

守成与创新的务实结合： 《中华人民共和国民法典人格权编(草案)》评析

石佳友*

摘要: 民法典设立人格权编是民法典体系的重大发展和创新。2017年全国人大常委会法工委民法室草拟的《中华人民共和国民法典人格权编(草案)》,是对我国长期以来的立法经验、司法实践以及学理研究的务实总结。草案整合了部分特别法、行政法规和司法解释的条文;草案也参考比较法的经验进行了诸多的创新,涉及肖像权、信用权、个人信息、禁令救济、比例性原则、判决的刊载、违约精神损害赔偿等;草案还存在着一些尚待完善的内容和环节,包括要厘清人格权侵权规则与侵权责任法的关系,草案现有部分条文的内容还需要进一步斟酌,草案还需要增补一些必要的原则和制度。在总体上,草案满足了概念的清晰性、可操作性以及法律的确定性等法律技术层面的要求。

关键词: 人格权独立成编 法律渊源的理性化 民法典体系 立法技术

人格权是民法典中极其重要的制度。不过,民法典设立人格权编的构想,并非始于最近:2002年《中华人民共和国民法(草案)》(以下简称《民法草案》)第四编即为人格权法,这是民法法典化领域的重要创新。2017年《民法总则》规定了一般人格权,确立了隐私权和个人信息等权利。但是,《民法总则》仅有寥寥的三个条文(第109、110、111条)来调整人格权,条文数量甚至少于1986年《民法通则》。显而易见,这三个条文无法为人格权提供充分的保护;必须在充分总结现有单行法、行政法规和司法解释经验的基础上,增设新的条文。从立法技术的角度来看,考虑到《民法总则》无论是在民事主体部分还是在民事权利部分都难以完全容纳人格权规则,将有关条文设立为分则中的独立一编,显然具有现实的合理性。

基于这样的考虑,2017年11月,全国人大常委会法工委民法室根据长期的立法与司法经验以及民法学界的部分研究成果、立法建议稿,起草了《中华人民共和国民法典人格权编(草案)》(以下简称《人格权编草案》),引起了学界的关注与讨论。总体说来,《人格权编草案》较好地总结了现行法(特别是单行法、行政法规和司法解释)的有关规定和经验,体现了稳妥的现实主义编纂思路;草案也吸收了比较法的一些最新发展趋势,对我国人格权制度进行了一些重要的发展和创新。当然,在有些领域,草案也略显拘谨和保守,建议未来可进行进一步的补充和完善。

一、现有立法与司法经验的务实总结

《人格权编草案》比较全面和系统地总结了相关的特别法(如《消费者权益保护法》、《精神卫生

* 中国人民大学法学院教授,法学博士,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员。本文是中国人民大学-日内瓦大学种子基金项目(项目批准号:16XNQ021)的阶段性研究成果。

法》、《反不正当竞争法》、《网络安全法》等)、行政法规(如《人体器官移植条例》、《征信业管理条例》等)和司法解释的经验,吸收了其中部分涉及人格权的条文内容。这一方面体现了立法机关稳妥推进的现实主义编纂思路,确保草案能最大限度地凝聚共识,减少争议;另一方面也体现了法典化这一理性化操作的价值,因为将分散于不同的规范性文件中的法律规范,集中纳入法典,以具有内在一致性的方式加以统一规定,消弭它们之间可能存在的冲突,这正是法律渊源的理性化操作。恰如德国著名比较法学者 Zimmermann 所指出的,“(法典化)十分常见的情形是,就所纳入的法律规则的实质的角度而言,法典化并没有包含‘新’的法律;它更多地只带有‘重述(restatement)’的某些特征,因为法典化的使命是纳入和巩固‘数个世纪以来的法律成就’”(1)。例如,在法国,近年来对既有法典的修订基本都采取所谓“基于现行法的法典化(codification à droit constant)”方式,在整体上立足于现行法,在不进行大规模的实质性修订的前提下,对现行法的规范进行整合,从而实现所谓“再法典化(recodification)”。显而易见,这样的“重述性”工作仍然是有重要意义的,因为其可以有效消除由于法律渊源的过度分散所导致的混乱,减少法律的复杂性,实现法律渊源的集中整合,便于人们方便地查找法律,而这些正是法典化所应完成的最为基础的使命之一。

从结构上来看,《人格权编草案》的编排体例是合理的。该草案遵循了一般规定—物质性人格权(人格的物质性要素)—彰显其身份的权利(right to identity)—外在的客观评价—内在主观感受的编排顺序。这样的分类在比较法上也可以找到印证,例如,瑞士法上的人格权被区分为三类:第一类是物质性(physique)人格权,包括生命权、身体完整权、人身自由、性自由、遗体处置权。第二类是情感性(affective)人格权,主要是指情感生活、家庭生活方面的权利,包括对已故亲属的遗物、名誉等的维护等。第三类是社会性(sociale)人格权,包括姓名权、名誉权、隐私权、肖像权、声音权、经济自由权等。(2) 在另一些国家,所谓社会性人格权即为“彰显其身份的权利(right to identity)”,指向姓名、肖像、声音以及其他能彰显主体独特个性的要素等,它们具有身份识别的功能(identification function)。与彰显身份相关的另一个权利是个人信息权,个人信息权虽然也能直接或间接指向主体的身份,但是个人信息由于往往具有私密性,是非公开的(或仅在特定范围内公开);对他人个人信息的窃取和非法公开是侵害个人信息权的典型手段,而且个人信息权的核心是信息自决(informational self-determination)。因此,个人信息宜与隐私权放在一起规定。《人格权编草案》正是采取了这一做法,将个人信息与隐私放在一起规定。此外,肖像权似乎没有必要单独成章,而应与姓名权、名称权纳入同一章,因为它们都是彰显主体身份的权利,而且都可以成为许可使用的对象而被加以商业化利用。

《人格权编草案》(第一章“一般规定”)第2条明确规定了人格权的基本属性:不可放弃、转让、继承。这是确认人格权之非财产属性的必然逻辑后果。该条后半段“法律另有规定的除外”为一些特殊的人格权益的继承也预留了余地。同时,《人格权编草案》(第一章“一般规定”)第3条规定,权利人可以许可他人使用其人格权的某些要素(肖像、姓名、名称等)。这就是所谓的“人格要素的商业化利用”。

在权利主体方面,《人格权编草案》坚持了自《民法通则》以来的立法经验,承认法人具有人格权(尽管有学者对此始终持否定态度),因为这符合当代比较法的发展趋势。持否定观点的学者的核心论点不外乎强调法人的属性使其无法像自然人那样,具有理性和感知能力,无法体验自然人所遭受的精神痛苦,法人人格权本质其实是财产权,等等。然而,如同比较法学者所指出的,“应当承认,即使是

(1) Reinhard Zimmermann, *Codification – The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, 8 *European Review of Contract Law* 372–374 (2012).

(2) Olivier Guillod, *Droit des personnes*, 4^e édition, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, pp. 13–19.

在主体并未主观感受到人格损害的情况下(例如处于昏迷状态的植物人),其所遭受的人格损害亦是客观存在的;由此,法人对于某些人格利益的保护仍然具有合法利益,例如名誉,这不仅在理论上可行,而且也具有现实性和公平性……当然,法人仅能享有那些与其属性相适应且能自然适用于它们的某些人格权,包括名誉权、隐私权和彰显其身份的权利,这些权利的客体可能被他人侵害,即使主体没有感知到”(3)。这就是说,法人不能享有尊严、人身自由、身体完整等专属于自然人的权利。

由此,不足为奇的是,越来越多的国家承认法人具有人格权。在瑞士法上,法人与自然人一样同为权利的主体,法人的财产利益和一些知识产权利益(商标、商号等)都被视为是人格的要素。(4)而且,法人还可以请求精神损害(非财产损害)赔偿。(5)根据法人实在论,如果法人机关的某一人格要素受他人侵害,法人被认为遭受痛苦,可以以其名义主张精神损害赔偿;法人可以主张名誉权以及私密空间(sphère privée)受保护、获得良好的社会评价权以及经济自由发展的权利。由此,一家上市公司的广告如被他人指责为胡编乱造的吹嘘,该公司可以向侵权人主张精神损害赔偿。如果企业由于他人的不正当竞争行为,导致客户资源、信用、商誉、业务或者整体的经济利益等受到损害或有受损的威胁,该企业可主张赔偿。(6)在法国法上,尽管不存在自然人那样的物质性人格,法人被认为存在社会性人格(personnalité sociale),在社会公众中同样具有其社会形象和身份,因此,法人有名称权和名誉权;法人同样享有内在人格(personnalité interne),可以享有隐私权保护;不过,与自然人的隐私权旨在保护心理上的感受不同,法人的隐私权旨在禁止第三人对于法人的内在空间的不法干涉和侵入,并由此保护其从业自由。(7)在比利时法上,法人亦可请求精神损害赔偿。(8)

民法典对人体的法律地位作出规定是比较法上的重要发展趋势。1991年加拿大魁北克民法典第二分编“人格权”第一章即为“身体完整”(第10~25条);其中涉及医学治疗、医学实验、知情同意、器官捐赠与移植等。1994年,法国修订其民法典,新增第16-1条规定“每个人享有其身体获得尊重的权利。人体不得侵犯。人体、其组成要素及产品不得成为财产权的标的”。第16-7条规定代孕协议无效。身体完整、不可侵犯及不得商业化成为人体获得尊重和保护权的“三位一体”概念。(9)2011年罗马尼亚民法典第64条规定了身体的不可侵犯;第66条禁止人体的商业化利用;第67条规定了器官的捐赠和移植。就我国而言,虽然此前有关部门制定了《人体器官移植条例》等法规规章,但是,总体上,这些规范的效力层级比较低,而且内容零散,缺乏体系性;由于制定时间较早,内容比较粗疏,不能有效应对相关领域的新科技发展所带来的挑战。另外,在实践中,有关人体及其组成部分的诉讼不断出现,例如2014年9月无锡市中级人民法院审理的所谓“胚胎继承案”、2018年2月南京市玄武区人民法院审理的夫妻一方毁弃冷冻胚胎的案件,都说明民法典以基本法的形式对人体问题作出规定的紧迫性。在这样的背景下,以现有的有关法规规章为基础,《人格权编草案》在第二章“身体权”的框架之内,整合了部分生命伦理法的规定,包括人体商业化的禁止、器官与遗体的捐赠、人体医学试验等内容。《人格权编草案》第13条规定“禁止以任何形式买卖人体细胞、人体组织、人体器官、遗体。”

(3) Johann Neethling, *Personality Rights: A Comparative Overview*, 38 (2) *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 244 (2005).

(4) Johann Neethling, *Personality Rights: A Comparative Overview*, *op. cit.*, p. 214.

(5) Philippe Meier & Estelle de Luze, *Droit civil suisse: Droit des personnes*, Articles 11-89a CC, Zürich: Schulthess, 2014, p. 273.

(6) Stéphane Werly, « Le tort moral en cas d'atteinte à la personnalité par la voie des médias », in Christine Chappuis, Bénédicte Winiger, Arnaud Campi (dir.), *Le tort moral en question*, Genève: Schulthess, 2013, pp. 93-94.

(7) Hélène Martron, *Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privé*, Paris: LGDJ, 2011, p. 33 et s.

(8) Johann Neethling, *Personality Rights: A Comparative Overview*, *op. cit.*, p. 245.

(9) Jean-Christophe Saint-Pau (dir.), *Droits de la personnalité*, Paris: LexisNexis, 2013, p. 1309.

这是对商业化禁止的确认。⁽¹⁰⁾ 另外,《人格权编草案》同样在身体权的框架之下规定了性自主权,禁止性骚扰和性侵害。这同样是符合比较法发展趋势的安排:在比较法上,身体权广泛适用于“器官移植、血液捐赠、流产、医学手术、性行为、头发剪除以及其他类似行为”。⁽¹¹⁾

《民法总则》(第111条)首次以民事基本法的形式规定了个人信息。《人格权编草案》根据这一重要规定,在《网络安全法》《消费者权益保护法》等特别法的相关内容的基础上,对个人信息作出了规定。民法典中规定个人信息权是近年来出现的新趋势,例如,2011年罗马尼亚民法典第77条即对个人信息的处理作出了规定。同样,《人格权编草案》还就其他的人格权制度,纳入和整合了相关的特别法。例如,以《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》为基础,《人格权编草案》第4条规定了死者的人格利益保护问题;⁽¹²⁾在《反不正当竞争法》《企业名称登记管理规定》相关规定的基础上,《人格权编草案》第20条和第21条对姓名权保护进行了扩展,包括自然人的笔名、艺名、网名等,法人等的名称中的字号、名称的简称等;这也符合当代比较法的发展,例如,根据魁北克民法典第56条的规定“使用不同于自己姓名者,对由此所引发的混淆或损害承担责任”,法院对于主体所特有的假名、笔名、网名等予以保护⁽¹³⁾。此外,以《征信业管理条例》等法规为基础,《人格权编草案》第35条规定了信用权。这些都充分说明了立法机关充分尊重现行法的务实主义精神。

二、人格权保护的重要创新

值得注意的是,《人格权编草案》尽管充分总结并立足于已有的立法和司法经验,对现有的立法、司法和学理成果进行了较为系统的吸收和巩固,但《人格权编草案》并非完全是对现行法的机械重复或汇编;相反,草案在整体上作了多方面的创新,具有很多突破;这些创新对于未来人格权的司法保护实践无疑具有重要价值;如果这些规定未来能纳入民法典之中,必将促进人格权保护水准的有效提升。

《人格权编草案》第29条规定了对许可使用协议的限制性解释原则。如果许可使用协议的授权范围不明,则应作对权利人有利的解释。由此,推定对肖像商业利用的控制权仍为权利人所保留。根据这一有利于权利人的原则,如果父母许可他人使用未成年子女肖像的合同,则子女在成年后应可自由撤销。

《人格权编草案》第35条规定了信用权。信用权(right to creditworthiness)主要涉及主体的信用状况、盈利能力(earning capacity)等;它很早就被视为是一项人格利益。其独特性并不在于其财产权属性,它被认为具有人格和(无形)财产双重属性——这与名誉权的非财产属性不同,而在于它并非始于出生(往往是成长到一定阶段后才具有),也非是死亡时才终止(也可能在此之前就发生终止)。⁽¹⁴⁾我

(10) 关于禁止人体商业化利用的禁止,2000年《欧盟基本权利宪章》第2条规定“禁止利用人体及其组成部分牟利。”

(11) Johann Neethling, *Personality Rights: A Comparative Overview*, op. cit., p. 228.

(12) 值得探讨的是,是否应为死者人格利益的保护设定期限,国外存有不同观点。有些学者认为,应设定与著作权保护期限类似的期限,例如,在德国,对作者的保护是死后70年。就我国而言,似可参照我国著作权法制度,对死者的一些财产性人格利益(例如肖像的许可使用)的保护期限设定为死后50年。

(13) Nicolas W. Vermeys, *Droit codifié et Nouvelle Technologies: Le Code Civil*, Montréal: Edition Yvon Blais, 2015, pp. 32-33.

(14) Johann Neethling, *Personality Rights: A Comparative Overview*, op. cit., p. 239.

国信用权的立法,最早可追溯到2002年《民法草案》,该草案曾专门规定了信用权。⁽¹⁵⁾与2002年草案相比,《人格权编草案》第35条的规定更为凝练,涵盖了查询、异议、更正、删除等权利;另外,该条对信用评价人设定了核查、采取必要措施、损害赔偿等义务。

《民法总则》第111条系首次在民事基本法上对个人信息作出规定,但是,其规定存在明显的缺陷:该条尤其没有明确个人对其信息的控制权,而这是个人信息权中最为核心的权利;离开信息主体的同意权,所有其他权利皆是枉然,成为无源之水、无本之木。不仅如此,该条对于个人信息的处理原则(收集目的合法且明确、信息必要且相关、信息准确等),以及个人信息权的其他权能(信息获取权、信息更正权、信息存储期限限制权、信息泄露救济权、信息删除请求权等),也都没有作出规定。⁽¹⁶⁾令人欣慰的是,这些漏洞为《人格权编草案》第44条、第46条等条款所填补。这是对《民法总则》漏洞的有效补救。

《人格权编草案》第52条规定了禁令救济。根据该条,为了及时制止侵权行为,相关民事主体可申请法院颁发禁令,责令停止有关侵权行为;该制度是我国《民事诉讼法》第100条、第101条规定的诉讼中和诉前的行为保全在人格权领域的具体适用。禁令救济常常被用于人格侵害行为存在发生的危险,或者处于持续性状态,此类救济是各国普遍存在的救济方式。禁令针对的是对不法行为的预防,而非对已经发生的不法行为之前状态的恢复;因此,通常禁令并不要求过错。除此之外,通常还有其他的救济措施,例如,撤回或者更正报道,刊载法院的判决,刊登道歉以及回应权。就这些救济措施而言,“重要的是,比起通常的返还性措施,对于恢复受害人的良好声誉来说,它们可能比金钱赔偿更为有效”。⁽¹⁷⁾

人格权经常容易发生与其他权利的冲突,这是其真正的独特性之一。就此而言,我国的司法解释和有关判例一直强调利益平衡保护的原则,这其实是对比例性原则的适用。《人格权编草案》总结了这些宝贵的经验,充分体现了平衡保护的精神,尤其在第51条规定了权利冲突情况下的比例性原则。该条第二项规定法官应考虑考虑“行为人和受害人的职业、社会身份、社会影响范围等”。据此,法院在未来将可望建立起公众人物的人格权保护制度。公众人物的人格权保护范围与限度,确实是比较法上十分复杂的问题。鉴于公众人物的身份与影响力,媒体和社会公众对他们的关注在很多时候具有公共利益属性,因此,在比较法上有所谓“真实恶意”(actual malice)等原则,要求公众人物对于社会关注承担更高的容忍度;只有在证实媒体存在实际的恶意等情况下,才判决媒体承担责任。该条第三项要求考虑“行为人的过错程度”。由此,如果行为人在主观上是善意和无过失的,尽管存在损害,亦可能被免除责任;这与比较法的发展趋势是一致的。例如,在德国法上,媒体的报道如果存在不实,对受害人的名誉造成损害,但是如果媒体对不实报道的发生是无辜的,不存在过失,则不承担责任。在荷兰,如果报道者进行了勤勉调查(diligent research),对报道的不实亦不承担责任。⁽¹⁸⁾该条第四项要求法官认定民事责任应考虑“行为的目的、方式、时间、后果等具体情节”,这对于司法实践也有重要的指导价值。如果新闻侵权纠纷中,所报道的主题具有重要的公共利益价值,报告的目的是出于满足公众对于公共事件真相的知情权,那么,即便报道出现部分失实或者某些稍微激烈的评论,对受害人也

(15) 2002年《民法草案》关于信用权的内容有:第一,自然人、法人享有信用权。禁止用诋毁等方式侵害自然人、法人的信用。第二,征信机构应当客观、公正地收集、记录、制作、保存自然人、法人的信用资料。征信机构应当合理使用并依法公开信用资料。第三,自然人、法人有权查阅、抄录或者复制征信机构涉及自身的信用资料,有权要求修改与事实不符合的信用资料。

(16) 参见石佳友《人权与人格权的关系——从人格权的独立成编出发》,载《法学评论》2016年第6期,第105页。

(17) Johann Neethling, *Personality Rights: A Comparative Overview*, op. cit., p. 221.

(18) Johann Neethling, *Personality Rights: A Comparative Overview*, op. cit., p. 232.

不构成侵权。⁽¹⁹⁾

不过,值得注意的是,对公众人物的人格权确实有必要设定限制,他们对公众的关注理应负担更大程度的容忍义务;但是,这绝不是说公众人物就没有肖像权、隐私权可言。欧洲人权法院在2004年的“汉诺威公主案一”⁽²⁰⁾和2012年的“汉诺威公主案二”⁽²¹⁾中,就肖像权、隐私权与媒体的新闻与表达自由之间的冲突,通过对比例性原则的适用来体现利益平衡保护的精神。根据比例性原则,如果媒体刊载公众人物的照片或者隐私报道与公共利益或公共话题有关,是满足公众的合法知情权,那么媒体免于承担责任;反之,如果媒体主要是出于娱乐目的,满足部分读者的窥探欲,吸引其眼球以提升刊物的发行量,则媒体应承担侵权责任。由此,《人格权编草案》第51条所确立的比例性原则对我国未来的司法实践有重要的价值:事实上,我国已有多起公众人物起诉媒体侵犯隐私权的案例,法院的判决和学界的意见并非完全一致。例如,就媒体报道名人情感出轨的行为是否涉嫌侵权,很多人认为只要报道的内容真实,媒体就不承担责任。从比例性的原则来看,这样的观点是很成问题的,毕竟公众人物也享有人格权;基于比例性原则,对他们人格权的限制只能基于公共利益目的(例如,行使舆论监督职责,发起对公共议题的讨论等),满足公众的合法知情权,而且对其人格权限制的限度应当适度;媒体如果主要出于娱乐消遣目的,追求轰动效应,吸引公众眼球,满足部分读者的窥探欲望,对公众人物的私生活采取跟踪、偷拍、偷听等恶意的行为,那么,即便媒体所报道的内容属实,也可能要承担相应的侵权责任。

除了第51条之外,《人格权编草案》第31条规定了肖像的合理使用;第34条强调对正当批评、评论的保护;第48条规定,为维护他人利益或者社会公共利益,行为人对个人信息所采取的“适当行为”不承担责任;第53条规定,侵权人应依法承担赔礼道歉、消除影响或者恢复名誉等责任形式的,“应当与侵权的具体方式和所造成的影响范围相当”。这些无疑都是比例性原则的体现。

《人格权编草案》第53条规定了发布公告或者刊载判决等责任形式。根据该条,侵权人应依法承担赔礼道歉、消除影响或者恢复名誉等责任形式的,应当与侵权的具体方式和所造成的影响范围相当;侵权人拒不履行的,可以采取在网络上发布公告或者公布生效裁判文书等合理形式执行,由此产生的费用由侵权人承担。就此可以对照的例子是,1983年修订后的瑞士民法典第28a条第二款规定,原告尤其可以请求被告采取消除影响的措施,或者将判决通知第三方或者进行刊载。

《人格权编草案》第54条规定了违约精神损害赔偿。这一问题在学理上确实存有争议。传统观点认为,合同作为交易手段,只能是一种财产安排,其仅仅涉及财产利益;基于可预见性规则,违约只能发生财产损害,精神损害是缔约时所无法预见的,因此,不应该获得赔偿。但是,一些国家的法律和实践已经开始突破这种传统立场,其原因在于:一方面,并非所有的合同都是交易手段,某些合同的目的并不在于作出某种财产性安排,而是为了获取某些精神上的利益,例如,旅游度假合同、美容服务合同等,对于这些合同的违反,违约方显然可以提前预见到可能对受害方造成精神痛苦;另一方面,某些违约行为在直接损害合同的财产利益的时候,可能同时附带性地给受害人造成精神痛苦,例如损害其尊严,造成其严重的行动不便或者不舒服或者侵害其身体完整等。⁽²²⁾从“有损害必赔偿”的角度来看,既然我们承认侵害了人格权造成财产损失的情况下受害人可以主张财产利益的赔偿(我国《侵权

(19) *Gatley on Libel and Slander* 451 (Patrick Milmo, W. V. H. Rogers, Richard Parkes, Clive Walker & Godwin Busuttill eds., 11th ed., Wildy & Sons Ltd. 2008).

(20) CEDH, *Von Hannover c. Allemagne* – 593200/00, 24 juin 2012.

(21) CEDH, *Von Hannover c. Allemagne* (n°2) [GC] – 40660/08 et 60641/08, 07 février 2012.

(22) Johann Neethling, *Personality Rights: A Comparative Overview*, *op. cit.*, p. 241.

责任法》第20条)那么在侵害财产权造成人格利益损害的情况下,似乎没有理由禁止受害人主张精神损害赔偿。

三、建议进一步完善的制度

《人格权编草案》总体上是一部具有较高质量的立法草案。不过,其中也存在一些尚待完善的条文或制度。建议立法机关基于现实主义的务实精神,对相关的内容进行研究分析,从而制定出一部真正符合中国国情、满足中国现实需要的人格权编。

(一)厘清人格权中的侵权规则与侵权责任法的关系

众所周知,人格权与侵权法存在十分密切的内在关联,但侵权法并不能替代人格权法独立存在的价值,因为在今天通过侵权法并不能完全有效地保护人格权。恰如有法国学者所指出的“若没有侵权责任模式,人格权到今天可能都还没有诞生……侵权法的这种孵化功能会让人误以为侵权法似乎足以保护人格利益。然而,这种一种观点是站不住脚的。人格在今天的价值是如此的重要,以至于它不能满足于基于民法典第1382条侵权诉讼的零敲碎打(coup par coup)方式去保护。”⁽²³⁾

由此,毫无疑问的是,人格权编中必然包含部分侵权责任规则,尤其是涉及到人格权的保护领域。如何看待人格权侵权规则与侵权责任法的关系?在性质上,前者为侵权特别法,后者为侵权普通法;根据特别法优于普通法的原理,前者有具体规定的时候应当优先适用。在这样一种十分清晰的逻辑关系框架下,一方面,并不存在一些学者所担忧的所谓“肢解”侵权普通法的问题。反之,人格权侵权的特殊规则如果大量植入侵权责任法,将会不可避免地破坏侵权责任法的一般性和内在一致性:毕竟,侵权法所保护的對象是所有类型的绝对权,其中如果单独为人格权设定某些特殊规范,必然会损害侵权责任的内在逻辑性。因此,将人格权侵权的规则单独成编,正好可以避免对侵权责任法逻辑结构的破坏。为避免立法重复,在移除人格权侵权特别规则后,侵权责任法将具有更强的内在一致性,凸显其侵权普通法的基础性地位。另一方面,将人格权的特别法规则单独规定,明显更有利于人格权法的发展,因为独立的人格权编为未来立法和司法的发展提供了完备的制度性框架;这些详细的裁判规则也对司法可能出现的任意造法的偏差可以形成有效的制约。

从这样的逻辑关系出发,人格权编只应该保留那些为人格权所独有的侵权法规则,例如,人格权编应规定精神损害赔偿、赔礼道歉、消除影响、恢复名誉等责任形式。另外,须明确人格权请求权与侵权请求权的区分,前者为人格权所独有,其功能主要在于预防,不要求过错要件(有时候甚至不要求损害)。显然,就侵权普通法规则在人格权保护领域的适用而言,如果没有特殊性,不需要另行规定特殊规则,则不需要由人格权编来规定,这样就可以避免有些学者所担忧的“越界”现象。另外,侵权责任法中现有的人格权特别规则应该集中纳入到人格权编,以便相关主体找法和适用法律,实现法律渊源的理性化,充分发挥法典化的效用。

(二)草案部分条文的完善

《人格权编草案》在第一章“一般规定”部分,规定了公序良俗原则,这确有必要,因为当事人行使或处分人格权益的行为有可能违反公序良俗,例如对自己身体或组成部分的处分。建议另外增加人格尊严原则,将尊严提升为人格权行使的一项一般性原则,而非仅仅是《民法总则》第109条所规定的一项民事权利。这对于身体及其组成部分的处分尤其重要,这些生命伦理法的规则的基础性原则

(23) Jean - Michel Bruguière et Béangère Gleize, *Droits de la personnalité*, Paris: Ellipses, 2015, p. 69.

正是人的尊严。

《人格权编草案》第 11 条第一句规定了人体细胞、人体组织、人体器官和遗体的捐献;该条第二句规定“无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所作的无偿捐献应当由其法定代理人同意。”此问题涉及对未成年人或者缺乏行为能力的成年人这一特殊群体的保护,需要特别慎重。就此而言,1991 年加拿大魁北克民法典第 19 条第二款规定:仅有在人体组成部分可以再生并且其捐献不会对健康造成严重风险的前提下,未成年人或者无法表达同意的成年人在其监护人同意并获得法院的许可之后,方可捐献其身体组成部分。基于被监护人利益最大化的原则,建议对《人格权编草案》前述条文设定类似的限制,即该人体组成部分可以再生并且捐献不会对健康造成严重损害。

关于肖像权许可使用的终止,《人格权编草案》第 30 条规定,对于肖像许可使用合同,如果对期限有明确约定的,肖像权人可以基于“重大理由”终止合同。在比较法上,基于合理的道德上的理由,法律赋予权利人以单方解约权。但瑞士法院在近期的判例则拒绝承认肖像权人享有单方的任意解约权。⁽²⁴⁾

《人格权编草案》第六章将隐私权和个人信息集中加以规定。第 39 条第二款将隐私定义为“具有私密性的私人空间、私人活动和私人信息等”。第 42 条第二款对个人信息的定义是“以电子或其他方式记录的、能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人或者反映特定自然人活动情况的各种信息”。在这样的定义框架下,隐私权中的“私人信息”容易与个人信息发生重叠。在法国,私人信息(information personnelle)与个人信息(donnée personnelle)也是很难区分的概念。前者重在其私密性,为第三人所不知;而后者针对能指明主体的身份。⁽²⁵⁾例如,某一特定的人定期出入某一特定私有住宅的信息,就既可能构成此处的可以识别其身份的个人信息的,也可以构成其隐私权中的私人信息;这样的结果是造成不同法律条文适用范围的重叠与竞合。2000 年《欧洲联盟基本权利宪章》在其第 7 条规定私生活受保护之外,又单独以第 8 条规定了个人信息受保护的權利。二者的哲学基础并不相同。以德国为例,隐私权的哲学基础是人格尊严和人格的自由发展;而个人信息受保护的權利则是立足于个人的信息自决权。隐私在很多时候采取的是主观标准,如果当事人不认为所涉事实是隐私的,一般不被认定为隐私;而个人信息的认定则有客观标准,并不完全遵照当事人的主观认知。⁽²⁶⁾另外,公开的信息不能构成隐私,但可能构成个人信息。因此,隐私和个人信息之间需确立更为清晰的区分。此外,应明确“个人信息权”的提法,将其明确确认为一项权利,其本质在于,让信息主体知晓是谁、在何种环境下、基于何种目的、以什么手段使用其个人信息;权利人并有权阻止不法和不当的使用。

《人格权编草案》第 45 条规定,在发生或可能发生个人信息泄露、毁损、丢失的情况时,应当立即采取必要的救济措施。这无疑是非常必要的,不过,除此之外,还应规定信息的持有者应及时通知权利人,以保障信息主体的知情权。

《人格权编草案》第 48 条关于个人信息的某些收集、处理行为不承担责任情形的规定,似乎存在可商榷之处。首先,《民法总则》第 111 条、《人格权编草案》第 44 条都规定禁止“非法”买卖个人信息,《人格权编草案》第 48 条规定在特定情况下买卖个人信息(例如权利人自行公开或其他合法公开

(24) Giorgio Resta, *The New Frontiers of Personality Rights and the Problem of Commodification: European and Comparative Perspectives*, 26 Tulane European & Civil Law Forum 64 (2011).

(25) Jean - Michel Bruguière et Bérangère Gleize, *Droits de la personnalité*, Ellipses, 2015, pp. 174 - 176.

(26) 参见石佳友《网络环境下的个人信息保护立法》,载《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2012年第6期,第86-87页。

的信息)不承担责任。禁止“非法买卖”的措辞似乎意味着,在我国可以进行个人信息的“合法买卖”;⁽²⁷⁾这一立场是非常值得商榷的。如果承认与特定主体身份相关联的个人信息可以成为交易对象,就必然意味着:个人信息属于一种财产;而且个人对这项财产享有所有权。这样的观念是存在问题的:一方面,个人信息并非是诸如肖像、姓名那样可以商业利用的“无形财产”(propriété incorporelle)。很难想象,一个人可以将其姓名、家庭住址、工作单位、固定和移动电话等信息作为商品拿去出卖(电信企业的电话黄页本是基于电话信息的汇编作品所享有的著作权而受到保护)。此外,姓名与肖像的价值其实往往在于主体的知名度,真正有商业价值的是其知名度而非姓名或肖像本身;个人信息如果说有商业价值,其实是其背后的主体身份。而且,通常来说,单个主体的个人信息如果不经处理,与其他人的信息进行汇总分类,形成个人信息的数据库文档,本身也难以形成商业价值。因此,法律所规制的主要是对个人信息处理形成信息文档的进程。个人信息直接指向主体的身份,其与尊严权类似“一个人可以选择以放弃尊严的方式生活,但他并不能从放弃尊严中获得任何经济利益;同样,一个人不能选择是否能被他人通过其个人信息而加以识别——因为别人必然可以通过其个人信息而加以识别,他不能从其中获得任何经济利益。如果没有知名度等其他因素,个人信息不能被定性为财产,不能成为财产性人格权的标的。”⁽²⁸⁾

尤其需要注意的是,将与个人身份密切相关的个人信息视为商品并允许其进入市场交易,这样极端自由主义的观点会带来伦理上的重大挑战“个人信息的商业化将会创造出一个‘令人厌恶的市场’(*marché répugnant*)——这一术语常常被用来指人体器官买卖、证券市场对遭受恐怖袭击的押注;这个市场是很成问题的,而且从内在来看是非常轻率的。人有权出卖自己的一只胳膊或者一只眼睛吗?个人信息的出卖会存在同样的困境,因为个人信息的交易市场意味着个人对其信息拥有私人所有权。这是非常危险的,误入‘隐私私有化’的歧途……个人信息并非是个人的私有财产”⁽²⁹⁾。从人权保障的角度来说,个人信息如果进入市场交易,让公权力机构和企业方便地获得公民的个人信息,将会带来新的风险。公权力机构将能更容易地对个人进行分析、监控;而企业通过对公民个人信息的分析,将可以制造出新的社会歧视,基于个人的年龄、种族、籍贯、住址、消费水准和收入状况等,对他们享受社会公共服务设定不同的权限。⁽³⁰⁾而在我国已经出现了这样的实例:例如,知名的第三方征信机构芝麻信用,根据用户的淘宝、支付宝、余额宝等的消费记录、消费偏好、财产状况、人脉关系等个人信息,自动为用户生成芝麻信用分。而很多商户,如酒店、汽车租赁公司、旅行社等根据客户芝麻信用积分来授予其不同的权限,例如是否免除信用卡担保、免查验退房、延期退房等。⁽³¹⁾

(三) 建议增补的制度

《人格权编草案》还需要增设一些重要的制度,以确保未来民法典的逻辑一致性和完备性。

就人体而言,一个十分重要的问题是,从人体分离出去的器官、组织和其他组成部分,是可以成为人格权的客体还是应被视为普通的物?就此而言,荷兰法进行了区分,根据其未来的用途,将其区分为永久脱离人体的组成物以及未来仍然将回到人体之内的组成物。前者被视为普通的物,适用物权法

(27) 参见石佳友《民法典的立法技术—关于〈民法总则〉的批判性解读》,载《比较法研究》2017年第4期,第136页。

(28) Jean-Christophe Saint-Pau (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, p. 579.

(29) Dominique Cardon & Antonio Casilli (dir.), *Qu'est-ce que le digital labor?* Paris: Editions de l'INA, 2015, p. 40.

(30) Paola Tubaro, Antonio Casilli, *Enjeux sociaux des Big Data*, in Mokrane Bouzeghoub & Rémy Mosseri (dir.), *Les Big Data à découvert*, Paris: CNRS Editions, 2017, pp. 292-293.

(31) 正是鉴于信用等级的评价对主体的行为自由和人格发展意义重大,而信用评价以收集个人信息作为前提,其信息收集与处理行为理应同样受到个人信息规则的严格规制,《人格权编草案》第36条明确规定,征信机构的征信行为应受到个人信息有关规则的限制。这显然有重要意义。

的规则;而后者则被视为人体的组成部分,应可适用人格权的有关规则。对冷冻的他人的精子的毁弃,“可被视为侵害了其身体完整(或者一般人格权)”⁽³²⁾。脱离人体的组织和器官的法律地位问题十分重要,司法实践中已经出现了一些判例。例如,在前引2018年2月南京市玄武区人民法院所审理的夫妻一方毁弃冷冻胚胎的案件中,法院特别指出,因胚胎在性质上属于“带有情感因素特殊的物”,⁽³³⁾女方由此存在精神上的损害。而在前引的2014年“胚胎继承案”中,无锡市中级人民法院在判决中也曾指出“胚胎是介于人与物之间的过渡存在,具有孕育成生命的潜质,比非生命体具有更高的道德地位,应受到特殊尊重与保护。”强调胚胎并非物权法上的普通物,这无疑是正确的,因为胚胎在未来可能重新回到母体内继续发育为胎儿,成长为一个独立的个体,因此在比较法上一般享有特殊的法律地位,不能被视为简单的物,而是具有成长为人的潜能(potential)的特殊存在。⁽³⁴⁾

在名誉权部分应增设回应权(right to reply)。回应权(droit de réponse)最早源自法国,由法国1881年7月29日法律所规定,它一开始就被认为是一项人格权——甚至有法国学者认为这是最为典型的人格权⁽³⁵⁾。瑞士民法典在1983年修订后,以第28g~28l条规定了“回应权”。回应权是指定期出版发行的媒体(包括报刊、电台、电视台等)如有涉及他人人格之报道,则被报道者有权作出回应。如果所报道的事实系公权力机构所组织的公共活动,则被报道者无回应权。回应必须简明扼要,直接针对系争报道所涉事实;若回应的事实显然不正确或违背公序良俗,则媒体有权拒绝刊发。回应须在知晓系争报道后20天之内作出,最迟应在该报道刊发后三个月之内作出。媒体收到回应后,应及时就刊发回应的日期或者拒绝刊发的理由告知被报道人。⁽³⁶⁾

应增设对于特定敏感信息(sensitive data)收集的限制性规则,禁止一般机构(尤其是企业)对敏感信息的收集。敏感信息通常包括个人的种族、生物信息、健康状况、政治或宗教信仰、性取向、性生活等敏感领域的信息。欧盟2016年4月通过、2018年5月生效的《一般数据保护条例》(General Data Protection Regulation)在其序言的第51段指出,由于敏感信息与主体的基本权利和自由的关系密切,对敏感信息的收集与处理有可能给人权保障带来特别的风险。敏感信息的收集和处理应由获得法定授权的机构来实施,基于公共利益(例如为履行法律设定的职责)并遵循法定程序;敏感信息的收集和处理应获得信息主体的明确同意。⁽³⁷⁾

建议在人格侵权领域规定惩罚性赔偿的适用。如同比较法学者所指出的,一方面,在现代法治社会中,普遍认为民事侵权诉讼的主要目的在于对受害人所遭受的实际损害进行补偿,对不法行为的惩罚和阻吓主要由刑法承担。但是,另一方面,对于故意或者严重过失的人格侵害行为,惩罚性赔偿可以作为一个阻吓因素,增强侵权法的预防功能。就此而言,在欧洲,法院确实存在一种趋势,对于严重侵害人格权的行为在民法上恢复适用惩罚性措施。在如下案件的判决中,这尤其明显:报纸通过侵害他人人格权的丑闻性的报道来获取利润;在评估损害赔偿数额的时候,不法获利显然应该被法院考虑。例如,在荷兰法上,故意侵害人格、故意侵害身体或者某些情况下对死者进行诋毁,都可能被判决惩罚性赔偿。⁽³⁸⁾ 在美国的某些州法院对侵害人格权的某些情形可以判决惩罚性赔偿,但这些州也设

(32) J. Neethling, J. M. Potgieter & P. J. Visser, *Law of Personality* 24 (Butterworth Publishers, 2005).

(33) 《男方废弃冷冻胚胎 离婚时被判赔》,载法制网,发布时间:2018年02月28日,http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2018-02/28/content_7483294.htm,最后访问时间:2018年3月12日。

(34) Bernard Baertschi, *The Question of the Embryo's Moral Status*, 1 (2) *Bioethica Forum* 76 (2008).

(35) Jean-Christophe Saint-Pau (dir.), *Droits de la personnalité*, pp. 1001-1002.

(36) Pierre Tercier, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich: Schulthess, 1984, pp. 14-15.

(37) Jean-Christophe Saint-Pau (dir.), *Droits de la personnalité*, pp. 587-589.

(38) Johann Neethling, *Personality Rights: A Comparative Overview*, op. cit., p. 221.

定有某些控制机制。⁽³⁹⁾ 例如,设定惩罚性赔偿的最高限额(通常从5万至35万美元之间,个别州最高可达500万美元);⁽⁴⁰⁾ 设定惩罚性赔偿的最高比例(例如最高为损失的五倍);将惩罚性赔偿支付给某些公益性机构(例如慈善机构、受害人救助基金会、医疗基金会、大学基金会、特殊教育学校等)。这些规则都值得参考和借鉴,建议在侵权人故意和有明显牟利意图的情况下,允许受害人主张惩罚性赔偿。

四、结语:民法典体系的新发展

从立法技术的角度来看,人格权编立法的关键要素是概念的清晰性(conceptual clarity)、教义学和实践中的可操作性(dogmatical and practical manageability)以及法律的确定性(legal certainty);⁽⁴¹⁾ 总体来说,全国人大常委会法工委民法室草拟的《人格权编草案》较好地满足了这三个方面的要求,该草案的出台本身也证实了人格权独立成编在立法技术上的可行性。

设立独立的人格权编无疑是对民法典体系的重大创新和发展。确实,这样的创新堪称“史无前例”,⁽⁴²⁾ 以致有学者质疑我国这一创新的合理性。其实,早在2004年,就有论者深刻地指出“至于人格权独立成编是否有先例可循,笔者认为,无先例不应该成为一个反对理由。在笔者正在组织的意大利学者关于中国民法典的笔谈中,就已经收到的回答而言,均认为关于人格权的规定应该独立出来,没有必要放在主体制度中。有学者甚至认为,如果中国采取了这样的立法模式,在将来会成为欧洲国家仿效的对象。”⁽⁴³⁾ 在强调制度自信和文化自信的今天,我们坚信:基于中国的国情所做的务实创新,一定会具有长久的生命力。

人格权独立成编不会破坏民法典的体系性。恰恰相反,它是对民法典体系的完善。因为民法典分则是全部民事权利的逻辑展开,人格权在民法典分则中独立成编,恰恰弥补了分则只有财产权而没有人身权的重大缺漏,打破了民法典分则的“唯财产主义”。这无疑有重大意义。从立法技术的层面来看,如果我们承认《人格权编草案》所确立的诸多规则是有价值的——特别是对于审判实践的司法适用,那么,关于人格权是否独立成编的争议,在很大程度上其实归结为到底这些规则是纳入民法典还是留给法院去总结和发展。从中国的实际状况来看,很显然,与其将这些规则留给未来的司法解释或者指导性判例,还不如纳入民法典:显而易见,司法解释或指导性判例由于其零散性和碎片化,难以形成完整的体系,给相关主体的找法和法律适用造成很大的困难;不同时间、不同部门起草的司法解释之间甚至还可能出现矛盾与抵触;较之于立法程序而言,司法解释的制定过程较为随意和不透明,其草案事前往往也不公开征求意见。此外,司法解释一直存在着“合法性不足”的问题。⁽⁴⁴⁾ 法典化在

(39) See the opinion of Justice RUTH BADER GINSBURG, in US Supreme Court, BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U. S. 559 (1996).

(40) 在德国,侵害隐私最高可以被判决赔偿40万欧元。但这也被批评为可能损害侵权损害赔偿制度的一致性,因为在德国,对严重侵害身体权的行为(性侵害、致人瘫痪等),赔偿额一般在2~5万欧元之间。

(41) Johann Neethling, *Personality Rights: A Comparative Overview*, op. cit., p. 234.

(42) 据说乌克兰民法典已有人格权独立成编的先例。不过,由于笔者对此未有研究,不便妄加评判,更无法判定其人格权独立成编的社会效果如何;因为对一项法律制度社会效果的评判,需要对该制度的有关司法判决、社会公众评价、国内外法学家的学理分析等多项因素进行深入的分析研究。我国曾有学者从乌克兰的政局动荡断言其民法典中人格权独立成编模式已经失败,这显然是一种典型的简约主义,并非基于严谨科学的分析和论证,因而欠缺说服力;因为乌克兰今天的政治局势成因十分复杂,是由包括地缘政治、历史传统、民族、语言、文化、宗教等在内的诸多复杂因素综合作用的结果。

(43) 参见薛军《人格权的两种基本理论模式与中国的人格权立法》,载《法商研究》2004年第4期,第74页。

(44) 参见石佳友《民法典的法律渊源体系—以〈民法总则〉第10条为例》,载《中国人民大学学报》2017年第4期,第17-18页。

立法技术层面的最大效果,就是实现法律渊源的理性化,方便相关主体找法;从这个意义上说,将有价值的规则纳入法典,比留给司法机关自身去总结和创造,显然是更优的选择!

包含独立的人格权编的中国民法典,在未来到底会是世界法律史中的中国贡献和创造,还是“另类奇葩”或丢人现眼的“败笔”?现在断言当然还太早,历史终会告诉我们答案。不过,历史被公认为是一部伟大的教科书,因为类似现象在历史上不胜枚举。1889年,为纪念法国大革命一百周年,法国决定举办世界博览会。政府经过公开招标,最终采纳了工程师古斯塔夫·埃菲尔所设计的、告别了传统的“土”和“木”的铁塔方案。这一方案一经公布立即遭到了很多人的激烈反对;批评者认为,铁塔是一个巨大和丑陋不堪的钢铁怪物,与塞纳河及周边的历史建筑完全不协调,将彻底摧毁巴黎的古典之美。在批评者中就包括左拉、莫泊桑等著名作家;而莫泊桑更是扬言:巴黎如果建成铁塔,他就永远离开这个城市和国家(有趣的是,在铁塔建成后他成为铁塔一层餐厅最经常光顾的客人之一;而他对此的解释是“这里是巴黎唯一看不见铁塔的地方”)。类似的故事在近百年后再次上演:1981年,华裔建筑大师贝聿铭为卢浮宫设计的金字塔入口落成时,由于紧邻杜伊勒里花园、拿破仑庭和塞纳河等充满历史美感的著名景点,源自埃及文化的法老金字塔造型设计引起了很多人的极大反感、抵制甚至诅咒,一些人抨击其为令人窒息的“死人的宫殿”、为拿破仑18世纪末远征埃及的军国主义招魂。然而,历史的发展很快就超越了保守主义者们的偏见;如今,埃菲尔铁塔、卢浮宫的金字塔入口都深受法国和全世界民众的喜爱,它们已毫无争议地成为了巴黎和法国的地标性建筑;而当年那些尖酸刻薄的讥讽和嘲笑已经沦为历史的笑谈。因此,如果我们具备足够的历史敏感性,懂得从历史经验中汲取智慧,就会摒弃一些不必要的误解或偏见,而代之以一种更为理性、成熟、开放和包容的心态去看待人格权的独立成编。

The Pragmatic Combination of Tradition and Innovation: Review of the Draft of the Book on Personality Rights of Chinese Civil Code

Shi Jiayou

Abstract: An autonomous Book on personality rights in the Civil Code will be a significant innovation. The Draft on the Book of Personality rights of the Chinese Civil Code made by the Department of Civil Law of the Commission of Legislative Work of the NPC represents a pragmatic consolidation of the legislative experience, the judicial practice and the legal research. The Draft integrates some rules of the existing legislations, regulations and judicial interpretations; it also brings numerous innovations inspired by comparative law on right to image, to creditworthiness, to personal data, injunction, proportionality, publication of the judgment, moral damages on contract law etc. There are also some rules in the Draft to be improved in the future, such as the clarification of the relation between personality rights law and tort law, the need of further reflections on some controversial articles and the necessity of the incorporation of certain principles and institutions. In general, the Draft satisfies the fundamental requirement of the legislative technique, included the conceptual clarity, the manageability and the legal certainty.

Keywords: an autonomous book on personality rights; rationalization of sources of law; system of civil code; legislative technique

(责任编辑:丁洁琳)

• 23 •