

# 《民法典人格权编(草案)》的贡献与使命

房绍坤 曹相见

**摘要:**《民法典人格权编(草案)》创造性地完成了人格权正面确权,符合人格权发展的最新趋势。人格权的正面确权既有其历史必然性,也存在坚实的概念基础,但也面临客体理论上的难题,亟待学界检讨、更新。人格权独立成编的体系意义在于,既顺应了民法调整对象的理论发展,夯实了民法上人格·财产的二元结构,也体现了确定权利边界的立法要求,彰显了中国民法典编纂的时代特色,但人格权编还应进一步明晰人格、财产关系和具体人格权边界,并发掘人格权在信息、科技下的新样态。民法典人格权编应遵循一般规定、自然人人格权、特殊财产权的体系布局。

**关键词:**人格权编;人格权确权;调整对象;体系完善

## 一、引言

2018年8月,《民法典各分编(草案)》提请十三届全国人大常委会第五次会议进行初次审议。2019年4月和8月,十三届全国人大常委会第十、第十二次会议分别对《民法典人格编(草案)》进行了第二、第三次审议,形成了《民法典人格权编(草案三审稿)》(以下简称《人格权编(草案)》,如无特殊说明,亦特指三审稿)。由于其对人格权作了专编规定,人格权独立成编的争论也由此趋于平息。应当承认,在民法典编纂“两步走”的规划下,人格权最终独立成编出乎许多人的意料,但人格权独立成编的进步意义也不应低估。<sup>①</sup>就内容而言,虽然《人格权编(草案)》基本反映了我国当前的人格权研究水平<sup>②</sup>,但从规范意义上分析其可能的贡献及改进思路,仍为推动立法、弥合分歧的不二法门。

值得注意的是,虽然人格权的创设以人格、财产二分为前提,两百多年来,人格权也获得了与财产权并称的地位,但人格权的理论建构缺乏独立的结构模式,未形成泾渭分明的体系格局<sup>③</sup>,却是不争的事实。而人格权独立成编之所以在民法典编纂中争论如此激烈,也是学界对人格权概念缺乏基本共识所致。但我们不能因此否认人格权独立成编的意义,世间事物大抵辩证统一,人格权自然也不例外。当务之急是,适度跳出传统民法典的框架,发现民法发展的新趋势,夯实其理论和立法基础,变不确定为确定、从量变到质变,彰显中国民法(典)的世界贡献。

## 二、人格权编与人格权正面确权

以法、德为代表的传统民法典未正面规定人格权,瑞士民法典、我国台湾地区“民法”也只是在主体部分规定了人格的概括保护。与此不同,以上世纪60年代的《埃塞俄比亚民法典》《葡萄牙民法典》、

收稿日期:2019-05-04

基金项目:国家社会科学基金青年项目“人格权确权的伦理基础研究”(17CFX026)。

作者简介:房绍坤,吉林大学法学院教授,教育部“长江学者”特聘教授,博士生导师(长春130012;fsk@ytl.edu.cn);曹相见(通讯作者),山东农业大学泰山法治研究院副教授(泰安271018;caoxiangjian@sina.com)。

① 王利明教授认为,人格权独立成编是我国民法典体系顺应时代需求进行的重大创新,是落实中共十九大报告精神的具体体现,也是新时代全面保障个人人格尊严、保障人民体面生活的重要举措。参见王利明:《民法人格权编(草案室内稿)的亮点及改进思路》,《中国政法大学学报》2018年第4期。

② 温世扬:《民法典人格权编草案评议》,《政治与法律》2019年第3期。

③ 房绍坤、曹相见:《标表型人格权的构造与人格权商品化批判》,《中国社会科学》2018年第7期。

90年代末的《魁北克民法典》,21世纪初的《巴西民法典》《罗马尼亚民法典》为代表的新兴民法典则对人格权作了正面规定。我国《民法通则》《民法总则》也同其立场,《人格权编(草案)》更是创造性地专编落实。对此,学界存在两种不同判断,一是认为人格权发生了“从消极保护到积极确权”的发展趋势;<sup>①</sup>二是认为人格权的本质在于防御、补救对人格尊严的侵害,因此,规范重心不在于确认权利,而是救济权利。<sup>②</sup>那么,人格权正面(积极)确权的命题是否为真?这得从现实需要、概念基础、权利结构三方面说起。

### (一)人格权正面确权的历史必然性

不可否认,传统民法典虽然没有正面规定人格权,但经由侵权法的规制和判例发展,人格利益也得到了较好的保护。事实上,人格的保护远早于人格权理论,虽然当时还不是基于权利的保护。例如,罗马《十二表法》就规定:“用手或木棍打断自由人骨头者,必须赔偿300阿斯,打断奴隶骨头者,必须赔偿150阿斯。”<sup>③</sup>罗马法后期更是形成了对物私犯和对人私犯的区分,前者适用阿奎利亚法之诉,后者适用侵辱之诉。<sup>④</sup>令人吃惊的是,罗马法上的侵辱之诉与当代人格权的保护范围几无二致。<sup>⑤</sup>正因为如此,有学者直言:“即使法律没有规定人格权、没有规定人格权概念,也绝对不影响人们享有人格权。”“法律规定的人格权类型的多少,也不影响人民享有人格权。”<sup>⑥</sup>

应当承认,从语义上看,人格权“确权”存在两个语境。一是权利基础意义上的确权,即认为人格之保护源于法律的规定;二是立法技术意义上的确权,即认为立法对加强人格保护具有规范意义。很显然,第一重意义上的人格权确权已为前述史实所证伪,也与人格权源自人的伦理属性之哲学理论相悖。民法学界通常在第二重语境上使用人格权“确权”概念。本文认为,在正确理解“确权”语境的基础上,人格权的正面确权有其历史必然性,《人格权编(草案)》的做法具有独特的历史贡献,因为人格保护的權利模式与利益模式在法律功能和司法技术上有着明显不同。

#### 1. 人格保护的權利模式具有利益模式不具备的引导性功能

如前所述,罗马法上已有人格保护的规定,但值得注意的是,依请求权基础的不同,罗马法上的人格保护存在市民法之诉与裁判官法之诉(又称事实之诉)的区别:市民法之诉的保护对象是已被类型化的利益,其类型既包含观念上的类型,也包含法律上的类型;而就事实之诉而言,由于缺乏明确的法律依据(市民法),判决完全由裁判官根据具体案情进行衡平。<sup>⑦</sup>因此,市民法之诉具有事实之诉无法具备的前瞻性特征和引导性功能。“用现代法律语言来表述,市民法之诉保护的诉讼利益表现为权利,事实之诉保护的诉讼利益表现为法益。”<sup>⑧</sup>这被认为是后世权利、利益区分理论的历史渊源。事实上,德国法上关于权益区分的归属效能、排除效能、典型公开性标准<sup>⑨</sup>,本质上也能起到一定的引导性功能:归属效能要求利益有明确的归属主体;排除效能则要求所保护的利益具有绝对性,可以排除他人的非法干涉;典型公开性更是从社会角度直面权利的引导性功能。

由此可见,那种认为人格权确权与否都一样的观念是错误的。“人格权单独成编的主要价值就是把司法实践中存在的需受保护的重要的人格利益直接规定为权利,从而使此类利益在侵权法中得到

① 王利明:《人格权:从消极保护到积极确权》,《甘肃社会科学》2018年第1期。

② 中国社会科学院民法典工作项目组:《民法典分则编纂中的人格权立法争议问题》,《法治研究》2018年第3期。

③ 孟文理:《罗马法史》,迟颖、周梅译,北京:商务印书馆,2016年,第41页。

④ 大约公元前3世纪和公元前2世纪之交时,罗马颁布了一项侵辱谕令。在这项谕令中,“侵辱”除了被理解为身体伤害外,还被理解为人格侵害,即任何蓄意无视他人人格和因此而抬高自身的行为。针对上述事实的诉讼即为侵辱之诉。参见马克思·卡泽尔、罗尔夫·克努特:《罗马私法》,田士永译,北京:法律出版社,2018年,第548-549页。

⑤ 侵辱在罗马法上的内涵十分广泛,不仅包含对身体和人格的侵害,攻击死者尸体、坟墓、葬礼和名誉也被认为是对死者继承人的侵犯。参见周相:《罗马法原论》(下册),北京:商务印书馆,2014年,第875页。

⑥ 梁慧星:《民法典编纂中的重大争论》,《甘肃政法学院学报》2018年第3期。

⑦ 张礼洪:《人格权的民法保护及其理论的历史发展》,《中国政法大学学报》2018年第4期。

⑧ 张礼洪:《人格权的民法保护及其理论的历史发展》,《中国政法大学学报》2018年第4期。

⑨ 于飞:《侵权法中权利与利益的区分方法》,《法学研究》2011年第4期。

更强的保护,其利益归属者在侵害还没有发生时,可以事先确定其利益归属并且排除妨碍。”<sup>①</sup>而我国的立法与实务也充分说明了这一点。以人身自由权为例,由于《民法通则》没有作出规定,司法实践也基本上不予保护,直至《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2003〕20号)之后,人身自由的保护才有据可循。

## 2. 人格保护的利益模式比权利模式更有利于明晰人格权边界

在侵权法上,权利(主要是绝对权)可直接按照构成要件判断是否构成侵权,其法律适用是“损害—赔偿”模式,但利益保护则非如此。某种利益是否具有保护的必要性,如何处理其与他人权益的冲突,端视法官依据生活经验的自由裁量而定,因而具有高度的不确定性。由于未权利化的人格法益不完全具备人格权的归属性、排他性及典型公开性特征,这就使得二者虽然在保护的依据上同一,但在侵权要件的判断上存在实质的不同。<sup>②</sup>当然,基于人格利益的主观性,法律很难对物质性人格权、精神性人格权和非典型人格利益实行一体保护<sup>③</sup>,但这不是人格权确权的反对理由。恰恰相反,我们应通过人格权确权的方式,尽量明确人格权(尤其是精神性人格权)的边界,以强化人格权的保护。当然,有些不具备归属效能、典型公开性的人格法益无法上升为法定权利,而只能一直作为利益获得保护。

就历史演进而言,人格保护的历史就是人格利益不断类型化、法定化的过程。基于人格利益的主观性,人格利益具有多样化存在:一是立法规定的人格权,二是可能上升为法定权利的人格利益,三是不可能上升为法定权利(即不可能完全具备归属效能、排除效能以及典型公开性)的人格利益,四是权利内在的自由(如支配特定物的自由)。在这些人格利益的存在类型中,只有前三种为人格权法意义上的人格利益,第四种则被归为物权等的内容。人格保护的任务,就是不断发掘具备归属效能、排除效能以及典型公开性的人格利益,将其上升为法定人格权;不断发掘不可能上升为法定权利但值得保护的人格利益并予以类型化。如果认为人格保护与人格权确权与否没有关系,就无法解释现代法上人格权益类型多样化的进步意义。事实上,人格权之所以未能在《德国民法典》中占据独特位置,主要原因是人格权在当时欠缺实践基础,司法实践未出现大量传统侵权法不能解决的人格权案件。<sup>④</sup>但在人格利益复杂化的今天,再坚持传统民法典的做法已无意义。

## (二)人格权正面确权有其概念基础

人格权正面确权的概念基础分为两个层面:一是在内涵上,人格权是否为独立的确定概念,能否与主体人格等区别开来?对此,梁慧星教授持否定意见,认为人格权具有防御性、先在性、不可定义性、不可言说性,从而无法套进“权利法”的框子。<sup>⑤</sup>二是在外延上,人格权如何与宪法权利、人权、人之尊严区别开来?

### 1. 人格权在内涵上是独立的确定概念

应当承认,与财产等传统民法概念相比,“人格”一词具有多义性,并常常引起人们的误解。据学者考证,“人格”最初并不是法律上的概念,是康德将其从伦理学上引入到哲学中。<sup>⑥</sup>在法学上,自罗马法以降,与人格相关的概念是“人”和“主体”,但当“人格”一词成为法律概念时,它就成了一个多义词,具有了多重的特定内涵。不过,德国学者基尔克区分了作为主体的人格与作为权利客体的人格,由此完成了人格权与主体的区分。<sup>⑦</sup>这也成为我国学者在人格权概念上支持人格权独立成编的

① 张礼洪:《人格权的民法保护及其理论的历史发展》,《中国政法大学学报》2018年第4期。

② 徐涤宇、张路:《我国人格法益保护模式之选择与完善》,《湖南大学学报(社会科学版)》2018年第6期。

③ 房绍坤、曹相见:《论人格权一般条款的立法表达》,《江汉论坛》2018年第1期。

④ 杨代雄:《古典私权一般理论及其对民法体系构造的影响》,北京:北京大学出版社,2009年,第165页。

⑤ 梁慧星:《民法典编纂中的重大争论》,《甘肃政法学院学报》2018年第3期。

⑥ 汉斯·哈腾鲍尔:《民法上的人》,孙宪忠译,《环球法律评论》2001年冬季号。

⑦ 转引自杨代雄:《古典私权一般理论及其对民法体系构造的影响》,北京:北京大学出版社,2009年,第170页。

理由。<sup>①</sup>

本文赞同人格权上人格与主体人格的区分。在主体人格的内涵上,法学与哲学高度重合,均将其定义为自由意志,而人格权上人格虽然也是目的,但或者是意志的物质载体,或者是自由意志的活动形式,二者并不相同。不过,就人格的内涵而言,其在私法上存在三重意义:作为技术人格的权利能力、作为法律人格的法律主体以及作为事实人格的人格权。<sup>②</sup>这样,私法中的不同人格就可以各行其道,作为人格权对象的人格具有了独立性,人格权也由此成为确定的法律概念。

## 2. 人格权在外延上也与其他概念不同

人格权是私法概念,但同时也涉及公法问题。对此,学界通常围绕人格权的私权属性、宪法权利之争展开:一种意见认为,人格权是“天赋权利”而非法定权利,更非法定私权。人格权民法保护的加强,不仅没有导致人格权根本属性的改变,反而强化了人格权的宪法权利性质。<sup>③</sup>另一种观点认为,人格权为法定权利,虽然宪法规定人格权为公民的基本权利之一,但这并不能否认其作为民事权利的性质。<sup>④</sup>就宪法人格权与人权、人之尊严的关系而言,学界多不予明确区分,但本文认为,人格权既是宪法权利也是民事权利,二者平行存在。人格权也与人之尊严、人权有别:人之尊严是一切实证权利的价值基础,人权是人之尊严国家保护的具体要求,宪法权利为其实证化与具体化。

(1)民法人格权与宪法人格权平行存在:前者对抗私人,后者对抗国家。在立宪主义的自由国家时期,民法与宪法关系成“泾渭分明”状,已为学界共识。<sup>⑤</sup>但当立宪主义步入社会国家时代后,随着积极国家对消极国家的取代,民法与宪法关系出现了新的变化,哈贝马斯称之为“私法对宪法的实质性优先的终结”<sup>⑥</sup>,我国学者称之为“民法典的衰落”和“宪法的兴起”<sup>⑦</sup>。但实际上,这种说法陷入规范/事实不分的误区,并扭曲了社会国家时代的法律发展历程。

其一,法学思维存在规范/事实的二元视野,法学研究则有规范法学与社会法学的二维区分,其在宪法学上的体现,就是规范宪法学和政治宪法学的对立统一。一般而言,规范宪法学主要考察宪法规范的效力和法律后果,政治宪法学则考察宪法规范的生成与运行机制。就时下的研究而言,虽然二者均拿不出区别于彼此的学科体系,政治宪法学亦有其规范属性问题,但二者的区别仍至为明显:规范宪法学为“真正宪法”,政治宪法学则“外在于宪法、超越宪法”;前者关注宪法的“平常时刻”,而后者关注“非常时刻”<sup>⑧</sup>。一言以蔽之,规范宪法学属于“规范论”,政治宪法学则为“事实论”。因此,假手立法权才能实现者属于政治事实,超出了规范法学的范畴。“宪法在许多方面影响着政治,其中大部分影响是间接的,我们不应过高估计其影响。”<sup>⑨</sup>否则,任何政治行为均属于宪法行为,任何立法行为亦属于宪法适用。令人遗憾的是,包括德、日在内的多数学者未留意到此种区别。如德国学者认为:“基本权利已辐射至德国的法律秩序、政治及社会生活的方方面面。”<sup>⑩</sup>日本学者也认为,宪法将保障弱势群体的具体决定委由立法者,是基本权利私人效力的体现。<sup>⑪</sup>

其二,社会国家并非对立宪主义的全盘否定,毋宁是立宪主义的新表现。“立宪主义本来的目的,

① 杨代雄:《主体意义上的人格与客体意义上的人格》,《环球法律评论》2008年第4期。

② 张平华、曹相见:《人格的私法构造》,《浙江工商大学学报》2014年第1期。

③ 尹田:《论人格权的本质》,《法学研究》2003年第4期。

④ 王利明:《人格权法研究》(第三版),北京:中国人民大学出版社,2018年,第20页。

⑤ 薛军:《“民法—宪法”关系的演变与民法的转型》,《中国法学》2010年第1期。

⑥ 哈贝马斯:《在事实与规范之间》,童世骏译,北京:三联书店,2003年,第493-494页。

⑦ 薛军:《“民法—宪法”关系的演变与民法的转型》,《中国法学》2010年第1期。

⑧ 周林刚:《“政治宪法”的概念》,《天府新论》2016年第1期;郑磊:《我们处于什么时代——简析规范宪法学与政治宪法学之根本分歧》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2011年第3期。

⑨ 马克·图什内特:《宪法为何重要》,田飞龙译,北京:中国政法大学出版社,2012年,第13页;龙卫球:《民法依据的独特性》,《国家检察官学院学报》2016年第6期。

⑩ 迪特·格林:《基本权利在德国的地位》,林彦译,《华东政法大学学报》2017年第1期。

⑪ 阿部照哉、池田政章等:《宪法》(上),北京:中国政法大学出版社,2006年,第56页。

就在于保障个人的自由和权利,而社会国家思想的目的亦在于使立宪主义的这种目的在现实生活中得到实现,为此应认为两者之间基本上是一致的。”<sup>①</sup>因此,社会国家给民法与宪法关系带来的影响,难以使其发生本质改变。而哈贝马斯在论述“私法对宪法的实质性优先的终结”时,援引了德国私法学者 Hesse 的论述<sup>②</sup>,但后者所述既经过了立法权的“转译”——也即私法所受影响并非源自宪法规范本身——其本人也恰恰反对宪法适用于私法。<sup>③</sup>

事实上,在这一阶段,民法与宪法虽有新发展,但各自系独立进行,只是存在价值上的“暗合”。<sup>④</sup>于民法而言,近代民法的形式判断——平等性和互换性为经济、科技所颠覆,抽象的“理性人”形象也得以“具体化”:形成了“消费者/生产者、劳动者/雇佣者”二元模式。<sup>⑤</sup>于宪法而言,在经历战争和独裁的惨痛教训之后,立宪者提出了人之尊严受保护的思想。此种康德尊严哲学的宪法复兴,既是对反人性时代的回应,同时也承载了如此期待:宪法制度使人过上体面生活、形塑其个人和政治命运。因此,人之尊严既导向“善的生活”,又树立了民主的宪法基础。<sup>⑥</sup>

虽然民法与宪法的演变路径各不相同,但这并不妨碍二者在价值上的暗合:民法存在价值需求,宪法则提供了价值基础。但这也仅仅是一种“暗合”,因为私法自有其价值基础。私法对人格的保护至少可追溯至罗马法,前已述及。只不过,私法对人的保护最先是自然法为基础,此种状况直至近代才被伦理人取代,人因而被具体化,人格权理论也由此受到重视,星野英一因而称之为私法上“人的再发现或复归”<sup>⑦</sup>。而宪法人权的产生乃是近代以来的事,最初也以自然法为基础,二战以后才回归人性,被替代为“人之尊严”,后者并超越战后和独裁的语境,成为 1990 年代以来新宪法的典型特征。<sup>⑧</sup>可见,民法与宪法的价值暗合不过是“貌合神离”。

(2)人之尊严是实证权利的价值基础,人权是人之尊严国家保护的具体化。二战以后,“人之尊严”作为起草人刻意设置的政治优先,往往被规定于宪法的开端。<sup>⑨</sup>但此种安排的最重要问题是,如何理解人之尊严的角色:它是否不同于人权,并具有特别的规范内容?<sup>⑩</sup>围绕这一命题,比较法上形成了人之尊严的两种理论:最高价值模式和基本权利(宪法权利)模式,前者将人之尊严视为人权、基本权利的价值基础,典型如《德国基本法》;后者将人之尊严作为一种基本权利,《南非宪法》是其代表。<sup>⑪</sup>因此,在德国学者看来,《德国基本法》第 1 条存在三个不同层级:第一款的人之尊严是最高的原则,构成整个价值体系的基础;第二款的人权来自于人之尊严,第三款的基本权利则是前者的实证化和具体化。<sup>⑫</sup>

本文认为,德国法通过权利基础和宪法权利的区分,完成了民法与宪法价值“暗合”的教义学化,因而更具合理性。事实上人之尊严的规范意义同样为我国学者所洞察。如胡玉鸿教授指出,人的尊严是不依据实在法而存在的先在规范,是整合法律体系的基础规范,代表现代法律的伦理总纲;人的尊严也不是权利和基本权利,而是表征人在社会中立足和在法律中存在的与他人平等的法律地位。<sup>⑬</sup>

① 芦部信喜:《宪法》,林来梵等译,北京:北京大学出版社,2006年,第4页。

② “私法的立法者在宪法上具有了这样的任务:以分化和具体化的方式把基本权利的规范转译为一种对于私法关系参与者具有直接约束力的法律。立法者原则上有关心为实现基本权利对私法之影响所必需的那些各种各样修改。”哈贝马斯:《在事实与规范之间》,童世骏译,北京:三联书店,2003年,第494页。

③ 陈新民:《德国公法学基础理论》(上),北京:法律出版社,2010年,第356-357页。

④ 曹相见:《论民法与宪法关系的当代使命》,《南海法学》2019年第2期。

⑤ 谢鸿飞:《现代民法中的“人”》,《北大法律评论》2000年第2辑。

⑥ Catherine Dupre, *Human Dignity in Europe: A Foundational Constitutional Principle*, 19 *European Public Law*. 325 (2013).

⑦ 星野英一:《私法中的人》,北京:中国法制出版社,2004年,第82页。

⑧ Catherine Dupre, *Human Dignity in Europe: A Foundational Constitutional Principle*, 19 *European Public Law*. 323 (2013).

⑨ Catherine Dupre, *Human Dignity in Europe: A Foundational Constitutional Principle*, 19 *European Public Law*. 323 (2013).

⑩ Marcus Dilwell, *The Future of Human Dignity*, 31 *Netherlands Quarterly of Human Rights*. 400 (2013).

⑪ Henk Botha, *Human Dignity in Comparative Perspective*, 20 *Stellenbosch Law Review*. 218 (2009).

⑫ 周云涛:《论宪法人格权与民法人格权》,北京:中国人民大学出版社,2010年,第31-32页。

⑬ 胡玉鸿:《人的尊严的法律属性辨析》,《中国社会科学》2016年第5期。

值得注意的是,在德国法的三层式理解中,宪法权利为实证权利,人之尊严为价值基础,人权则是政治(民主)要求,仅针对国家而言。因此,在上述三个概念中,仅宪法权利具备规范意义,于权利之探讨最为有益。人之尊严与人权作为非实证化权利,其法律意义仅是为实证化权利提供价值基础和民主要求,保持权利体系的开放性。因此,从法律的规范功能上看,人之尊严、人权二者并无本质区别。

(3)宪法上不同规范的区分及其效力。前述立场的遗留问题是,若宪法权利与民事权利平行存在,如何保证宪法的最高效力呢?在此,应对宪法上的规范作进一步分类。本文认为,按照功能和适用范围上的不同,宪法上的规范可以分为超宪法规范、宪法权利规范以及宪法制度规范<sup>①</sup>;人之尊严作为实证权利的价值基础,是超越宪法权利和宪法文本的存在,同时也是民事权利的最高指导原则;经由人权的转介,宪法权利只能面向国家公权力,其虽然无法对民事权利直接产生影响,但在刑法等公法领域仍具有最高效力;宪法制度规范作为国家制度的基石,适用于一切法律领域,由此导致了宪法的具体化问题。当然,宪法制度规范虽不决定权利规范的固有内容,但仍可基于公共利益等对权利规范构成外部限制。如我国《宪法》第51条规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”

### (三)人格权正面确权亟待理论更新

虽然人格权有其确定的内涵与外延,人格权的私权化也早在20世纪初期就已确定<sup>②</sup>,但此种一般观念或用词习惯上的理解,并不意味着逻辑上的完美无缺。因为一项权利要获得独立地位,须存在主体、客体的独立结构,而人格权的正面确权恰恰面临客体难题。人格权的客体难题也是人格权争议的核心所在,但单靠法教义学无法破解这一问题,还须对传统客体理论进行检讨。

就人格权的客体而言,学界存在人格说、人格要素说、人格利益说等主张。人格说认为,人格权的客体即权利人自身的人格。该说在区分法律人格与事实人格的基础上,把人格权主体界定为法律上的人、客体限定为事实意义上的人格,试图由此化解人格权主、客体的混同。<sup>③</sup>但这种区分无从避免人格的客体化,因而更像是一种文字游戏。人格利益说认为,人格权的客体是人格利益。<sup>④</sup>该说的问题是,凡权利均体现为利益,若人格权的客体为人格利益,是否意味着物权、债权客体为财产利益?这实际上混淆了权利客体与权利目的的区别。人格要素说主张,生命、身体、健康、名誉等构成自然人的完整法律人格所不可或缺的基本要素才是人格权客体。<sup>⑤</sup>由于与人格权具体类型吻合,该说日益为当前理论采纳,但其缺陷亦十分明显:在功能上,人格固然可被人为分割,但在事实上,人格要素无法独立于人的整体性结构。换言之,对人格要素的支配仍然会导致人格客体化的悖论。

由此观之,传统权利客体理论无法为人格权提供满意答案。正因为如此,虽然拉伦茨提出了权利客体的层次说,却又认为人格权没有客体,得出“人是一切客体的对立面,也即‘物’的对立面”“人格本身不能成为权利客体”的结论。<sup>⑥</sup>但本文认为,人格权的客体悖论不是人格权本身的问题,而是传统客体理论的局限所致:传统客体理论受到哲学的不良影响,强调主体对客体的支配作用,形成了亘古不化的“拟物”思维。但法学作为一门实践的学问,调整的是人与人之间关系,因此,权利客体应从法律关系——权利的形成机制中建构。由于权利具有规范与事实的二象性,前者解决权利因何而生(即

① 对此,本文作者之一曹相见曾在宪法规范层面区分宪法价值规范和非价值规范(张平华、曹相见:《人格权的“上天”与“下凡”》,《江淮论坛》2013年第2期),特此予以修正。

② 苏永钦:《体系为纲,总分相宜——从民法典理论看大陆新制定的〈民法总则〉》,《中国法律评论》2017年第3期。

③ 张俊浩主编:《民法学原理》(上册),北京:中国政法大学出版社,2000年,第141页;姚辉、周云涛:《人格权:何以可能》,《法学杂志》2007年第5期;李倩、尹飞:《人格权客体的再思考》,《甘肃社会科学》2011年第3期。

④ 谢怀斌:《论民事权利体系》,《法学研究》1996年第2期;梁慧星:《民法总论》(第五版),北京:法律出版社,2017年,第72页;王利明:《人格权法研究》(第三版),第36页。

⑤ 马骏驹:《从人格利益到人格要素》,《河北法学》2006年第10期;郭明瑞:《关于人格权立法的思考》,《甘肃政法学院学报》2017年第4期;温世扬:《民法典人格权编草案评议》,《政治与法律》2019年第3期。

⑥ 卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,北京:法律出版社,2004年,第379页。

生成机制)的问题,后者体现为权利作用的对象(也是利益的载体),因此,应区分权利的客体与对象,以客体表达权利的规范性,对权利的事实性则以对象名之。<sup>①</sup> 如此即可化解人格权的客体难题:人格权客体即法律关系界定的义务人的不作为,对象则是法律关系界定后的主体自由领域。

遗憾的是,认为权利客体是义务人的行为、区分客体与对象的做法,历史上早已有之,只是未形成通说。如意大利学者费拉拉认为:“在任何情况下,无论物权还是债权,它们的客体都是行为,因为法律关系是人与人的关系”<sup>②</sup>。英国法学家奥斯丁也认为:权利的客体是“作为或不作为的行为,是义务主体应当受到约束的行为。”<sup>③</sup>葡萄牙学者平托区分了权利的直接客体与间接客体,这与权利客体和对象的区分异曲同工:前者是直接地隶属于那些组成某一权利的理想权力之下的事物,后者则是通过某一中介成分,才隶属于上述权力之下。<sup>④</sup> 佟柔先生亦认为:把物和行为分别作为权利客体是不妥的,物在民事法律关系中只能作为标的,不能作为客体。只有把它们结合起来,即结成“体现一定物质利益的行为”才能成为权利客体。<sup>⑤</sup> 王涌教授也认为,“权利法律关系”之客体存在双层结构:一是权利法律关系本身之客体即行为,因为只有行为才是权利关系所规范的对象;二是行为本身之客体,一般是物。<sup>⑥</sup>

引人侧目的是,近年来,为破解传统客体理论的现实困境,民法学界又涌现出一股区分客体与对象(标的)的主张。<sup>⑦</sup> 东隅已逝,桑榆非晚。在《民法总则》正面规定人格权、人格权又独立成编的立法背景下,如何摒弃前见、前嫌,检讨、更新传统权利客体理论,形成学术合力,破解人格权的客体难题,当为民法学界不可推卸的使命。

### 三、人格权独立成编的体系意义

在人格权正面确权已由《民法总则》完成的情况下<sup>⑧</sup>,人格权是否还有必要在民法典中独立成编?对此,学界存在两种不同意见:一种意见认为,《民法总则》关于人格权的规定奠定了人格权独立成编形式体系的基础;<sup>⑨</sup>另一种意见从总则与分则的关系及人格权的特性出发,否认其作为人格权独立成编依据的科学性。<sup>⑩</sup> 本文认为,《民法总则》的人格权规定不应作为人格权独立成编的基础,但从民法调整对象的理论发展、分则与总则关系以及民法典编纂的时代特色上看,人格权独立成编具有重要的体系意义,是中国民法学和民事立法的共同贡献。

#### (一)顺应了民法调整对象的理论发展

《民法总则》第2条规定:“民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。”该条明确了《民法总则》的调整对象为“人身、财产关系”,并把人身关系放在了财产关系之前。该规定虽与传统民法有所不同,但却反映了民法调整对象理论的最新发展;而人格权在我国民法典中独立成编,

① 曹相见:《权利客体的概念构造与理论统一》,《法学论坛》2017年第5期。

② 转引自方新军:《权利客体论》,北京:中国政法大学出版社,2012年,第84页。

③ 王涌:《权利的结构》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(四),北京:中国政法大学出版社,2001年,第283页。

④ 转引自方新军:《权利客体的概念及层次》,《法学研究》2010年第2期。

⑤ 佟柔主编:《民法原理》,北京:法律出版社,1983年,第33页。

⑥ 王涌:《权利的结构》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(四),第284页。

⑦ 方新军:《权利客体论》,第170页;熊文聪:《超越称谓之争:对象与客体》,《交大法学》2013年第4期;刘德良:《民法上权利客体与权利对象的区分及其意义》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2014年第4期;曹相见:《民法上客体与对象的区分及意义》,《法治研究》2019年第3期。

⑧ 《民法总则》第109条规定了人格保护的一般条款;第110条规定了自然人的生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利以及法人、非法人组织的名称权、名誉权、荣誉权等权利;第110条还规定了个人信息受法律保护。

⑨ 王利明:《论我国〈民法总则〉的颁行与民法典人格权编的设立》,《政治与法律》2017年第8期;许中缘:《德国潘德克吞式〈民法总则〉之后的人格权法的立法》,《东方法学》2017年第6期。

⑩ 中国社会科学院民法典工作项目组:《民法典分则编纂中的人格权立法争议问题》,《法治研究》2018年第3期。

既与民法调整对象理论遥相呼应,也在民法上真正构建起人格·财产的二元格局。

### 1. 民法调整对象理论的新发展

传统民法典基本上属于财产法典:除婚姻家庭的规范外,主要是关于权利主体及财产权的得丧变更规则。其在民法调整对象上的反映,就是不规定人格权关系。事实上,传统民法典本来就无意调整人格权关系,或者说,在当时,人格权并不被作为民事权利来对待。如《德国民法典》的起草者温德沙伊德认为:“所有的私法,要做的事情,有两个目标:(1)财产关系;(2)家庭关系。”<sup>①</sup>那么,人格权关系是如何进入民法调整对象理论中的呢?这得从苏联民法说起。据徐国栋教授考察,虽然1964年的苏联民事立法纲要明确排除了人格权关系<sup>②</sup>,但学者不甘于此种结果,于是对第1条作扩张解释,将人格权关系纳入“人身非财产关系”的范围。<sup>③</sup>此亦为佟柔先生为代表的老一辈民法学者所采纳,其在将“人身非财产关系”简化为“人身关系”之后,于《民法通则》第2条作此规定:“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”

虽然《民法总则》关于调整对象的规定,系经由前苏联和我国民法理论与实践发展而来,但也体现了民法调整对象理论的最新发展。传统大陆法系国家虽然未正面规定人格权,但人格权理论却经由判例演进而获得长足发展。<sup>④</sup>德国法院创设了一般人格权,并在人格权的利益构造、死者人格保护上进行了诸多探索。此外,德国总理曾于1959年提交联邦议会主席关于《德国民法典》第12条的修正案(主要是增加人格权的内容),只是后来因为政治原因而胎死腹中。<sup>⑤</sup>《法国民法典》则于1970年、1994年、2004年分别增设了个人“私生活的权利”以及“尊重人的身体”专章,后者规定了保持人的身体完整和应受尊重的权利,从而开创了人格权属性的受尊重权模式。<sup>⑥</sup>这表明,即便在传统民法典,增加人格权的内容、正面规定人格权也有强烈动因。可以说,其与前苏联、新中国民法的理论演进异曲同工。

关于民法典各分编的排列顺序,有学者主张以民法对象定义为基础,按照人格权编、婚姻家庭编、继承编、物权编、合同编、侵权责任编的顺序进行排列。<sup>⑦</sup>但本文认为,此种编排固然遵循了“人前物后”的顺序,但却在权利性质及其产生基础上含混不清。而依权利的性质及其产生基础的不同,应按人格权编(静态的人格关系)、物权编(静态的财产归属)、合同编(动态的财产变动)、婚姻家庭编(兼有身份和财产的生前行为)、继承编(兼有身份和财产的死因行为)、侵权责任编(绝对权的保护方式)的顺序进行排列。

### 2. 人格·财产二元格局的形成

值得注意的是,虽然人格权与财产权已成为民事权利的基本类型,但与财产权的悠久历史相比,人格权的基础则要脆弱得多。事实上,人格与财产的二元区分,是在人格权理论创设之后才产生的。在此之前,人格或者不被认为是权利的客体,或者获得财产也被视为人格的体现。就前者而言,康德将权利划分为物权、对人权(债权)、有物权性质的对人权(身份权)三种类型,即将人格排除在权利的客体范围之外。他说:“一个人可以是他自己的主人,但并不是他自己的所有者,他不能任意处理他自

① 转引自徐国栋:《再论人身关系》,《中国法学》2002年第4期。

② 该纲要第1条规定:“苏维埃民事立法调整在共产主义建设中由于利用商品货币形式而引起的财产关系,以及与财产关系有关的人身非财产关系。”

③ 徐国栋:《再论人身关系》,《中国法学》2002年第4期。

④ 有学者将国外人格权二百年历史概括为“通过判例而演进”的历史。参见张红:《人格权总论》,北京:北京大学出版社,2012年,第4-113页。

⑤ 王洪亮译:《德国民法人格与名誉保护新规则法草案》,《中德私法研究》第12卷,北京:北京大学出版社,2016年,第317页。

⑥ 龙卫球:《人格权立法面面观》,《比较法研究》2011年第6期;张红:《人格权总论》,第68-69页。进一步的探讨,详见曹相见:《权利客体视野下的人格权确权研究》,华东政法大学2019年博士学位论文,第三章。

⑦ 徐国栋:《中国民法典分则诸编的排序问题》,《法学杂志》2019年第2期;郭明瑞:《关于人格权立法的思考》,《甘肃政法学院学报》2017年第4期。

己,更不用说对他人有这种关系的可能了,因为他要对在他自身中的人性负责。”<sup>①</sup>罗马法对财产进行“权利保护”,对人格采“人之本体的保护”也体现了这一理念。

认为财产也是人格的意见,是所谓的广义财产理论,又称为总体财产理论。其从整体角度对人的财产状况进行抽象和概括,把个人拥有的全部财产权利和义务总揽在一个概念之下,从而将人格与其财产状况紧密联系在一起。<sup>②</sup>有学者认为,广义财产理论不仅巧妙解释了财产与人格的联系,而且将此种解释扩张于社会政治、经济和家庭伦理领域,使“人格”兼有财产、伦理和社会政治属性,人格的本质由此得以充分全面展现,人格也同时具有私法和公法上的意义。<sup>③</sup>广义财产理论亦有其哲学渊源。例如,黑格尔认为:“人格权和物权这种构成罗马法以之为基础的分类是倾斜和肤浅的……只有人格才能给予对物的权利,因此人格权本质上就是物权。这里的物权是泛义上的,即一般对自由来说是外在的东西,甚至我的身体,我的生命也属于这种物。这种物权就是人格本身的权利。”<sup>④</sup>

即便在人格权理论诞生以后,关于人格与财产的关系格局,仍然存在说不清道不明的关系。例如,人格权理论的集大成者基尔克也提出了人格权的财产性命题。<sup>⑤</sup>正因如此,即便人格与财产在观念上并列,但在理论上却从未奠定分立的概念基础,更不要说达成双龙戏珠式的和谐了。本文认为,人格权独立成编的体系意义之一,就是真正开创人格·财产的二元格局,夯实人格·财产的区分基础。当然,人格与财产的区分在内涵之外,尚涉及如下基础问题:

1. 关于人格内部的利益构造问题。在人格权观念深入人心、各种人格内涵各司其职的今天,再主张“无财产即无人格”式的广义财产观,已不合时宜。不过,就人格内部的利益构造而言,尚有所谓的人格权“商品化”<sup>⑥</sup>理论值得探讨。关于人格权“商品化”,有广义说与狭义说之分。广义说认为,科技发展使人体组成部分也可以成为客体,由于人体组成部分具有经济价值,所以可作为商品进行交易。<sup>⑦</sup>狭义说则将人体组成部分排除在外,使商品化的对象限于标表型人格权。我国学者多采狭义说:“艺人、明星或名人将自己的肖像、姓名、声音等人格要素使用在商品或服务上是现代社会非常普遍的现象,被称之为‘人格权的商品化’。”<sup>⑧</sup>

但所谓的人格权“商品化”,不过是一朵概念羞花,可远观而不可亵玩焉。标表型人格权以姓名权、肖像权为典型,其特殊性有二:一是人格标识的决定、变更权能与人格标识的使用权能互相矛盾、冲突,这种权能矛盾意味着二者无法共存于同一权利对象;二是人格标识与主体存在稳定联系,人格标识上由此存在同一性和个性化的人格利益。从标表型人格权(尤其是姓名权)的历史演变上看,早期立法以人格标识的使用为权能,以人格标识为权利对象,忽视了人格标识的形成自由;当前通说增加了人格标识的决定、变更权能,但仍以人格标识为权利对象,导致了人格权的性质矛盾。因此,必须将人格标识的使用权能从人格标识的形成自由中排除出去,捍卫人格权的专属性和非财产性。<sup>⑨</sup>

遗憾的是,无论是一审稿、二审稿还是三审稿,《人格权编(草案)》对这一问题都悬而未决。草案起草者甚至认为,规定某些人格权(姓名权、肖像权)的商业利用十分必要,是契合时代之举。<sup>⑩</sup>从理论发展上说,虽然使用权为标表型人格权权能之一仍为当前通说,但认为应将其涤除出去以纯化人格

① 康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,北京:商务印书馆,1991年,第86页。

② 尹田:《无财产即无人格》,《法学家》2004年第2期。

③ 尹田:《无财产即无人格》,《法学家》2004年第2期。

④ 黑格尔:《黑格尔著作集第7卷·法哲学原理》,邓安庆译,北京:人民出版社,2016年,第88-89页。

⑤ 张红:《人格权总论》,第17页。

⑥ 关于人格权的“商品化”,也有学者以“人格权商业化利用”概括之,主张人格权商业化利用扩张了人格权的内涵和效力,并使人格权真正成为一项主观权利。参见王叶刚:《人格权商业化利用与人格尊严保护关系之辨》,《当代法学》2018年第3期。

⑦ Giorgio Resta, *The New Frontiers of Personality Rights and the Problem of Commodification: European and Comparative Perspectives*, 26 Tulane European & Civil Law Forum 42 (2011).

⑧ 黄芬:《人格要素的财产价值与人格权关系之辨》,《法律科学》2016年第4期。

⑨ 房绍坤、曹相见:《标表型人格权的构造与人格权商品化批判》,《中国社会科学》2018年第7期。

⑩ 王利明:《民法人格权编(草案室内稿)的亮点及改进思路》,《中国政法大学学报》2018年第4期。

的主张也越来越多。<sup>①</sup> 不过,想要形成学术合力、达成正确认识,尚待时日和共同努力。

2. 关于人格与外在物的关系问题。一种流行的意见认为,传统民法中的人、物二分已发生变化,人格与财产、人与物之间存在融合现象,人格物权、人格财产、人格物等说法继起。例如,“人格物”的力倡者冷传莉教授认为,人格物“这个概念比较好地体现了这类物上财产权与人格权或财产利益和人格利益的联系和统一,它有机组合了人格要素和财产利益两个因素,能较好地统摄有形财产权与诸如人格利益、著作权和专利权等无形财产权的关系”<sup>②</sup>。此外,新近还有学者提出了民事权利的“二元性”理论,认为民事权利内在地具有精神和财产利益,但因不同权利比例不同而处分权能各异。<sup>③</sup>

本文认为,虽然人格利益具有主观性,但并未消融人格与财产的二元区分。固然,人作为思想的存在,其精神性要素可能及于人体之外的事物。但即便如此,法律并不保护存在于不可控制的物以及无身份关系的他(她)人身或物上的精神利益。而就法律所保护的人格利益而言,依据是否具备归属效能、排除效能以及典型公开性的标准,又可分人格权(包含已经法定或可能法定两种类型)上的人格利益,以及不完全具备归属效能、排除效能以及典型公开性标准的人格利益,后者往往是不具备专属性特征、存在于自己物上的人格利益,即所谓的“人格物”等。但事实上,从认识论的角度上讲,人对任何客体的认识或多或少都具有主观性,即人的主观情感会左右人对客体的认识。换言之,任何外在物都承载了人的主观情感,但只有被社会广为接受的主观情感才能成为法律保护的人格利益。此时,物还是物,只能永久地外在于人,并不因此成为人格的一部分。因此,具有人格利益的物无法模糊人格权的专属性,“物上承载人格利益”不是“财产权的人格化”,所谓的人格物是不存在的。<sup>④</sup> 遗憾的是,学界在此问题上远未达成共识。

3. 关于人体法益构造问题。随着科技的进步,某些人体组成要素(如精子等)可能脱离人体而存在。有学者由此提出财产、尊严并存的人体法益构造。依其主张,传统民法中人的主体地位以植根于启蒙哲学的理性人为基础,是一种二元对立思维下的单向度的人的影像。这种理性人观念所固有的弊端受到了各方批判,并在生命科技的背景下日渐式微。为回应时代的发展需求,民法应建构一个在价值质引导下的兼顾人的生物质、精神质、社会质和历史质的整全的人的本质观。<sup>⑤</sup>

上述重构人体法益构造的主张,实际上是对人格概念的重新塑造。确实,自哲学的角度观之,人体(人格)本身也难免沦为物的要素。但问题在于,哲学概念不同于法学概念,哲学原理不能简单套用于法学。事实上,建立于康德哲学基础上的人格概念是绝不能成为物的要素的,否则人格概念的创设就丧失了存在的意义。试图以消融人格·财产二元区分的方式,来解释生物科技的发展,从一开始就走上了不归路。本文认为,在判断人体组成部分的性质时,自由意志占据了主导地位:就生者而言,只要权利人没有作出明确的捐献、抛弃的意思表示,亦应肯认其为人格的固有利益。科技在此发挥的作用,不是要使人格要素成为外在的物,而是为其提供特定的存在形态;就死者而言,虽有学者和判例承认其意志的继续作用<sup>⑥</sup>,但其实是死者的意志受到尊重,其本身既无规范意义,当然不存在对生者的法律拘束力。

## (二)体现了确定权利边界的分编要求

传统民法按照权利主体、权利对象(通说所谓的权利客体)、法律行为的逻辑构建总则。其中,法

<sup>①</sup> 温世扬:《析“人格权商品化”与“人格商品化权”》,《法学论坛》2013年第5期;孔祥俊:《姓名权与姓名的商品化权益及其保护》,《法学》2018年第3期;李大何:《未来民法典中人格权财产利益的保护模式》,《华东政法大学学报》2017年第4期;于晓:《自然人人格标识商业利用民事权利独立设为新型财产权研究》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2017年第3期。

<sup>②</sup> 冷传莉:《民法上人格物的确立及其保护》,《法学》2007年第7期。

<sup>③</sup> 姜福晓:《人格权财产化和财产权人格化理论困境的剖析与破解》,《法学家》2016年第2期。

<sup>④</sup> 房绍坤、曹相见:《标表型人格权的构造与人格权商品化批判》,《中国社会科学》2018年第7期。

<sup>⑤</sup> 汪志刚:《生命科技时代民法中人的主体地位构造基础》,《法学研究》2016年第6期。

<sup>⑥</sup> 如美国法在涉及冷冻精子使用的身后繁殖案中,法院认为,死者死亡后,就其配子如何使用,存在生育自主权。唯此身后权利仅在死者就其身后生育事项,存在明确意图时才允许存在。参见柯尔斯登 R. 斯莫伦斯基,《死者的权利》,张平华、曹相见译,《法学论坛》2014年第1期。

律行为作为民事法律事实的典型和主要部分,旨在引起权利义务(法律关系的主要部分)的变动,法律行为也由此成为民法总则的核心与灵魂。而反对人格权独立成编的重要理由,就是人格权具有防御性,与其主体资格相始终,在侵权责任已独立成编的情况下,人格权编将缺乏行为规范的具体内容,或者说缺少法律事实这一要素。<sup>①</sup>而《德国民法典》之所以没有规定人格权,也是因为立法者认为人格权的内容与范围并不确定,只能通过具体保护性条款(行为不法)而不是绝对权的方式来保护。<sup>②</sup>这一理由看似直击要害,实则雾里看花、似是而非;德国式民法总则在法律行为上颇具误导性——这些规定表面上具有一般性,但因为身份行为、遗嘱行为在分则部分另有规定,实际上已沦为财产行为的一般规定。<sup>③</sup>事实上,当我们说人格权具有防御性,人格权编缺乏行为规则、事实要素时,不过是站在财产权角度的评论,难免有削足适履之嫌。

本文认为,潘德克顿式民法总则抽象出来的主体、对象与行为,其实仅具相对意义,法律行为亦不例外。<sup>④</sup>事实上,作为法律事实的典型类型,法律行为不仅仅限于财产行为,同时也不是导致财产关系变动的全部原因。因此,以是否适用法律行为为标准来衡量人格权及其立法,并无道理。此外,人格权与财产权在权利对象上本来就存在“人格自由”与“对物支配/请求”的对立,不能戴着财产权的有色眼镜来观察人格权。事实上,虽然与财产权的“对物支配/请求”不同,但人格自由本身就是积极权能,因此,认为人格权是防御性权利的观点并不可取。<sup>⑤</sup>

人格权虽然也具有积极权能,但其作为一种自由,具有固有性和专属性,因而不适用财产权意义上的法律行为。但是,人格自由也有自己的行使规则,体现为人格权的具体功能及权利边界。例如,同样是姓名、肖像,在主体意图对外标识主体、客观上亦有其必要时,体现为标表型人格权,即姓名权、肖像权;但若主体缺乏此种意图、客观上亦无对外标识的必要时,则落入隐私权的保护范围。当前,学界对财产权边界和行使规则的研究已臻成熟,但对人格权边界和行使规则的研究仍十分欠缺。人格权独立成编则可解决这一问题:“由于部分人格权的权利边界缺乏有效参照、可因主体而异、可能存在明显裂缝,所以需要精细的界定规则;由于部分人格权的行使限度较小、行使程序严格且行使目的特定,所以需要专门的行使规则。”<sup>⑥</sup>

因此,当我们把注意力从权利救济转移到权利行使上来时,侵权法对人格权的保护、侵权责任独立成编就与人格权独立成编并行不悖。事实上,只有人格权独立成编才能实现赋权规范、行为规范与裁判规范统一。<sup>⑦</sup>遗憾的是,《人格权编(草案)》在这方面做得并不好:除前文述及的标表型人格权的权能紊乱之外,隐私权与个人信息的关系、名誉权与荣誉权的关系等问题均有待于学界的进一步研究。

### (三)彰显了中国民法典编纂的时代特色

编纂民法典是一项伟大而富有意义的工程。在以德、法为代表的传统民法典之后,民法典编纂又经历了从“解法典”向“再”法典化的转变,虽然古典民法典自带的统一国法、宣示价值等功能均已弱化,但现在仍有的关于民法典的共识是:“至少对于大陆法系国家而言,它仍然是一个重要的特征,既

① 尹田:《论人格权独立成编的技术障碍》,《政法论丛》2016年第1期;柳经纬:《民法典编纂中的人格权立法问题》,《中国政法大学学报》2018年第6期。

② 霍尔斯特·埃曼:《德国民法中的一般人格权制度》,邵建东等译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第23卷,香港:金桥文化出版有限公司,2002年,第414页。

③ 张谷:《对当前民法典编纂的反思》,《华东政法大学学报》2016年第1期。

④ 正如学者所指出的那样,如果主体能够引起存在于任何法律关系而获得公因式地位,即意味着客体也应作同等处置。然则,“客体”总则化的效果不尽如人意,而法律行为也显然以财产行为为原型。参见朱庆育:《民法总论》,北京:北京大学出版社,2016年,第24、34页。

⑤ 曹相见:《权利客体视野下的人格权确权研究》,华东政法大学2019年博士学位论文,第三章。

⑥ 庞伟伟:《论人格权法独立成编的必要性》,《中国政法大学学报》2018年第4期。

⑦ 许中缘:《德国潘德克吞式〈民法总则〉之后的人格权法的立法》,《东方法学》2017年第6期。

是国家治理达到一定境界的象征,也是有利于继续自我改善的开始。”<sup>①</sup>但 21 世纪的民法典必然有别于 19 世纪、20 世纪的民法典,中国民法典的编纂应有其时代意义。而判断民法典是否具有时代意义的标准,应当是满足时代的经济和社会需要。“法典能否提供所处时代和国家的现实需要的行为规则,是决定法典基本价值和判别法典优劣的唯一标准。”<sup>②</sup>与 19 世纪的民法典重视保护财产和行为自由不同,20 世纪的新兴民法典更加体现了对人的保护,21 世纪的中国民法典又应嵌入何种时代特色呢?

本文认为,21 世纪的时代特色在于信息和科技的高速发展,中国民法典的编纂应在继受传统民法典基本价值的基础上,正确认识并回应信息和科技对法律尤其是权利保护的影响。就人格权而言,独立成编不仅可以进一步落实人格权的正面确权,从体例上落实《民法总则》关于民法调整对象、民事权利类型的规定,还可以回应信息与科技的时代特色<sup>③</sup>,以便更好地保护人的价值。“如果仅以《德国民法典》没有规定独立的人格权制度为由,而置现实需要于不顾,将人格权制度在民法典中用民事主体制度或侵权法的几个条款轻描淡写一笔略过,无异于削足适履,甚至是放弃了时代赋予当代中国民法学者的神圣职责。”<sup>④</sup>

1. 人格权独立成编有利于反映信息社会的时代特征。诚如学者所言:“信息时代造就了人格权的脆弱,我们既不能拒绝信息时代也不能默认人格权脆弱,只能以强有力的法律规则消除人格权的脆弱性。”<sup>⑤</sup>信息时代首先拓展了人们的空间。随着社交平台 and 大数据的发展,网名、昵称等成为姓名的新形式,隐私信息也具有社会性和公共性,发生了从个人控制到社会控制的转变。<sup>⑥</sup>事实上,当隐私信息旨在对外表征主体时,它已经内化为一种新型标表型人格权。为实现此种功能,数据访问权(能)、携带权(能)不可缺少。其次,信息时代促进了法律变革,促使我们重新思考业已成型的关于权利的传统见解。例如,传统学说认为,隐私一经公开,隐私权就消失了。这样一种隐私公开的绝对标准,正在受到越来越多的反思。事实上,只要我们采隐私公开的相对标准,所谓的个人信息本质上就是一种隐私。再次,信息时代加剧了人格权侵权的危害结果,导致了损害的即时性和不可控性。因此,未来民法典应当着力预防发生于网络的人格权侵权行为,规定删除信息、断开链接等救济方式,防止损害的发生与扩散。<sup>⑦</sup>

2. 人格权独立成编可以更好地回应人体科技的发展。现代科技尤其是人体科技、医疗技术的发展极大地影响了人的存在,民法典需要做出有针对性的制度设计。<sup>⑧</sup>在当前社会,关于人体的器官捐献、活体保存普遍存在,甚至对人体的基因编辑也已出现,并导致了伦理上的重大争论。那么,在保护和尊重人的基础上,如何处理人与组成部分的关系,如何认定冷冻胚胎的法律性质,如何界定胚胎监管人的监护权,如何对待人体基因编辑等涉及科技、法律和伦理的关系,需要法律予以专门规制。分散立法固然也可作出回应,但这本质上是如何认识作为权利对象的人体的问题,所以应当在民法典中加以规定。

遗憾的是,学界对此缺乏系统的深入研究。如前所述,有学者提出了财产、尊严并存的人体法益构造。<sup>⑨</sup>本文认为,此种立场看到了人体的物质层面,但这是从哲学的角度讲的,不能直接运用

① 苏永钦:《体系为纲,总分相宜——从民法典理论看大陆新制定的〈民法总则〉》,《中国法律评论》2017年第3期。

② 孟勤国、戴欣悦:《变革性与前瞻性:民法典的现代化使命》,《江汉论坛》2017年第4期。

③ 王利明:《使人格权在民法典中独立成编》,《当代法学》2018年第3期。

④ 王利明:《全面深化改革中的民法典编纂》,《中国法学》2015年第4期。

⑤ 孟勤国:《人格权独立成编是中国民法典的不二选择》,《东方法学》2017年第6期。

⑥ 高富平:《个人信息保护:从个人控制到社会控制》,《法学研究》2018年第3期。

⑦ 王利明:《编纂一部网络时代的民法典》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2016年第7期。

⑧ 郭明瑞:《关于编纂民法典须处理的几种关系的思考》,《清华法学》2014年第6期。

⑨ 汪志刚:《生命科技时代民法中人的主体地位构造基础》,《法学研究》2016年第6期;冷传莉:《人体基因法益权利化保护论纲》,《现代法学》2014年第6期。

于法律领域。事实上,当我们主张人体也是一种存在或称物质时,我们在认知论上已经回到人格、财产不分的广义财产理论年代。在此,必须重申人的意志的重要性:能够体现人的自由意志者,应视其是否为捐赠、接受或抛弃的明确意思,承认或否认其人格属性;不能体现自由意志但处于生命过程的人体物质,本质上属于生命的自然孕育阶段,其虽不具有独立的主体资格,但也是生命的表现形式,因而也应当属于人格的范围。至于人体基因编辑的开展,仅仅要求目的正当(为治病等具备道德性的目的)还不够,尚须通过成熟技术和科学伦理的双重关卡。就《人格权编(草案)》而言,值得肯定的是,在一审稿规定了器官捐献与医疗试验的情况下,二审稿完善了医疗实验的伦理审查,并增加了关于人体基因、人体胚胎的医学与科研活动的规定,但这尚不足以真实体现民法典编纂的时代特色。

#### 四、《人格权编(草案)》的体系完善

应当承认,人格权最终独立成编,主要是各界的合力所致,包含佟柔、王家福、江平、魏振瀛在内的老一辈民法学家也付出了艰辛努力。<sup>①</sup>而自2002年民法典草案专编规定人格权以来,《人格权编(草案)》经历了十七载的积累、沉淀,谓其基本代表人格权研究的最新成果并不过分。不过,由于人格权尚属不成熟的新生事物,许多问题的解决还需进一步乃至开拓性的研究,《人格权编(草案)》也须从体系布局、类型结构以及具体条文上进行完善。限于篇幅,本文仅论述前两个问题。

##### (一)《人格权编(草案)》的体系布局

与物权编、合同编不同,人格权编因不涉及权利得丧变更规则,总则部分相对单薄。但即便如此,关于人格权编调整对象、人格权保护范围、人格权行使规则、人格权请求权及侵权责任方式的规定,仍可构成总则部分(一般规定)。与《民法总则》《侵权责任法》相比,《人格权编(草案)》的“一般规定”不乏亮点,典型者如:(1)《人格权编(草案)》第774条规定:人格权是民事主体享有的生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等权利。除前款规定的人格权外,自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。”虽有部分学者仍将其理解为一般人格权<sup>②</sup>,但本条与《民法总则》第109条规定截然二物,契合了学界否定一般人格权、改采人格权一般条款的新趋势。<sup>③</sup>(2)《人格权编(草案)》第778条规定了人格权请求权,并明确停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复名誉、赔礼道歉的请求权不受诉讼时效限制。

但《人格权编(草案)》体系布局的混乱也很明显:一则,人格权主体范围含混不清。第一章“一般规定”除第774条第二款采用“自然人”概念、第777条采用“死者”概念外,余皆使用了“民事主体”的表述,似乎昭示众人:除民法典之外的基于人格自由、人格尊严产生的其他人格权益外,人格权可尽由法人、非法人组织享有。但查其具体规定,除第三章关于“名称权”、第五章关于“名誉权、荣誉权”的规定外,其他人格权均与法人、非法人组织无关。于此,是否在第一章“一般规定”部分普遍采用“民事主体”的表达就值得推敲。二则,人格权的性质、内容互相矛盾。第一章“一般规定”第775条规定人格权不得放弃、转让、继承,即确认人格权的专属性、非财产性,但第776条又明确了姓名、肖像等的财产性,即所谓人格权的商品化,只是但书规定“依照法律规定或者根据其性质不得许可的除外”。这种人格权精神利益、财产利益合二为一的立场,与人格·财产二分的人格权创设初衷背道而驰。

《人格权编(草案)》在体系布局上的混乱,实际上反映了人格权基础研究的欠缺。确实,在法人人格权、人格权利益构造的问题上,无论在中国法还是比较法上,都存在较大分歧。本文认为,虽然团体

① 杨立新:《对否定民法典人格权编立法决策意见的不同见解》,《河南财经政法大学》2018年第4期。

② 王利明:《民法人格权编(草案室内稿)的亮点及改进思路》,《中国政法大学学报》2018年第4期;张红:《〈民法典各分编(草案)〉人格权编评析》,《法学评论》2019年第1期。

③ 房绍坤、曹相见:《论人格权一般条款的立法表达》,《江汉论坛》2018年第1期。

享有人格权为我国通说,这一立场也为《民法总则》所坚持,法人、非法人组织也不是都以财产为目的,但团体人格旨在赋予法人、非法人组织行为能力——而非基于尊严的人格权,亦无疑问,法人实在说也难免其拟制色彩;团体人格虽有其社会功能,但为实现与自然人的和谐共处,其法律地位全面让位于自然人;公民享有基本权利,团体则负有容忍义务,因此,除非破坏公共秩序导致刑法规制、损害商誉导致损害赔偿,法人、非法人组织不应享有任何人格权。<sup>①</sup>人们尤其不应将团体背后的自然人的权利与团体的权利混为一谈。就“人格权商品化”而言,主要限于人格标识的商业利用,但其已非标表型人格权的权能,而是具有人格利益的特殊财产权。<sup>②</sup>

由此观之,《人格权编(草案)》的体系缺陷源自于对所谓法人人格权、人格标识使用权性质的不自信,这也可以从第773条“本编调整因人格权的享有和保护产生的民事关系”的表述上看出端倪。不过,本文虽然认为上述两种权利为财产权,但其毕竟与债权、物权等传统财产权存在重大不同:无论是法人名称权、商誉权,还是人格标识使用权,均系通过建立商品与主体之间的联系而发挥自然人、法人、非法人组织的促销价值;也正是因为其与主体的稳定联系,法人名称权、商誉权、人格标识使用权长期以来被误解为“人格权”。有鉴于此,为兼顾立法传统与认知习惯,可令法人名称权、商誉权、人格标识使用权寄生于人格权编。在立法技术上,《人格权编(草案)》应以自然人人格权为立足点<sup>③</sup>,采纳一般规定(基于自然人人格权的抽象总结)、自然人人格权、特殊财产权(与主体有稳定联系的人格标识使用权、法人名称权、商誉权)的体系布局。

## (二)《人格权编(草案)》的类型结构

就人格权的类型而言,《人格权编(草案)》采取了“同类聚合”的思路<sup>④</sup>,将具有相似内容的人格权置于同一章中。如第二章规定了“生命权、身体权和健康权”、第三章规定了“姓名权和名称权”、第四章规定了“肖像权”、第五章规定了“名誉权和荣誉权”、第六章规定了“隐私权和个人信息”。这一立法安排的好处是直观明了,但其科学性却值得推敲:举其要者,同为标表型人格权,肖像权为何不与姓名权一并规定?事实上,《人格权编(草案)》的此种安排,不过是对《民法通则》《民法总则》的简单沿袭:《民法通则》第98-102条分别规定了生命健康权、姓名权(名称权)、肖像权、名誉权、荣誉权;《民法总则》第110条规定:“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。”

关于人格权的类型化,学理上存在不同看法。其中,张俊浩教授的两分法、温世扬教授的三分法最为典型。张俊浩教授将人格权分为物质性人格权和精神性人格权两大类,认为前者包括生命权、身体权、健康权和劳动能力权;后者包含标表型人格权(姓名权与肖像权)、自由型人格权和尊严型人格权(名誉权、荣誉权、隐私权等)<sup>⑤</sup>。温世扬教授先是把人格要素分为“内在”和“外在”两个层次,认为前者包括物质和精神两个要素,后者即自然人的人格标识,从而把人格权划分为物质性人格权、精神性人格权与标表型人格权三大类。<sup>⑥</sup>两相比较不难发现,三分法系在借鉴两分法的基础上,将标表型人格权独立为人格的外在层次,从而形成三足鼎立的类型结构。

本文认为,人格要素作为目的性的存在,都是“内在要素”,并无“外在人格”之说。但人格确实存在“客观—主观”的维度,体现了人从生物性到社会性的过渡。反过来说,人格从生物性向社会性的发展,就是人格从客观向主观逃逸的过程。本文按照人格要素社会性的不同,提出人格权类型的四分法:一是生命权、身体权、健康权等保护人的生物性存在的人格权,它是客观的、有着明确的界限,此与物质性人格权范围一致;二是自由权,它赋予人的生物性存在以道德功能,是人的生物性存在的初步

① 房绍坤、曹相见:《法人人格权的立法论分析》,《山东社会科学》2016年第12期。

② 房绍坤、曹相见:《标表型人格权的构造与人格权商品化批判》,《中国社会科学》2018年第7期。

③ 温世扬:《民法典人格权编草案评议》,《政治与法律》2019年第3期。

④ 温世扬:《民法典人格权编草案评议》,《政治与法律》2019年第3期。

⑤ 张俊浩主编:《民法学原理》(上册),北京:中国政法大学出版社,2000年,第139页。

⑥ 温世扬:《略论人格权的类型体系》,《现代法学》2012年第4期。

社会化;三是以精神自由为内容的隐私权、名誉权等,此即尊严型人格权;四是社会性最强,以至于具有他为性的标表型人格权,如姓名权、肖像权等。

有鉴于此,《人格权编(草案)》的类型结构应作如下修改:其一,把禁止性骚扰、人身自由(行动自由)权的规定移出规定“生命权、身体权、健康权”的第二章,并独立为第三章,同时细化其具体规则,如增加侵害人身自由权的机会损失的赔偿等;其二,把“隐私权和个人信息”作为第四章;其三,令“名誉权与荣誉权”位列隐私权之后,作为第五章;其四,把社会性最强的姓名权、肖像权合并为第六章或者分列为第六、第七章。

## 五、结语

在民法典编纂过程中,关于人格权的立法争论无人能出其右。几十或百年后再追忆这一问题,或许为民法发展与立法史上的趣事。但在时下,即便人格权独立成编木已成舟、关于人格权的争论也趋于平静,但人格权立法折射出来的理论难题仍令有识之士寝食难安。应当承认,人格权立法在步步推进,理论研究却远未跟上步伐。因此,当我们在谈人格权编的时代贡献时,也应牢记我们所肩负的学术使命。时下的问题是,人格权的现代发展远未获得财产权一样的理论支撑,但坚守传统民法典的立场也忽视了可能和应该作出的贡献。为此,如何完成比较法上人格权研究的未竟使命,夯实民法典人格权编的理论基础,为民法学界亟待解决又当仁不让的使命。而既有研究的涓涓细流能否汇成江河、形成学术合力,则有待于时间的检验。

---

### Contribution and Mission of the Personality Rights Part (Draft) under Chinese Civil Code

Fang Shaokun Cao Xiangjian

(Jilin University, Changchun 130012, P. R. China;

Shandong Agricultural University, Tai'an 271018, P. R. China)

**Abstract:** The Personality Rights Part (Draft) of Chinese Civil Code creatively completes the positive confirmation of personality rights, which conforms to the latest trend of the development of personality rights. The positive confirmation of personality right has not only its historical inevitability, but also a solid conceptual foundation. It faces the difficult problems on the object of rights, which needs academic circles to update the theory of the object of rights. The systematic significance of the independent compilation of personality rights in Chinese Civil Code lies in that it not only conforms to the theoretical development of object of civil law, but also embodies the dual structure of personality and property in civil law, reflects the legislative requirements of determining the boundary of rights, and highlights the characteristics of the times of the codification of Chinese Civil Code. However, the legislation of personality rights should further and explore the new pattern of personality rights under the background of information and technology. The systematic layout of Personality Rights Part should follow the order of general provisions, natural persons' personality rights and special property rights.

**Keywords:** Personality rights; Confirmation of personality rights; Object of civil law; Systematic layout

[责任编辑:林 舒]