

张红 著
Zhang Hong

基本权利与私法

Fundamental Rights
and Private Law



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

1921.02
62

张红 著
Zhang Hong

基本权利与私法

Fundamental Rights
and Private Law



法律出版社

www.lawpress.com.cn

法律门
Access To Law

www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

基本权利与私法/张红著. —北京:法律出版社,
2010.4
ISBN 978-7-5118-0744-1

I. ①基… II. ①张… III. ①宪法—权利—研究—中
国 IV. ①D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 072611 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/李 瞻

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/永恒印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/10.375 字数/268 千

版本/2010 年 4 月第 1 版

印次/2010 年 4 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 978-7-5118-0744-1

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

“我们需要的法律人是能够宽广的、不拘泥于文义的、合乎人道的,秉持充分的社会认识,去适用法律,并在适用之际,知道如何去补充法律,促进法律发展的人……教育此辈法律人,实在是国家大部分希望之所寄。”

——Ernst Zitelmann(1852—1923) *

* Ernst Zitelmann: Lücken im Recht (Rede, gehalten bei Antritt des Rektorats der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn am 18. 10. 1902 von Ernst Zitelmann), Leipzig, 1903, S. 37. 原文为: Wir brauchen männer, die die Gesetze weit frei, human, mit vollendem sozialen Verständnis anzuwenden und in der Anwendung zu ergänzen und weit-zubilden wissen. Rechtsfachschulen können hier nicht helfen, die Universitäten, ihrem universalen Charakter nach, können es, wenn sie recht benutzt werden Auf dem Wege der Erziehung der solcher Juristen liegt ein großer Teil unserer nationaler Hoffnungen. 中文翻译参见王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,第250~251页。

王泽鉴序

基本权利与私法系公法与私法在比较法上及理论与实务中的重要问题,在中国大陆亦有若干典型案件,引起学说上热烈的讨论,产生了许多深刻的具有学术价值的论著。这其中包括了张红氏的中国政法大学 2009 年度的博士学位论文——基本权利与私法,以法律行为无效规则和私权救济规则为中心。

张红的论文系以民事裁判中的基本权利为命题,从私法出发,研究宪法的进路。其以民事裁判作为基本权利实现的手段,凸显了私法的中国宪政意义。本论文深入研究基本权利的功能及理论构造,澄清法院对宪法解释的问题,并在现行法制下开展中国宪法基本权利的操作方法,提出三点具有创设性的见解:(1)将基本权利作为《民法通则》第 58 条第 5 款后段意义上的善良风俗,来规范法律行为的效力。(2)以《民法通则》第 106 条第 2 款肯定人格权,并以之作为保护受教育权等基本权利的规范基础。(3)在现行法制上,宪法虽不能在民事判决主文中引用,但得在说理部分引证宪法并加以解

释,使基本权利得通过民事判决而获实现。

值得特别指出的是,张红的博士论文的一个重要特色,即综合运用法解释学、比较法及判例研究方法,分析讨论中国大陆现行法律解释适用的问题,而能提出具有比较法基础,得纳入现行法规范体系的见解,有助于法律的发展。此等方法的运用,展现了作者对德国法律的认识、把握及应用,使其具备了更上一层研究的基础。

本书是一本具有学术价值的著作,有明确的问题意识,善于运用法学方法,并提出具有创意,详为论证的法律见解。从此等著作,我们看到了中国年轻法学家的努力,中国法律教育的成就,及未来中国法律的发展,得以基本权利为基石,构建及实践一个以维护人之尊严及人格自由发展的法律秩序。

王泽鉴

2009年12月于清华大学法学院

冯巴尔序

受邀为基本权利和私法的关系这项研究写序言,我感到非常荣幸。中国私法通过渐进式部分法典化的方式进行的革新是一项引人注目、广受国际关注的工程。中国用这项令每位来访者都惊讶不已的工程,为经济和文化注入了强大的发展动力。

基本权利起初是作为对抗过于强大的国家而设计的纯粹的防御权。这种理念在过去的几十年间逐渐发生了变化。这不仅仅是由于现代国家将保护公民权利作为自己的义务接受下来,更由于人们认识到,基本权利提供了一个渗透整个法律秩序的价值秩序。这一价值秩序也形塑着私法的展开和进一步发展。在每个人所享有的安排自己生活的自由的框架内,公民互相之间也必须在这一框架内尊重基本权利的价值秩序。正确地理解现代侵权法的一个最为重要任务,就在于保护基本权利和人权免受其他自然人和法人的侵害。尤其是法人经常积聚了如此大的权力,以致个体的权利必须要对之提供抗衡。

经常出现的一种情形就是,原始的法律规则在

其传统上所调整的社会领域丧失其效用,从而必须用新的方式去“重新发现”它们。一个古老的家庭法规则便是一例。依据这项规则,没有收入来源的妻子不得为从事经营事业的丈夫充当保证人。如今,这项规则必须基于如下的观念而被复活,即类似保证因违反善良风俗而无效,这种悖俗性的判断依据就在于基本法对婚姻和家庭的基本权利保护。在不少国家,媒体企业强烈坚持自己的言论自由;然而坚持自己的言论自由的同时,必须同样尊重那些人的尊严,那些他所报道的人的尊严,那些其命运被他曝光的人的尊严。

我很高兴,张红在他的中国博士论文中研究了基本权利和私法的关系这个相当复杂的命题。其大量的法律比较研究必能为更好地理解德、中两国的法律状况作出贡献。

Christian von Bar
Osnabrück, im Oktober 2009

Vorwort

Ich freue mich über die Einladung, ein Vorwort zu dieser Studie über das Verhältnis von Grundrechten und Privatrecht zu schreiben. Die Erneuerung des chinesischen Privatrechts in sukzessiven Teilkodifikationen ist ein eindrucksvolles Projekt, das auf weltweites Interesse stößt. Der Volksrepublik bringt es, das kann jeder Besucher voller Bewunderung bestaunen, einen großen Entwicklungsschub, ökonomisch und kulturell.

Grundrechte waren ursprünglich als reine Abwehrrechte gegen den übermächtigen Staat konzipiert. Dieses Konzept hat sich in den vergangenen Jahrzehnten allmählich verändert, nicht nur, weil der moderne Staat die Pflicht akzeptiert hat, die Grundrechte seiner Bürger zu schützen, sondern auch, weil man erkannt hat, dass die Grundrechte eine das ganze Rechtssystem durchziehende Werteordnung geschaffen haben. Sie prägt auch die Ausgestaltung und Fortentwicklung von Privatrecht. Im Rahmen der jedem Einzelnen zustehenden Freiheit

zur Gestaltung seines Lebens müssen auch die Bürger in ihrem Umgang untereinander die Werteordnung der Grundrechte beachten. Recht verstanden, besteht deshalb die Aufgabe des modernen Deliktsrechts vorwiegend darin, die Grund-und Menschenrechte vor Verletzungen durch andere Menschen und durch juristische Personen zu schützen. Vor allem in den Letzteren ballt sich oft eine so große Macht, dass ihnen die Rechte des Einzelnen entgegengesetzt werden müssen.

Nicht selten verhält es sich zudem so, dass uralte Rechtsregeln in ihrem traditionellen Umfeld ihre Wirksamkeit verloren haben und nun mit neuen Mitteln „wiederentdeckt“ werden müssen. Ein Beispiel liefert die alte familienrechtliche Regel, unter der sich die nichtverdienende Ehefrau nicht wirksam für die Schulden ihres im Geschäftsleben stehenden Mannes verbürgen konnte. Heute muss diese Regel über das Konzept der Sittenwidrigkeit solcher Bürgschaften wiederbelebt werden, und das Urteil der Sittenwidrigkeit findet seine Quelle in dem Grundrechtsschutz von Ehe und Familie. Presseunternehmen bestehen in nicht wenigen Ländern oft lautstark auf ihrer Pressefreiheit- aber wer auf dieser Freiheit besteht, muss eben auch die Würde derjenigen beachten, über die er berichtet und deren Schicksal er in das Licht der Öffentlichkeit zerrt.

Ich freue mich, dass Zhang Hong in seiner chinesischen Dissertation das komplizierte Thema des Verhältnisses von Grundrechten und Privatrecht aufgegriffen hat. Mögen seine zahlreichen rechtsvergleichenden Analysen auch zu einem verbesserten Verständnis der Rechtslage in unseren beiden Ländern beitragen.

Christian von Bar
Osnabrück, im Oktober 2009

简 目

第一章 导论 / 1

- 第一节 问题源起 / 1
- 第二节 研究综述 / 15
- 第三节 论证方法 / 29
- 第四节 结构安排 / 37

第二章 基本权利与私法关系之理论框架 / 40

- 第一节 基本权利理解 / 40
- 第二节 基本权利第三人效力 / 55
- 第三节 基本权利与民事权利之辩证 / 72

第三章 基本权利与合法行为：通过法律行为保护基本权利 / 89

- 第一节 “工伤概不负责”案《批复》再检讨 / 89
- 第二节 基本权利作为法律行为效力的判断基准 / 100

2 基本权利与私法

第三节 基本权利是否法律行为因违法无效之判断基准/ 104

第四节 基本权利是否法律行为因背俗无效之判断基准/ 119

第五节 违法与背俗:共同要件 VS 选择要件/ 133

第六节 通过背俗法律行为无效保护基本权利/ 140

第四章 基本权利与不法行为:通过侵权救济保护基本权利/ 154

第一节 受教育权案《批复》再检讨/ 154

第二节 一般人格权之中国现状/ 169

第三节 德国私法上一般人格权及启示/ 180

第四节 以民法上一般人格权转介保护基本权利/ 239

第五章 民事裁判中的基本权利规范适用/ 248

第一节 最高人民法院的宪法适用司法解释/ 248

第二节 宪法能否被援引/ 257

第三节 法院能否解释宪法/ 267

第六章 结论/ 283

第一节 观点总结/ 283

第二节 创新之处/ 284

第三节 不足之处/ 286

主要参考文献/ 289

主要法律索引/ 301

主要案例索引/ 303

常怀感恩之心(代后记)/ 306

繁

目

第一章 导论 / 1

第一节 问题源起 / 1

一、实务案例 / 2

(一) 张连起、张国莉诉张学珍损害赔偿纠纷案 / 2

(二) 齐玉苓诉陈晓琪等以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利纠纷案 / 4

二、问题导出 / 6

(一) 何种基本权利 / 8

(二) 何种诉讼机制 / 9

(三) 何种私法规则 / 9

三、中国意义 / 11

(一) 宪法 / 基本权利 / 12

(二) 私法 / 13

(三) 法学方法 / 14

第二节 研究综述 / 15

2 基本权利与私法

一、中德比较/ 15

(一) 中国大陆/ 16

(二) 中国台湾地区/ 18

(三) 德国/ 19

二、研究模型/ 20

(一) 卡纳里斯/ 21

(二) 苏永钦/ 23

三、综合分析/ 25

第三节 论证方法/ 29

一、功能原则/ 29

二、德国法族/ 30

三、案例比较/ 32

四、法教义学/ 33

第四节 结构安排/ 37

第二章 基本权利与私法关系之理论框架/ 40

第一节 基本权利理解/ 40

一、基本权利理解/ 40

(一) 概念: 定义 VS 描述/ 40

(二) 本书的基本权利理解/ 45

二、基本权利功能/ 47

(一) 主观权利: 防御/ 47

(二) 客观秩序: 规范/ 48

(三) 给付权/ 分享权/ 50

(四) 国家保护义务/ 51

三、第三人效力作为基本权利功能/ 52

(一) 第三人效力的概念澄清/ 52

(二) 第三人效力功能之必要性/ 53

第二节 基本权利第三人效力/ 55

一、直接效力说/ 55

(一)“单身条款”案/ 55

(二)理论证成/ 56

(三)简评/ 59

二、间接效力说/ 62

(一)吕特(Liith)案/ 62

(二)理论证成/ 65

(三)简评/ 67

三、总结/ 70

(一)宪法是否直接之裁判规范/ 70

(二)直接说与间接说是否非此即彼/ 70

第三节 基本权利与民事权利之辩证/ 72

一、不可能适用于私法关系的基本权利/ 72

二、可以适用于私法关系的基本权利/ 74

(一)自由权/ 74

(二)平等权/ 77

(三)解释适用/ 82

三、基本权利与民事权利内涵相同/ 83

(一)人格权/ 83

(二)财产权与继承权/ 85

(三)解释适用/ 86

四、总结/ 87

第三章 基本权利与合法行为:通过法律行为保护基本权利/ 89

第一节 “工伤概不负责”案《批复》再检讨/ 89

一、实务案例/ 89

(一)张连起等诉张学珍损害赔偿案/ 89

(二)刘明诉铁道部第二十工程局二处第八工程公司罗友敏工伤
赔偿案/ 90

(三)龙建康诉中洲建筑工程公司、姜建国、永胜县交通局损害赔
偿纠纷案/ 91

(四)罗代西、岑志芬诉刘敏水上人身伤亡损害赔偿纠纷案/ 92

二、问题所在/ 93

三、研究现状/ 97

第二节 基本权利作为法律行为效力的判断基准/ 100

一、防御权与法律行为无效/ 100

二、客观价值秩序与基本权利第三人效力/ 101

三、国家保护义务与比例原则/ 102

第三节 基本权利是否法律行为因违法无效之判断基准/ 104

一、《德国民法典》第 134 条之解释适用/ 104

(一) 本条性质与基本功能/ 104

(二) 德国联邦最高法院判决(BGH)/ 107

(三) 德国联邦最高劳动法院(BAG)与联邦宪法法院(BVerfG)
判决/ 108

(四)《德国基本法》是否本条所指之禁止性规范/ 109

二、我国台湾地区“民法”第 71 条之解释适用/ 109

(一) 本条渊源与功能/ 109

(二) 实务检讨/ 110

(三)“宪法”是否为第 71 条之强制或禁止规范/ 114

三、综合分析/ 116

(一) 基本权利不是效力性强制规定/ 116

(二) 基本权利不是法律行为违法无效的判断标准/ 118

第四节 基本权利是否法律行为因背俗无效之判断基准/ 118

一、《德国民法典》第 138 条之解释适用/ 119

(一) 本条性质与善良风俗之范围/ 119

(二) 违反善良风俗之无效法律行为类型化/ 121

(三) 本条作为基本权利否定法律行为效力之转介条款/ 122

二、台湾地区“民法”第 72 条之解释适用/ 126

(一) 本条渊源与功能/ 126

(二) 适用类型化/ 127

(三) 基本权利作为公序良俗之判断标准/ 129

三、综合分析/ 130

(一)基本权利视为公序良俗/ 130	
(二)基本权利作为法律行为背俗无效的判断标准/ 132	
第五节 违法与背俗:共同要件 VS 选择要件/ 133	
一、比较法再总结/ 133	
二、泸州二奶继承案/ 134	
三、理论证成/ 138	
四、违法与背俗皆为法律行为无效之选择要件/ 139	
第六节 通过背俗法律行为无效保护基本权利/ 140	
一、法律行为中的基本权利保护路径:违法还是背俗/ 140	
(一)徐悦起诉樊秀群抚养纠纷案/ 140	
(二)1985 年最高人民法院《批复》/ 142	
(三)比较法再总结/ 143	
(四)显失公平与违反善良风俗/ 144	
二、我国法制上之公序良俗再认识/ 145	
(一)立法渊源/ 145	
(二)研究述评/ 146	
(三)实务再检讨/ 148	
三、法律行为中基本权利保护应取道民法背俗条款/ 150	
四、法律行为违反何种基本权利构成背俗无效/ 152	
 第四章 基本权利与不法行为:通过侵权救济保护基本权利/ 154	
第一节 受教育权案《批复》再检讨/ 154	
一、最高人民法院 2001 年《批复》起草背景分析/ 154	
二、违反保护他人法律的侵权行为/ 159	
(一)何谓“违反保护他人的法律”/ 159	
(二)《宪法》第 46 条与《教育法》第 81 条是否保护他人之法律/ 166	
三、齐玉苓案之中国法制意义/ 166	
(一)依《教育法》第 81 条并不能完全裁决本案/ 166	
(二)一般人格权作为受教育权等基本权利被侵害的救济途径/ 167	
第二节 一般人格权之中国现状/ 169	