

论人格权请求权

杨立新 袁雪石*

内容提要:人格权请求权是一种独立的请求权。主要内容包括排除妨害请求权、停止妨害请求权和人身损害赔偿请求权。人格权请求权的主要功能是预防和保全。在人格权请求权与其他请求权的关系上,其与人格权侵权请求权属于聚合关系;与物权请求权、知识产权请求权属于竞合关系。

关键词:人格权请求权 排除妨害请求权 停止妨害请求权 人身损害赔偿请求权

近年来在制定物权法的过程中,我国学者对物权请求权做出了相当的研究,无论是在学者起草的物权法草案建议稿中,还是在人大常委会起草的民法草案物权法编中,都规定了物权请求权。但是,学界却很少有人研究人格权请求权以及相关的问题,甚至人格权请求权的提法都很少有人提到。一些提到此概念的著述又大多主张其没有独立的必要,完全可以由侵权请求权来替代。仅有少数人主张将人格权请求权作为人格权的独立的权利内容。我们认为,既然人格权是绝对权,它就必然地存在保护自己不受侵害的人格权请求权。本文围绕这个主题,详细阐释基于人格权产生的请求权——即人格权请求权的基本问题。

一、人格权请求权存在论

大陆法系的一个根本特点就是具有严格的概念体系,注重抽象概念体系的作用,而请求权是其中重要的思考工具之一。

在请求权的体系中,德国民法典首次确立了物权请求权,其第 985 条和第 1004 条规定了返还请求权、排除妨害请求权与侵害停止请求权。一百多年以来,物权请求权的概念被私法理念所认可,发挥了巨大的作用。那么,现在的一个疑问就是,性质同样是绝对权的人格权是不是也能够衍生出人格权请求权呢?我们认为,人格权请求权也应该在民法理论和实践当中得到确认。

我们依据的推论是:首先,物权具有物权请求权和侵权请求权两种不同的保护手段,而

* 杨立新,中国人民大学法学院教授;袁雪石,中国人民大学法学院硕士研究生。

物权请求权产生的基础是物权的绝对性、排他性和直接支配性。其次,人格权与物权在权利属性上具有可类比性——人格权也是绝对权、专属权,也具有直接支配性。那么,我们通过逻辑推理就可以得出结论:人格权也应当基于其自身的绝对性、专属性和直接支配性而具有人格权请求权,^[1]在它受到侵害的时候,需要人格权请求权和侵权请求权这两种不同的方法进行保护,所以人格权请求权的存在是客观的,必然的。

(一)人格权请求权客观存在的立法考察

人格权请求权客观存在的最主要依据,就是各国民法典对人格权请求权的确认。各国规定人格权请求权的基本做法分为以下几种:

1. 规定个别具体人格权的请求权

很多国家的民法典都在总则中直接规定了姓名权的请求权。例如德国民法典第12条,意大利民法典第7条、第8条,泰国民法典第42条,埃塞俄比亚民法典第46条,我国的大清民律草案第55条、国民律草案第19条和第20条,以及我国台湾民法第19条等都规定了姓名权请求权,大多包括姓名权的停止妨害请求权和姓名权的排除妨害请求权。

日本民法典没有规定人格权请求权,但是通过判例的形式确认了这一点。“北方杂志案”是日本最高法院就存在名誉侵害之嫌的表达行为可否事先停止侵害而表明立场的第一个判例。最高裁判所1986年6月11日的判决认为,名誉遭受违法侵害者,除可要求损害赔偿及恢复名誉外,对于作为人格权的名誉权,出于排除现实进行的侵害行为或预防将来会发生的侵害的目的,应解释为还可以要求加害者停止侵害。^[2]

2. 规定人格权的某种请求权

有些民法典或者草案就人格权的某一种请求权做出了规定。例如埃塞俄比亚民法典第10条、我国大清民律草案第51条、国民律草案第18条,都规定了人格权的停止妨害请求权。我国台湾民法第18条规定了人格权的停止妨害请求权和排除妨害请求权。俄罗斯民法典第1065条规定了人格权的排除妨害请求权。

3. 全面规定人格权请求权

越南民法典是一部全面规定人格权请求权的立法。该法第27条规定:“当公民的人身权受到侵犯时,该公民有权:1. 要求侵权行为人或请求人民法院强制侵权行为人终止侵权行为,公开赔礼道歉、改正;2. 自行在大众通讯媒介上更改;3. 要求侵权行为人或请求人民法院强制侵权行为人赔偿物质、精神损失。”这一规定涉及到了人格权请求权的所有方面,是一个关于人格权请求权的全面、完整的规定。

阿尔及利亚民法典也全面规定了人格权请求权。该法第47条规定:“当事人基于人格享有的固有权利遭受不法侵害时,得请求停止侵害和损害赔偿。”这个条文虽然简单,但是其

[1] 如果已确认的相同的属性和推出属性之间的联系达到了必然性的程度,那么类比推理就可以转化为一种演绎推理。黄伟力:《法律逻辑学新论》,上海交通大学出版社2000年版,第183页以下。据此,本文正文的推理事实上可以构成演绎推理。因为人格权和物权的相同属性是绝对性,专属排他性和直接支配性。在一般意义上,绝对性、专属排他性和直接支配性是权利产生请求权的基础。因而,人格权具有人格权请求权的结论构成一个演绎推理。

[2] 参见姚辉:《民法上的“停止侵害请求权”——从两个日本判例看人格权保护》,《检察日报》2002年6月25日。于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社1998年版,第336页。

内容非常全面,是规定的最为完整的人格权请求权。

瑞士民法典是在立法史上第一次规定一般人格权和专章规定人格权的民法典。这部民法典也第一次完整地确立了人格权请求权,原来的第28条几经修改,增加了第28条a至第28条l共11个条文进行完善,建立了全面的人格权请求权,包括请求禁止即将面临的妨害、请求除去已经发生的妨害和请求消除影响的权利,以及人格权请求权的其他相关规定,其主要内容是:

第一,规定人格权请求权,第28条:“(1)人格受到不法侵害时,为了寻求保护,可以向法官起诉任何加害人。”

第二,规定人格权请求权的具体权利内容,即第28条a规定:“(1)原告可以向法官申请:禁止即将面临的侵害行为,除去已发生的侵害行为,如果侵害仍然存在的话,确认其不法性。(2)原告尤其可以请求消除影响或将判决通知第三人或公开。(3)赔偿金和慰抚金之诉以及依照无因管理规定返还利得之诉,不受此限。”

第三,规定人格权请求权中的采取预防措施的要件。第28条c规定:“(1)凡经初步证明,其人格已受到不法侵害,或有理由担心该侵害会发生且因此可能对其造成不易补救之损害的,可申请有关预防措施的责令。(2)法官尤其可以:出于预防目的禁止或除去侵害,出于保全证据目的采取必要措施。(3)侵害行为会导致非常严重的损害,其显然无支持理由,且采取的措施又并非不合理时,仅在此条件下,出于预防目的,法官可以禁止或除去通过周期性出版媒介施加的侵害。”

第四,与其他大陆法系民法典的规定一样,瑞士民法典也单独规定了姓名权的请求权。第29条第2款规定:“因他人冒用姓名而受到侵害的人,可诉请禁止冒用;如冒用有过失的,并可诉请损害赔偿;如就侵害的种类侵害人应当给付一定数额的慰抚金时,亦可提出此项诉请。”^{〔3〕}

值得一提的是,在20世纪70年代和20世纪90年代,法国改变了民法典没有规定人格权请求权的状况。法国民法典第9条(1970年修正)规定了法官有权采取阻止或者抑制妨害私生活隐私的任何措施;第16—2条(1994年修正)规定了法官有权采取阻止或者抑制对人体非法侵害的任何措施。

以上的考察说明,尽管各国民法典对人格权请求权的立法例并不相同,但大都确认了人格权请求权。其中瑞士民法典的规定最为详尽、具体、全面,建立了完善的人格权请求权制度。埃塞俄比亚民法典和我国台湾民法也规定了人格权请求权,不过其范围和完善程度不如瑞士立法。德国等国的民法中,只规定了姓名权请求权,而没有规定其他人格权请求权,究其原因,是因为这些国家民法将人格权的主要部分规定在侵权法当中,而在总则中仅仅规定姓名权,这样就有了姓名权的请求权保护和其他人格权的债法保护方法的区别。不过,无论如何,民法单独规定人格权请求权的基本做法,反映了人格权请求权客观存在的现实。因此,人格权请求权应当作为一项法律制度独立存在。人格权请求权的内容包括排除妨害请求权和停止妨害请求权,侵权请求权的内容为恢复原状请求权和金钱赔偿请求权。

(二)人格权请求权客观存在的学理考察

1. 德国学说

德国学者拉伦茨认为,人格权请求权具有独立性,是一项独立的权利。人格权有受到侵

〔3〕《瑞士民法典》,殷生根、王燕译,中国政法大学出版社1999年版。

害之虞,司法实践应准许提起侵害之诉,在继续受到侵害时,准许请求停止侵害。^[4]德国学者沃尔夫认为,从德国的民法典和单行法律当中可以得出德国的先进法律的一个基本的原则,即每一个绝对权都与德国民法典的第 1004 条的适用相应,可通过不作为请求权和排除妨害请求权而得到保护。因此,无论是德国民法典第 823 条第 1 款的权利还是违反一般的人格权(判决 BGH NJW 1984,1886),无论是违反公司企业的会员权或者股权还是违反经营权,都可以类推适用第 1004 条主张不作为或者排除妨害。^[5]

2. 法国学说

拿破仑法典没有确认人格权,当然也就更不必说人格权请求权了。根据萨瓦第埃的研究,当时的立宪委员会从未想过要就人格权提出什么宣言。实际上,法国一直是通过判例保护各种人格利益不受侵犯的。直到 20 世纪初,法国才借助德国的学说在人格权领域达成了基本的共识,并进一步区分人格权请求权和侵权请求权。后来,法国民法典修正委员会吸收了这一研究成果,在民法典草案第 165 条规定:“对人格权施加的不法侵害,被害人有权中止侵害请求权。这并不妨碍加害者应承担的损害赔偿责任。”^[6]类似的条文在 1970 年和 1994 年分别被通过,正式成为法国民法典的组成部分。

3. 日本学说

就是否应该认可能够请求停止、排除侵害行为的停止行为请求权,在日本存在着对立的意见。有的学者就认为,在构成侵权行为的侵害行为仍在继续的场合下,只承认对已经发生的损害的赔偿请求权,对受害者的救济是不充分的,因此应认可停止行为请求权的存在。但是,仅就解释论而言,通说对此是持否定态度的。关于停止行为请求的法律依据,也同样存在着“权利说”和“侵权行为说”的对立,“权利说”包含物权性请求权说、人格权说和环境权说。“侵权行为说”包含纯粹侵权行为说、违法侵害说和新忍受限度论。^[7]

不过总体而言,日本学说又倾向于支持本国法院的判例,承认人格权请求权的独立性,否认侵权请求权中包括停止行为请求权。

4. 我国台湾学说

台湾学者大多根据我国台湾民法第 18、19、184、194 和 195 条的规定阐释人格权保护的理論,在实质上承认了人格权请求权,但是他们很少用人格权请求权这一提法,而用“不作为请求权”、“除去侵害请求权”和“保护(保全)请求权”等提法。^[8]略举数例以说明:

(1) 史尚宽先生认为,不法侵害人格权,可以请求除去其侵害。人格权因其为绝对权,其有被

[4] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》上册,王晓晔等译,谢怀栻校,法律出版社 2003 年版,第 1690 页。

[5] 参见曼弗雷德·沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社 2002 版,第 161 页。该书作者所称的不作为请求权即本文所称的停止妨害请求权。

[6] 参见星野英一:《私法中的人》,王闯译,载梁慧星主编:《为权利而斗争》,中国法制出版社、金桥文化出版(香港)有限公司 2000 年版,第 355 页。

[7] 参见前引[2],于敏书,第 334 页。也可参见邓曾甲:《日本民法概论》,法律出版社 1995 年版,第 126 页。

[8] 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 61 页;胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 86 页;曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 6 页;曾世雄:《民法总论之现在与未来》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 234 页;郑玉波:《民法总论》,台北三民书局 1979 年 11 版,第 97 页。

侵害之虞者,亦得请求防止之。^[9]史先生的这一论断,阐明了人格权请求权的两个主要方面。

(2)王伯琦先生认为,(人格权)其保护方法有二:(一)除去侵害请求权。“民法”第18条规定,人格权受侵害时,得请求法院除去侵害。所谓除去其侵害,系使侵害之行为或状态终止之意。被侵害人为此项请求时,不必证明自己之损害及行为人之故意过失,一有侵害行为,虽未发生损害,行为人虽无过失,即得请求除去。此与第767条对于所有权之保护相仿佛。人格权得受与财产权同一之保护,乃近代法律之进步也。(二)损害赔偿请求权。上述之除去侵害请求权,仅属消极的保护,仅使不再有侵害行为,或使侵害状态不能再继续存在而已。如其已受损害自应予以赔偿。故第18条第2项规定,人格权被侵害的请求损害赔偿或慰抚金者,有第11条之姓名权,有第194条之生命权,第195条之身体,健康,名誉,自由。^[10]王先生关于人格权的保护应当与所有权的保护相一致,人格权得受与财产权同一之保护的观念,是极为鲜明的。

(3)李宜琛先生的观点与王先生的大致相同,只不过其又指出,“然于具体侵害之际,欲为排除侵害之请求,自须就各种特定的人格利益而为考察。盖非此不足以明确其侵害之有无及损害之程度也。”^[11]

(4)陈猷龙先生认为,人格权受损害救济方法有三:请求除去侵害;请求防止侵害;请求损害赔偿或慰抚金。^[12]这个说法言简意赅,明确指出了人格权请求权的基本方法。

(5)王泽鉴教授认为,五编制是民法之形式结构,贯穿其间而作为其核心概念的,系权利及法律行为。权利可以分为人格权、财产权(物权、债权)、身份权。此等权利,为满足其利益,或为维护其圆满之状态,均具有或可发生一定的请求权,得请求他人为一定的行为。如:人格权受侵害时,得请求法院除去其侵害,并得依法律之规定,请求损害赔偿或慰抚金。^[13]人格权的保护分为不作为请求权、损害赔偿请求权和不当得利请求权。其中不作为请求权包括侵害除去请求权和侵害防止请求权。^[14]这一主张客观地描述了人格权请求权的基本含义和意义,是对现实存在的人格权请求权的准确表述。

以上关于人格权请求权的学说列举并不全面,但是这些论述说明人格权请求权的客观存在是为学者所确认的。人格权请求权作为私法的重要思考工具,在制度设计上围绕人格权展开的,其功能就是预防和保全人格权不受损害,避免更严重的侵权行为发生,它作为独立的请求权类型客观存在着,立法必须正视它的存在。

(三) 确认人格权请求权为独立请求权的意义

既然人格权请求权是一个现实的存在,是一个对人格权的保护不可或缺的法律制度,民事立法就应当确认它,使它发挥应有的作用。其意义在于:

第一,确认人格权请求权为独立请求权,是对人格权保护制度的完善,是对“民法是人

[9] 参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第127页。

[10] 王伯琦:《民法总则》,台北正中书局1979年版,第57页。

[11] 李宜琛:《民法总则》,台湾国立编译馆1977年版,第403页。

[12] 陈猷龙:《人格权之保护》,载《首届海峡两岸民法学研讨会成果报告》,台湾辅仁大学2000年刊印,第1056页。

[13] 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63页。

[14] 王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第128页。

法”精神的进一步弘扬。

人格的弘扬乃人类社会的根本,人是世界上最宝贵的东西。梁启超先生曾言:“凡人之所以为人者有二大要件:一曰生命,二曰权利。二者缺一,时乃非人。”尽管我国有“仁者爱人”这样的古老传统,但令人遗憾的是,长期的战争和政治运动破坏了我们对于传统文化继承的连续性;同时,苏联式的计划经济和高度国家主义的影响依然存在;社会主义初级阶段的市场经济利益主体和意识形态又日益多元化,这一切加剧了人们对人格权的漠视。在这样的背景下,我国法律有必要加大人格权的保护力度。

但加大对人格权的保护力度,仅仅有侵权请求权是并不完全和完善的,还必须有人格权请求权对自己的保护。侵权请求权主要适用于权利已经造成了损害的情况,如果人格权并没有受到实际的损害,而只是有受到损害的危险,仅仅依靠侵权请求权就无法实现保护了,而只有建立了完整的人格权请求权制度,人格权才能够得到应有的保护。

第二,确认人格权请求权为独立的请求权,是对私法请求权思考方法的完善。

请求权是私法的基本思考方法之一。德国学者梅蒂库斯认为,当今流行最广的案例分析方法是根据请求权进行操作的。实体法上的请求权是分析案例的一种不可缺少的思维手段。用请求权及抗辩权来思维,可以使对法律关系内的问题的分析,集中在一些重要的问题上;解决了这些问题,案例中提出的问题也就迎刃而解了。^[15]王泽鉴教授还专门论述了请求权方法比照历史方法处理案例的优越性:^[16]可以藉此养成邃密深刻的思考;可以避免遗漏;可以确实维护当事人的利益。

但是,上述传统意义上请求权的思考方法是围绕财产权而展开的,各种请求权基础包括:契约上的请求权,类似契约请求权(包括无权代理人损害赔偿责任等),无因管理上之请求权,物上请求权,不当得利请求权,侵权行为损害赔偿请求权,其他请求权,^[17]而没有给人格权请求权以明确的一席之地。此外,对人格权请求权的称谓也很不固定,如王泽鉴教授所说的保护请求权、不作为请求权、人格权上的请求权,实际上指代的是同一内容,即人格权的停止妨害请求权和排除妨害请求权,^[18]这种名称上的不确定性反映了理论上的混乱或者不清晰。

我们认为,人格权请求权没有取得合理的理论地位,是与其母体权利——人格权的发展状况密切联系的。财产法观念的膨胀使作为私法工具的请求权基础理论体系集中在物权和债权等财产权的请求权上面。^[19]事实上,学者们并不是拒绝吸收人格权请求权的概念和理论,而是认为人格权的保护自有其办法,不一定非得要建立人格权请求权和债权请求权两套办法。但是,在一个庞大的民法典体系中,对一个庞大的且日新月异发展着的人格权内容仅

[15] [德]迪特尔·梅蒂库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第70页。

[16] 前引[13],王泽鉴书,第40页以下。

[17] 上引王泽鉴书,第77页以下。王泽鉴先生没有明确指出其他请求权包括人格权请求权。

[18] 在《侵权行为法》一书中,王泽鉴教授将人格权请求权称为“不作为请求权”、“保护请求权”。参见王泽鉴:《侵权行为法》,中国政法大学出版社2001年版,第104页。在《民法总论》一书中,王泽鉴教授则直接用了“人格权上的请求权”(第18条)的提法。参见前引[13],王泽鉴书,第92页。

[19] 关于传统民法注重保护财产权的论述很多。兹举一例:台湾学者施启扬认为,各国民法在传统上偏重对财产权的保障,而忽略人格权的价值与对人格权的保护,此乃因为19世纪到20世纪初叶,欧洲几部重要民法典制订时的法律思潮,将个人意思的自由以及个人尊严的价值,表现在个人对财产权的支配方面(所有权神圣不可侵犯,所有权绝对原则),对于人格权本身的保护反而未加注意。参见施启扬:《民法总论》,台北三民书局1996年版,第97页。

仅放在债权法的角落中,一提而过,不规定或者仅仅规定某种具体人格权请求权,这不能不说是德国民法典等对人格权及其保护的忽视。民法的财产法属性被过分地强调了,导致人格权请求权难以进入请求权基础的思考体系。反之,如果我们强调民法是人法,并且首先是人法,那么我们就可以理所当然地确认人格权请求权为请求权基础思考方法的内容之一。

完善的私法请求权制度,应当包括两个方面:第一方面,是绝对权请求权,包括物权请求权、知识产权请求权、人格权请求权和身份权请求权。第二方面,是相对权请求权,就是债权的请求权,包括合同请求权、侵权请求权、不当得利请求权和无因管理请求权。这既是私法的请求权思考方法,也是私法的权利保护体系。在这样一个严密的体系当中,如果缺少人格权请求权,那就是残缺的思考方法,也是残缺的请求权制度。

第三,确认人格权请求权为独立请求权,有利于厘清侵权法体系上的混乱。

如前所述,人格权请求权和侵权请求权是两种不同的请求权。由于人格权请求权和侵权请求权的个性大于共性,如果将排除妨害和停止妨害的人格权请求权纳入侵权法的体系,将会使以过错为基础的侵权法进一步消解,^[20]不利于侵权法的内部协调,发生体系混乱的问题。而我们现在却正是这样操作的,我国现行侵权行为法立法和理论的归责原则和责任构成体系,实际上都是围绕侵权损害赔偿请求权所构建的,对于排除妨害和停止侵害等侵害人格权的救济基本上不适用。因此,区别人格权请求权和侵权请求权对于侵权法而言,有如下意义:

其一,重新界定侵权法上的损害。因侵权行为导致的损害,主要有侵占、损害、伤害、妨碍等几种情形。^[21]人格权请求权的独立使我们能够区分损害与妨害,把妨害行为与损害结果相区别。

其二,侵权法归责原则的协调。人格权请求权和侵权请求权的混同在一定程度上造成了侵权法归责原则的混乱。事实上,人格权请求权的归责原则,就是客观归责,凡是非法妨害,尽管没有造成损害,也应当认为符合请求权的要件,可以依法行使。我国台湾曾经有学者主张侵害姓名权适用无过失责任,对于姓名权成立侵权行为而发生之损害赔偿,不以侵害人有故意或者过失为要件。^[22]这正说明了在这个问题上的侵权法的混乱。

其三,淳化侵权责任构成内涵。我国现行侵权行为法关于侵权请求权是从责任角度规定的,因此讲到侵权请求权的时候,就是讲侵权责任;但是在规定侵权责任构成时,所强调的是侵权损害赔偿责任的构成,而将排除妨害或停止侵害等人格权请求权的构成等同于侵权损害赔偿请求权。这样,在责任的理论构成上同等要求,但在实践中为保证公平,又只可能依据其各自固有性质另行操作,形成理论和实践的“两层皮”。因此,如果将人格权请求权独立出去,不但对人格权的保护会更加完善,而且也会使侵权法的责任构成学说和规定更为单纯和精确。

[20] 曾世雄认为,民事责任之基础并非单一,而系复数。惟复数之责任基础中,仍以过失为其主干。亦即民事责任原则上仍建立在过失之要求上,例外之情形建立在危险、社会安全或保险之上。前引〔8〕,曾世雄书,第7页。

[21] 宁金成,田土城:《民法上之损害研究》,《中国法学》2002年第2期。

[22] 参见王泽鉴:《人格权之保护与非财产损害赔偿》,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》第1册,中国政法大学出版社1998年版,第51页。

二、人格权请求权本体论

如前所述,人格权请求权在传统大陆法中的确存在,也有着自己存在的现实必要性。那么,我们究竟应该如何确定有关人格权请求权的最基本的规则呢?

(一)人格权请求权的概念与特征

首先,应当以人格权请求权作为其正式的称谓。人格权损害之除去请求权、人格权妨害排除请求权和侵害防止请求权等称谓都没有人格权请求权这一称谓更为准确和周延,它们都只是人格权请求权的具体内容,只有人格权请求权才是能够涵盖它们的唯一概念。

其次,关于人格权请求权的概念界定,我们认为,人格权请求权是指民事主体在其人格权的圆满状态受到妨害或者有妨害之虞时,得向加害人或者人民法院请求加害人为一定行为或者不为一定行为,以回复人格权的圆满状态或者防止妨害的权利。

再次,人格权请求权具有以下特征:

第一,人格权请求权是基于人格权而产生的权利,但是它不是人格权本身,而是一种手段性权利。它的功能是预防、保全母体权利即人格权不受非法妨害。人格权请求权实际上具有服务的功能,这种请求权的实质和目的仅仅是回复人格权的圆满状态,在请求对方不作为的情况下,则是保持人格权的圆满状态。使人格权主体能够反对特定的人,即非法干扰者,从而使人格权相应的状态重新恢复。^[23]

第二,行使人格权请求权的前提是民事主体的人格权受到妨害。这里需要区分妨害、损害和侵害三个概念。妨害和损害适用于不同的救济制度,妨害是行使人格权请求权的要件,损害是提起侵权损害赔偿之诉的要件。简单地说,妨害是没有构成损害的侵害,而侵害可以涵盖妨害和损害,构成二者的上位概念。有学者运用语义分析得出结论:侵害行为(infringement)是侵权行为(tort)的上位概念。在一般意义上,侵权行为的范围要窄一些,只覆盖了负有损害赔偿责任的侵权行为。而侵害行为的覆盖面就较宽,除了侵权行为外,还涵盖了一切侵犯他人权利或利益的行为。从字面上看,只要“进入”(in)了他人的“圈”(fringe),即只要有侵入事实,侵害行为即可确定,而不以主观状态、实施损害等为前提。但侵害行为之下包含的侵权行为是否能就此构成,则还要考察过失、实际损害等要件。^[24]据此,只要人格权受到侵害,即使该侵害没有构成侵权行为,也可以行使人格权请求权,因为已经符合了对人格权造成妨害这一条件;进一步,当人格权所受侵害已经构成侵权行为的时候,当事人仍然可以行使人格权请求权,这种情况下发生的是人格权请求权和侵权请求权的聚合。我国侵权法理论和实践一直认为侵权行为的效力包括排除妨害和停止妨害等人格权请求权内容,就是因为人格权请求权属于侵权请求权救济的前一阶段,这一点与刑法中的“既遂吸收未遂”理论有某些相似之处。

第三,人格权请求权的基本性质是请求权,是对于相对应的民事主体请求为一定行为或

[23] 前引[4],卡尔·拉伦茨书,第326页。

[24] 参见郑成思:《中国侵权法理论的误区与进步》,《中国专利与商标》2000年第4期;郑成思:《WTO知识产权协议逐条讲解》,中国方正出版社2001年版,第159页。

者不为一定行为的权利。所谓相对应的民事主体,指人格权请求权的义务人,义务人对于人格权人实施妨害行为,或者有妨害行为之虞,其义务主体身份即确定,与人格权人从绝对的关系变为相对的关系,因而产生了对其的请求权。义务人的义务也就特定化,从绝对的义务转变为相对的义务,需要对特定的权利人承担为一定行为或者不为一定行为的义务。当然,这并不意味着所有的民事主体都享有同样的人格权请求权,实践中还需要对不同的人格利益进行具体分析,进而确定不同人格权请求权的具体内容。“盖非此不足以明确其侵害之有无及损害之程度也。”^[25]

第四,权利人可以向加害人直接行使请求权,也可以向人民法院起诉。请求权是一种实体权利,人格权请求权的权利人可以向加害人直接提出请求,加害人履行义务的,权利人可以向人民法院提起诉讼。

(二)人格权请求权的基本内容

1. 人格权请求权的来源和性质

不言而喻,人格权请求权的来源是人格权。人格权是民事主体生而固有的权利,是必备的权利,人格权请求权则是附随于人格权的发生而产生的权利,因此,人格权请求权也具有固有性、必备性的特点。

正因其有着这样的来源,人格权请求权的性质应该属于非独立性请求权。请求权有独立请求权和非独立请求权之分,独立请求权自身具有一定的意义,具有独立的经济价值,本身就属于一种权利,包括债权和亲属法中的抚养请求权。非独立请求权则是为实现绝对权、人格权、人身亲属权、支配权或无体财产权这些权利而服务的。^[26]易言之,人格权请求权是基于人格权而产生的保护人格权的权利,是一种手段性权利。它是非独立请求权、防卫性请求权。人格权请求权本身兼具绝对权和相对权的效力,是人格权和债权的混血儿。而侵权请求权是债权请求权、独立请求权、进取性请求权、索取性请求权,二者具有完全不同的性质。

2. 人格权请求权的功能和目的

人格权请求权的功能和目的,就是通过人格权行使过程中的排除妨害和停止妨害,预防和保全权利人的利益,使一个针对某人的、与一个绝对权相应的状态得以实现。^[27]人格权请求权主要基于人格权的支配性、排他性、绝对性而产生,为人格权权利本身作用的结果。^[28]在可能存在妨害的情况下,权利人可以行使排除妨害请求权;在存在妨害的情况下,权利人可以行使停止妨害请求权。因为如果等到损害真的发生之后,就只能要求损害赔偿了,这对于保护人格权是极为不利的。“人格利益是难以事后救济的。与财产利益的侵害不同,人格利益一旦遭受侵害就覆水难收,事实上无法再通过金钱对损害予以填补。生命、

[25] 前引[11],李宜琛书,第403页。

[26] 前引[4],卡尔·拉伦茨书,第325页。这里,作者将支配权、绝对权同人格权、人身亲属权和无体财产权并列,这和我国传统民法理论是相悖的,存在逻辑上的矛盾,是我国民法在继受的过程中出现了错误,还是翻译上存在错误,暂且存疑于此。

[27] 同上书,第326页。

[28] 此种论断较多地参考了物权请求权成立的解释。有学者认为,物权请求权是一种典型的从物权的排他性、绝对性衍生而来的防卫性的请求权,参见梁慧星主编:《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社2000年版,第197页。也有学者认为,物权请求权系来自物权之直接支配性。谢在全:《民法物权论》上册,中国政法大学出版社1999年版,第37页。

身体、名誉、隐私等人格利益被侵害后的治愈是极端困难甚至不可能的。正因为如此,针对盖然性较高的侵害事先采取措施防患于未然就显得极为必要。”^[29]也正是在这一层面上,确立人格权请求权独立性的意义较之确立物权请求权的独立性具有更大的意义。可以说,人格权请求权的独立对于弘扬“民法是人法”的精神具有基础性的意义。

在这一点上,作为侵权请求权的恢复原状和金钱赔偿主要发挥的是补偿的功能,目的是为了使“被害人能够再处于如同损害行为未曾发生之情况”。^[30]简言之,人格权请求权——防患未然;侵权请求权——亡羊补牢。

3. 人格权请求权的基本类型

人格权请求权所针对的对象,是存在妨害行为或者极有可能存在妨害行为,而不是权利损害的结果。对于可能发生的妨害,权利人可以通过排除妨害请求权请求救济;对于已经存在的妨害,权利人可以通过停止妨害请求权请求救济。这两种请求权都直接指向妨害,其目的也只是积极地预防或者保全权利人的的人格权不受损害。所以人格权请求权的基本类型包括停止妨害请求权和排除妨害请求权。而侵权请求权直接指向的是一定程度的损害,包括财产损害、人身损害和精神损害,针对的主要是行为所导致的结果——损害,无论是恢复原状,还是金钱赔偿,都以既存一定损害为前提。^[31]没有损害,侵权请求权就失去了存在的基础。

此外,在人格权请求权中还有以下几个相关问题需要明确:

第一,恢复名誉、消除影响、赔礼道歉是否要纳入人格权请求权范围?我们的结论是否定的。因为恢复名誉、消除影响、赔礼道歉在本质上也属于是恢复原状的措施,针对的是损害结果而非妨害行为,是事后的救济措施而非事前的预防措施。尽管人格权本身一旦受到损害就不可能恢复原状,但是,我们仍然可以认定恢复名誉、消除影响、赔礼道歉是法律明知不可为而为之的一种无奈的立法技术考虑。

第二,侵害人格权的人身损害赔偿请求权是否需要纳入人格权请求权?我们认为,在已经构成妨害的情况下,可以考虑将侵害人格权的人身损害赔偿请求权纳入人格权请求权。

这是因为侵害人格权的人身损害赔偿请求权有必要不适用诉讼时效。在现有的债法框架之内,侵权损害赔偿适用诉讼时效的规定,因此,当人格权受到侵害的权利人行使人身损害赔偿请求权超过诉讼时效时,就无法再获得赔偿。这种情况和人格权在法律乃至整个社会运行中的最基础地位是不相符的。中国目前还有为数众多的法律意识不是很高的中低层收入者,如果他们做人的最基本的人格权受到侵害却没有及时寻求法律的保护,而若干年后法律也就不再予以保护,就会影响人类所追求的正义的实现,为社会制造不安定的因素。因此,有必要在侵害人格权的人身损害赔偿请求权方面规定一个例外,允许其不适用诉讼时效,而始终可请求获得赔偿。而且,该例外应该规定在人格权请求权当中,而不是在侵权请求权当中,这是因为未来民法典的制定应当将侵权部分独立成编,并在这一编的总则中抽象出较多的通用规则,为了避免其后的侵权法分则内容在演绎结构下适用这些概括性通则,应

[29] 前引[2],姚辉文。

[30] 前引[8],曾世雄书,第15页。

[31] 例外地存在预期性利益。参见上引[8],曾世雄书,第50页。

将人身损害赔偿请求权规定在同样具有人身属性的人格权请求权当中,并做出其他严格规定,如不允许其单独转让等等。

第三,精神损害赔偿是否要纳入人格权请求权?我们的结论是否定的。首先,精神损害赔偿是对应于造成了精神损害这种结果的一种赔偿措施,针对的是损害后果,而不是妨害行为本身。因此它不符合人格权请求权的预防保全功能的本质。其次,精神损害赔偿制度在性质上更符合侵权法的本质。侵权法本质上是赔偿法律制度,赔偿制度是侵权法的核心要素,^[32]而精神损害赔偿制度恰恰符合这一本质属性,^[33]因此它应该作为侵权法的重要内容加以规定,没有精神损害赔偿制度,侵权法就不能构成一个完整的赔偿体系。

4. 人格权请求权的举证责任

主张人格权请求权时,权利人只需要证明妨害行为的违法性、妨害行为可能发生或者正在进行和因果关系为已足,而不必像行使侵权损害赔偿请求权那样,证明构成侵权责任的全部要件:违法行为、损害事实、因果关系和主观过错。在这里,是否要求加害人具有过错,是区分两种请求权的一个重要标准。

5. 人格权请求权的诉讼时效

依据传统理论,人格权请求权不适用诉讼时效,而侵权请求权则适用诉讼时效。其一,对人格权请求权诉讼时效起点难以确定。停止妨害请求权所指向的或者是持续的妨害行为,或者是持续的妨害状态,排除妨害请求权针对的是可能发生而又没有发生的妨害,二者的起算点都难以确定。其二,人格权请求权与诉讼时效的设立目的相冲突。“规定请求权若干年不行使而消灭,盖期确保交易之安全,维持社会秩序耳。盖以请求权永远存在,足以碍社会经济之发展。”^[34]所以诉讼时效本质上是交易的制度,是财产上的制度,而人格权请求权具有人身性,其主要行使方式——停止妨害和排除妨害都是非财产性的法律措施,如果对于人格权请求权也适用诉讼时效的规定,将不利于对权利人的保护。第三,人格权请求权不适用诉讼时效,还可以在侵权损害赔偿请求权不能保护人格权的时候发挥作用。即当人格权受到妨害或者侵害,而依据诉讼时效制度提起侵权赔偿已经丧失胜诉权的时候,权利人仍然可以依据人格权请求权请求义务人排除妨害或者停止妨害。

(三)人格权请求权的基本权利

1. 排除妨害请求权

指民事主体的人格权有受到不法妨害之虞时,得向加害人或者人民法院请求加害人为或者不为一定行为以防止妨害的权利。

排除妨害请求权的构成要件应当具备:第一,民事主体的人格权有受到妨害之虞;第二,加害人的妨害行为具有违法性;第三,加害人的违法行为和妨害事实之间具有因果关系。

[32] 参见[德]克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》上卷,张新宝译,法律出版社2001年版,第1页。

[33] 除了传统的民法典,这方面新的证据是2002年新修订的魁北克民法典,其明确规定民事损害包括财产损害、人身损害和精神损害。其作为侵权行为法一般条款的第1457条规定:“每个人都有义务遵守依据具体情况、习惯、法律设定约束自己的行为规则,并不得对他人实施加害行为。具有识别能力而没有尽到其义务,造成他人损害的,不论该损害在性质上是人身的、精神的,还是财产的,均应承担损害赔偿责任。在一定条件下,一个人也有责任赔偿由于他人的行为或者过错或者其监护下的物件造成的损害。”

[34] 前引[14],王泽鉴书,第516页。

其抗辩事由是:第一,妨害情节轻微。权利人应该忍受适当的不舒适的感觉,轻微的损害不能够获得司法的救济。^[35]人类共同生活在这个绿色的地球上,人与人之间不可能没有摩擦,如果法律允许民事主体动辄为鸡毛蒜皮的小事情诉诸于法庭,有限的司法资源就不能够发挥对整个社会的调控作用。第二,受害人自己有不当行为。例如,如果有证据证明受害人行窃,商场就可以在一定条件下对受害人的人身自由进行限制。第三,受害人允诺。第四,与公共利益相冲突。第五,人民法院的裁决不具有可操作性。第六,其他依据法律规定可以提供正当事由的。如果存在第四种和第五种抗辩事由的话,就发生了人格权请求权之诉向侵权请求权之诉的转化,依据国外的习惯,该民事主体可以获得侵权法意义上的替代性赔偿。

排除妨害请求权的效力在于:当权利人依据法律规定向加害人请求排除妨害时,加害人应该采取相关预防措施。当权利人依据法律规定向人民法院请求排除妨害时,符合条件的,由法院发出裁决,加害人应该履行妨害排除的义务。排除妨害的费用由被告自己负担。如果被告不履行裁决,原告可以请求人民法院强制执行。在英美法上有相应的禁令制度,被告不执行法院的排除妨害禁令,将构成蔑视法院的行为,会相应受到监禁、查封财产或罚金的处罚。禁令对一项事情的禁止构成绝对的禁止,与当事人的意思没有关系。第三人知情地帮助或者煽动违反禁令,也同样构成蔑视法院行为。但如果需要的话,应该给予被告一定时间的宽限期,以免利益过多地向原告倾斜。^[36]我们认为,英美法的上述制度值得借鉴。

由于排除妨害请求权得到法院支持的后果是被告的行为受到拘束,因此法律应该在授予原告排除妨害请求权的同时作出一定的限制。首先,原告向法院提起人格权请求权之诉必须提供一定的证据,必须有初步的证据证明有正当理由认为自己的人格权可能受到不法妨害。其次,如果排除妨害措施会给被告造成一定的损害,那么原告应该提供一定的担保。再次,排除妨害请求得到法院的支持以后,原告必须在一定期间内主动通过和解、调解、仲裁或者起诉等方式解决纠纷。如果原告没有在该期间内主动解决纠纷,排除妨害措施因时间期满而自动失效。最后,如果原告过错行使人格权请求权,应该赔偿因其过错所造成的损害,无过错或者轻微过错的可以不赔或者少赔。

2. 停止妨害请求权

指民事主体的人格权受到不法妨害时,得向加害人或者人民法院请求加害人为或者不为一定行为以回复人格权的圆满状态的权利。

停止妨害请求权的构成要件是:第一,民事主体的人格权受到不法妨害,该不法妨害可以是持续行为,也可以是可能重复发生的行为。第二,加害人的妨害行为具有违法性。第三,加害人的违法行为和妨害事实之间具有因果关系。

[35] [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》下卷,焦美华译,张新宝校,法律出版社2001年版,第84页。前引[8],曾世雄书,第6页。

[36] 参见沈达明:《衡平法初论》,对外经济贸易出版社1997年版,第295页。在英美法上,对于人格权已经受到妨害或者有妨害之虞的情况,一般采取禁令的保护方法。禁令是一种和损害赔偿(damage)、自力救济(self-help)相对应的救济方法。英美法上的禁令(injunction),又称禁制令或禁止令或禁止命令,是禁止实行、或持续违法作为的法院命令。包括中间禁令和终局禁令;禁止的禁令和强制的禁令;预防的禁令等。参见望月礼二郎:《英美法》,台湾五南图书出版公司1997年版,第255页,第262页以下。实际上禁令制度发挥了大陆法系请求权制度的功能。WTO的TRIPS协定第44条也是有关禁令的规定。

停止妨害请求权的抗辩事由与排除妨害请求权的抗辩事由基本相同。

停止妨害请求权效力的基本表现是,符合停止妨害请求权构成要件的,加害人应该停止妨害以恢复权利人人格权圆满状态。如果停止妨害产生一定的费用,加害人应该自己承担。当加害人的行为不能够使人格权回复圆满状态的时候,受害人可以再次请求加害人采取措施回复其人格权的圆满状态。加害人拒绝或者故意拖延的,受害人可以请求人民法院强制执行。

此外,加害行为同时构成侵权的,受害人可以一并请求损害赔偿。

3. 侵害人格权的人身损害赔偿请求权

该请求权原则上也适用上述停止妨害请求权等人格权请求权的构成要件和抗辩事由一般规定。但本质上,其仍然是一个例外规定,对其应做出以下限定:

第一,适用的前提是侵权请求权已经超过诉讼时效。没有超过诉讼时效的,能够适用不当得利请求权的,可以适用不当得利请求权;能够适用侵权请求权的,可以适用侵权请求权。

第二,在举证责任上,其构成要件是否包含过错,由法官参照侵权责任的归责原则确定。

第三,该请求权不可以转让。

第四,必须事实清楚,证据充分。

三、人格权请求权关系论

(一)人格权请求权与人格权侵权请求权的关系

有学者认为,包括物权请求权、人格权请求权和知识产权请求权在内的绝对权请求权应该和侵权请求权合并在一起规定。绝对权请求权没有独立的必要性。因为(1)各种观点均承认物上请求权为请求权,而不是支配权,这一点从根本上将它与物权区分开来。(2)物上请求权与物权关系密切,不能成为它不是债权的理由。(3)在市场经济条件下,区分物上请求权(物权保护方法)与侵权请求权(债权保护方法)意义不大。(4)物上请求权与侵权请求权的共性多于个性,且有物上请求权向侵权请求权转化的情形。侵权请求权应当是指侵害民商主体的人身权、物权和知识产权后所产生的请求权。人身权、物权、知识产权均属静态型权利,如果分别规定保护措施,会使类似条文太多,法典臃肿繁复。而将侵犯这三类权利的法律后果统一于侵权行为之债,则整齐划一、简洁明晰。^[37]我们认为,这种观点没有真正认清两类请求权的关系,值得商榷。

第一,承认人格权请求权等绝对权请求权的请求权性质并不意味着它们就可以被侵权请求权所容纳。因为侵权请求权和请求权并不能够划等号,请求权有独立请求权和非独立请求权之分,其中侵权请求权属于独立请求权,而人格权请求权属于非独立请求权。

第二,如上所述,人格权请求权和侵权请求权在来源、性质、功能、构成要件及举证责任方面具有本质的差别,这些差别决定了人格权请求权不能够被侵权请求权所吸纳。

第三,正由于人格权请求权和侵权请求权具有上述本质差别,二者实则起到相互补充、

[37] 参见李大平、张大伟:《也谈物上请求权——质疑物上请求权独立于侵权行为法的必要性》,《前沿》2002年第5期;王明锁:《物上请求权与物权的民法保护机制》,《中国法学》2003年第1期。

共同完善人格权保护的作用,所以将人格权请求权确认为独立请求权具有重大的理论和现实意义。

其实,人格权请求权和人格权侵权请求权的差异还有很多:

第一,二者的主体范围有差异。人格权请求权的主体只包括加害人和受害人。侵权请求权的基本主体为加害人和受害人,此外,在加害人之外还存在替代责任者,在受害人之外还存在间接受害人,包括受害人的法定继承人,父母、配偶、子女和为被害人支付丧葬费之人。^[38]由此我们可以看出,与人格权侵权请求权相比,人格权请求权的封闭性、相对性更强,这是和人格权请求权的预防保全功能相一致的。

第二,程序的救济要求不同。人格权请求权要求比较简化的裁定程序,而人格权侵权请求权经过的程序相对较长,需要人民法院做出判决。主张人格权请求权时,权利人的举证责任轻微,相对侵权之诉而言,事实认定和法律适用的要求都比较低,加害人一般也很难进行抗辩。如果混淆不同的构成要件和法律效果,把人格权请求权之诉纳入侵权之诉,而侵权之诉的审理时间又相对较长,法院的判决就会与加害行为的发生时间间隔较长,或者使本来不应该发生的损害发生,或者使已经发生的损害扩大,损害当事人的利益。

第三,两种请求权的适用阶段也不同。人格权请求权适用于诉讼前后的一切阶段,其中,排除妨害请求权是事前措施;停止妨害请求权可以是事前、事中、事后措施。而人格权侵权请求权本质上是赔偿措施,只能是事后措施。所以成立侵权未必适用停止妨害、排除妨害,反之,在适用停止妨害、排除妨害的时候,也不一定成立侵权。二者之间的关系既不是充分条件也不是必要条件。例如,直接将他人伤害,受害人投诉到法院时,妨害已经停止,在不存在持续妨害时,只能够请求损害赔偿。^[39]

第四,人格权请求权的内容包括排除妨害和停止妨害,体现了人身性,而人格权侵权请求权的内容包括恢复原状和金钱赔偿,体现了财产性。

第五,也是极为重要的,在侵权请求权已经超过诉讼时效期间,丧失了胜诉权时,恰好由人格权请求权发挥作用,通过行使这个请求权保证妨害的排除和停止,恢复权利的圆满状态。否则如果没有人格权请求权,人格权受到妨害的状态就只能永远地存在下去。

(二)人格权请求权和其他请求权的竞合问题

传统理论认为,因同一原因事实而发生两个以上的请求权,若其内容不同时,得为并存(请求权聚合)。其内容同一时,则发生请求权竞合,由权利人选择行使之。^[40]据此我们认为,人格权请求权和侵权请求权之间的关系是责任聚合,而不是责任竞合;人格权请求权和物权请求权、知识产权请求权的关系是责任竞合,而不是责任聚合。

1. 人格权请求权和侵权请求权能否竞合?

有学者认为,停止侵害、消除危险、排除妨害等民事责任方式尽管与物上请求权等存在理论上的竞合,但是为了发挥侵权行为法的积极功能,仍应吸收民法通则的成功经验,继续

[38] 参见前引[8],曾世雄书,第33页。

[39] 前引[11],李宜琛书,第404页。

[40] 前引[14],王泽鉴书,第93页。

规定这些民事责任方式。^[41]我们认为,上述看法有一定的道理。正如前文所述,如果构成妨害的情况下能够适用停止侵害、消除危险、排除妨害,“举轻以明重”,构成损害的情况下当然也能够适用以上几种责任方式。但是依据本文的论述,上述责任方式可以作为物权请求权、人格权请求权以及知识产权请求权的固有内容。

这样,我们在处理人格权请求权和侵权请求权能否竞合的问题上可以有两种选择。其一就是认为二者是请求权竞合,侵权请求权包含了人格权请求权的全部内容,因此当事人在进行诉讼的时候只能择一而诉。其二就是认为二者是请求权聚合,这一主张的前提是人格权请求权包括停止妨害、排除妨害等,那么在这样的情况下由于请求的内容不同,就只存在责任聚合,而不是责任竞合,从而避免了责任竞合时择一而诉造成的不完全救济的制度缺陷。具体到程序法上,对于请求权的聚合可以用“客观的诉合并”或者“请求的合并”来解决。对此,可以参考德国民事诉讼法第260条的类似规定。^[42]

总的来讲,人格权请求权和侵权请求权能否竞合实际上是一个立法选择问题,而不是一个逻辑判断问题。我们建议认定为责任聚合。

2. 人格权请求权和物权请求权、知识产权请求权能否竞合?

由于人格权请求权和物权请求权、知识产权请求权都具有排除妨害和停止妨害的内容,因此,当上述三种请求权发生竞合时,依据一般的原理,权利人只能择一行使。下面各举一例进行分析:

人格权请求权和物权请求权的竞合。甲在乙的房屋周围修建高楼,造成乙房屋常年见不到太阳,这样就发生了人格权请求权和物权请求权的竞合问题。依据请求权竞合的原理,乙只能选择物权请求权或者人格权请求权其中之一提起诉讼。如果造成损害的,乙可以依据侵权法向甲请求损害赔偿,因为无论是人格权请求权还是物权请求权,和侵权请求权的内容都不同,可以和侵权请求权发生聚合,而不会发生竞合。

人格权请求权和知识产权请求权的竞合。乙自导自演了一部电影,甲未经乙的许可将包含乙肖像的剧照用于自己产品的广告当中,这样就发生了人格权请求权和知识产权请求权的竞合问题。乙只能选择知识产权请求权或者人格权请求权其中之一提起诉讼。当然,如果造成损害的,乙也可以依据侵权法向甲请求损害赔偿。

(三)人格权请求权、实体法和程序法

请求权是德国学者温特沙伊德依据诉权制度创立的,^[43]可以说从诞生的那天开始,请求权就是一个连接实体法和程序法的桥梁,人格权请求权也不例外。在具体的诉讼过程中,各国一般都是通过保护令状、预防措施或者禁令,而不是通过普通审判程序来实现人格权请求权的运作的。但我国目前几乎没有和人格权请求权相协调的程序法规定,立法上存在着较大缺陷。

第一,我国民事诉讼法用先予执行来替代禁令的做法存在局限。民事诉讼法第97条规定,对因情况紧急需要先予执行的案件,法院可以根据当事人的申请裁定先予执行。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第107条对紧急情况做了

[41] 参见张新宝:《中国民法典·侵权行为法编草案建议稿》理由概说(五),www.civillaw.com.cn—法界动态—立法聚焦。

[42] 参见前引[4],卡尔·拉伦茨书,第350页。

[43] 同上书,第323页。

解释,其中包括需要立即停止侵害、排除妨碍以及立即制止某项行为的情形。该《意见》第 162 条规定:“在诉讼中遇有需要停止侵害、排除妨碍、消除危险的情况时,人民法院可以根据当事人的申请或者依职权先行做出裁定。”我国法律和司法解释规定的“先予执行”作用与禁令的作用有些相似,但它和禁令是不能够相互代替的,因为先予执行是法院在诉讼过程中采取的措施,禁令则是法院经过审理后在诉讼过程中或诉讼结束时做出的。先予执行措施不能够完全起到禁令的作用。^[44]

第二,没有规定被告不执行禁令时人民法院强制执行的相应措施。民事诉讼法第 231 条规定:“对判决、裁定和其他法律文书指定的行为,被执行人未按人民法院通知履行的,人民法院可以强制执行或者委托有关单位或者其他人员完成,费用由被执行人承担。”但依照此规定的固有性质,能够充当强制执行客体的仅仅是作为,而不包括不作为,在作为中仅指可替代的行为,而不包括不可替代的作为。这样一来在人格权请求权中,即使人民法院做出了命令或者禁止的裁定,被申请人不履行裁定时,人民法院仍然有可能无法强制执行。^[45]

第三,没有考虑到对不执行禁令的自然人和法人的分别处理。

瑞士民法典在这方面的相关规定最为完善,可资借鉴。其第 28 条 c 规定:“(1) 凡经初步证明,其人格已受到不法侵害,或有理由担心该侵害会发生且因此可能对其造成不易补救之损害的,可申请有关预防措施的责令。”其第 28 条 e 规定:“预防措施的责令,像判决一样,在任何州都可强制执行。(2) 在法官规定的期限内,最迟须在 30 天内,申请人未提起诉讼的,在诉讼发生拘束之日前责令采取的预防措施失效。”

基于国内现有诉讼程序制度的缺陷、国外的立法经验以及人格权请求权的内在要求,我们认为,应该就人格权请求权创设排除妨害禁令和停止妨害禁令,具体建议如下:

第一,保留先予执行制度,另外创设排除妨害禁令和停止妨害禁令。

1. 原告可以基于人格权请求权向人民法院请求发出排除妨害禁令或者停止妨害禁令。
2. 将排除妨害禁令作为行为保全制度。排除妨害禁令发布以后,原告必须在法官规定的期间内,最迟必须在 30 日内,主动通过和解、调解、仲裁或者起诉等方式解决纠纷。如果原告没有主动解决纠纷,排除妨害禁令因期限届满而自动失效。
3. 将停止妨害禁令作为民事特别程序,规定停止妨害禁令不因期限届满而自动失效,使法官的判决具有既判力,区别于保全制度。
4. 如果排除妨害禁令或者停止妨害禁令会给被告造成一定损害,原告应该提供一定的担保。
5. 情况需要的,应该给予被告一定时间的执行宽限期。
6. 过错行使人格权请求权的,原告应该赔偿因禁令所造成的损害,原告无过错或者有轻微过错的,可以不赔或者少赔。

第二,创设排除妨害禁令和停止妨害禁令的强制执行制度。

1. 针对被告不履行禁令,人民法院仍然有可能无法强制执行的情况,可以对被告处以罚金、拘留、查封财产等处罚。

[44] 参见江伟、王景琦:《WTO 协议与中国民事司法制度的完善》,《中国法学》2001 年第 1 期。

[45] 参见江伟、肖建国:《民事诉讼中的行为保全初探》,《政法论坛》1994 年第 3 期。

2. 对于不执行禁令的自然人和法人应采取不同的处理措施。自然人不履行禁令的,原告可以请求人民法院强制执行。除了要求执行禁令以外,法院还可以加害人蔑视法院为由对加害人处以罚金、拘留、查封财产等处罚。对于法人不履行禁令的,除了要求执行禁令以外,法院还可以其蔑视法院为由对该法人处以罚金、查封财产,对于法人的主管人员或者直接责任者处以拘留。

四、对我国立法以及立法草案和建议稿的评述与建议

(一) 我国现行立法存在的问题

我国民法通则将人格权内容规定在第 98 条至第 105 条。但这些条文只规定了人格权的禁止性的条款,没有规定人格权请求权的内容。

“侵权的民事责任”一节第 119 条规定:“侵害公民身体造成损害的,应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残疾者生活补助费等费用;造成死亡的,并应当支付丧葬费、死者生前扶养的人必要的生活费等费用。”第 120 条规定:“公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的,有权要求停止侵害,恢复名誉,消除影响,赔礼道歉,并可以要求赔偿损失。”法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害的,适用前款规定。”这里规定的是侵权请求权。在“承担侵权民事责任的方式”一节中,民法通则第 134 条再次对侵权请求权的内容进行了确认,认为其包括:(1) 停止侵害;(2) 排除妨害;(3) 消除危险;(4) 返还财产;(5) 恢复原状;(6) 赔偿损失;(7) 消除影响、恢复名誉;(8) 赔礼道歉。

由此可见,我国现行立法没有区分人格权请求权和人格权侵权请求权。民法通则这样规定的根本原因在于立法者不是从权利的角度而是从责任的角度^[46]来确定不同民事违法行为的不同责任方式,试图将所有民事责任一网打尽,统统规定在“民事责任”一章,忽略了人格权这样的绝对权还有自己的保护方式。民法通则这样做的直接后果就是,没能对人格权请求权、物权请求权和知识产权请求权进行规定,形成完整的绝对权保护体系。

(二) 对民法典草案及其建议稿中相关规定的评述

中国人民大学《中国民法典·侵权行为法编》草案建议稿第 10 条(侵权责任的方式)规定:“受害人根据遭受损害的实际情况,可以请求侵权人承担下列一种侵权责任方式,也可以请求侵权人承担数种侵权责任方式:(一) 停止侵害;(二) 排除妨碍;(三) 消除危险;(四) 返还财产;(五) 恢复原状;(六) 赔偿损失;(七) 消除影响、恢复名誉;(八) 赔礼道歉。”其起草说明

[46] 从责任出发的做法违背了我国学术和立法的传统。众所周知,我国民法属于德国法系,将民事责任单独规定为一章的做法有违德国民法以权利作为立法出发点的指导思想。德国民法的基本思路是以权利为逻辑出发点,以法律行为为线索。与之相对应的是,对于人格权等绝对权利的保护通过绝对权请求权和侵权请求权来实现。对于民事责任的立法规定我国学者多有评论。王利明教授认为,一方面,从立法技术上来看,穷尽各种民事法定义务与约定义务在技术上是不可行的。完整的体系要求在各编中规定不同的义务,然后再规定相应的民事责任。侵权法先明确侵权法保护的權利范围,确是违反义务的行为,然后才对侵权责任加以规定。只有这样才能符合逻辑体系。另一方面,责任不局限于违约责任与侵权责任,责任是多元的,如不当得利的返还请求权、基于无因管理的报酬请求权、缔约过失责任、物上请求权等。把这些责任归纳在一起写入民法典,将使民事责任一编变得十分庞杂,无所不包;而如果只把部分民事责任形式归纳于该编,则会使人产生其它的民事责任形式不属于民事责任的误解。参见王利明:《中国民法典的体系》,《现代法学》2001 年第 4 期。

指出,这一部分规定了:一,上述八种责任方式。二,受害人可以根据自己所遭受损害的实际情况,请求侵权人承担其中一种侵权责任方式,也可以请求侵权人承担数种侵权责任方式。第三,对于尚未造成现实的损害,只是存在现实威胁的时候,受到威胁的人可以请求行为人停止侵害、消除危险。^[47]

中国社会科学院侵权法草案的第83条(侵权的民事责任方式)规定:“承担侵权的民事责任的方式主要有:(1)赔偿损失;(2)停止侵害;(3)消除危险、排除妨害;(4)返还财产、恢复原状;(5)赔礼道歉、消除影响、恢复名誉;”以上承担民事责任的方式,可以单独适用,也可以合并适用。”其起草说明指出,这些民事责任方式(指民法通则的十种责任方式)有的仅适用于侵权案件,如停止侵害、排除妨害、消除危险、消除影响、恢复名誉以及赔礼道歉。考虑到有些侵权行为造成的损害需要用两种或者两种以上的民事责任方式予以救济,因此有必要规定法院得根据案件的具体情况判决加害人或者对损害负有赔偿等义务的人承担两种或者两种以上的民事责任(继受民法通则第134条第2款的规定)。为了保持法律的包容性,同时又给未来的发展留出空间,侵权行为法建议稿只对侵权的主要民事责任方式做出了以上规定,将来也可能通过最高法院的司法解释确定其他辅助的侵权的民事责任方式。^[48]

我们看到,上述草案建议稿都延续了民法通则的规定,没有对人格权请求权和侵权请求权进行区分。前者中的八种责任方式和后者中的五种责任方式在内容上是完全相同的,都继受了民法通则的第134条,只不过在继受的同时扬弃了明显与侵权责任不相适应的第6款(修理、重作、更换)和第8款(支付违约金)。所以此处不再对这两个草案建议稿进行评论。

值得注意的是,社会科学院民法典总则编条文建议稿第48条(人格权的保护)规定:“人格权遭受不法侵害时,受害人有权请求人民法院责令加害人停止侵害、消除影响、赔礼道歉,并赔偿所造成的财产损失和精神损害。”^[49]全国人大常委会审议的民法典草案第四编(人格权法)第5条规定:“侵害自然人、法人人格权的,应当承担停止侵害,恢复名誉,消除影响,赔礼道歉,赔偿损失,支付精神赔偿金等民事责任。”^[50]

这些关于人格权请求权的规定具有非常积极意义,摆脱了民法通则现行制度的约束,将人格权请求权的内容界定为停止侵害、消除影响、赔礼道歉、请求精神赔偿金等。最终从整体上完善了人格权的民法保护机制——人格权请求权的保护方法和侵权请求权的保护方法。但是,其规定还是有一些不足。首先,漏掉了排除妨害请求权,造成了人格权请求权制度预防功能的缺失。其次,上述规定把恢复名誉、消除影响、赔礼道歉、请求精神赔偿金等界

[47] 杨立新:《中华人民共和国民法典 侵权行为法编》起草说明(下),www.civillaw.com.cn—法界动态—立法聚焦。

[48] 参见前引[41],张新宝文。

[49] 这一规定部分是其主要起草人梁慧星教授研究成果的贯彻。梁慧星教授认为,人格权的保护方法包括除去侵害请求权和损害赔偿请求权,而且除去侵害请求权是首要的救济方法。参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,第137页。但是,梁慧星教授只是部分继受我国台湾民法的研究成果,没有将排除妨碍纳入人格权请求权。而且,将“赔偿所造成的财产损失和精神损害”与人格权请求权的内容放在一个条款里面规定也值得商榷。

[50] 民法典草案侵权责任法编第4条规定:“承担侵权责任的方式主要有:(一)停止侵害;(二)排除妨碍;(三)消除危险;(四)返还财产;(五)恢复原状;(六)修理、重作、更换;(七)赔偿损失;(八)消除影响、恢复名誉;(九)赔礼道歉。以上承担侵权责任的方式,可以单独适用,也可以合并适用。”据此,我们可以看到,该草案没有清楚地界定人格权请求权和侵权请求权之间的关系,重复的规定表明立法机关观点的模糊。

定为人格权请求权的内容,混淆了人格权请求权和侵权请求权的不同功能,不值得提倡。

(三)我国民法典应当采取的立场

综上所述,我们认为,我国的民事立法应该在人格权部分直接规定人格权请求权的内容,包括排除妨害、停止妨害和人身损害赔偿。与此同时,在侵权民事责任部分只规定恢复原状和金钱赔偿两种责任方式。具体而言:

第一,规定人格权请求权的基本条文。应当规定:

人格权受妨害时,得请求加害人停止妨害;有受妨害之虞时,得请求加害人排除妨害。

加害人不履行前款规定的义务时,得请求人民法院发出排除妨害禁令或者停止妨害禁令。情况需要的,应该给予加害人一定时间的执行宽限期。

不履行禁令的,原告可以请求人民法院强制执行。加害人是自然人的,法院可以加害人蔑视法院为由对其处以罚金、拘留、查封财产等处罚。加害人是法人的,法院可以加害人蔑视法院为由对法人处以罚金、查封财产,对于该法人的主管人员或者直接责任者处以拘留。

排除妨害或者停止妨害产生的费用由加害人承担。

第二,应当规定排除妨害禁令和停止妨害禁令在时间上的差别。明确规定:

人民法院可以出于预防目的,也可以出于保全证据目的发出排除妨害禁令。

排除妨害禁令发出以后,原告必须在法官规定的期间内,最迟必须在 30 日内,主动通过和解、调解、仲裁或者起诉等方式解决纠纷。如果原告没有主动解决纠纷,排除妨害禁令因期限届满而自动失效。

停止妨害禁令不因期限届满而自动失效,法院的判决具有既判力。

第三,明确规定过错行使排除妨害禁令、停止妨害禁制令的损害赔偿问题。排除妨害禁令或者停止妨害禁令会给被告造成一定损害的,原告应该提供一定的担保。

过错行使人格权请求权的,原告应该赔偿因禁令所造成的损害,但是原告无过错或者有轻微过错的,可以不赔或者少赔。

第四,限定赔偿人身损害的情况。明确限定:

适用的前提是侵权请求权已经超过诉讼时效。在举证责任上,其构成要件是否包含过错,由法官参照侵权责任的归责原则确定。该请求权不可以转让;必须事实清楚,证据充分。

第五,规定侵权的民事责任方式。承担侵权的民事责任的方式有恢复原状和金钱赔偿。侵害他人人格权的,受害人可以请求消除影响,恢复名誉,赔礼道歉。

Abstract :The claim of the personality right should be a type of independent claim. It mainly includes the claim for the removal of obstacles, the claim for the cessation of obstacles and the claim for the damages to bodily injury. Its principal functions are precaution and protection. As for the relations of the claim of the personality right and the claim of the other rights, it is clustering relation between the claim of the personality right and the tort claim of the personality right; and it is concurrent relation between the claim of the personality right and the claim of the real right and the intellectual property.
