

# 罗马法上的人格保护及其现代传承

——以“侮辱之诉”为研究中心

汪 洋

(清华大学法学院博士后研究人员 北京 100084)

**摘要:**人格保护的历史传统可以追溯到罗马法上的“侮辱之诉”,通过裁判官法的构建,“侮辱之诉”在构成要件、罚金确定及诉讼程序等方面有其鲜明特点。罗马法通过“侮辱之诉”与“阿奎流斯法之诉”的二元结构,形成区分“人格利益侵害”与“财产损害”的二元框架,以突出“人格保护”独立于“财产保护”的价值及其伦理特质。近代以降,“损害”的内涵从财产损失扩展到人格利益侵害,以财产损害赔偿规则为基础建立了大一统的侵权责任,使得“侮辱之诉”逐渐消亡。当代各国人格保护的发展出现了回归罗马法传统的趋势,强调构建一个独立于财产保护的人格权保护体系。“侮辱之诉”的诸多特征,如公法私法并行交叉的保护模式、罚金的惩戒性质、以是否违反善良风俗为评判标准的司法取向、类型化与一般性条款相结合兜底保护等,对我国人格权立法依然具有很强的借鉴与传承意义。

**关键词:**侮辱之诉 人格权 侮辱之诉 科尔内流斯法之诉 阿奎流斯法损害

## 一、引言:人的保护——罗马法的价值基础

如果说每个时代的民法都表现出它所处时代的精神气质的话,则传统民法最显著的精神气质就是把“财产”问题作为关注的焦点,并且因此忽视“人的保护”。不仅如此,传统民法对人的存在本身的处理也是“泛财产化”的。在对人格本质的理解上,把拥有财产作为人格得以确立的几乎唯一的手段。人格因此成为一个空洞的形式,财产才是其实际的内容。这种“财产中心主义”在法律上集中体现为“所有权神圣”原则,该原则将财产权保护作为基础法律价值。<sup>①</sup>罗马法在这点上则与传统民法的价值取向有所不同。虽然在罗马法中并不存在现代学理上作为主观权利的“人格权”概念,但在古罗马业已确立一个基本原则,正如法学家赫尔莫杰尼安所阐述的:“所有的法律是为了人(uomini)而制定。”<sup>②</sup>他既没有使用诸如“人民”或者“全体市民”等集合名词,也没有使用单数的“人”(uomo),而是用心良苦地采用复数的“人”(uomini)的表述方式。<sup>③</sup>复数的人这一表达,意味着既不是人的集合体,也不是某个人,而是每一个具体的人,才是法律存在的目的,具有永恒的伦理价值。

传统民法的“财产中心主义”有其合理性,而且实际上也是“人的保护”这一命题的推论。罗马法将“人的保护”与“财产权保障”区分开来具有重要意义。因为财产权保障并不等于人的保护,而且传统民法认为人格的内涵主要体现为“对外在财富的支配”,这显然忽视了人的存在中精神性的一面,人的内涵的多样性被简单地物质化了。把财产权保护与人的保护区分开来,是对人的内涵的一种恰当理解。人既是物质性的存在,也是精神性的存在,对于人的内涵中的精神性的方面,如人格尊严与名誉等,必须予以认可,并且

通过一系列制度对其进行保护,而非仅仅限于物质层面。<sup>④</sup>从这个角度看,罗马法对“人”的概念和对人的法律保护之关注构成对于当人格权制度历史梳理和批判反思的基础。在此领域,现代法律的相关规定被意大利罗马法学家斯奇巴尼教授称为“罗马法侮辱之诉的遗孤”,并引用德国民法学家耶林的论述:“对于人的民法保护,法律存在漏洞,当代法学理论不能回避这一填补漏洞的历史任务。显然,在罗马法上,针对侵犯人身的不法行为的‘侮辱之诉’理论,为我们提供了完成这一历史使命的可能性”。<sup>⑤</sup>因此,讨论对人的法律保护仍有必要回到罗马法,反思“侮辱之诉”制度,以期为当今的人格权保护与立法提供些许启示。

## 二、人格保护的罗马法传统:“侮辱之诉”

### 1. 不法行为体系及“侮辱之诉”在古典文献中的位置变迁

在古典法中,对不法行为的处罚在两个层面展开,即私法层面的“私犯”与公法层面的“公犯”。对于市民法与裁判官法中的“私犯”,通常采取的审判方式是产生一个“私犯之债”,而责成加害者给付一笔罚金;而“公犯”因为侵害到公共利益,因此任何市民都能提起,城邦司法机构施以相应的刑事程序,加害者除处罚金外有时还被施以非金钱形式的责罚,如导致不名誉、被贬为债务奴隶、被处以肉刑甚至极刑。<sup>⑥</sup>

在私法层面上,债的发生方式主要分为“私犯之债”与“契约之债”;私犯又包含有盗窃、抢劫、侮辱与阿奎流斯法损害(不法损害)四种类型。<sup>⑦</sup>撇开盗窃和抢劫不论,“侮辱之诉”从功能上与“阿奎流斯法之诉”相辅相成:前者保护的是所有非财产性利益,而后者保护的是财产利益。因此周相先生将侮辱翻译为“对人私犯”,而将阿奎流斯法损害翻译为“对物私犯”。<sup>⑧</sup>

“侮辱之诉”在古典文献中的位置一直在变迁,这也反映了罗马私法体系的演变:最早的古罗马法学家盖尤斯撰写的《法学阶梯》采取人、物、诉讼三分法体系,“侮辱之诉”位于第3编“物”的末尾,作为“私犯之债”的一种类型来进行讲授,共计6个片段。而优士丁尼《法学阶梯》则将所有“私犯之债”移入关于“诉讼”的第4卷中,发生了所谓的“私犯之债的漂移”,即把公法性质的“私犯之债”与私法性质的“契约之债”分开,将前者与同样公法性质的诉讼相合并,结合两者打造成权利的保护制度,这种体系设计实际上否定了“合同之债”与“侵权之债”的同质性。<sup>⑨</sup>“侮辱”位于第4卷第4题,共计13个片段。最终,《学说汇纂》把统一的“私犯”割裂开来,侮辱在体系上被归为私犯,但其内容被安排在明显具有刑法特色的第47卷,并主要集中于第10题;而针对动产和奴隶的财产性质的损害赔偿,即“阿奎流斯法之诉”则被安置在第9卷。另外,在优士丁尼编纂的《法典》第9卷第35题中,也集中了“侮辱之诉”的相关规定。

### 2. “Iniuria”的词义演化及其在“十二表法”中的缘起

“Iniuria”一词从词源上,由否定前缀in与表达“法与权利”的词根iuria结合而成,在广义上指一切不法行为,<sup>⑩</sup>在狭义上,到了古典法与后古典法时期,其作为四种私犯中的一种,特别指代“侮辱”,即一系列侵害他人身体以及精神人格的不法行为。<sup>⑪</sup>本文所指代的“Iniuria”,便是狭义上的侮辱概念。

侮辱的内涵也经历了从早期的“奎里蒂法”向“裁判官法”的转变。在早期,侮辱是指针对他人身体的暴力行为,该行为损害了一个家庭的利益,因此这个家庭要对加害者进行报复,体现为针对侮辱行为的同态复仇。“十二表法”的相关规定就反映了建城之初的社会秩序。<sup>⑫</sup>尔后裁判官介入,自公元前1世纪始,从裁判官法中逐渐发展出“侮辱估价之诉”,侮辱的内涵转变为一系列非暴力的针对他人人格尊严的未达到“公犯”程度的不法行为。古罗马法学家乌尔比安将“侮辱之诉”保护的权益归纳为身体、尊严和名誉。<sup>⑬</sup>

早在公元前5世纪的“十二表法”中,第8表针对侮辱行为造成的三种不同类型的损害后果作了区分,施以不同的处罚:(1)第8表第2条规定:“毁伤他人肢体而不能达成简约的,应对他同态复仇。”之所以如此规定,是因为这种侮辱行为对他人身体完整性造成严重的不可逆转的伤害。通过该条规定可以推论,在共和国初期,加害与受害双方已经可以通过达成简约、予以损害赔偿的方式来取代原始的同态复仇解决方式,从此侮辱逐渐演变为债的一种发生方式。(2)第8表第3条规定:“以手或棍棒折断自由人一骨的,处300阿斯的罚金;折断奴隶一骨的,处150阿斯的罚金。”该类型是指侮辱对他人人身造成可以治愈的、但对劳动能力与外表美观有影响的伤害。针对这种情况,城邦已经禁止同态复仇的适用,代之以一套具体数

额固定的罚金规则。(3)第8表第4条规定:“对人施行其他侮辱的,处25阿斯的罚金。”这里指的是对他人身造成轻度伤害的可以痊愈的侮辱行为,如掴掌等侮辱举止。侮辱仅针对自由人,且包含所有侵害他人人身的微小损害行为。有学者认为,“十二表法”第8表第4条中的侮辱仅限于轻微的人身伤害,并不包括精神层面的名誉尊严。<sup>⑩</sup>

### 3. 古罗马人的生活品性对法律介入侮辱行为的影响及态度变化

在共和国中后期与帝国初始的几个世纪——这也是留存至今的古典文献最为丰富的一个时代——中,古罗马人在生活方式上仍保有相互嘲讽与咒骂的传统,以至于西塞罗形容道:“这是一座充斥着诽谤与诋毁的伟大城邦,没人能够从流言蜚语中逃脱出来”。<sup>⑪</sup>无论是底层平民还是贵族阶层,人们穷尽了口头或书面、读唱或诗文、当众人面宣称或刻写在城墙上等种种方式,情绪高涨地相互嘲弄、丑化与讽刺着彼此精神或肉体上的各种缺陷并乐此不疲。这似乎已经成为古罗马人一种对待生活的品性,很少有人会无聊或认真到运用法律手段解决有关个人尊严与名誉的问题。在古典文献中仅有的寥寥几个片段,记载了一些官僚阶层无法忍受嘲弄和丑化从而运用手中的权力进行报复的事例,但这并不属于通过法律来规制侮辱行为。在古罗马人的世界里,更为常态的解决方法是:以玩笑回馈玩笑、以嘲讽应付嘲讽、以咒骂对抗咒骂。<sup>⑫</sup>可以说,在精神层面上,共和国时期的古罗马人擅长于忍受人格攻击并且醉心于各门自力救济的艺术。甚至于在乡村节日、婚礼以及凯旋仪式等场合,针对新郎、将军欢唱淫猥诗的行为,被认为是一种起源于埃特鲁斯的古老传统习俗,不可能通过法律对其进行限制。这些嘲讽与咒骂也广泛存在于宴会、公共浴池、广场、法庭乃至元老院会议中。以凯撒为例,在元老院会议上其他元老时常公开嘲讽他与国王尼科美的丑闻,称其为“尼科美的比西尼亚老鸨”;在凯撒的高卢凯旋仪式上,他的士兵们对着凯撒粗鄙地合唱:“我们迎接秃头的嫖客回家,罗马人啊,把你们的婆娘藏好!”<sup>⑬</sup>

这些存在于古典文献中的古罗马鲜活的生活画面,促使我们重新审视关于侵犯人格尊严的侮辱制度在彼时现实生活中的适用程度及其发展轨迹:大致而言,在古罗马建城伊始的几个世纪中,嘲讽、咒骂等针对人格的侮辱行为并未被纳入法律规制的轨道;自公元前2世纪始,裁判官逐渐通过发布告示这一干预手段,对涉及名誉与尊严的侮辱行为进行一定程度的限制;到了奥古斯都的元首制时代乃至整个公元3世纪,风向转到限制国家对关涉他人名誉尊严的侮辱行为的介入范围;而在戴克里先皇帝死后的君主制时代,随着国家对社会绝对掌控力的加强,受到一系列皇帝的立法措施以及基督教的影响,整个社会开始全面承认和接受代表国家的裁判官对关涉他人名誉尊严的侮辱行为所进行的深入管制。<sup>⑭</sup>

### 4. “侮辱”的兴盛:裁判官告示的类型化与“一般性条款”的出现

古典法时期,“侮辱”在两个因素影响下进一步演化:一是裁判官的介入使得侮辱行为开始类型化;二是自公元前81年独裁官科尔内流斯·苏拉颁布的“关于侮辱罪的科尔内流斯法”(以下简称“科尔内流斯法”)开始,部分严重的侮辱行为被归入“公犯”的范畴。

到了共和国晚期,裁判官通过告示将一系列不同表现形式的侵害行为归入“侮辱”概念之下,并且类型化为四种告示,受害人可以直接通过这四种告示寻求救济。该做法极大充实了“侮辱”这一抽象概念。在侵害身体完整的类型之外,逐渐发展出损害他人精神层面的人格尊严的侮辱类型。随着城邦权力的扩展,同态复仇的私力救济方式不再被接受;伴随货币的贬值,几个世纪前规定的固定罚金也无法适应社会的发展,取而代之的是由裁判官根据具体案情决定罚金数额。<sup>⑮</sup>

详而言之,“侮辱”的类型如下:第一种类型是“公然性诽谤与言辞侮辱”。<sup>⑯</sup>这是四类告示中最古老的一种,其内容早在“十二表法”中就已初见端倪。乌尔比安说侮辱“或以物件实施,或以言辞实施。以言辞实施的,发生公然性诽谤与言辞侮辱。”<sup>⑰</sup>成立这种侮辱行为,要求一定数量的人聚集在受害人的房屋外面,大声喧哗并对受害人进行言辞侮辱。在共和国时期,这种侮辱行为常表现为市民们聚众批判某些丧失名誉的市民,甚至要将该成员驱逐出罗马,但城邦随后通过裁判官告示干涉并纠偏这种并非由国家机构作出的非正式的“道德宣判”。<sup>⑱</sup>第二种类型是“玷污妇女或青年贞节”。<sup>⑲</sup>第三种类型是“鞭打或虐待他人奴隶”。<sup>⑳</sup>该类型涉及未经主人允许就违反善良风俗鞭打或虐待他人奴隶的行为,被视为对主人的间接侵

辱。<sup>⑤</sup>第四种类型是“损害他人名誉及尊严的侮辱行为”。<sup>⑥</sup>该告示具备“一般性条款”的特质,它将“十二表法”第8题第4条中“侮辱”的内涵从所有针对他人轻微的人身伤害扩展到针对他人精神层面的名誉和尊严的侵犯。<sup>⑦</sup>裁判官概括地禁止败坏他人名誉的行为,这些行为将导致“侮辱之诉”的发生以及“不名誉”的判罚后果。<sup>⑧</sup>从第四种类型表现的多样情形可见,经由裁判官的发展,侮辱行为已经突破类型的封闭性,开始导向一个拉贝奥所记载的“针对侮辱的一般性告示”,即被学者所认为的“侮辱估价之诉”。<sup>⑨</sup>

#### 5. “侮辱估价之诉”与“科尔内流斯法之诉”的转化与竞合

“十二表法”中的固定罚金制度实施几个世纪后,公元前1世纪写就的《阿提卡之夜》记载,古罗马一位富有而傲慢的骑士喜欢在大街上对人掴掌为乐,并在身后备有奴隶支付给每位被掴者25阿斯的罚金。随着货币不断贬值,“十二表法”规定的25阿斯罚金对这位骑士无足轻重。这一事件导致人们开始反思并摒弃固定罚金的做法。裁判官开始在“侮辱估价之诉”中根据每个案件的具体情形确定罚金的数额。<sup>⑩</sup>

“侮辱估价之诉”适用于各个类型的侮辱行为,侵害事实通常需要在诉讼程式的“请求原因”中列明。由于不采固定的罚金数额,因此需要对侵害行为及其后果进行“估价”,估价程序由两部分组成:裁判官会在“判罚阶段”允许原告自己提出一个罚金的“最高估定限额”,并指示审判员根据案件的具体情形,以“善良与公正”原则对罚金进行估价,如果侮辱行为及后果“极为严重”,则审判员按照裁判官提交的“最高估定限额”处以罚金;其他情形下审判员可以根据自己的裁量给予低于最高估定限额的处罚。<sup>⑪</sup>

“侮辱之诉”具有很强的人身性,无法移转和继承。如果施害者是家子,则“侮辱之诉”针对其家父,家父也可以通过“损害投偿”的方式减轻或消除责任,但在家父或诉讼代理人缺席情形下直接针对家子。如果施害者是奴隶,则诉讼直接针对其主人。“侮辱之诉”会给施害者造成“不名誉”的法律后果。在诉讼被驳回的情形下,被告有权针对“侮辱之诉”提起“反诉”,罚金是原告所估价的1/10。<sup>⑫</sup>

独裁官科尔内流斯·苏拉颁布“科尔内流斯法”的原因是,当时正值内战,社会秩序混乱,暴力行为增多,故国家希望用重典治乱。<sup>⑬</sup>据乌尔比安的记载,该法针对某人被殴打、被鞭打以及家屋被暴力闯入三种情况的侮辱行为建立了“常设刑事法庭”。至此,这三种原属私犯范畴的侮辱行为开始被纳入公犯范畴,一般而言仅作出罚金形式的判罚。这一转变的实质,就是把部分严重的侵权行为犯罪化,加强了对人身和私人空间的保护,为了保护得更周延,优士丁尼还对房屋作了宽泛的解释。<sup>⑭</sup>

自苏拉时代始,就产生了公法性质的制裁与私法性质的罚金之债之间的选择性竞合问题。到了公元3世纪的戴克里先时代,有原始文献表明,至少中央一级机构仍然将“侮辱之诉”作为一种典型的私法规则加以适用。但是在后古典法时期的帝国西部行省地区,根据受害人的身份及其行为的严重程度,侮辱常被纳入刑事程序。<sup>⑮</sup>到了优士丁尼时期,法律给予受害人自行决定适用民事或刑事程序的救济选择权,即当事人可以在“侮辱之诉”与“科尔内流斯法之诉”之间选择适用。如果选择前者,原告可以作出估价,经过公正人士的折中后判处被告罚金;如果选择后者,则罚金由法官来确定,但上限不能超过损害的4倍。<sup>⑯</sup>

#### 6. “侮辱”的构成要件

“侮辱”的构成要件主要有以下三个:(1)要件之一:侮辱与诽谤。通过法学家的阐释,“侮辱”这一概念变得极富延展性,所需的客观要件,指的是施害者具有侵犯名誉尊严和人格的各种不法行为,被表达为“侮辱与诽谤”。<sup>⑰</sup>在罗马法前期,一个行为如果要构成侮辱行为,须以嘲讽侮辱的内容不真实且会让第三人信以为真为条件。换句话说,如果所言为真,则在言辞上用尽嘲讽侮辱也不构成侮辱行为。但到了罗马法后期,一个行为要构成侮辱,无须以嘲讽侮辱的内容真实为条件。只要该行为导致受害人的法律地位与法律能力有减损的危险,如会导致某些公职的候选人丧失竞选资格、某人人格减等、某人成为杀人嫌疑犯而受到调查等,都可以发生“侮辱之诉”。<sup>⑱</sup>(2)要件之二:侮辱意图。“侮辱之诉”的主观要件为故意,即侮辱意图。但侮辱意图是否为构成侮辱的必要条件,在学界素有争议。德国当代民法学家齐默尔曼认为,目前很难得知一些古典文献是否经由优士丁尼《法典》编纂者的添加或删除,因为到了优士丁尼时代,似乎更偏向于根据故意等主观标准来界定行为的法律后果。<sup>⑲</sup>乌尔比安与尤里安支持把侮辱意图作为“侮辱之诉”的必要条件。<sup>⑳</sup>乌尔比安认为侵害者必须有能力辨别法律层面上的是非,否则不具备侮辱意图,这类人的行

为便不被认为实施了侮辱行为。例如,一个鞋匠有一个学徒,当这个学徒未能按他的指点很好地干活时,这个鞋匠就用鞋楦向学徒的脖子打去,打坏了学徒的眼睛。尤里安认为鞋匠没有侮辱意图因此不产生“侮辱之诉”,因为他只是想去警告和教训学徒。(3)要件之三:违反善良风俗。在齐默尔曼看来,将侮辱意图从责任构成要件中独立出来并不恰当,古罗马法学家并不将责任各要件分割开进行考虑,而是习惯于将其置于典型的场景中进行综合考量。在上文所述的鞋匠案例中,鞋匠的行为未构成“侮辱之诉”,更本质的原因是该行为没有违反当时社会的善良风俗,后者相比侮辱意图而言,是一个更为客观的标准。<sup>④</sup>古罗马人偏好相互嘲弄讽刺,因此许多行为因符合习俗而不可能被认定为是侮辱行为。裁判官法创设的四类“侮辱之诉”的告示中,每一类都明确要求行为人的行为违反了同时代的善良风俗。《学说汇纂》对此也有明确阐述:“善良风俗被牵涉进来,是因为不是所有的抽打行为都构成侮辱,而只有违反了善良风俗的抽打行为才承担责任。”<sup>⑤</sup>此处的侮辱意图并非必须针对特定受害方,只要其行为表达了对作为整个社会道德标杆的善良风俗的蔑视,某种程度上也可以说施害者存在侮辱的主观故意。<sup>⑥</sup>

### 三、“侮辱之诉”:现代传承与表述

#### 1. 从罗马法上“市民身份”到宪法上的“人权”

20世纪人格权在世界各国的发展实践表明,人格权具有宪法权利与民事权利的双重属性。<sup>⑦</sup>人格权首先是一项宪法上的权利,没有宪法性文件的赋予和规范,便没有民法上的人格权制度。在宪法层面,人格权是人权的下位概念,而人权则是近代宪政制度和人权运动结合的产物。罗马法学者的研究表明,在西方历史上经历了一个从罗马法上“市民身份”向宪法上“公民权”和“人权”演变的过程,罗马法上“市民身份”(市民权)构成当今宪法人权保护的重要理论来源。<sup>⑧</sup>

古罗马城邦的“市民权”作为近现代公民权的前身,在罗马法上不仅是公权的基础,也是私权享有的前提,如交易能力和婚姻能力等在多数情况下仅仅由具备“市民权”的人所享有,因此对人的保护尤为重要。<sup>⑨</sup>这种兼具公权与私权基础的“市民权”,经历了文艺复兴时期萨拉曼卡学派以及随后自然法学派的发展,<sup>⑩</sup>伴随着主观权利在法学领域的出现,使得“市民权”的视角发生转换:它不再属于基于个人身份的法律与体系中确立个人主体地位的法律范畴,而是关涉到授予主体包含具体内容与功能的个体权利(主观权利)。<sup>⑪</sup>这种从法律身份向个体权利的转化,是从“市民权”发展到宪法人权极为关键的一步。后续的一系列民主宪政运动和人权运动使得曾经的“市民身份”、今日的“公民权”开始进入宪法的规制范围。宪法对基本人权的规范和确认,又对作为下位概念的人格权的产生起到了理论奠基作用和法律规范作用。如果没有人权思想和宪法性文献对基本人权的规范,就很难想象有今天所谓民法上完善的人格权制度。

我国也从宪法层面对人权和人格权进行了保护:经过2004年修正后,《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第33条第3款明确增加了“国家尊重和保障人权”,第37条规定“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯”,第38条规定“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害”。这些规定可谓是我国宪法上人格权的规范基础。

#### 2. 当代“人”与“物”区分保护模式的罗马法基础

在罗马法上,“阿奎流斯法”是系统调整侵犯他人财产的不法行为的法律,它所引入的“过错”与“损害”概念,构成现代侵权法的基础,后世法学家们正是在此基础上发展了损害赔偿的一般规则,<sup>⑫</sup>它也是《法国民法典》第1382—1383条、《德国民法典》第823条以及《意大利民法典》第2043条的原型。需要注意的是,“阿奎流斯法”仅仅针对动产的损害并且从财产角度囊括了具有交换价值的奴隶,而并未涉及对自由人构成的侮辱,不适用于自由人的名誉尊严受损情形,后者适用的是“侮辱之诉”。

在优士丁尼时代,罗马法对“私犯”进行两方面的构建:一方面围绕“填补财产损失”理念,以“阿奎流斯法”为代表,专注于法律制裁的财产性;另一方面,强调人的“非财产性”,不能从财产的视角来看待一系列针对人身的不法行为,不能把对人的侵犯的后果降格为损害,因为“损害”在罗马法上仅仅指代财产损失。<sup>⑬</sup>人本身具有非财产性的价值,对人的侵犯,除了可能造成应该赔偿的财产损失外,更多的是对人格尊

严的侵犯。这种思想反映在罗马私法体系上,就是盖尤斯《法学阶梯》、优士丁尼《法学阶梯》和《学说汇纂》都把“阿奎流斯法之诉”与“侮辱之诉”清晰区分开来。

不可否认的是,对于大多数侮辱行为而言,私法保护的后果也表现为一笔债,即加害人向受害人支付一笔金钱。但这并不意味着这笔金钱与“阿奎流斯法之诉”中财产性利益的损害赔偿具有必然联系。对于人本身的“私犯”,不能仅仅使用填补财产损失的方式来解决,其所遵循的法律路径是以补救和惩罚为双重目的来规定法律后果;与此相反,对于物的“私犯”,其遵循的路径是纯粹以填补损失为目的来规定法律后果。用斯奇巴尼教授的话说:对于人的尊严的侵犯,不是一种“需要赔偿的损害”,而是“应该使得被侵犯的人重新得到满意”。<sup>⑤</sup>

如果一个事实同时符合“侮辱之诉”与“阿奎流斯法之诉”的构成要件,可能导致相关诉讼以及债并存的可能。此时如果依据其中一个诉讼已经获得赔付,当提起另外一个诉时,应当进行相应的扣除。更确切地说,如果受害人已经根据“阿奎流斯法”获得赔偿,当法官根据“善良与公正”要求的计算标准,对人的不法行为判处有期徒刑时应当扣除受害人先前已获得的支付。这说明,对人的完整性的侵害有双重的维度:即“损害”和“对人尊严的侵犯”。后一个维度不能简单地被损害赔偿所吸收。<sup>⑥</sup>因为罗马法上的“损害”概念只具有财产损失的意义,与人的保护无涉。<sup>⑦</sup>

### 3. “损害”概念的扩张以及人格非财产性伦理特质的回归

自16世纪以来,格劳秀斯扩张了“损害”概念,将其内涵从罗马法上特指的财产损失扩展到人格利益的侵害上。这位自然法学派的法学家认为“个人拥有东西的减少”概念不仅包含财产利益的丧失,而且包括一个人所保有的“身体、声望、名誉”诸价值的丧失,<sup>⑧</sup>因此应将“阿奎流斯法”的保护范围扩展至非财产利益即人格利益的丧失领域。由此,专注于“人的保护”的“侮辱之诉”逐渐瓦解,被一个囊括财产与人格损害的一般性条款所代替。人身伤害被纳入“阿奎流斯法”的保护范围,相应的,受害人可以得到“非财产损害之赔偿”。<sup>⑨</sup>格劳秀斯通过将人身伤害与“损害”对接,完全改变了罗马法上“损害”的内涵,“阿奎流斯法责任”开始独霸天下。随着“损害”概念从财产向人格的扩张,一些近代法典遵循了这条道路,如法国通过《法国民法典》第1382条进一步确立了大一统的损害赔偿责任,受自然法学派的影响,“人”的观念的整体性被肢解,代之以不同权利的集合体。而且,现代学理对公法与私法的划分,也导致“罚金”制度隶属于公法并由国家所垄断而对于“私人”只留下损害赔偿的狭窄领域,这割裂了处罚与赔偿的内在联系。为弥补由此带来的缺漏,理论界则构建出“精神损害”概念。在斯奇巴尼教授看来,“精神损害赔偿”恰恰是填补由于“侮辱之诉”消失所造成的“法律漏洞”,但是“精神损害赔偿”概念本身就存在矛盾之处:一方面它表明,在对人或对物损害的评价和赔偿时,没有差别;另一方面又承认,存在对人格的侵犯。<sup>⑩</sup>

重温罗马法上“侮辱之诉”与“阿奎流斯法之诉”的二元结构,可以让我们思考“人格保护”独立于“财产保护”的价值,即人格的非财产性特征及“与生俱来”且“挥之不去”的伦理特质。<sup>⑪</sup>针对侵犯人格利益的行为,我国民事立法不能完全把其与财产性的损害赔偿混为一谈。因为根据市场原则,在对损害进行成本和收益计算之后发现侵害行为在经济上合算的场合,侵权行为人宁愿支付赔偿金也不愿意避免人格侵害的发生。为避免出现这一情况,就必须采取非市场机制的方法来保护人格这一不同于财产的利益。另外,人格也是市场行为自由必须遵循的底线,人们不能以伤害交易方的人格或诋毁同业的商誉作为竞争手段,如同不能以侵害所有权作为竞争手段一样。<sup>⑫</sup>随着商业化实践的发展,人格与财产的界分并非总是泾渭分明,人格的商业化利用问题对其非财产性特质带来冲击,如姓名、肖像、信用的商业化授权使用与转让问题,<sup>⑬</sup>都促使我们进一步思考人格保护的非财产性与人格的财产利益之间的平衡。

### 4. “惩戒性”罚金在当代以精神损害赔偿和惩罚性赔偿为表现形式的传承

“侮辱之诉”具有非常明显的惩戒性质。根据罗马法上“不得对自然人的身体进行估价”原则,对人格利益的损害不以实际的身体或财产损害为构成要件,因侮辱而发生的罚金与损害不直接相关,或者说不单单是寻求财产上的补偿,而是裁判官依照“善良与公正”要求对侮辱行为所进行的惩戒。<sup>⑭</sup>追溯历史,“十二表法”之所以规定罚金而非赔偿,并非罚金数额高于损害这一表面原因。在充斥着自力救济与同态复仇的

早期社会,罚金本质上是用来替代复仇的,其基本含义是“赎回的价格”而非“赔偿的价格”,尽管在客观上起到了填补损害的作用。<sup>⑥</sup>因此“侮辱之诉”的赔偿并不被看做是受害者财产的一部分。

罗马法上“侮辱之诉”罚金的惩戒性质,最初并未被《德国民法典》所采纳。在1958年的“骑士案”<sup>⑦</sup>中,对于非财产损害的侵犯,德国联邦最高法院允许在通常的财产损害赔偿请求权之外赋予公平的罚金性质的慰抚金请求权,只要侵权人的过错严重程度或对人格权侵犯的严重程度极为显著。这一判决与当时实证法规定存在严重冲突,《德国民法典》第847条仅允许在侵害身体、健康或自由的情形中主张慰抚金;第253条也明确规定,除法律明文规定外,不得主张慰抚金请求权。<sup>⑧</sup>尽管如此,德国联邦宪法法院在1973年的“索拉雅案”<sup>⑨</sup>中对联邦最高法院此项极为大胆的法律续造予以确认和支持,不仅确认了一般人格权,而且在宪法上确认对无形人格侵犯的抚慰金请求权。德国联邦最高法院在1996年的“卡洛琳案”<sup>⑩</sup>中判处的高额抚慰金,将传统的抚慰金转变为一种惩罚性巨款赔偿,类似于美国的惩罚性赔偿制度,在某种程度上回归到罗马法的思路。<sup>⑪</sup>

在意大利法中,侵害人格权的赔偿范围,从占主导地位的属性性损害逐步发展到对人格尊严的非财产性损害。这一赔偿不是对被损害的利益做出的等值赔偿,而是具有惩罚性特征,目的是在可能的范围内重新平衡不法行为责任人和受害人的利益。<sup>⑫</sup>宪法法院认为对《意大利民法典》第2043条必须按照《意大利宪法》第32条进行解释,即不法行为的损害赔偿范围应扩大到由不法行为后果引发的一切损害,包括对实现自身价值造成的损害。因此,无论是“生物损害”<sup>⑬</sup>还是尊严损害均可获得赔偿。可赔范围的不断扩大致使“生物损害”涵盖了所有不涉及收益能力的损害,因此也包括不产生财产损害后果的尊严损害。

在我国,2001年《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》(以下简称《侵权精神损害赔偿解释》)第1条明确规定:“自然人因人格权利遭受非法侵害,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理”;同时通过第8条进行限制:“因侵权致人精神损害,但未造成严重后果,受害人请求赔偿精神损害的,一般不予支持”。《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第22条重申了这一规定。可以看出我国侵犯人格权的非财产损害赔偿的前提是“精神损害严重”,而从《侵权精神损害赔偿解释》第9条的规定以及司法实践来看,这种“严重性”一般以存在实际的生理损害如致死致残等标准来衡量,实质还是赔偿实际损害结果而淡化惩戒功能。对此,已有学者主张减轻或废除这种“严重性”的限制。<sup>⑭</sup>这促使我们思考,罗马法上“侮辱之诉”所代表的解决方案,相对于只强调损害赔偿的做法而言,可能是一种更为正确的解决思路。

#### 5. 人格利益的民刑交叉保护模式及其影响

“侮辱之诉”中科处罚金的制裁性而非补偿性,也体现了罗马在“人的保护”上与私法保护所并行的、以刑法为代表的公法保护。“科尔内流斯法”将三种原属私犯的侮辱行为开始被纳入“公犯”范畴,归刑事法庭审判,产生了公共性质的制裁处罚与私法性质的罚金之债之间的选择性竞合问题。<sup>⑮</sup>优士丁尼《法学阶梯》也把公法性质的“私犯之债”与相对私法性质的“契约之债”分开,将前者与同样公法性质的诉讼相合并;《学说汇纂》更是将“侮辱”安排在明显具有刑法特色的第47卷。

罗马私法和公法对人格利益的并行保护,深刻影响了近现代的人格保护模式。在19世纪前叶,德国普通法地区的人格保护仍然由“侮辱之诉”来实现,同时人们习惯于将人格的保护视为公法,特别是刑法的当然使命。<sup>⑯</sup>到了19世纪后叶,《德国刑事程序法》第11条废除了司职人格保护的“侮辱之诉”,侵犯人格的行为主要透过刑法予以排他性规制。在《联邦德国基本法》生效前,主流观点皆认为人格保护是刑法的任务,应通过刑法的威慑来实现。例如,《德国刑法典》对名誉和刑事诽谤的规定,民法对此予以保留。在意大利法中,对人格权的侵犯,往往会同时承担民事责任与刑事责任;就刑事层面而言,《意大利刑法典》第575条及其以后确定了侵犯人身罪系列,其中就包括侵犯人之尊严、名誉及社会地位的罪名。

当今人格保护的发展趋势是逐渐从其作为刑法规范的领地回到作为民法规范的领地。德国通过法院判决,从刑法对个别人格法益的保护中推导出民法上的请求权,由《德国民法典》第823条2款完成上述回归。自《联邦德国基本法》实施后,德国联邦最高法院在1954年“读者来信案”<sup>⑰</sup>中首次将一般人格权认可

为《德国民法典》第 823 条 1 款意义上的绝对权。1996 年“卡洛琳”案中判处的高额抚慰金,使得传统德国法视野上泾渭分明的民法与刑法在人格保护领域发生了交叉混合:本来,民法关注受害人所受之不法,使受害人获得慰抚金,刑法之任务则在于吓阻罪犯,使国家获得罚金;但现在,二者已是你中有我、我中有你。<sup>③</sup>

#### 6. “针对侮辱的一般性告示”与一般人格权的趋同

古罗马裁判官通过针对具体案例中新出现的人格利益发布新的告示以维持人格保护的开放性。这种思路也同样体现在现代人格权法的实践中。例如,德国一方面通过法院判例类推适用等方式围绕《德国民法典》第 823 条第 1 款将一些经典意义的人格法益类型化;另一方面援用《联邦德国基本法》第 1 条和第 2 条由司法实务创设作为“框架性权利”的一般人格权,作为人格法益保护的兜底条款。<sup>④</sup>在我国人格权立法过程中,也有学者建议在人格权种类法定化的基础上采取一般人格权的制度设计,<sup>⑤</sup>或设立“人格权一般规定”以及采用“保护其他人格法益”的表达方式,保持人格权保护类型的开放性。<sup>⑥</sup>

另外,作为“侮辱之诉”构成要件之一的违反善良风俗,时至今日对人格保护的影响仍然随处可见。德国民法理论界提出的作为“框架性权利”的一般人格权,与其他主观权利不同,不采“结果违法”而是采用“积极确定违法性”的认定方法。<sup>⑦</sup>单纯损害一般人格权的事实,并不自动指示出损害行为的违法性,要确定侵害一般人格权的行为是否具有违法性,必须由法官根据个案进行法益衡量,以决定个案中人格法益的保护可以达到的范围和程度。<sup>⑧</sup>而法官进行法益衡量以及行为违法性认定时考量的重要因素就是该行为是否违反善良风俗。

## 四、结语

两千多年前古罗马裁判官创设的“侮辱之诉”,作为罗马法对“人的保护”的一种方式,如罗马法学家弗里兹·舒尔茨所言,其对精神损害尤其是对他人任何类型的人格侮辱行为提供了强大而有效的保护。”<sup>⑨</sup>可以说,罗马法通过“侮辱之诉”与“阿奎流斯法之诉”所构建出来的人、物二分的二元保护体系,将“人格利益侵害”与“财产损害”泾渭分明地区隔开来,以突出强调“人格保护”独立于“财产保护”的价值及其伦理特质。但随着格劳秀斯等人将“损害”的内涵从财产损失扩展到人格利益侵害上,以及自然法学派将“人”的观念的整体性肢解,代之以不同权利的集合体,“侮辱之诉”开始瓦解,近代法典化运动以“阿奎流斯法”确立的财产损害赔偿规则为基础,建立起人与物大一统的侵权损害赔偿赔偿责任。

自 20 世纪中叶以来,各国人格保护的发展开始颠覆近代以来人与物大一统的损害赔偿观念,出现了回归罗马法传统与价值的趋势,重新把“人的保护”与财产权保障区分开来,优先保护人格利益,逐步构建出一套独立于财产保护的人格保护体系与规则。这一发展趋势吸纳了“侮辱之诉”制度的诸多理论创设和成功经验:(1)罗马法上的“市民身份”构成当今宪法人权保护的重要理论来源,使当代人格权兼具宪法权利与民事权利的双重属性,并突出地表现在《宪法》第 33 条、第 37 条及第 38 条之上;当代人格权立法借鉴“侮辱之诉”所展现的补偿之外的惩戒因素,以及由此导致的公法与私法对人格利益并行保护的立法路径。例如,德国联邦最高法院在判例中将传统的抚慰金转变为一种惩罚性巨款赔偿,意大利法的“生物损害”概念中具有惩罚性特征,民法与刑法在人格保护领域发生的交叉混合,皆属对罗马法思路的回归。我国虽然通过《侵权责任法》与《侵权精神损害赔偿解释》承认精神损害赔偿的独立存在,但对精神损害“严重性”的衡量标准中可以看出其淡化惩戒与衡平功能的倾向,因而遭到学者的广泛质疑和批评。(2)罗马法将“侮辱之诉”类型化并发展出“针对侮辱的一般性告示”这种一般性条款,同时通过新的告示维持人格保护类型的开放性。这一成功经验同样体现在当代人格权法实践中。例如,德国一方面围绕着《德国民法典》第 823 条第 1 款将人格法益类型化;另一方面创设作为“框架性权利”的一般人格权作为兜底条款。对此,齐默尔曼做了一个极为生动的描述:“侮辱之诉刚被从前门踢出去,却又披着一般人格权的外衣从后窗溜了进来”。<sup>⑩</sup>而且德国法上的一般人格权侵权不采“结果违法”而是采用“积极确定违法性”的认定方法,由法官根据个案进行法益衡量,其中一个重要考量因素就是罗马法“侮辱之诉”构成上所强调的违反善良风



俗要件,这也体现在《侵权精神损害赔偿解释》第1条第2款规定中。

在中国这个曾经有忽视个人人格与尊严的悠久历史和封建传统的国家,对人的关注与保护更显得尤为重要。自改革开放以来,市场经济体制的逐步建立在解放社会生产力的同时也拓展了个人行为自由的空间。现代化的过程是人的全面自由发展的过程,这就必然要求法律进一步尊重人的主体性,对人格权益进行充分确认和保障。<sup>⑥</sup>我国目前正在推进制定民法典和人格权立法工作,目标在于突出对自然人人格平等、自由和尊严保护的基本价值取向;设立一套独立于财产保护的人格权保护规范,在人格权种类的法定化基础上对权利的界定以及权利的性质、内容、边界等作出规定;采用一般人格权、“人格权一般规定”或“保护其他人格权益”等概念表达和制度设计,以保持人格权保护类型的开放性和发展空间。在人格权立法过程中,罗马法上的“侮辱之诉”这一古老而长青的制度所表现出来的诸多面向,如公私法并行交叉的保护模式、强调罚金的惩戒性质、以是否违反善良风俗为评判标准的司法取向、类型化与一般性条款相结合的周延保护模式等,依然具有一定的借鉴与传承意义。从这个角度看,罗马法古典文献中对人的法律保护之制度设计,构成我们对人格权制度的历史梳理和批判反思的基础,也为当今中国的人格权立法提供了有益的启示。

注释:

①⑦薛军:《批判民法学的理论构建》,北京大学出版社2012年版,第221页,第190页。

②D. 1.5.2.

③⑤[意]桑德罗·斯奇巴尼:《侮辱之诉的遗孤——重读〈学说汇纂〉:通过罗马法学家的贡献来看对人的法律保护》,翟远见、张长绵译,载《中意法学家“法治社会中的人格权保护”研讨会论文集》,中国政法大学,2012年5月。

④⑧苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第65页。

⑤转引自[意]桑德罗·斯奇巴尼:《侮辱之诉的遗孤——重读〈学说汇纂〉:通过罗马法学家的贡献来看对人的法律保护》,翟远见、张长绵译,载《中意法学家“法治社会中的人格权保护”研讨会论文集》,中国政法大学,2012年5月。

⑥⑬⑭⑯Mario Talamanca, Istituzioni di diritto Romano, Milano, 1990, p. 615, p. 630, p. 631, p. 640.

⑦I. 4.1. pr.

⑧⑩周栢:《罗马法原论》下册,商务印书馆2009年版,第863页,第865页。

⑨徐国栋:《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》,北京大学出版社2011年版,第16页。有学者认为,与盖尤斯《法学阶梯》为比较纯粹的私法教材相比,优士丁尼《法学阶梯》具有相当的公私混合型,优士丁尼有把第四卷变成一部单纯的公法的尝试。这也符合皇权加强的发展趋势。

Cfr. Roberto Bonini, Introduzione allo studio dell'età giustiniana, Bologna, 1985, p. 51.

⑩⑪⑫⑬肖俊:《人格权保护的罗马法传统:侮辱之诉研究》,《比较法研究》2013年第1期。

⑪D. 47.10.1 pr.; I. 4.4 pr.

⑫Antonio Guarino, Diritto privato Romano, Dodicesima Edizione, Napoli, 2001, p. 982.

⑬D. 47.10.1.2.

⑮Cic. Pro Cael. 38.

⑯⑰⑱⑲Matteo Marrone, Considerazioni in tema di iniuria, in Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz, Napoli, 1964, p. 476, pp. 479-483, p. 480, p. 484.

⑰[古罗马]苏维托尼乌斯:《罗马十二帝王传》,田丽娟译,上海三联书店2010年版,第24页。

⑲Alberto Burdese, Manuale di diritto private Romano, Terzo edizione, UTET, p. 525.

⑳D. 47.10.15.2-12; XII Tab. 8.1; a; D. 47.10.1.2.

㉑D. 47.10.15.19-20.

㉒D. 47.10.15.34; D. 47.10.1.3; Gai. 3.222.

㉓⑳徐国栋:《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》,北京大学出版社2011年版,第115页,第492页。

㉔D. 47.10.15.25; D. 47.10.15.27-32; D. 47.2.21.

㉕⑳⑳⑳⑳Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Johannesburg, 1992, p. 1053, p. 1060, p. 1060, p. 1092.

⑳Aulo Gellio, Noctes Atticae, XX. I. 12-13.

㉖D. 47.10.7 pr.; D. 47.10.17.2; Gai. 3.224-225; I. 4.4.9.

㉗D. 47.10.13 pr.; D. 47.10.17.4-10; D. 47.10.15.34; D. 3.2.1; Gai. 4.182; Gai. 4.177.

- ③④D. 47. 10. 5. pr. ; I. 4. 4. 8.
- ⑤C I, 9. 35. 6—9; D. 47. 10. 45; Cfr. Emilio Betti, Istituzioni di diritto Romano, Volume Seconda, Parte Prima, Padova, 1962, p. 521.
- ⑥D. 47. 10. 1. pr.
- ⑦D. 9. 2. 5. 3; D. 47. 10. 3. 1.
- ⑧D. 47. 10. 15. 38.
- ⑨参见刘凯湘:《人格权的宪法意义与民法表述》,《社会科学战线》2012年第2期;姚辉:《关于人格权性质的再思考》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2012年第3期。
- ⑩⑪Riccardo Cardilli, Dai diritti del cittadino ai diritti dell'uomo,载《中意法学家“法治社会中的人格权保护”研讨会论文集》,中国政法大学,2012年5月。
- ⑫罗马法上并无抽象的法律人格的概念,对于人的尊重和保护与人所具有的“法律地位”即“身份”密切相关。人的身份基本上被区分为三种类型:自由身份、市民身份和家庭身份。自由身份旨在区分自由人或奴隶,市民身份旨在区分市民与外邦人,而家庭身份区分的则是自权人与他权人。与此相对应,三种程度的人格减等分别对应着丧失家庭身份、市民身份以及自由身份。
- ⑬该学派的代表人物西班牙学者弗朗西斯科·维多利亚(1483—1546)是奠基现代人权概念的重要人物。
- ⑭⑮[意]里卡尔多·卡尔迪里:《论罗马法中损害的严格概念》,翟远见译,载费安玲主编:《学说汇纂》第3卷,知识产权出版社2011年版,第18页,第19页。
- ⑯[意]桑德罗·斯奇巴尼:《罗马法的体系与契约外责任诸问题》,薛军译,载《桑德罗·斯奇巴尼教授文集》,中国政法大学出版社2010年版,第308页。
- ⑰[意]桑德罗·斯奇巴尼:《对〈学说汇纂〉合同外责任的重新解读及其对现代侵权法的启示》,阮辉玲译,载《桑德罗·斯奇巴尼教授文集》,中国政法大学出版社2010年版,第322页。
- ⑱D. 39. 2. 3.
- ⑲[荷]格劳秀斯:《战争与和平法》,何勤华等译,上海人民出版社2005年版,第250—251页。
- ⑳龙卫球:《迈向立法的人格权》,《法商研究》2012年第1期。
- ㉑㉒姚辉:《关于人格权性质的再思考》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2012年第3期。
- ㉓D. 47. 10. 17. 2.
- ㉔D. 47. 10. 28; Giuseppe Grosso, Lezioni di storia del diritto Romano, Torino, p. 136.
- ㉕BGHZ 26, 349.
- ㉖㉗[德]汉斯-彼特·哈佛康普:《1918年以来一般人格权在德国的发展》,金可译,《华东政法大学学报》2011年第1期。
- ㉘BGHZ 128, S. 1.
- ㉙㉚周云涛:《德国人格权发展阶段的历史考察》,《社会科学》2010年第11期。
- ㉛㉜[意]恺撒·米拉拜利:《人身损害赔偿:从收益能力到人格尊严》,丁玫、李静译,《中外法学》2007年第1期。
- ㉝在法学理论及判例中,生物损害被解释为对被害人身心完整性造成的损害,并非指可能产生的财产性后果,这一后果可能并未产生。
- ㉞谢鸿飞:《精神损害赔偿的三个关键词》,《法商研究》2010年第6期。
- ㉟Cfr. Emilio Betti, Istituzioni di diritto Romano, Volume Seconda, Parte Prima, Padova, 1962, p. 521.
- ㊱易军:《论人格权法定、一般人格权与侵权责任构成》,《法学》2011年第8期。
- ㊲[德]马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,第85页。
- ㊳[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第64页。
- ㊴Fritz Schulz, Classical Roman Law, Scientia Verlag, 1992, p. 599.
- ㊵王利明:《人格权法的发展与完善》,《法律科学》2012年第4期。

责任编辑 耿卓