

论人格权的本质

——兼评我国民法草案关于人格权的规定

尹 田*

内容提要:自然人人格是由宪法赋予自然人的一般法律地位,不同于作为民事法律关系主体资格的权利能力。人格权为自然人获得法律强制力保障的一般法律地位从权利角度进行的表达,自然人直接依据宪法生而有之,并非由民法赋予。人格权在理论和实践中的私权化,系由民法形式逻辑结构需要以及团体人格的塑造等原因引起,反映了一种狭隘的民法实证主义观念。人格权在现代社会的发展及一般人格权的创制,导致私权化的人格权向宪法权利的回归。团体人格是对自然人人格在民事主体资格意义上的模仿,法人不享有人格权。

关键词:人格 人格权 权利能力

全国人大法工委日前提交全国人大常委会审议的《中华人民共和国民法(草案)》^[1]将“人格权”在分则中单列一编(第四编)做出了规定。支持者认为这一做法为极富中国特色的创新,^[2]反对者则认为其混淆了人格权与其他民事权利的区别,破坏了民法典内部的逻辑关系。^[3]争议不可谓不大。但现有争议多集中于法典内容体系安排之逻辑性方面。笔者认为,人格权应否在我国民法典中独立成编,表面看来仅仅是一个立法体系安排问题,但其实质上首先涉及人格权的性质认定,而恰恰在这一问题上,既有观念和理论存在诸多谬误。为求我国未来民法典之科学性,本文特对此发表意见,以资参考。

一、人格:私法上的概念抑或公法上的概念

人格权与人格的联系如何,此为有关人格权问题论争的第一个焦点。反对在民法典中将人格权独立成编的观点强调二者的联系,指出“人格权是自然人作为民事主体资格的题中

* 北京大学法学院教授。

[1] 以下简称“我国民法草案”。

[2] 王利明:《试论我国民法典体系》,《政法论坛》2003年第1期。

[3] 梁慧星:《松散式、汇编式的民法典不适合中国国情》,《政法论坛》2003年第1期。

应有之意”,^[4]故无须单独规定;相反的观点则试图疏远这一联系,指出主体意义上的人格与人格权所谓之人格非属同一范畴,^[5]并由此而将人格权视为一种与物权、债权以及亲属权得相提并论的民事权利,成立其支持人格权独立成编的基本理由。

事实上,尽管财产与人格的关系并非一般人想象的那么遥远,^[6]但人格权与人格之更为紧密的联系却不容置疑。为此,论证人格权的本质,须从论证人格的本质开始。

依通说,“人格”理论肇始于罗马法。过去的理论,多将罗马法上的“人格”依现代观念理解为纯指自然人的民事主体资格(即私法上的主体资格),但新近有学者指出,罗马法上的“人格”,首先是一个公法上的概念:在罗马法有关人的三个用语中,“homo”指生物意义上的人,“caput”指权利义务主体,“persona”指权利义务主体的各种身份。^[7]一个人必须同时具备自由人、家父和市民三种身份,才能拥有 caput,即在市民名册中拥有一章的资格,才是罗马共同体的正式成员。否则,就是奴隶,或是从属者,或者外邦人。^[8]由此, caput 被解释为罗马市民社会的主体资格即法律人格。所谓罗马法上的“人法”,首先要解决的是自由人的身份、市民的身份和家父的身份所构成的城邦正式成员的身份问题,亦即人格的拥有问题(公法领域),然后解决“作为一个私的团体”(即家庭)首脑的家父身份,即家父权的展开,亦即家庭内部关系问题(私法领域)。而由于此种“人格”实质上是关于社会阶层或者阶级的划分,是作为组织社会身份制度的一种工具,所以,在罗马法上,“人格”具有公法性质。^[9]当然,考虑到“人格”在罗马市民内部(私法领域)确定交易主体资格所具有的意义,将之认定为“公私法兼容、人格与身份并列、财产关系和人身关系合为一体”的概念,^[10]也是基本正确的。

罗马法上与人格有关的 persona 一词,后来成为现代法理论上“人格”(personality, personalit é)的辞源。^[11]

作为近代民法开先河者的法国民法典上没有关于“人格”(personalit é)的直接表达。但该法典第8条之规定(“一切法国人均享有民事权利”)后来被认为确定了自然人之平等抽象的人格。但已有学者指出,法国民法的此条规定虽然确定了法国人之平等的民法地位,但其另外的目的,却在于排除非法国人(外国人及无国籍人)对于私权的当然享有(一个非常重要的事实是,奴隶制度存在于法国殖民地,直至1848年方始废止)。而在法国的论著中,“人格”(personalit é)之有无被用来描述自然人是否适用法国民法,甚至用来直接代替民法典上

[4] 梁慧星:《当前关于民法典编纂的三条思路》,《中外法学》2001年第1期。

[5] 王利明:《中国民法典的体系》,载中国民商法律网。

[6] 根据法国早期民法理论,人所拥有的全部财产(包括积极财产和消极财产,称为“广义财产”)是人格的表现,体现了人格与外部事物的联系,与人格共生共灭。由此,“无财产即无自由”,“无财产即无人格”。参见尹田:《法国物权法》第1章第1节,法律出版社1998年版。

[7] 周楠:《罗马法原论》上册,商务印书馆1994年版,第97页。

[8] 徐国栋:《“人身关系”流变考》,载《中国民法百年回顾与前瞻学术研讨会文集》,法律出版社2003年版。

[9] 同上。

[10] 姚辉:《人格权的研究》,载杨与龄主编:《民法总则争议问题研究》,台湾五南图书出版公司1998年版。

[11] 拉丁文“人”(persona)的词源,来自于 personare(声音)。persona 表示演员演出时为掩饰声音而戴在脸上的面具。对于罗马法来说,面具只能赐予某些人,不赐予奴隶,奴隶被剥夺了人格(参见[葡]Carlos Alarito da Mota Pinto:《民法总论》,林炳辉等译,澳门法律翻译办公室、澳门大学法学院1999年月出版,第41页)。而据科恩的考察,拉丁语中的 personalitas(人格)一词产生于中世纪早期,是 persona 的派生词,参见上引姚辉文。

对此采用的有无法国国籍之区分的标准。^[12]由此可见,至少在法国民法典颁布时期,如果说该法典对于“平等人格”作了某种宣称的话,其仍然具有某种社会身份的认定作用,此种“人格”,仍然直接具有宪法上的意义。

常令人迷惑的是,在德国民法典上,不仅没有关于自然人“人格平等”的直接或者间接的宣称,而且该法典采用极端技术化的“权利能力”(Rechtsfähigkeit)概念取代了“人格”。而此后的瑞士、日本、旧中国民法以及我国民法通则等纷纷跟进,“人格”的概念不仅在立法上隐而不见,且在理论学说中几近被“权利能力”所替代。由此引起的论争是:“权利能力”是“人格”的替代品吗?对此,尽管众多的回答都持肯定或者基本肯定的态度,^[13]但答者均无法回避内心深处的犹豫,因为他们根本无法回答接踵而来的另一个问题:为什么必须用含义并不清晰的“权利能力”去替代“人格”?

现有资料表明,权利能力之概念,为学者 Franz von Zeiller(1753—1828)所起草的奥地利民法典中第一次在立法上使用。^[14]对于权利能力的本质,德国学者间有完全不同的看法:Gierke 认为权利能力为人格权(一种权利),Hölder 认为权利能力为享有权利之资格,^[15]而 Fabricius 和 Gitter 则认为权利能力由行为能力所派生,为从事法律上有效行为的能力,Larenz 和 Medicus 则坚持对权利能力的传统定义,即权利能力指“成为权利和义务载体的能力”。^[16]很显然,在德国民法理论上,无论对权利能力作何理解,权利能力都没有被直接解释为“人格”的同义语,此为一重要事实。

至于德国民法为什么创制权利能力制度,以及为什么这一制度后来被各国的立法所承继,如果不从德国民法独特的形式理性思维方式去理解,那将是很难理喻的。众所周知,以德国民法典为蓝本制订的民法典以及受潘德克吞法学影响而建立的民法理论及立法体系,都是以法律关系这一概念作为基础而编排的:民法典之总则为法律关系的共同要素(主体、客体、法律事实以及权利义务的共同准则),分则则是对四类法律关系的具体规定(债权、物权、亲属、继承)。在这种系统编排法中,由于法律关系的概念在表现法律体系所适用的社会现实上被认为是合适的框架,因而其被用作整理法律及展示法律的技术工具。法律产生的先决条件是它必须将生活在群体中的人作为其规范对象,而民法之作用于一定的人际关系,必须展示其表现方式,这种表现方式被称为“法律关系”。法律关系之不同于原本意义上的人际关系(财产关系及伦理关系),便在于此种关系中,人的行为被予以强制性评价,因而与权利义务直接相联系。“一切权利均因人而设立”(hominum causa omne ius constitutum est)。^[17]因此,权利义务得以成为法律关系的核心。而民法在确认权利义务亦即“生产”法律关系时,便合乎逻辑地必须确认权利义务承受人(法律关系的参加者)的资格,即权利能力

[12] Weill-Teer é droit civil, les personnes-la famille, les incapacités, 1983, p. 4 et s. 转引自曾世雄:《民法总则之现在与未来》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 75 页。

[13] 我国台湾学者梅仲协认为“权利能力为人格之别称”(梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 53 页);施启扬认为“权利主体、权利能力或人格三者的含义相同”(施启扬:《民法总则》,台湾大地印刷厂 1993 年版,第 65 页);日本学者四宫和夫也认为“法律人格即权利能力”(四宫和夫:《日本民法总则》,台湾五南图书出版公司 1995 年版,第 45 页)。

[14] 梁慧星:《民法总论》,法律出版社 1996 年版,第 57 页。

[15] 胡长清:《中国民法总论》上册,商务印书馆 1946 年版,第 58 页。

[16] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 781 页。

[17] [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社 1992 年版,第 29 页。

或者主体资格。在此意义上,权利能力担负着完成法律关系形式结构的任务,并不当然具有表彰或者替代“人格”的功能。为此,德国民法典在采用权利能力的概念时,并未对之加诸定义。而其后瑞士民法典对权利能力作了进一步解释,规定“自然人享有权利能力”(第11条第1款)、“在法律之范围内,人人均有同等之能力,有其权利与义务”(第2款),强调主体资格之平等性。据此,权利能力所隐含的“人格”价值便得以彰显,以至于为理论上进一步扩张权利能力的功能使之与“人格”几近等同提供了依据。但是,尽管权利能力毫无疑问是人格的表现,但较之权利能力,人格具有更高的抽象性和更为丰富的内涵,其描述的是人的一般法律地位(不限于私法)、一般意义的权利主体资格(不限于私权),在此,即使将权利能力阐释为“享有总和之权利的资格”,与直接表达和体现人之尊严、平等及自由的“人格”,仍有角度、范围和价值理念上的根本不同。

结论就是,“人格”作为一个历史范畴,表现的是人的一般法律地位(用现代观念来讲,应称为“人的宪法地位”)。在罗马法上,“人格”被直接用于不平等之阶级的区分。而近代以来,由于普遍平等之自然人人格的确立,罗马法上“人格”的阶级区分功能,逐渐丧失。在法国法上,人的法律地位由1789年法国人权宣言直接加以规定(“在权利方面,人们生来是而且始终是自由平等的。自由、财产、安全和反抗压迫是”人的自然的不可动摇的权利”),法国民法典第8条之“所有法国人均享有民事权利”的宣称,不过是前述规定在私权领域内必要的具体重申。而此后的学说对法国民法所确立之“平等抽象之人格”(实际上仅限于法国人之间)的评述中,其“人格”的含义被渐渐抽换为“民事主体资格”。至德国民法典编纂时期,公、私法划分日显清晰,德国人无意再用民法去代替宪法宣称“人格平等”,为此,该法典彻底实行了“私法从公法的逃离”,基于法律形式逻辑结构的需要,创制了权利能力即民事主体资格制度,并由此实现了宪法意义上的“人格”与私法意义上的“人格”(法律关系主体资格)的分离。

由此可见,近代以来,作为自然人一般法律地位的法律人格是由宪法加以确认的,而现代民法上的权利能力,是承受民事权利义务的主体资格,就自然人而言,是其法律人格在私法领域的具体表现,甚至可以被说成是自然人在私法上的一种“人格”。但此“人格”非彼“人格”,权利能力作为私法主体资格的“人格”,描述的仅仅是人作为民事法律关系主体的法律能力和地位(故不仅自然人有此“人格”,团体亦得有此“人格”),但其根本无法全面表达和彰显人的一般法律地位,即法律人格所记载的“人之成其为人”所包含的人类尊严和社会进步等等宏大而深刻的人权思想。

既然如此,如果将人格权理解为“人之成其为人”所获得的法律基本保障,则人格权之“人格”,当然指的是人的一般法律地位而非“权利能力”(即民事法律关系主体资格或者私法上之主体资格)。而由于自然人由宪法所赋予的法律人格本身即具有法律强制力,故整体意义上的人格权不过是从权利角度对“人格”的另一表达。有人格,即有人格权,无人格,即无人格权。在此,有关“人格权为人格题中应有之意”的观察,一定程度上正确地揭示了人格权与人格的内在联系,而认为“人格权所指之人格与作为法律地位的人格非属同类”的观点,甚至进而认为“人格权的标的为一种‘事实人格’”^[18]的观点,毫无根据地杜撰出另一种并不存在的等待人格权去保护的“人格”,均缺乏对“人格”来源及其本质的正确了解,而不得谓之正确。

[18] 前引[10],姚辉文。

二、人格权：民事权利抑或宪法上的权利

作为自然人一般法律地位的人格,具有极其丰富的内涵,其蕴含的基本价值(平等、自由、安全与人的尊严)成为近现代人权观念的核心内容。^[19]人格由“被认识的人之为人的那些属性或性质,例如生命、健康、身体、名誉等”构成,^[20]当法律确认或者赋予自然人的人格时,此种地位以及构成此种地位的全部要素即获得法律保障力,人格权即由此产生。“术语意义上的人格权,换言之,被理解成人作为人的自由实现的人格权,是19世纪的成果,最早产生于德国。”^[21]

法国民法典和德国民法典招致抨击的一个共同要害,在其缺乏对“人”的关怀,而人格权或者具体人格权确认规则(而非保护规则)的阙如,则是其重要标志。同样的抨击也完全可以适用于瑞士民法典。虽然这部法典被誉为“20世纪大陆法里程碑”,对人格权的保护是最完备的,但其仍仿照法国民法,未对人格权作出分解式的、具体的或者说是正面的规定。由此,忽略对人格权的规定,被很多人认为是传统民法的共同特征。

但上述具有代表性的民法典,尤其是着力张扬人文主义精神的法国民法典,为什么在人格权问题上态度会如此暧昧和保守?

对此,有学者依据充分的资料进行了有力的辩解,指出法国民法典并非忽略自然人人格保护,而只是否定从法定权利的角度规定人格权而已。在个人主义激增的19世纪的法国人看来,人格与生俱来,先于法律,不能作为法律或然规定的权利而存在,而是作为法律中当然的权利而存在。因此,人格权是为法国人权宣言明确彰显的一种自然权利,无须在民法典中规定。而法国民法典在规定“法国人均享有民事权利”的同时,规定“任何行为使人受损害时,因自己的过失而致损害发生的人,对该他人负赔偿的责任”(第1382条),将法定权利以及法定权利以外的受法律保护的一切利益(包括人格利益)囊括于侵权损害赔偿之中,其表明,法国民法虽非以权利的观念看待人格,但从更高的自然地位看待人格,其虽不在法定权利意义上规定人格权,但比保护法定权利更高地维护人格。^[22]

上述分析说明,至少在法国民法典编纂时代,人格权是被作为一种“天赋权利”(自然权利)而非一种法定权利,更非一种法定私权(民事权利)而存在。这一结论,同样是该部法典中不曾出现“人格”以及“人格权”用语的根本原因。

德国民法典承继了罗马法的传统,^[23]奉行权利法定主义,成为人格权法定和具体化体例的典型代表。如前所述,“人格权”(Personenlichkeitsrechte)概念由德国民法创造并使用。

[19] 夏勇在其《人权与人类和谐》一书(中国政法大学出版社1992年版)中指出:“人权强调‘人之作为人所应有’,强调维护人的尊严和价值。在这种意义上,我们可以说,人权是一个以人道作为社会进步目标的目的性概念。”(第170页)

[20] Savatier, *Métamorphoses Économique et Sociales du Droit Privé d'aujourd'hui*, III, n. 335. 转引自[日]星野英一:《司法中的人——以民法财产法为中心》,王闯译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第8卷,法律出版社1997年版,第176页。

[21] 转引自前引[8],徐国栋文。

[22] 龙卫球:《论自然人人格权及其当代进路——兼论宪法秩序与民法实证主义》,《清华法学》2002年第2期。

[23] 罗马法通过诉权制度,确立了身体、生命、名誉、贞操等法定人格权利。参见前引[17],第49页。

但德国民法虽然“从法律技术上将人格分割成一个个要素,择其主要者予以维护”,^[24]却并没有正面采取例举方式规定具体人格权之类型,而是“倒过来”在损害赔偿制度中具体规定得受救济的受侵害的某些人格要素,即所谓具体人格权类型(生命、身体、健康、自由、信用、妇女贞操等)。上述现象表明,德国民法典编纂者并未将“人格权”真正视为民事权利类型之一,否则,在存在充分的抽象材料(人格要素的具体分解)的条件下,具有“抽象化偏好”的德国人没有理由不去建构其内容如此丰富的“人格权”的权利体系。依笔者所见,德国民法之所以回避对人格权作出赋权性规范而仅作出保护性规范,原因便在于人格权是一种应当由基本法(宪法)直接规定的权利,民法可以“分解”这种权利并加以具体保护,但民法不是“创设”这种权利的上帝。

前述结论同样适用于瑞士民法典。尽管该法典因在其第28条第1项规定“任何人在其人格受到不法侵害时,可诉请排除侵害”而备受赞赏,但与法国民法一样,瑞士民法将人格视为统一不可分,并且,其以损害赔偿加以法律保护的“人格”不仅包括权利能力,还包括行为能力和自由。^[25]

总之,早期各国民法典未对人格及人格权做出正面的赋权性规定而仅仅做出概括的或者具体的保护性规定,并非缘于其对人格保护的“忽略”,故对它们“重物轻人”的指控^[26]是不能成立的。恰恰相反,在这些民法典的编纂者看来,自然人人格的普遍确认,是整个近代法律制度的基础和起点,而人格权,或者为一种自然权利,或者为一种法定权利,根本不是来源于民法的授予,人格权的地位高于民事权利,民法的任务仅在于用产生损害赔偿之债的方式对之予以私法领域的法律保护。

人格权的此种性质和地位,也为人格权在现代社会的发展所证明。

应当指出,早期民法对人格权采取的“敬而远之”的态度,固然与立法者所持的限制私法规范向宪法领域扩张以至弱化人的根本权利的谨慎有关,但也是由于人格权在私法领域保护需求之不足所致(众所周知,世界范围内“人权运动”所引发的人的“人格地位”的强力提升,发生于二战以后)。在当代社会,人格权优先地位逐步确立,^[27]人格权及其保护范围急剧扩张,以至于发生了“人格性正在向财产夺回桂冠”的趋势。^[28]人格权在现代发展的主要标志是:1.人格权的保护在私法领域中的扩张,具体表现为各国在其民法典中大量增加人格保护条款^[29]。2.一般人格权的创制。

但我们看到,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

[24] 前引[22],龙卫球文。

[25] 瑞士民法典旧法例第27条规定:“1. 任何人不得全部或部分地放弃权利能力及行为能力。2. 任何人不得让与其自由,对其自由的限制不得损害法律及善良习俗。”

[26] 很多学者认为,法国民法典和德国民法典均注重财产保护而轻视对人的保护。

[27] 美国于沃伦法院时期采纳了“人身权优先地位说”,扩大具体人格权的实体内容,并将人权法案保障的权利约束力扩及至各州。参见[美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,法律出版社1989年版,第245页。

[28] 前引[20],星野英一文。

[29] 法国民法典于1970年修订第9条,增设了“私生活保护”条款,1993年增设第9—1条,规定“任何人均享有对其无罪推定的权利”,于1994年对第1卷第1编进行了大规模的修订,对“尊重人之身体”及“对人之特征的遗传学研究以及通过遗传特征对人进行鉴别”设专章规定(第2章及第3章)。瑞士民法典经过修订,在其第28条以后增设了7个条文,极其详尽地在实体和程序两方面加强对人格权的法律保护。我国台湾民法典债编在80年代经立法院修正,扩大了非财产上损害赔偿的范围,“法律特别规定的人格权”之种类由原定的六种又增加了信用、隐私、贞操三种(第195条)。

了人格权的宪法权利性质。在将人格权视为自然权利的法国,受德国法定人格学说的影响,学术界曾提出民法典修正草案试图将人格权作为不可分的法定权利加以规定,但未获成功,原有的人格权体系仍被维护。^[30]更重要的是,在德国,人格权直接由二战以后颁布的基本法(宪法)明文规定,^[31]而德国联邦法院则直接根据这些规定,以裁判方式发展出“一般人格权”(das allgemeine Persönlichkeitsrecht)的概念,对于抚慰金的请求,法院也不再受德国民法典第 253 条规定的约束,普遍判令给付。^[32]而德国联邦法院在援引基本法的有关规定时,明确将一般人格权阐述为“由宪法保障的基本权利”!^[33]对此,有学者认为其表现了“人格权观念的根本性革命”,即人格权类型及其内容不再是狭隘的以民法典规范为基础,而是可以直接援引宪法规范为支持,由此,人格权由以前的“民法典权利”一跃而为“宪法权利”。^[34]但事实恰恰相反,人格权从来就不是一种由民法典创制的权利:当构成人格的各具体要素(自由、安全、人格尊严以及更为具体的生命、健康、名誉、隐私等)被部分及分别地纳入民法的保护领域时,依据一种狭隘的民法实证主义观念(凡为民法所保护的权利或者利益,即为民事权利),人格权的性质有可能发生模糊。但当具体人格要素(生命、名誉、隐私等)向较为概括的人格要素(安全、自由、人格尊严)“归位”时,人格权的宪法性质即表露无疑。人格权在当代社会的发展尤其是一般人格权的确立,是人格权之基本权利属性的最好证据。当德国联邦法院判定“否认屠杀犹太人历史,便是侵害了犹太人的一般人格权”,“因性别而拒绝向应聘者提供工作岗位,便是侵害了应聘者的一般人格权”,并责令侵权人依德国民法典第 823 条第 1 项之规定向受害人提供损害赔偿时,^[35]我们还能说德国法上的人格权是一种纯粹的民法权利吗?

然而长期以来,无论在观念上或者立法、司法实践中,人格权都被视为一种基本的、典型的民事权利,这是一个必须承认的历史事实。

三、人格权的私权化与人格权向宪法权利的回归

自德国学者创制人格权概念之后,尽管也存在“人格权否定”之学说(认为若以作为民事主体的人格为权利客体而成立人格权,理论上是一谬误,实务上不利于维护人的主体资格),^[36]但主流理论仍逐渐将生命、健康、名誉等具体人格权视为私权即民事权利,进而从整体上将人格权视为私权之一种,并在此基础上,形成了有关人格权的一整套民法理论,无论民法调整对象及法律关系的理论抑或民事权利体系结构的分析等,均受此影响。而我国民法草案将人格权独立成编加以规定,则意味着在世界民法发展史上首次对人格权的私权

[30] 参见前引[20],星野英一文。

[31] “人类尊严不得侵犯。尊重并保护人类尊严,系所有国家权力(机关)的义务”(第 1 条);“在不侵害他人权利及违反宪法秩序或公序良俗规定的范围内,任何人均有自由发展其人格的权利”(第 2 条)。

[32] 施启扬:《民法总则》,台湾三民书局 2000 年版,第 101 页。

[33] 前引[16],《德国民法总论》,第 806 页。

[34] 前引[22],龙卫球文。

[35] 《联邦最高法院民事裁判集》第 75 卷,第 160 页;《联邦劳动法院,新法学周报》1990 年,第 67 页。转引自前引[16],《德国民法总论》,第 811 页。

[36] 陈民:《论人格权》,台湾《法律评论》第 2 卷第 9 期,转引自前引[10],姚辉文。

性质作出法典意义上的“盖棺论定”。

人格权分明是宪法赋予一切人的基本权利,怎么不容分说地变成了由民法确认的私权之一种?这是一个谜。而众多民法学者在大谈“人格权是因民法调整人格关系而产生”之时,怎么也不稍微想一想:咱们中国老百姓的“生命权”,难道是因为 1986 年民法通则的确认才开始享有的?这是另一个谜。诚然,在关于人格权应否在我国民法典中独立成编的论战中,一些学者已经敏锐地发现了人格权具有而其他任何一种民事权利均不具有的那些重要属性,指出作为人格权客体的人的生命、健康、自由等,是人格的载体。人格权与人格相始终,不可须臾分离,人格不消灭,人格权不消灭(而其他任何民事权利之得失变动,均不影响人格的存在);人格权是存在于主体自身的权利,不是存在于人与人之间的关系上的权利(人格权非因民法调整所谓“人格关系”而产生);人格权仅因出生而当然发生,仅因死亡而当然消灭(其他任何民事权利均得根据权利人自己的意思,依法律行为而取得,原则上亦均得根据自己的意思,依法律行为而处分)等等,并据此反对人格权在民法典中之独立成编,^[37]但是,此种论证仍立足于人格权为民事权利之观念基础,故其尚不足以强大到置相反观点于死地的程度。

现在看来,人格权在观念上之私权化,有其深刻而复杂的原因:

其一,人格权之私权化首先缘于一种狭隘的法律实证主义观念。依此种观念,作为根本法的宪法仅为民法等部门法的立法基础和原则规定,宪法所规定的公民的基本权利仅是一种原则宣示,不得直接引用来裁判具体民事案件。^[38]亦即唯有民法将宪法规定的原则宣示“转化”为具体的民事权利加以确认之后,权利方可实际产生并获得切实保护。而经民法确认的权利,当属民事权利。为此,有关理论将各国民法典中有关生命、健康、名誉等人格保护条款视为“赋权条款”,自是顺理成章。

其二,人格要素的可分解性,从技术上支持了某些具体人格权的私权化。人格权作为一个整体性的权利概念,其保护的是整体意义上的人格。但人格的要素(指决定“人之称其为人”的各个具体属性)却是可以分解的,因此,人格权也可以被分解成各个具体的人格权。在这些人格要素中,某些要素直接涉及民事生活领域(如姓名、生命、健康、名誉等),对由这些要素所生成的具体人格权的侵犯,将直接导致民事后果(损害赔偿)的发生。为此,自德国民法典始,各国民法中开始出现有关侵害生命、身体、健康以及自由等损害赔偿的具体规定。这些直接受到民法救济的具体权利,自然被认为是私法上的权利。

其三,宪法规定的概括性,必然产生民法“创设”某些具体人格权的必要性。作为基本法,宪法只能就自然人的基本人格权(生命、自由、人格尊严等)作出规定,即在确认自然人一般法律地位(人格)的同时,具体赋予其一些概括性的人格权利。伴随社会文明的进步,人格之构成要素不断发生变化,尤其是民事生活中的某些人格利益(如隐私等),必然随经济生活的发展和人权意识的高涨而日显其获得民法保护之必要。为此,各国民法典顺应潮流,不断增加得受民法保护之人格利益的种类,这些“新生”的具体人格权(如肖像权、隐私权)的彰显和确认系由民法完成,民法不予确认,即难以获得保护。如此,人格权之私权化自然得到进

[37] 前引[3],梁慧星文。

[38] 前引[22],龙卫球文。

一步巩固。

其四,人格的私法化提供了人格权之私权化的理论基础。如前所述,德国民法所创设之“权利能力”即法律关系主体资格,后来被解释为主体在私法上的“人格”,由此,宪法上的人格被置换为一种私法上的人格,人格在观念上遂被私法化。既然“人格”为私法上的概念,则人格权当然亦为私法上的权利。据此,人格权的私权化之理论基础得以奠定,随之照例一拥而上、不断深入和重申的民法学说注释(人格权是支配权、绝对权、专属权等)^[39],则使人格权的私权化在理论上得以全面完成。

对于人格权私权化的上述成因,尚需深入揭示和检讨。但无论如何,前述狭隘的法律实证主义观念显然忽略了一个重要的事实,即宪法所规定的公民的基本权利中,某些规定的确属“宣示性”规范,如关于公民之财产权及身份权之规定,倘无自然人依民法的具体规定实施一定的行为即参加一定的民事法律关系,有关财产权(物权、债权等)或者身份权(亲属权等)自是无从实际产生,但宪法关于公民的生命、自由、人的尊严等基本权利的规定,却为直接的“赋权性”规范。此等基本权利,自然人依宪法生而有之,无需借助于任何民事活动的参与。为此,人格权非依民法而产生,实难否认。而宪法赋予自然人的人格权整体上为同一性质,虽人格权得被分解(如根据我国宪法第35、36、37、39、40、47条之规定,我国公民享有的“自由权”得分解为“人身自由权”、“住宅自由权”、“通信自由权”、“文化活动自由权”、“宗教信仰自由权”以及“言论、出版、集会、结社、游行、示威自由权”等),其中,有些具体人格权(如人身自由权、住宅及通信自由权等)得为民法所保护救济,有些具体人格权(如宗教自由权、言论自由权)得为其他法律(公法)所保护救济,但救济方式显然不能决定权利性质。此外,即使是由民法直接“创设”的肖像权、隐私权等具体人格权,其究竟是民法根据宪法的原则而“创设”,还是宪法所赋予自然人的自由和人格尊严权利在民法上的一种“延伸”或者“解释”,实在值得斟酌。至于通过对“权利能力”的解释而形成的所谓“私法上的人格”根本不能替代宪法赋予自然人的人格问题,前文已有分析,这些分析表明,人格权私权化的理论基础根本不存在。

但无论如何,人格权的私权化过程在理论上确实已经完成。然而异常重要的是,人格权在理论上的私权化却并没有导致人格权在各国民法典中获得与物权、债权以及亲属权之相同的独立地位(即在民法典分则中独立成编)。对此现象,无论以“立法者不重视对人格的保护”或以“人格权与主体密不可分,故在主体制度中予以规定更为科学”来加以解释都是很难有说服力的,因为在德国民法典及受其影响的民法典中,权利的类型划分是法典编纂的技术基础,既然德国民法已创制了“人格权”概念且确认了多种具体人格权,立法者就没有理由不将之抽象归纳为一种与物权、债权等并列的权利类型予以规定,而被认为“人格保护最完备”并提出了“一般人格权”观念的瑞士民法典,则更没有理由犯此等逻辑错误。事实上,在奉行权利法定主义的国家,就人格权在民法典中的安排问题,立法者不得不面临两个无法逾越的障碍:一个是技术上的障碍,即整体意义的人格权在性质上等同于自然人的法律人格本身,而人格的享有是自然人取得民法上之财产权和身份权的前提,作为前提性的权利与作为结

[39] 王利明等编著:《人格权法》,法律出版社1997年版,第7页;杨立新:《人格权法论》,中国检察出版社1996年版,第21页。

果性的权利显然非属同类,岂可并列?另一个是常识性观念上的障碍,即生命权、自由权等人格权利,涉及自然人全面社会生存之根本,岂可由仅仅规范私人生活关系的民法赋予?归根结底,可以断言,正是人格权固有的宪法性质,阻却了各国民法典编纂者对人格权做出正面的赋权性规定并将之独立成编的任何企图。

而如前所述,现代社会的人权运动所导致的人格权之民法保护浪潮,不仅没有继续强化人格权的私权性质,反而引发了私权化的人格权从观念上向宪法性权利的回归。这一回归,是由“一般人格权”的创制所引起的。

前已述及,一般人格权是由德国联邦法院为满足人格权保护需要,通过一系列判例而创制的。至关重要,这一创制过程不是以民法典规范为基础,即不是通过运用民法的基本原则对有关规定的扩张解释而完成,而是通过直接援引宪法规范而完成:在1954年BGHZ13,334,337f案件、1958年“骑士案”以及1961年“人参案”等判决中,^[40]在无法从民法典寻找相应规范的情况下,德国联邦法院直接引用前西德基本法第1条(“人类尊严不得侵犯。尊重及保护人类尊严,系所有国家权力(机关)的义务”)及第2条(“在不侵害他人权利及违反宪法秩序或公共秩序范围内,任何人均有自由发展其人格的权利”)之规定,推导出一般人格权,并将之称为“由宪法保障的权利”,据此对案件作出损害赔偿之判决。尽管这一做法受到包括拉伦兹在内的一些学者的批评,认为基本法第1条和第2条的规定是公法的规定,不具有私法性质,不能直接创设权利义务关系,^[41]前述判例不可避免地引起了宪法控告,但其最终仍得到德国宪法法院的支持。^[42]

上述资料表明,一般人格权的“创制”(毋宁说是“寻找”),非为对民法典规定的具体人格权的抽象归纳而成,甚至根本不是以民法典规范作为基础,而是直接依据宪法之规定,这就使原本被私权化的人格权的本质不得不在人们原有的观念上发生根本性的转变:如果人格权是一种根据民法规范而产生的权利,那么,在存在生命权等各种具体人格权的情况下,作为各种具体人格权上位概念的所谓“一般人格权”,就应当而且能够在此基础上抽象而成,同时,民法的基本原则就应当能够为一般人格权的创制提供全部基础。而当一般人格权竟不得不根据宪法创制因而成为“受宪法保障的权利”时,作为其下位概念的各种具体人格权,还能称之为“民事权利”吗?

更为重要的是,伴随人格权向宪法权利的回归,现代法律思想也将因之而引发一场根本性的革命。“德国实务对此做出的精彩解释是,司法虽然应受法律(Gesetz)和权利(Recht)的拘束,但是应排除狭隘的法律实证主义,不能将宪法与具体实体法规范截然分离,法的存在系以宪法秩序为内容,具有补充实体法不备的功能。司法的任务在于从完整的法律体系,而不是只从被称为民法的形式渊源中发现司法规范。”^[43]而当人格权的民法保护不再囿于民法规范本身之时,当人格权不再被错误地视为一种由民法调整所谓“平等主体之间的人格关

[40] 具体案情及判决参见:前引[16],迪特尔·梅迪库斯书,第805页。

[41] Larenz, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Recht der unerlaubten Handlungen, NJW 1955, 521. 转引自王泽鉴:《人格权之保护与非财产损害赔偿》,载《民法学说与判例研究》第1辑,中国政法大学出版社1998年版,第46页。

[42] 前引[16],《德国民法总论》,第806页。

[43] 前引[22],龙卫球文。

系而产生的权利之时，^[44] 人权保障将出现何等广阔辉煌之前景！

遗憾的是，我国民法草案逆历史潮流而动，作出了将人格权在民法典中独立成编予以规定的错误决策。该草案将人格权与物权、债权、亲属权加以并列，表面上突出了对人格权的保护，实质上使人格权降格减等，使其从宪法权利彻底沦落成为由民法创设的民事权利。这种做法，完全截断了在自然人基本权利的保护领域，民事司法直接向宪法寻找裁判规范之依据的进路，完全取消了被我国宪法直接赋予自然人的许多被视为“公法权利”的人格权（如宗教信仰自由权、劳动权和劳动者休息权、受教育权等）获得民法保护的可能。此等胆大“创新”，实为历史倒退。

笔者认为，正确的做法应当是在民法典自然人一章中专设“自然人人格保护”一节，从“保护”之角度出发而非从“设权”之角度出发，对一般人格权与各具体人格权作出规定。

四、法人有无“人格权”

依通说，法人是具有“法律人格”的团体。法人既有“人格”，当然就有人格权。但我们已看到，这是一种极其错误的理论。

团体之所谓“法律人格”的赋予，是德国民法理论研究和制度设计中最富想象力和技术性的创造。但众所周知，团体之“人格”的赋予，完全是经济发展的需求导致法律技术运用的产物，其目的不过在于使具备一定条件的团体成为民事权利义务的承受者亦即交易主体，以便限制投资人风险，鼓励投资积极性。“正是这种通过使财产独立化而产生的限制责任效果，构成了设立法人的本质动机”。^[45]

为使团体能够“像自然人一样”成为民事权利义务的承受者，德国人借助了罗马法上的人格理论，亦即罗马法上人与人格的分离，为团体人格的塑造提供了逻辑技术支持（既然自然人不一定具有人格，则具有人格的就限于自然人）。但是，团体并非自然人，团体人格不需要也不可能包含自然人人格所包含的自由、安全、人类尊严等基本价值，团体人格所需要确定的，仅仅是团体的民事法律关系主体之地位。为此，在创设团体人格时，德国人必须抛开自然人法律人格的实质，仅攫取其“私法上的主体资格”之部分内涵，以使团体能够像自然

[44] 前述人格权私权化的结果，还导致我国民法关于调整对象的理论进入误区。既有理论认为，民法调整对象为“平等主体之间的财产关系和人身关系”，而人身关系中包括人格关系和身份关系，人格关系被民法调整的结果，即产生人格权。但就“人身关系”一词的来源，近有学者做了深入考证，指出罗马法上并不存在人格与身份的分离，“人格”由自由人身份、市民身份以及家长身份共同构成，前两种身份属于公法，后一种身份属于私法。直至1811年奥地利民法典，私法性的身份（家族身份以及性别、胎儿、未成年人等家庭法外的身份）才得以凸现并完全私法化，而“罗马法中的公法性身份则被驱逐于民法之外”。由于奥地利民法典第一编第一章标题为“关于人的身份（persönliche Eigenschaft）和人的关系（persönliche Verhältnisse）的法”，而“persönliche Eigenschaft”可以简译为“人身”，且所谓“人的关系”在该法典中系指因失踪产生的关系（第24—25条）、因公民权产生的关系（第28条）及家庭关系、亲属与血亲和姻亲（第40—42条），实为“人的身份”的延伸，据此，该学者断言，我国民法理论中“人身关系”术语的西文来源，为“一位俄国的或中国的不知名的前辈，在一个我们不知的时间，把奥地利民法典式的‘关于人的身份和人的关系的法’概括成民法调整的‘人身关系’”（参见前引[8]，徐国栋文）。前述考据如果确实，则我国民法理论所言之“人身关系”，原本仅指“身份关系”，后来的人将之理解为包含所谓“人格关系”，实为误读。事实上，根本不存在所谓“平等主体之间的人格关系”：当自然人被赋予法律人格之后，人格权即已产生，自然人相互间根本就不可能存在需要民法去规范的所谓“人格关系”。

[45] 前引[16]，《德国民法总论》，第815页。

人一样成为私法上的“人”,并进而使法人和自然人能够在德国式民法典总则中“权利主体”之框架下并列和并存。于是我们看到,德国人创设了“权利能力”即私法上的“主体资格”之概念。

原来,德国民法通过“权利能力”的设计而实现私法上的“人格”从宪法上的人格之逃离,其根本目的还在于为团体准备一顶“民事主体”的桂冠!如此一来,主体化(亦即私法上人格化)的团体与自然人便在“权利能力”即“民事主体资格”的屋檐下找到了共同栖身、和谐相处的家园,德国式民法典总则的主体制度以及民事法律关系的理论也因此而得以完满架构。

由此观之,团体人格不过是对自然人人格在私法主体资格意义上的模仿,是一种纯粹法律抽象技术的产物。团体人格与体现人类自由、尊严和社会平等的自然人人格之间,在性质上毫无共通之处。所谓法人,不过是私法上之人格化的资本。法人人格离开民事财产活动领域,即毫无意义。为此,法人根本不可能享有与自然人人格权性质相同的所谓“人格权”。基于法人之主体资格而产生的名称权、名誉权等,本质上只能是财产权;法人的名称权应为无形财产权,此为有关工业产权保护之国际公约所明定;法人的名誉权应为法人的商业信用权,同样应置于无形财产权范围。

而我国民法草案将人格权独立成编的必然逻辑结果,便是不得不承认法人享有人格权,不得不完全混淆法人人格权与自然人人格权的本质区别而将两者并列规定。更有甚者,该草案第 2 条还不得不令人扼腕叹息地明文规定“法人的人格尊严和人身自由不受侵犯”!此等规定,虽无历史可以倒退,但其“创新”,却是非理性的。

Abstract : The nature person personality is the general legal status vested to a nature person by constitution , thus it differs from the so-called right ability , which is the qualification of being a subject of civil legal relationship . Nature persons acquire their personality rights on the ground of constitution rather than the civil law , though in the practice and theory , the personality right becomes a private right gradually . This is mainly because of the necessity of formal logical structure of civil law and the shaping of organization personality , which reflects a narrow civil positivism view . The development of personality right in the modern society and the creation of general personality right should lead it revert towards the constitutional right . Anyway , the organization personality right is just the imitation of nature person personality right in the sense of the qualification of being a subject of civil legal relationship , so legal persons do not have personality right .
