相关国内研究几乎空白的背景下,具有先导性的理论意义。程啸教授的“我国《侵权责任法》中多数人侵权责任的规范目的与体系之建构”从规范目的入手,讨论了意思联络在我国的多数人侵权责任体系中应当具有的功能,强调“意思联络”作为构建我国多数人侵权责任体系的枢纽作用,对正确理解多数人侵权提供了帮助。《侵权责任法》第五章用七个条文规定了产品责任,涉及产品责任的构成、产品责任主体之间的关系、产品责任的形式、产品售后警示或召回等补救措施以及惩罚性赔偿。这些规定既反映了《民法通则》、《产品质量法》等法律施行以来的成功经验,也回应了实践中提出的新的需要解决的问题,高圣平副教授的“产品责任法律制度研究”对产品责任进行了比较全面的评述。

在“民事法论”栏目中,我们选刊了6篇文章。梁成意博士的“论宪法私法化”一文对宪法的属性进行了反思与重构,提出了宪法私法化的合理性基础,探讨了中国宪法诉讼的主要程序,迄今仍然具有很强的实践意义。由于我国长期以来计划体制的影响,慈善基金会法人人格问题成为中国慈善基金会法人制度发展所面临的“最大瓶颈”。韦伟博士的“中国慈善基金会法人的人格困境及其突破”一文,以我国慈善基金会法人人格的基本法律制度为基础,探讨当前制度环境下慈善基金会法人人格制度的现实困境,以及慈善基金会法人人格完善的路径。同时,通过比较法分析和对我国地方改革尝试的考察,围绕《基金会管理条例》反思慈善基金会设立的具体条件,提出了慈善基金会法人人格设立与登记的制度设计,对妥善解决我国慈善基金会法人的人格问题具有理论上的参考意义。众所周知,交易基础理论的本质在于公正的风险责任承担问题,但对于如何分配合同风险,却缺乏明确的判断标准。黄喆博士的“德国交易基础理论的变迁与发展”一文,从制度渊源的德国交易基础理论出发,对我国合同法上的情势变更原则提出自己独到的理解,为情势变更原则在实践中的适用起到正本清源的作用。婚姻家庭法是传统民法中亲属法的内容,自从前苏联在立法上将其独立于民法典之外以后,其在我国就基本沿着独立的发展道路。在民法典制定的过程中,亲属法是继续游离于民法典之外,还是归入民法典之中?学界素有讨论。雷春红博士的“论亲属法在我国未来民法典中的地位”一文,可以说是这一方面的集中论述。作者围绕亲属权的私权性和亲属法的私法性,系统阐述了亲属法回归民法典的深刻原因,为亲属法的民法性作出肯定的回答,值得一读。身份确认之诉在我国现行的法律制度中还没有真正建立起来,罗冠男博士的“论生父身份的推定和否认生父身份之诉”一文,在比较各国民法典中关于身份确认之诉规定的情况下,提出了我国建立该类诉讼的具体建议,一定程度上填补了这一方面研究的空白。保险合同作为最大的诚信合同,关系到千万投保人的利益。而保险公司相对于投保人来说,应属强势一方,其在制定格式

合同条款时,投保人是无法与之协商的。法律须对之进行规制,以保护投保人、受益人的利益。温世扬教授和武亦文博士的论文“保险合同责任条款法律规制论”针对保险合同中责任条款的法律规制进行了抽丝剥茧的论述,展示出了法律应对保险合同责任条款如何进行限制,我国保险法上的限制性规定在哪些方面存在着漏洞,并提出修补的方案,是保险合同研究中的一篇力作。

在“农地法制”栏目中,本期共推出两篇由陈小君教授率领的课题组研究的最新成果。“农村集体经济有效实现的法律制度研究论纲”是“我国农村集体经济有效实现的法律制度研究”课题的阶段性研究成果。在农村集体经济有效实现的法律制度研究中,该文以农村集体经济及其有效实现的法理内涵为起点,以赋予权利、回归权利、行使权利和救济权利为核心内容,以贯彻农村集体与农民个体的意志利益的协调“双赢”的基本理念的具体法律制度的运行为逻辑主线,从主体、财产权到经营运作方式直至经济、管理制度的配套支撑衔接进行整体性思考,提供了解决这些基本环节中的根本制度和立法难题的重要思路。“农地流转与农地财产权的法律问题”是“农村土地问题立法研究”课题的阶段性成果。基于课题组调查人员三十余人分为4组于2009年7月至8月对黑龙江、山东、贵州和湖北4省8县(市、区)24乡48个村480个农户进行的田野调查,分析了土地承包经营权流转状况、宅基地使用权流转状况、自留地(山)使用权的状况和集体经济组织壮大途径和方式,最后结合调研结论明晰了对立法或法制影响的基本认知,对我国农地立法和制度改革提供了有益的借鉴。

汉译作品是中国学者了解外国理论研究状况的一个重要途径,更是年青学子学习外国法律理论的重要渠道。在当下的中国学界中,翻译作品出台之快之多是前所未有的,其中不乏“汗牛充栋”之作。本卷的“外国法译评”栏目选刊了章正璋副教授的“拉伦茨《德国民法通论》汉译本(下册)存在的问题与不足”,目的是要提醒学界重视对法学研究文献的翻译,文中观点并不代表编辑部的意见,请读者自辨。

目 录

本刊专稿

- 3 非财产损害赔偿也能对法人适用吗? | 克里斯蒂安·冯·巴尔

侵权责任法实施专题

- 23 评《侵权责任法》第二章 | 李永军
50 论侵权责任法的目的与功能
——兼评《中华人民共和国侵权责任法》
第1条 | 朱 岩
84 物件致人损害责任研究
——兼论《侵权责任法》第十一章 | 甄增水
106 毒物致害侵权的特征及法律应对论略 | 涂永前
126 我国《侵权责任法》中多数人侵权责任的
规范目的与体系之建构 | 程 啸
146 产品责任法律制度研究
——以《侵权责任法》第五章为分析对象 | 高圣平

民事法论

- 173 论宪法私法化
——以民法漏洞补充为视角 | 梁成意
204 中国慈善基金会法人的人格困境及其突破 | 韦 伟
240 德国交易基础理论的变迁与发展 | 黄 喆
256 论亲属法在我国未来民法典中的地位 | 雷春红
272 论生父身份的推定和否认生父身份之诉
——以欧洲、拉丁美洲立法为参考兼评
民法典草案建议稿 | 罗冠男

286 保险合同责任条款法律规制论

——以格式责任条款的规制为中心

| 温世扬 武亦文

农地法制

309 农村集体经济有效实现的法律制度研究论纲 | 课题组

323 农地流转与农地财产权的法律问题

——来自全国4省8县(市、区)的调研报告 | 课题组

外国法译评

343 拉伦茨《德国民法通论》汉译本(下册)

存在的问题与不足

| 章正璋

Contents

Special paper

Bar Christian Von Can Non-property Damage Compensation be Applied to Legal Person?	3
--	---

Special Topics on the Execution of Tort Liability Law

Li Yongjun Some Suggestions on the Second Chapter of Chinese Tort Liability Law	23
Zhu Yan On Purposes and Functions of Tort Liability Law	50
Zhen Zengshui Research on the Liability Caused by Objects	84
Tu Yongqian Research on the Features and Legal Measures Toward Poisons Tort	106
Cheng Xiao Regulation Purposes and System Construction of Haftung Mehrerer Personen in Chinese Tort Liability Law	126
Gao Shengping Research on the Legal Institutions of Product Liability	146

Civil Law Review

Liang Chengyi On the Applying the Constitution as Private Law ——Take the Civil Loopholes as Perspective	173
Wei Yi The Personality Plight and Breakthrough of Chinese Charity Foundation Corporation	204
Huang Zhe The Vicissitude and Development of Germanic Theory of Geschäftsgrundlage	240
Lei Chunhong Study on the Status of Family Law in the future Civil Code of china	256

Luo Guannan On the Presumption of Natural Father and the Suit of Disavowal of Parenthood	272
Wen Shiyang, Wu Yiwen Theory of Legal Regulations toward Liability Provision in Insurance Contract	286

Legislation on Rural Land

Research Group Outlines for the Research about the Legal Institutions of Effective Implementation of Rural Collective Economy	309
Research Group Legal Issues about Circulations of Rural Land and Property Rights of Rural Land	323

Foreign Law Review

Zhang Zhengzhang Comment on Problems and Shortages of Chinese Traslation Edition of Larenz's <i>Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts</i>	343
--	-----

本刊专稿



非财产损害赔偿也能对法人适用吗？

克里斯蒂安·冯·巴尔*

目 次

- 一、德国的现状
- 二、德国关于法人的非身体性人格权的判例
- 三、关于法人和合伙之非财产损害赔偿的金钱赔偿的德国判例
- 四、对其他欧洲国家法律规定的考察
- 五、共同点和区别
- 六、抚慰功能与损害赔偿

一、德国的现状

今天的法典编纂已不再如《法国民法典》^{〔1〕}（第 1382 条）编纂的年代那样，将侵权责任的一般条款限定于自然人。相反，现代侵权法原则上将自然人和法人同等对待。其规则，《欧洲私法共同参考框架草案》^{〔2〕}的表述是，“除非另有说明，对法人和自然人同等适用”[IV. - 1:103(b)]。在内国法律制度中，与此并无差异。

这一原则上的同等对待，对侵权法上请求权关系的双方，

* 法学博士，德国奥斯特纳布吕克大学法学院教授、欧洲法研究所所长，英国不列颠学会会员。Der Aufsatz ist deutscher Sprache zunächst in der Festschrift für Frau Professor Stanislaw Kalus (2010) erschienen.

〔1〕 不过很久以来该规定理所当然的未严格依照字面意义被接受。因此不仅“(自然)人”，而且法人也必须对因其过错导致的损害予以赔偿。大量文献中仅需参见 Cass. civ. 17.7.1967, Bull. civ. 1967, II, no. 261 p. 182。

〔2〕 von Bar/Clive/Schulte-Nölke et al., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Outline Edition und Full Edition (beide München 2009)。

即请求权人和请求权相对人均适用。自侵权法的视角以观,法人亦可能作出“违法行为”。它们可以因过失或故意而被归责,亦可作为致害物的持有人(看管人、管理人等)、致害人的雇主或者致人损害之设备的运营人而承担责任。人们希望如何解决在所有这些情形下产生的、侵权法上之归责基础最终与意思相关联(即使仅存在对物或动物“持有”的意思)的理论问题,最多仅在边界领域扮演一定的角色。^[3]一般而言,只要承认法人能有自己的意思即已足,在此基础上便能将之纳入相应的责任基础框架。因为如果不这样做,我们将缺失这一法律领域起码的制度安排,这与另一种情形没有什么两样,即人们希望以这一理由,即“依其本质”,法人既不可能是善意亦不可能是恶意,来论证法人能从无权利人处取得权利。不过法人与自然人确非在每一方面都相同。虽然对该命题有证明作用,亦无必要马上对这一神秘的法人“本质”进行基本讨论;这一结果通常已根据法律直接得出。法律中的侵权法条文已对比如“父母”及其他人身监护权人因“未成年人”所造成损害的责任进行了规定。“父母”和“未成年人”的含义在此类事实中显然仅指自然人。尽管一个法人享有相应的人身监护权是可能的(比如一个为了对孤儿进行监护而设立的有权利能力的社团),但这个人并不因此成为“父亲”或“母亲”,而且上述法律规定中的“未成年人”总是毫无例外地为自然人:“子公司”的责任由康采恩法调整,而非由私法上的责任法调整。

以此为限,法人作为请求权人出现,原则上整个侵权法领域均为其提供了这种可能。不过不同的法律制度可能规定不同的例外:从比较法的角度看,关于法人作为请求权人的例外规定,显得比侵权请求权关系中的“另一方当事人”的例外规定要多得多。那些与违法性概念相联系及有此取向的侵权法制度,特别倾向于将具体的特别法益和权利作为非合同责任法的保护利益进行规定,进而对自然人被法律保护的利益作为重点加以确定。此类制度存在这样的危险,即《法国民法典》在描述可能的侵权行为人时已经犯过的错误,在规定的侵权受害人时被再次重复。德国法在《德国民法典》第823条第1款提供了一个这样的例子。因为这一规定(除他人的所有权和“其他权利”外)致力于“生命、身体、健康和自由”的保护。现在人们或许可以尝试论证,这一表述并不必然导致将该条限定于自然人的保护。但正如我们马上要探讨的,关于“尊严”(不过在《德国民法典》第823条第1款并未提及)的讨论,人们也不能说,比如谁导致一个法人丧失其权利能力便剥夺了其

[3] 较近的文獻比如 von Bar, Zur Struktur der Deliktshaftung von juristischen Personen, ihren Organen und ihren Verrichtungsgehilfen, in: Festschrift für Zentaro Kitagawa (Berlin 1992) 279 - 295。

“生命”,^[4]谁破坏了法人“作为商业企业的社会影响”^[5]便伤害了其“健康”,或者谁阻止一个法人的管理机构从一个欧盟成员国转移到另一个欧盟成员国便限制了其“自由”。^[6]因此,对这一争论,或许没有比法国对《法国民法典》第1382条的解释更大胆的,其最终将对“自然人”适用的规则也同样适用于法人。但对德国的情形而言,对《德国民法典》第823条第1款作类似解释则必然冒极大的风险。^[7]德国法官与他们的波兰同事们的处境也不同,波兰法官们毕竟还可援引《波兰民法典》第43条,根据该条,“关于自然人法益保护的规定……准用于法人”。《德国民法典》中没有类似的规则。因此《德国民法典》第823条第1款仅规定了自然人的生命、身体、健康和自由的结论,或许是必然的。该条仅规定了自然人(Mensch)的主观权利,而非人(Person)的主观权利。只需看一看《德国民法典》第842~846条,这一点便可以得到证实。因此根据现行德国法,比如一个法人因为其董事会成员被侵害或被谋杀而获得精神损害赔偿是不可想象的。

所以在《德国民法典》第823条第1款的框架下,对法人而言,作为侵权法上被保护的利益仅有“所有权”及“其他权利”。不过法人(与自然人一样)或许还可以援引非合同责任法上的其他规定,特别是《德国民法典》第823条第2款(违反保护性法律)、第824条(信用危害)、第826条(故意违反善良风俗的危害行为)和第839条(有过错的执行职务的责任)。至于(这些规定)是否向法人提供了主张非财产损害赔偿的请求权,平心而论,这些规定对法人确实没有多大帮助。^[8]因为在是否能够主张非财产损害赔偿这一点上,《德国民法典》的所有规定均复聚焦于该法典第253条的规则。但根据《德国民法典》第253条第1款,仅当有法律的明确规定时,非财产损害方具有可赔偿性。尽管在紧接着的《德国民法典》第253条第2款已经给出了一个这样的规定,但该款再次仅仅作出这样的规定,即当“因为

[4] 与此相关的至少可参见欧洲人权法院关于一个政党违反公约禁止的判例,其也可以作出一个被诉国对非物质损害之赔偿作为后果的判决: *Partei des Friedens und der Demokratie v. Türkei*, Urteil vom 8. 12. 1999, ECHR 1999 - VIII, § 57. 对此参见讨论文章: *Ress, Schmerzensgeld für juristische Personen?*, in: *Festschrift für Akira Ishikawa* (Berlin 2001) 429, 435.

[5] 当涉及准确表达法人的一般人格权保护时,德国联邦最高法院通常借助于这一提法。例如: BGH 3. 6. 1986, JZ 1986, 1108, 1109.

[6] 不过在欧洲法院的判例中,一个特有的、一般侵权法上对自由概念(被理解为身体移动的自由)的基本确信在此范围内已经形成深入人心的观点,据此,尽管一个组织在欧洲范围内的“迁出”可能被阻止(EuGH 27. 9. 1988, Rs C-81/87, NJW 1989, 2168 [Daily Mail] und EuGH 16. 12. 2008, Rs C-210/06, EuZW 2009, 75 [Cartesio]),但其“迁入”肯定被承认(EuGH 9. 3. 1999, Rs C-212/97, NJW 1999, 2027 [Centros]; EuGH 5. 11. 2002, Rs C-208/00, NJW 2002, 3614 [Überseering]).

[7] 同样的观点见: *Klippel, Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz von Verbänden*, JZ 1988, 625, 630.

[8] 参见《德国民法典》第839条,亦见下文第三部分。

身体、健康、自由或性的自主决定受侵害而须赔偿损害时”,“也可因为该非财产损害而主张公平的金钱补偿”。那么最终,人们再次回到《德国民法典》第 823 条第 1 款的规定。由于上述损害案型没有一种适用于法人,他们无望获得《德国民法典》第 253 条第 2 款所规定的、非正规表述中被称为“痛苦金”^[9]的非财产损害赔偿。而且因为在《德国民法典》中没有其他的非财产损害赔偿的合同外请求权基础,由于这样的缺陷,在德国法上,法人的非财产损害赔偿完全空白。实质上,《德国民法典》第 253 条第 1 款同样排除了类推适用。^[10] 由此,其甚至排除了在名誉侵害案型中对非物质损害的补偿。事实上也就是说,无论如何,如果人们遵照法典的本初概念,“尊严”从不属于《德国民法典》第 823 条第 1 款的“其他权利”,即类似所有权的权利。对尊严的保护,法典并不希望通过《德国民法典》第 823 条第 1 款的这一规定,而是通过该条第 2 款与刑法上的相关条文联系起来得以实现。根据联邦最高法院过去的一个正确判决,法人在遭受该类犯罪时也得到保护。^[11] 但这一(刑法上毫无疑问完全不同的)类推适用并未消除《德国民法典》第 253 条第 1 款的限制,而对《德国民法典》第 253 条第 2 款则存在这样的论断,即其并未提及尊严。

二、德国关于法人的非身体性人格权的判例

正如这里再次证实的,《德国民法典》不可原谅地完全忽视了对非身体性人格权的保护。首先在《德国基本法》领域,判例(依靠《德国基本法》第 2 条与第 1 条相结合^[12])推动了对非身体性人格权保护的基本改善。在发展的过程中,甚至诞生了“一般人格权”的概念,^[13]也就是说,不是一个被“特别”规定的非身体性人格

[9] 法典当然在任何地方但均未使用“痛苦金”这一表述。这一表述并不经常被使用,而且当人们使用这一表述时,应当被限定于身体性人格权侵害的案型。谁,比如赞同 Ress (Festschrift für Zentaro Kitagawa (Berlin 1992) 429, (Fn. 4)), 问是否能够“为法人提供痛苦金”,对这一问题必须给予否定的回答。(因为 Ress 自己也着重指出了“痛苦金”这一表述的可疑价值,建议用“非财产损害”表述更好,欧洲人权法院的判例就法人对其非财产损害的赔偿请求权接受了该建议)。

[10] 有此正确观点的文献,参见 Staudinger (-Schiemann), BGB (Berlin, Neubearbeitung 2005), § 253 Rdnr. 1。

[11] BGH 8. 1. 1954, BGHSt 6, 186 (该案涉及一个作为日报出版商的有限责任公司)。

[12] 这一有些令人困惑的条文征引(《德国基本法》第 2 条结合第 1 条,而非《德国基本法》第 1 条结合第 2 条),对此 Canaris 周详的进行过论述[in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2003; Das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften (Karlsruhe 2004), 81],可能在这方面有其理由,即所有直接基于《德国基本法》第 1 条(人之尊严的保护)得出的法律原则使议会的操作空间被剥夺(《德国基本法》第 79 条第 3 款)。不过这一点尚不确定,即联邦下议院应当真正被禁止的,是在个案中对作为一般人格权侵害后果的非财产损害的赔偿能力进行规定,还是完全在根本上予以否定。

[13] 基础性判例见 BGH 25. 5. 1954, BGHZ 13, 334 (Leserbrieft)。

权(例如姓名权和肖像权)的概念,而是一个全面的源权利或基本权利的概念,基于这一概念,通过案型构建,提供了合理可控的对人格权的全面保护。过去长期作为后进者的德国,借此焕然成为人格权保护的典范,此点直到今天仍特别值得骄傲。正如已经谈到的,其在“技术上”被实现是通过《德国民法典》第 823 条第 1 款中“其他权利”的再发掘,并将一般人格权也纳入其中。^[14]人们不仅马上避免了《德国民法典》第 823 条第 2 款中尊严保护的复杂局面,转而借助于《德国民法典》第 823 条第 1 款包含的范围广泛的一般人格权^[15](一般人格权概念的诞生使责任一开始便纳入《德国民法典》第 823 条第 1 款的案型成为可能,在这一款中过去不包括诽谤案型),而且人们还通过对受害人非财产损害的赔偿来防止对这一新诞生权利的伤害,起初是基于对修订前的《德国民法典》第 847 条中“自由”概念人为地赋予该意义(该条在很大程度上与今天的《德国民法典》第 253 条第 2 款一致)^[16],然后很快又依靠典型判例,最后依据《德国基本法》第 2 条结合第 1 条的规定。^[17]最近立法者在 2002 年新修订的《德国民法典》第 253 条第 2 款接受或者说采纳了该概念。至于该条文直到今天并无一词提及一般人格权,这一点不能由此得到最终解释,即 2002 年的立法者仅在《德国基本法》中看到,在侵害“一般人格权”的情况下对非财产损害的赔偿请求权基础。^[18]一个真正的宪法上私权领域形成了。《德国基本法》第 2 条结合第 1 条自此具有了《德国民法典》第 253 条第 1 款意义上之“法律规定”的含义。

起初法院判决曾将一般人格权仅适用于自然人的保护。不过较早前已被扩张到法人和《德国商法》上(根据德国法)仅有部分权利能力的人合公司。一个对这一在《德国民法典》第 823 条第 1 款的背景下有些令人惊讶的现象的解释,在这样的情形下被找到,即法院不可否认地将这一一般权利提高到宪法层面,且基于该权

[14] 对此 Kraft 正确地指出,“将这一权利(将尊严纳入其中的一般人格权)作为《德国民法典》第 823 条第 1 款意义上的其他权利并因此纳入私权体系的尝试,过去仅被认为在学理上基本不具有说服力的尝试,却为那些基于民事权利的判决赢得了合法性,并至少在形式上保持了民法体系的一致性”。参见 Kraft, Gedanken zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht juristischer Personen, in: Festschrift Hubmann (Frankfurt/Main 1985) 201, 212。

[15] 关于这一问题的较近文献,参见 von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht I (München 1996), Rdnr. 33。

[16] 基础判例,参见 BGH 14. 12. 1958, BGHZ 26, 349, 356 („Freiheitsberaubung, im Geistigen“) (Herrenreiter)。

[17] BVerfG 8. 3. 2000, NJW 2000, 2187, 2188. Siehe im Übrigen BGH 19. 9. 1961, BGHZ 35, 363, 368; BGH 15. 11. 1994, BGHZ 120, 1 15; BGH 5. 4. 2000, NJW 2000, 2195, 2197。

[18] BTags-Drucks. 14/7752 S. 25; dazu von Bar, Das Schadensersatzrecht nach dem Zweiten Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2003; Das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften (Karlsruhe 2004) S. 7 - 29 (11, 23 - 24)。