

# 认真对待人格权法律行为

张平华

**摘要:**人格权立法应认真对待人格权法律行为。人格权法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止人格权法律关系的行为。人格权法律行为满足了“行为主线”的要求,具有多样化的类型,有助于积极实践人身自由、为其设定界域,进而化解主客体错位、边界模糊等技术难题;也会妥当理顺民法各编的关系,克服现有立法草案总则部分不够完整、动态属性匮乏等模式难题。为彰显人格价值的优越性,人格权法律行为应倾向于保护行为人而不是相对人,其财产属性越强越可以适用民法总则。纯粹人格权法律行为原则上应采取书面形式,不适用行为能力制度,也应禁止代理。对其意思表示之解释适用意思主义规则,意思表示瑕疵会直接导致行为无效,违反公序良俗也是行为无效的重要原因。纯粹人格权法律行为可被任意撤销,行为无效时原则上不能恢复原状。

**关键词:**民法典编纂;人格权法律行为;功能;类型;生效

人格权独立成编无疑是中国民法典编纂工程中最令人瞩目的创新。从2018年8月到2019年4月,全国人大常委会先后对人格权编草案进行了两次审议,结果只对部分条文予以微调,这似乎意味着无论在模式上还是技术上人格权立法均已臻于成熟。<sup>①</sup>然而,一无参照样板二缺充足理论,人格权立法先要将类型繁多的人格权汇集成编;再将其与民法之传统编章合为一体,这注定是一项复杂而长期的工程!只有坚持不懈地调试立法模式、打磨立法技术,确立融贯立法模式和技术的构造主线,才能确保人格权独立成编之可行性,最终证成人格权独立成编。问题是,复杂体系显然不能仅靠单一主线简单串成。作为民法最基本的要素,“权利”自然是人格权立法的首选主线;此外,立法者还应该认真对待“行为”主线。特别是:民法典人格权编中是否对应存在某种法律行为?该行为可否归类于民法总则上的法律行为?该行为具备什么样的功能和类型?这又必须从人格权的立法难题说起。

## 一、人格权的立法难题

只有权利属性明确、权利客体清晰、权利内容区隔明确,才能恰当地表达权利。物权以有体物为客体,是典型的支配权,无疑可以很好地满足上述立法技术要求。物权公示制度也十分有助于切分物上利益、构造起完善的物权体系。基于立法技术上的差异,不同的权利又对应着不同的立法原则:物权是绝对权,为防止物权伤及第三人,须坚持法定原则;债权是相对权,无涉第三人,不须遵循法定原则。<sup>②</sup>对照而言,人格权立法的技术难题包括:

作者简介:张平华,法学博士,山东大学法学院教授、博士生导师。

① 为反映最新立法动向,如未特别说明,以下本文所用的《草案》一语均指民法典人格权编草案的二审稿。

② Hannes Rosler 指出不同的法律体系在如何表达权利,如何实现自由、平等价值上所采取的路径基本一致。Hannes Rosler, *Dignitarian Posthumous Personality Rights – An Analysis of U. S. and German Constitutional and Tort Law* 26 Berkeley J. Int'l L. p158(2008); Giorgio Resta 指出人格权立法也存在如何适用“法定主义”原则的问题。Giorgio Resta, *The New Frontiers of Personality Rights and the Problem of Commodification: European and Comparative Perspectives* 26 Tul. Eur. & Civ. L. F. p. 60(2011)。

### (一) 源于客体的技术难题

#### 1. 人格权的主客体错位

按照思维惯性,人格权只能以所有权为模型按照支配权进行架构。<sup>①</sup>所谓支配要求主体直接作用于客体。一旦谈及以人格为客体,总会遭遇“主客体错位”的诘难,也有触及伦理底线之嫌。这说明无论将客体设为人格利益还是人格要素,人格权都会存在表达难题,尽管其具备极高的伦理价值,但其支配属性模糊,无法在规范上落实。例如,人格权无法像财物那样被转让、抛弃。死者人格利益也不应该像遗产那样被继承。<sup>②</sup>

#### 2. 人格权的边界模糊

人格具有多层次的要素:生命、健康、身体等物质要素;姓名、肖像、名誉、信用、隐私等精神要素;平等、自由、尊严等一般人格要素。这些多层次的要素可以衍生出多样化的人格权,但其边界常常模糊不清:其一,人格权缺乏有效公示制度,其边界无法像物权那么清晰,不能简明识别人格要素、表达或建构权利<sup>[1][P.90]</sup>。其二,人格权具有无形性,其中精神性人格权、标表性人格权的无形程度要明显高于物质性人格权。无形程度越高,人格要素越不容易被识别出来,人格权边界就越模糊。其三,不同人格权的边界可以相互包容、交叉或牵连。特定人格权可以承载其他权益或者被其他权益包容,例如,在以名人肖像设计商标的情形中,肖像权就可以被商标权包容。不同的人格权相互牵连,容易遭致连环侵害。例如,在冒用他人身份证办理信用卡再恶意透支消费,致使受害人被列入诚信黑名单的情形中,由侵害姓名权可以牵连至信用权、名誉权等被侵害。

#### 3. 法定原则的内在紧张

人格权是绝对权,本应坚持法定原则,以构建严整的类型和明晰的内容,宣示确认自然权利,保障第三人的安全。然而,不同于物权法定,人格权法定原则注定难以全面实现。一是人格权主客体错位意味着规范表达障碍,权利边界模糊则决定了法律规范上的模糊,这些无不背离了法定原则对权利规范确定性的要求。二是人格权随着时代的发展而日趋完善,有必要突破既有类型或体系,保持开放的体系。比较起具体人格权,一般人格权明显具备不确定性、开放性。比起物质性人格权,精神性人格权的不确定性更高。在法人人格权和自然人人格权中,前者的类型有限、后者类型开放。在特殊主体和普通主体人格权中,前者的制度目的更加特殊、内容更有必要具体化。

### (二) 源于内容的技术难题

人格权立法的主要任务是把人的人格权应有架构的核心内容用法律语言表达出来。整体上,人格权以“人格平等”为基点,以“人身自由-人格尊严”为双内核。在完成上述立法任务时,现行《草案》遭遇了下列难题:

#### 1. 人格平等在立法上的间接性

人格平等在民法上首先是法律关系的入门前提,表现为各种能力制度,没有必要再行权利化。人格平等是要求立法者、司法者普遍遵行的基础原理,中国城乡土地使用权两轨制、人身损害赔偿中的同种损害却不同规格的做法明显违反这一要求,未来改革和立法应予以修改。人格平等落实于各项财产权、人身权制度设计中,行使合同自由权、主张履行抗辩权、主张基于配偶的财产权和人身权、行使共有人的管理权等均体现为人格平等。人格平等的保护也有间接性。故意混淆驰名商标的行为侵害了平等竞争的法律地位,可构成反不正当竞争法上的侵权。针对剥夺主体进入特定民事法律关系资格的情形,当事人可以以一般人格权被侵害为由提起民事侵权之

<sup>①</sup> 施瓦布指出德国法上的“所有权”具有双重含义:一是《基本法》第14条意义上的作为(至少是)一切民法权利之化身的所有权;二是《民法典》意义上的对一个物所具有的广泛权利的所有权。其中第一重含义的所有权具备重要的立法技术价值。参见[德]迪特尔·施瓦布《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第224页。法国的多内鲁斯(Donellus)把权利分为支配权和债权,支配权的对象又分为人和物。对人的权利发展成了当今的人格权。参见[日]五十岚清《人格权法》,铃木贤、葛敏译,北京大学出版社2009年版,第2页。葡萄牙的平托教授指出:以人为标的既不违反逻辑也不损害尊严。参见[葡]平托《民法总论》,法务局、澳门大学法学院1999年版,第82页。

<sup>②</sup> 《草案》第777条规定:死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、遗体等受到侵害的,其配偶、子女、父母有权依法请求行为人承担民事责任;死者没有配偶、子女并且父母已经死亡的,其他近亲属有权依法请求行为人承担民事责任。本条将配偶、子女、父母列为死者人格利益受损时的第一顺序的请求权人,要求只有不存在第一顺序的近亲属的才由其他近亲属享有请求权。这在整体上有把死者人格利益按照遗产来处理的意思。

诉。用人单位应赔礼道歉并赔偿因丧失工作机会所导致的经济损失。<sup>①</sup>

## 2. 人格尊严主要靠侵权法规范

人格尊严存在两层含义:一是在积极意义上指主体自在自为的尊严。这里的尊严是宪法基本权利体系的核心,可以与宪法基本价值相互滋养催生新的权利<sup>[2][P.115][3][P.963]</sup>,成为各种基本人格价值的总“容器”。<sup>②</sup>民事立法者无须过多关注。二是在消极意义上指主体得到他人之尊重。哈贝马斯指出,人的尊严“更多是不可侵犯,即人与人之间交往所形成的相互承认”<sup>[4]</sup>。消极意义的人格尊严主要由侵权法加以规范,无须人格权法越俎代庖。否则,越要表现人格尊严,人格权法就越须内含救济条款,富有侵权法色彩。《草案》显然以尊严为中心展开权利类型设计,强化权利保护,但并未足够警惕由此产生的人格权法和侵权法的界限混淆问题。一审稿“一般规定”总计10条,其中6条是救济规范;二审稿“一般规定”总计12条,其中7条是救济规范。<sup>③</sup>“一般规定”突出了人格权救济色彩,甚至越俎代庖地设立人格权侵权一般条款。<sup>④</sup>此外,分则的诸多条文也采取了禁止权利侵害和宣示享有权利相结合的范式,放任法条随机汇总。<sup>⑤</sup>

## 3. 人身自由的规范方式失当

扣除人格平等和人格尊严,人格权余留下的核心内容是人身自由,而这应该是人格权立法的重心。<sup>⑥</sup>对此,《草案》存在诸多规范失当之处,主要表现为:一是明确规定了人身行动自由权(第791条),而对其他人身自由涉猎不足,人身自由有被降格为具体人格权之嫌。<sup>⑦</sup>二是人身自由的类型化程度不够。人身自由不仅意味着主体自身为或不为的可能,还意味着其有权授权他人使用人格权益。<sup>⑧</sup>对于后者,《草案》仅关注了肖像权这个点,承认许可使用权为肖像权的重要权能(798条);而未顾及到人格权的面,缺乏对人身自由授权使用制度的整体规定。为克此弊,《草案》只好允许“其他人格权的许可使用和自然人声音的保护”参照适用肖像权的有关规定(803条),但这又未免本末倒置。三是频繁使用“但书”,降低了法律规范的确定性。<sup>⑨</sup>“但书”可以形成“原则”和“例外”相结合的规范表述,是无法绝对避免的立法技术,但立法者应把握其度、避免频繁使用“但书”<sup>[5]</sup>。如果说“原则”是对人身自由的确认或表达,那么,“例外”往往构成对人身自由的限制,又存在两种典型:其一,“法律另有规定除外”。其二,“当事人另有规定除外”或“权利人同意”除外。《草案》中频繁使用“法律另有规定除

<sup>①</sup> 关于故意混淆驰名商标的侵权,参见乐清市大东方制衣有限公司与报喜鸟集团有限公司等不正当竞争纠纷上诉案,浙江省高级人民法院民事判决书(2002)浙经二终字第112号。关于侵害就业平等的侵权,参见郭晶晶诉杭州市西湖区东方烹饪职业技能培训学校人格权纠纷案(2015)浙杭民终字第101号;谭某某与曹某某、武汉市黄陂区祁某某街道祁某某中学一般人格权纠纷二审民事判决书,湖北省武汉市中级人民法院民事判决书(2016)鄂01民终355号。

<sup>②</sup> 有的判决明确指出“人格尊严内在包含平等和自由的因素”。参见彭燕辉诉重庆心语飘香心理咨询中心等侵犯身体权、健康权和一般人格权纠纷案,北京市海淀区人民法院民事判决书(2014)海民初字第16680号。有的案件认为侵犯了平等就业权也就是侵害了人格尊严权。参见李金仁诉江西日报社人格尊严权纠纷案,江西省南昌市东湖区人民法院民事判决书(2006)东民初字第71号。有的案件认为侵害了人格尊严也就谈及名誉权。薛双林诉杨秀风侮辱诬告其房屋侵害人格尊严精神损害赔偿案,江苏省镇江市中级人民法院(2006)镇民一终字第339号。

<sup>③</sup> 《草案》(一审稿)第774条规定“民事主体的人格权受法律保护。除本编规定的人格权外,自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。”本条将一般人格权置于“人格权受法律保护”之后,造成人格权制度的宗旨就是保护人格权的错觉。二审稿于第一句话之后又增加了“任何组织或者个人不得侵害”。这就使人格权制度的救济色彩更为明显。

<sup>④</sup> 《草案》(一审稿)第778条规定“侵害民事主体人格权的,应当依照本法和其他法律的规定承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、赔偿损失、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等民事责任。民事主体依照前款规定提出的停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉请求权不受诉讼时效的限制。”二审稿第778条规定“人格权受到侵害的,受害人有权依照本法和其他法律的规定请求行为人承担民事责任。依照前款规定提出停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉请求权的,不适用诉讼时效的规定。”比较而言,二审稿的规定稍加合理:其中第一句话不列举责任类型,减少了立法重复;由于赔礼道歉是否为人格权请求权,理论上存在争议,立法上的确不宜明确规定其不适用诉讼时效。

<sup>⑤</sup> 例如,《草案》第二章规定了物质性人格权,其中第783条“自然人享有生命权,有权维护自己的生命安全。任何组织或者个人不得侵害他人的生命权。”第784条“自然人享有身体权,有权维护自己的身体完整。任何组织或者个人不得侵害他人的身体权。”第785条“自然人享有健康权,有权维护自己的身心健康。任何组织或者个人不得侵害他人的健康权。”

<sup>⑥</sup> 巴拉克指出基本人权的核心理念是“自由”,并落实于意思自治和个人尊严。Aharon Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law*, Rev. Const. Stud., 1996, (3): 218.

<sup>⑦</sup> 把“人身自由”降格为具体人格权也是我国审判实践的通行做法。以“人身自由”为关键词检索“北大法宝”数据库,其中有1个最高人民法院公报案例、31个经典案例、155个法宝推荐案例、159个普通案例,98%的案例都是因为“限制人身自由”而起。参见 <http://www.pkulaw.cn/Case/检索时间是2019年5月11日>。

<sup>⑧</sup> 姓名权人允许合同相对方使用姓名的行为可以成立债法上的许可合同。参见[瑞]许莉蔓-高朴等《瑞士民法:基本原则与人法(第二版)》纪海龙译,中国政法大学出版社2015年版,第281页。

<sup>⑨</sup> 参见《草案》第775条、第776条、第796条、799条、812条。

外”型“但书”必将授权其他特别立法限制人身自由,从而给国家强制预留过多空间。在《民法总则》第5条(自愿原则)、第8条(守法与公序良俗原则)、第131条(权利义务一致原则)、第132条(禁止权利滥用原则)已对人身自由之限制设有原则性规定的前提下,《草案》通过频繁使用“但书”重申了上述一般原则却未指出具体例外,构成不必要的重复。

### (三) 人格权立法的模式难题

“总分结合”是民事立法的基本模式。一方面,民法总则应规定普适于各编的基本原则和制度,分则保留其特殊制度。另一方面,分则内部也应贯彻“总分结合”模式,既要有统摄本编的一般规定,全面覆盖相关权利类型,也要搭建起沟通民法总则和分则的桥梁。对照总分结合模式之要求,人格权编的立法难题以及《草案》相应的不足主要表现为:

#### 1. 《草案》总则不够完整

《草案》开篇的“一般规定”居于人格权编总则之位,但其并不完整,尚不能完全统摄人格权编分则。首先,缺少基本类型。自然人人格权、法人人格权是被《民法总则》所承认的人格权基本分类,而“一般规定”并未建立法人人格权的基本规定,形成明确的二元对立结构。这将不利于对法人人格权适用更严格的法定原则,压缩可能的法人人格权类型,从而引发法人人格权类型泛滥。其次,基本关系不顺畅。在当代市场经济环境下,财产权和人格权并非总是泾渭分明,如何理顺两者关系?草案根本未予涉及。为防止混淆,人格权编应承认:经济价值越高的权利越不应规定为人格权,商誉权不是人格权。在“人格权商品化”现象中,商品化权是独立的财产权还是人格权,理论上向有争议<sup>[6][P.225][7][P.123]</sup>。为避免人格权搭载过多的财产内容,维持民法体系安定,也为了承认商品化权的可让与性、继承性,应承认商品化权是独立的财产权。当然,人格权商品化不等于人格权已经转化为财产权。只是为了理解和适用上的便利,这种新型财产权仍应规定于人格权编。最后,动态属性匮乏。民法各编十分注重权利变动及其原因,整体上动态属性明显。广义上的权利变动包含一切形态的权利得丧变更,结果可以是绝对权也可以是相对权;狭义的权利变动限于结果是绝对权的得丧变更。权利变动的主要原因是法律行为,以贯彻体现当事人意志,保障交易安全。各编的权利变动制度应受总则中法律行为制度的约束。人格权编“一般规定”缺乏对人格权变动的足够重视,大大降低了人格权编应有的动态属性。考虑到人格权是固有权利,与生俱来、自然消灭;无须公示,也不存在以公示制度为中心的交易规范,人们通常承认人格权只能依据非法律行为,甚至只能依据出生、死亡等事件实现权利变动。其实,这仅仅是限于狭义的权利变动而得出的结论,忽视了结果是相对权的人格权变动,忽视了依据法律行为的人格权变动,授权他人使用名称、肖像的行为即为其典型。这一欠缺使人格权编不能实现法律关系的动静结合,也容易使人格权摆脱民法总则的制约,削弱其独立成编的正当性。

#### 2. 《草案》与民法各编的关系不够明朗

在总分结合模式下,各编又形成了与所规范事项相呼应的构造原则。其中,物权编、债权编适用“结构相似”原则,不论物权、债权发生于现实生活的何种领域,只要法律效果或法律结构上满足典型的绝对权、相对权的要求,就属于该编调整对象。亲属编、继承编适用“生活事实类似”原则,分别调整与亲属或继承相关的各类生活事实,其中的法律关系比较复杂,权利性质并不统一<sup>[8][P.20-21][9][P.16-17]</sup>。可见,不同的构造原则既可以从立法上为各编编纂提供依据,又有助于厘清各编之间的关系。比较而言,“结构相似”原则容易淡化分编的个性色彩,使之适用于总则规定,“生活事实类似”则使分编个性鲜明,容易游离于总则之外。从权利性质看,人格权是支配权、绝对权,具备了适用“结构相似”原则的前提。然而,人格权的支配属性模糊,加之,所涉法律关系多样、权利类型繁杂、结构相差悬殊(例如,有的涉及人体捐赠,有的是肖像许可使用),基于此又应适用“生活事实类似”原则。人格权立法构造原则上的模糊性导致其无法简明涵摄至民法总则,也无法直接适用物权编、债权编的相关规定,进一步产生下列法律适用难题:提高了法典结构的异质性:其一,人格权编能否适用民法总则中的意思表示理论、法律行为生效理论?其二,人格权编是否存在代理?其三,人格权编能否适用诉讼时效制度?

大致而言,立法技术、立法模式分别属于微观和宏观层面的事物。立法技术回答了人格权能否被规范表达的问题;而宏观上的立法模式则由微观上的规范条文按照特定结构而成。微观属性促成了其宏观结构,影响了宏观结构的功能及不足。人格权立法模式难题也源于立法技术的不足,立法技术不足使法律内容缺乏,进而导

致无法整合相关内容形成合理的立法模式。立法技术难题又根源于人格权的客体、性质等本质问题。这意味着只要我们拘泥于“就权利说权利”,也就难以摆脱主客体错位等表达难题,无法消解法定原则的内在紧张,不能彻底实践总分结合、动静结合的法典结构。

## 二、人格权法律行为的功能

人格权立法应着重拓展人身自由。所谓人身自由包括意志自由和行为自由。单纯意志自由并非民法调整对象,只有意志转化为行为才受法律之规制。由物权行为、债权行为、婚姻行为、遗嘱行为而类推,民法上应存在人格权法律行为。所谓人格权法律行为是主体通过意思表示设立、变更、终止人格权法律关系的行为。从终极意义上说,财产法律行为也是人身自由的体现,只不过,财产法律行为是民法总则、财产法的规范中心,已经无须人格权编越庖代俎。人格权法律行为在立法上具备了下列功能:

### (一) 化解人格权立法的技术难题

人格权法律行为制度弥补了法律忽视人身自由的缺陷。

#### 1. 通过人格权法律行为积极实践人身自由

在现代社会中,隐私权的核心内容起初是“不被干涉的自由”,后来发展成为“个人信息管理权”“自我决定权”。这一制度变迁历程蕴含着人格权发展的普遍规律:起初限于消极、被动权利,逐渐包含积极、主动的内容<sup>[10]</sup> P. 849 [11] P. 15。这种积极主动内容集中体现为人身自由得到更广泛接受和重视,尤其是面对多种可能时的决定权。<sup>①</sup> 决定权是结果,选择权是手段,具有多样类型。《草案》所接受的器官捐献决定权、姓名决定权、肖像授权使用决定权、隐私披露决定权等,均为其适例。法律行为以意思表示为要素,是选择决定权的重要实践形式。选择决定权具有特定法律目的,其中,目的是财产变动者可归结于财产法律行为。<sup>②</sup> 目的是引起人格权变动者才属于人格权法律行为。目的是财产权变动,而以人格行为为手段的,例如冒名行为、借名行为等都不是人格权法律行为。侵害选择自由权可以表现为欺诈、胁迫,导致法律行为效力之不健全。行使撤销权、追认权、确认权可以对不健全法律行为进行校正,也就对选择决定权进行了救济。

#### 2. 通过人格权法律行为直接设定人身自由的界域

人身自由是自为自在的状态,但应通过立法为其设定界域。为此,我们可以采取间接方式,通过侵权责任给“自由”划定边界,但这会削弱人格权法的权利本位增强责任本位色彩,不如通过人格权法律行为直接立法。具体而言:其一,通过设定多样化的人格权法律行为,弥补人格权分类或内容上的不足。例如,明确规定信用的获取行为、授权行为、转让行为,使之区别于名誉权、个人信息权,从而承认信用权这种重要的人格权;通过规定人格权许可使用合同扩充人格权的使用权能。其二,通过人格权法律行为使人格权法更具开放、包容性。人格权法律行为应该包括行为能力、意思表示真实、内容合法等生效要件,这种要件设计可以兼容自由和限制,实现个人利益和国家强制的平衡。违反国家管制的人格权法律行为不能生效,这就可以避免频繁使用“但书”结构,实现法律规范的顺畅、确定。通过人格权法律行为可以兼容不同类型的人格权,实现法律规范的差异化。例如,专门规定与法人相关的人格权法律行为,对法人人格权变动设置更加严格的要求。对消费者、残障者等特殊主体赋予人格权法律行为特殊内容,以实现对其的特殊保护。其三,通过人格权法律行为拓展处分自由。处分自由可引起权益变动、减损、灭失,决定了主体对客体的支配程度,也是法律行为的最大可能范围。与财产权不同,人格权与生俱来、一身专属,原则上不得被让与、无法被抛弃,可处分程度较低(第775条)。然而,随着人格权财产化现象越来越明显,行为自由空间越来越广泛,也越有必要承认人格权处分行为。由于人格权处分行为也要受国家强制力的约束,对处分自由的拓展并不会导致人格处分的滥用,不存在所谓的人格权异化。

### (二) 克服人格权立法的模式难题

#### 1. 人格权法律行为符合了“行为”线索的要求

法律离不开传统,制度创新不意味着对传统的彻底抛弃。人格权立法者只有从基石概念中确立基本线索,

<sup>①</sup> 关于自由和决定权的关系,请参见[日]山本敬三《民法讲义:总则》,解亘译,北京大学出版社2004年版,第74页。

<sup>②</sup> 人格权在私权体系中具有兜底性的基础地位,享有或行使财产权的行为都可以转化为人格权的行使行为;对财产权的侵害最终会转化为对人格权的侵害。参见[日]五十岚清《人格权法》,铃木贤、葛敏译,北京大学出版社2009年版,第179-180页。

才能形成稳定的体系结构,降低体系构造难度和运行成本。民法以“权利”“行为”“责任”为基石概念。基于民法的私法品格及对意思自治的尊崇,“权利”在民法中占居核心地位,人格权编突出以尊重人权、张扬人格价值为宗旨,更应坚持“权利”线索。同时,又须理顺权利和其他两个线索的关系。先看“权利”和“责任”的关系:传统大陆法系承认并坚持物权债权二分体制,侵权、违约均作为损害赔偿之债的发生原因而被嵌入债权编中,“责任”被“债权”遮蔽,难以形成完满的体系和足够的法典内容。在现代社会中,责任是经济社会发展的关键主题<sup>[12] P.3</sup>形成了以归责和责任承担为中心的复杂、独立的体系。自《民法通则》到《民法总则》,责任法独立成编已经成为中国民事立法的重要传统。权利编和责任编在法律体系中担任不同的任务:确认权利、保护权利;形成了相反的基本立场:优先保护权利人、行为人,二者在制度功能上可以兼融,但法典结构上已经分庭抗礼。从立法任务和立场看,人格权编属于权利法而不是责任法,应以“权利”而不是“责任”为主线,应聚焦于列举人格权类型、构建人格权体系,而不是设定太多的责任以制裁侵害人格权的行为。再看“权利”和“行为”的关系:“行为”是“权利”的表现方式及实现手段,<sup>①</sup>其建立了“权利”的动态形象,使“权利”更加充实丰满。二者不仅制度功能互补,在法典设计上也直接互容。正是因此,物权法离不开物权变动及其法律行为,债权法则要精心设计债的设立、履行、转让诸行为。法律行为的类型或性质取决于其法律效果,也就是权利变动。有什么样的权利就应该有什么样的法律行为与之对应:财产权、人身权分别对应财产行为、人身行为<sup>[13] P.223</sup>;人身行为又可包含人格权法律行为、身份行为。

### 2. 人格权法律行为的财产属性越高越应适用民法总则

不同的法律行为并非孤立分散,而应该按照“总分结合”模式的要求形成完整的体系。问题是《民法总则》中的民事法律行为能否适用于人身行为?由于人格权法律行为尚未得到学界的关注,比较法上的相关讨论无不以民法总则中的法律行为和亲属编的身份行为的关系为中心而展开。不过,身份行为和人格行为同属于人身行为,二者在结构和效果上的类似性决定了相关讨论对人格行为也应有所启示。<sup>②</sup>对此,存在两种观点:否定说以梅迪库斯、韦斯特曼、四宫和夫、近江幸治、刘得宽为代表,认为尽管法律行为可以包括身份行为,但其不具备普遍效力,原则上不适用于身份行为<sup>[12] P.24 [14] P.25 [15] P.168</sup>。作为法律行为的核心,意思表示除了可以对夫妻财产制施加影响外,其他婚姻方面均不能据此创设。意思表示错误制度也不适用身份法<sup>[8] P.3 [16] P.213</sup>。肯定说以布洛克斯、瓦尔克、平托、姚瑞光、邱聪智为代表,认为合意不仅在财产法而且在人格法、婚姻法等法律中同样扮演重要角色,原则上结婚也适用法律行为制度。当然,合同自由原则在身份法的不同领域受到了不同程度的限制。其中,人身亲属行为实际上排除适用合同自由,当事人只能订立或不订立法律行为,而不能订立与法律规定不同的合同或内容。遗嘱行为受公序良俗等强制性规范较高程度的限制。财产亲属行为(例如夫妻财产协议)的合同自由程度相对高些<sup>[13] P.223 [17] P.39</sup>。

我们不赞成否定说,因为其将人身行为完全不适用民法总则,人为造成财产行为和人身行为的对立,降低了法典的体系性。绝对的肯定说也并不合理。一方面,人身行为与财产行为存在诸多实质性差别:立法目的上,前者旨在维持固有人伦秩序,后者则是促进交易效率。在干预程度上,前者必须接受国家强制,后者排斥国家干预。民法总则上的法律行为是以财产行为为模板设计而成,确实不应该让人身行为无差别地适用财产行为。另一方面,人身行为与财产行为存在外观上的一致:都需要有意思表示;都存在法律形式上的要求等。为此,我们建议:立法者应该承认人身行为原则上可以适用民法总则,民法总则上的法律行为是一般法,人格权法律行为是其特别法。越有财产属性的人身行为(包括人格权法律行为)越可以适用民法总则。人格权法律行为的成立生效存在适用法律行为一般要求的空间,又有明显的特殊性。特别是为了维持基本伦理秩序,<sup>③</sup>人格权法律行为应接受公序良俗、强行法较高程度的限制。例如,私人之间不得有克隆人行为、买卖人体器官行为。

### 3. 人格权法律行为有助于理顺民法各编的关联

<sup>①</sup> 曾世雄教授指出:如何防范或化解民事纠纷?方法有二:一是坚持行为本位,着眼于人类社会的行为,规范其取得社会生活资源的途径;二则坚持资源本位,着眼于社会生活资源,以合理分配资源。两个本位相辅相成,并在不同时代或法域中具有不同特色。参见曾世雄《民法总则之现在与未来》,中国政法大学出版社2001年版,第512页。

<sup>②</sup> 家庭关系不属于物上支配权,但正是基于对人格权的保护,家庭关系也被按照支配权对待。参见[德]本德·吕特斯、斯特丽德·施塔德勒《德国民法总论(第18版)》,于馨淼、张姝译,法律出版社2017年版,第55-56页。

<sup>③</sup> 参见《法国民法典》第16-5条、第16-7条。

主要适用于物权和债权编的“结构相似原则”绝非仅考虑权利结构之相似,行为的相似也应该成为重要考虑因素,否则不足以形成动静结合的民法典结构。人格权法律行为可以呼应物权行为、债权行为、法律行为,提高了与民法各编结构的类似性,有助于理顺民法各编的关系。合同法上的合同限于平等主体之间的财产关系,不能直接适用于人格法律关系,<sup>①</sup>但关于合同形式、债的履行等规则可准用于人格权法律行为。人格权法律行为在民法典结构中并非像物权行为、债权行为那么突出。为防止混乱,法律应对人格权法律行为适用“类型强制原则”,明确规定人格权法律行为的类型。<sup>②</sup>侵权法上的受害人同意可以准用人格权法律行为的规定,这可包括经同意的诊疗行为、经同意的肖像权使用行为等。更进一步,以人格权法律行为为参照系可以建立非法律行为的人格权行使行为体系,两者组合起来可形成丰富的行为体系,为人格权变动提供足够的动态原因和立法空间。

### 三、人格权法律行为的基本类型及其法定

人格权法律行为并非纯粹的学理推演,其被人格权立法和审判实践广泛承认,具有多样化的类型。按照不同的标准,人格权法律行为可以进行不同的分类。广义上,人格权法律行为可分为私法行为和公法行为。公法行为之典型是行政行为或行政合同,例如,为应对SARS疫情,政府对过往疫区的民众进行隔离居住并保障其生活的行为。再如,为履行卫生健康保障义务而由国家推行的强制接种行为。就私法行为而言,人格权法律行为的基本类型有:

#### (一) 人格权法律行为的基本类型

##### 1. 纯粹人格权法律行为、财产性人格权法律行为

按照人格与财产的关联程度,人格权法律行为可分为纯粹人格权法律行为、财产性人格权法律行为。纯粹人格权法律行为以直接引起物质或精神人格权益变动为目的,例如起名、器官捐献、自杀、安乐死。财产性人格权法律行为以同时引起财产权益或人格权益变动为目的,或者其中的人格权益具备明显的财产属性,例如肖像授权使用行为。

按照是否存在对价为标准,财产性人格权法律行为可以分为有偿人格行为、无偿人格行为,前者例如卖淫、出租子宫、出租其他身体器官的行为。为防止人格之物化、金钱化,纯粹人格权法律行为中不应存在有偿人格权行为。<sup>③</sup>

纯粹人格权法律行为、财产性人格权法律行为都属于人格权法律行为。而人格权法律行为和财产行为是法律行为中的基础性分类,可以对应于民法典人格权法和财产法的分立。由于财产权和人格权的实践关系趋于模糊,在财产法律行为和纯粹人格权法律行为这一对极外,其间还存在人格财产法律行为、财产人格权法律行为等中间类型,而这些行为的性质并非那么纯粹,其相关法律构造或适用也不得不在人格和财产法律行为中调和折中。<sup>④</sup>人格权法律行为的财产属性越高,越可以直接适用或准用财产法律行为的规定,这可以包括行为能力、诉讼时效、意思表示等。

##### 2. 单方人格权法律行为、双方人格权法律行为

按照主体的人数不同,人格权法律行为可以分为单方行为、双方行为。买卖人体器官的行为(《草案》第788条)、出租人体器官做广告的行为、保守隐私秘密的行为都是双方行为。通过遗嘱捐献人体器官(《草案》第787

<sup>①</sup> 《草案》“合同编”第254条规定:本编调整民事主体之间产生的合同关系。第255条规定:本编所称合同是自然人、法人、非法人组织之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他编和其他法律的规定;没有规定的,可以根据其性质参照适用本编规定。而现行《合同法》第2条第2款规定“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定”。对比《合同法》第2条第2款可见《合同法》直接将身份协议排除于调整范围之外。而《草案》“合同编”条先是承认身份协议的特殊性,认为其他编和其他法律有特别规定的,优先适用特别规定。接下来又承认特别法没有规定的,可以类推适用合同法的规定。

<sup>②</sup> 财产法上的行为仅仅起到引导行为模式的作用,总体属于任意法;而亲属法上的行为适用类型强制原则,总体应属于强行法。参见[德]拉伦茨《德国民法通论(下)》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第435页。

<sup>③</sup> 《草案》(一审稿)第789条第2款“禁止向接受试验者支付任何形式的报酬,但是可以给予其必要的补偿”。二审稿删除了该款,但这一删除并不合理。

<sup>④</sup> 我们可以适用“对极性思考”来丰富民事法律行为的家族谱系。“对极性思考”是民法上一种最为常见的思考方法。其基本要求是通过将两种最具典型意义的事物加以对应进行比较,借此发现被比较对象明显的法律性质差异。为此,我们须首先确定对极的依据、明确设立对极的目的或者比较权利的何种属性;再找到两个最具典型意义的行为设立对极。两极的法律性质相反,处于两极间的事物则介入两种相反性质之间,依对极思考建立的行为序列在行为属性上呈现“典型—非典型—另一种典型”式的迁跃。参见黄茂荣《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第476—479页。

条)、安排身后遗体处置都是单方行为。

为体现人格权价值的优越地位,当事人享有对器官捐献行为、临床试验用药协议、安乐死行为的撤回或撤销权,这里的撤回或撤销权是形成权,行使形成权的行为也属于单方行为。

与遗嘱产生的单方行为不同,行使形成权的行为属于有相对人的单方行为,须意思表示到达相对人才能生效。人格权法领域常见“知情同意”行为,该行为可构成医疗侵害的免责事由,但同意权的行使不属于单方行为,而属于“准法律行为”,可类推适用关于单方行为的法律规定。

尽管比较少见但人格权法律行为也可以存在多方行为,例如,家庭或家族成员共同遵循的起名规则可视为多方行为。

为倡导通过双方行为在平等自愿的基础上谨慎规划生活,防止基于单方意志影响社会成员的生活,财产法律行为应该以双方行为为原则,单方行为为例外。人格权法律行为关乎具备更高位阶的人格法益,更须坚持这一原则。

### 3. 人格权处置行为、人格权负担行为

人们通常认为人格权是固有权利,基于出生而发生、于死亡之时终止;也将人格权界定为专属权利,不容许抛弃、转让、继承。其实未必,基于当事人的意思表示完全可以引起人格权之变动。按照行为的性质不同,人格权法律行为可分为处分行为、负担行为。为避免与财产处分行为混淆,人格权处分行为可称为人格权处置行为。

(1) 人格权处置行为。现实中处置行为的发生频率并不低,其主要类型有:一是人格权发生行为,包括人工生殖、取名、申请荣誉等。二是人格权灭失行为,包括献身、自杀、抛弃健康、抛弃荣誉或隐私等。三是人格权变更行为,包括改名、器官捐赠等。在现代社会里,即便是出生、死亡也可以基于人的意志而控制,而不是绝对纯粹的客观事件。人格利益与主体分离得越明显、支配性越强,越应承认处分行为。因为担心事违伦理而将处置行为排斥于学术研究领域之外的做法并不可取。承认处分行为不仅不会导致处置行为之滥用,也不会破坏伦理底线,反而有利于通过处置行为的要件化设置最大限度地确立当事人自治空间,同时强化国家管制、维持基本伦理秩序。承认处分行为也将会更好地化解许多现实难题。例如,伴侣一方死亡而冷冻胚胎归谁所有?如何处置?<sup>①</sup>已有争议主要集中在胚胎之属性应为客体还是主体上,进而再推演其可否被继承的问题<sup>[18][P.25]</sup>。其实,人工生育计划是人格权处置行为,伴侣双方对胚胎享有共同处置权。伴侣一方或双方的死亡不会当然导致人工生育计划的终结,胚胎之归属及安排应按照处置行为执行。在法国法上,男性死亡前冷冻储存精液的,可以按照“该男子在生前对其可能身故后的精液处置给出明确的意愿表达”处置<sup>[19][P.35]</sup>。对于冷冻胚胎已经存在后男性死亡的,可以适用意思表示推定制度,按照推知他生前已经同意的生育计划处置。北京朝阳区法院在“丈夫死亡妻子主张移植胚胎继续孕育子女”案件中承认妻子有权作为“第一顺序继承人要求继履行合同权利义务,继续履行合同,于本案并不存在法律上的障碍,其有权单独要求医院继续履行合同”,做法合理,殊值赞成。

(2) 人格权负担行为。负担行为主要表现为人格权使用行为。既可以是经同意无偿使用肖像姓名名称的行为(《草案》第801条)、无偿获得信用信息的行为,也可以是经许可有偿使用肖像行为、有偿获得信用评级的行为。<sup>②</sup>既可以是积极的使用,例如,基于使用个人信息而设定的法律行为,也可以是消极行为,例如保守隐私或个人信息的协议。

### 4. 独立的人格权法律行为、附属的人格权法律行为

按照行为是否具备独立性为标准,人格权法律行为可分为独立的人格权法律行为、附属的人格权法律行为。前者具备完备的构成要素,能独立产生完整法律效果,肖像授权使用行为、临床试验用药协议为其适例(《草案》第789条)。附属的人格权法律行为仅仅是独立法律行为的一部分,不产生完整的法律效果。例如,连锁经营合同中的企业名称授权使用行为。附属行为又称为补充行为,由于补充权是形成权,附属行为应该是有相对人的

<sup>①</sup> 江苏无锡宜兴冷冻胚胎纠纷案二审判决书,江苏省无锡市中级人民法院民事判决书(2014)锡民终字第01235号“北京首例冷冻胚胎案一审判决:法院判医院继续履约为死者妻子施行胚胎移植”,载《北京晚报》2019年5月22日“全省首例冷冻胚胎纠纷案尘埃落定!”泉州广播电视台2019年5月24日。

<sup>②</sup> 上海第九城市信息技术有限公司等诉北京新浪互联信息服务有限公司姓名权、肖像权纠纷案,北京市高级人民法院民事判决书(2013)高民终字第3129号。



单方行为<sup>[20]</sup> (P. 47)。附属的人格权法律行为无效、被撤销的,并不当然导致整个法律行为的无效。

人格权法律行为还存在其他分类方式。例如,按照效力不同,人格权法律行为可以分为无效行为、可撤销行为、有效行为。按照形式要求,人格权法律行为可以分为要式行为、非要式行为。由于这两种分类与人格权法律行为的生效制度紧密关联,特置后文专门研究。

## (二) 人格权法律行为的法定

### 1. 人格权法律行为立法应坚持法定主义

人格权法律行为以人格权变动为目的,涉及基本伦理秩序,应该予以法定:立法者须在人格权法中明确规定上述人格权法律行为的基本类型及其生效要件。有时候,是否承认某种人格权法律行为(例如安乐死)往往包含着复杂的综合考量,是一个重大立法选择。在这一选择进程中立法者应高度关注人格权法律行为分类中所蕴含的“原则”和“例外”对立现象。与纯粹人格权行为相比,财产性人格权行为属于“原则”情形。与双方行为相比,单方行为属于例外。与处置行为相比,负担行为属于原则。与独立行为相比,附属行为属于例外。为保障法律秩序的安全性,立法者无疑应对例外的行为采取更为严格的法定原则。

### 2. 人格权法律行为与民法总则的民事法律行为

多样化的分类使人格权法律行为起码在外观上与财产法律行为相似,具备了适用民法总则法律行为制度的基础。然而,人格权法律行为法定主义预示着只有符合法律规定的类型和内容,才能生效。这就意味着人格权法律行为的差别性,不同的人格权法律行为不能一概适用民法总则上的法律行为制度,而应该保留一些特殊制度。这一点也可以通过研究纯粹人格权法律行为的生效作进一步观察。总体上,人格权法律行为与财产行为存在亲疏远近,越是具备财产属性越可以准用财产行为的规定。

### 3. 人格权法律行为与人格权法上的法律行为

规定在人格权法(编)或发生在人格权领域的行为未必均为人格权法律行为。反之,有的行为尽管与人格权有关,但实务上习惯于按照财产行为处理,例如医疗手术合同、美容合同。未来民事立法可以依据便利原则仍然将其规定于合同编,但不能因此而否定该合同属于人格权法律行为。

## 四、人格权法律行为的生效及相关问题

一般而言,财产法律行为存在成立与生效之区分,只有行为事实成立,才会进一步产生规范效力。财产法律行为一经成立即可产生形式拘束力<sup>[21]</sup>。为促进交易效率,法律常常会对当事人设定促使财产法律行为生效的义务。尽管我们也可以将人格权法律行为区分为成立与生效两个阶段,但是由于其主要目的是实现人身自由、保障人格尊严,此时促进交易效率的需求应让位于公共秩序。制度设计的关键点就不是区分成立和生效,而是设计人格法律行为生效要件并予以严格执行。当事人没有必要负有对已成立的行为促其生效义务。如果说生效要件总体体现法律控制的宽严,那么只要我们研究纯粹人格权法律行为的生效问题,再接着放宽要求,就可以回答财产性人格权法律行为的生效要求。以下我们以纯粹人格权法律行为为对象,研究其生效要件以及与之相关的附条件行为、代理、效力不健全行为的法理后果等问题。

### (一) 民事行为能力及代理

为实现“法律交往所要求的简便性和安全性”,民法设立了统一、客观的民事行为能力制度而不对每一项财产法律行为之主体进行个别化的“成熟测试”。凡具备相应的行为能力者就可以独立实施财产法律行为;否则,行为由法定代理人代理。近年来,比较法上改变了上述传统而承认如下发展趋势:具有高度人身性质的法律行为原则上不适用统一、客观的民事行为能力制度,而予以“个别化”对待。所谓高度人身性质的法律行为指基于高度个人化权利而产生的法律行为,按照专属性、固有性差别,又有相对和绝对之分,人格权、身份权属于绝对高度个人化权利,姓名权、肖像权、名称权等标识型人格权,以及具备人身属性的财产权是相对高度个人化权利。在德国,限制行为能力人可以暂时取得“完全行为能力”资格独立实施高度人身性质的行为<sup>[22]</sup> (P. 247)。在瑞士,具有判断能力之未成年人或禁治产人被称为限制无行为能力人,法律行为的人身性质越高越可以由限制无行为能力人单独实施。之所以存在上述发展趋势,其原因是:行为能力以保护交易安全、节省判断成本为目的,其以意思能力为核心,应适用客观的判断标准。高度人身性质的法律行为不以保护交易安全为目的,与效益无关,不适用民事行为能力制度。同时,该行为立基于人格权、身份权,在价值上具备优越性,行使上具有专属性。为

兼顾价值优越性和行使专属性,应尊重限制行为能力人的真实意愿、发挥其自主性,允许其单独实施高度人身性质的法律行为。行使相对高度个人化的权利的行为、行使绝对高度个人化的权利行为,分别对应人格权法上的财产性人格权行为、纯粹人格权法律行为。对财产性人格权行为适用鼓励交易原则,优先保护交易相对人,准用财产行为的行为能力也就是民法总则的一般规定;纯粹人格权法律行为不适用鼓励交易原则,不适用民法总则的一般规定,应坚持优先保护行为当事人原则,可以由无行为能力人、限制行为能力人独立实施。

高度人身性质的行为可否适用代理?德国法持否定态度。瑞士法的区分则更细:如果是行使相对高度个人化的权利,则允许代理。如果是行使绝对高度个人化的权利,则禁止代理<sup>[23][P.11]</sup>。我们赞成瑞士法的做法,行为能力与代理具有相互贯通的法理机制,当事人对绝对高度个人化行为享有行为能力,相应地该行为也就没有必要代理。我国法对此未予应有重视,实务上也存有一些不当做法。在一起因代签球星马拉多纳的肖像、姓名使用协议而引发的纠纷中,<sup>①</sup>法院否定了相对人使用马拉多纳肖像、姓名并获得利益的诉求,理由是:肖像权、姓名权是人格权,不得被代理行使,未经马拉多纳本人签字而由他人代签的以使用本人肖像、姓名为内容的协议无效。我们不赞成这一做法。以标识型人格权为客体的法律行为完全可以由他人代理。退一步讲,即便他人无代理权而相对人善意的,也可以构成表见代理。本案的协议由中间人代签,相对人有足够理由相信中间人有代理权,进而支付了25万美元的代言费,开展了相关合作,已经产生合理信赖,可构成表见代理。合作协议应当有效。

## (二) 意思表示真实

只有意思表示真实的法律行为才可以产生预期效力,而为最大限度实现私法自治、增进交易效率,法律对于意思表示瑕疵的财产行为设立了弹性机制:表示人的撤销权和相对人的催告权。人身行为不属于交易行为,重在保护人格尊严、维护伦理秩序而非增进交易效率。为防止人身关系的不稳定,加强对相关领域的干预力度,传统民法并不对人身行为设立弹性机制。正是因此,存在意思表示瑕疵的身份行为原则上不可撤销<sup>[24][P.202][25]</sup>。承接这一思路,由于人格权是身份权、财产权的基础,纯粹人格权法律行为的伦理性更强,存在意思表示瑕疵的人格权法律行为也应该直接无效而不应可撤销。

《民法总则》区分有相对人和无相对人意思表示确立了不同的解释规则,前者适用表示主义,优越保护相对人;后者适用意思主义,以优越保护表示人。然而,人格权法律行为并不适用上述解释规则。依《草案》第801条规定“肖像许可使用合同中就肖像使用的范围、方式等约定有争议的,应当作出有利于肖像权人的解释。”这就是说,尽管肖像许可使用合同是有相对人的意思表示,但却不适用表示主义而应适用意思主义,以优越保护肖像权人。其实,不仅是肖像许可使用合同,所有的人格权法律行为都属于“非交易性法律行为”,都应适用意思主义解释规则。在意思表示解释时表意人之原意应具有绝对性作用,只需考虑表意人的真正的、心理上的意思;而不必顾及表意人之相对人的期望及缔约的一般利益。<sup>[13][P.223][26][P.22]</sup>

## (三) 标的确定、可能、合法

法律行为以标的确定、可能、合法为生效要件。所谓标的有直接标的和间接标的之分,前者指法律行为的内容,对人格权法律行为是指人格权利义务及其变动;后者是该内容指向的人或物,人格权法律行为的间接标的则是人格本身。直接标的最终依赖间接标的实现。所谓“确定”在静态上是对人格权法律行为直接标的之要求;在动态上则要求法律行为实现时间间接标的也有确定性。人格本为完整一体,但是在表达人格权、设定人格权行为时,应该在法律上进行“分割”,形成不同的间接标的,从而满足标的“确定”方面的要求<sup>[13][P.324]</sup>。为此,献血行为须明确所献容量;新药试用行为应规定试验时间和次数;名称授权行为应该确定名称的使用时间和范围;信用评估行为也要有同意银行收集信息的方式和时间,等等。当然,所谓标的确定是依靠意思表示及其解释的结果,不意味着凡从形式上看标的不确定的人格权法律行为就不生效。人格权法律行为的标的应“可能”,否则可以因自始客观履行不能而无效。正是因此,对已经公开的隐私无法再约定保守。

所谓“合法”要求人格权法律行为不得违反强制性规定及公序良俗。强制性规定具有多样的类型:一是因

<sup>①</sup> 上海第九城市信息技术有限公司等诉北京新浪互联信息服务有限公司姓名权、肖像权纠纷案,北京市高级人民法院民事判决书(2013)高民终字第3129号。

为人格权编涉及公共秩序民法典人格权编总体属于强行法。《草案》第817条关于“信息收集者、持有者不得泄露、篡改、毁损其收集、存储的个人信息”“不得向他人非法提供个人信息”的规定,均为其典型。二是其他法律法规上的强制性规定。例如,宪法上禁止侵害基本人权的条款、刑法上关于非法拘禁罪的规定。三是随着人格权在全球范围内的普遍重视,国际公约或惯例中也有大量的人格权保护规范,这些国际法应该也在规范“基因技术编辑行为”等方面具有强行效力<sup>[27]</sup>。公序良俗具有维护家庭伦理、性道德,防止过分限制自由等传统作用,其对于限定人格自由的范围、避免侵害人格权发挥着重要的作用。违反公序良俗是导致人格权法律行为无效的重要原因。例如,起名行为不得违反公序良俗。<sup>①</sup>委托调查丈夫隐私(婚外情)的协议;代孕协议;公开性交表演的劳动协议;隐私商业化协议;极度限制人身自由的非法劳动协议;极度限制人身自由的封口或掩口协议;等等,都因为违反公序良俗而无效。违反公序良俗未必导致整个法律行为无效。例如,如果甲向乙借贷,同时约定甲的女儿作卖艺娼妓工作,用报酬清偿借款,契约两部分都无效。但是,妓女租赁房屋协议中租赁房屋部分应有效<sup>[28] P. 214 [29] P. 456</sup>。公序良俗内涵具有不确定性,法律适用结果可以因时间变化而存有差异。在德国卖淫协议在2001年《关于调整娼妓法律关系法》生效后不再违反公序良俗,而可以有效<sup>[13] P. 327 [28] P. 185 [29] P. 456</sup>。同样是新药试用协议,如果试验方式及内容符合公序良俗要求的,可以有效;否则,无效。

#### (四) 符合形式要求

人格权法律行为的目的是人格权变动,涉及公序良俗之底线,对主体可以产生长期而深刻的影响。为提醒当事人足够谨慎,避免事后举证困难;也为了维护社会公共利益,人格权法律行为原则上应该是要式法律行为,这又可以包括多样的形式:同意临床试验的书面行为(《草案》第789条)、同意人体捐赠的书面行为(第787条)、登记变更姓名行为(第796条),等等。法律行为的形式可以分为绝对形式和作为行为表征的形式,前者不容任何人的限制<sup>[22] P. 287</sup>。人格权法律行为原则上是绝对形式。既然人格权法律行为原则上是要式行为,其意思表示也应该以明示为原则。例外地,如果存在法律的特别规定或经过当事人明确约定的,也可以承认默示形式。这里的法律包括习惯。不过,与《民法总则》(第140条)基于交易习惯而认可默示形式不同,人格权法律行为不属于交易行为无法适用交易习惯,但可以适用生活习惯。

#### (五) 人格权法律行为可否附条件

法律行为能否附条件最终取决于其法律性质(《民法总则》第158条)。对法律行为设定条件可以实现当事人弹性规划交易或生活之目的,但如果某种法律行为要求很高的安定性,或者行为具有重要的基础价值,就不能附条件。基于此,身份行为不得附条件<sup>[30] P. 427 [31] P. 463</sup>。人格权法律行为是否也不得附条件?未必。行为的财产属性越高,对确定性、基础性的要求越低,就越可以附条件。反之,行为的人格属性越高,对确定性、基础性的要求越高,越不得附条件。例如,器官捐赠行为不得附条件,但许可他人使用名称的行为完全可以附条件。为提高交易效率,应该淡化条件和财产行为之间的整体性,如果禁止附条件的财产法律行为附了条件,或者财产法律行为附了不法条件,该行为应该是部分无效而不是完全无效。纯粹人格权法律行为与交易无关而关乎基本人伦,应禁止附条件。条件和行为在违法性判断上具备整体性,如果其附了条件,该行为应是完全无效而非部分无效。

至于人格权法律行为可否附期限?结论和其可否附条件是一致的。

#### (六) 效力不健全纯粹人格权法律行为的法律后果

财产法律行为欠缺生效要件时,效力不健全的财产法律行为存在无效、撤销、效力待定等多样化的类型,法律尽可能不宣告行为无效而赋予当事人补救机会。为强调维护人格伦理秩序,人格权编的立法者应限缩当事人自我交涉机会,降低可撤销、效力待定行为的比例,提升无效行为的比例。此外,效力不健全人格权法律行为的效果也就有了下列特性:

##### 1. 不适用恢复原状

恢复原状是针对无效财产行为的基础性救济,可以使已经变动财产回归其主,重建经济上的平衡。如果是以精神性人格权为间接客体的人格权法律行为,当其无效、被撤销的,可以消除影响、恢复原状。如果是物质

<sup>①</sup> 《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国民事诉讼法〉第99条第1款、〈中华人民共和国婚姻法〉第22条的解释》

性人格权为间接客体的人格权法律行为,以买卖人体器官的行为为例(《草案》第788条),尽管人格权法律行为无效,如果器官已经移植,出卖器官者的人格权发生不可逆损失的,已经无法恢复原状。如果硬要恢复原状将导致买方人格权严重受损。此时,受害人可以主张不当得利返还。

### 2. 人格权法律行为的任意撤销

财产行为不可任意撤销,除非对于赠与、委托等无偿交易关系,任意撤销不会打破固有的利益格局。同理,作为无偿行为,器官捐献行为也应当可以任意撤销。《草案》一审稿第787条第二款规定“自然人同意捐献的意思表示应当采用书面形式或者有效的遗嘱形式,并且可以随时被撤销或者撤回。”而二审稿第787条第二款删除了关于任意撤销的规定,我认为,这一删除并不合理,建议回复一审稿的做法。基于人格价值的优越性,如果人格权法律行为严重限制了人身自由,当事人可以任意撤销该行为,例如,试验人可以任意撤销新药试用协议。<sup>①</sup>当然,如果因为任意撤销导致接受捐献一方、开展新药试验一方遭受严重损失的,撤销人应给予适当赔偿。

### 3. 人格权法律行为的加重责任

财产行为是当事人之间的财产流转,不涉及公共秩序,发生损失照价赔偿足矣。人格伦理是公共秩序的重要组成部分,违法型人格权法律行为既可以伤害当事人的人格权益,又会损及公共秩序。基于此,在人格权法律行为中,应结合侵害人格权的主观恶性或严重后果,建立更为严格的责任类型或方式。对此,我们建议恢复已被《民法总则》删除的民事制裁制度,其中“收缴进行非法活动的财物和非法所得”的适用频率应更高。

总之,人格权立法应该认真对待人格权法律行为。在克服现有立法难题之同时,作为人格权立法重要主线,人格权法律行为也可以最终证成了人格权独立成编的主张。《草案》缺乏对人格权法律行为系统全面的关注,既不足以统摄人格权编各章的行为;也无法呼应民法总则上的法律行为制度。人格权法律行为在法律行为的概念与成立等基础性规定上可以适用民法总则。而在法律行为的形式、意思表示解释、生效要件、限制民事行为能力实施行为的效力、意思表示瑕疵、无效法律行为的后果等方面不适用民法总则。人格权法律行为整体应倾向于保护行为人而不是相对人。人格权法律行为的人身专属性、伦理性程度存在差别,越是具备财产属性的行为,该行为越可以适用民法总则。

### 参考文献:

- [1] [德]考夫曼《法哲学》,刘幸义译,法律出版社2004年版。
- [2] John Murphy, *Formularism and Tort Law*, *The Adelaide Law Review*, 1999 (21), p. 115.
- [3] Edward J. Eberle, *Human Dignity, Privacy and Personality in German and American Constitutional Law*, *Utah L. Rev.*, 1997(4).
- [4] 王锴“论宪法上的一般人格权及其对民法的影响”,载《中国法学》2017年第3期。
- [5] 周旺生“论法律但书”,载《中国法学》1991年第4期。
- [6] Mark P McKenna, *The Right of Publicity and Autonomous Self Definition*, *J. Pitt. L. Rev.* 2005(67).
- [7] Neil M. Richards, Daniel J. Solove, *Privacy's Other Path: Recovering the Law of Confidentiality*, *Geo. L. J.* 2007(96).
- [8] [德]梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版。
- [9] 黄立《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版。
- [10] 王利明“人格权的属性:从消极防御到积极利用”,载《中外法学》2018年第4期。
- [11] [日]五十岚清《人格权法》,铃木贤、葛敏译,北京大学出版社2009年版。
- [12] [日]近江幸治《民法讲义I民法总则》(第6版补订),渠涛等译,渠涛审校,北京大学出版社2015年版。
- [13] [葡]平托《民法总论》,法务局,澳门大学法学院1999年版。
- [14] [日]四宫和夫《日本民法总则》,唐晖、钱孟珊译,五南图书出版公司1995年版。
- [15] 刘得宽《民法总则(增订四版)》,中国政法大学出版社2006年版。
- [16] [德]哈里·韦斯特曼《德国民法基本概念(第16版)(增订版)》,张定军、葛平亮、唐晓琳译,中国人

<sup>①</sup> 人格权的核心领域,任何人不得在未来被约束,他必须拥有回到之前的权利或决定。[瑞]许莉蔓-高朴等《瑞士民法:基本原则与人法(第二版)》,纪海龙译,中国政法大学出版社2015年版,第281页。

- 民大学出版社 2013 年版。
- [17] [德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克《德国民法总论(第33版)》,中国人民大学出版社 2012 年版。
- [18] 杨立新“人的冷冻胚胎的法律属性及其继承问题”载《法律适用》2014 年第 13 期。
- [19] 叶名怡“法国法上的人工胚胎”载《华东政法大学学报》2015 年第 5 期。
- [20] 林诚二《民法总则新解——体系化解说(下)》,瑞兴图书股份有限公司 2012 年版。
- [21] 金可可“《民法总则》与法律行为成立之一般形式拘束”载《中外法学》2017 年第 3 期。
- [22] [德]维尔纳·弗卢梅《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2013 年版。
- [23] [瑞]贝蒂娜·许莉蔓-高朴等《瑞士民法:基本原则与人法(第二版)》,纪海龙译,中国政法大学出版社 2015 年版。
- [24] 施启扬《民法总则》,三民书局 2000 年版。
- [25] 郭振恭“论虚伪之身份行为”载《台大法学论丛》1995 年第 1 期。
- [26] [德]卡尔·拉伦茨《法律行为解释之方法—兼论意思表示理论》,范雪飞、吴训祥译,法律出版社 2018 年版。
- [27] 郑戈“迈向生命宪制——法律如何回应基因编辑技术应用中的风险”载《法商研究》2019 年第 2 期。
- [28] [日]山本敬三《民法讲义:总则》,解亘译,北京大学出版社 2004 年版。
- [29] [德]本德·吕特斯、斯特丽德·施塔德勒《德国民法总论(第18版)》,于警淼、张姝译,法律出版社 2017 年版。
- [30] 王泽鉴《民法总则(增订版)》,中国政法大学出版社 2001 年版。
- [31] [德]迪特尔·施瓦布《民法导论》,郑冲译,法律出版社 2006 年版。

## Take the Juridical Act on Personality Right Seriously

Zhang Pinghua

**Abstract:** People should take the juridical act on personality right seriously, which is an act through which a civil person, by expressing its intent, creates, modifies, or terminates a civil relationship. The theory is helpful to overcome following problems: the first is on legislative techniques such as blend of subject and object, difficulty in expressing personality equality and dignity directly. The second is on legislative mode such as the general principle of personality rights in draft is difficult to meet with the requirement of general law, and it is difficult to deal with the relationship between personality rights and other editions. Personality legal act has various types. Its overall tendency is to protect the actor rather than the relative person, so as to highlight the superiority of personality value. The stronger the property nature of the legal act of personality right is, the more applicable the general principles of civil law are. Pure juridical act on personality right should be in writing form, not obey the rule of civil capacity and agent. The aim of interpretation is true intent of such kind of act. The default of intent expressing will lead to the void of the act. the most important reason for nullity is public policy. The act can be freely cancelled, and the null act can not be recovered.

**KeyWords:** Codification of Civil Law; Juridical Act on Personality Right; Function; Type; Come into Force

(责任编辑 寇 丽)