

人格权的理论基础及其立法体例

马俊驹 张 翔*

内容提要:权利是人与外在于人的事物的法律上的连接。罗马法及近代民法,始终受到人的伦理价值内在化观念的支配。人格权概念乃是现代社会人的伦理价值范围扩张以及支配需要的结果。我国民法通则中的人格权规定及其人格权理论,并未将人格权当成一种权利看待。我国民法典制定中的人格权立法体例,必须摆脱人的伦理价值内在化观念及其保护之诉权与实体权利分离的模式。

关键词:人格权 人格保护 人格立法

人不仅是自然的存在,也是伦理价值的存在。随着对人的价值之尊重成为世所公认的准则,法律通过各种各样的技术手段对人的伦理价值予以保护,也已成为世界各国民事立法的通例。以此为背景的中国民法典的制定,为遵循时代之潮流,也为延续民法通则的立法特点,选择了以“人格权”作为中国民法上人的伦理属性的保护手段这一法律技术。这意味着通过立法将人在伦理上所应享受的价值要素规定为权利的客体,进而纳入到民法“权利”的轨道。基于此,一个重要的课题便摆在了法学的面前,这就是人的伦理价值的“权利化塑造”。而如何将人的伦理价值塑造为权利的客体,涉及到权利的定义、权利与法律保护的关系、人的伦理价值与人的关系以及如何理解近代民法人格保护的立法模式等一系列理论问题。

一、权利:人与外部事物法律上的连接

欲明确人的伦理价值如何才能成为真正的权利,先要明确什么是“权利”。正如我们所知道的,“权利”一词,几乎可以折射出民法学乃至法学的整个内容。本文仅从“权利与人的关系”为角度来论证“权利的标准”。

黑格尔的先验哲学认为,人的本质就是人的意志,“自为地存在的意志即抽象的意志就是人”。^[1]人的这种意志属性首先表现在人具有自我认识的能力,即人可以认识到“我”的存在,这是人区别于其他生物的根本规定性。“人实质上不同于主体,因为主体只是人格的可能性,所有的生物一般来说都是主体。所以人是意识到这种主体性的主体”。^[2]

人的意志存在的领域,并不能仅仅局限于人的内部。换言之,不仅“人的本身”可以成为意志的对

* 马俊驹,清华大学法学院教授;张翔,清华大学法学院博士生,西北政法学院副教授。

[1] 黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第46页。

[2] 同上。

象,“外在于人的事物”也同样可以成为意志的对象。“人为了作为理念而存在,必须给他的自由以外部的领域。”^{〔3〕}由于这种外部领域当中的事物是作为意志的对立面而存在的,较之于自由的意志而言,“无意志”与“不自由”成为了外部领域的事物的根本特性。因此,人基于其优越于外部事物的意志,就“有权把他的意志体现在任何物中,因而使该物成为我的东西”,^{〔4〕}于是,在这个意志外化的过程中,人与外部事物由主观与客观的对立,走向了主体与客体意义上的统一。进而,人的“主体性”特征,遂在与作为“客体”的外部事物的参照之中表现出来并且得以实现。显然,存在于人本身并作用于外部事物的意志,在此承担了连接人与外部事物的桥梁的作用。

马克思主义哲学从唯物主义立场出发,主张“人直接是自然存在物……人作为自然的、肉体的、感性的、对象性的存在物,和动植物一样,是受动的、受制约和受限制的存在物”,^{〔5〕}反对黑格尔将人的本质视为“纯粹的主观意志”的唯心主义观念。但是与此同时,马克思主义哲学丝毫不否认黑格尔所强调的人的意志对于外部事物的作用,虽然这种作用从唯物主义立场看来是第二位的“反作用”。换言之,马克思主义哲学认为,人并不仅仅是受动的、受制约和受限制的存在物,“这些个人使自己同动物区别开来的第一个历史行动并不是在于他们有思想,而是在于他们开始生产自己所必须的生活资料。”^{〔6〕}可以看出,黑格尔所主张的“人的存在”必须通过“意志外化”,在与意志对象的“主体—客体”的对比中才能体现出来的思想,在被马克思主义哲学吸收的同时,还被赋予了“社会实践”的内涵。由于人的社会实践是在人的意志支配下,“真正按照人的方式,根据自己本性的要求,来安排世界”^{〔7〕}的活动,所以这个过程使得人在本质上区别于动物的“自由的自觉的活动”的“类特性”,^{〔8〕}突现了出来。这就是恩格斯所讲的“劳动创造了人”。

人的意志以社会实践为依托,在反作用于外部世界的过程中,对于作为个体的人来讲,基于其“优越于外部事物的意志”,人具有“对一切物据为己有的绝对权利”。^{〔9〕}然而,对于作为群体的人来讲,每个人的这种“绝对权利”,便产生了彼此的疆界划分问题。由于这种“绝对权利”其实就是人的意志在外部空间的范围,所以这里的疆界划分本质就是“意志的自由空间”的界限。然而,由于意志是一个主观的东西,外化的意志要在外部领域当中获得定在,“单是某物应属于我的这种我的内部表象或意志是不够的……下一步骤才是这一概念的实在化。”^{〔10〕}换言之,由于纯粹主观的意志在外界是没有意义的,因此人的外在化的意志要真正成为人与外部事物的中介,它必须有自己的实在化的载体。这种载体的意义在于克服意志的纯粹的主观性,从而使他人知晓,便于他人承认。这一意志的载体,在事实的层面上,通常表现为支配于意志对象的“行为”;而在法律技术的层面上,外部事物上的人的意志,则是通过“法律”本身的实在性与公开性来体现的。确切地讲,在法律上用以表彰外部事物上人的意志存在的载体,就是“权利”。

由此可以看出,作为人反作用于外部事物的意志在法律上的表述,权利是连接权利主体与权利客体,或者说“人”与“人所拥有的东西”的法律上的纽带。由于这种外部事物本来是“外在于人”的,所以从“我”本身为出发点,并不能得出该项事物就是“我所拥有的东西”这样的结论——它还可能是无主的,或者是归属于他人的。要使该事物成为“特定的人”所拥有的东西,就必须通过“权利”将其与人连接起来,使之成为权利的客体。因而,当某一事物被认为是“权利的客体”时,这不仅意味着人将该事物当成是“我所拥有的东西”的意志已经得到了法律的肯定,而且还意味着,“这个东西”作为人的权利这个“纽带”的另外一端,其应当是属于人(意志)的“外部领域”范畴的事物。只有当“受法律保护”的

〔3〕〔4〕 前引〔1〕,黑格尔书,第50页以下。

〔5〕 《马克思恩格斯全集》第42卷,第167页。

〔6〕 同上书,第1卷,第24页。

〔7〕 同上书,第2卷,第118页。

〔8〕 同上书,第42卷,第96页。

〔9〕〔10〕 前引〔1〕,黑格尔书,第52页,第51页。

事物来自于人的“外部”的时候,该事物上的法律之保护,才具有连接主体与客体——即使得该事物成为“我的”——的意义,进而才可以称之为“权利”。

如果将这一结论放在法律概念的逻辑框架之内来考察,我们就可以清晰地看出,“法律之保护”其实存在着两种根本模式。首先,如果该项事物是“外在于人”的,那么如前文所述,由于从“人之存在”不能够推知“人对该项事物的拥有”,所以法律必定是以沟通主、客体的“权利”为保护的手段。这种保护模式,可以称之为“权利的保护”模式。其次,我们知道,权利主体是权利的享有者,权利客体是权利指向的对象。如果权利的客体是“内在于人”的,那么这就意味着权利将“反指”主体本身。这种情况下,由于主体与客体发生了混同,权利便丧失了存在的意义。换言之,对于“内在于人”的事物而言,由于“人之存在”,就意味着“人所拥有的该项事物”的存在,所以法律对于该项事物的保护,不能以“权利”作为手段,而只能通过“人之保护”来实现。这种保护模式,可以称之为“人之本体的保护”。

虽然“人之本体的保护”与“权利的保护”归根到底都是法律对于人的保护,但是其两者具有明显的法律保护的目的地与路径上的差异:前者是一种“内敛”性的法律保护,旨在维护人之本体的“内在完整性”;后者则是一种“外扩”性的保护,其目的在于界定人的自由的“外部空间”以及与他人自由之间的界限。因此,只有在后一种情况下,才会有“权利”的存在。

二、权利与救济的分离:大陆法系人的伦理价值法律保护传统的形成

在罗马法上,人的伦理价值保护的规则就已经存在。罗马法中“对人私犯”(injuria)的概念,“原指一切不法行为而言,以后罗马法对此作狭义解释,专指对身份和人格的侵害。”^[11]在《法学阶梯》中,这种针对人格的不法侵害被清晰地罗列:“不仅在某人被用拳头、棍棒殴打……的情况下,不法侵害被实施了,而且在某人被谩骂……或如果某人为了毁坏他人名誉,写作、编辑、出版讽刺文章或诗歌……或被主张侵害他人贞操的情况下,不法侵害也被实施了……”^[12]因上述不法行为而遭受损害的人,有权向致害人提起诉讼。而后者所应承担的责任形式,则在罗马法上历经了一个由身体刑到罚金的演变。^[13]

但是,这一事实并不意味着在罗马法上就已经存在“人格权”的概念。恰恰相反,罗马法从不认为人对于其人格价值可以享有“权利”。在古罗马人看来,今日我们所称之“权利”,乃是一种“物”。根据盖尤斯“有体物”与“无体物”的划分,除了等值于有体物的所有权之外,其他的权利,如债权、役权等,均属于无体物。就“物”的概念而言,起初“人们所称的物,是指除自由人外而存在于自然界的一切东西,不管是对人有用的,无用的,甚至是有害的,均属于广义的物”^[14]换言之,罗马法上的“物”,是与“人”相对立的概念,即“外在”于人的范畴。“后来,法律和法学思想不断发展,罗马法逐渐把物限定为一切人力可以支配、对人有用,并能够成人们财产组成部分的事物。”^[15]即在罗马法观念上,“物”事实上是与“财产”概念等价的。这样,“是否具有财产价值”,成为了罗马法判断某一事物是否为外在于人的“物”的关键性标志。根据这一标准,被认为不能用金钱衡量的人的伦理价值被排除于“物”的范围之外,进而被排除于“权利”的客体之外。由于在罗马法上人格并不是一种可像财产一样为人所享有的东西,所以在“私犯”制度的人格保护中,“法律将人所遭受的损害,看成是施加给个人与社会的危险”,这一制度所产生的罚金责任,“也被当成是惩罚性与威慑性的,而不是补偿性的。因为这里所涉

[11] 周枬:《罗马法原论》,商务印书馆2001年版,第298页。

[12] 优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社1999年版,第445页。

[13][14][15] 参见前引[11],周枬书,第864页,第298页。

及的利益,与金钱问题无关”。^[16]

综上,在罗马法上,外在于人的事物,被标志以财产价值的属性,并与“物”(权利)联系起来。在这种观念之下,伦理上的人格利益虽然没有被罗马法看作是内在于人的固有要素——在罗马法上,“人格”之取得,依据在于身份,而不在于伦理——但是罗马法系将其排除于“物”的范围之外,却是确定无疑的。因此,罗马法上的人格保护,并不是基于“物”或者说应受保护的外在于人的东西,而是基于社会价值观念甚至是社会利益。这样,在人格的保护模式上,便产生了人格利益的“可诉性”与“权利化”的分离。这种救济与权利相分离的人格保护模式,对于后世大陆法系民法有着深远的影响。

欧洲中世纪教会法拒绝将人格价值看成是权利的客体。“中世纪的法学家沿袭罗马的分类方法,在‘对人私犯’的名目之下对待人格之侵犯,并区别于财产法。”^[17]教会法基于基督教的道德观念所给予人格的法律保护,仍然秉承着罗马法诉权与实体权利的分立模式。只不过“在基督教义之下的人格分析中,(人格的侵害)中的‘过错’变成了‘罪恶’,因而成为教会律师与学者的领地。”^[18]

及至近代,在人文主义与近代自然法的影响之下,法国民法典开始将自然法的思想看成是实定法的直接渊源。这种立法思想,正如法国民法典最终草案的序编曾经表述的那样,“存在着一种普遍的永恒的法,它是一切实在法的渊源:它不过是统治着全人类的自然理性。”^[19]基于此,在人格制度上,法国民法典将自然法所倡导的无差别的“人类理性”作为实定法上人格的取得依据,从而使得“生而平等”的伦理价值观念在法典上得以落实。法国民法典将“人类理性”认作是实定法上人格的依据,意味着基于理性而派生的人的自由与尊严等范畴,只能是人获得法律人格的前提,即人的“内在”属性,而不能是取得法律人格之后的结果,即不能是“外在于人”的人可得拥有的东西。因此,在法国人看来,人的自由与尊严的依据,只能在自然法中寻找,即在“天赋的”人的属性当中去寻找,实定法无权对其加以规定。由此就导致了在法国民法典中不可能存在人的伦理价值权利化,即实定法上的“人格权”的概念。

法国民法的这一立法模式,丝毫不影响来自于“自然法”的人的价值到“实定法”那里去寻求保护。法国民法典第1382条“任何行为致他人受到损害时,因其过错致行为发生之人,应对该他人负赔偿责任”的开放式规定,成为法律为财产权利、也为人的伦理价值提供法律救济的基本依据。

较之于法国民法典以自然法观念作为法律人格依据的立法思想,德国民法典上的法律人格依据则是实定法的“权利能力”概念。然而,这个以“权利义务载体”为内容的概念的引入,事实上也没有使得人的伦理价值就此成为这个载体“所承载的东西”,即“权利”。恰恰相反,德国民法在这一点上与法国民法相同,人的伦理价值仍然是取得法律人格的条件,它构成了权利能力的基础。对此,萨维尼曾经指出,“人格、法主体这种根源性概念必须与人的概念相契合。并且,两个概念的根源的同一性以如下的定式表现出来:每个人……皆是权利能力者。”^[20]而在德国民法典第一草案说明书中,上述认识被进一步明确:“不论现实中的人的个体性和其意志,承认其权利能力是理性和伦理的一个戒律。”^[21]由此可以看出,德国民法典延续了法国民法典的观念,仍然是将人的自由、尊严等范畴视为人的要素——人本身“内在的东西”,进而使之成为法律人格的伦理基础。这种认识导致了德国民法典仍旧不可能将生命、身体、健康和自由等人格价值视为一种权利,正如民法典的立法者所指出的,“不可能承

[16][17][18] Eric H. Reiter, *Personality and Patrimony: Comparative Perspectives on The Right to One's Image*, Tulane Law Review, February 2002.

[19] [法]阿·布瓦斯泰尔:《法国民法典与法哲学》,钟继军译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》第2卷,中国法制出版社2001年版,第290页。

[20] [日]星野英一:《私法中的人——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1998年版,第163页。

[21] [德]罗尔夫·克尼佩尔:《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》,朱岩译,法律出版社2003年版,第58页。

认一项‘对自身的原始权利’”。^[22]

值得一提的是德国民法中的“姓名权”。德国民法典在其“自然人”一节规定了姓名权,这是德国民法典中惟一被明确承认了的人格权。由此形成了德国民法上“姓名”的权利化与“生命、身体、健康和自由”的非权利化这一饶有趣味的法律面貌。其实,这种法律处理技术的差别,恰恰反映出在两者与人的关系问题上法律判断的差异。如前文所述,如果说德国民法拒绝承认人对于自己的“生命、身体、健康和自由”享有权利是由于这些伦理价值被看成是人的内在要素的话,那么法律赋予人在其姓名上有权利之存在的原因,正是由于在立法者看来,姓名与人的本体的距离要远于生命、身体、健康和自由,因而可以被看成是外在于人的事物。

与法国民法相同,在德国民法中上述的人格价值虽然没有被视为权利,但是同样不影响侵权法对它的保护。德国民法典的“侵权行为”一节,做出了对于故意或过失侵害生命、身体、健康和自由等人格价值(第823条第1款)、故意或过失侵害民法典以外其他法律所保护的包括人格在内的其他利益(第823条第2款)、以违反善良风俗的方式故意侵害应受法律保护的包括人格在内的其他利益(第826条)以及侵害妇女贞操(第825条)的损害赔偿义务。其中,就后面三项而言,其在立法体例上与第823条第1款的“权利侵权”呈并列关系,因此从逻辑上可以看出,德国民法并没有赋予此类应受民法或其他法律保护的利益以“权利”的性质。再就第一项“权利侵权”(823条第1款)而言,“生命、身体、健康和自由”等人格价值,虽然与“所有权或其他权利”共同规定于该条款当中,但是,这仅仅意味着上述人格价值在侵权法的保护上,与权利适用同样的规则——“第823条第1款还列举了四种在受到侵犯时就同权利立于同等地位的‘生活权利’……这样并不是说,有一种生命、身体、健康和自由的不可侵犯的权利……”。^[23]

以德国民法典为蓝本的瑞士民法典,在其总则“自然人”一章规定了“人格的保护”,其核心条款是:“人格受到不法侵害时,为了寻求保护,可以向法官起诉任何加害人”(第28条第1款)。瑞士民法典在形式上突破了德国民法典将人格之保护问题规定于侵权之债当中的模式,从而将法国民法典与德国民法典关于人的伦理价值“内在性”的隐晦的价值逻辑判断通过立法的形式直接表述了出来——规定于“自然人”一节的“人格的保护”,清晰地表明了法律对于人的伦理价值的保护乃是通过“人之本体的保护”模式来实现的。与此同时,我们还可以看出,在人的伦理价值之于人的关系问题上,瑞士民法所遵循的仍是德国民法的“伦理价值内在化”的观念,即使在“姓名”这一具体问题上,也与德国民法相同,“姓名权”被规定为“人格的保护”一节中唯一的人格权。

然而,瑞士民法典第28条毕竟规定了专用于人格之保护的“一般条款”。虽然该项条款并不是如同我们以往所认为的那样,开创了“一般人格权”的先河——因为在“人之本体的保护”的模式之下,没有“权利”之存在——但是该项条款的产生,却无疑折射出人的伦理价值在民法中的比重正在上升的趋势。

综上,以法、德民法为代表的近代大陆法系民法,沿袭了罗马法所开创的人的伦理价值保护之救济与权利相分离的模式。这种模式在近代民法上的延续,一方面是受到自罗马法以降,法律将外在于人的事物与金钱价值相联系并与人的伦理价值相对立的观念的影响;另一方面,在近代人文主义思想影响下,人的伦理价值在法律中被看成是内在于人的事物,从而使得法律在“人格的保护”上必然采取“人之本体的保护”模式。在这两个要素的作用下,“人格权”的概念在近代民法之中无从产生。

[22] [德]霍尔斯特·埃曼:《德国民法中的一般人格权制度——论从非道德行为到侵权行为的转变》,邵建东等译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第23卷,金桥文化出版(香港)有限公司2002年版,第413页。

[23] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第170页。

三、人的伦理价值外在化:现代社会人格权概念兴起的原因

几乎在近代民法从“人之本体”的角度确立起了法典上的人格保护模式的同时,同期理论学说上已经开始显现出人的伦理价值的扩张倾向。1890年,美国法学家布兰蒂丝和华伦在哈佛大学的《法学评论》上发表了一篇著名的论文,第一次提到隐私权的概念。1896年,德国学者克思奈出版《肖像权论》,提出了完整的肖像权保护法。^[24]及至“二战”以后,随着“人权运动”的高涨,人的伦理价值所欲涵盖的范围更是急剧扩展,远远超越了近代民法的伦理哲学所固有的生命、身体、健康和自由等领域,而扩展到诸如知情、信用、生活安宁乃至居住环境等方方面面。

比较而言,如果说传统的人的伦理价值作为人的不可或缺的属性,可以被视为“人之所以为人”的“底线”的话,那么现代社会中这些扩展了的人的价值,事实上已经与人的本体渐行渐远了。由于人是否能够在法律上享有肖像、名誉、隐私、知情、生活安宁以及居住环境等方面的价值利益,与其能否成为一个法律上的人事实上已无多大关联,所以从“人的存在”出发,也就难以推导出这些“扩展价值”之存在。由于这些价值无法被包容于“人所固有的东西”的范畴之内,近代民法典对于人的伦理价值所采取的“人之本体的保护”模式受到强烈冲击。如何将现代社会中这些扩张的人的价值纳入到民法保护的体系之中,成了现代民法所面临的重大课题。德国民法中的“一般人格权”,就是在德国民法典的既有框架之下,解决这一课题的一个著例。

在德国民法典的侵权制度结构中,对于民法典“权利侵权”(第823条第1款)中未予列举的人的伦理价值,本可以通过“违反保护他人法律之侵权”(第823条第2款)以及“法益侵权”(第826条)来予以救济,但是,由于德国民法典将人的伦理价值看成是人的组成部分,所以民法典第823条第1款所列举的生命、身体、健康、自由与贞操等要素,基本上已经涵盖了当时立法者所能预见的人之所以为人的最根本的伦理要求。因此,上述“违反保护他人法律之侵权”与“法益侵权”虽然可以用于保护法定类型化之外的伦理价值,但是其侵权制度本身却并非是专门为了人的伦理价值保护而设计的。当不断涌现的新型的人格价值需要法律之保护时,这一法律构架就开始显得捉襟见肘:由于这些价值往往是民法以及其他法律所未曾预见的,因此“违反保护他人法律之侵权”难以适用。同时,“法益侵权”却又要求具备“故意”和“违背公序良俗”的要件,难以满足保护之需求。可见,德国民法典缺乏一个专门用于人格保护的“一般条款”。而“一般人格权”概念的确立,本质上就是德国法院在上述民法典的技术构架之下寻求这种“一般条款”的努力。德国联邦法院创设“一般人格权”的基本思路就是,从德国基本法“人的尊严和自由发展其人格”的规定出发,将基于这一规定所派生出的应受民法保护的人的价值,视为民法典第823条第1款所称的“其他权利”项下的内容,进而适用该款“故意或过失”的责任构成要件。

德国民法典制定之初之所以未能创设一个保护人格的一般权利规则,是由于“人格权的内容和范围无法予以充分明确的确定”。^[25]在当时的立法者看来,倘若将人的伦理价值视为人在外部领域的自由空间,那么在这个空间之内,人与人之间自由的界限将是无法界定的。在后来的“一般人格权”的塑造中,为了克服上述障碍,德国联邦法院借鉴了帝国法院在“尤特——普吕施案”判决中所采用的方

[24] 吕光:《大众传播与法律》,台湾商务印书馆1981年版,第63页,转引自杨立新、孙博:《国外人格权的历史发展》,《河北法学》1995年第4期。

[25] 前引[22],霍尔斯特·埃曼文,第413页。

法^[26],在“读者来信案”、“骑士案”、“录音案”以及“索拉雅案”的判决中,通过三个步骤确立起了“一般人格权”的概念:“第一阶段,联邦最高法院将一般人格权理解为自决权;第二阶段将这项自决权限制在一个特定的领域内(认定客观载体);第三阶段,在上述特定领域内,在中等程度的抽象高度上,根据人民大众中行之有效的生活准则与礼仪规则,进行法益权利与利益权衡。”^[27]从这个“一般人格权”的塑造过程,我们可以清晰地看出,上述的第一阶段,本质为将基本法中应予保护的概括的人的伦理价值,认定为意志在外部领域的自由的空间(即所谓的“自决权”),从而赋予其“外在于人”的性质;在第二阶段,再将上述概括的人的伦理价值依照个案案情,确定其在人的外部领域具体的存在范围,从而使“一般人格权”向“特别人格权”的派生转化成为可能;最后,当人的伦理价值被视为意志在外部的自由空间之后,就会产生“人我”之间的自由界限问题。因此在第三阶段,依照一般社会观念所进行的“利益衡量”则成为了确定外在化的人的伦理价值存在范围的重要手段。正是基于这一法律思想与技术,德国联邦法院“在1954年5月25日‘读者来信案’的裁判中,第一次承认一般人格权是类似于财产所有权的其他绝对权利”。^[28]

由此可以看出,“一般人格权”之所以被称为“权利”,其原因并不在于“一般人格权”的创设目的是为了保护人的伦理价值,而是在于“一般人格权”的创设过程中所采用的法律技术。这种技术使得基于基本法所引申出来的人的伦理价值具有了“外在化”的特性,因而可以被视为“权利的客体”,并且与“生命、身体、健康、自由”等内在化的人的伦理价值相区别。

与此同时,随着商品经济关系在整个社会领域的蔓延,越来越多的人的伦理属性,开始具有了可以金钱价值衡量的财产属性。一方面,人开始对自身的部分人格价值进行支配,犹如他们当初支配财产那样。另一方面,未经本人同意而支配他人人格要素的现象也出现了。从法律上看,这种现象与未经主人同意而对于其物的擅自使用具有相当的同质性。这样,传统民法中人格价值与财产的鲜明的对立开始模糊,人像拥有财产那样拥有人格价值已经不再是不可想象的事情。法国民法理论中关于人格中财产要素的讨论即清晰地反映出这一点。

法国民法典是将人的伦理价值认作人的内在要素的。虽然在1994年通过第94-653号民法典修正法律中明确表示了对于人的身体之支配的否定态度:“人体、人体各组成部分及人体所生之物,不得作为财产权利之标的”(第16-1条第3款),但是面对社会日益频繁出现的人格之支配的现象,生命、身体之外的其他人格价值中的财产要素的存在,受到了法国民法理论的正视。由于法国民法典观念的影响,法国学者对于这一问题的认识,经历了一个递进式深化的过程。最初,学者 Pierre Kayser 在关于肖像性质的论述中,将这一具有财产要素的人格视为一个综合体,“它由基于私人生活所生之非财产性的核心,与在特定情形下所表现出的财产性的面貌所组成。其中后者是第二位的,它不能脱离前者而独立存在。”^[29]进而,学者 Emmanuel Gaillard 进一步阐明了“在人的肖像上‘独立的’财产权利的存在,这种独立性理论旨在保护那些仅仅造成财产性损害的肖像侵权案件”。^[30]在上述理论的基础之上,学者 Acquarone 开始明确地区分将肖像“视为人的固有的组成部分”与“视为可得利用的财产”在法律意义上的不同,指出“前者主要是普通人的领域,旨在阻却他人的擅自利用;而后者则主要是‘名人’的领域,旨在赋予该名人利用(或不利用)他或她的肖像以取得商业利益的自由”。^[31]

人的伦理价值的可支配性的出现,是对于近代民法“内在化的伦理价值观念”的又一个冲击。在

[26] 在这个案件中,帝国法院为了承认“已经设立和经营的营业权”是一种绝对权,其列举的理由是:“由于独立存在的营业并非仅仅与营业者的自由意思相关,而是该意思业已客观体现在该营业之中,因此存在坚实的基础认为,于该营业之上存在一项权利。”即“帝国法院将第823条第1款中的自由概念所包含的自我决定的权能尽可能地局限在一个‘存在客观载体的领域’,亦即局限在一个概念上能够把握清楚的领域内……”(前引[22],霍尔斯特·埃曼文,第417页)。

[27] 周晨、张惠虹:《中德民法中一般人格权制度之比较》,《德国研究》2003年第2期。

[28] Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band Besonderer Teil*, 12 Auflage, s. 623, 转引自上引文。

[29][30][31] 前引[16], Eric H. Reiter 文。

这种情况下,基于由罗马法所确立的人的伦理价值与物的对立,以及由近代民法所确立的人的伦理价值的内在化观念发生了动摇,随着人在其伦理价值上应当享有如同在自己的财产上所享有的权利的观念的出现,“人格权”的概念真正走进了民法的视野。也正是在这样的背景之下,中国民法典的制定工作开始启动。

四、摆脱内在化的人的伦理价值观念:我国民法典的制度选择

我国民法典的制定是在既有的以民法通则为核心、若干单行法并存的“实质民法”体系基础上进行的。其对于人格权立法的体例安排,受到了民法通则人格权制度的影响。

与大陆法系国家这种对于人格权由排斥到有限地承认的曲折历程形成鲜明对照,我国民法通则一开始就确立了统一的人格权的概念。这种立法举措,曾被认为是我国民事立法上的一大创新,并体现了现代民法人格权概念发展的趋势。但是,进一步分析可以发现,在民法通则所确立的诸种人格权中,除了正面规定“姓名权”的“可得支配”的属性之外,其他的人格权,如生命健康权、肖像权与名誉权,法律的条文均是立足于其“不得侵犯”,并通过“侵权责任”的规定来加以保护。因此,民法通则中人格权的概念,其实仅仅是“受到法律保护的人格利益”。这样一个人格权概念的不周之处,就在于其忽略了“法律之保护”其实有“权利的保护”与“人之本体的保护”两种模式。无论一个事物对人而言是“内在的”还是“外在的”,都可以因具有“不可侵犯性”而成为法律保护的对象,但是“权利”所指向的,却必须是“外在于人”的事物。由此可见,民法通则人格权概念的确立,仅仅在形式上突破了传统大陆法系民法“人格的保护”的立法体例。至于人格权的客体应当是怎样的人的伦理价值,或者说,采取“内在化”还是“外在化”的伦理价值观念,对于人格权的概念之成立会具有怎样不同的影响等问题,并没有在理论上得出清晰的认识。

上述的理论认识的不充分可以从“人格权的客体”问题上得到验证。在我国民法理论中,人格权的客体被普遍看成是“人格上的利益”,这种观念业已成为通说。^[32]显然,这种认识是受到德国法学家耶林的“权利利益说”的影响。然而,就“权利”与“利益”的关系而言,耶林所讲的“权利是受到法律保护的利益”,是从“权利的目的”出发的,是与耶林的“目的法学”思想相联系的。耶林认为,“目的是全部法律的创造者。每条法律规则的产生都源于一种目的,即一种实际的动机。”^[33]由于在耶林看来,法律是实现立法者的目的的手段,故而权利的全部意义就当然在于立法者赋予人以权利所欲达到的目的。无疑,这个目的就是使人获得利益。换言之,从“目的法学”出发来看待权利,结果当然就是耶林所认为的,“授予权力(利)是为了满足特定的利益”。^[34]就此以观,如果说利益是权利的“目的”所在,那么就是权利作用于它的对象即客体后所达到的效果,而不是权利的客体本身。例如债权,其客体是债务人之给付行为,而因给付的实施,债权人所受领的结果,才是债权的利益;再如物权,其客体是物,而不是物之支配所得之利益。由此我们可以认识到,利益本身并不能作为权利的客体。就人格权而言,其实质是支配权。作为一种支配权,它的客体应当就是权利支配的对象,即基于伦理观念所生的人的价值——这种价值附着在包括生命、健康、身体、自由、姓名、肖像、名誉以及隐私等的要素之中。“人格利益”只能是人格权支配于这些伦理价值(即人格权的客体)的结果,而不能成为客体本身。

[32] 参见刘心稳主编:《中国民法学研究述评》,中国政法大学出版社1996年版,第111页。

[33] *In The English Philosophers from Bacon to Mill*, ed. E. A. Burt (New York, 1939), p. liv. 转引自(美)E·博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第109页。

[34] [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63页。

由此就产生了一个问题。我国民法理论将人格权视为一种“支配权”,^[35]但是与同为支配权的物权相比较,为什么在“物权的客体是物(而不是物之支配利益)”的判断已早有定论的情况下,理论上却在“人格权的客体应该是人的伦理价值”的判断上闪烁其词,并通过似是而非的“人格利益”的概念予以回避呢?其实,我国民法理论之所以刻意回避人格权的客体就是人的伦理价值,与近代民法之所以刻意回避“人格权”的概念具有相同的原因:即都不愿意承认一项“人对于自身的权利”。换言之,我国民法理论沿袭了近代大陆法系民法对于人的伦理价值与人的关系的认识,将后者看成是前者的内在要素,或者称之为“主体性要素”。此种观念之下,如前文所述,由于这些要素属于“主体”的范畴,其作为权利的起点,不可能再成为权利的客体,这样,便只能以“人格利益”的概念来填补逻辑上人格权客体的缺位。

民法通则虽然提出了形式上有别于传统大陆法系民法的人格权概念,但是这个概念却与传统大陆法系民法保持着相同的理论基础:它们都植根于“内在化”伦理价值的观念之上。因而,民法通则在立法与理论之间存在的隐蔽而尖锐的矛盾也就此暴露了出来——“内在的伦理价值”观念的结果,只能是对于“人格权”概念的否定,其两者是不能两立的——正如近代大陆法系民法早已示范的那样。

上述视人的伦理价值为“内在于人的要素”或者“主体性要素”的观念,也延续到了我国民法典的制定过程之中。从这一观念出发,就会得出“人格权应当规定于民事主体制度当中”的结论。对于这个结论的反思,首先在于逻辑:如前文所述,由于作为权利主体的组成部分的事物是不能同时成为权利的客体的,因此在这种立法体例之下,已经不再是“如何规定人格权”的问题,而是“要不要人格权”的问题了。其次,这种立法体例的理论基础,即内在化的伦理价值观念,虽与传统民法理论相符,但却不应作为当代中国民法典的立法基础。其理由在于:

第一,现代社会民法理论与实践中的“人格权”概念,是在人的伦理价值的范围急剧扩展、与人之本体的距离愈来愈远的人的价值不断涌现以及人对其自身价值予以支配的社会需求日益增加的背景下,为了突破近代民法人的伦理价值内在化观念的局限和困顿,以适应社会生活需要的产物。以当代社会生活为实践背景的中国民法,倘若再以近代民法作为起点,自缚于近代民法的内在化的伦理价值观念,那么必将在法典诞生之日起,便背离当今社会生活的要求,重蹈西方国家在民法典之外不得通过判例、学说以调和法典与社会生活之间的断裂之覆辙。

第二,在中国民法典中,不存在人的伦理价值内在化的历史文化基础。由法国民法典开创的将人的伦理价值视为人的内在要素,并且作为生物人取得法律人格所依据的近代民法人格技术,乃是建立于自然法观念之上的,而自然法观念在西方社会有着悠久的历史传统,并且与宗教信仰密切相关。根据美国昂格尔(Unger)教授的见解,“对自然法观念的另一支持来自超验性的宗教……其核心就是:相信世界是由人格化的上帝依据自己的设计而创造的。因而,超验性宗教的特殊二元性就是上帝和现实世界。”^[36]据此,必然会产生在现实世界之上还存在着“上帝之法”,即自然法的观念。比较而言,在中国传统文化中,“谈到最高的神的形象,最重要的倾向就是日益强调‘天’的神圣特性而不是‘上帝’。结果,神的观念渐渐地非人格化、自然化了。”^[37]中国传统中非人格化的“神”的观念,一方面使得宗教对于法律的约束效应几近于无,即“在我们祖先的意识形态中,根本没有像希腊人那样以为每一法律皆为神所拟定的观念。同时我们的法律也不曾依赖巫术宗教的力量来维持。”^[38]另一方面,世俗因素则因此成为了法律的主宰。决定着法律制度的世俗思想,其所追求的,不会是宗教理想在世

[35] 例如,“人身权的作用,在于对本身人格和身份的支配,因而属于支配权。同时,也属于绝对权。”(张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1997年版,第131页);“人身权具有非财产性、不可转让性、不可放弃性、法定性、绝对性和支配性等特征。”(王利明主编:《民法》,中国人民大学出版社2002年版,第507页);“人格权是自然人依法享有的,以其人格作为客体的专属性支配权。”(前引[32],刘心稳主编书,第111页)。

[36][37] [美]R. M. 昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章等译,译林出版社2001年版,第73页,第94页。

[38] 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,载《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社1998年版,第273页。

俗社会的实现,而只能是纯粹的社会秩序的维持或者控制。西方社会近代所历经的自然法观念对于实定法制度的洗礼,在中国社会始终未能发生。由此所引起的结果就是,在西方法律文化中,人的伦理价值自然而然地被视为人的固有属性或者说组成部分,但是在中国传统思想上,人的那些固有的伦理价值,并不见得会因“人之存在”而自然地存在。

第三,新中国经由苏联引入了德国民法的“权利能力”概念。由于权利能力概念背后的伦理文化不可能随着法律概念的“无机移植”而当然地引入,故而西方法律概念的引进与原本附着在该概念之上的伦理思想的断裂,是我国民法主体制度之移植的重要特征。由此决定了大陆法系民法将人的伦理价值作为法律人格的基础的技术将无法妥当地适用于我国的民事主体制度的制定。为了弥补上述法律概念与其伦理基础之间的裂痕,在法律技术上只能建立统一的、独立的“人格权”制度,将那些在西方社会看来是不言自明的“人固有的东西”,如生命、身体、健康、自由与尊严规定为外在的、“人可得享有的东西”,然后通过“权利”将这些价值与人连接起来,即以实定法的权利宣示方式告诉社会,人到底有哪些依法能够享有、能够支配、能够受到法律保护的人格价值。

第四,从理论层面来看,如果我们历史地考察西方近代民法中内在化的伦理价值观念的由来,我们会发现,这个观念的成立事实上并不是没有条件的。近代民法中内在化的伦理观念的形成,根源于近代的以自然法为代表的理性主义哲学思想。人在被赋予理性的属性后,进而又根据这一属性的要求,判断出的人的价值的“应然状态”。从这个意义上讲,与其说人的伦理价值来自于人之本身,不如说其是来自于理性观念的赋予。换言之,当以近代的理性主义哲学作为参照系的时候,人的伦理价值就是由一个“权威”所赋予给人的“人可得享有的东西”,即外在于人的事物。在实在法看来,一个先于实在法而被赋予了伦理价值的人,其伦理价值当然是人所固有的,实定法只需加以保护而无需予以确认的人的属性了。由此可见,所谓的内在化的伦理观念,其条件就是人对于其伦理价值的享有,在实在法之外的关于人的伦理哲学中已经得到了确认。随着人对于自身价值认识的发展,传统的理性主义思想在现代社会受到了反理性主义哲学的质疑和批判。反理性主义哲学代表人物尼采明确指出,“没有谁能把人的特性给予人……(人)不是一个特别意图、一个意志、一个目的的产物,不能用他去试验实现一种‘人的理想’,或一种‘幸福的理想’,或一种‘道德的理想’——想要按照某一目的铸造他的天性是荒谬的。”^[39]以此为出发点,反理性主义哲学的另一代表人物萨特进而提出了“存在先于本质”的著名论断。^[40]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”。人的价值与人的可分性论断,不仅可以存在于西方现代社会反理性主义思潮中,而且同样可以存在于中国社会——如果说现代反理性主义哲学对于人的价值的事先预设的否认,其立论的基础在于“上帝死了”^[41]的话,那么中国社会本来就“没有上帝”——在实在法之外的人的价值预设,在中国社会从未曾发生、未曾存在过。因此,在中国,站在实在法面前的人,不可以与西方近代社会实在法面前的人相类比。在近代西方社会由自然法等理性主义哲学所完成的人的价值确认的使命,在我国则注定要由实在法来完成。因此在我国民法中,人的伦理价值只能是外在于人的、因实在法的授权而由人所享有的东西。由此可见,人的伦理价值外在化,并不会导致对于人的伦理性的否认,恰恰相反,这是我国民法所肩负的社会启蒙使命的必然要求。

第五,从法律结构层面来看,将人的伦理价值外在化,并未突破传统民法的人格构造。近代民法秉承罗马法上“生物人与法律人相互分离”的传统,从其人格技术来看,法律人格是“有因的”,其始终是以“具备某种条件”为前提的。这种技术在现行民法体系中不仅是自然人格的根本性构架,而且也是法人格的根本性构架。在自然人格的场合,以德国民法典为例,这种构架中的逻辑关系,就是“生物

[39] [德]尼采:《偶像的黄昏》,周国平译,光明日报出版社2001年版,第42页。

[40] [法]让-保尔·萨特:《存在与虚无》,陈宣良等译,三联书店出版社1987年版,第726页。

[41] [德]尼采:《查拉斯图拉如是说》,尹溟译,文化艺术出版社1991年版,第6页。

人—伦理价值—权利能力—自然人格”。其中，“自然人格”是以“伦理价值”为依据的。而当我们把人的“伦理价值”从人的范畴之中抽去之后，即在“生物人—权利能力—自然人格”的关系中，民法上的自然人格，就将通过权利能力，与“生物人”的自体直接连接。于是，作为人之存在标志的“出生”事实，将直接成为“权利能力”的标志，进而成为法律人格的标志。这样一来，一方面，由于“权利能力”在形式上扮演了“法律人格依据”的角色，所以生物人与法律人相互分离的民事主体制度模式因而得以维持，法人制度也就不会因此受到冲击。另一方面，由于这事实上并没有超出“权利能力始于出生，人因权利能力的具备而成为法律主体”的传统民法的形式逻辑，所以也不会造成对于民法基本体系的破坏。

当人的伦理价值在法律观念上由“主体性要素”成为“权利的客体”之后，作为真正意义上的“支配权”的人格权，就将与物权、继承权等支配权利并列，而成为民法分则中独立的一编。接下来，便是对于人格权“支配性”的认识问题。一方面，作为民法分则的一个组成部分，“人格权编”必须满足德国民法典以来民法“总则—分则”结构中“法律行为”贯穿始终的体系要求。另一方面，人的伦理价值就成为人的意志在外部领域作用的对象，被意志看成是“我的”，“它归属于我，故我可得支配之”，即在“归属”的概念之下，“支配”成为可能。事实上，德国民法典当初拒绝承认人格权的一个重要原因，就在于回避由此而来的人格支配问题——“否则就会得出存在一项‘自杀权’的结论”。^[42]形成鲜明对照的是，德国民法典第12条关于姓名权的规定中，却清晰地显示出“姓名的可利用性”。

但是，不可否认的是，现代社会中人的伦理价值的交易要求，是表现在“部分的”人的伦理价值之上，如肖像、名誉、隐私等，而其他的人的价值如生命，则无论如何也不可能产生交易的问题。然而，当统一的人格权的概念建立之后，所有的人的伦理价值，将均被视为外在于人的事物，进而都在逻辑上引申出了“可支配性”。由此所产生的问题就是，在那些不可能成为交易对象的人的伦理价值上，有没有人的支配的存在？

回答是肯定的。支配可以分为“事实支配”与“法律支配”，前者通过事实行为来实现，后者则是由法律行为来完成的。就事实支配而言，无论法律是否承认人在这里的支配权，在法律保护的范围之内，人对于包括生命在内的所有的人格价值的事实支配，都是存在的，我们通常所讲的“人格利益的享有”，就是一种支配。就其中最敏感的问题——生命的放弃即自杀而言，德国民法上不愿意承认人的“自杀权”，固然有其传统宗教上的原因和伦理上的合理性，但是只要人的意志能够将生命、身体作为对象，意志的自由就必然会包含对于其对象的处分。在此需要特别强调的是，法律对生命、身体的支配权的承认，绝对不能等同于对于自杀的鼓励。这种支配权的伦理意义在于，一个有尊严的、自由的人的起点，是首先成为自己生命和身体的主人。再就法律支配而言，理论上应当厘清的是“能否支配”与“能否实现支配之目的”这两个层面的区别，而这两个层面所对应的，就是意思表示行为“成立”与“生效”的区别。就前者而言，其意义在于人拥有利用一切资源为自己争取利益的自由，这是意思自治原则的表现；就后者而言，其意义则在于上述的预期利益应当在法律的框架之内来实现，这是意思自治原则范围的表现。基于此，人格价值的可支配性，无疑是属于前一个层面的。由于人的伦理价值上的法律支配具有道德上的敏感性，所以对其正当与否的评价，要面临十分复杂的局面。对于生命的法律支配，如“安乐死契约”，是目前社会道德所不能接受的，但是对于身体的法律支配，是否违背道德观念，则需要视具体的情况做个案分析。故而，在人格价值的法律支配的场合，在承认其可支配性的前提下，将支配能否实现的问题交给行为的生效要件如公序良俗原则来加以考察，是符合民法的技术规律的。因此，我们不能够基于在某些场合下人的伦理价值的法律支配有悖于公序良俗原则，就否认人格权的支配性，如同我们不能够基于在某些场合下权利的行使会构成滥用，就否定权利的存在一样。

需要说明的是，人格权基于其“支配性”而“同质”于其他的支配权，比如物权，但人格权的支配性仍然具有自身的特性。首先，那些可由人格权支配的对象不同于物权所支配的物。人的伦理价值

[42] 前引[22]，霍尔斯特·埃曼文，第413页。

并不是一种客观的存在,而是在关于人的价值的社会伦理观念之下的产物。其次,正是基于物的纯粹客观性,人与物之间主体与客体的联系,完全依赖于作为人的意志载体的权利的连接。当人的意志不再将物看作是“我的”之时,人与物之间的这种权利连接将会中断。比较而言,作为人格权支配的对象,“人的伦理价值”则必然是相对于特定的人而言的,它不可能脱离该特定的人而独立地存在或为另一个人所享有,否则,附着于其上的财产价值将丧失意义。因此,人格权的支配只能是一种负担性的、不改变支配对象“归属”的“使用许可”或者“暂时限制”意义上的支配,其支配对象与人之间伦理的纽带并不会由于支配的实施而中断。可见,由于人格权的支配呈现出与物权之支配截然不同的特性,故而承认人格权的支配性,并不会导致对于人格价值的伦理性的否定。恰恰相反,“人格权具有支配性”这一判断本身就意味着对于该支配对象赖以存在的伦理观念的肯定。

附带一提的是,对我国民法典的人格价值保护的立法体例还存在着一种见解,认为这个问题既不规定于主体之中,也不独立成编,而是应当在“侵权法”之中予以规定。这种观点的直接蓝本就是德国民法典的体例。这种观点的不足之处首先在于,其将人的伦理价值的法律意义仅仅局限于侵权法上的保护,忽略了社会生活对于人的伦理价值的“可支配性”的要求。显然,侵权法上的保护,是无法为这种支配的社会需要提供法律上的根据的。其次,就法律保护的层面而言,在人的伦理价值的范围今日业已超越人之本体而及于人的外部领域的情况下,侵权法对于人的价值的保护必须建立在界定“人我自由之界限”的基础之上。而这种自由的界限的划分,必须依赖于权利的规则,而侵权法自身是无法完成的。最后,对于“法律保护”的强调并不能取代或者回避“法律之所以保护”的问题。事实上,在否认人格权独立成编的前提下,由于民法总则中民事主体制度的存在,侵权法逻辑上只能以民事主体制度作为法律保护的依据,即其在本质上仍然是“人之本体的保护”模式,其与主张将人格权规定于主体制度中的观点,具有相同的理论基础:都是将人的伦理价值视为内在于人的事物。

综上所述,我国民法典制定中的人的伦理价值保护制度的构建问题,绝不是简单的“应该规定在哪里”的问题。如何在法律上看待人的伦理价值与人的关系,才是这个问题的核心。对此的不同认识,直接决定着民法的制度选择。而这个认识既根源于历史的传统,也受制于社会的发展。在我国民法典的制定中,基于现代社会生活人格价值的扩张以及支配之需要,也基于我国人文主义传统之欠缺,以伦理价值内在化为理论基础的近代民法的人格保护体例并不可取。将人的伦理价值外在化,视其为权利的客体,建立独立、统一的人格权概念及其制度,应是我国民法典唯一的选择。

Abstract : Right should be the connection between person and the external world. The ethical value of person had been excluded from the category of external world since roman law till last century. Such a concept as right of personality results from the facts that the range of person 's ethical value has expanded and the requirement of domination over the value has emerged in the modern time. In fact , China 's actual legislation and its relevant theory do not consider the right to personality as real right. When China is enacting its civil code , the concept of internal ethical value and the mode of separation the right of litigation from the right of substantiality must be get rid of.

Key words : right to personality ; protection of personality ; legislation of personality
