

第64卷

民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 64

◆ 梁慧星 / 主编

本卷要目

理论与争鸣

【缪宇】

论一般人格权

【吴奕锋】

论赔礼道歉责任法律化的不可能

专题研究

【高永周】

合同债权人代位权的法理逻辑

【秦静云】

物之隐藏瑕疵救济制度的沿革及对我国民法典立法的启示

判解研究

【于亮】

落实联合国《工商企业与人权指导原则》：

母公司对子公司侵权行为的注意义务

【刘韵】

环境民事公益诉讼程序参与人之局限及优化

体育法

【周青山】

职业体育劳资纠纷解决的美国经验与中国前景

【〔美〕马修·J.米顿 著 郭树理 译】

美国职业体育的管理机制及司法治理

民事诉讼法

【庄诗岳】

附所有权保留负担财产的强制执行

劳动法

【郑晓珊】

法学方法视野下工伤保护之维度

知识产权

【戴哲】

法国追续权立法及其启示研究

【宋琳达 张晏瑜】

《TRIPS协定》背景下的我国集成电路布图设计保护评析

非洲法

【谢慕冰】

尼日利亚油污损害民事赔偿法律制度探析

【连光阳】

南非诉讼时效期间制度研究

域外法

【陈霖】

日本特留份扣减权行使的相关经验与启示

【〔英〕大卫·卡布雷利马蒂耶斯·塞姆斯 著

林少伟 王旺旺 译】

比较公司法的融合趋势：法律渊源与法律移植：

基于案例的定量分析



第64卷

民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 64

■ 梁慧星 / 主编

本卷各篇文章中的观点并不必然反映主编及出版社的立场。
任何以转载、重印、翻译等形式复制本卷所载的文章均须事先
获得主编和法律出版社的书面许可。

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民商法论丛. 第64卷 / 梁慧星主编. -- 北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1263 - 1

I. ①民… II. ①梁… III. ①民法—研究—文集②商法—研究—文集 IV. ①D913.04 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第207031号

民商法论丛(第64卷)
MINSHANGFA LUNCONG(DI 64 JUAN)

梁慧星 主编

策划编辑 李峰沄
责任编辑 李峰沄
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市龙大印装有限公司
责任校对 王晓萍
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 22.25
字数 658 千
版本 2017年12月第1版
印次 2017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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1263 - 1

定价:88.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

【理论与争鸣】

论一般人格权

——从德国一般人格权的制度史展开 缪 宇(1)

论赔礼道歉责任法律化的不可能 吴奕锋(39)

【专题研究】

合同债权人代位权的法理逻辑 高永周(62)

物之隐藏瑕疵救济制度的沿革及对我国民法典

立法的启示 秦静云(80)

人格权强制商业化“利润剥夺”的请求权基础

——兼论《侵权责任法》第 20 条 黄赤橙(123)

从市场特征论我国期货立法的调整范围 刘成墉(161)

“一带一路”建设语境下云南省非物质文化遗产的

法律保护 高崇慧 杨 静(190)

【判解研究】

落实联合国《工商企业与人权指导原则》: 母公司

对子公司侵权行为的注意义务 于 亮(200)

环境民事公益诉讼程序参与人之局限及优化 刘 韵(217)

饲养动物损害责任研究 汤 敏(239)

【体育法】

职业体育劳资纠纷解决的美国经验与中国前景 周青山(260)

美国职业体育的管理机制及司法治理

..... [美] 马修·J. 米顿 著 郭树理 译(275)

培训补偿及其有效放弃

…… [荷兰] 弗里斯·德·韦格 著 周青山 黄双凤 译(314)

英超联盟运动员合同 …………… 周青山 杨 璨 译(325)

【民事诉讼法】

附所有权保留负担财产的强制执行 …………… 庄诗岳(346)

【劳动法】

法学方法视野下工伤保护之维度

——以通勤工伤之边界设定为中心 …………… 郑晓珊(413)

【知识产权】

法国追续权立法及其启示研究

——兼评我国《著作权法》修改草案 …………… 戴 哲(445)

《TRIPS 协定》背景下的我国集成电路布图设计

保护评析 …………… 宋琳达 张晏瑜(476)

【非洲法】

尼日利亚油污损害民事赔偿法律制度探析 …………… 谢慕冰(505)

南非诉讼时效期间制度研究

——基于比较法的视野 …………… 连光阳(540)

论南非公民环境权的司法保障 …………… 张小虎(554)

南非开发与利用外层空间的立法探析 …………… 刘功奇 蔡高强(575)

【域外法】

日本特留份扣减权行使的相关经验与启示 …………… 陈 霖(595)

比较公司法的融合趋势、法律渊源与法律移植:

基于案例的定量分析

…… [英] 大卫·卡布雷利 [英] 马蒂耶斯·塞姆斯 著

…………… 林少伟 王旺旺 译(611)

克罗地亚《新家庭法》及其对婚姻家庭生活影响的启示

…………… [克] 蒂加纳·捷科瓦克-罗兹克 著

…………… 李素贞 冷嘉怡 译(658)

印度国际私法 …………… 王晓媛(676)

论一般人格权

——从德国一般人格权的制度史展开

缪 宇

目 次

- 一、问题的提出
- 二、一般人格权的发展史
- 三、德国式一般人格权存在的问题
- 四、我国民事立法与一般人格权
- 五、结论

一、问题的提出

虽然我国现行法并未明确承认一般人格权这一概念,但一般人格权一直是我国民法学界讨论的重点问题。总体来看,我国学界对一般人格权的观点分为肯定说和否定说:学界通说倾向于承认一般人格权,^①梁慧星先生牵头起草的民法典建议稿总则编第16条就明文规定了一般人格

^① 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2007年版,第92~93页;王利明:《人格权法研究》,中国人民大学出版社2012年版,第147页以下;杨立新:《人格权法》,中国法制出版社2006年版,第110页以下。

权;与此相对,有些学者明确反对引入一般人格权概念。^②此外,就如何借鉴德国模式来将一般人格权立法化,学界似乎也存在分歧。^③

我国司法实践并不排斥一般人格权这一概念,“一般人格权纠纷”早已是我国司法实践明确承认的民事案由之一。值得注意的是,在中国裁判文书网上,尽管属于“一般人格权纠纷”这一案由的裁判文书超过了3000篇,但是在裁判说理部分讨论一般人格权的裁判文书却不到200篇。实际上,大部分冠以“一般人格权纠纷”的裁判文书涉及的是具体人格权,^④只有少数裁判文书真正处理的是“一般人格权纠纷”。在这些裁判文书中,一般人格权是指公民、法人享有的,包括人格独立、人格自由和人格尊严等内容的一般人格利益,是产生、规定具体人格权的个人基本权利,^⑤或产生、解释和补充具体人格权的个人基本权利。^⑥不过,仅当加害人没有构成具体人格权侵害时,受害人才主张一般人格权受侵害,从而一般人格权实际上发挥了兜底的功能。^⑦

在民法典编撰提上日程之际,对一般人格权理论进行全面的检讨,

② 参见薛军:《揭开“一般人格权”的面纱——兼论比较法研究中的“体系意识”》,载《比较法研究》2008年第5期,第36页;冉克平:《一般人格权理论的反思与我国人格权立法》,载《法学》2009年第8期,第142页;易军:《论人格权法定、一般人格权与侵权责任构成》,载《法学》2011年第8期,第87页;方金华:《一般人格权理论分析及我国的立法选择》,载《法律科学》2015年第4期,第40页。

③ 参见沈建峰:《一般人格权研究》,法律出版社2012年版,第282页以下;曹险峰:《论一般人格权制度的适用——以德国法之做法为参考》,载《河南省政法管理干部学院学报》2007年第6期,第191~192页。

④ 参见李岩:《一般人格权的类型化分析》,载《法学》2014年第4期,第15页。

⑤ 参见奚晓明:《最高人民法院民事案件案由规定理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第59页。参见上海市第一中级人民法院民事判决书(2009)沪一中民一(民)终字第246号、北京市西城区人民法院民事判决书(2014)西民初字第20828号、北京市西城区人民法院民事判决书(2015)西民初字第244号、北京市东城区人民法院民事判决书(2014)东民初字第07748号。

⑥ 参见上海市第一中级人民法院民事判决书(2014)沪一中民一(民)终字第2315号。

⑦ 参见奚晓明:《最高人民法院民事案件案由规定理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第60页。另参见上海市第二中级人民法院民事判决书(2014)沪二中民一(民)终字第2989号、湖北省武汉市武昌区人民法院民事判决书(2015)鄂武昌民初字第02502号。

实有必要。是否有必要借鉴德国一般人格权概念、一般人格权的内涵如何,需要深入分析。不过,本文认为,在我国现行法的框架下,由于《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第2条的权利列举并不具有封闭性,故是否承认一般人格权这一概念,只是一项术语之争,即使承认一般人格权,它与德国民法中的一般人格权仍存在根本区别。考虑到学界从法教义学层面对一般人格权的研究已经相对深入,本文拟从制度史的角度对德国式一般人格权进行分析,为人格权立法略尽绵薄之力。

二、一般人格权的发展史

(一) 德国民法中的一般人格权

1. 《德国民法典》第823条第1款对一般人格权的排斥

虽然《德国民法典》第823条第1款明确承认了生命、身体、健康、自由等人格利益,但是从第823条的制定历史来看,立法者对人格权保护持消极态度。^⑧

(1) 《德国民法典》第一草案中的人格权

《德国民法典》第823条第1款最早可以追溯到1888年《德国民法典》第一草案的第704条。该草案第704条第2款规定了侵害绝对权的不法行为,其中,第704条第2款第2句规定,“侵害生命、身体、健康、自由和名誉也视为上述规定中的权利侵害”。不过,立法者并不认为生命、身体、健康、自由和名誉是绝对权。因为立法者使用了拟制的法律手段,并指出,“第704条第2款第2句实有必要,因为这些高位阶的人格利益(höhere Güter)能否被称为权利(Recht),值得怀疑,但它们也需要受到保护。”^⑨与此相对,立法者认为,所有权和其他对物的权利

^⑧ Vgl. Simon, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine gewerblichen Erscheinungsformen, 1981, S. 155 ff.; Klippel/Lies-Benachib, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten um 1900, in: Mohnhaupt/Falk (Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, 2000, 343, 349 ff.; Kastl, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, 2004, S. 73 ff.; Martin, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung, 2007, S. 158 ff..

^⑨ Mugdan, Bd. II, S. 406.

毫无疑问属于绝对权。^⑩ 因此,虽然依据第704条第2款,侵害生命、身体、健康、自由和名誉会产生损害赔偿义务,但能否由此推出,“草案承认了对人自身的权利(Rechte an der eigenen Person),可由法学理论(Rechtswissenschaft)来决定”。^⑪ 换言之,第一草案虽然没有承认具体的人格权,但却为未来承认一般人格权留下了余地。然而,这一立场却在第二草案中被废弃。

与此同时,在家庭法之外,第一草案并未在总则部分规定一般性的姓名权。究其原因,在于总则编的起草者格布哈特(Gebhard)和亲属法编的起草者普朗克(Planck)都认为,将姓名权规定为一项一般性的禁止权(Verbotungsrecht),从而权利人就他人使用该姓名得提起不作为之诉,毫无必要,承认这种一般性的禁止权实际上是过犹不及。^⑫

(2)《德国民法典》第二草案中的人格权

1894年《德国民法典》第二草案公布,该草案第746条放弃了第一草案中的权利列举,删除了第一草案第704条第2款第2句。对此,立法者认为,“当前的法学理论已经在更广泛的意义上承认了人身权(ein persönliches Recht)”,^⑬并指出,“个人的权利范围首先包括财产权,即物的财产权和债的财产权,此外还包括所谓的人格权(Persönlichkeitsrechte)(生命、身体的完整性、健康、自由、名誉),就这些人格权而言,每个人都必须遵守不得加害的禁令,从而这些人格权如同物权那样受到保护”。^⑭ 不过,在立法者看来,明确列举生命、身体和健康毫无必要,故此举会给人一种教条主义的印象。^⑮ 虽然立法者不愿列举权利,但这并不意味着立法者转向了概括式的一般条款模式,因为立法者拒绝效仿1881年《瑞士债法》第50条,后者依循法国法,^⑯以

^⑩ Mugdan, Bd. II, S. 406.

^⑪ Mugdan, Bd. I, S. 503.

^⑫ Klippel, Der zivilrechtliche Schutz des Namens, 1985, S. 240 ff..

^⑬ Mugdan, Bd. II, S. 1078.

^⑭ Mugdan, Bd. II, S. 1073.

^⑮ Mugdan, Bd. II, S. 1077.

^⑯ Schneider, Das schweizerische Obligationenrecht, 1882, S. 68.

损害为侵权责任一般条款的出发点。^{①⑦}

然而,就自由和名誉的保护而言,立法者提出了不同的意见。立法者认为,行为人过失侵害他人自由和名誉的,给予受害人特别的私法保护,并不妥当。因为《德国刑法典》第185条以下的侮辱罪、第239条的非法拘禁罪以行为人具有故意为要,要求仅仅具有过失的行为人对受害人负损害赔偿义务,逾越了刑法保护名誉和自由的限度。^{①⑧}此外,允许受害人就过失侵害名誉和自由提起侵权损害赔偿之诉,会导致该过失之诉被滥用,从而严重危及交往生活(Verkehrsleben)。^{①⑨}换言之,为了保障行为自由和经济交往,与刑法对名誉和自由的保护强度保持一致,立法者倾向于仅在行为人具有故意时保护受害人的名誉和自由。

不过,就自由是否属于绝对权而言,立法者在后来的讨论中改弦更张,肯定其为一项绝对权。故当自由受到侵害时,受害人得主张停止侵害请求权,无须考虑加害人的故意或过失。过失剥夺他人自由者,也应依《德国民法典》第二草案第747条负损害赔偿义务。因此,立法者虽然放弃了权利列举,但自由的法律地位反而得以提升,从而成为一项绝对权。^{②⑩}

于是,在《德国民法典》第二草案中,生命、身体、健康和自由享有全面的保护。但为了保护行为自由,名誉仅享有有限的保护,名誉权并非绝对权:只有故意侵害名誉才能引起民事损害赔偿,其请求权基础为该草案第746条第1款第1句后半段(违反保护他人法律)结合《德国刑法典》第185条。与此同时,立法者在部分领域承认了具体的“名誉权”,^{②⑪}即第748条的信用权(交易上的名誉)和经审议后添加的第748a条的性自主权(性的名誉)^{②②}。

第一草案在总则部分放弃了规定姓名权,这招致了基尔克(Gierke)和李斯特(von Liszt)等人的激烈批评。尽管帝国司法厅筹备委员会再次强调,承认一般性的姓名权毫无必要,但在第二草案中委员

^{①⑦} Mugdan, Bd. II, S. 1073, 1075.

^{①⑧} Mugdan, Bd. II, S. 1077.

^{①⑨} Mugdan, Bd. II, S. 1077.

^{②⑩} Mugdan, Bd. II, S. 1113.

^{②⑪} Klippel/Lies-Benachib, a. a. O., 350 f.

^{②②} Mugdan, Bd. II, S. 1120.

会最终接受了斯特鲁克曼(Struckmann)的建议,通过第二草案第22条规定了姓名权,因为不仅在家庭法领域,而且在工商交往中,也有保护姓名的必要。^{②③}这一规定最终成为如今《德国民法典》第12条。

(3)《德国民法典》第三草案中的人格权

在对第二草案二读的过程中,立法者恢复了权利列举模式,即生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利。^{②④}1896年,《德国民法典》第三草案第807条第1款延续了这一模式,从而形成了如今的第823条第1款。虽然在帝国议会审议民法典草案的过程中,格吕贝尔(Gröber)和施塔特哈根(Stadthagen)都主张在这一条文中增加名誉,但这些意见并未被采纳。^{②⑤}于是,第三草案中的侵权责任一般条款仅承认了有限的具体人格权益,名誉并不具有与生命、身体、健康、自由相同的法律地位。

(4)《德国民法典》的立场:一般人格权反对说

《德国民法典》第823条第1款承认了生命、身体、健康、自由等人格利益,但是立法者却明确拒绝将名誉纳入该规定的保护范围,从而名誉侵害仅在加害人具有故意时,受害人只能以违反保护性法规为由结合刑法的相关规定来主张损害赔偿。因此,立法者排斥名誉,将名誉保护主要交给了刑法。^{②⑥}采用这一模式的理由不外乎两点:要求过失侵害他人名誉的加害人负损害赔偿义务,会带来太多的不确定性,^{②⑦}且超越了刑法就名誉保护划定的限度,尤其是立法者认为,刑法的相关规定足以解决目前大部分名誉侵害的案件;^{②⑧}要求过失侵害名誉的加害人负损害赔偿义务,可能引发诉讼泛滥,进而影响行为自由和经济交往。与此相对,为了保护工商交往,立法者转而承认了姓名权。

^{②③} Klippel, a. a. O., S. 244 ff..

^{②④} Mugdan, Bd. II, S. 1078.

^{②⑤} Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse, III, S. 899 f.

^{②⑥} Scheyhing AcP 158 (1959/60), 503, 507; Schlechtriem DRiZ 1975, 65; Brehmer/Voegeli JA 1978, 374, 375; Schwerdner Jura 1985, 521.

^{②⑦} Mugdan, Bd. II, S. 1117 f.

^{②⑧} Mugdan, Bd. II, S. 1118.

那么,通过对第 823 条第 1 款其他权利的解释,将一般人格权或其他非法定具体人格利益纳入第 823 条第 1 款的保护范围,是否符合立法者的本意呢?德国学界主流观点持反对意见。^② 本文赞同这一立场。首先,按照当今德国学界观点,名誉属于一般人格权的传统保护范围,^③名誉权尚且被立法者明确排除在第 823 条第 1 款之外,那么举重以明轻,一般人格权或其他非法定具体人格利益也不应被解释为其他权利,它们不属于第 823 条第 1 款的保护范围。其次,立法者为了保护行为自由,将第 823 条第 1 款的适用范围严格限定于绝对权,而直到今天,德国学界还有反对将一般人格权理解为绝对权的声言,那么,在人格权理论尚未完善的 19 世纪末,又怎能指望《德国民法典》立法者先知先觉地将人格权理解为绝对权并将其纳入第 823 条第 1 款“其他权利”的范围。最后,退一步来说,在《德国民法典》出台后,就生命、身体、健康和自由这种高位阶人格利益的性质而言,它们是法益还是权利,学界尚且存在争议,且立法者对此态度也颇为暧昧,在其他“人格权”或一般人格权的位阶远低于上述人格法益的背景下,又如何将其界定为其他“权利”。因此,《德国民法典》起草者实际上采纳了“一般人格权否定说”,第 823 条第 1 款的“其他权利”不包括其他人格利益。

总体来看,除了性质存在争议的生命、身体、健康和自由,《德国民法典》立法者承认的人格权实际上只有姓名权。为了保护经济交往,立法者一面否认名誉权,一面承认姓名权,从而区别对待人格利益。就人格权的保护而言,由于第 823 条第 1 款采一般人格权否定说,当人格

^② Wieruszowski DRiZ 1927, 225, 229; Coing JZ 1958, 558, 559; Helle, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991, S. 3 f.; Baston-Vogt, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 1997, S. 11; Ehmann JuS 1997, 193; RGRK/Dunz, § 823 Anh. I, Rn. 1; Staudinger/Hager, § 823, 1999, Rn. C 1; Soergel/Beater, 2005, Rn. 2; Bamberger/Roth/Bamberger, § 12, 2015, Rn. 96; HKK/Schiemann, § § 823 - 830, 840, 842 - 853, Rn. 94; Martin, a. a. O., S. 172. Aber a. A. Klippel/Lies-Benachib, a. a. O., S. 352 ff., 357 f.; Kastl, a. a. O., S. 86 ff.

^③ Larenz/Canaris, Schuldrecht, Bd. II/2, § 80 II 2 a, S. 500 f.; Baston-Vogt, a. a. O., S. 411.

权受侵害时,权利人通过侵权法求得救济的可能性受到了严格限制。对此,德国联邦法院指出,《德国民法典》实际上优先考虑的是物权保护,仅在特定领域保护人格权,从而对人格权的保护有不足之嫌。^{③①}

(5)《德国民法典》拒绝一般人格权的理论背景

立法者排斥人格权的立场,也符合当时人格权理论不发达的特殊背景。在19世纪,德国学界在人格权理论的如下方面存在严重分歧:人格权与权利能力的关系;人格权属于自然法意义上的权利,还是必须纳入实证法作为私法权利;如果承认人格权为私权,那么人格权在潘得克吞民法体系中应处于什么位置;如果承认人格权,人格权的性质如何;如果承认人格权,私法体系应当承认哪些具体人格权等。

早在1840年,萨维尼(Savigny)就明确反对将人格权纳入私法体系,因为人对自身的权利乃是原权利(Urrecht),一种自然法意义上的权利,不应实证法化。^{③②}受此影响,温德沙伊德(Windscheid)也反对在私法中承认人格权,因为人对自身的权利是毋庸置疑的,无须在私法中特别规定。^{③③}换言之,彼时的德国学者反对将人格权置入潘得克吞民法体系中,因为“私权的客体不能是权利人自身,也不能是人格存在的实质前提,更不可能是他人的人格:所有私权源于家庭或财产法律关系,其内容为权利主体相应的(法律上之)力(Macht)或支配力(Herrschaft)”。^{③④}值得注意的是,尽管普赫塔(Puchta)使用了“人格权”(Recht der Persönlichkeitsrecht)一词,但该术语与我们现在理解的人格权并非同义语,因为普赫塔将其理解为人格或权利能力。^{③⑤}于是,人格(Persönlichkeitsrecht)在潘得克吞文献中更多的是指权利能力,而非人格权的客体。^{③⑥}

③① BGHZ 35,363,367.

③② Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, § 53, S. 335 ff.

③③ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 1862, § 39, S. 83.

③④ Böcking, Institutionen, Bd. 1, 1843, § 99, S. 402 f.

③⑤ Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1838, § 93, S. 86.

③⑥ Z. B. Böcking, a. a. O., § 30, S. 185; Arndts von Arneseberg, Lehrbuch der Pandekten, 9. Aufl., 1877, § 24, S. 26; Wächter, Pandekten, Bd. 1, 1880, § 40, S. 192; Dernburg, Pandekten, Bd. 1, 1884, § 40, S. 110; Baron, Pandekten, 5. Aufl., 1885, § 17, S. 34; Regelsberger, Pandekten, Bd. 1, 1893, § 58, S. 241.

与上述观点相对,诺伊纳(Neuner)率先主张将人格权引入实证法体系内。他认为,私法法律关系是人与私人生活利益(Privatlebensgüter)之间的关系,而这些生活利益包括人格,一定范围内的家庭关系、财产关系(包括人对物的关系和人对他人能够以金钱衡量、特定给付的关系),故私法法律关系按照客体可以分为人格的法律关系、家庭生活的法律关系和财产的法律关系三类,即人格权、家庭权和财产权(包括物权和债权)。^{③⑦} 诺伊纳明确区分了人格和人格权,人格权是人格的结果,而且,由于受到自然法思想的影响,^{③⑧}他认为,人格权系人以自身为目的而存在的权利,系人作为目的本身(Selbstzweck)来宣示和发展的权利。^{③⑨} 就具体人格权而言,诺伊纳列举了生命权、保持身心完整的权利、自由权、自然人名誉权、人的行为不受阻碍的权利。^{④①}

此后,伽赖斯(Gareis)从法政策的角度说明了人格权在实证法中存在的必要性。为了证成现行法中的商号权、商标权、著作权和专利权,伽赖斯在康德法治国理论的基础上提出了“文化国”(Kulturstaat)的概念,从而就一切阻碍文化自由发展的障碍而言,国家负担着将其消除的重任。伽赖斯认为,表面上来看,承认商号权、商标权、著作权和专利权构成了对他人自由的限制,不利于个人在经济上的自由发展,但实际上,与保护专利权的模式相比,不保护专利权的模式对自由意思的伤害更大,因此,保护“人格权”实有必要。^{④②} 为了与人格或权利能力相区别,伽赖斯使用了“个人权”(Individualrechte)这一术语:权利主体有权要求其个性(Individualität)如同被承认的那样对待。^{④③} 该权利类似于

^{③⑦} Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, 1866, § 3, S. 14.

^{③⑧} Klippel ZNR 1982, 132, 145.

^{③⑨} Neuner, a. a. O., § 4, S. 15.

^{④①} Neuner, a. a. O., § 4, S. 16 f.

^{④②} Gareis, Die Privatrechtssphären im modernen Kulturstaate, Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis auf dem Gebiete des deutschen öffentlichen Rechtes, 1877, 137, 145; Klippel, Die Theorie der Persönlichkeitsrechte bei Karl Gareis (1844 - 1923), FS Traub, 1994, 211, 222 f.

^{④③} Gareis, Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, 1877, 185, 196; Klippel, a. a. O. (Fn. 37), S. 220 f.

物权,是绝对权,^{④③}受到刑法和侵权法的保护。^{④④}进而,伽赖斯将人格权分为三种类型:维持个体存在的权利,如生命权、自由权;作为个体被承认的权利,如姓名权、商号权、商标权、名誉权;个人活动成果的真实性被承认的权利,如著作权、发明权(专利权)、关于外观设计和实用新型的权利。^{④⑤}

在此基础上,科勒(Kohler)区分了无体财产权和人格权。基于洛克的劳动财产权理论,^{④⑥}科勒指出,所有权和无体权利的哲学基础在于劳动,即利益的创造。^{④⑦}因此,科勒认为,无体财产权与人格权(个人权)并不相同:前者是权利人对人的成果的权利,是可以让与的权利;后者是权利人对人的身体和精神利益的权利,即对全部人格利益的权利,它旨在保护权利人对这些人格利益整体地利用和享有,^{④⑧}与人格不可分离、不可让与。^{④⑨}不过,科勒也承认,专利权和著作权中均有人格权的内容,从而人格权与无体财产权虽然相互独立,但仍然存在关联。^{⑤①}虽然科勒没有使用具体人格权的概念,但从科勒对人格权的表述来看,科勒实际上将其理解为作为具体人格权之母的一般人格权,因为该权利可以从不同的角度来分割,如姓名、商号、商标,对这些利益的侵害形式可能各不相同,从而需要从不同的角度来对其提供保护。^{⑤②}除了姓名、肖像、商标、商号和反不正当竞争以外,科勒的人格权概念还包括许多其他内容。实际上,科勒对人格权的切割,已经接近于如今德国一般人格权的保护范围,如名誉、隐私、同一性保护、人格要素商业化利用的自我决定。^{⑤③}

④③ Gareis, a. a. O. (Fn. 38), S. 199 f.

④④ Gareis, a. a. O. (Fn. 38), S. 201.

④⑤ Gareis, a. a. O. (Fn. 38), S. 197 f.; Klippel, a. a. O. (Fn. 37), S. 225.

④⑥ Klippel ZGE 2014, 443, 453 f.

④⑦ Kohler, Das Autorecht, JehringsJB 18 (1880), 129, 226 = ders., Das Autorecht, Separatabdruck, 1880, S. 98.

④⑧ Kohler, a. a. O., S. 257 = ders., a. a. O., Separatabdruck, S. 129.

④⑨ Kohler, a. a. O., S. 202 = ders., a. a. O., Separatabdruck, S. 74.

⑤① Klippel ZGE 2014, 443, 458.

⑤② Kohler, a. a. O., S. 257 = ders., a. a. O., Separatabdruck, S. 129 f.

⑤③ Klippel ZGE 2014, 443, 459 ff.

在《德国民法典》第二草案出台之际,基尔克就已经提出了相对完整的人格权体系。基尔克认为,(具体)人格权旨在保障权利主体对自身人格领域中要素的支配,^{⑤③}是一项绝对权,任何人未经权利人许可不得介入权利人的支配范围。^{⑤④}在他看来,人格权是私权、具有高度人身性,原则上不可转让,但人格权并非财产权,只是某些人格权同时兼具财产权内容而已,如知识产权。^{⑤⑤}就具体的人格权而言,基尔克列举了生命和身体权、自由权、名誉权、关于特殊地位的权利、自由运用自身能力的权利(尤其是自由择业权)、有关姓名和标志的权利(如姓名权、商号权、商标权)、著作权。^{⑤⑥}不仅如此,基尔克还明确提出了一般人格权(allgemeines Recht der Persönlichkeit)这一概念,他将一般人格权理解为民事主体要求其作为人来对待的权利,它是一项主观权利、基本权利,是所有具体的主观权利的基础,并且贯穿于所有主观权利之中,负荷并伴随着公法权利和私法权利(对物权和对人权)。^{⑤⑦}在多大范围内从一般人格权中提炼出具体人格权,取决于法制的历史发展状况。^{⑤⑧}因此,在一定程度上,一般人格权和具体人格权之间的界限处于流动状态和不稳定状态,当因具体人格权规定不完备而出现法律漏洞时,司法实践得援引一般人格权,甚至据此提炼出新的具体人格权,以填补法律漏洞。^{⑤⑨}

尽管从一般人格权与具体人格权关系的角度来看,科勒和基尔克的一般人格权概念更多的是一项作为具体人格权基础的渊源权利,与如今德国司法实践中的一般人格权相去甚远,但是从人格权保护的角度来看,科勒和基尔克的立场更为妥当。然而,他们的理论注定不会为《德国民法典》接受:无论是科勒的人格权概念,还是基尔克的一般人格权概念,都过于宽泛,远远超越了《德国民法典》立法者所能容忍的

^{⑤③} Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, § 81, S. 702.

^{⑤④} Gierke, a. a. O., S. 703.

^{⑤⑤} Gierke, a. a. O., S. 705 ff.

^{⑤⑥} Gierke, a. a. O., S. 709 ff.

^{⑤⑦} Gierke, a. a. O., S. 703.

^{⑤⑧} Gierke, a. a. O., S. 704.

^{⑤⑨} Gierke, a. a. O., S. 704 f.

限度。为了保障行为自由、限制损害赔偿义务,《德国民法典》立法者没有采纳法国式一般条款模式,而是确立了三个小的一般条款的模式;^⑩为了限制法官的自由裁量,《德国民法典》立法者不仅没有效仿瑞士法,承认法官对损害赔偿的酌定权,^⑪更是对精神损害赔偿采取了严格的限制性立场。^⑫在这一背景下,接受科勒和基尔克的观点,承认如此宽泛的一般人格权,无异于与限制法官裁量权和损害赔偿义务、保障行为自由的立场背道而驰,因此,《德国民法典》起草者对一般人格权的排斥也就不足为奇了。

2. 学说上的争议:一般人格权是否属于第823条第1款的“其他权利”

20世纪初期,由于《德国民法典》第12条规定了姓名权,第823条第1款规定了生命、身体、健康、自由,那么,《德国民法典》未明文规定的其他人格权益,能否作为一般人格权被纳入第823条第1款“其他权利”的范围,德国学界存在反对说、肯定说和折中说,即对“其他权利”的狭义解释说、宽泛解释说和折中说。^⑬

主流观点持反对说,主张严格限定“其他权利”的范围。因为从立法史的角度来看,《德国民法典》的立法者没有承认一般人格权,而仅承认了具体人格权或人格法益。从三次草案的条文变动来看,立法者区分了两类权利:第一类是生命、身体、健康和自由;第二类是所有权或“其他权利”。换言之,“其他权利”是与所有权具有相当性的绝对权,不包括一般人格权。第823条第1款的文义也支持反对说。而且,如果立法者本来打算在第823条第1款框架内承认一般人格权,那么第824条和第825条就显得多余了,故从体系化思考的角度来看,也应将一般人格权排除出第823条第1款的保护范围。据此,主流观点认为,第823条第1款所称的其他权利限于绝对权,包括姓名权、著作权、专利权、商标权、商号

⑩ MünchKomm/Wagner, Vor. § 823, 2013, Rn. 7 ff. .

⑪ Mugdan, Bd. II, S. 10.

⑫ Mugdan, Bd. II, S. 12.

⑬ Klippel/Lies-Benachib, a. a. O., S. 359 ff. Vgl. auch HKK/Schiemann, § § 823 - 830, 840, 842 - 853, Rn. 111 f.; Simon, a. a. O., S. 191 ff.; Kastl, a. a. O., S. 98 ff.; Martin, a. a. O., 172 ff. .