

SIFA DE ZHENGMING

私法的争鸣

——私权保护热点问题研究

王磊 著

新疆人民出版社

私法的争鸣

——私权保护热点问题研究

王磊 著

新疆人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

私法的争鸣:私权保护热点问题研究/王磊著. —乌鲁木齐:
新疆人民出版社, 2005. 8

ISBN 7-228-09570-7

I. 私... II. 王... III. 隐私—人身权—研究—中国
IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 103922 号

私法的争鸣——私权保护热点问题研究

王磊 著

出版发行: 新疆人民出版社

地 址: 乌鲁木齐市解放南路 348 号

邮 编: 830001

印 刷: 乌鲁木齐大金马印务有限责任公司

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

印 张: 8.75

字 数: 200 千字

版 次: 2005 年 12 月第 1 版

印 次: 2005 年 12 月第 1 次印刷

ISBN7-228-09570-7

定价: 20.00 元

序 言

民法为私法。自从古罗马法学家乌尔比安以其无与伦比的睿智缔造了公法与私法划分的理论,私法的概念体系逐步形成,对近现代世界法制产生了深远的影响。私法以市民社会为基础,以平等、自治为原则,以尊重、保护市民的私人利益、自由意志为出发点,目的在于激发每个社会成员的创造力,维护其精神安宁,从而保障私人利益的实现。民法为彰显其私法属性,倡导私权神圣、人格平等、私法自治三大基本理念,以授权性规范为主体,赋予所有市民以广泛的民事权利。民法为万法之母,其内容博大精深,源远流长。两千多年来,多少先贤圣哲为之殚精竭虑,对民法理论进行研考,对民法法条进行分析,对民法现象进行解惑,使民法具有了深厚的文化积淀和浓醇的精神底蕴。然而,随着近现代社会的飞速变迁,现实生活呈风云变幻、纷繁复杂之势,民法现象更加令人眼花缭乱,目不暇接。研析民法的现代学人接过更繁重的历史使命,因应时势,各抒所长,促使私法领域的理论争鸣犹如春天的山麓,百花争艳。

何谓私权?它是指私法所确认的,与民事主体的人身、健康、荣誉、财产及其他经济、民事活动相联系的权利。何谓私权保护?它是指在市民社会中,人所享有的最基本的权利应当受到法律充分的平等的保护。任何个人、组织的私权不受侵犯,非依公正的法律程序不得被限制和剥夺。私权受到侵犯时,应获得法律上相应的救济。市民社会中的人

是“经济人”，是自身利益最大化的追求者，只有赋予人们更多的追求私利的权利，才能最大限度地激发人们的主动性、积极性和创造性，形成人类社会进步的一种基本动力。私权保护，向全社会成员的人格和财产提供安全的保障，体现了对人性的尊重。强化私权保护，必将激励个人产生对合法财富无限追求的欲望，促进个人全面发展，最终拉动整个社会财富总量的增长，这无疑是对社会发展的巨大贡献。

然而，一百年来，私权作为一个概念体系在中国也历经了曲折的发展过程。在清末民初时期，中国一批先进的知识分子在接受了西方近代启蒙教育后，渐渐感到私人利益在制度中的重要性，开始呼吁保护私人的合法权益，在思想领域为“私权”概念得以确立开辟了空间。与此相应，“人格”、“私权”等私法范畴的重要概念以及与这些概念的解释学也基本形成。30年代初，中国诞生了一部由中国学者自己编纂的优秀民法典，这部法典是对中国清末民初私权研究与实践的全面总结，使国人的私权第一次在法典中获得确认和保障。但1949年之后，中国民法学中的权利概念及其内涵却发生了深刻的变化，一个重要的表现就是，“私权”的概念销声匿迹了，而民事权利的概念则被广泛使用。这些变化始于对苏联民法学的学习。中国法学者基于列宁的一段话，即“我们不承认任何‘私人性质的东西’，在我们看来，经济领域中的一切都属于公法的范畴，而不是什么私人性质的东西”^①，从而否定私法在社会主义国家的存在。他们认为：“公、私法的划分是资本主义法律的特有现象，因此，在资本主义法制的废墟上建立的社会主义法律就不应当再沿用公法与私法的划分。”“民事权利在资本主义国家中称为私权，以与公权（政治权利）相区别。私权所反映的是民事主体自身的利益、私人的利益，它所赖以存在的基础是社会利益与私人利益不可调和的矛盾。公权反映的则是所谓的国家利益、社会利益。社会主义也有这两

^①列宁全集第42卷，北京：人民出版社，1987.427

种利益的矛盾,但是已经失去对抗的性质。因此,公权和私权的划分不适用于社会主义国家”。这种理论思想长期在意识形态领域占据统治地位,也造就了中国存在过不尊重私权的历史记录。改革开放使人们的思想逐渐摆脱了教条主义的束缚,虽然关于公法与私法划分的争论一直延续至今,但重塑私权体系,力倡私权保护的呼吁在学界风起云涌,并成为主流思潮。在党的十四大确立社会主义市场经济的建设目标之后,倡导权利本位,强化私权保护的理念更加深入人心。2004年中国第四次修宪,宪法修正案中明确规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。”“国家尊重和保障人权”。这一为世人瞩目的亮点具有里程碑的意义,宣示了中国政府和人民重视私权保护的决心。由此,中国在私法权利意识上实现了复归,创建完备的私权保护体系有了根本的制度保障。私法为权利法,是实现人权的手段。人权是作为人所应有的权利,它只有通过制定法的确认,才能变成现实的权利。私权保护包括财产权保护和人身权保护两个方面,是人权保护的具体化和切实保障。因此,只有不断地完善私法并加以严格实施,才能真正保障人权,才能切实提高我国对人权的保护水平。

随着市场经济的建立和发展,市场主体有了更广泛的选择自由和更多样化的利益,人们发生私权利益之争会求助于市场固有规则解决。然而,市场经济的发展逻辑有一个“怪圈”,它一方面热情呼唤公正、平等、秩序、民主、自由等社会基本价值,并确实为这些基本价值的实现奠定了经济基础,但它同时又具有损害这些基本价值的倾向。原因在于,市场有一种把一切都变为交易商品的自发倾向。如不加以限制,人的基本权利和自由都可能成为交易对象。如果允许市场法则来操纵一切社会领域,就会给社会带来灾难,它最终会使社会丧失自由、平等和民主。在当代中国,贫富差距正在日益拉大,恶性交通事故、工伤事故、环境污染等现象频繁发生,如果我们不采取有效措施对市场经济发展的负面影响进行调控和抑制,将会使中国的社会经济发展潜藏着重大的隐患。

法律在国家的宏观调控方面起着主要的作用,因此,中国的法学研究工作必须直面社会现实,肩负起社会责任,为中国社会制度的完善和经济建设的发展点燃一盏盏指路明灯。

事实上,中国法学界已经开始回应严峻的社会现实。在“私法社会化”思潮的引导下,中国学者形成了各种突出有效的研究成果。但是,由于片面强调“私法社会化”,学者们不再将私权保护与私权的“社会化”视为可沟通的统一体,不再将现代民法看成由近代民法发展而来的,并仍将继续发展下去的一个过程或系统。我认为,这种片面强调现代民法与近代民法相割裂的思想倾向是难以令人赞同。因为我们不能忽略或抛弃近代民法中许多珍贵的思想。这些珍贵思想的核心部分,就是对于私权价值的肯定以及在此肯定基础上获得的丰硕的研究成果。这些成果,既包括私权种类、体系和原则,也包括私权的研究方法。本书以私权保护为主轴,以比较法为视角,力图从传统民法中汲取私权保护的优秀经验,并结合社会变迁的现实,提出在我国私权保护的具体原则和途径。

本书议题均为私权保护各领域之热点问题。第一章为人格权法中私权保护的“扩张”,系指一般人格权理论和立法的出现,对传统人格权制度构成了重大突破。在立法上明确对一般人格权加以规定,将会给那些人格遭受侵害但由于法律漏洞存在无法获得法律救济的受害人提供充分法律保护,以免使我们的法律实务操作面临十分尴尬的境地。第二章为物权法中私权保护的“利益角逐”,系指物权变动中的第三人保护。在交易实践中,物权变动往往引起真正所有权人与第三人的利益冲突,这无疑增大了第三人交易的成本,同时使交易的程序变的非常繁琐,交易的风险因此也大大增加。由此,这种“利益角逐”对交易构成了极大的妨碍。为减少这种妨害,加强对物权变动中第三人保护的立法实属必要。第三章为债法中私权保护对债权相对性原则的“突破”,系指第三人侵害债权制度。按传统民法,第三人侵害债权问题在合同法领域

因受债的相对性原则束缚而不能受合同责任规制；在侵权行为法领域又受狭义侵权行为观念的阻拦而备受冷落。然而，随着大量第三人侵害债权事实的发生，各国立法和学说突破了债权相对性的樊篱，逐渐创设第三人侵害债权制度，以求保护债权人的利益。我们有必要构建和完善第三人侵害债权制度，并将其纳入中国未来民法典的调整范围。第四章为债法与物法的私权保护的“交叉”，系指所有权保留制度。所有权保留由交易当事人协议约定而产生，本应属债权法的调整范畴，但目前所有权保留在财产交易中被作为一种担保方式，许多国家又借助于物权法中的相关措施保障其作用的正常发挥。于是，人们开始对所有权保留的法律性质产生迷惑。我国在《合同法》中初步建立了所有权保留制度，为保证其在实践中的规范运行，尚需大量研究工作。第五章为侵权行为法中私权保护的“迷雾”，系指侵权行为的因果关系。社会生活的日益复杂使侵权案件的因果关系显得异常繁复，难以把握。因果关系问题因此受到民法学界的普遍重视，随着人们理论研究的深入，愈发感到因果关系问题的复杂性。为了在司法实践中能够明确侵权行为人是否应承担责任，应承担多大责任，使侵权人和受害人的私权得到公平保护，我们必须为认定侵权行为因果关系提供一个有效的路径。

目前，中国民法典的制定工作在紧锣密鼓地进行。围绕民法典的制定，我国大陆的民法学者从制定民法典的意义到未来民法典的体系框架，再到具体的民法原则和制度，展开了深入的学术探讨，在许多重大疑难问题上进行了有益的争论。我生活在这个充满学术生机的时代，无限兴奋之余，期望能够携本书融入这一激动人心的氛围，为完善我们未来的民法典奉献自己的微薄之力。

目 录

序 言 //1

第一章 人格权法中私权保护的“扩张”

——一般人格权的确立 //1

第一节 一般人格权的概念 //1

第二节 一般人格权的理论渊源 //15

第三节 一般人格权的起源和比较法考察 //22

第四节 一般人格权的内容及其法律意义 //35

第五节 法人的一般人格权 //43

第六节 一般人格权的法律救济途径 //47

第二章 物权法中私权保护的“利益角逐”

——物权变动中的第三人保护 //51

第一节 物权变动中的第三人保护制度概述 //52

第二节 第三人保护制度的法理构造 //56

第三节 物权变动中第三人保护的比较法研究 //73

第四节 我国今后物权变动中第三人保护制度的立法选择 //90

第三章 债法中私权保护对债之相对性原则的“突破”

——第三人侵害债权制度的构建 //100



- 第一节 第三人侵害债权的概念及其
制度价值 //101
- 第二节 第三人侵害债权的法理基础//104
- 第三节 各国第三人侵害债权的立法实践
//111
- 第四节 第三人侵害债权的构成系统 //124
- 第五节 第三人侵害债权的损害赔偿 //139

第四章 债法与物权私权保护的“交叉”

——所有权保留制度思辨 //147

- 第一节 所有权保留的类型分析和定义界
定 //148
- 第二节 所有权保留的法律性质构造 //161
- 第三节 各国所有权保留的立法实践 //173
- 第四节 所有权保留的设定与公示 //183
- 第五节 所有权保留的内外部法律关系规
制 //194

第五章 侵权行为法中私权保护的“迷雾”

——因果关系理论重述 //206

- 第一节 因果关系理论概述 //207
- 第二节 大陆法系的因果关系学说 //212
- 第三节 普通法系的因果关系学说 //223
- 第四节 我国侵权行为因果关系理论的反
思与前瞻 //233

主要参考书目 //246

后记 //249

第一章 人格权法中私权保护的“扩张”

——一般人格权的确立

随着社会经济生活水平的不断提高,人格权法中的私权保护呈现出不断扩张的趋势。人格是民事主体与生俱来拥有的法律地位,人格权则为民事主体与生俱来而当然固有的法定权利。人格权法作为民法的重要组成部分,其最重要、最根本的任务是确认和保护民事主体的人格权。纵观人格权的发展历史,人格权经历了一个由具体人格权向一般人格权发展的过程。因此,一般人格权的理论和立法出现,是对传统人格权制度的重大突破。一般人格权是一个抽象的概念,它适应了人格权体系的开放性特征。在立法上明确对一般人格权加以规定,将会给那些人格遭受侵害但由于法律漏洞存在无法获得法律救济的受害人提供充分的法律保护,以免使我们的法律实务操作面临十分尴尬的境地。

1

第一节 一般人格权的概念

一、关于一般人格权概念的不同学说

传统民法仅对一些具体的人格权作出规定(称为特别人格权),

一般人格权则是从具体人格权抽象而来。此种发展表明,近代法制理念从注重对财产的保护转变为注重对人格的保护,一般人格权正是司法裁判为顺应这一时代潮流而对立法的一大超越。通过对各个国家和地区的立法考察,笔者发现尽管一般人格权得到了学界和实务界的关注,并且被用来解决实际问题,但是没有一个国家或地区的立法有明文规定“一般人格权”的字样,更不要说解释一般人格权的概念及其内涵。即使是被公认为在立法上最先确立一般人格权概念的瑞士,其法条也仅仅是表述为“人格关系”。

(一) 学说之构成

学者们对于如何定位“一般人格权”的性质和内涵,众说纷纭。即使那些肯定一般人格权概念的学者,在其定义上亦有各种不同观点。概括起来,有如下几种:

1. 人格关系说

德国学者冯·卡尔莫勒(Von Caemmerer)等人引用《瑞士民法典》第28条第1项的规定,主张一般人格权即为一般的人格关系^①。我国台湾学者施启扬赞同此说,他在对瑞士民法的规定进行解释时,也认为人格关系即为一般人格权,并且他还提出应将台湾现行民法中有关侵害人格权的规定(第18条)改为侵害人格关系。“因为人格权是一种‘上层概念’,人格权中的各种具体内容,如‘自由’是否为权利,颇有疑义。有认为‘自由’并非严格意义的权利,只是一种地位或资格,与一般权利在性质上并不相同。又通奸时究系侵害配偶的何种‘权利’,在解释上颇费周折,将通奸认为系妨害‘婚姻关系’,侵害双方配偶的‘人格关系’,似较允当”^②。

^①王利明,杨立新,姚辉编,人格权法,北京:法律出版社,1997.25

^②郑玉波,民法总则论文选辑上册,台北:五南图书出版公司,1984.421

2. 概括性权利说

在承认一般人格权的德国学者中,大多数人将此权利称为概括性的权利。如拉伦茨(Larenz)认为一般人格权具有“概括广泛性”,而另一个德国学者尼泊迪(Nipperdey)则认为一般人格权不仅涉及国家和个人的关系,而且也涉及民法典所包括的具体人格权,一般人格权范围极为广泛,在内容上是不可列举穷尽的^①。

3. 渊源权说

许多德国学者认为,一般人格权是一种“渊源权”或“权利的渊源”,由于一般人格权的存在,方可引导出各种具体人格权。按照艾纳瑟鲁斯(Enneccerus)等人的观点,依据“一般人格权”可发掘出某些具体的人格权,这样可扩大人格权的保护范围^②。

4. 个人基本权利说

20世纪50年代,德国学者胡伯曼(Hubmann)针对否定一般人格权的观点,认为否定一般人格权实际上否认了个人的基本权利。他认为,一般人格权不同于人格权本身,亦不同于各项具体人格权。他将一般人格权分为发展个人人格的权利、保护个人人格的权利和捍卫个人独立性的权利。这三种权利分别受到公法、私法等法律的保护并共同组成一般人格权^③。

3

^①Larenz:Lehrbuch des Schuldrechts,Bb.1962,S.366;Stim StromholmL:《Right of Privacy and Right of the Personality》,Stockholm,1962,P57.转引自王利明,杨立新,姚辉.人格权法.北京:法律出版社,1997.25

^②Enneccerus:Lehtbuch des Burgelicher Rechts,Recht der Schuldrecht 1958,S937.转引自王利明,杨立新,姚辉.人格权法.北京:法律出版社,1997.26

^③Stim StromholmL:《Right of Privacy and Right of the Personality》,P39.转引自王利明,杨立新,姚辉.人格权法.北京:法律出版社,1997.26

5. 领域说 (Sphärentheorie)

德国学者霍尔斯特·埃曼认为,人格具有一个“不可侵犯的内核”(unantastbarer Kern der Persönlichkeit),在该核心的周围则是许多个不同层次的保护圈,如性的领域、隐私领域和社会领域等等。据此,更为有益的做法是,从损害行为的形式以及受害人的保护需要出发,将一般人格权界定为五个不同的保护领域。首先在保护名誉、保护个人形象、保护个人信息免受调查、保护个人信息免受传播这四个保护领域中,一般人格权纯粹具有一种防御性功能(Abwehrfunktion),即防止这些领域受到不法行为的侵害。此外,还应从一般人格权中推导出积极的请求权(positive Ansprüche)即保护个人自由发展其人格,这种权利如对自己身世的知情权^①。

(二)学说之评析

笔者认为,以上四种学说的观点之间并不存在任何实质性的对立,只不过是不同的角度对一般人格权的性质和特点做了某种揭示。

1. 人格关系说的排除

人格关系说将人格权保护的范围扩至最大,不仅包括传统民法上的“权利”,而且包括不能称之为权利但却需要保护的各种“人格关系”。在持该学说的学者看来,一般人格权就是人格关系,由于在侵害行为发生的时候,要解释侵害何种权利往往颇费周折,故不妨笼统谓之侵犯“人格关系”较为方便和适当。然而该学说还是没有阐释清楚人格权、人格关系以及一般人格权的区别与联系。用“人格关系”取代一般人格权,在实务上易于操作,但在理论上缺乏说服力。

^① [德]霍尔斯特·埃曼:论一般人格权的结构,中德经济法研究所年刊,南京:南京大学出版社,1998

2. 渊源权说的否定

渊源权说是从揭示一般人格权与具体人格权关系的角度对一般人格权进行定义的,持该种学说的学者们认识到了一般人格权“发掘”某些具体的人格权以及扩大人格权保护范围的作用,把一般人格权视为具体人格权的上位权利、母权利。综观我国大多数学者有关一般人格权的定义,显然也是赞同此说。但是笔者认为此说把一般人格权作为具体人格权的母权利,势必会在人格权、具体人格权、与一般人格权三者的地位与关系上造成紊乱,这也是漠视一般人格权发展历史的表现。

3. 个人基本权利说的矛盾

个人基本权利说把一般人格权与人的基本权利相联系,认为一般人格权包括发展个人人格的权利、维护个人人格的权利和捍卫个人独立性的权利,分别受到公法、私法等法律的保护并共同组成一般人格权。笔者认为人格是主体的法律地位,人格权为法律主体具有法律人格的集中表现,故一般人格权当然是个人的基本权利之一,但该说把一般人格权等同于人的基本权利即人权,似乎有商榷的余地。人权就是自然人人格权,他们是同一权利的不同角度的名称,两者都是指自然人作为法律主体的固有权利^①。然而人权概念毕竟是政治学范畴,甚至也可纳入法学范畴,但不是民法学范畴,而且该说犯了与渊源权说同样的失误。按个人基本权利说,一般人格权等同于人权,也就是自然人人格权。然而,我们应当看到,一般人格权应是自然人人格权的下层概念,与具体人格权并列,共同构成自然人人格权。

4. 领域说的缺陷

霍尔斯特·埃曼已经认识到了领域说的缺陷,他认为,领域说实际上仅仅有助于人们认识到下面一个无甚新意的事实,那就是:侵入私人领域越深,对侵害行为合法性作辩解的要求就越高。领域说的这一不足

^①李锡鹤,民法哲学论稿,上海:复旦大学出版社,2000.32-40

使它在实践中难以适用。此说之所以具有这一不足之处,原因在于它完全没有在不同的领域之间作相互界定(这种界定实际上也是不可能的),没有将其所理解的私人领域与不同的侵害方式(窥探,其他对私人信息的调查、背信式的传播信息、损害名誉、违背事实地损害他人的个人形象、限制他人发展其人格的自由)作界定^①。

5. 概括性权利说的准确定位

概括性权利说认识到一般人格权内容的不确定性和不可穷尽性,这是该学说的可取之处,故而为德国大多数学者接受。笔者对此说也表示赞同。一般人格权作为概括性权利,在内容上是不易确定的,它具有概括性、模糊性以及可直接适用性,法官的任务只是依有关价值观念将一般人格权具体化并确定其界限。对于法官而言,一般人格权提供的是一种观念性的价值判断标准。因此,概括性权利说无疑对一般人格权的性质作了十分正确的定位。

二、一般人格权的概念与特征

(一) 一般人格权的概念

从我国学者对一般人格权的定义来看,我国大多数学者赞同渊源权说。梁慧星教授在《民法总论》一书中称:“一般人格权,指关于人之存在价值及尊严之权利,其标的包括生命、身体、健康、名誉、自由、姓名、贞操、肖像、隐私等全部人格利益。因此,一般人格权是以主体全部人格利益为标的的总括性权利。”^②杨立新教授在《人身权法论》一书

^①[德]霍尔特·埃曼:论一般人格权的结构,中德经济法研究所年刊,南京:南京大学出版社,1998

^②梁慧星:民法总论,北京:法律出版社,1996,105

中称：“在众多的、陆续产生的具体人格权面前，人们发现在这些众多的具体人格权之中，存在着一个一般的权利概念，它统帅着、指导着、包容着所有的具体人格权。这个一般的权利概念，就是一般人格权。”^①该书作者在与其他学者合著的《人格权法》一书中认为：“一般人格权，是相对于具体人格权而言的，是以民事主体全部人格利益为标的的总括性权利，指民事主体依法享有并概括和决定其具体人格权的一般人格利益。”^②王小能教授在谈到一般人格权功能的时候也显示了其赞同此说的立场，“由于一般人格权的高度概括性和抽象性，使其成为具体人格权的母权，即对各项具体人格权具有指导意义的基本权利。……一般人格权是具体人格权的源泉，从中可以引出各种具体的人格权”^③。

按照基于渊源权说而生的人格权定义得出以下结论：一般人格权是具体人格权的抽象，一般人格权与具体人格权是一般与特殊的关系，这倒是符合哲学上一般与特殊的关系。一般人格权是对各种具体人格权的共性的抽象。然而正如财产权是物权、债权等具体财产权的抽象，人格权也是具体人格权的抽象。这就产生一个问题：一般人格权 and 人格权都是具体人格权的抽象，而我们知道具体人格权的抽象只能是一个，那么一般人格权 and 人格权岂不是同一事物？既然法学上早就承认了人格权，而一般人格权又等同于具体人格权，再创制一般人格权概念岂不是多此一举？

事实上，正是一般人格权中的“一般”两字迷惑了众多学者，造成了诸多误解。从一般人格权产生的过程来看，一般人格权从来就不是作为具体人格权的抽象而提出的，而是作为各种具体人格权的补充而提出的。近代以来，大多数国家的民法都有对具体人格权的保护的规定，

^① 杨立新：《人身权法论》，北京：人民法院出版社，2002.365

^② 王利明、杨立新、姚辉：《人格权法》，北京：法律出版社，1997.26

^③ 王小能、赵英敏：《论人格权的民法保护》，《中外法学》，2000(5)