

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.01.003

欢迎按以下格式引用:徐钝.新型人格权价值共识度的司法判断[J].重庆大学学报(社会科学版),2020(2):108-118. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.01.003.

Citation Format: XU Dun. The judicial judge on the value consensus degree of new personality right[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2020(2):108-118. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2019.01.003.

新型人格权价值共识度的司法判断

徐钝

(江南大学法学院,江苏无锡 214122)

摘要:人格权体系具有开放性,社会发展需求使得新型人格权不断生成,新型人格权纠纷不断涌现,而司法实践中法官也常陷入司法确权与否的两难困境。为解决这一难题,新型人格权司法确认标准判断体系亟待建立,而其价值共识度是这一判断体系中的核心要素。从权利来源正当性、权利客体重要性、权利形态公示性、权利领域受侵害性和权利类型独立性五个层面构建其价值共识度的司法判断体系,以期能为相关纠纷司法实践提供可检验、有说服力的理论参照,从而夯实新型人格权司法论证的理论基础,强化相关纠纷司法裁判的可预见性。新型人格权确权范式可以归纳为权利嫁接型、权素扩张型、一般条款解释型和权利宣示型四种类型,不同确权范式产生不同价值共识度要求,其中权利宣示型确权范式对价值共识度要求最高,往往是对法官司法能力和智慧的重要考验。在具体司法判断时,既要根据每个层面价值共识度对新型人格权进行分析性评测,又要结合确权范式类型差异对其价值共识度进行整体性判断。

关键词:新型人格权;实践困惑;价值共识度;司法判断;确权范式

中图分类号:D923

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2020)02-0108-11

随着社会的不断发展,人们愈加珍视人格尊严、人格自由等精神利益,而法定的具体人格权难以满足人格权实践发展需求,人格权体系的开放性召唤新型人格权条件成熟时加入人格权“法律家族”。当指向个别时,新型人格权尚未得到法律确权,具有发展为法定权利潜质的社会性人格权,如贞操权、祭奠权、安宁死亡权等,具有社会价值和发展前途。当指向整体时,新型人格权具有权利束性质与开放性框架,可以对其统摄下的子项人格权提供理论上的解释和制度上的指引。从中外人

修回日期:2019-01-14

基金项目:中国法学会部级课题“新型人格权司法确认的法教义学研究”(CLS2018D19)

作者简介:徐钝(1975—),男,安徽桐城人,法学博士,江南大学法学院副教授,主要从事法理学、司法原理研究,Email: xudun009@

格权发展历史来看,新型人格权法定化之前多经过司法案例的型塑,英美普通法自不必言,大陆成文法国家如德国、法国等均不例外^①,我国台湾地区人格权法发展也建立在长期累积的司法案例之上^[1]。我国新型人格权的隐私权始于司法确权,人格权精神损害赔偿制度也是始于司法对《民法通则》《侵权责任法》等成文法的突破。

当新型人格权纠纷进入司法程序后,法律适用依据阙如情境下司法确权与否的困境产生,助长泛化权利抑或遏制权利发展的两难风险让法官犹豫不决,司法实践“同案不同判”现象^②不断冲击法治统一的堤坝。新型人格权确权与否的司法判断必然也是一种价值权衡和判断,法官不能仅仅诉诸个人的价值观,更需要考量其在社会层面获得的价值共识度分量,“从本质上看,‘权利’存在于社会共识之中,即只有人们就权利是否存在形成一致肯定意见,权利才能存在”^[2]。所谓共识,是指“经过同意而来的社会和文化上的统一,特别是在社会整体和社会集团中的人们,彼此之间透过竞争和协商出来的集体性同意”^[3]。“这种共识表明社会在整体上对于这种权利诉求给予了认同或者说对于这种权利诉求的消极社会后果给予了足够程度的理性容忍”^[4]。因此,新型人格权司法确认需要在社会价值层面达成一定的共识基础。

在一个多元主义盛行的现代社会,人们的价值观充满着分化、差异甚或冲突,绝对共识不过是价值幻想,“如果价值间的冲突被确证是不可公度的或不可化解的,那么寻求价值间的完全重叠的努力不仅误入歧途,而且会以这样或那样的方式不断地挫败价值主体的自主性选择”^[5]。关于新型人格权的价值共识也是相对共识和有限共识^③,存在价值共识度考量问题。所谓价值共识度,是指关于新型人格权的价值认知、价值评价、价值选择等达成共识过程中形成的量、幅度和范围等程度大小^[6]。价值共识度具有动态可变性,在具体社会环境和条件下如何评测?这是构建新型人格权司法确认标准体系绕不开的核心难题。

本文拟从权利来源正当性、权利客体重要性、权利形态公示性、权利领域受侵害性和权利类型独立性五个层面构建新型人格权价值共识度的司法判断体系,以期能为相关纠纷司法实践提供可检验、有说服力的解决方案,夯实司法论证的理论基础,强化司法裁判的可预见性。

一、权利来源正当性:伦理价值扩张的司法判断

人的本质属性是社会性,权利来源正当性^④应诉诸社会关系之网予以解释,“我们如果承认人是孤立而和人隔离的话,那就不可能有主观的权利;也不可能生而就有权利”^[7]。社群主义者也认为,权利只有与共同体相联结才能获得其正当性,社会连带和社群合作的整体性利益是个人权利的基础,“权利关系是一种社会制度,受规范社群的泛化的他人的态度所支配”^[8]。在社会关系之网中,“客观伦理对个人有绝对的权威的力量”^[9],而人格本就是源于伦理学的概念,“‘人格’这一名

①如德国“一般人格权”是通过司法判例发展的,很多新的具体人格权也是通过司法判例发展的,参见:王利明《人格权法》(中国人民大学出版社,2016年版第37页)。

②贞操权作为自然人保持纯洁的性品行并自主支配性利益的新型人格权,其精神损害赔偿民事诉讼案件近5年来已经发生10多起,各地裁判结果差异度大,支持或否定精神损害赔偿的案件大抵相当。参见:徐钝《论新型人格权司法证成的基本准则》(《法商研究》2018年第3期)。再如祭奠权案件,对该权利性质认定、法律适用等问题司法实践中均存在分歧,导致裁判结果的同案异判。参见:瞿灵敏《司法裁判视野中的祭奠权:性质、行使与法律保护》(《求是学刊》2016年第3期)。

③无论罗尔斯的“重叠共识”、哈贝马斯的“商谈共识”,还是伽达默尔的“视域融合”皆不例外。

④权利来源正当性,考察新型人格权何以生成的正当性基础,主要从是否合乎伦理道德层面加以诠释。

词不同寻常的发展过程说明,它原来并不是法律上的概念,而是伦理中的概念,是康德把这一概念引入到哲学中”^[10]。人格权的伦理性内容构成人格权深层次本质,使其具有高度伦理性 and 价值性。新型人格权正当性应在其伦理价值中寻求解释,如曾为新型人格权的隐私权的正当性便是从人格尊严、人格自主、社会交往前提基础、个体安全感等方面予以论证。

伦理价值尽管具有内在性,但并非一成不变,基于社会物质生活变化,其往往呈现出丰富的时代表现形式和内容^[11]。随着我国市场经济的发展与依法治国战略的推进,社会结构和社会关系在不断更新,传统私权被压制、剥夺的历史行将终结,很多旧的社群伦理道德已经被现实无情地撕裂,义务本位观念渐被权利本位思潮所冲击,人格平等、人格独立、意思自治、私权神圣等现代私法基本理念逐渐深入人心。而近代民法理论中的“内在化的伦理价值”难以为人格权提供发展空间,基于生命、身体、健康等自然要素的传统人格权发展有限,制约了人格权的发展需求^[12]。网络信息、人工智能、器官移植、无性繁殖、克隆技术等现代技术的不断发展拓展了新的社会伦理领域,使得人的伦理价值涵盖范围得以不断由自然本体向社会领域扩展,基于社会物质生活新法权要求的人格权新形态开始出现,新型人格权随着社会伦理领域拓展和新道德规范出现应运而生。贞操权发展与演变正是性伦理价值发生变迁的真实写照。贞操观念从妇女自我救赎的工具发展到套在身上的精神枷锁,并非中国传统社会所独有,而是人类社会早期普遍的伦理现象。中国封建统治者更是将贞操观念与“忠”“孝”并列为维护帝制秩序的三大伦理支柱,妇女维护贞节被大加推崇,是其获得社会声誉的首要标准,甚至被扭曲到高于生命,“妇人饿死事小,失节事大”的宋儒理学伦理主张便是典型例证^[13]。因此,贞操是传统社会妇女道德义务的指向。随着社会的发展,女权运动的推进,关于贞操的传统观念逐渐淡化,婚前性行为、婚后改嫁等逐渐被社会容忍和接受,女性同男性同样享有性自由和性自主性观念逐渐发展。性伦理价值也在不断发展和扩张,性行为已不限于传统生殖、生理功能,其存在情感交流的精神性功能逐渐被认识和重视,“性的首要目标就是快乐,即身心的无烦恼。性不再是自然目的,而是‘精神器官’释放它自身的原初驱力”^[14]。性行为的人格化在不断发展,逐渐产生了各种权利需求,《新性权利与责任法案》《巴伦西亚性权宣言》《性权宣言》等文件已经将性宣示为基本人权,如1999年在香港举行的第十四次世界性学会议通过的《性权宣言》宣称,“性由个人与社会结构之间的互动而构建,其充分发展为个人、人际和社会健康幸福所必需,性的权利乃普世人权,以全人类固有之自由、尊严与平等为基础”^[15]。在性伦理价值扩张基础上,贞操权需求越来越得到社会的重视。

因此,司法欲确认新型人格权,不仅要考量其与既存传统伦理价值是否相容,还要考量其是否受到新生伦理价值的影响,拒斥伦理价值检测的泛化人格利益不是新型人格权。具体来说,新型人格权在一定范围内受到社会公众的肯定性评价,阻碍、侵害其行使的行为不仅带来权利主体的心理和行为抵制,而且导致其他社会成员或劝阻或谴责或惩罚的否定性反应,一般也会带来侵权主体心理上的自我谴责。如贞操权,无论传统伦理抑或现代价值都予以认可和支持,现代社会对基于同意的性行为容忍度加大,而对基于过错侵犯性自主权行为愈加严厉,侵权行为会导致社会公众的否定评价,侵权主体侵权后一般也感到自责或主动赔偿精神损失,即便诉之司法,基于其道德正当性基础,精神损害赔偿诉求也存在获得司法确认和保护的诸多先例。

二、权利客体重要性:中度理想性人格利益的司法归结

权利的基础是利益,利益是权利的出发点和落脚点,边沁、耶林、麦考密克、拉兹等法学家均认为权利的本质是从义务中获得的利益,“赋予权利的规则的本质特征,就是这些规则将保护或增进个人利益或财产作为其具体目的”^[16]。人格权亦不例外,其客体是人格利益已成学界通论^⑤。人格权在本质上承载了人的伦理价值,在形式上表现了具体人格利益要求,两者共同构成人格权内涵的二元结构,丰富的人格利益需求往往也是新型人格权生成的“催化剂”^[11]。但是,并非任何人格利益均能上升到权利,其需要具有一定的抽象重要性,其重要性程度是新型人格权价值共识度的必要考量因素^⑥。

从利益的抽象重要性来看,个人利益可分为即时利益、工具利益、基础利益和理想利益。即时利益指向短暂性、偶然性目标,其不持久、不稳定、不重要,如寻求短暂娱乐享受、感官刺激等;工具利益指纯粹作为各种价值目标的手段存在而不具有自身价值的利益,如节食、锻炼、加班只为健康、工作成就等价值目标而存在的手段;基础利益指构成人之所以为人基本条件的利益,如生命、健康、必要的财产、基本的自由等是人生活的底线利益;理想利益指追求生活理想目标而形成的利益,如追求道德高尚、人格完美、物质富有、大权在握、社会名望等人生高级目标。即时利益、工具利益不具有抽象重要性皆难以上升为权利,只有基础利益和累积型理想利益^⑦基于其抽象重要性而构成权利的私益范围^[17]。上述个人利益类型划分一定程度上对人格利益能否权利化存在借鉴意义,如即时性人格利益、工具人格利益亦不能权利化,所谓的亲吻权、初夜权等涉及即时享受、快感的利益,不具有抽象重要性,难以获得司法确权,如司法实践中法官一般驳回以“亲吻权”为由的精神损害赔偿诉讼请求,以“陶某某诉吴某道路交通事故人身损害赔偿纠纷案”为例,法院判决驳回以“亲吻权”受损为名的精神损害抚慰金^⑧。但是,基于形成新型人格权的人格利益的特殊性,需要重新考量上述利益类型划分。现代人格权发展历程中,基础性人格利益作为人之根本存在,基本上已经被人格权法定化。而现代社会人们已不局限于固守一种简单的生存状态,而是更加注重追求更为高级、更为美好的理想生活,法哲学应重点关注的“是探寻那些能够使中国人共享一种更有德性、更有品格和更令人满意的生活的理想图景”^[18]。新型人格权所指向的人格利益主要指向理想性人格利益。低度理想性人格利益基本与基础性人格利益重合,其多已被法律确认;高度理想性人格利益存在富勒所言的“愿望的道德”中,在达致卓越、高境界过程中的人格利益往往是社会极少数人的“专利”,难以形成普遍化义务,“如果愿望的道德侵入义务的领地,人们就会根据他们自己的标准来权衡和限定他们的义务,而我们最终将会看到诗人将自己的妻子投入河中,因为他(可能很有根据地)相信

⑤当然,对此少数学者持有不同意见,马俊驹先生认为,人格尊严和自由的内涵难以用利益来表达,人格利益实际上是人格权存在和实现的目的,显然权利的客体不同于权利的目的,故而人格权以人格诸要素为客体。参见:马俊驹《人格和人格权理论讲稿》(法律出版社,2009年版第76页)。

⑥权利客体重要性,主要以作为新型人格权客体的人格利益是否具有抽象重要性及其程度作为判断标准。

⑦即建立在基础利益累积基础上的那种理想利益。

⑧该案发生在我国《侵权责任法》施行之前,案情如下:原告唐某某被吴某开车撞伤后,提起损害赔偿之诉,“亲吻权”属于其列举的诉讼请求之一,“上唇裂伤和门牙折断,使我不能感受与爱人亲吻的醉人甜蜜,不能感受与女儿亲吻的天伦亲情”。法院判决道:“原告嘴唇裂伤,亲吻不能或变成一种痛苦的心理体验,属于情感上的利益损失,当属精神性人格利益。但利益不等于权利,利益并非都能得到司法救济。被告不是以故意违反公序良俗的方式加以侵害,纯因过失而偶致原告唇裂,故本院对原告不能亲吻的利益损失赔偿精神损害抚慰金10000元的请求不予支持。”参见:四川省广汉市人民法院广汉民初字第[2001]832号判决书。

如果没有妻子在旁边的话自己便能写出更好的诗歌”^[19]。中度理想性人格利益是多数社会公众能够追求的,但又不同于基础性人格利益的不可或缺,其对应的义务也并非“高不可攀”,具有普遍性,这样的人格利益往往成为司法确权的指向目标。如在我国传统社会祭奠之礼一般较为隆重,现代社会依然沿袭并产生了许多祭奠新形式和内容,其涵盖的参加葬礼、墓碑署名等内容表达的是对逝去亲人的哀思和怀念,是生者精神性人格利益的体现,但并非基础性人格利益,也并非极少数人追求的高度理想性人格利益,而是具有社会普遍性的中度理想性人格利益,可以得到司法确权,在祭奠权纠纷中尽管法院支持精神损害赔偿的案例所占比例小,但在墓碑上增刻其姓名、移交亡者骨灰占有等诉讼请求得到了法院的确认和支持^[20]。

当然,随着社会的不断发展,人格利益需求也不断增长,中度理想性人格利益也具有动态生成性,有的高度理想性人格利益在一定社会条件下也会转化为中度理想性人格利益。日照权、眺望权等环境人格利益作为精神利益更多在美学意义上存在,在我国社会发展处于解决温饱阶段属于高度理想性人格利益,但随着我国经济的不断发展、社会财富的不断积聚,将其认定为中度理想性人格利益具备了一定的社会基础,以日照、眺望等环境人格利益为客体的环境人格权需求在不断增长。

三、权利形态公示性:社会典型公开性的司法认定

新型人格权不能停留于权利意识、权利理论和权利思想阶段,其权利形态需要具有公示性^⑨,需要达到社会典型公开性的认知标准。1961年,法布里丘斯(Fabrizius)在德国《民法实务档案》杂志发表《论民法典第823条第1款上的“其他权利”的法教义学》一文,提出“社会典型公开性”这一概念并以其为核心特征为“其他权利”建立统一的法教义学基础。概而言之,社会典型公开性指基于人们共通的社会、文化的认识、习惯和经验对权利形态存在与否的观念反射,权利形态典型、规律、公开便具有可识别性^[21]。由于新型人格权基本上是无体性人格权,其社会公开性和边界清晰度较之传统物质性人格权明显不足,其典型社会公开性判断更多需要诉诸抽象的社会经验和社会文化认知^[22]。

从国内权利实践来判断,以权利为中心的社会行为模式趋于稳定和重复。在萌芽时期,新型人格利益只是少数主体基于自身利益需要的权利诉求或者少数学者提出的理论主张,如果这种权利诉求得不到社会响应或理论主张得不到学界认同,便难以产生权利诉求普遍化的条件,该新型人格利益或许会“腹死胎中”。如果权利诉求产生由少到多的变化,理论主张产生由弱到强的变化,该新型人格利益在一定时空范围内获得足够数量社会主体的响应与认同^[23]。而这种针对新型人格利益的响应和认同不会只是停留于思想和言论层面,而是可以从权利主体享有权利、义务主体履行义务的行为模式中得以体现。由此,法官有必要深入到社会中去考察不同主体涉及权利的客观行为,如果这种指向权利的社会行为被人们不断重复,践行者视其为自然而心安理得,违反者将感受到明显的普遍性社会压力,受害者出现羞辱、悲伤、恐惧乃至绝望等情感上的创伤,此类行为模式在不断重复,其遵守维系了相关群体秩序,相反违背行为模式将破坏群体秩序。这种行为模式的稳定性和重复性可以证明其作为社会权利的真实存在,也证明其具有事实上的约束力,从而印证了其社会典型

⑨权利形态公示性,主要考察新型人格权在社会实践中的表现形态是否达到明显认知的程度。

公开性。此外,新型人格权纠纷的立案数、司法确认率等也是其社会典型公开性的判断指标,从近年来相关司法数据判断,贞操权、祭奠权无论在立案数量上还是获得精神损害赔偿比例上均远高于遗忘权、信用权等新型人格权,显示了其社会典型公开性程度较高。

新型人格权的社会典型公开性判断主要立足于历时性的中国语境,但域外立法例、司法实践等共时性语境也不可忽视。尽管人格权具有一定的文化特殊性,但鉴于全球化时代国际交往的常态性,在新型人格权保护上趋同性在不断加强,其社会典型公开性判断需要国际视野^[24]。英美法系国家是否存在相关判例、大陆法系国家或地区民法典是否明确规定或司法实践是否有典型案例支持等都是相关新型人格权社会典型公开性的重要参考。此外,国际条约和区域性国际组织条约或协定是许多新型人格权形态的重要载体,如《世界人权宣言》《公民权利和政治权利国际公约》和《经济社会文化权利国际公约》中很多规则涉及人格权保护,可以作为新型人格权社会典型公开性的佐证之一。

以贞操权的社会典型公开性司法判断为例,国内权利实践中行为模式及处理结果基本上趋于稳定性和重复性,民事司法实践立案数及支持率等也符合相关要求,就国内权利实践来看其社会典型公开性程度较高。但从贞操权世界范围内的制度确认来看,其社会典型公开性程度不足。1900年《德国民法典》最早确立其为独立人格权并进行民法保护^⑩,2002年修订后的《德国民法典》也作了相应规定^⑪。但德国司法实践中贞操权案件不多,适用范围越来越窄,越来越走向式微。日本民法虽未对贞操权明文规定,但其法律关于侵权行为客体采取概括主义模式,司法实践对贞操权的保护较为积极^[25]。我国台湾地区最初是通过司法判例保护贞操权的,1999年修订的民事规定明确列举了贞操作为获得赔偿的侵权客体之一^⑫。除德国外的欧洲各国无论立法还是司法未确认贞操权为独立人格权,《奥地利民法典》曾经确认贞操权,但已经被宣布违宪^[26]。英美法系国家主要针对强奸犯罪等严重行为侵害被害人贞操建立了精神损害赔偿制度,迥异于在我国语境下探讨的贞操权精神损害赔偿制度。因此,世界范围内贞操权典型社会公开性的不足在一定程度上影响其制度性确认。

四、权利领域受侵害性:侵权程度的司法考量

德肖维茨对权利正当性论证独具一格,认为权利既不来自上帝或自然法则,也不仅仅来自法律的规定,而是来源于人类社会的“不正义的经验”,是对人类经历的恶行的反思,“由下而上,从不正义经验的反乌托邦观点出发,而非由上而下,从完美的正义的乌托邦理论入手,我们将权利建立在灾难、错误以及人类独有的从错误中学习以免再次犯错误的能力上”^[27]。桑斯坦也认为权利通常出现在机构失效而个体不能负责任地履行义务之时,当环境退化、弱者被遗弃、孩子们有危险等情

⑩1900年《德国民法典》第825条规定:“以欺诈、威胁或者滥用从属关系,诱使妇女允许婚姻以外的人同居的,对该妇女因此而产生的损害负有赔偿义务。”第847条第2款规定:“对妇女有违反道德的犯罪行为或不法行为,或者以欺诈、威胁或者滥用从属关系诱使妇女允诺婚姻以外的人同居的,该妇女享有相同的请求权。”

⑪2002年修订后的《德国民法典》第253条第2款规定:“因侵害身体、健康、自由或性的自我决定而须赔偿损害的,也可以因非财产损害而请求公平的金钱赔偿。”第825条规定:“因欺诈、胁迫或滥用从属关系而诱使他人实施或容忍其(性)行为的人,负有向该他人赔偿因此而发生的损害的义务。”

⑫1999年中国台湾地区有关规定第195条:“不法侵害他人之身体、健康、名誉、自由、信用、隐私、贞操,或不法侵害他人人格利益而情节重大的,被害人虽非财产上之损害,亦得请求赔偿相当之金额。”

况下,相应权利主张便会出现^[28]。人格权本身就预设了不能干涉和侵害的领域和界限,对其来说受到干涉和侵害便是“不正义的经验”,这种干涉和侵害越是易发、越是频繁,禁止或预防侵害行为发生的义务需求便不断增长,而与义务需求相对应的权利需求也随之增长,权利领域受侵害性^⑬是判断其价值共识度的重要因素。

在传统社会,社会的封闭性、社会流动的虚弱性和社会发展的滞后性使得“熟人社会”人际关系具有单纯性,很多人格利益往往处于潜在的自然状态,不易受到侵害,发展为新型人格权的需求很微弱。随着改革开放的推进和市场经济的发展,社会流动更加频繁,人与人之间的沟通、合作在不断增长,竞争日趋激烈,侵权事件更容易发生。现代信息技术、人工智能、生物技术等高科技发展改变了传统生产和生活方式,给人类带来福祉的同时也增加了人格权等民事权利受侵害的风险。网络环境下,收集、传播个人资讯更为容易,人肉搜索、网络暴力、网络谣言等人格权侵权事件频频发生,网络受众的超地域性使得侵权信息可以在全球范围内传播,损害后果呈现放大扩散效应,而且往往具有不可逆性^[24]。电子监控设施、拍照录像技术、身体扫描技术等的发展,隐私权侵害愈加容易,隐私权边界和内容需要扩展,新型隐私权在不断生成。环境资源的公共性易产生负外部性,环境资源开发往往考虑经济利益最大化而不顾环保利益,环境污染带来的人身损害日益加剧,人们遭受环境侵权事件带来的各种肉体和精神痛苦,人们在生态文明、绿色环保上已达成众多共识,环境的审美、娱乐和生态价值更加得到珍视,环境人格利益作为人格利益的新形态呼之欲出,在很多国家已经得到法律的保护^⑭。虽然环境人格权作为一种独立人格权尚待论证,但从损害禁止到权利确认这一权利演绎路径值得思考。

如何具体判断新型人格领域的受侵害性程度?需要考量受侵害强度、受侵害频率和受侵害持续性等指标^[17]。受侵害强度指对人格权益带来的负面后果大小,细微强度的侵犯往往在民事主体“容忍义务”之范围,难以获得司法确权,“两人正面碰撞,因致受伤流血或红肿疼痛,其不利益乃通常之不利益;两人擦肩而过,有受侵害及微痛之感觉,其不利益乃微额不利益”^[29]。具体受侵害强度,应结合受侵害情境、受侵害后果及生活经验加以判断。受侵害频率指侵权行为发生的频率大小,如果相关侵权行为具有偶发性,属于小概率事件,如所谓亲吻权受侵害的生活经验极少见,难以得到司法确权;如果相关侵权行为发生频率高,将会形成较大的社会影响,以贞操权受侵害为例,国内外受侵害频率均较高,2014年根据哈佛肯尼迪学院发布的一项调查数据显示^⑮，“全球范围内,7.9%的未成年男性曾遭到性侵,未成年女性则高达19.7%”^⑯。未成年人遭遇性侵频率高为贞操权达成权利价值共识提供了生活经验基础。受侵害持续性指侵害行为持续时间长短,侵害行为持续时间越长,后果也往往更严重,如环境污染侵害持续性较高。

五、权利类型独立性:权利体系价值的司法捍卫

成文法国家向来追求法律体系的构建,法律部门的划分到法律规则的设计均浸润着体系化思

^⑬权利领域侵害性,指从新型人格权边界受侵害及其程度来加以判断的考察要素。

^⑭如美国在司法判例中确认了环境人格利益,日本对环境人格利益的侵害采取人格权的保护方法,参见:付淑斌《环境人格权正当性论证之归纳推理》(《广西社会科学》2017年第5期)。

^⑮这些数据不包括受害者或家长基于思想传统等原因选择私了而保密的性侵权事件。

^⑯http://www.sohu.com/a/164864001_18305043,访问时间2018年6月30日。

维。构建一个科学严谨、有机自洽的人格权体系,将不断发展的人格权置于其之下而能各司其职、和谐共处,这是人格权立法的重要目标^{①7}。人格权之外的其他权利立法也都很注重权利体系的完整性和和谐性。司法确认新型人格权时,应深入分析其权利类型是否具有独立性,是否与现有权利体系兼容,预判其对现有权利体系所带来的可欲后果^{①8}。

新型人格权是否具有类型独立性和体系兼容性,法官需要进行如下判断:第一,权利客体上是否独立于法定人格权。新型人格权应具有独立存在的价值和意义,其所保护的人格权益与其他权利所保护的利益可以明显界分,从而使得人格权体系诸权利融洽、兼容。以个人信息权为例,作为其客体的个人信息利益范围过大,是否能独立于隐私权等法定人格权客体存在一定的理论分歧。有学者认为两者存在较大的区别,“个人隐私信息更多的是涉及自然人个人的私密活动信息,具有的是精神方面的利益,而个人身份信息是可以识别个人身份的信息,作为个人人身、行为状态的数据化表示,是个人自然痕迹和社会痕迹的记录”^[30]。但是,隐私权也在不断发展中,权利客体也在不断扩展,甚至发展为一种“框架性人格权”趋势,“凡是与公共利益无关的私人信息都应当属于隐私权的保护范围”,也就是说个人信息权与隐私权客体界限难以厘清。此外,个人信息利益与姓名权、肖像权等客体利益存在一定的重合和冲突,客体利益的独立化程度不高,因而《民法总则》并未对其确权而是作为典型法益确认^{①9}。第二,权利载体上是否独立于自由体系。私法主要从三个方面对自由进行确认和保护,一是将自由作为私法的基本理念和价值取向,如意思自治原则在民法各领域体现为财产自由、合同自由、遗嘱自由、婚姻自由等;二是将自由作为各项民事权利的权能;三是将自由作为自由型人格权的客体。我国《民法总则》仅规定了婚姻自主权这一个自由型人格权,除此之外的自由在民法视野里主要作为一般行为自由来予以保护。司法实践中,当各种行为自由以新型人格权名义提出诉求后,很多法官感到迷茫和困惑。其实,判断该人格权诉求属于新型人格权还是行为自由,主要判断其是否附着于人格载体并通过其实现。人格权需要具有积极性权能,需要具体的人格要素作为权利载体,如名誉权、肖像权、隐私权分别具有名誉、肖像、隐私信息等人格载体,如果并未附着于人格载体而仅仅表现为行为可能性,则可判断为一般行为自由^[22]。如所谓的亲吻权,并未有独立的人格载体相支撑,只是一般的行为自由,否则无异于承认吃饭权、睡觉权、走路权等而导致权利泛化现象。第三,解纷手段上是否具有可替代性。在新型人格权纠纷中,法官应当首先考虑“穷尽现有权利机制”原则,如果通过现有权利机制并结合法律方法能够较为妥善解决新型人格权纠纷,便无必要确认独立的新型人格权,从而避免造成对现有权利体系的可能冲击^[23]。如个人信用权,在实践发展不足、理论探讨不充分的条件下,司法不宜确认个人信用权,而通过诉诸姓名权、名誉权、隐私权等司法保护,基本可以满足现实中信用利益保护的需求,如利用姓名权“社会记忆利益利用功能”保护信用利益诉求^[31],对名誉权进行扩张解释来保护信用利益诉求^{②0}。如此相关信用利益能够得到直接或间接保护。再如环境人格权纠纷,相关权益损害在现有制度体系内能够得到

①7如我国人格权法已形成以生命权、身体权、健康权为代表的物质性人格权体系,以姓名权、肖像权、名誉权、隐私权为代表的精神性人格权体系。

①8权利类型独立性,主要从新型人格权是否独立成型、是否与现有权利体系融贯方面加以考察。

①9《民法通则》第111条规定:“自然人的个人信息受法律保护。”

②0以徐某某与江苏淮安某银行股份有限公司名誉权纠纷二审案件为例,法院判决道:“信用权属于名誉权,是民事主体就其所具有的经济能力在社会上获得相应信赖与评价所享有其保有和维护的人格权”。参见:江苏省淮安市中级人民法院“淮中民终字[2015]01990号”民事判决书。

较为充分的法律救济,《民法总则》中身体权、健康权可以提供法定人格权保护,《侵权责任法》《环境保护法》及环境保护单行法规均对环境污染致人损害赔偿予以明确规定,《物权法》中对相邻关系、地役权的规定可以对通风、采光利益予以保护,《住宅建筑规范》考虑通风、采光、视觉卫生等利益要求针对住宅间距、日照标准均有明确规定,在中国当前制度语境下司法确认环境人格权实乃“叠床架屋”之行,将造成与现有制度和权利体系不兼容后果。

权利来源正当性、权利客体重要性两个要素主要从新型人格权内在角度判断其价值共识度,权利形态公示性、权利领域侵害性主要从新型人格权外部现实角度判断其价值共识度,权利类型独立性主要从权利体系融贯性角度判断其价值共识度,其存在相互联系、相互补强的关系,其相互结合共同构造新型人格权价值共识度的判断体系。

六、结语:兼论司法确权范式下的价值共识度差异

新型人格权价值共识度是个动态的变量,其共识度大小取决于确权范式的差异。反观新型人格权司法实践,法官可以选择权利嫁接型、权素扩张型、一般条款解释型和权利宣示型四种确权范式解决纠纷。

所谓权利嫁接型确权范式,指运用现有法定权利机制,在法定权利体系范围内确认新型人格权的范式类型。相应新型人格权一般尚处于初期萌发阶段,如环境人格权可以纳入身体权、健康权和相邻权的权利保护框架内,不需要针对颇有争议的环境人格权进行专门确认。所谓权素扩张型确权范式,指通过扩张性司法解释将新型人格权纳入法定人格权新增权素范围之内予以确认的范式类型,如1965年美国“格里斯沃尔德诉康涅狄格州案”中,针对自决隐私权的新问题,道格拉斯大法官运用“伴影理论”对联邦宪法第一修正案进行扩张解释来保护自决隐私权^[32]。所谓一般条款解释型确权范式,指通过解释法律一般条款将新型人格权纳入其射程之内的范式类型,《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第1条针对“其他人格利益”的一般保护条款^①、《侵权责任法》第2条第1款针对“民事权益”的一般保护条款^②、《民法总则》第109条针对“人格自由”和“人格尊严”的一般保护条款^③等都可以作为新型人格权司法确认的解释条款,如祭奠权纠纷,法官可以通过将祭奠权纳入《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》“其他人格利益”范围内予以解决纠纷。所谓权利宣示型确权范式,指新型人格权被司法明确宣示为权利而加以确认的范式类型,司法实践中“贞操权”“祭奠权”等新型人格权均在一些司法文本中明确作为权利而加以保护。

新型人格权确权范式不同,对其价值共识度的期待要求也迥异。就权利嫁接型确权范式而言,司法表现出克制性,对价值共识度要求低;就权素扩张型、一般条款解释型确权范式而言,司法能动意味渐显,对价值共识度要求大为提高;就权利宣示型确权范式而言,司法能动意味强烈,对价值共识度要求高,往往需要相关审判经验积累到一定程度,法官对其内涵、外延、权能、权利冲突及其解决措施等均达成共识基础上方能加以运用,这无疑也是新型人格权立法的司法实验和前奏

①2001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》第1条规定:“……违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益,受害人以侵权为由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。”

②2009年《侵权责任法》第2条第1款规定:“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任。”

③2017年《民法总则》第109条规定:“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。”

(见表1)。

表1 新型人格权确权范式与价值共识度关联简表

确认范式	共识度		
	权利状态	司法姿态	价值共识度
权利嫁接型	萌发	克制	低
权素扩张型	发展	中度能动	中
一般条款解释型	发展	中度能动	中
权利宣示型	成熟	高度能动	高

法官对新型人格权价值共识度进行具体判断时,既要针对具体类型价值共识度进行解剖式分析,又要结合确权范式差异对价值共识度进行整体性判断。如贞操权虽然在域外立法例、司法例方面的欠缺影响了其社会典型公开性,但其在权利来源正当性、权利客体重要性、权利领域侵害性、权利类型独立性四层面的价值共识度均高,故而整体价值共识度高,司法实践中法官选择权利宣示型确权范式具有正当性基础。再如环境人格权,在权利来源正当性、权利客体重要性、权利领域侵害性三层面价值共识度较高,但在权利形态公示性、权利类型独立性层面价值共识度偏低,其司法确权范式不能选择权利宣示型^④。新型人格权价值共识度的司法判断,是其司法确权的核心理论,也是法官绕不开的现实难题,需要在法定权利规范化与社会权利事实化互动层面去寻求解释,需要在理论与经验间来回穿梭。

参考文献:

- [1]王泽鉴.人格权法:法释义学、比较法、案例研究[M].北京:北京大学出版社,2013:11.
- [2]詹姆斯.S.科尔曼.社会理论的基础[M].邓方,译.北京:社会科学文献出版社,1999:65.
- [3]何玉兴.价值差异与价值共识[J].河北师范大学学报(哲学社会科学版),2000,23(2):25-31.
- [4]姚建宗.新兴权利研究[M].北京:中国人民大学出版社,2011:14.
- [5]秦子忠.交互共识理念:达成共识的困境与出路[J].上海交通大学学报(哲学社会科学版),2017,25(6):55-63,71.
- [6]朱玲琳,欧阳康.一元与多元之间的共识问题:引入“共识度”概念的考察[J].学习与实践,2013(11):123-129.
- [7]莱昂·狄骥.公法的变迁,法律与国家[M].郑戈,冷静,译.沈阳:春风文艺出版社,1999:245.
- [8]贝恩.J.辛格.可操作的权利[M].邵强进,林艳,译.上海:上海人民出版社,2005:27.
- [9]黑格尔.法哲学原理[M].范扬,译.北京:商务印书馆,1996:166.
- [10]汉斯·哈滕鲍尔.民法上的人[J].孙宪忠,译,环球法律评论,2001,23(4):392-403.
- [11]胡平仁,梁晨.人的伦理价值与人的利益:人格权内涵的法哲学解读[J].中国检察官,2012(19):79-79.
- [12]解维克.人格与人格权关系重拾[J].江苏社会科学,2014(4):116-122.
- [13]赵忠江.贞操权:一项失“贞”的民事权利和概念[J].大连海事大学学报(社会科学版),2013,12(3):54-58.
- [14]周玉珍.对人类性伦理模式的探讨[J].中国医学伦理学,2005(6):42-44,82.
- [15]赵合俊.性权与人权:从《性权宣言》说起[J].环球法律评论,2002,24(122):97-103.
- [16]沈宗灵.现代西方法理学[M].北京:北京大学出版社,1992:238.
- [17]于柏华.权利认定的利益判准[J].法学家,2017(6):1-13,175.
- [18]邓正来.中国法律哲学当下基本使命的前提性分析:作为历史性条件的世界结构[J].法学研究,2006,28(5):99-110.
- [19]富勒.法律的道德性[M].郑戈,译.北京:商务印书馆,2005:34.
- [20]李炎.损害的质属性要素再解读:权利的射程与利益的筛选[J].政治与法律,2016(8):126-137.

^④新型人格权司法实践中,很多新型人格权价值共识度偏低,但法官依然选择权利继续造型确权范式,却疏于法律论证,并非明智的司法选择。

- [21]于飞.侵权法中权利与利益的区分方法[J].法学研究,2011,33(4):104-119.
- [22]刘召成.论具体人格权的生成[J].法学,2016(3):26-39.
- [23]姚建宗,方芳.新兴权利研究的几个问题[J].苏州大学学报(哲学社会科学版),2015,36(3):50-59.
- [24]王利明.人格权:从消极保护到积极确权[J].甘肃社会科学,2018(1):40-46.
- [25]杨立新.人格权法论[M].北京:人民法院出版社,2002:722.
- [26]张新宝.我国人格权立法:体系、边界和保护[J].法商研究,2012(1):3-7.
- [27]艾伦·德肖维茨.你的权利从哪里来?[M].黄煜文,译.北京:北京大学出版社,2014:8.
- [28]史蒂芬·霍尔姆斯,凯斯.R.桑斯坦.权利的成本[M].重排版.毕竟悦,译.北京:北京大学出版社,2011:120.
- [29]曾世雄.损害赔偿法原理[M].北京:中国政法大学出版社,2001:42.
- [30]杨立新.个人信息:法益抑或民事权利:对《民法总则》第111条规定的“个人信息”之解读[J].法学论坛,2018,33(1):34-45.
- [31]任江.“骗贷逾期未还”纠纷案中的姓名权私法功能与启示:对新型人格权“信用权”的一点质疑[J].苏州大学学报(哲学社会科学版),2015,36(6):113-123.
- [32]曾尔恕,陈强.社会变革之中权利的司法保护:自决隐私权[J].比较法研究,2011(3):59-65.

The judicial judge on the value consensus degree of new personality right

XU Dun

(Law School, Jiangnan University, Wuxi 214122, P. R. China)

Abstract: The personality right system is open, and the social development demand causes new personality right to produce and relevant dispute to emerge unceasingly, so the judge often falls into the judicial dilemma of confirming it or not. In order to solve this problem, it is urgent to establish a judicial confirming standard, and the value consensus degree is the core element of the standard. By constructing the judicial judging system of value consensus degree from five angles including the legitimacy of the right source, the importance of the right object, the publicity of the right form, the being infringed degree of the right field and the independence of the right type, we can provide a convincing theoretical reference in solving relevant disputes, consolidate the theoretical foundation of the new personality right judicial argumentation and strengthen the predictability of the relevant judicial decision. The right confirmation paradigm of the new personality right can be concluded into four types including the right being grafted one, the right element expanded one, the general clause being interpreted one and the right being declared one, and different paradigms have different value consensus requirement. The right being declared paradigm requires the highest degree of value consensus, which tests the judge's judicial ability and wisdom. We should not only analyze the new personality right according to the different value consensus degree, but also make holistic judgment on the value consensus degree according to the differences among the right confirmation paradigms in the specific judicial judgment.

Key words: new personality right; practical confusion; value consensus degree; judicial judge; right confirmation paradigm

(责任编辑 胡志平)