

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2016.01.024

欢迎按以下格式引用:马俊驹.人格与人格权立法模式探讨[J].重庆大学学报(社会科学版),2016(1):184-196.

Citation Format: MA Junju. Research on the legislative model of personality and personality right[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2016(1): 184-196.

人格与人格权立法模式探讨

马俊驹

(西南财经大学 法学院,四川 成都 610074)

摘要:人格权与人格不同,人格权不再是主体制度的一部分;人格权与财产权不同,人格权不可能归入财产权;人格权与人格权请求权能不同,人格权的“广义内容”不可能仅限于侵权法上的规定。民法上人格权制度的立法模式,应分为四个层次:民法的基本原则构成人格伦理价值的法治基础;民法的主体制度是实现主体人格伦理价值权利化的逻辑前提;人格权与主体制度分离并建构独立的权利体系和制度规则;对人格权的救济应采用“退出式”与“割让式”救济路径相结合的立法模式。

关键词:人格;人格权;立法;民法制度

中图分类号:D923

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2016)01-0184-13

一、从人格、权利能力到人格权的确立

人格是罗马法的创造。但罗马时代还是严格整体主义的社会,个人不能脱离群体,每个人是家庭、家族的一份子,又是城邦的一部分,还没有个人意志为标志的个人权利观念,所以罗马法中的“人格”不是近现代法中所理解的那种个人理性人格。当时,享有主体资格即有人格的是家庭、家族,其内外事务由家父统领和代表。一个生物意义上的人不具备法律主体条件,即使有着处置家庭、家族财产和负担家子行为后果的家父也不是法律主体,只有家庭或家族作为一个整体才是法律主体,才是拥有“人格”面具的人格体^①。

“人格”一开始就有私法和公法层面的两重法律涵义。以家父为轴心的家庭、家族内部关系和以家庭、家族为主体的对外交易关系,均由私法调整。在交易关系中,家庭、家族显现的“人格”形象为“私法人格”;当家庭、家族的某些成员以“公民”身份进入城邦参与公共事务时,家父、家子等的“人格”地位是自主的、平等的,其显现的“人格”形象为“公法人格”。由此可见,罗马法上的“人格”并非具有共同的一般法律属性,它既不完全属于私法,也不完全属于公法,在不同的社会场域,“人格”由私法或公法分别塑造和调整。在罗马,身份等级制度下的“私法人格”是由公法规定的。家庭、家族作为“私法人格”的载体,能够以家父为代表参与商品经济活动,以解决生产和生活的自然需求,当其成员以“公民”身份即“公法人格”参与城邦政治活动时,他们所享有的公法权利并不以其具有“私法人格”为前提。这就是罗马法上人格制度的复杂性,公法与“私法人格”、“私法人格”与“公法人格”、公法权利与私法权利处于相互关联而又相互分离的多元法律状态。但它们的功能均在于协调身份社会与商品经济之间的矛盾和冲突,进而促进和保障家庭经济与社会秩序的稳定和发展。

罗马人的人格取得以社会身份和等级为先决条件。“人格”的不平等是罗马法中人法的基本特征。在

修回日期:20215-10-02

作者简介:马俊驹(1941-),西南财经大学特聘教授,博士研究生导师,国务院特殊津贴专家,中国法学会民法学研究会学术顾问,主要从事民法研究,在法人制度、物权及合同法等领域有独到见解。

①冯军在翻译德国学者雅克斯斯所著《规范、人格体、社会:法哲学反思》一书时,将 persona 译为人格体,指戴“人格”面具的人;有学者也译为“人格人”。可以理解,人格体或人格人就是我们现在所说的法律主体。

当时,人的内在价值如尊严、平等、自由等伦理性要素,还被排斥在认定“人格”的条件之外。虽然希腊斯多葛哲学的自然法观念已经在罗马社会传播和产生影响,但是滞后的社会观念和法律规定并未很快接受“人生而平等”的思想,即使到了罗马法中晚期,罗马仍然处在一个原始家庭,家族思想与正在形成中的个人意识和个人“人格”相互对峙、相互交错的社会状态。正如美国学者施密特所言:“真正的自由、个人之权利以及对个性的尊重,在希腊和罗马的文化里无处可寻。”^[1]中国学者龙卫球也指出,“罗马法的个人主义,还停留在社会技术而不是价值的认识阶段,并不是后世的统一自然人制度的思想基础”^[2]177。

近现代“人格”伦理价值的塑造和人格主体资格的确立,经过了从13世纪到18世纪的漫长历史过程。这期间经历了四次人类思想解放运动:一是文艺复兴倡导以人为本,为思想自由、个性解放和树立人类中心主义世界观提供了理论前提;二是宗教改革动摇了基督教会的权威,进一步增强了个人信仰的自由观念;三是启蒙运动的思想家以自然权利理论为批判武器,改造了传统的国家(城邦)观念,为现代个人权利的确立奠定了坚实的理性主义基础;四是近代自然科学的进步,为人类认识世界和征服世界增进了信心和勇气^[3]27-30。16世纪以后,古典自然法学派用理性启迪人类,清除无知、迷信和偏见,推崇个性解放、人格独立、平等自由,成为资产阶级革命的理论武器。自然法上的理性就是人的本质属性,人格就是有思想、有自由意志的理性存在。所谓理性,是指“人类一种自然的能力,是行为或信仰的正当理由,评判善恶是非的根本标准。把自然法视为理性的建构,意味着自然法是绝对有效的、不证自明的、一贯的和必然的,即使上帝也不能改变”^[4]。在古典自然法学派看来,理性的崇尚必然会指向具体的人类思想、欲望和价值追求,进而使平等、自由、独立等理念成为构建人格伦理的价值核心,使自然权利的获得成为人们最美好的理想和希望。

因此,由理性建构的自然法的基本理念,就是把人看着平等、自由、有尊严的人。人格成为人所拥有的一种法律资格、地位,是一种直接体现个人尊严的法律工具。归结一点就是所有的人都享有人格,人格成为做人的根本,成为自然法上的权利,这种权利不能改变和侵犯。在这里,人格的内涵不仅构成主体思想和制度的源泉和内容,而且统领包括整个民法在内的近现代法的精神内核和价值基础。

17-18世纪,是西方国家资产阶级兴起和革命的时代。1789年法国大革命和《人权宣言》是资产阶级革命胜利的一次伟大创举和历史见证。《人权宣言》所宣称的传统上的自然权利,即人人平等、人身自由、财产自由等,被1804年的《法国民法典》全盘移用,使其自然法精神得到了突出体现。《法国民法典》虽然注重了“人格”自然理性的伦理内涵,但却忽视了“人格”主体地位的法律意义。拿破仑主持下制定的民法典,为实现“塑造民法生活”的政治目的,刻意地要求法条条理清楚、简单易懂,能为广大民众所理解和运用,放弃了形式抽象而内容丰富的“人格”概念,在自然理性与实在法上的民事权利之间,缺少了必要的逻辑环节,即缺少了法律对人(自然人和法人)的主体地位或权利资格的确认,而直接在第8条规定“所有法国人均享有民事权利”,从而回避了法律上的人的资格问题。

在18、19世纪交替之际,曾风靡一时的自然法学说遭到了英国休谟和德国康德等学者的批判。在德国,有学者主张法律并非发源于抽象的理性,而是来自于民,形成于史,并呈现了不断变化的天性^[5]。以上理论思潮取代了自然法之理性主义,促成了历史法学派在德国的兴起。之后,由历史法学派中偏爱罗马法《学说汇纂》体系研究的罗马法学派承担了制定《德国民法典》的任务,他们强调法律的体系化、抽象化和逻辑性,试图铸造一个“概念的金字塔”。在这样的立法背景下,《德国民法典》在民事主体的制度安排上,就要解决如何解释人之所以为人即享有“人格”的法律原因,人的主体地位不应该仅仅停留在伦理哲学的观念中,而必须在实在法上得到直接的体现,并成为司法适用的具体依据。正是为了符合这种立法需要,“权利能力”作为一项实践理性的法律命令而被规定在《德国民法典》中。

德国民法为什么创制权利能力制度?这已经成为民法学界的一个难解的课题。为了解决这个问题,除要了解 and 认识制定《德国民法典》的立法和理论背景外,还要考察和分析权利能力制度的功能和意义。笔者认为,“权利能力”能够成为一项重要的民法制度,是由它的以下三点功能所决定的。

功能一,权利能力是在人格的“民族走廊”中建构“民事主体”的基础制度。人格概念如同一个“民族走廊”,被许多观念“定居”过,由此造成它在不同的时代甚至相同的时代有不同的含义^②。的确如此,人格不仅

^②徐国栋《寻找丢失的人格——从罗马、德国、拉丁法族国家、前苏联、俄罗斯到中国》(《法律科学》2004年第6期。转引自张善斌《权利能力论》,武汉大学2014年博士学位论文,第81页)。

是私法概念,而且也是公法概念,许多大陆法学者认为人格具有太多的公法因素;人格不仅表示人的主体资格,而且涵盖着自由、平等和尊严等丰富的伦理价值,是以人为本的法治社会的精神基石,也是组织社会的有力工具;人格不仅为自然人所享有,而且法人也需要享有主体资格;人格是一种自然权利,但有时也被人们理解为法定权利。可见,人格可能是法学上最难定义的概念,它具有多重含义,不可能直接、准确地表达民事主体的意义。人格的这种不确定性是德国立法者不能允许的,他们必须从人格的涵义中找到或抽象出一个私法意义上的、清晰而精确的民事主体资格的概念来。在这种法律技术背景下,权利能力终于在私法上取代了人格概念,成为包括法人在内的二元“民事主体”的基础制度。

功能二,权利能力是将“生物人”认定为“法律人”的法律命令。《法国民法典》与《德国民法典》均沿袭了罗马法将“生物人”与“法律人”相区分的立法技术。也就是说,“生物人”要成为“法律人”必须要符合条件,即要“适格”。不过《法国民法典》规定要适“人的理性”之格,适“法国人”之格,《德国民法典》规定要适“权利能力”之格,适“完全出生”之格。“权利能力”的概念如同《法国民法典》中的“人的理性”的自然法观念一样,是连接“生物人”与“法律人”的逻辑桥梁,是一条实在法上的“命令”,有了这条“命令”,“生物人”才能成为“法律人”,“法律人”只是法律主体、民事主体,他们通过参与法律关系才能取得民事权利和承担义务,进而成为实际的法律关系主体。因此,“权利能力”成为《德国民法典》强调以实在法“命令”取代自然法观念作为“法律人”的依据这一背景下所创制的特有概念^{[6]62-63}。

功能三,权利能力是“人格”转化为“人格权”的逻辑通道。人格与人格权是两个不同的概念。中国有学者认为,“按照康德的权利体系,人格属于‘天赋权利’,人格权属于‘获得的权利’,两类法律现象处于不同的层次:一个是前提;一个是结果”^[7]。依笔者的理解,人格本是一个自然法上的概念,它体现的是人的伦理价值;人格权应是一个实在法上的概念,它体现了法律对人的伦理价值的保护方式。从这个意义上讲,人格与人格权之间既有联系又有区别,一是根源性、原则性的理性信念,一是结果性、制度性的法律规范^{[6]72}。由此看来,人的伦理价值要得到法律的保护,还须通过构建人格权制度,即将“人格”所涵盖的原则理念转化为实在法上的具体法律规定才能实现。“人格”转化为“人格权”需要解决三个问题:一是将“人格”的私法内涵抽象出来,建构一个纯的私法概念;二是要创设一个将理性的“人格”转化为法定的、具体的、可以赋予人享有权利和承担义务的能力也可以限制其能力范围的法律规范;三是要解决传统人格学说不能接纳团体主体的困境,设置一个能够包容自然人和法人主体资格的上位概念。为了解决上述问题,“权利能力”应运而生。权利能力制度的创设使抽象的自然法的伦理价值实现了法律化、制度化,“权利能力”不仅成为民法上的人的判断标准,而且在人与包括人格权在内的所有民事权利之间构筑了一条逻辑通道。作为民事主体的人有了“权利能力”才能步入权利的殿堂,人所享有的“人格”伦理价值才能在逻辑上转化为一项私法上的权利,即人格权。

现代民法,特别是20世纪中叶以来制定或修订的各国民法,不同程度地把人格权作为一项重要制度加以规定。但是,在大陆法系国家,立法者遇到的传统法学理论的障碍和立法技术的困难颇多,使得这一立法进程并不顺利。在中国,民法学界对人格权有关理论和立法技术问题都进行了广泛的讨论,但始终未能形成较为统一的意见。这里显然有两个方面的问题应该解决:一是我们要建构的是一个什么样的人格权,法学上的理论障碍能否克服;二是我们的人格权制度应该选择或创建一个什么样的立法模式。

二、人格权应该具有的基本属性和内容

(一)人格权的本质属性是法定权利,不是固有权利

中国多数学者认为,人格权是对人之生命、健康、身体完整、名誉和隐私等伦理价值的保护,除了姓名权外均为人之固有权利、与生俱来的天赋权利。笔者认为,人格权作为一项民法制度,它是某一时代民族精神在历史演进中形成的法规则,是法律对社会生活的客观反映。人格权只能是法律后天赋予人的权利,它是法律外在的加于人之身的东西,并非是人所固有的权利。在法律没有规定的情况下,人的各项“人格”伦理价值就无法实现和得到保护。当一种新类型的“人格”伦理价值产生时,也只有被法律确认之后,才可能成为一项新的人格权。因此,人格权并非人之固有权利,而是立法者为适应社会需要而创设的法定权利。

为什么产生人格权是固有权利的观念?原因还在于没有区分“人格”与“人格权”这两个概念之间的差异与联系。人格是一种形而上的自然权利、天赋权利。自然权利、天赋权利代表着自然法的理念世界,体现的是一种抽象的伦理价值。人格权是一种形而下的法律权利,法律权利代表着实在法的实证世界,是一种

具体的法律规则。人格作为人所拥有的法律地位,是人格权产生的根据和前提,体现的是发生法律关系的抽象可能性,但人格不能等同于人格权。自然权利、天赋权利向法律权利转化也包括人格向人格权转化的过程就是权利被主观化、实证化的过程,这一过程造就了现代权利观念的形成。我们今天在理解权利时,是从权利主观意义的角度来界定权利,是把权利理解为具体法律关系当事人个人的自由意志^{[3]91}。权利不再是高高在上的抽象的理念,而是被用于立法实践的产物,成为个人自由意志的外在表现形式。现在,一些学者所理解的人格权,实际上还是人格概念中所涵盖的那些抽象的天赋权利、原生的固有权利,不是现实意义上的主观权利,不是被实证化、世俗化了的权利。如今,法学界和立法界之所以对人格权的立法模式出现分歧,正是人们往往在“人格”与“人格权”的概念之间徘徊的结果。

我们的人格权立法,既要在“人格”理念的指引下进行,又要摆脱“人格”内涵中那些属于自然法的权利观念的影响。在权利与法律的关系上,笔者赞同权利是由法律赋予的、是由法律规定的,所以“先有法律,后有权利”,不存在固有的权利。反之,那些主张“权利在前,法律在后”的学者,他们只是对自然法存在一种美好理想,只是对天赋权利观念的一种信赖。然而,这种理想和信赖是不符合实际的,权利永远与实证的法律相关,“权利是法律赋予主体的意志的支配力^[8]”。

(二)人格权是与主体自身不能分离的人身权,不可能归入财产权

人格权为_{人身权},也称非财产权,这是中国法学界的通说。但该说是否绝对,人格权真的不允许有任何财产之痕迹,显然不是。传统民法学以权利客体为标尺,将权利分为人身权和财产权。可是,在某些法律关系中,人身权和财产权的边界模糊,如继承权和社员权就兼具人身权和财产权的双重属性^[9]。

从人格权的基本属性看,生命、健康、自由、名誉、隐私等伦理价值,是每一个自然人所必须具备的,这些人的伦理价值不可以金钱代替,是一种非财产性的权利。但是,随着现代社会的市场化、信息化,各种人的伦理价值的利用则可产生间接的经济效益,并可通过市场评价,衍生出人格权的财产属性。最突出的是“人格商品化”现象,它已经成为商业活动中不可缺少的经济手段。人格商品化是权利人将某些人的伦理价值运用于商品中,使其人格要素与商品发生连接,从而在一定程度上促成商品经济的发展。这一现象模糊了长期以来人们心目中人格与商品之间泾渭分明的分隔关系。尽管如此,从本质上讲,人格商品化只是人的伦理价值即人格要素在商品经济中的延伸,其内涵在于人利用自己的人格要素,使其人格权的内容得以扩张而已。在人格商品化中,变动和转移的是某些人格要素,而非人格权的变动或转移,人格权不能商品化。对于人格权而言,人格要素是本,而经济利益是末。

由此可见,所有权利类型的划分标准都是相对的。人格权的基本属性是与主体自身不能分离且不可转让和放弃的非财产权利。但是这一基本属性不是绝对的,也会有例外的情形发生。人格权是一种绝对权,所以应具有排他性和支配力,构成一个排他的自由保护区域,并通过权利人的自由意志控制着自身的运行方向和方式。人格权为_{人身权}或非财产权,不仅使其与债权相区别,也使其与其他财产权相区别。也有学者认为,具有一定经济意义的人的伦理价值应该视为无形财产,以此为对象而产生的权利应该视为无形财产权。这种认识有一定道理,不过人格权与知识产权和信息财产权等无形财产权之间还存在明显的差异。所以在大陆法系国家,人格权是人身权利的基本属性没有改变^③。

(三)人格权的客体是人格要素,不是人格利益

传统理论中有个说法,即“任何可成为法律关系客体者为物”。而物又是独立或单独的存在,且多为有形物。实际上,人本身、给付、人格方面的行为方式或法益,也可作为客体,这一认识是我们讨论人格权客体的思想基础。应该说,人格权与其他权利最明显的差异是其客体即权利指向的对象的区别。只有承认人在法律规定的范围,拥有和支配自身的身体、健康、平等、自由等_{人格要素}的权利,才能使这些要素成为权利的客体,人格权才能为法律所确认。中国通说认为,人格权的客体是人格利益,这一认识来自对权利本质学说的理解。由于“享受特定利益”是“法律上之力”的目的所在,所以人们容易将权利的客体理解为“特定的利益”,自然也会认为人格权的客体是“人格利益”。实际上,“特定的利益”或“人格利益”只是其权利的目的,是权利作用于它的对象所要达到的效果,并非是权利的对象即客体。即使按照耶林的观点,权利是一种“法

^③英美法系国家因为不存在所谓人身权与财产权的严格区分,所以对此问题的认识则不同。在人格权的保护方面,英国普通法将人格权的商品化问题归属于财产法的范畴,好的商誉所带来的利益被视为一种特殊的财产,它与债权、商业证券、股份、知识产权等一起被视为无形财产。在美国学者眼中,隐私权和公开权实质上也属于无形财产权。

律保护的利益”,也只是说明权利是为了保护权利人的某种利益,并不能解释权利的客体本身就是利益。所以,权利之目的与其客体,二者的含义相差甚远。

当然,中国一些学者将“人格利益”解释为人格权的客体还有另外一番更深层的考虑。他们认为,人格要素即各项人格伦理价值是与权利人自身不能分离的,这些要素是内在于权利人的,是权利人的有机组成部分,不可能成为外在于权利人的权利对象或客体。在传统理论看来,权利的客体只能是“身外之物”,而人的伦理价值是“内在于人”的构成要素,自然不能成为权利的客体。这样又触及到一个最实质的问题,人格权能成为权利吗?诚然,我们如果将人格权置于民法的权利体系之中,就会打破各种权利之间的逻辑关系。可能正是如此,这些学者才使用了一个模糊的“人格利益”的表述方式。但是,这解决不了实质问题。

笔者的看法是,人格权的客体只能是人格要素。其理由可以从以下两个方面分析:一是人格权是人格及其要素在实在法上的体现。人格要素的构成是基于一定社会条件下,人在物质和精神上的自然需要,法律对上述自然需求的确认和保护即构成人格权。所以,人格权与人格要素之间体现着两层意义上的内在联系,一方面人格要素是人格权人之自由意志赖以存在的基础,另一方面又是人格权人自由意志的对象。二是人的伦理价值即人格要素已非完全“内在于人”,其“外在于人”已成为社会发展的客观需要。人格要素的可支配性使其“外在化”观念进一步形成,由此造成的结果是,某些人格要素与人自身发生部分分离,甚至完全分离,从而成为人格权的客体,人格权成为连接人格要素与人之间的纽带^{[6][10]}。

在这里,我们想到知识产权的有关问题。知识产权的客体是智慧成果,智慧成果来源于人之智慧与人之外部事物之间发生的精神性的巧妙结合,并存在于特定人的头脑之中,它可以通过语言、形体或文字等表达于外部世界,在法律允许或确认的前提下,成为特定人所占有和支配的权利客体。可见,智慧成果本质上是“内在于人”的,具有鲜明的人身属性,那么,这样“内在于人”的东西怎么能够成为权利的客体呢?在传统民法的权利理论中,这样的“客体”显然不能进入民法的权利体系之中。所以德国、法国和日本等国的民事立法均不愿意将知识产权纳入民法典,尽管它们并不否认知识产权是一项重要的民事权利。自20世纪中叶以来,先后有些大陆法系国家将知识产权纳入民法典,这是对现实社会生活的客观反映,是对传统民法理论和制度体系的重大突破^④。虽然这些立法有的并不成功,学界非议甚多,但是人们终于看到,“内在于人”的东西是可以“外在化”的,进而成为民事权利的客体,成为权利人可以占有和支配的对象,使知识产权成为民法权利体系中的重要一员。知识产权在民法中的逐步确立,为权利客体的不断扩张以及相关“内在于人”价值因素的“外在化”和无形物的“权利化”开辟了道路。

从更深层的角度看,如果我们把权利的客体仅限于“外部事物”,必然形成“法律之保护”的两种方式:一是用“权利的保护”方式,来针对那些“外在于人”的事物;二是用“人之本体”的保护方式,来保护那些“内在于人”的主体自身,即“内在于人”的各种伦理价值。现在中国多数学者对人格权的立法思想属于后一种方式,他们把人格权看作是主体制度的一部分,对人格伦理价值采取“人之本体”的保护方式,而且这种立法思路恰与一些国家的人格权立法状况相吻合。但是,这种立法模式并不可取。原因在于,人的伦理价值在近代社会的扩张,已造成了这样一个令人无法回避的事实,即那些新型的伦理价值,如肖像、隐私、知情以及居住环境等,已经远远超越了“人之所以为人”的底线。与此同时,人的伦理价值之于人的意义,现在也并非只局限于静态的“受到保护”,而且包含着动态的“支配对象”,甚至有的伦理价值已经延伸至“交易”的领域。可见,人的伦理价值“外在化”已经成为社会发展的一种趋势。然而,“内在化”的伦理价值观念,却无疑成为这种社会发展的理论障碍。要解决这个问题,就要重新定位人的伦理价值与人之间的关系,即将人的伦理价值由“我之所是”重构为“我之所有”。只有如此,法律才可能将那些无法列入“我之所是”的伦理价值纳入保护范围,人对自身的伦理价值才可能有支配的权利。以上是笔者由对人格权客体的理解而引申出的对人格权立法模式的相关思考。

④将知识产权整体或部分纳入民法典的国家有:《意大利民法典》(1942年);《苏联和各加盟共和国民事立法纲要》(1961年);《苏俄民法典》(1964年);《白俄罗斯民法典》(1994年);《越南民法典》(1995年);《蒙古国民法典》(1995年);《土库曼斯坦民法典》(1999年);《乌克兰民法典》(2004年);《俄罗斯民法典》(2008年)等。特别要提到,荷兰1947年起草新民法典时规划第九编为智力产品法,但随着欧洲统一专利法以及欧盟范围内部分国家统一商标法的实施,荷兰将知识产权纳入民法典的构想至今未能实现。本文并不讨论知识产权的立法模式,也不讨论是否将知识产权纳入民法典的问题。笔者看重的是知识产权立法终于将“内在于人”的因素确立为民事权利的客体。至于知识产权的无形性问题,也不在本文的讨论之中。

(四)人格权的内容应作广义理解,不应局限于侵权法上的理解

《德国民法典》在侵权行为一节中作出了侵害人的生命、身体、健康和自由应承担损害赔偿规定的规定,从而为人的伦理价值的法律救济提供了实在法上的依据。这种将人对自己伦理价值的权利及其保护完全委诸侵权法的做法,是德国立法者因对权利性质认识上的局限,特别是对权利客体理解上的原因而表现出来的务实与无奈。

我们在重新认识了人格权的客体属性之后,就会发现人格权的内容不能仅限于笼统的、无实际内容的“人格权”术语,也不能仅限于“他人不得侵害人格权的消极义务”。按照当代德国学者提出的“广义的法律关系内容”的观点,法律关系的内容,包括单个权利和权能、预期取得、法律义务和其他约束、负担性义务以及权限等^{[10]263-271}。从法律关系的“法律模式”意义上讲,这个“广义法律关系内容”的理论,无疑是合理的。从这一理论出发,人格权的有关“权能”以及基于这些权能对他人所产生的影响,均应被纳入到人格权法律关系的内容之中。中国有学者依据百年前《德国民法典》的有关规定,主张将“人格权”放在侵权法的章节内加以规定,显然是不现实的。

人格权作为一种绝对性支配权,它的权能可以分为“支配权能”和“请求权能”两个方面。前者为人格权的积极权能,后者为其救济性的消极权能。

人格权的支配权能,包括“事实支配”和“法律支配”两种形态。“事实支配”是指权利人在法律规定的范围内,有权对人格权的客体加以处置和利用,如以自己的生命、健康、身体从事冒险活动,在文件上签名,在网络上公开自己的肖像,对外暴露自己的隐私等。上述对人格要素的处置行为,并不是对相关人格权的“抛弃”。人格权事关人的主体性、伦理性,它允许对客体的某些人格要素进行处置,但是对具有非特定性的人格要素之整体不得抛弃和放弃。总之,人格权的事实支配并不妨碍人格权的继续存在。

人格权的“法律支配”是指权利人可以通过法律行为,有偿或无偿地将自己的某些人格权的客体要素设置暂时性的限制。这是一种以交易形式对人格权所进行的支配。这也是近年来民商法学界所讨论的“人格商品化”或“商事人格权”的问题。应该指出,由于人之存在与其人格的伦理价值之整体存在不能分离,所以人格权的法律支配只可能表现为一种“限制性”的或者“使用许可性”的债权意义上的支配,而不可能表现为“转让性”的支配。按照法律行为“负担行为”与“处分行为”的划分,人格权的法律支配行为,应属“负担行为”,而不是“处分行为”,正如人格权是不能“放弃”的一样,人格权是不能“转让”的。

至于人对自己的哪些人格要素能够进行支配?如何支配?法律应以什么标准加以限定?这是复杂的社会伦理的判断问题。实际上,法律必须根据当前社会伦理道德的要求尺度,对人格权的客体要素进行一个明确的划分,哪些是“可以支配”的,哪些是“不能支配”的或现在还“不能支配”的。从法律上讲,这里问题的实质是解决人的意思自治与公序良俗原则的关系问题。具体说,是通过设置法律行为的规则,如设置相关的成立或生效要件来解决。

人格权的请求权能,是指人格权受到他人的妨害或者损害时,权利人有权请求该特定的侵害者停止或排除妨害,以及对其享有损害赔偿的权利。显然,“具有人格权的人需要请求权,使他们有可能在他人妨碍自己行使权利时,或在他人保持一个和自己权利相反状态时,通过司法程序保护自己,从而使自己的权利得以实现”^{[10]322}。

上述讨论,使我们必须明确,人格权与其他民事权利一样,有着丰富的权利义务内容,这些内容的界定还需要法律具体加以规定。人格权在民法权利体系中是重要的新成员,绝非在主体制度或侵权法部分稍加规定就能解决问题的。人格权立法将是中国民法典制定中一项宏大而艰巨的工作。

以上对人格权基本属性和相关内容的论述是不全面的。本文所以就上述几个问题进行讨论,主要是要说明这样的观点:人格权不再是人格内涵中所体现的自然权利、天赋权利、原生的固有权利,而是实在法上的法定权利、实证的法律制度,它虽然吸取了“人格”的有益伦理价值因素,但却摆脱了抽象人格的自然法约束,成为实在法上的具体法律规则。从逻辑上讲,人格权与人格不同,人格权不再是主体制度的一部分;人格权与财产权不同,人格权不可能归入财产权;人格权与人格权请求权能不同,人格权的“广义内容”不可能仅限于侵权法上的规定。在法律观念上,人的伦理价值由“内在于人”改变为“外在于人”,已经成为社会发展的客观需要,只有将人的伦理价值“外在化”,才会构成对人格权的“权利的保护”模式,才会有实在法意义上的“人格权”存在,人格权才会在民法权利体系中占有一席之地。

三、人格权立法模式的选择

(一)对各国立法模式的分析与评价

人格权是民法重要的调整内容。各国在立法上采取了不同的观念和立法体例,表现了不同历史时期、不同国情之下各国对人格权保护的方式和力度。近现代以来,随着“身份到契约”的历史演变,各国民法对传统意义上的身份权进行了限制,这表现在家长权的逐渐消亡、夫权的最终废除以及对各种社会特权的限制,从而使主体之间获得了法律上的平等地位,这是人格权得以确立和发展的前提条件。特别是自20世纪中叶以来,各国开始重视人格权的立法。但是应该承认,这一时期的人格权立法还处于形成和不断发展的过程中,法学家还没有为它的存在和发展做好充分的理论准备。目前,各国人格权的立法模式各异,不成熟的立法细节颇多,各国法学家和立法者还在探讨和摸索之中。归纳起来,各国人格权立法大致有以下模式。

1. 法国民法对纯自然理性的保护

在《法国民法典》中,既没有“人格”的术语,也没有“权利能力”的概念,不存在人的伦理价值权利化的任何影子。在立法者看来,人的自由与尊严等伦理价值完全是基于自然理性而产生的,是人的固有要素,实在法不可能创制出“人可享有的东西”。有学者指出:“《法国民法典》虽不是以权利的观念来看待人格,但从更高的自然地位看待人格。法律虽然不能在法定权利的意义上规定人格权,但是法律要比保护法定权利还要高地维护人格。”^{[2]305-306}这一分析和认识有其正确的一面,也有过早断言并非准确的一面。实际上,法国人也逐渐发现了自己立法上的不足,于20世纪70年代和90年代,《法国民法典》对其人法制度就做过两次重要的修订,曾分别规定“任何人均享有其私生活受到尊重的权利”(见法典第9条,1970年7月17日第70-643号法律),“任何人均享有身体受到尊重的权利”(见法典第16-1条第1、2款)。这表明了法国民法对人格尊严的重视,已经开始把人的伦理价值作为权利的对象进行保护。当然,这也只是从保护人的自然理性朝着保护人的人格权利的方向发展的起点。

2. 德国民法对人的伦理价值的保护

《德国民法典》虽然没有使用“人格”术语,但是创制了“权利能力”的概念,从而使自然人和法人自出生之时或成立之时便享有了实在法上的主体资格,这为从“人格”向“人格权”过渡提供了法律前提。不过,有了“权利能力”并不意味着人的伦理价值观念已经完全让位于法律技术。德国的立法者仍然认为,每一个人都应该取得“自然权利”,平等、自由、尊严等伦理价值是人本身所“固有的东西”,而不是外在于人的“可得享有的东西”。在对权利的认识上,他们认为权利只是人与外在事物的法律上的连接纽带,那些内在于人的事物即人的伦理价值不可能成为权利的客体。所以,为了维持传统的立法观念,特别是为了在逻辑上不打破传统民法权利构造和体系,从来不愿意将人的伦理价值作为权利客体。虽然《德国民法典》第823条明确规定了法律保护人的生命、身体、健康和自由,却始终不愿意称其为权利。《德国民法典》除了在总则部分规定了姓名权之外,始终没有使用人格权这一概念。

《德国民法典》基于对实在法依据的强调,抛弃了《法国民法典》将人的伦理价值的救济依据完全委诸自然法的做法,采用侵权损害赔偿的责任方式来保护人的伦理价值,这是立法的一大进步。由此表明,《德国民法典》虽然坚持将人的伦理价值视为人的固有因素并拒绝将伦理价值视为权利客体的立法观念,但毕竟在立法上为建立保护人的伦理价值的请求权制度做出了贡献,这一立法模式被多国效仿。

3. 《瑞士民法典》将伦理人格法律化

瑞士民法首次将伦理人格法律化,实现了对法律人格的保护。《瑞士民法典》不仅规定“权利能力”,而且首次将“人格”术语引入实在法,从此标志着法律上人格概念的最终形成^[11]。此时的“人格”不同于康德伦理人格主义哲学上的“人格”,不再是哲学上、伦理学上和法学上的用语,而是一个法律上的概念。所以,《瑞士民法典》实现了伦理人格向法律人格的转变,标志着人格的法律化,为以后在法律上确立人格权制度提供了新的路径和范式,对中国未来立法有着重要的参考价值^[12]。

《瑞士民法典》第一章《自然人》、第一节《人格法》规定了“人格的一般规定”、“人格的保护”、“人格的形成及终止”。“人格的一般规定”规定了权利能力、行为能力、血亲及姻亲、籍贯与住所等;该法第二章《法人》第一节《一般规定》首先规定法人人格,然后规定权利能力、行为能力等内容。该法典还建立了较为全面的保护人格的请求权制度,还特别规定了保护人格所应采取的预防措施。由此可见,该法典有关人格的规定已经相当详尽,这是它的进步方面。但是,由于立法者受到自然法学和立法传统的影响,并没有将人格与

人格权两个概念区分开来,视人格为人格权,视对人格的保护为对人格权的保护。在《瑞士民法典》中,没有明确规定人格权的概念,有关人格的规定还仅限于民事主体制度的有关内容,人格内涵中体现的是主体资格,而不是权利。因此,该法典是一项只有保护而没有权利设定的立法例,这是其不足之处。在这里,有两个问题非常重要,一是要认识到没有权利的明确规定,就缺少了“权利宣示”的功能,既然权利是什么都不清楚,那么权利的保护也就必然陷入无的放矢的境地;二是要认识到人格权是一项独立的权利类型,它不仅体现在权利受到侵害时能够获得救济,而且它还具有各项积极的支配权能,这才是人格权的重要价值所在。所以,仅想通过侵权法来解决人格权的规制问题还不全面,不可能达到目的。

4. 埃塞俄比亚民法正式使用人格权的概念

埃塞俄比亚民法正式使用人格权的概念,确认人格权是“内在于人”的权利,这是人格权制度初步形成的重要标志。《埃塞俄比亚民法典》是1960年国王海尔·塞拉西邀请法国著名比较法学家勒内·达维起草的。总的来说,该法典受《法国民法典》影响较大。徐国栋教授评价指出:“如果法国由一些比较激进的人当政,他们打算重订法国民法典,这部民法典将是什么样子?答曰:八成就是《埃塞俄比亚民法典》的样子。因此,埃塞俄比亚之法典,尚可窥视法国未来民法典的可能样态。”^⑤

《埃塞俄比亚民法典》中对于人格权的规定相当完善,并且在法典中占有重要地位。从结构上看,该法典第一编第一题第一章为《人格与内在于人格的权利》,其中明确以《人格权》为该章的第一节,其后《人格的归属》是第二节,共24条。上述结构是对《法国民法典》的改进。《埃塞俄比亚民法典》把《法国民法典》第一编《人》分成了第一、第二两编,分别为《人》和《家庭与继承》。把关于主体的规定与关于以自然人的家庭为核心发生的人身关系和财产关系的规定分别开来,突出了主体制度的规定,为扩充对人格与人格权的规定留下了空间。

从内容上讲,该法典首先规定的是“人格的效力”(第8条),规定任何自然人都享有人格权和自由权,这个规定表明该法典规定的人格权有广义和狭义之分,自由权属于广义上的人格权。应该说,自由权中的有些权利已经具有公权性质,这些权利放在民法典中规定,也是公法与私法、公权与私权相互交融的一种表现。第9条为“对人格效力的限制”,规定人格权与自由权不得流通。第10条为“非法妨害的禁止”,确认了人格权的停止侵害请求权。第11条为“对自由权的限制与搜查”。随后依次规定了居住自由、思想自由、宗教自由、通信自由、人身完整、肖像使用等权利类型。值得注意的是,该法典在第一章《人格与内在于人格的权利》之后,单独用一章来规定人格权。这表明立法者是将姓名权视为一种“外在于人格”的权利,故不能将其纳入该法典所规定的“内在于人格”的权利之中。

《埃塞俄比亚民法典》关于人格与人格权的规定,具有重要的理论和现实意义,呈现了当代人格权立法的一种发展趋势。在理论上,突破了“内在于人格”的伦理价值不能成为人格权客体的传统观念;在立法上,将人格权的客体分为两类,一是“内在于人格”的伦理价值,如身体、人身完整、自由、肖像等;二是“外在于人格”的伦理价值,如姓名。由此解决了自德国民法以来因对人的伦理价值不能成为权利客体所产生的法理纠结,终于在立法上将其“内在于人”的保护方式与“外在于人”的保护方式统一起来,为建立统一的人格权制度奠定了基础。从此“人格权”名正言顺地纳入到多国或地区的民法典的权利范围之内。如《葡萄牙民法典》(1966年)、《匈牙利民法典》(1978年)、加拿大《魁北克民法典》(1991年)、《越南民法典》(1995年)、《澳门民法典》(1999年)、《巴西民法典》(2001年)等,均将人格权作为重要内容加以规定。但是,《埃塞俄比亚民法典》和以后制定或修订的各国或地区的民法典中,并没有将人格与人格权作出严格的区分,它们所规定的人格权在很大程度上还是自然法上的“天赋的权利”、固有的权利,所以只能在主体制度中加以规定。在一定意义上讲,这些国家和地区民法典所规定的人格权还不是实在法上的权利,而是自然法的权利。

5. 俄罗斯民法典将人格权放置于权利客体部分规定

俄罗斯民法典将人格权放置于权利客体部分规定,突破了大陆法中人格权只属于主体制度的传统思维,为人格的权利化开辟了另一条立法模式。《俄罗斯民法典》(分别于1995年和1996年施行,知识产权部分于2008年施行)分为四编,分别是《总则》、《所有权和其他物权》、《债法总则》、《债的种类》。第一编总则下分为第一至第五分编,其中第三分编为《民事权利的客体》,其下又分为三章,分别是《一般规定》(第六

^⑤徐国栋《埃塞俄比亚民法典:两股改革热情碰撞的结晶》(薛军译《埃塞俄比亚民法典》,中国法制出版社2002年版)。

章)、《有价证券》(第七章)、《非物质利益及其保护》(第八章)。对于人格权的相关内容就在其第八章中规定。

该法典第八章第150条规定:“公民与生俱来的或依法享有的生命权和健康权,个人尊严权,人身不受侵犯权,个人秘密和家庭秘密、自由往来、选择居所和住所的权利,姓名权,著作权,其他人身非财产权利和其他非物质利益是不可转让的,并且不得以其他方式移转……”第151条规定了“精神损害赔偿”,第152条规定了“名誉、尊严和商业信誉的保护”。从上述规定看,《俄罗斯民法典》所规定的人格权中,既有与生俱来的自然权利,又有依法享有的法定权利;既有具体的人格权,又有抽象的其他非物质利益(内含人格要素)。此外,内容还包括有限的自由权以及部分与人身密切相关的知识产权。

《俄罗斯民法典》明确使用了人格权的概念,但是对人格权的规定并不是以权利的形式作出的,而是与其他人身非财产权利、非物质利益一并以权利客体的形式作出的。显然,该法典作为一项民商合一的立法例,重视人格权的财产权利和物质利益属性,将其作为一类无形财产放置于“权利客体”部分规定,这与英美法系国家的认识和做法相同。该法典将一些含有人格要素的非物质利益放置于“权利客体”部分规定,显示它并不顾及大陆法系关于权利客体只能是“身外之物”的“戒律”。而且,该法典将“其他人身非财产权利和其他非物质利益”的规定作为“兜底”条款,在功能上与“一般人格权”的规定相类似,为将来可能出现的暂时无法具体化的新型权利留下发展空间。所以,《俄罗斯民法典》不仅突破了人格权只属于主体制度范畴的传统思维,而且在一定程度上改变了权利客体只能是“身外之物”的旧有观念,这是一部创新型、开放式的法典。这一立法模式把人格权和其他非物质利益一并纳入《权利客体》(第三分编)部分加以规定,再联系之前的第一分编《基本规定》、第二分编《人》和其后的第四分编《法律行为与代理》,就总体而言,这样的结构安排与民事权利的主体、客体、民事行为构成法律关系的逻辑相一致,其立法层次清楚。

通过以上考察和分析,我们大致可以看出,人格权制度已经在世界各国得到急剧发展,是一项对传统法律观念和制度体系最具挑战性的思维碰撞与革新。人格权立法遇到的理论障碍主要有两个:一是人格的天赋性、固有性不能动摇,人格权与人格不可分,人格权制度只能属于主体制度的一部分;二是人格属于“内在于人”的事物,不能作为权利的客体,因此认为,人格权不能纳入民事权利体系,它还不是一项真正的实在法上的权利。可是,各国的立法趋势表明,民法长期坚守的传统理论正在松动,人格权与人格已经成为两个不同层次的概念,有的国家立法已经使人格权脱离主体制度而另寻归宿,有的国家立法已经将部分“内在于人”的事物纳入权利客体范畴。由此再次证明,人类的社会生活最终会替代法律的逻辑方式,而法律的逻辑方式也总是为社会的现实和发展服务的。

(二) 中国立法模式的选择和创新

民法上人格权制度的立法模式,应分为四个层次。

第一个层次:民法的基本原则构成人格伦理价值的法治基础。

中国民法的基本原则是以宪法精神为纲,以一般条款形式宣示的最高伦理价值准则。民法原则中与构成人格伦理价值关系最为密切的是“人格平等原则”和“私法自治原则”。人格平等意味着近现代民法上的人是理性之人、抽象之人,每个人均拥有平等的主体资格和主体地位,并享有法律平等保护的權利;私法自治的核心理念是尊重个人的自由意志,维护个人形象的独立性,这些原则是塑造现代人格伦理价值的基本准则。民法原则虽然在司法裁判中没有直接的适用性,但其储存的人格伦理价值是指导和制定包括主体制度和人格权制度在内的各项民法制度的灵魂。我们也意识到,随着社会的发展和新问题的出现,人格的伦理价值也在变化,民法原则也要适应这种变化,传统的平等、自由的抽象人格也逐渐向具体人格转变,民法上的人的“个人”形象也在向群体内的“个体”形象转变。民法原则塑造的人格伦理价值,并非完全属于私法上的人格,有的还具有一定的公法属性,而且人格的伦理价值也并非只由民法原则来塑造,有的还直接来自宪法上的规定。在这里,是公法、私法交融最重要的法律领域。

由于宪法中规定的基本权利和民法中的民事权利均涉及人格利益的保护,因此在制定人格权制度时,必须要解决民法与宪法的关系问题。宪法是国家的根本法,总体上是公法,但也有规范私人关系的内容,并为私法的制定提供依据。在宪法规定的“基本权利”中,有的是作为市民社会的个人(民法称自然人、法人)所享有的权利,其性质属于私权;有的是作为政治生活主体的公民所享有的权利,其性质属于公权利。宪法中规定的私权与民法中规定的私权不同,前者私权在于个人对抗公权力非法的侵害,为国家权力的行使设

定限度;后者私权在于界定个人之间私人生活空间的边界,从而达到社会的和谐发展。作为民法重要内容的人格权制度,是对宪法“基本权利”中具有私权性质内容的具体化。由此看来,人格权是一项二元性的权利,它既是宪法上的权利,也是民法上的权利,但权利的性质属于私权,即使当它直接适用于宪法时,也是私权,也应按民法的调整方法来处理问题。人格权作为民法的重要内容,具有明确的规范性、可操作性以及司法适用性,它是真正落实宪法“基本权利”的重要法律制度。

第二个层次:民法的主体制度是人格伦理价值具体化、实证化的结果,也是实现主体对人格伦理价值权利化的逻辑前提。

民法上主体制度的功能在于落实权利的承担者,以及该承担者主体资格的取得、存在方式和终止条件。以《德国民法典》为代表的大陆法系民法,将权利能力作为自然人和法人享有权利和承担义务的资格,是其拥有主体资格的基本条件。权利能力的设置使人格伦理价值中主体构成和私法因素具体化、实证化,使其成为一项真正私法意义上的法律命令。权利能力并非权利本身,只是享有权利和承担义务的资格,而且权利能力所涉及的内容也呈现多元化,不同的主体还可能享有不同的权利能力。行为能力是主体取得权利所应具有的认识和判断能力,是主体能够自主实施法律行为并产生法律效果的能力。立法者考虑到自然人之间在生理和精神上的差异,又将行为能力区分为完全行为能力、限制行为能力和无行为能力。为了维护有行为能力缺陷人以及失踪人和有关利害关系人的合法权益,主体制度中又分别设置监护制度和失踪、死亡宣告制度。主体制度还为法人主体资格的取得、权利能力的限制、责任方式和清算终止程序作出了规定。总体而言,主体制度是规定主体地位和资格的规则体系,它并不直接涉及主体应享有的权利和承担的义务。人格权是一项民法上的权利类型,不应在主体制度中规定。但是,主体在权利关系中是关键因素,没有主体又何谈权利,所以主体制度的确立是建构人格权制度的必要逻辑前提。

第三个层次:人格权与主体制度分离,建构独立的权利体系和制度规则。

现代民法虽然已经有了人格权的规定,但它与其他权利的性质不同,这里的人格权仅是一种对人格伦理价值的“内在于人”的保护方式,所以大多数国家的民法都将人格和人格权放置于主体制度中加以规定。这种立法模式,是内在化的伦理价值观念促成的结果。民法关于内在化的伦理价值观念的形成,根源于西方近代以自然法为代表的理性主义哲学思想。理性主义哲学下,人在被赋予理性的属性后,即根据这一属性的要求,判断出人的伦理价值的“应然状态”。因此,与其说人的伦理价值来自于人之本身,不如说来自于理性观念的赋予。现代西方社会反理性主义思想的兴起,向我们揭示出这样一个事实:内在化的伦理价值观念,并不是人的主体性哲学当中的“铁律”。在中国,以儒家精神为主导的道德伦理长期植根于社会与民众心理,从来就没有在实在法之外的价值预设。中国人格权制度的建立不会像西方国家民法那样遇到人格伦理价值“内在于人”的理论难题,也不会像西方现代民法经历着人格伦理价值由“内在于人”向“外在于人”转变的历史阵痛。这种情况下,我们在主体制度之外建立统一的、独立的人格权制度不会遇到难以克服的理论障碍。

人格权与主体制度分离后,人格权如何在民法的权利体系中找到自己的位置?由于人格权具有独特的价值属性,它不可能与任何传统民事权利类型相融合,只能作为独立的一编加以规定,这不是人为的创制,而是逻辑上的必然要求。也有学者提出,民法典设置人身权编,将人格权和身份权包容其中,这个提议是延续了我国《民法通则》的立法经验,是可以考虑的。但是,至今关于民法中身份权关系的范围和调整方法还很少有人研究,也没有传统意义上的立法实践可循,要建构一个较为完整的身份权体系是困难的;再者,如果未来民法典还要设置亲属编,那么身份权显然应该归属亲属编,而人格权与亲属编中所体现的价值观念存在明显差异,人格权不可能融入亲属法。所以,笔者还是同意将人格权独立成编。

另外,我国《民法通则》明确规定了法人享有名称权、名誉权、荣誉权等人格权。法人人格权与自然人人格权有共性,也有不同的法律特征,这主要表现在法人是社会组织,它不可能享有与自然人自然属性相关的人格权。对于企业法人而言,它所享有的名称权、名誉权等,具有一定的财产权属性,但并非所有的法人类型都是如此。中国民法学界,就法人有人格、有独立的法律地位,已形成共识。但是法人是否享有人格权存在争议。这个问题说到底,还是对法人本质的理解不同造成的认识差距。关于法人本质的学说,本文不再讨论。本文只是强调法人是由自然人联合起来的或由自然人所控制的社会共同体,它与自然人的伦理价值有着内在的结构性关联,完全否定这种关联是不妥的。法人人格权也应该从主体制度中分离,与自然

人的人格权一并在人格权编加以规定。

人格权立法中还有一个争议很大的问题,就是要不要设置“一般人格权”。中国多数民法学者认为,一般人格权是主体对其人格的独立、自由、平等和尊严等享有的一般人格利益,较之具体人格权,一般人格权具有高度的概括性、抽象性和广泛性,是人格权制度首要作出规定的内容。这些学者还往往以德国民法有“一般人格权”的规定作为设置一般人格权重要性和必要性的论据。其实,德国的所谓一般人格权并非其《基本法》所规定的,而是法院依据其《基本法》的精神在司法实践中创制的,至于《德国民法典》中更无一般人格权的规定。德国的学者也认为,所谓一般人格权仅具有一般条款的性质,并逐渐成为今天的习惯法^[13]。^{[10]110,171}。

据一些学者分析,一般人格权具有两个主要的功能:一是统帅、指导已经产生和将要产生的所有的具体人格权;二是可以不断衍生出新的具体人格权。显然,这两项功能是宪法精神和民法原则应该完成的使命,具体到法律规范的层面,也是一般条款就能解决的问题。从逻辑上讲,法律的最高伦理价值如人的尊严和人性的发展等不能直接作为权利客体,正如我们不可能在法律上设置一项单独的尊严权一样。尊严的内涵十分宽泛,具体表现为生命尊严、心理尊严和社会尊严。生命尊严需设置生命权、身体权、健康权等加以维护;心理尊严需设置名誉权、隐私权、肖像权等加以维护;社会尊严需设置发展自由权、创作自由权、社会知情权等加以维护。可见,那些由宪法或民法原则(有的价值也可能规定在主体制度中)所规定的伦理价值,只有通过法律的具体化、规范化,“转换”成一项项有确定边界的权利类型,才能适用于司法实践或行政执法过程。所以笔者主张人格权立法不规定“一般人格权”,而规定“一般条款”即可。

在人格权领域中,权利体系的开放性特征十分明显,如何从理论上和立法上对其进行基本的分类,有助于对人格权制度的整体设计,有助于深入对人格权本质的理解和认识,有助于推动人格权新种类的定位和有序发展。目前,民法学界比较一致的意见是,根据现有人格权的种类,依其权利客体和保护方法的不同,可分为物质性人格权和精神性人格权。物质性人格权是指自然人对其生命有机体及伴生的心理之健全健康而享有的一种权利,如生命权、身体权、健康权等,这类权利相对比较固定,其开放性程度较低。精神性人格权指自然人对其精神需要而确立的一种权利,这类权利又可分为标表型人格权,如姓名权、肖像权等;自由型人格权,如身体自由权和思想自由权等;尊严型人格权,如名誉权、荣誉权、隐私权等,这类权利存在于无形的精神价值之中,其开放性程度较高。在精神性人格权的立法中,如何确立和界定自由型人格权是一个十分关键的部分。

中国宪法规定的人民“基本权利”中,大部分属于人身自由权方面的规定^⑥。另外,刑法、刑事诉讼法、治安管理处罚法以及妇女权益保障法、消费者权益保护法等也对维护“人身自由权”作出了规定。但是,唯独中国《民法通则》对自由型人格权未作规定,由此导致自然人的自由型人格权在民事领域难以得到完整的保护。现在要解决两个问题:一是中国未来民法典要不要规定自由型人格权;二是在民法上,自由型人格权的客体范围如何界定。之所以提出第一个问题,是因为一些学者认为,自由型人格权属于宪法权利,民法没有必要规定。这种认识显然不妥,就现实的情况看,宪法所规定的人身自由权经常会发生在民事领域,而宪法又不能用来直接调整私人之间人身自由权的法律关系,如果没有民法和相关法律法规对宪法规定的人身自由权进行具体化和规范化,宪法就容易沦为一纸空文。所以,宪法所规定的那些具有私权性质的人身自由权只有通过民事立法的途径才能实现。第二个问题,法学界对于如何界定民法规定的人身自由权的范围争议较大,大致有狭义说和广义说之分。狭义说认为,民法上人身自由权的客体只限定在身体自由方面,如非依法律,不得对公民进行逮捕、拘禁、搜查、审问或处罚等。实际上,这些情况均属于公法的调整范畴。广义说认为,民法上人身自由权的客体不仅包括身体自由,还包括精神自由。精神自由所指的“自由”并不是自然人的内心活动,而是指精神活动的自由,即自然人的心理活动表达于外部的自由和意思决定的自由。精神自由权保护的是自然人的思想由主观见之于客观的过程,而不是单纯指自然人的内心活动。这种外化的精神活动自然不同于自然人的内心活动,为保护自然人精神活动和意思决定免遭他人干涉或非法限制,民法应当对此种自由权益予以保护。

笔者同意广义说,认为人身自由的涵义既包括身体自由,还包括精神自由。对于身体自由而言,不仅是

^⑥见《中华人民共和国宪法》第35、36、37、40、47、49条。

指身体不受非法限制的权利,而且包括居住自由、迁徙自由、择业自由等;对于精神自由而言,不局限于意思决定自由,还包括以保障人的精神利益为目的的权利,如思想自由、表达自由、信仰自由和创作自由。当然,我们在强调自然人(公民)精神自由的同时,也不能忽视对权利存在的其他因素(如道德因素、社会因素)的关怀,不能放弃对群体利益和社会公共领域的维护。自由不是绝对的,只有在法律允许的范围内,自由才能得到伸张。

人格权最重要的权能是支配权。由于人格要素涉及种类繁多,各具特点,所以人格权的支配权也表现出明显差异。依一般社会伦理观念,主体可以注销或者变更自己的一项姓名,但一个人不可能没有姓名;肖像和声音经过录像、录音也可自主支配(包括转让),但这种支配与转让的实质在于对其肖像、声音的使用,并因此产生一定的商业价值,这都是行使人格权的支配权的情形。在精神性的人格权方面,主体对其知情、隐私等人格要素可以于一定范围放弃或转让;但对名誉、信用、贞操等来自社会评价的人格要素,则更具社会伦理意义,权利人很少有支配的余地。在物质性人格权方面,主体能否自由支配自己的生命、身体和健康,应以其行为对社会伦理和秩序造成何种影响来判断。显然,一个正常的现代社会,为了保障自然人能够通过完整体面的生活,法律都不会去鼓励或放纵权利人自杀、自残、决斗或故意损害自己健康的行为。由此可见,具体到每一项人格权都应该根据其客体的不同属性,对主体支配权的行使范围、支配程度和支配方法作出规定,使各项人格权成为符合当代人的伦理价值要求,能够促进社会发展和进步的权利类型。

第四个层次:人格权保护体系的基本框架和立法模式。

人格权与所有权等绝对性权利一样,也会在其支配领域遭受侵害。所以,法律须根据权利人受侵害的不同程度作出相应救济方式的规定。权利的侵害可以分为两种情况:一是妨害,二是损害,由此形成权利保护的二元体系。在法律上,人格权可以被看做是一块自由的领地,对它的侵害就是对这块领地的入侵。这种入侵可以分为三种救济方式:第一种,如果这种入侵并没有造成人格权丧失,侵权人“退出”就行;第二种,如果这种入侵已经造成“领地”的部分丧失,则侵权人不仅要退出,还得赔偿人格权人因丧失部分领地所遭受的损害;第三种,如果这种入侵已经致使人格权人的“领地”全部丧失,已经不可能恢复了,那只有进行全面的损害赔偿。在传统的侵权法中,侵害人格权导致的损害赔偿,应包括对财产损害的赔偿,也包括对非财产损害的赔偿。此二者之中,尤能体现人格权的性质和特色的,应为非财产损害赔偿。

当人格权遭受侵害时,多数情况下也会造成严重的、难以恢复的生理的或者精神上的创伤,因此应当建立严密的事前防御或者事中排除的措施,尽可能减少侵害造成的伤害。在有足够证据证明的情况下,应当赋予受害人消除危险请求权,当对人格权有妨害时,应当赋予受害人停止侵害、排除妨害请求权,以上这几种请求权均属于人格权上的请求权。

人格权保护体系的立法模式主要有两种方式:其一,以救济权的性质为基础,采用债权形式的“割让式”救济权,将其纳入“债权”编;采用非债权性质的“退出式”救济权,将其仍保留在相应的“人格权”编或章节之中。按照上述立法模式,实际上是将对人格权的救济措施“化整为零”,分别规定在“债权”编和“侵权行为”编中,所以不可能再提炼出独立的“民事责任”的法律制度。其二,以“民事责任”为基础,将人格权在遭受侵害时所产生的“退出式”责任与“割让式”责任均纳入独立的“侵权责任”编中。由此产生的结果就是,“退出式”责任与“割让式”责任在性质上的区别,被掩盖在“侵权责任”的共性之下,而成为“侵权责任”的诸种形态。相应地,人格权请求权的概念,将因脱离其原权的体系,而丧失法律制度上的独立性。由此看来,在人格权保护体系的立法模式选择上,只有两种路径可走,要么以救济权的性质为基础,采取“退出式”与“割让式”救济路径相分离的传统理论模式,要么以救济权的内容即民事责任为基础,将“退出式”与“割让式”救济路径统一到侵权责任法之下。

上述两种路径各有利弊。两害相权取其轻,笔者赞同以统一的救济权请求权为基础,采用“退出式”与“割让式”救济路径相结合的立法模式。应该看到,传统侵权法之所以被纳入到债法中,主要原因就在于侵权法被等同于损害赔偿法,因此它是债法的内容。而今天,当我们树立了所有对权利的不法侵害均应当予以救济的观念之后,就能建立起一个统一的侵害权利救济法。当然人格权遭受侵害而获取的法律救济也在其中。再者,这一立法模式也较为符合中国多年来的民事立法和司法实践的传统。但是,在这种立法模式下,应该将两种不同性质的救济权加以区分,“退出式”与“割让式”请求权各有不同的构成要件和责任承担方式,这些不同在立法中应该有所体现。这样我们的立法,既能充分发挥请求权基础的法律思维优势,又能

方便司法实践的运行,进而形成符合时代发展且更加健全和完善的侵权责任法体系。

综上所述,在新的人文主义精神在中国得以弘扬的历史背景下,加强人格权的立法和保护已成为中国民事立法的核心内容之一。在进一步厘清人格与人格权之间关系的基础上,为适应权利人保护和利用其人格要素的需求日益增多的社会实际,在中国即将制定的民法典中将人格权独立成编不仅可行,而且必要。将人格权独立成编,不仅能将宪法精神在民法中予以真正体现,而且也是对宪法规定的“基本权利”的具体化和规范化。就民法本身而言,当人格权摆脱了财产权的偏狭走向独立,甚至从更高的视野表现出与财产权同等重要的倾向时,我们好像又听到了学者曾深情的宣告:民法的“人格性正在向财产夺回桂冠”了^[14]。

参考文献:

- [1] 阿尔文·斯密特. 基督教对文明的影响[M]. 汪晓丹, 赵巍, 译. 北京: 北京大学出版社, 2004: 239.
- [2] 龙卫球. 民法总论[M]. 北京: 中国法制出版社, 2002.
- [3] 王恒. 现代民法“人”的境遇论[D]. 成都: 西南财经大学, 2015.
- [4] 张文显. 二十世纪西方法哲学思潮研究[M]. 北京: 法律出版社, 1996: 44-45.
- [5] K. 茨威格特, H. 克茨. 比较法总论[M]. 潘汉典, 米健, 高鸿钧, 译. 北京: 法律出版社, 2003: 211-212.
- [6] 马俊驹. 人格和人格权理论讲稿[M]. 北京: 法律出版社, 2009.
- [7] 徐国栋. 再论人身关系——兼评民法典总则编条文建议稿第3条[J]. 中国法学, 2002(4): 5-14.
- [8] 方新军. 为权利的意志说正名——一个类型化的视角[J]. 法制与社会发展, 2010(6): 3-18.
- [9] 郑玉波. 民法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 66.
- [10] 卡尔·拉伦茨. 德国民法通论[M]. 王晓晔, 译. 北京: 法律出版社, 2003.
- [11] 王森波. 人格——源流、涵义及功能[J]. 甘肃政法学院学报, 2010(3): 139-148.
- [12] 张善斌. 权利能力论[D]. 武汉: 武汉大学, 2014: 135-136.
- [13] 霍尔斯特·埃曼. 德国民法上的一般人格权[M]//梁慧星, 邵建东, 译. 民商法论丛(第23卷). 香港: 金桥文化出版社(香港)有限公司, 2002.
- [14] 星野英一. 私法中的人[M]//梁慧星, 王闯, 译. 民商法论丛(第8卷). 北京: 法律出版社, 1997: 182.

Research on the legislative model of personality and personality right

MA Junju

(School of Law, Southwestern University of Finance and Economics, Chengdu 610074, P. R. China)

Abstract: Personality right is different from personality; it is not a part of the subject system. It is different from property right; it can't be classified into property right. It is different from its right of claim; its general content can't be limited to the provisions of tort law. The legislative model of personality right in civil law should be divided into four levels: the basic principles of civil law as legal basis for ethical value of personality; the subject system of civil law as logical premise to transform such value into right; separating the personality right from the subject system and establishing its independent rights system and rules; taking a retreating - ceding model for the relief of personality right.

Key words: personality; personality right; legislative model

(责任编辑 胡志平)