

[首页](#)[基地概况](#)[中心通知](#)[中心讯息](#)[学界信息](#)[法治动态](#)[学术论文](#)[法谚法语](#)[净月书屋](#)[人才培养](#)[招生信息](#)

论文精粹

[> 法学理论](#)[> 部门法哲学](#)[> 学术书评](#)[> 法苑随笔](#)

您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文

[> 论文精粹](#)

曹险峰：论德国民法中的人格与人格权——兼论我国民法典的应然立场

admin 发表于： 2007-11-12 16:07 点击： 1117

论德国民法中的人格与人

格权

——兼论我国民法典的应然

立场

曹险

峰

内容提要：德国民法对人与人格权的处理方式是与其人格理论立场的坚持密不可分的。德国民法中的人被缩限为法律关系的权利主体，权利能力则成为了“人为人”的实证法表达，从而实现了对人格的某个方面功能的替代。而德国民法中的人格权尚未被权利化，立法对人格利益列举式的规定必然寻求着开放式的突破，一般人格权的产生不可避免。我国民事立法应在鉴别的基础上，既有延续又有创新与突破。

关键词：人格；人格权；权利能力

我国民法的体例与民法理论的整体渊源大部分来源于德国民法。因此，厘清德国民法上相关概念与追寻制度本真，必将有助于我国民法理论的提升与民法典的建构。本文借由对德国民法中人、人格、人格权等相关概念的内涵与制度基础的分析，从而得以反思我国民法的相关理论，进而为我国民法典的制定提供坚实的理论基础。

一、德国民法中的“人”——法律关系（权利）的主体

以《法国民法典》为代表的近代法对自然人人格的普遍承认是基于天赋人权、人人平等的自然法思想，将人的自然理性作为人之所以为人的原因。反映在民法上就是《法国民法典》第八条：“所有的法国人均享有民事权利”。在结论上，德国法得出了与自然法思想相同的结论，那就是人人平等。但在论证过程方面却与此不同：在德国民法典的制定过程中，康德先验唯心主义与萨维尼的历史法学发挥了重要的影响作用，他们反对自然法学派的论证方法。萨维尼的历史法学强调法律是民族精神的产物，而反对把自然法看成是民法的法源，认为德国的法典编纂不应当遵循以《拿破仑法典》为代表的理性主义和自然法思想。〔①〕而针对自然法所强调的基于自然所生的人类理性，康德哲学反对把人的理性系于自然法则之上，而是主张它来自于人的内心意志。他认为，“没有理性的东西只具有一种相对价值，只能作为手段，因此叫做物；而有理性的生灵叫做‘人’，因为人依其本质即为目的本身，而不能仅仅作为手段来使用。”基于此，他推导出道德上的基本要求：“你的行为举止应该是这样：无论是在你自己，还是在任何其他一个人，你都应将人类看做是目的，而永远不要看做是手段。”〔②〕康德所创立的伦理人格主义哲学对《德国民法典》产生了深远的影响，“《德国

民法典》认为每个人（Mensch）都生而为人（Person），对这一基本观念的内涵及其产生的全部后果，我们只有从伦理学上的人的概念出发才能理解。对我们的整个法律制度来说，伦理上的人的概念须臾也不可或缺。”[③]同样，“德国近代的历史法学所主张的民族精神，也不是以背离人文主义思想为代价的。”[④]因之，从“人依其本质即为目的本身”出发，德国民法确立了人人平等的思想，达到了与自然法推导相同的目的与高度。对此，有学者总结到，“与其说德国先验唯心主义哲学和近代自然法学，在对于人的认识上是殊途同归的，倒不如说它们其实是对同一个人文主义的价值观念，各自提供了一套理论解释罢了。”[⑤]的确如此，但值得注意的是，康德所创立的伦理人格主义的功能并不仅及于此，它可谓是整个《德国民法典》的精神基础（拉伦茨语），人格权、权利义务主体制度、所有权、私法自治等皆从此出。

康德的伦理人格主义仅为一种哲学思想，只能构成德国民法的精神背景，[⑥]在立法层面上尚无法被机械的移植。德国民法的立法者要实现其特定目的，还须寻求法律术语的表达——这种法律表达在“人”的层面上，[⑦]主要表现为法律关系中的主体制度。

《德国民法典》与《法国民法典》中对待“人”的态度——至少是在形式上——是大不相同的。法国民法中有专门的“人法”编，关涉人的因素（如婚姻家庭、国籍的规定等）皆规定于此；而德国民法中则没有专门的“人法”编，涉及人的因素被分拆到总则、婚姻、继承等编，这种形式上的区别说明了什么？是仅有形式上的区别还是包括实质意义上的区别？这代表了德国民法与法国民法对人的何种态度？这还得从德法两国民法构造的整个背景说起。

从大陆法系所及范围来看，有代表性的民法编纂体例主要有两种：一是罗马式，又称法学阶梯式；一是德意志式，又称学说汇纂式、潘德克吞式。法学阶梯体系又称三编制体系，乃仿效罗马法学家盖优士的法学教科书的体例而来，由人法、物法、诉讼法三部分构成。《法国民法典》即采此体例，唯将诉讼法排除在外，分为三编：第一编人，第二编财产及对所有权的各种限制，第三编为取得财产的各种方法。从实质上看，《法国民法典》坚持的还是人法与物法的二元格局。与此不同，《德国民法典》采用的是学说汇纂派理论总则、债务关系法、物法、家庭法、继承法的五分法，其中总则包括“人”、“物”和“法律行为”三章。《德国民法典》关于人的规定分为两节：自然人和法人，“和《法学阶梯》的传统不同，人这一次被放置在家庭以外加以讨论。对于人的着眼点不再是他的自然理性（罗马法），也不再是所有的人终其一生基本生活在家庭和国家中这个事实（《法国民法典》），而是他的这样一种神秘的能力：权利，在具有权利能力这一点上他和一个社团或一笔基金（基金会或财团）并无不同。”[⑧]可见，法国民法与德国民法对待人的态度是不同的，在法国法中，人是人与物对立关系也即主体与客体对立关系中的人，[⑨]具体而言，法国民法典的主体制度与权利并无实质的联系，“主体并非权利的主体，甚至主体本身也没有一个系统的界定。该法典基于一种人与客体的直接对应关系，将主体在行为模式中予以考察，以彰显主体的系统性，而非前提性。就客体而言，该法典将物和权利都一并作为主体行为的客体，亦即权利在此成为主体支配的对象，故而可以成为客体。由此可见，法国民法典是直接基于生活经验事实而做出的一种直观的结构安排，对法律关系的要素并没有进行有效的提炼。”[⑩]人就是人，是作为与物对应的主体的人，而非法律关系中的“权利主体”。所以在《法国民法典》中人法部分规定着的婚姻家庭、姓名、国籍、住所等的功能都在于确定与说明人与物对立中的“人”。《法国民法典》的这种体系后来被1865年的《意大利民法典》、1889年《西班牙民法典》以及1867年《葡萄牙民法典》等借鉴。

德国民法典则与此不同。德国民法体系的划分主要是依据法律关系理论，法律关系的主体、客体、内容、变动及其原因构成了德国民法五编制的基础。民法典之总则为法律关系的共同要素（主体、客体、法律事实以及权利义务的共同准则），分则则是对四类法律关系的具体规定（债权法、物权法、亲属法、继承法）。以《德国民法典》为蓝本制订的民法典以及受潘德克吞（Pandectae）法学影响而建立的民法理论及立法体系，都是以法律关系这一概念作为基础而编排的。由于萨维尼“法律关系”学说的影响力，法律关系成为德国民法理论体系构建的基础之一，“由于法律关系的概念在表现法律体系所适用的社会现实上被认为是合适的框架，因而其被用作整理法律及展示法律的技术工具”。[11]

“《德国民法典》吸收了法律关系概念的理论成果，在民法典以法律关系为中心概念，层叠构建，建立了现代民法的概念体系。”[12]“所有的法律关系是一种作为权利主体的人与人之间的法律关系，其实质要素是权利以及与此相关的义务或法律约束”。[13]“法律关系最重要的要素是权利”，[14]“权利系私法的中心概念，且为多样性法律生活的最终抽象化（德国著名法学家v. Tuhr语——笔者注）”。[15]“德国民法典……打破了法国民法典的社会关系直观系统

观，从法律关系要素角度逐一主体、权利、行为和客体进行了界定，有机的事实无一例外地由上述概念所衡量。在法典结构上，一个重要的变化是权利概念的出现，并且权利成为结构安排的线索。民事主体可表达为权利主体，民事客体可表达为权利客体，民事行为体现为取得或丧失民事权利的方式。总之，权利成为民法典的一个核心概念，……在传统的主体结构中加入权利，形成‘主体——权利——客体’结构”。[16]的确，民法就是“权利本位”法，民事法律关系中的主体与客体等或为权利义务之载体，或为权利义务本身，或为权利义务之变动。因“一切权利均因人而设立”，[17]故在法律关系中谈人，“权利主体”就成为必然的选择。[18]与法国民法人与物对立或曰主体与客体对应关系中的“人”不同，德国民法上的“人”始终是在法律关系中——“法律规定的人与人之间的关系”[19]——存在的，是以主体与主体之间的权利义务载体形式而被规范与调整的。而谈到权利主体必然要涉及成为权利主体的前提条件，这就是民事权利能力，同时权利主体身份的保持也不得不依靠权利能力，所以，“权利能力既是权利主体的前提，又是其一种基本能力。”[20]

在法律关系主体或曰权利主体与权利能力的联系的问题上，对德国民法典制定影响最大的两位学者——康德(Immanuel Kant, 1724-1804)与萨维尼(Savigny, 1779-1861)——的观点或许最具有说服力。

康德曾经指出，“（法律上的）人是指那些能够以自己的意愿为某一行为的主体。”他在上述论述后又说到：“人不能服从那些不是由他（他自己单独或者和他人一起）、而是由别人制定的法律。”（《习惯的形而上学》之导论，第4卷）对此，汉斯·哈腾鲍尔先生认为这表明康德是将人作为权利能力“主体”来对待的。他进行着如下的论证：康德的理论阐述了法律思想的巨大变革。他所探讨的不是“自然人”，而是“主体”。很清楚，在他看来，这样的主体只能是自然人。然而这种语词上的变化更加强调了法律确定的人的作用。那是说，自然是“法律主体”。时代越发展，“人”这一概念的使用就越来越少。理性法学家们为这一概念所作的种种斗争似乎已经被遗忘，因为他们的胜利似乎是确定无疑的了。但是应该注意的核心其实是关于“人”这一概念究竟在法律上发挥什么作用这一问题。随着“法律主体”替代“人”，产生了“权利能力”理论，即一个自然人享受权利和承担义务的能力的理论。因此，德国民法典第一条规定人的权利能力这一概念的当然性，也就是毫无疑问的了，因为民法典很清楚地要贯彻在当时已经非常清楚的法学理论。[21]可以看出，康德是以“主体”代替“人”而进行其理论展开的，这就为“权利能力”概念的提出准备了必要的理论资源。

在法律关系、权利主体与权利能力问题上，另一位不得不提的巨擘为萨维尼。萨维尼对德国民法典的制定贡献颇多，法律关系理论就是其中非常重要的一项，他（它）深刻地影响了德国民法典的整体结构与人们的法学思维方式。在萨氏看来，人是作为法律关系基本构成要素（即法律关系主体意义上）的存在。他指出，“任何法律关系都是产生在一个人与其他人之间的关系。作为法律关系第一个必要组成部分，对这个概念需要进行研究的，是人可以和其他人相互之间建立其法律关系的这一本质。对此还应该回答这样一个问题：谁可以作为法律关系的承担者或者说是法律关系的主体？这个问题涉及到某种权利享有的可能性，或者说涉及到权利能力……”。[22]可见，此时人已不再是法律的基础。对法律上的人而言，起决定性作用的只是对法律关系的建立发挥作用的那个特性：权利能力。[23]

除了上开所述承认民事权利能力的理由外，民事权利能力制度的设置的一个重要目的还在于使法人进入民事法律关系，使之成为民事权利主体变为可能与正当。在法国民法典制定当时，由于整个民法典是建立在个人主义思想基础上的，更由于当时人们怀着对旧制度中封建势力、教会团体强大力量深深的恐惧的记忆，导致其对于团体采敌视态度，这是因为，在个人主义思想看来，团体的存在将侵害个人的意思自由。故在《法国民法典》中，个人是直接面对国家的，而个人与国家间存在的各种团体，均被有意忽略，民法典不赋予社团或财团以主体资格。[24]不过，经济共同体并没有因法律之忽略而消灭，随着商业活动之频繁却有渐强之势，终于推动了1807年法国商法典对商业组织主体资格的承认，嗣后，民法典也直面经济共同体存在的不可改变的现实，于1978年1月4日经78-9号法律修正了民法第1342条规定：“除第三章规定的未登记商业联合之外的商业联合，自登记之日起具有法人资格。登记以前，参加商业联合的个人之间的关系应遵守合伙契约及适用于契约及债务的法律的一般原则。”由此，法国民法才正式承认了法人民事主体的地位，此时自法典制定之际已逾百年。与《法国民法典》制定时期强烈的个人主义思想背景不同，在《德国民法典》制定之际，虽然个人主义思想仍占有主要阵地，但德国民法的立法者已经受到经济共同体思想与社会连带观念的影响，[25]并因为当时的商业活动已经非常发达，在社会经济生活中企业团体正发挥越来越大的作用，法典的立法者无法忽视这一现实存在，遂承认了法人的主体地位。[26]但是，整个民法是以伦理上人为核心概念的，如果采用“人格”作为主体的资格，

会导致整个法典精神上的不统一，所以德国民法弃“人格”不用而另辟蹊径：采用了“权利能力”来作为判断成为主体的标准。这就为法人进入民法典铺平了道路，体现了德国民法立法者的高超的法律技术的运用水平。因之，法人与自然通过权利能力的适格判断标准都成为了法律关系中的主体，成为了德国民法上的“人”。两者成为法律上的“人”具有实质上的相似性——都以“权利能力”作为主体适格判断标准，也就是说，不仅法人成为法律上的“人”是“立法思维的或然选择的结果”，[27]就是自然人也不是必然的就享有民事权利能力，当然的成为法律关系主体、法律上的“人”，自然人同样要经过立法思维的或然选择。就法人来讲，自从萨维尼提出著名的“法人拟制说”以来，“法人实在说”等就与其各擅其场，争论不止。但可以肯定的是，法人能进入民法典就是因为法律对其主体资格的赋予。就自然人来讲，当今观念认为所有自然人皆平等，能成为法律主体、法律上的“人”为当然之理、公理性结论。以至于有学者提出，就自然人来说，权利能力制度毫无价值。[28]但如此思想则忘却了历史上自然人曾经的不平等与曾为权利客体的事实，忘却了近代法律对自然人平等地位的赋予性。正是在“法律的赋予性”——这个自然人与法人成为法律上“人”的共同性——的基础上，学者凯尔森才认为，“man和自然人(person)之间的关系并不比man和技术意义上的法人之间的关系来得更密切。”[29]的确，并不能因为今日自然人的已然平等的实践而忘记了自然人法律主体地位获得的法律赋予性。1794年制定，直到1900年德国民法典生效之后才失去其效力的《普鲁士普通邦法》第一编的第一章“人及其权利”中的第一条证实了这一看法。该法第一条规定，“自然人，只有在民法社会中享受确定的权利时，可以称为人。”根据这一条文可以清楚地看出，在法律上“自然人”与“人”天然上并不一致，自然人可以是法律规范中的主体，有时甚至也可以是法律上的人所支配的客体。然而当代法律意义上的“人”就是自然人，是每一个人。通过对这两方面意思的表述，可以清楚地看出人和自然人的概念在法学上的区分，也可以看出把生物人当法律人是如何的想当然。

简而言之，《德国民法典》中的人就是法律关系中的人，就是权利的享有主体与义务的承担者，民法在确认权利义务之法律关系时，便合乎逻辑地必须确认权利义务承受人（法律关系的参加者）的资格，即主体资格。如果要简单说明德国民法中人与权利能力的关系，学者海尔穆特·库勒尔的话可谓十分恰当，“作为《德国民法典》基本概念的人，是通过其权利能力来表述的。”[30]法国民法的民事主体的“自然法”依据，就这样为德国民法典用一个人之所以为人的“实在法”依据来替代，这个实在法上的法律人的依据，就是权利能力。

二、人格的表现形式之一——权利能力

权利能力(Rechtsfähigkeit)之概念，为学者Franz von Zeiller(1753-1828)所起草的《奥地利民法典》中第一次在立法上使用。[31]对于权利能力的本质，德国学者有不同看法：Gierke认为权利能力为人格权(一种权利)，Holder认为权利能力为享有权利之资格。[32]实质上，对于权利能力目前学术界的通说是坚持传统定义，即“权利能力是指一个人作为法律关系主体的能力，也即是作为权利的享有者和法律义务的承担者的能力。”[33]可见，德国民法采用了民事权利能力的概念来作为民事主体的适格判断标准。由于权利能力是据以充当民事主体、享受民事权利和承担民事义务的法律地位或者资格，所以有学者认为，其为人格的另一种表达。[34]那么，《德国民法典》上的权利能力与人格是什么样的关系？我国《民法通则》第9条、第36条规定了公民和法人均享有民事权利能力，并未有“人格”概念，使得这个问题在我国学术界也众说纷纭。

目前，国内学术界比较有代表性的观点认为民事权利能力、人格和民法中的地位实质上是一回事。他们认为，人格是从“平等独立的人”出发，赋予民事主体法律地位，民事权利能力则是对抽象人格的具体功能和实际地位的阐述，两者是一个问题的两个方面。如果人格体现的是“个人本位”，权利能力体现的则是“权利本位”，而近代私法中个人本位和权利本位思想是浑然一体、密不可分。人格只有在“权利义务的归属点”上才具有法律人格的意义。反之，权利能力的存在也必须有一人格载体，这种载体也即是人格化的权利主体，因而民法上常将民事主体称为“权利主体”。两者均是从不同角度解决人的地位问题，是名二而实一的关系。近代立法往往只规定了权利能力，而对人格不再加以规定，便是因为权利能力已经能够完整表达人在私法中的地位。[35]该种观点看到了人格与权利能力共同的前提——承认所有人都为人，都是具有完全平等的法律地位的，因而有其合理之处。正是在这个大前提下，近代大陆法系各国民法典对于“人格”和“权利能力”基本上是不加区分地使用的，也就是说，两者只是作为近代私法对法律上的“人”把握的不同手段而已。这可以从近代的诸多民法典中深刻的体现出来。1794年《普鲁士一般邦法》第一编第一部第1条规定：“人在市民社会中只要享有一定权利，便被称为法律人格”，最早提出了私法意义上的“法律人格”。《奥地利民法典》第16条规定：“在法律规定的要件之下，每个人皆能够取得权利。”且该法典在平等对待本国人和外国人的基础上，最先提

出和承认“一般性权利能力”。《德国民法典》采其立法例，也把私法上人的地位称为“权利能力”。《法国民法典》则未提出“人格”或“权利能力”概念，而在其第8条规定：“所有法国人都享有民事权利。”《瑞士民法典》则同时出现“人格”和“权利能力”概念，在其第11条里规定所有人都有平等的权利能力，权利能力在“人格的一般规定”里予以规定，对“人格”本身却未作具体界定。从上述情况出发，学者因而认为权利能力与人格只是一个事物的不同方面。我们认为，此种观点虽然就各国立法实际来看有其合理之处，但该种观点仅仅看到了权利能力与人格形式上相同的一面，忽略了两者在实质内涵上的区别，因而有值得商榷之处。

《德国民法典》中使用的“人”，是一个形式上人的概念，被看做是法律关系上的主体，法律上的人被缩成了权利主体，凡是适合于成为主体的都可以成为法律关系的主体，主体与人的概念相比，主体是形式的、无深刻内涵性的，是与客体、其他主体相对应的概念。因此，德国民法上的人只是形式上“人”的概念，它的内涵“没有它的基础——伦理学上的‘人’那样丰富。在伦理学上的‘人’所具有的所有特性中，它只具有惟一的一个：权利能力。”[36]可以说，权利能力是德国民法高度抽象技术化的产物，是适应德国民法整个以法律关系为轴心的体系的必然选择，其获得承认是以牺牲“人格”或法律上的“人”的宏大的历史内涵与人文主义思想为其代价的。权利能力作为一个完全的实在法上的概念，它“基于实证法”，[37]是完全受制于实在法的规定，它并不存在一个先于法律的论证。那种认为自然人法律主体地位的获得仅仅是因为自然人是实在的，以及权利能力就是对自然人客观存在的平等法律地位确认的观点，忽视了历史上曾经存在的人为权利客体的现实，也忽视了实在法可对个人主体的范围进行限制或放弃的可能。这绝不是杞人忧天，也绝不是耸人听闻。实际上，我们所担心的情况在德国纳粹政党执政时期就真真正正发生过。德国在出现民法典和魏玛宪法之后的第三帝国时期，在纳粹政党理论之下，法律上的人及其法律地位理论的基本内容是：单一的个人只能在一定的社会条件下发挥自己的作用。民法中的人的法律地位与权利义务因是否属于帝国属民与帝国公民而有所不同。在法律发展历史上已经被废弃的等级制国家里才会出现阶梯型的权利能力制度又回到了现实之中。共产主义者、犹太人、政治上的反对派、希特勒统治地区的外国人等等，都成为了这种理论的试验品，而只有人民同志才享有权利能力，等等。所有的这些都表明：“权利基于权利能力是如何的想当然。”[38]没有深刻人权思想背景的权利能力，其自身没有独立的品格，很难抵御实在法的背向变更，很难抵御公法对私法的侵袭。

而较之权利能力，人格具有更高的抽象性，其描述的是人的一般法律地位、一般意义的主体资格，其并不考虑和表达主体得具体享有之权利的范围。较之权利能力这个冷冰冰的、机械的法律技术术语，人格具有更宏大的历史内涵与更深刻的人文主义思想。人格一词来源于斯多葛哲学，是为显示具备理性的独立实体即人而被使用的，具有哲学和神学上的意义；[39]罗马法用人格划分公私法秩序；法国法依据自然法使“人格”标表人之为人、人成为法律上人的原因；而德国法则依据康德的伦理学上的人格主义来使人格标表人之为人、人成为法律上人的原因。从此发展历程上看，人格在从人的不平等到平等过程之中，在人文主义精神指引下，体现着人法律地位的提升，体现了“人之为人”的诉求。同时，人格在表明民事主体法律地位平等的意义之外，在德国法上，其更多的体现了人之尊严、平等及自由的价值理念，所以人格比权利能力更具有内涵、更具有广度。“如果在人的人格丝毫得不到保护时，权利能力便完全不存在了。”[40]埃利希曾经指出的正是说明了这种情况。如果说人格与权利能力同义的话，也应仅限于在人人已经平等之社会中、就所有人都可以成为民事主体之前提下这一点而言。德国学者罗尔夫·克尼佩尔对此曾明确指出，“法的历史和法的比较证明：权利能力的普遍化，其通过人类的平等而伟大起来，即使其与结构相配合，即使人格人的概念通过一种‘角色’被转译，这仍被评价为进步和解放。”[41]结合康德所主张的人之所以具有法律上之人格乃是因为他具有伦理上的人格，可以说，在权利能力与人格的联系上，简洁的表达公式就是：生物人—伦理人—（通过）权利能力—民事主体（包括法人）或称人格人（法律人）。[42]其中，伦理性人格通过权利能力被实证法所转换了。

由于对所有的人的法律人格即权利能力的承认成为近代以来民法典的通行规定，从而成为实定法的普遍原理，得到了法律实证主义立场上的广泛承认，“如果说人的存在是自然的存在的话，那么，法律人格者的存在就可谓法律的存在。”[43]所以人们对其自然法的基础却逐渐被忘却了，这是一个值得广泛关注现象。进入20世纪以来，法哲学学者中出现了重新恢复将法律人格的观念与人格结合的努力。[44]我们在坚持已经取得的成果（人人法律地位平等）的基础上，不应高枕无忧，以为一切不可逆反。有学者在评价法律主体的存在时曾深刻的指出人们应注意这种风险性，并告诫人们，“法学理论的政治意图首先不再是克服旧的社会，而在于防止未来的变化。”[45]的确，权利能力的承认原因和取得依据我们不应忘记，人的伦理价值仍然是取得法律人格的条件，它构成了权利能力的基础。对此，萨维尼曾经

指出，“所有的权利，皆因伦理性的内在于个人而存在。因此，人格、法主体这种根源性概念必须与人的概念相契合。并且，两个概念的根源的同一性以如下的定式表现出来：每个人……皆是权利能力者。”[46]而在德国民法典第一草案说明书中，上述认识被进一步明确：“不论现实中的人的个体性和其意志，承认其权利能力是理性和伦理的一个戒律。”[47]里特纳认为纯粹法律技术上的人的概念是解决不了任何问题的，他说，“法律上的人是依据根本的，即法律本体论和法律伦理学方面的基础产生的，无论是立法者还是法律科学都不能任意处分这些基础。”[48]而作为受康德影响的蔡勒认为理性的存在，只有在决定自己的目的，并具有自发地予以实现的能力时，才被称为人格。以蔡勒为起草人之一的奥地利民法典第16条规定：“任何人生来就因理性而获有明确的天赋的权利，故得作为人格而被看待。”第18条规定：“任何人都具有在法定条件下取得权利之能力”。第16条之“与生俱来的天赋权利”，乃是自然法上的权利，能够取得的“权利”意指实定法（私法）上的权利，而取得权利的“能力”即指权利能力，可以说，此处所承认的法律人格是建立在自然法上与生俱来的权利基础之上的，而实定法上的权利能力也是建立在法律人格基础之上的。由此看来，民事权利能力是以法律人格为其理论根基的，只是法律人格在实证法上的表达，它只代表了法律人格的某一个侧面。因而，法律人格是不能由民事权利能力所替代的。

三、德国民法中的“人格权”

（一）《德国民法典》中有人格权？

德国民法典是将人的自由、尊严等范畴视为人的要素——人本身“内在的东西”，进而使之成为法律人格的伦理基础。可以说，德国法上的“人格权”是与德国法上“法律人格”的确立息息相关的，两者拥有着共同的理论基础。自然人人格权的理论基础是康德所创立的伦理人格主义哲学。康德认为：“没有理性的东西只具有一种相对的价值，只能作为手段，因此叫做物；而有理性的生灵叫做‘人’，因为人依其本质即为目的本身，而不能仅仅作为手段来使用。”在康德看来，道德要求的本质就是理性本身。人类的绝对价值，即人的“尊严”，就是以人所有的这种能力为基础的。[49]这种理性不仅指人类认识可感知世界的事物及其规律性的能力，而且也包括人类识别道德要求并根据道德要求处世行事的能力。在伦理人格主义哲学看来，人正因为是伦理学意义上的“人”，因此他本身具有一种价值，即人不能作为其他人达到目的的手段，人具有其“尊严”。因此人为权利主体，相互之间是平等的。同时，从这一立论中还可以推导出：每一个人都有权要求其他任何人尊重他的人格、不侵害他的生存（生命、身体、健康）和他的私人领域；相应地，每一个人对其他任何人都必须承担这种尊重他人人格及不侵害他人权利的义务。这一“相互尊重原则”，是一项“正当的法”的基本原则，是“法律上的基础关系”。[50]《德国民法典》接受了康德的理论，将对人格的保护作为伦理上的人格主义的体现之一。

虽然《德国民法典》的立法者承认应该对人格进行保护，但《德国民法典》却没有承认人格权。虽然在《德国民法典》的自然人部分有关于姓名权的规定，但学术界对于“人格权”的保护一般都与作为权利主体的人（法）的其它部分一起讨论。如在德国著名法学家卡尔·拉伦茨所著的《德国民法通论》中，卡尔·拉伦茨先生将我们称之为“人格权”的内容放在第一编“人”的第一分编“自然人”中，标题名为“人格的保护”，与（自然）人的权利能力、行为能力与不法行为能力、姓名、住所与国籍并列。另如在迪特尔·梅迪库斯所著的《德国民法总论》中，他将人格权放置在第四编“权利主体”之中，作为“与权利能力同一性质的人的其他法律属性”而与住所、姓名等并列。抛开学者特有的学术思维不谈，两者对于人格权的处理方式竟是非常的同一，那就是把“人格权”当成是作为权利主体的人的必要属性，作为人的完整性的不可或缺的一部分。这种做法已经彰显了人们对于人格权的深刻认识，人们并不愿意以权利的角度来看待人格权。“第823条第1款还列举了四种在受到侵犯时就同权利立于同等地位的‘生活权益’，即是生命、身体、健康和自由……这样并不是说，有一种生命、身体、健康和自由的不可侵犯的权利，并把这种权利与法律承认的人格权并列。”[51]王泽鉴先生也明确指出，“德国民法第823条第1项……之规定，仅明定个别人格利益……”。[52]可以看出，德国民法的实证法做法也验证了学者们对于人格权的态度。

《德国民法典》对人格权不予以承认是有多方面原因的：

首先，虽然康德的伦理上人格主义隐含了确认与保护人格权的理论依据，但康德对于人格权的法定化却采取了否定态度。德国民法典的五编制体例在很大程度上是康德关于“外在的‘我的和你的’”学说的反映。康德认为：“可以作为

我的意志选择的外在的对象只有三种：（1）一种是具有形体的外在于我的物；（2）别人去履行一种特殊行为的自由意志；（3）别人与我的关系中，他所处的状态。”[53]简而言之，在康德的观点中，作为意志的把握对象只能是外在于主体自身的物、别人的意志和关系，而不包括人本身。人，是主体，是一切客体的对立面，也即物的对立面。这样，在康德哲学中就确立了人和外在于人的世界的二元对立的格局，这种对立的基本价值在于将人当作目的而非手段，使人真正成其为人。对于康德哲学思想的法学方面的承继人萨维尼来讲，他也认为，一个自然人不能单独支配其自身及其外在的和内在的诸部分。他一方面不愿意承认“对自身的原始权利”，但同时他又指出，自然人对于他自身的合法的权力（或称自然权力，包括生命、身体、健康等）是毋庸置疑的，这种权力是一切真正的权利（如所有权和债权）的基础和前提。[54]在这种观念的指导下，德国民法典对于人格权制度的做法就可以理解：由于人格权是人之所以为人所应有的权利，其客体是内在于人本身的，因此是主体制度的组成部分，属于人本身的制度的范畴。这种认识导致了德国民法典仍旧不可能将生命、身体、健康和自由等人格价值视为一种权利，正如民法典的立法者所指出的，“不可能承认一项‘对自身的原始权利’”。[55]尽管按康德与萨维尼的观点，不承认在实定法上规定人格权，但并不妨碍对这种“原始权利”加以保护。也就是说，《德国民法典》的立法者接受了萨维尼的观点，“只能通过具体的保护性条款（行为不法）而不能通过某项绝对的权利，来保护人格的‘原始权利’”。[56]从萨维尼提出否定人格权的法定化之后，“19世纪德国历史法学的主流失去了对人格权的关心”。[57]因而深受历史法学派观点影响的《德国民法典》也就失去了对人格权的关注。对生命、身体、健康、自由、妇女贞操、信用等具体的、可列举的对“人格之保护”方式就成为立法者拒绝承认人格权的替代品，而被《德国民法典》所确证下来。

其次，债的产生以财产价值受到侵害为前提，[58]在《德国民法典》制定当时，立法者不承认人格权也深受此原因困扰。[59]德国民法出于对人的价值和尊严保护的实际需要，很早就对物质性人格利益（生命、身体、健康、自由）加以保护，但对精神性利益损害的保护，一方面缺乏对此保护的救济手段，找不出量度该损害及补偿该损害的有效方法，同时也出于对物质玷污人格价值纯洁性的担心。《德国民法典》第253条规定：“损害为非物质上的损害时，仅在法律有规定的情形下，始得要求以金钱赔偿损害”。这种对精神损害赔偿采取的“限定赔偿原则”就深刻地体现出立法者的这种忧虑。该法条设置的屏障在其后日显其弊，以至于德国法院后来不得不费很大力气以判例而改变之。[60]

再次，人格权的内容和范围难以明确的确定。[61]该条理由也是法典制定后德国法院拒绝承认一般人格权的理由：“一项一般的人格权与现行民法不相容。仅仅存在为特别的法律所规定的人格权，如姓名权、商标权、肖像权、著作权中的人身权部分”，“应受保护的人格领域在内容和范围上具有‘不确定性和模糊性’”。[62]正是基于此等考虑，《德国民法典》的立法者没有普遍承认人格权，而是对人格利益采取限定保护原则，在法典中明定了对姓名权、生命、身体、健康、自由、信用、妇女贞操的保护，同时借助民法第823条第2款对名誉、肖像权加以保护。可以看出，在《德国民法典》制定当时，法典立法者认为只有有限的人格利益需要保护，没有必要承认其它人格利益；因内容的模糊性与不确定性，故没有必要承认人格权的法定化。这两点导致了德国侵权行为法对人格利益保护的局限性。[63]

最后，德国民法典制定时，德国正处在由自由资本主义走向垄断资本主义时代，商品经济的发展更加促进了人们金钱观念的增强，这种要求也深刻的体现在法律之中。在德国民法中，人被缩限为“民事权利主体”，而作为民法的总则在很大程度上是财产法律规则的抽象：作为德国民法总则中的核心概念的民事法律行为更多的是关于财产交易的规则，而代理、时效的规定也无不是围绕财产法规则而进行的。所以，在德国民法中，人还主要是在财产（交易）主体的角度上被对待的，法典对于人伦理价值的确认与保护，还基本局限于罗马法以来、由法国司法实践所承继的、范围有限的“生存性因素”——生命、身体、健康、自由、名誉等。这凸显出德国民法典立法者的认识：这就是人的全部！

（二）德国民法对“人格权”的处理方式

与法国民法相同，在德国民法中的人格价值虽然没有被视为权利，但是同样不影响侵权法对它的保护。德国民法典的“侵权行为”一节，做出了对于故意或过失侵害生命、身体、健康和自由等人格利益（第823条第1款）、故意或过失侵害民法典以外其他法律所保护的包括人格在内的其他利益（第823条第2款）、以违反善良风俗的方式故意侵害受法律保护的其他利益（第826条）以及侵害妇女贞操（第825条）的损害赔偿义务。就第一项“权利侵权”（823条第1款）而言，“生命、身体、健康和自由”等人格价值，虽然与“所有权或其他权利”共同规定于该条款当中，但是，这仅仅意味着上述人格利益在侵权法的保护上，与权利适用同样的规则。也就是说，德国民法典是不承认人

格权为权利的，但适用了与权利保护的相同的规则，尽管这种规则具有很大的局限性。

但是，《德国民法典》在形式上并不是根本就不承认任何人格权。位于自然人一节中的第12条姓名权就是《德国民法典》中惟一被明确承认了的（特别）人格权。另一项特别人格权是著作权，只不过它并不是由《德国民法典》所规定，其人格性质主要由德国《著作权法》第11—14条所体现出来；而另一个明定的特别的人格权就是关于《艺术家和摄影家作品著作权法》（或可译为《艺术品著作权法》）第22条及以下条款中所规定的肖像权。后两者与姓名权的主要区别在于他们在《德国民法典》中皆无踪影，而在特别法上有所规定。但无论是姓名权，还是著作权或肖像权，他们都可以成为《德国民法典》第823条第1款中的“其他权利”，[64]换言之，对几者的侵害，权利人皆可依据德国民法第823条第1款要求损害赔偿。

德国民法典规定了姓名权，这是德国民法典中惟一被明确承认了的人格权。由此形成了德国民法上“姓名”的权利化与“生命、身体、健康和自由”的非权利化相对应这一饶有趣味的法律面貌，该如何解释？有学者这样解释到，“其实，这种法律处理技术的差别，恰恰反映出在两者与人的关系问题上法律判断的差异。如果说德国民法拒绝承认人对于自己的‘生命、身体、健康和自由’享有权利是由于这些伦理价值被看成是人的内在要素的话，那么法律赋予人在其姓名上有权利之存在的原因，正是由于在立法者看来，姓名与人的本体的距离要远于生命、身体、健康和自由，因而可以被看成是外在于人的事物。”[65]我们不同意这种看法，这种进路将距离人本体的远近作为衡量标准是不妥的。盖因为不管何种人格权，皆为维持主体人格之完整性所必须，远近无从谈起。更无论远近标准如何掌握尚属不确定之势！同时，按照这种理论推导的话，很容易得出“生命、身体、健康和自由”应内在于人自身而不应权利化，姓名等距离本体较远因此可得权利化的结果——而人的人格独立、尊严与完整性则是一个统一性不可分的要求，很显然，权利化与非权利化之分强行割裂了这种要求。我们认为，对德国法上的姓名权的认识，不能以今日我国人格权之视角对待之，而应回到德国民法的整个体系中，才能理解德国民法惟一明确姓名权为人格权利之理由。从姓名权在民法典中所处的地位我们可知，姓名权是与自然人的权利能力、行为能力与不法行为能力、住所相并列的，他们都是作为自然人诸多法律属性中的一种而存在的，是使人个体化的一个象征、一种标志，其作用是使人们在一般交往包括在法律交往中相互识别。所以，德国民法谈及姓名权的主要的目的在于保护姓名载体的个性。至于我们将之作为人格权来看待，主要是因为对姓名载体个性的保护就是人格保护的一部分的必然的一个结果，姓名权是在一个人的直接存在以及他的个人生活范围内，承认他不受侵犯的权利，因而它是人格权。[66]总体看来，姓名权在德国法中发挥着两方面作用：一方面的功能在于对主体的确定；另一方面的功能则在于对主体人格的保护，只不过说后者在现代社会被大大的强调了。

以上是德国民法典制定之际“人格权”之情形，在司法实践中，德国法突破了法条的束缚，依据基本法创设了“一般人格权”制度，极大的扩充了德国法对于人格权的保护力度、深度与广度，具有划时代的意义。

四、结语：反思与创新——我国民法的应然立场

囿于本文的主旨与本人的学识水平，本文无意就整个民法典的体例选择提出自己的看法，但就目前整个学术界的主流观点来看，[67]可以说，德国民法典的体例结构最起码是被作为中国民法典的参照的，因此明晰德国民法中人的构造及其理由，有助于我们对于制度做整体式理解，从而避免知其然而不知其所以然之窘境，也有助于制度之间的配合与协调。通过前文的分析，我们至少应有如下反思：

第一，民法典并非是由各具体制度机械式的结合而构成的，民法典的体系性与逻辑性要求着各个制度间的有机的配合与协调，要求着民法典的整体理论立场的选择。通过上述对德国民法中相关概念的分析，我们可以清晰地看出，德国民法中的人与人格权实质上都是围绕着人格理论来进行的。正如著名民法学家卡尔拉伦茨所言，《德国民法典》的精神基础就是伦理学上的人格主义。[68]我国在制定民法典的时候，必须以审慎的目光看待民法诸制度，明晰各制度内部之间的关联与制度理念上的共通性。[69]避免就制度而谈制度，“头痛医头，脚痛医脚”。

第二，民法典整体理论模式的选择会影响到各具体制度的内涵，因此，我们对于某一制度的理解不能脱离该制度存在的大背景，在理解民法中的“人”的图像之时，这种理论立场的坚持就尤为重要。法国民法中的“人”不是在局限于民事

法律关系主体这一意义上使用的，而是在自然法维护意义上的享有“天赋权利”的理性者，所以法国民法中的“人”本身就有很大的扩展与被解释的空间，而且作为该任务实施者的、适用范围极其广泛的侵权行为法也很好的完成了这一任务，历经200余年的法国民法能很好的适应社会发展与对人自身关注不断增强的趋势就说明了这一点。而德国民法上的“人（法）”具有很大的局限。《德国民法典》1—89条规定了人，其中关于自然人的是第1条到第20条，涉及了自然人的权利能力、成年、住所以及姓名权等，其中第1条规定了权利能力的开始；第2条规定了成年年龄的达到（立法者在1974年将成年人的年龄从21周岁降低到18周岁，这样，第3条至第6条规定的将未满21周岁的人宣告为成年人的可能性也就不复存在了）；第7条至第11条规定了各类人的住所（其中第10条已废止）；第12条规定了姓名权；第13条至第20条关于失踪的规定则变成了一部专门的法律（1939年7月4日的《失踪法》），因而也已废止（值得注意的是，2000年6月27日的法律第2条第1款则将第13条改为“消费者”，第14条改为“经营者”）。可以看出，从整体来看，“自然人法”设置的主要目的（作用）在于确定民事法律关系中主体的资格（第1条之民事权利能力的开始、第2条之成年年龄的达到）、主体的住所（承担责任与进行诉讼的基础之一）、主体的姓名（主体身份的确定一个重要方面），即，《德国民法典》第1条至第20条的“自然人法”不过是对民事法律关系中主体身份的确证。由于受限于以法律关系为中轴的制度安排，德国民法中的人被缩限理解为“权利主体”。在德国民法的总则中，人是作为民事主体而存在的，总则的中心问题也是要解决民事主体的资格问题，即规定什么“人”，在什么情况下可以成为民事主体的主体准入问题。因此，面对高度体系化与逻辑化的《德国民法典》，德国民法的司法实践者无法在“民事法律关系主体资格”部分解释出作为人应有的尊严性存在的要求，也许正是在这个意义上，梅迪库斯才说：“法律对自然人的规范过于简单，因此没有涉及一些重要的人格权”，“民法典的人法部分仅仅是一件未完成的作品，人们几乎不能从这些规定中推断出一般性的结论”。[70]虽然在人法部分无法解决人格权问题，但关系到人应有的尊严性存在的要求还必须在民法典中得到体现，对此，德国民法将“人”的这一侧面交给了侵权行为法，也就是说，德国民法是通过侵权行为法的保护（作用）来体现对人尊严性存在的确认与维护的。

由此分析可知，德国民法总则只是局限于权利主体资格的判断问题，对于主体所享有的权利，无法在此部分中寻求栖身的位置。因此，在中国民法典在以德国民法理论作为其基本支撑点的情势下，忽视德国民法的特有逻辑，是会妨碍理论的通畅的。故有学者所提出的“应将人格权法置于总则之中”的说法——在严格贯彻法典逻辑性与体系性的情势下，在中国民法典仍是以法律关系为轴心而划分法典组成的情况下——是根本不能成立的。民事主体制度要解决的中心问题是法律关系的主体的确立问题，是要解决权利、义务享有者与承受者的资格问题，也就是说，民事主体制度主要解决的是哪些人具备什么要求能享有权利、在什么情况下能亲自行使权利以及承担义务与责任等问题。而人格权则是作为民事主体之间产生的一种相互尊重对方人格尊严的诉求，经由法律确认与保护之后而体现的“人之为人”本质要求的一种状态。即，人格权者，必为一定法律关系之中的人格权，其与他方之人格上义务相对，乃为表征主体间法律关系之范畴。“这样的主体间的关系制度，在逻辑上与主体资格制度没有联系。而且，人格权的某种缺损状态也不会影响民事主体资格，而只是影响到民事主体的具体的人身利益问题，举例来说，政治家的隐私权受到限制，这并不影响政治家在民法上的主体资格。”[71]诚如斯言。并且，我们认为，将人格权规定于民事主体制度之中，将无法合理解释为何人格权的类型越来越多而现代民法中民事主体资格几乎未见变化的原因。

第三，德国民法没有对人格权予以法定化，而是通过侵权行为法来实现对“人格权”的保护的，但在中国现实国情之下，我们认为，承认人格权的法定化，[72]将其作为一种明确的权利在民法中确证下来，并通过一般人格权制度作为其缺陷弥补，是契合我国现实国情的，并能达致理论逻辑的通畅。而在人格权法定化之后，人格权法应独立成编亦为一个必然选择。[73]

注释：

[①][美]约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》（第二版），顾培东、禄正平译，法律出版社2004年版，第65页。

[②][德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓华等译，法律出版社2003年版，第46页。

[③][德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓华等译，法律出版社2003年版，第45页。

[④]马俊驹等：《关于人格、人格权问题的讨论》，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=13994>，2005年7月8日访问。

[⑤]马俊驹等：《关于人格、人格权问题的讨论》，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=13994>，2005年7月8日访问。

[⑥]康德的伦理学和哲学，以及德国唯心主义和早期浪漫主义中那些追随康德学说的哲学家所代表的伦理学和哲学，主要是由萨维尼介绍到德国19世纪的普通法学中去的。这种伦理学对温德沙伊德（他对《德国民法典》的第一个草案产生了重要影响）的思想产生了重要的影响（参见[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓华等译，法律出版社2003年版，第46页下第一个注释）。

[⑦]以“人依其本质即为目的本身”、“人具有尊严”等思想为核心的康德的伦理人格主义，其功能并非仅限于对人的态度（虽然其是其中重要方面）。它还包括私法上的各种自由：人对于非法行为的责任，所有权是法律所承认的对物的支配，私法自治与合同的自我约束等内容（具体参见[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓华等译，法律出版社2003年版，第二章“《德国民法典》的精神基础——伦理学上的人格主义”）。其中伦理人格主义对人的态度可分为法律关系中的主体制度和人格权制度，限于文章探讨重心，此处仅探讨主体制度的基础、背景与技术构造。

[⑧]赵晓力：《民法传统经典文本中“人”的观念》，《北大法律评论》（1998年）第1卷，第1辑。

[⑨]参见徐国栋：《民法典草案的基本结构——以民法的调整对象理论为中心》，载于徐国栋编：《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社2001年10月版，第63页。

[⑩]梅夏英：《从“权利”到“行为”》，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=21527>，2005年7月8日访问。

[11]尹田：《民事主体理论与立法研究》，法律出版社2003年版，第7页。

[12]龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2001年版，第121页。

[13][德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓华等译，法律出版社2003年版，第259页。

[14][德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓华等译，法律出版社2003年版，第263页。

[15]转引自王泽鉴：《民法总则》（增订版），中国政法大学出版社2001年版，第83页。

[16]梅夏英：《从“权利”到“行为”》，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=21527>，2005年7月8日访问。

[17][意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1998年版，第29页。

[18]卡尔·拉伦茨先生认为，“私法的第一个基本概念是作为”权利主体”的人，即权利的所有者和义务的承担者，第二个基本概念就是法律关系。”（[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓华等译，法律出版社2003年版，第255页。）综合上下文意思，可以推见，拉伦茨教授的这一观点，并非想把主体从法律关系当中驱逐出去，而是强调主体在法律关系当中的基础性地位和毋庸置疑的中心地位。

[19][德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓华等译，法律出版社2003年1月版，第257页。

[20]龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2001年4月版，第188页。

[21]参见[德]汉斯·哈腾鲍尔：《民法上的人》，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=20003>，2005年7月8日访问。

[22]《当代罗马法体系》第11卷，第60页。转引自[德]汉斯·哈腾鲍尔：《民法上的人》，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=20003>，2005年7月8日访问。

[23][德]汉斯·哈腾鲍尔：《民法上的人》，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=20003>，2005年7月8日访问。

[24]参见曾世雄：《民法总则之现在与未来》，中国政法大学出版社2001年版，第3页。

[25]参见龙卫球：《民法主体的一般理论》，中国政法大学1998年博士论文，第27页。

[26]法人在《德国民法典》中获得承认的这一历程，我们可以将其概括为“非（自然意义上的）人为（法律意义上的）人”，但与“人为人”是作为对“人为非人”的否定不同的是，“非人为人”并不是对“人为人”的否定，而是作为与自然人的“人为人”并存的法律现象。

[27]龙卫球：《民法主体的一般理论》，中国政法大学1998年博士论文，第29页。

[28]“人类社会演变至今，对于人权之保护，几成举世之共识。保障人权之前提，即承认自然人不分种族、国籍、性

别、宗教在法律上一律平等。准此，自然人不分国内外，均为人，均有人格，均具有权利能力，则权利能力制度，在自然人之范围内，几无价值可言。”参见曾世雄：《民法总则之现在与未来》，中国政法大学出版社2001年版，第78页。

[29][奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第109页。

[30][德]海尔穆特·库勒尔：《〈德国民法典〉的过去与现在》，孙宪忠译，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第2卷），法律出版社1994年版，第228页。

[31]梁慧星：《民法总论》，法律出版社1996年版，第57页。

[32]胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社1997年版，第58页。

[33][德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓华等译，法律出版社2003年1月版，第119—120页。另如，迪特尔·梅迪库斯认为权利能力是指成为“权利和义务载体的能力”，参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，昝建东译，法律出版社2000年11月版，第781页。

[34]梁慧星：《民法总论》，法律出版社1996年版，第56页。另学者梅仲协认为“权利能力为人格之别称”。梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社1998年版，第53页；施启扬认为“权利主体、权利能力或人格三者的含义相同”。施启扬：《民法总则》，台湾大地印刷厂1993年版，第65页；日本学者四宫和夫也认为“法律人格即权利能力”，四宫和夫：《日本民法总则》，台湾五南图书出版公司1995年8月版，第45页。

[35]参见梅夏英：《民事权利能力、人格与人格权》，载于《法律科学》1999年第1期，第56页。马骏驹、刘卉：《论法律人格内涵的变迁和人格权的发展——从民法中的人出发》，载于《法学评论》2002年第1期，第29页。

[36][德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓华等译，法律出版社2003年1月版，第57页。

[37][德]罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论德国民法典的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社2003年5月版，第60页。

[38][德]罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论德国民法典的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社2003年5月版，第61页。

[39]参见[日]星野英一：《私法中的人——以民法财产法为中心》，王闯译，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第8卷），法律出版社1997年12月版，第162页。

[40]埃利希：《权利能力论》，川岛武宜、三藤正译，岩波书店昭和50年版，第18页。转引自[日]星野英一：《私法中的人——以民法财产法为中心》，王闯译，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第8卷），法律出版社1997年12月版，第165页。

[41][德]罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论德国民法典的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社2003年5月版，第61页。

[42]参见马俊驹等：《关于人格、人格权问题的讨论》，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=13994>，2005年7月8日访问。

[43][日]星野英一：《私法中的人——以民法财产法为中心》，王闯译，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第8卷），法律出版社1997年12月版，第161页下第26号注释。

[44][日]星野英一：《私法中的人——以民法财产法为中心》，王闯译，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第8卷），法律出版社1997年12月版，第164页。

[45][德]罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论德国民法典的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社2003年5月版，第65页。

[46][日]星野英一：《私法中的人——以民法财产法为中心》，王闯译，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第8卷），法律出版社1998年版，第163页。

[47][德]罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社2003年版，第58页。

[48]里特纳：《法律上的人和法人》，载《法律中的自由与责任：迈耶尔—哈约兹诞辰庆典文集》，1982年版，第335页。转引自[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓华等译，法律出版社2003年1月版，第57页下脚注。

[49][德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓华等译，法律出版社2003年版，第46页。

[50][德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓华等译，法律出版社2003年版，第47页。

[51][德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓华等译，法律出版社2003年版，第170页。

[52]王泽鉴：《人格权、慰抚金与法院造法》，载于王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第8册），中国政法大学出版社1998年版，第97页。

[53][德]康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第57页。

[54]参见[德]霍尔斯特·埃曼：《德国民法中的一般人格权制度——论从非道德行为到侵权行为的转变》，邵建东等译，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第23卷），金桥文化出版(香港)有限公司2002年版，第414页。

[55][德]霍尔斯特·埃曼：《德国民法中的一般人格权制度——论从非道德行为到侵权行为的转变》，邵建东等译，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第23卷），金桥文化出版(香港)有限公司2002年版，第413页。

[56][德]霍尔斯特·埃曼：《德国民法中的一般人格权制度——论从非道德行为到侵权行为的转变》，邵建东等译，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第23卷），金桥文化出版(香港)有限公司2002年版，第414页。

[57][日]星野英一：《私法中的人——以民法财产法为中心》，王闯译，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第8卷），法律出版社1997年12月版，第177页。

[58]参见[德]霍尔斯特·埃曼：《德国民法中的一般人格权制度——论从非道德行为到侵权行为的转变》，邵建东等译，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第23卷），金桥文化出版(香港)有限公司2002年版，第413页。

[59]当然，此点理由“在今天已无法获得普遍的认同了”。参见[德]霍尔斯特·埃曼：《德国民法中的一般人格权制度——论从非道德行为到侵权行为的转变》，邵建东等译，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第23卷），金桥文化出版(香港)有限公司2002年版，第415页。

[60]这种改变主要是通过承认“一般人格权”制度而实现的，详见后文相关论述。

[61]即便到了今日，德国的学者对于一般人格权的范围和内容的界定，也是一个众说纷纭的话题。后文将有说明。

[62][德]霍尔斯特·埃曼：《德国民法中的一般人格权制度——论从非道德行为到侵权行为的转变》，邵建东等译，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第23卷），金桥文化出版(香港)有限公司2002年版，第416页。

[63]德国民法第823条第1款“其他权利”是比较抽象的与概括的，似乎有意为承认一般人格权留下空间。这其实是对立法者的高估，根据学者的研究，《德国民法典》的立法者认为“其他权利”是“意味着‘物权’的概念”。（参见齐藤博：《人格权法研究》，第60页以下。转引自[日]星野英一：《私法中的人——以民法财产法为中心》，王闯译，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第8卷），法律出版社1997年12月版，第179页。）易言之，德国民法典的立法者没有逃脱了他们所处的那个时代，他们对于人格利益（权）认识的范围与深度还是受制于那个时代。而二战以后德国法学界对于人格权研究非常深入与透彻，可能是对纳粹轻视人的强烈反思而出现的结果。

[64]这主要是指在德国法院就民法第823条第1款中“其他权利”解释出一般人格权之后的情况，在此之前，肖像权与著作权主要通过第823条第2款才进入到侵权行为法保护体系之中的。

[65]马俊驹、张翔：《人格权的理论基础及其立法体例》，

<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=20497>，2005年7月8日访问。

[66]参见[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓华等译，法律出版社2003年1月版，第166页。[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年11月版，第800页。

[67]参见由梁慧星教授牵头起草的《中国民法典草案建议稿》；由王利明教授牵头起草的《中华人民共和国民法典（草案）学者建议稿》；由全国人民代表大会常务委员会审议的《中华人民共和国民法（草案）》。

[68]参见[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓华等译，法律出版社2003年版，第45页。

[69]侵权民事责任能力制度就是一个很好的例子。在德国民法中，侵权民事责任能力是以识别能力作为判断标准的，这正是康德自由意志学说的一个具体反映，其是与过失责任原则一脉相承的。而我国民法在引入侵权民事责任能力概念的过程中，却是以未成年人的财产来作为判断标准的。这导致了体系的不和谐。

[70][德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第778页。

[71]薛军：《理想与现实的距离》，载于徐国栋主编：《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社2001年版，第205页。

[72]参见曹险峰：《论人格权的法定化》，载于《吉林大学社会科学学报》2006年第2期。

[73]参见曹险峰、田园：《人格权法与中国民法典的制定》，载于《法制与社会发展》2002年第3期。

