

民法人格权和宪法人格权的独立与互动^{*}

张善斌^{*}

内容摘要:人格权到底是宪法权利还是民法权利,应该关注宪法和民法的区分,而不能只停留在人格权的字眼上,须避免单向片面的研究视角。所谓的宪法人格权本质上是基本权利的内容,民法人格权则是私法上的权利。宪法体系下的基本权利和民法体系下的人格权在各自的产生发展路径、主观权利属性等方面存在明显差异,但以基本权利的客观法属性为纽带,基本权利与人格权可以间接互动,二者在不同体系下各司其职,分工协同,不可混同亦不可相互替代。个人人格利益的保护应当在宪法领域和民法领域同时进行。

关键词:人格权 基本权利 主观权利 客观法 间接第三人效力

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2016.06.006

人格权一直是学界的热门话题。人格权究竟是民法权利还是宪法权利?如果是民法权利,那么我国未来民法典应采何种立法模式?是正面规定,还是反向保护,抑或既正面规定又反向保护?是在民法总则中规定,还是人格权单独成编?这些问题的核心点是对人格权的理解以及人格权立法的价值定位。以王利明教授为代表的学者极力主张人格权独立成编;^①以梁慧星教授为代表的学者强烈反对人格权独立成编;^②尹田教授不仅反对人格权独立成编,而且主张人格权为宪法权利;^③李永军教授则持折衷观点,认为人格权在理论上不是权利,但在立法层面可以认为是权利,主张将“能够作为独立请求权基础”的人格权规定在自然人下一节,将“不能作为独立请求权基础”的人格权规定在侵权法中。^④在上述争论中,学界虽然对人格权是否独立成编存在不同认识,但对未来立法将人格权界定为权利应该没有争议。就人格权性质而言,王利明教授主张的独立成编与梁慧星教授主张的规定在自然人下一章实际上并没有重大差异,都承认人格权是民法权利,差别仅仅在于梁慧星教授更关注人格权与人格的联系、人格权与其他民法权利的区别。倒是尹田教授主张的人格权是宪法权利的观点与王利明教授的观点存在重大差异。因此,对于人格权究竟是宪法权利还是民法权利的问题,仍有进一步讨论的必要。

对此,宪法属性说往往将人格权定义为人之为人所获得的法律基本保障,^⑤民法属性说则直接依据民事权利的主客体理论定义人格权,^⑥而双重属性说则承认人格权的两种含义并试图阐明二者之间的演变过

* 本文系国家社科基金项目“人格权立法的价值定位及立法模式研究”(13BFX083)的阶段性成果。

* 武汉大学法学院副教授,法学博士。

① 参见王利明教授系列论著,如《再论人格权独立成编》,载《法商研究》2012年第1期;《论民法总则不宜全面规定人格权制度——兼论人格权独立成编》,载《现代法学》2015年第5期。

② 参见梁慧星教授系列论著,如《民法总则立法的若干理论问题》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2016年第1期;《中国民法典中不能设置人格权编》,载《中州学刊》2016年第2期。

③ 参见尹田教授系列论著,如《论人格权的本质——兼评我国民法草案关于人格权的规定》,载《法学研究》2003年第4期;《论人格权独立成编的理论漏洞》,载《法学杂志》2007年第4期;《人格权独立成编的再评》,载《比较法研究》2015年第6期;《论人格权独立成编的技术障碍》,载《政法论丛》2016年第2期。

④ 参见李永军:《我国未来民法典中主体制度的设计思考》,载《法学论坛》2016年第2期。

⑤ 参见尹田:《论人格权的本质——兼评我国民法草案关于人格权的规定》,载《法学研究》2003年第4期。

⑥ 参见马俊驹、张翔:《人格权的理论基础及其立法体例》,载《法学研究》2004年第6期。

程。^⑦ 对人格权内涵的不同理解,导致关于人格权属性的争论往往陷入自说自话的尴尬境地。这种研究的路径是在宪法语境下探讨人格权的宪法属性,在民法语境下探讨人格权的民法属性。造成这种不同理解的根源就在于只关注人格权本身,而忽视其论述语境的转变引起的人格权含义变化。为了避免重蹈覆辙,笔者主张双向探讨视角,即分别从宪法和民法视角研究人格权,避免落入“人格权”字眼的陷阱。

如果说 2014 年之前学界关于人格权的争论还不太激烈的话,那么 2015 年以来,随着民法总则编纂工作的推进,人格权的争论几乎白热化了。对人格权性质的不同理解直接决定人格权的制度设计,直接关系到人格权能否在民法典中正面规定以及是否独立成编。只有就纯粹理论的层面搞清楚人格权的法律属性,才能彻底扫清人格权立法的理论障碍,但学界难以在短时间内对人格权性质达成基本共识。一百多年前耶利内克曾慨叹,“之所以法学所有学科里的大部分争议只是在继续着无休止的废话,是因为在法学界尚未出现对法学判断力进行批判的康德。”^⑧遗憾的是,耶利内克所期待的法学界的康德迄今为止仍未出现,因此包括人格权性质在内的众多法学问题的争论仍在延续。本文可能在“无休止的废话”中增添了更多的废话,但也许正是这些废话为真知灼见铺平了道路。

一、民法人格权和宪法人格权的正确定位

2016 年 7 月立法机关正式公布《中华人民共和国民法总则(草案)》(以下简称“民法总则草案”)。该草案第五章“民事权利”第 99 条和第 100 条规定了人格权的内容,^⑨而且立法机关放弃了人格权单独成编的立法思路。立法机关的抉择虽然暂时平息了学界关于人格权应否独立成编的争论。但该草案关于人格权的规定仅仅只有两个条文,这种立法模式是否妥当,仍需进一步研究。吉炳轩副委员长建议“民法总则就要讲清楚、保护好中国人最基本的人权。”^⑩“我们所讲的人权,最起码有人的生存权、人的劳动权、人的名誉权、人的隐私权、人的选举权和被选举权、人的教育权和监护权、抚养权等等。”徐显明教授也主张“应把宪法当中列举出来的基本权利尽可能转化为民事基本权利”,并建议增加权利的兜底条款,“法律保护本法未列尽的其他民事权利。”^⑪

宪法上的基本权利可以转化为民法人格权吗?如何转化?对此,单从宪法或者民法角度研究,难免出现理解上的偏差。宪法上的基本权利和民法人格权分属于宪法权利体系和民法权利体系之下,沿袭宪法上权利与民法上权利的固有差异。因此,欲探讨两者之间的关系,首先必须对这两种权利作出正确解读。

宪法人格权实为基本权利的应有内容。^⑫基本权利可以划分为平等权、政治权利、个人自由权、公民的经济生活文化权利。^⑬其中个人自由权则主要包括表达自由、人身自由(例如生命、身体与人身不受侵犯)、人格尊严、住宅权、通信自由的权利等。一方面,学界有关宪法人格权或者人格权的宪法属性的定义和描述,实际是基本权利的内容,尤其是基本权利中个人自由权利的应有内容;另一方面,主要国家的宪法条文没有使用“人格权”一词,而多是强调对人格尊严、人身自由等基本权利的保护。甚至一直为宪法人格权说津津乐道的德国一般人格权也是在民事审判中由法官依据《德国基本法》第 1 条(1)和第 2 条(1)对《德国民法典》第 823 条第一款的“其他权利”进行解释而使用的概念,无论是《德国基本法》还是《德国民法典》都没有使用过

^⑦ 在双重属性说中,有学者认为人格权产生之初是私法性权利,之后演变成宪法权利,参见张红:《一项新的宪法上基本权利——人格权》,载《法商研究》2012 年第 1 期;也有学者主张人格权的演变路径是从宪法权利到民法权利,参见刘凯湘:《人格权的宪法意义与民法表述》,载《社会科学战线》2012 年第 2 期。

^⑧ [德]耶利内克:《主观公法权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社 2012 年版,第 15 页。

^⑨ “民法总则草案”第 99 条规定:“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。”第 100 条规定:“自然人享有生命权、健康权、身体权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。”“法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。”

^⑩ 吉炳轩:《民法典应大力弘扬民族精神》,载《中国人大》2016 年第 14 期。

^⑪ 徐显明:《民法典应充分体现“尊重和保障人权”》,载《中国人大》2016 年第 14 期。

^⑫ 关于宪法上的权利,英美学者称“人权”,德国学者称“基本权”,日本学者称“基本人权”,我国学者通常使用“基本权利”概念,目前部分学者开始尝试采用“宪法权利”的概念。这些概念在价值内涵上基本一致。参见张千帆主编:《宪法学》,法律出版社 2014 年版。本文在同一内涵上使用宪法权利、基本权利、人权、基本人权等概念,根据论述需要,可能在不同场合使用不同概念。

^⑬ 参见秦前红:《新宪法学》,武汉大学出版社 2009 年版,第 85—126 页。

一般人格权的表述。所谓人格权的宪法化趋势、人格权向宪法的回归,其实质是人格权和人格利益的保护在宪法中得到强调。宪法人格权实际上就是基本权利的应有内容,因此,对宪法人格权的定位涉及对基本权利的理解。

无论是在学术研究中还是法律文本中,宪法和民法具有名称相同的权利,这种权利名称上的共通性通常与权利载体的共通性有关。但不同法律体系下的权利虽然名称相同,性质可能各异,同名并不意味着同质,权利名称无法准确地反映权利性质、权利结构、权利内容等。此外,学者对某种权利的探讨以及法律对某种权利的规定往往已经事先限定在特定的法律体系之下。例如,我国1954年《宪法》第11条规定:“国家保护公民的合法收入、储蓄、房屋和各种生活资料的所有权。”1982年《宪法》也有基本相同的规定,只是将“生活资料”改为“其他合法财产”,进一步扩大了所有权的范围。这里的所有权显然不同于民法上的所有权。正如德国学者所言,宪法上的所有权概念在解释上至少“包括所有私法上的财产权利”,而民法上的所有权概念指的是“对有体的标的(即物)拥有完全的决定权力”,“宪法的所有权概念和对所有权的保护要远远大于民法的所有权概念和对所有权的保护。”^⑭人格权同样如此,虽然在宪法和民法两个不同领域被冠以相同名称,但不同法律体系下的人格权在权利结构、权利边界、权利内容、权利效力等方面截然不同。

1. 权利结构不同。市民社会和政治国家的分野促进了以限制权力和保障权利为主旨的近代宪法的产生和发展。从1215年第一部宪法性法律《英国大宪章》诞生开始,宪法就一直担负着限制国家权力的使命,“主要任务是防止公民受到国家的侵犯”,^⑮其功能和目的在于明确市民社会和政治国家的边界,^⑯为公权力的行使设置范围,调整的是国家和公民之间的关系。在宪法体系下,每个公民都是权利的享有者,^⑰而国家则是义务的唯一承担者,国家行使权力以保护公民权利为唯一目的,从这个角度而言,国家只是保障公民权利的工具,公民与国家是目的——手段的关系。其次,一切公共权力都有主动膨胀的特点,权力掌控者极易滥用权力。国家权力必须受到严格的限制以防止其对公民自由的任意践踏。因此,在基本权利结构中,保护和限制是对峙关系,分别指向公民和国家。相对而言,民法是市民社会内部的私人活动规则,调整私人之间的横向关系,强调主体之间的平等和意思自治,其功能在于为每个人的活动自由设置边界。在民法体系下,权利享有者和义务承担者具有同质性,每个主体都是法律的目的,并不存在谁凌驾于谁之上的问题,民法必须维持权利主体双方的和谐共存,单纯的保护或者限制某一方必然与民法相背离。因此,在民法权利结构中,对于每个主体而言,保护和限制是并存的,对于主体双方而言,保护和限制则必须达到平衡。

2. 权利边界不同。国家掌握权力和合法暴力,容易形成巨大的侵权能力,对公民自由产生威胁,因此基本权利的义务主体是国家,基本权利的设置也是以国家为假想敌展开的。为确保基本权利不被任意践踏,宪法往往会设置范围广泛、边界模糊的基本权利,尽可能的扩大自由范围,限制权力范围。正如学者所言,宪法权利的界限具有相对性,这种相对性表现在,“某些宪法权利具有界限,而某些宪法权利则不具有界限。”^⑱例如,思想和良心的自由就具有无界限性和绝对性。“此外,人格权中的部分内容,如其中最核心的人格尊严以及接受公平审判的权利、不受不人道或残酷对待的权利等,也是没有界限的。”^⑲然而,民法权利的边界必须清晰。在民法范围内,在一定时期,如果某种民法权利所涉及的利益总量是确定的,那么模糊的私权边界会造成权利人行使权利的范围和义务人履行义务的范围均处于不确定状态,容易导致权利人滥用私权扩张自己的利益,从而损害相对人的利益,和谐共存的状态极易遭受破坏。因此,明确的权利边界是民法权利的必备属性之一。

3. 权利内容不同。基本权利类型和内容必须由代表全体公民共同意志的代议机关确定才具有正当性,而且,对于基本权利的限制必须严格遵循法律保留原则和比例原则,对限制形式、限制程度和限制程序都有

^⑭ 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48—49页。

^⑮ 参见张千帆、曲相霖主编:《宪政与人权指南》,中国人民大学出版社2012年版,第9页。

^⑯ 当然,市民社会和政治国家之间不可能泾渭分明,宪法的功能是赋予应然意义上的市民社会与政治国家之边界以最高法律效力,它本身也是国家权力干预之后的结果,是政治国家运用权力为自己的权力设置边界。

^⑰ 宪法权利的享有主体除了公民之外,还包括法人和外国人,公民为一般主体,法人和外国人为特殊主体,(参见韩大元、林来梵、郑贤君:《宪法学专题研究》,中国人民大学出版社2004年版,第261—266页)。

^⑱ 参见韩大元、林来梵、郑贤君:《宪法学专题研究》,中国人民大学出版社2004年版,第283页。

明确的刚性要求。^⑬ 国家作为实现和保护公民权利的工具,往往对公民权利有很高的容忍度,公民可以要求国家的一切活动以实现其利益为目的,既有权要求国家对其权利消极不侵犯(防御权),也可以请求国家为实现其基本权利作出积极给付(受益权)。^⑭ 然而,在民法范畴内,一项权利的产生意味着相应的限制被施加于他人,因此只有当某种利益足够重要时,其权利化才具有正当性。另外,拥有自由意志的平等主体在不违背法律强制规定的情况下可以通过自由协商设置权利内容,相互之间限制权利亦通常获得法律认可。当然,与国家对公民较高的容忍度相比,平等主体之间的容忍度大大降低,法律明确规定平等主体之间的限制不得违背公序良俗原则,禁止一方将另一方作为保护自身权利的手段。

4.效力强度不同。宪法具有最高的法律效力,基本权利也承袭此种特性,具有超越其他部门法权利的先在约束力。其防御国家权力的范围也扩展到立法权,以防止其可能通过修改宪法缩小公民自由的范围,损害公民权利。基本权利条款成为评判立法是否正义的标准,违反基本权利条款的法律不会被遵守。基本权利的先在约束力和宪法的最高效力可谓相得益彰,基本权利的先在约束力只能由具有最高效力的宪法赋予,宪法又因保障基本权利而成为“高级法”。宪法以成文法的形式在内部定了一个超越自己,甚至可以用来否定自己效力的东西。这种看似自相矛盾的做法保持了人定法和神圣的联系。^⑮ 民法权利的效力位阶则必定低于基本权利,且只在民法范畴内发挥效力。

鉴于民法权利和基本权利的固有区别,笔者认为在探讨民法人格权和宪法人格权时应该尽量避免陷入学科困境和纯粹的文本主义,即应该首先关注民法和宪法之别,而非人格权名称本身。民法人格权和宪法人格权虽然同被称作“人格权”,但显然在民法和宪法的不同语境下有了完全不同的含义。所谓人格权的宪法化以及人格权的私法化一定程度的忽视了二者之间固有的界限,一些学者以人格权的一种性质(宪法性或者民法性)为起点,以民法人格权与宪法人格权各自的“优越性”作为人格权性质互相演变的正当基础,实为主观能动的理论假想。^⑯ 民法人格权和宪法人格权不存在互相转化的关系,民法人格权不会为取得宪法权利的最高效力而上升为宪法权利,宪法人格权也不会为可以直接适用于私法领域而转化为民法权利,二者在各自的法律体系内部独立运行,宪法人格权不是对民法人格权的升华,民法人格权亦非对宪法人格权的具体化。更确切地说,即使一项权利以同样的称谓先进入民法后进入宪法,或者相反,也不是基于同一权利发生的性质演变或者叠加。当然,宪法区别于私法的一个重要方面在于明确公权力的范围,其本身并不能阻断宪法对私法的渗透,宪法对市民社会的渗透是宪法的应有之义,是宪法客观法属性的延伸,但这种渗透绝非所谓的“宪法私法化”,如果宪法规定直接作为私法裁判的依据,容易混淆宪法和私法的界限。^⑰

二、民法人格权和宪法人格权之独立

(一)独立的形成和发展路径

分属于不同法律体系的宪法人格权和民法人格权,有着不同的形成和发展路径。人权(即基本权利)在形成和发展中塑造自身的属性,形成发展可谓一气呵成,且人权入宪在全球范围内获得支持,相比之下,人格权进入民法权利体系需要满足民法权利的种种要求,人格权民法化饱受争议,遭遇不少理论障碍。

在入宪之前,人权以自然权利的形态存在,具有普适性。人权的普遍性要求其主体是一般的、抽象的人,

^⑬ 参见于飞:《基本权利和民事权利的区分及宪法对民法的影响》,载《法学研究》2008年第5期。

^⑭ 耶利内克将个人在国家中的地位归结为被动地位、消极地位、积极地位、主动地位。被动地位派生出公民对国家的义务;消极地位派生出公民的自由权,即一种排除国家干预的消极权利(许多学者称之为防御权);积极地位派生出对国家的请求权即受益权,如法律保护权、请愿权等;主动地位派生出参政权即选举权和被选举权等政治权利。参见[德]耶利内克:《主观公法权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社2012年版,第74—84页。关于宪法权利的分类和我国现行宪法基本权利体系,参见张千帆主编:《宪法学》,法律出版社2014年版,第151—156页。

^⑮ 参见陈端洪:《论宪法作为国家的根本法与高级法》,载《中外法学》2008年第4期。

^⑯ 主张人格权宪法化的学者多以宪法的最高效力和宣示意义来论证转化的必要性,参见刘凯湘:《人格权的宪法意义与民法表述》,载《社会科学战线》2012年第2期。主张人格权私法化的学者通常以民法权利的确定具体对日益膨胀的人格利益保护需求的满足作为宣誓性人格权转化为“民法人格权”的依据,参见刘召成:《人格权主观权利地位的确立与立法选择》,载《法学》2013年第6期。

^⑰ 参见张善斌、赵光:《也论民法的地位与功能——以民法和宪法的关系为视角》,载《法学评论》2009年第3期。

这首先要要求关于人的观念必须摆脱等级制度的束缚而使平等成为应有之义。^{②④} 抽象意义上的人的概念之产生得益于文艺复兴、宗教改革和启蒙运动。理性主义使人的价值得到强调,平等观念突破身份等级,每个人因具有自然理性而平等。此时的“人”抽离所有具体差别而获得抽象性,同时又鲜明的张扬了个人主义,个人利益相对于国家和集体利益具有独立地位。人权在国家与个人之间划出明确的界限,个人获得了国家不能强制干预的自由空间。因此有学者说“人权本质上具有某种个人主义。”^{②⑤} 普适性的自然权利只能是一个道德问题,强制性的人权保护还需要以国家为单位,自然权利的享有和实现以人权的国家化和制度化为必要。^{②⑥} 启蒙思想家们也意识到了人权保障制度化和国家化的必要性,在“天赋人权”的基础上发展出社会契约论,为人权的国家化提供理论基础。它一方面强调人权与生俱来、不可剥夺的属性;另一方面主张社会契约的根本目的在于通过这种形式组成政治共同体,保护每个结合者的权利。^{②⑦}

得益于理论上的顺畅铺垫,西方国家在完成资产阶级革命后,分别将人权写进宪法性文件,确定人权的最高法律效力。英国在光荣革命胜利后,于1689年颁布《权利法案》;美国1787年宪法并没有关于公民人权保障的相关条款,因此遭到质疑,美国人权入宪是在1791年10月宪法修正案通过后完成的;法国在1789年颁布《人权宣言》,并将其作为1791年《宪法序言》。^{②⑧} 人权作为最基础性、最高位阶的权利,其属性在形成过程中得以塑造,无须迎合其他任何权利体系,其形成和发展路径的障碍主要来源于外部的政治因素、宗教因素等,具有偶然性。例如,二战时期,德国纳粹统治在宪法的幌子下,无视法的正义,践踏人权,这一血的教训最终促成德国在1949年颁布的《基本法》中首先确定了人类尊严保障。同样,我国在经历文革期间宪法人权保障的倒退后逐渐达成了广泛的共识,“这种共识就是:对基本权利的确认和保障,正是整个宪法价值体系的一个重要核心;宪法同时创设有关国家制度、国家机构等方面的实在规范,但其终极价值取向必然归结于维护、协调并实现宪法自身的核心价值。”^{②⑨} 2004年我国终于实现了人权入宪,将“国家尊重和保障人权”写进了宪法。^{③⑩} 随着人类文明的进步,人权意识的普遍觉醒,人权入宪成为全球化趋势,人权的规定成为一个国家宪政和民主的重要标志,其发展势不可挡。

然而,民法人格权的形成和发展却阻碍重重。考察各国关于人格权的私法化过程,我们可以发现,相比于人权入宪的全球性趋势,人格权进入民法则困难得多。人格权要想成为一项民法权利,必须符合民法权利的特征,使民法权利体系得以自治,民法权利的固有属性造成了人格权私法之路的理论障碍和立法困难:

1. 在民法中规定人格权会导致人格权效力位阶的降级。有观点认为民法效力位阶低于宪法,民法权利均是法定权利,将作为自然权利的人格权纳入民法有降级之嫌。此种理论障碍成为《法国民法典》人格权规定缺失的主要原因。天赋人权的自然法思想作为法国宪法人权产生的重要理论基础,却成为人格利益权利化难以突破的障碍。这种对自然法思想的极度推崇反而成为人格权权利化的障碍。《法国民法典》没有关于人格权的规定,将人格利益纳入侵权法一般条款第1382条作为一种法益进行保护。^{③⑪} 倡导绝对理性主义的法国学者认为,实在法上的人格来源于自然法上的人的理性,人作为一个自然人即当然拥有人格,这种天赋人格只能描述不能定义,人格权是自然权利,在实在法中规定反而会导致效力位阶的退化。人格权在《德国民法典》的权利化路径也遇到同样的障碍,无论是康德还是萨维尼都赞成人格权是自然权利,不能成为法定权利。

2. 人格利益的权利化使人沦为客体。权利主体和权利客体是民法权利的一般结构。人格利益的权利化就必然要回答“客体是什么”,而这一问题的答案则使人格权陷入“人不能支配自己”的理论困境。人格权在

②④ 参见徐显明:《对人权的普遍性及人权文化之解析》,载《法学评论》1999年第6期。

②⑤ [美]杰克·唐纳利:《普遍人权的理论与实践》,王浦劬等译,中国社会科学出版社2001年版,第101页。

②⑥ 参见张龔:《论人权与基本权利的关系——以德国法和一般法学理论为背景》,载《法学家》2010年第6期。

②⑦ 参见于凤梧:《卢梭思想概论》,北京师范大学出版社1986年版,第132页。

②⑧ 参见沈宗灵:《比较宪法》,北京大学出版社2002年版,第74—77页,第95—96页。

②⑨ 参见张千帆主编:《宪法学》,法律出版社2014年版,第137页。

③⑩ 参见徐显明主编:《人权法原理》,中国政法大学出版社2008年版,第155—156页。

③⑪ 参见《法国民法典》,罗洁珍译,北京大学出版社2010年版,第351页。

《德国民法典》的权利化路径就遭遇“人支配人”的理论障碍。^② 德国民法深受康德伦理主义哲学的影响,依据康德的主张,人只能利用手段达成目的,不能成为手段,不能成为人的意志把握的对象。人只能是主体,是一切客体的对立面。萨维尼也反对人格权的法定化,他认为人不能拥有对自己的身体及其各个组成部分的权利,否则人就会拥有自杀权。人身不能成为客体,否则会贬低人的伦理价值。德国民法接受了权利只能以外在于人的事物为客体,承认生命、身体、健康等人格要素都是内在于人的伦理价值,放弃权利化的保护模式而采用将人格要素作为人之本体的保护模式。^③

3.人格权的界限模糊。人格权作为民法权利,并不具有像物权那样清晰的权利界限,不能为权利主体和义务主体的法律行为提供明确的指引,极易破坏二者的和谐关系。很多人格要素,并不像物那样有清晰的空间范围,它还涉及人的独特心理感受、人的活动在外界的投射,这些要素本身的边界并不清晰,它们虽然客观存在,但不能被直接感知,带有抽象性,导致人们无法判断自己的权利边界,预知自己的行为后果。甚至侵害人格权造成的损害往往也是精神性的,难以客观化。此外,界限和内容过于模糊容易导致法官自由裁量权过大,进而背离人格权保护的立法意旨。

4.人格利益保护未对权利化提出迫切要求。诚然,权利保护方式并非民法保护的唯一途径,正如拉伦茨所言,各种利益通过法律制度以其他方式也能得到很好的保护,不一定要设定一个“权利”。^④ 但在以权利为本位的民法体系下,权利保护模式无疑是对重要法益的最周全保护。利益演变成权利除了需要利益类型化的技术处理外,这种构成权利内容的利益本身也必须达到权利化保护的要求,因为民法权利只保护足够重要的民事利益。^⑤ 人格利益在法国、德国之所以一直以消极模式进行保护,与当时人格利益保护的重要性和社会需求密切相关。由于资本主义的蓬勃发展,整个社会从思想观念到法律制度都以财产权为中心,人格权的保护更多依附于财产权;此外,忙于追求物质财富,人们对人格权保护的需求并不强烈,传统模式对生存性因素(生命、身体、健康、自由、名誉等)的保护基本满足了当时的社会需要。

人格权受到了民法权利体系的排斥,直到现在,人格利益权利化也仅在少数国家得以完成。1907年的《瑞士民法典》被学界视为人格权制度保护的开端。^⑥ 1960年的《埃塞俄比亚民法典》在民法典自然人下单独一节规定人格权,彻底实现了人格权的权利化。^⑦ 而在法国、德国,面对愈加急切的人格利益保护需求,人格权的确立仍然悬而未决。法国法院通过判例扩大对《法国民法典》第1382条解释来保护名誉、姓名、通信秘密等权利,德国最高法院则通过一系列判例建立一般人格权保护模式来缓解人格权保护的紧张状态。^⑧

可见,由于人权和人格权之间的属性、结构和功能方面的固有差别,导致二者形成所需要的理论条件和社会基础并不相同。二者发展路径在不同国家呈现不同状况:有的国家人权和人格权都得到确立,如埃塞俄比亚;有的国家很早就确立了人权,而人格权一直未能获得确认,如法国。人权自成体系,不存在迎合某种权利体系的问题,其本身的特性即是宪法权利的特性,其形成和发展的障碍来源于偶然的外部因素。人格权进

② 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第52页。

③ 参见张善斌:《人格与人格权相关问题探讨》,载《法学评论》2011年第6期。

④ 参见前注②,[德]卡尔·拉伦茨书,第279页。

⑤ 参见熊谓龙:《权利,抑或法益?——一般人格权本质的再讨论》,载《比较法研究》2005年第2期。

⑥ 徐国栋教授认为,《瑞士民法典》只是“开创了一个人格与人格权混杂的体系”,并没有确立独立的人格权制度。参见徐国栋:《人格权制度历史沿革考》,载《法制与社会发展》2008年第1期。

⑦ 《埃塞俄比亚民法典》虽然将人格的归属与人格权规定在自然人一章,人格权并没有独立成编,但其将人格权从自然人人格中独立出来单独规定则突破了《瑞士民法典》的混合规定模式,确立了真正意义上的人格权。参见《埃塞俄比亚民法典》,薛军译,厦门大学出版社2013年版,第2—3页。

⑧ 对于一般人格权的性质,我国学界存在很大争议。有学者认为一般人格权属于宪法性权利,参见尹田:《民法典总则之理论与立法研究》,法律出版社2010年版,第133页;有学者认为一般人格权的直接依据为《德国民法典》第823(1)条的“其他权利”,是民法性权利,参见陈道英:《从德国法上的一般人格权看宪法权利与民事权利的协调》,载《法学评论》2011年第5期;也有学者认为一般人格权不是权利,而是一般法益,参见熊谓龙:《权利,抑或法益?——一般人格权本质的再讨论》,载《比较法研究》2005年第2期;还有学者认为国内对一般人格权存在误读,一般人格权实质上是德国民法学界关于人格权立法的一元立法模式,即以概括的人格权保护人格利益,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。

入民法体系则必须具备民法权利的共同属性,其形成和发展的障碍来源于民法权利体系内部。

(二)严格区分的效力范围

依据不同理论基础产生的宪法权利和民法权利在权利属性方面存在鲜明的差别,由此决定了宪法权利与民法权利完全处于不同层面,分别在国家——公民、私人——私人的范畴内发挥作用,不得逾越。二者之间的界限不仅与权利本身相伴始终,而且如果无视这一界限,将宪法权利作为私法请求权的依据,将造成权利体系的紊乱和私法自治的受损。

一方面,维持二者之间的界限是宪法权利的性质所决定的。宪法的任务在于设定国家权力的边界,防止公权力对市民社会过度干预,因此宪法权利的效力范围应该而且只能限制在国家——公民的范畴内。以宪法权利为根据的请求权与以民法权利为根据的请求权分别是公民针对公权力机关的权利主张和私人针对私人的权利主张,宪法权利不可能适用于私法领域。宪法权利不能调整私人之间的关系是宪法权利的固有特点,我们不能说这是宪法权利的局限,它是宪法权利诞生之初就具有的秉性。“因为个人的公法权利只存在于个人和国家的关系之中,所以它并不包含能够直接引起个人与其他服从者之关系的要素。”^③“公法权利实质上就是个人因其在国家中的成员地位而应享有的权利。”^④欲强行将其适用于私法领域,则宪法权利的性质遭受根本性的“篡改”。

另一方面,维持二者之间的界限是保障市民社会内部自治的必然要求。直接将宪法权利适用于私法领域,无疑是赋予权利人以宪法权利为基础的民事请求权,允许其向私人主张针对公权力机关的权利,显然会造成宪法权利体系和民法权利体系的紊乱,甚至颠覆和瓦解宪法权利和民法权利本身。拥有合法性暴力的国家公权力是公民权利的最大威胁,允许宪法直接介入市民社会领域内的纠纷,是对宪法所划定的政治国家与市民社会的界限的破坏,最终将威胁宪法的权威,削弱宪法的防御功能,市民社会的自治空间将荡然无存。此外,所谓的宪法私法化也会损害私法自治和民事主体之间的平等关系。若一方以宪法权利为依据向另一方提出请求,由于宪法权利的最高效力,其必须优先于另一方依据合同所获得的权利,造成合同约束力的瓦解,私法自治受损,双方当事人的平等关系也难以维系。

因此,宪法权利与民法权利存在不同的效力范围,宪法的私法适用不可取。我国最高法院针对齐玉苓案所作的《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》被称作宪法私法化的重要标志,该批复将宪法权利直接引入私法领域,将公民针对国家的宪法权利当作针对私人的民法权利来保护,无论是诉讼程序还是保护模式都是民事性的,可谓宪法权利的私法化。实际上,齐玉苓案中原告受到侵害的权利并不是宪法性受教育权,该批复是对宪法功能的误解,是对宪法权利和民法权利界限的混淆,是给未权利化的民事利益错误的披上宪法权利的外衣。^⑤2008年12月24日,该批复被废止,宪法权利与民法权利的效力再次回归正位。

三、民法人格权与宪法人格权之互动

基本权利的双重性质是德国宪法理论中的重大成果,基本权利除了具有主观权利属性外,还被视为是宪法所确立的客观价值秩序,即基本权利作为客观法直接约束公权力,^⑥公权力的运作必须自觉遵守客观价值秩序,为基本权利的实现创造条件。客观法属性由德国联邦宪法法院通过著名的吕特判决确认,^⑦反映了公民权利保障的加强趋势,其产生实质上是宪法自身发展逻辑的当然结果,因此具有实质上的普遍意义。^⑧包

^③ [德]耶利内克:《主观公法权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社2012年版,第47、49页。

^④ 参见王伟国:《齐玉苓案批复之死——从该批复被忽视的解读文本谈起》,载《法制与社会发展》2009年第3期。

^⑤ 主观权利和客观法是德国的称谓。因“权利”和“法”在词语上均为“Recht”,为加以区别,通常用“subjektives Recht”指代权利,翻译为“主观权利”,用“objektives Recht”指代法,翻译为“客观法”。在我国语境中,德国法上的主观权利就是汉语中的权利,德国法上的客观法就是汉语中的法。参见刘召成:《民事权利的双重性:人格权权利地位的法理证成》,载《政治与法律》2016年第3期。

^⑥ 基本权利客观法属性的规范依据是《德国基本法》第1条第3款规定“下列基本权利作为直接适用的权利,约束立法、行政和司法”。参见孙谦、韩大元:《公民权利与义务》,中国检察出版社2013年版,第101页。

^⑦ 如美国宪法理论虽然没有采用“客观价值秩序”的说法,但其国家行为理论发挥类似作用,通过扩大“国家行为”的范围达到扩大基本权利效力范围的作用。参见张翔:《基本权利的规范建构》,高等教育出版社2008年版,第31页。

含宪法人格权的基本权利作为主观权利与民法人格权在效力上分属不同层面,不可混淆,但作为客观法,二者存在互动的可能,且这种互动是基本权利客观法属性本身的要求。

(一)客观法是基本权利和民法人格权互动的纽带

1.基本权利的客观价值属性使基本权利的效力扩散至私法领域。基本权利除了是个人得向国家主张的主观权利外,也建立了一种基本的客观价值秩序,这个客观价值秩序构成整个社会的价值基础。因此,基本权利不仅是个人权利,而且是超越一切法秩序的客观价值,其效力突破公民——国家的范畴,对整个法秩序(公法和私法)产生效力。即使是在私法领域,基本权利所包含的保障人权的客观价值秩序也发挥效力,需要强调的是,这种效力来自于基本权利确立的客观价值秩序,而客观价值秩序直接约束的是国家公权力机关,因此基本权利客观法效力的发挥最终还是通过约束公权力机关的行为间接作用于私法领域。

2.基本权利作为客观价值秩序要求立法机关履行国家保护义务,因此民法规定人格权是立法机关履行国家保护义务的表现。客观价值秩序理论扩展了基本权利的内涵,使其不再限于“排除国家干预”,同时也要求国家公权力机关积极促进和保障基本权利的实现,从而催生出国家保护义务。^④国家保护义务按其目的可以划分为两类,一类是国家机关为基本权利的实现提供条件建立相关制度的义务,另一类则是国家机关为保护公民权利不受第三方侵害的义务。承担国家保护义务的公权力机关主要是立法机关和行政机关。立法机关为保护公民基本权利有义务建立相关法律制度,保障公民基本权利的实现,因此立法机关依据宪法基本权利条款在民法中设立人格权是其履行国家保护义务,提供制度性保障的积极行为。

3.基本权利的客观法属性使间接第三人效力的产生成为可能。基本权利的间接第三人效力是指法官在审理民事案件对民法的一般性条款进行解释时,应当遵循基本权利确立的客观价值秩序,通过这种价值秩序的注入,使得基本权利间接对私法关系产生效力,其直接约束仍然只指向公权力。^⑤间接第三人效力的产生有两个前提:一是基本权利作为客观价值秩序的扩散作用,二是基本权利作为客观价值秩序产生的国家保护义务。^⑥前者使基本权利的私法效力具备正当性,后者则确定了基本权利私法效力的作用方式。基本权利的客观法属性使国家机关负有保护公民人权不受第三方侵害的义务,而基本权利的间接第三人效力则是司法机关履行这一义务的表现。因此,发挥基本权利间接第三人效力的国家机关是司法机关,作用方式是对民法中的一般权利条款进行解释,而这种解释则必须体现基本权利所确立的客观价值秩序。值得注意的是,基本权利的间接第三人效力并不能作为立法机关制定民法保护人格权的依据,间接第三人效力是司法机关履行国家保护义务的结果,履行这种义务的方式不是立法机关的立法活动,而是司法机关对民法一般条款所作的符合客观价值秩序的司法解释,这种保护义务的履行,间接效力的实现以民法一般条款的存在为前提。立法机关通过民事立法履行国家保护义务的目的不在于提供人格权实现的积极条件,是法律制度的积极构建,是间接第三人效力产生的前提而非该效力本身的体现。

理清了基本权利的间接第三人效力和立法机关立法活动的关系之后,德国民法上的一般人格权制度则变得清晰。一般人格权是德国最高法院发挥基本权利作为客观法所具有的间接第三人效力所产生的结果。对于一般人格权的依据到底是《德国基本法》第1(1)条、第2(2)条还是《德国民法典》第823条第一款,学界存在争议。笔者认为,基本权利条款和“其他权利”条款发挥的作用并不相同。《德国基本法》的基本权利条款作为客观法秩序制约法官的解释活动,法官在对《德国民法典》第823条第一款中的“其他权利”(具有一般条款性质)进行解释所产生的一般人格权是基本权利间接第三人效力作用的结果。因此基本权利条款和“其他权利”这一民法的一般性条款缺一不可。由此产生的一般人格权是对“其他权利”进行合宪性解释的结果,

^④ 国家保护义务和给付义务虽然均涉及公民的积极地位和国家的积极作为,但二者分别基于基本权利的不同属性产生,国家保护义务是客观法的直接作用结果,而给付义务与公民的主观权利对应。相应的,保护义务通常涉及私人——私人——国家三者之间的关系,其内容更为宏观,往往表现为国家法律制度的构建;给付义务则只涉及私人——国家之间的关系,主要是为私人提供特定的物质条件。参见陈征:《基本权利的国家保护义务功能》,载《法学研究》2008年第1期。

^⑤ 关于基本权利的效力问题,存在直接效力说和间接效力说,间接效力说为德国法学界的通说,德国联邦宪法法院也采间接效力说。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60—61页。我国大多数学者也持此种观点。

^⑥ 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58—60页。

但一般人格权“没有一个明确且无可争议的界限”,^{④7}并不构成一项权利,^{④8}而是一系列具体人格利益(不包含《德国民法典》已经明确规定的生命、身体、健康、自由四种人格利益,也不包括已经存在的姓名权、肖像权涉及人格利益)的总称,一般人格权的具体内容仍然需要法官在具体案件中确定,且随着社会的发展,内容也是变化的。

(二)基本权利与民法人格权的互动只能是间接的

1.基本权利的客观法属性决定其不能作为请求权的基础。首先,基本权利的客观法属性不是私法请求权的产生依据。私法请求权针对私人,且以私权为依据。而作为客观价值秩序的基本权利只对国家机关产生直接约束效力,不是个人的主观权利,更不是私法权利。其次,基本权利的客观法属性也不是公法请求权的依据。客观法虽要求立法机关履行国家保护义务,但立法机关对于是否履行和如何履行保护义务有很大的自决空间,因为此种义务的履行往往涉及制度建设,超出私人利益的范畴,需要谨慎的利益平衡考虑。如果赋予公民以基本权利客观价值秩序为根据的概括请求权,无疑是允许个人为了自身的具体利益请求国家机关创建某项制度,其对非涉案社会公众的利益造成的威胁显而易见。

2.基本权利作为客观法也不能直接适用于私法领域。如前所述,个人既不能依据基本权利所确立的客观价值秩序向国家主张公法权利,也不能直接依据基本权利所确立的客观价值秩序向他人主张私法权利。是否将客观价值秩序引入私法领域的民事纠纷以保障个人的权利免受他人侵害是由司法机关决定的,个人既不能直接以此为依据主张权利,更不能要求法院依此客观法对一般条款进行解释。因此,间接第三人效力的“间接性”十分突出:它既不是个人产生私法请求权的依据,也不是司法机关作出判决的直接依据。

由此可见,基本权利的客观法秩序使基本权利的作用有扩散至私法领域的可能,但这种扩散作用始终是间接的,基本权利的客观法效力直接作用于国家公权力机关,其间接第三人效力的产生则是通过国家司法机关履行保护义务来实现,且以立法机关的立法和司法机关的自决为前提,并不受个人行为所左右。

四、关于人格权立法的建议

国家的强势地位导致个人的人格利益极易受国家公权力侵害,社会关系的复杂化和频繁化则导致个人的人格利益受他人侵害的可能性增加。面对人格利益保护在宪法和民法层面同时膨胀的需求,加之宪法权利和民法权利泾渭分明的效力范围,同时加强宪法人格权和民法人格权的保护成为必须。就宪法人格权而言,虽然我国人权保障条款已经入宪,但基本权利的主观权利属性往往较弱甚至落空。一方面,由于理念的差异,我国宪法对社会契约论持否定态度,不强调个人利益与国家利益的对立和对公权力的限制,相反,更主张国家、社会和个人利益的一致性,因此基本权利制约公权力的防御功能并未受到应有的关注。^{④9}另一方面,从法律条文看,我国宪法多从积极角度强调国家对基本权利的保护义务,未能意识到国家的消极不作为也是基本权利保护的最重要内容。此外,我国并没有类似于《德国基本法》第19条第4款的规定,公民不能直接依据宪法中规定的基本权利寻求司法救济。^{⑤0}正是由于缺乏司法救济途径,基本权利作为主观权利并不具有实践意义。当然,我国宪法今后是否赋予公民请求权,即在其基本权利遭受公权力机关侵害时是否可以直接依据宪法获得司法救济,还有待进一步研究。因学识所限,这里只探讨民法上人格权立法问题。

首先,民法人格权与宪法人格权应各归其位。民法人格权和宪法人格权分属于民法体系和宪法体系,二者功能不同,在效力上区分明显,界限不可逾越。宪法人格权不能取代民法人格权直接成为民事裁判的依据,即在民事诉讼中法院不能径行依据宪法规定对人格权或人格利益被侵害之受害人提供司法救济;民法人格权亦不能成为公民对抗国家的武器。分别将二者置于其自身的法律语境下,尊重和维护其不同的属性,使二者各归其位、各司其职才是科学立法的前提。

^{④7} 参见前注^{④2},[德]卡尔·拉伦茨书,第171页。

^{④8} 德国学者称之为“框架权利”,参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,法律出版社2000年版,第807—808页。

^{④9} 参见张翔:《基本权利的受益权功能与国家的给付义务》,载《中国法学》2006年第1期。

^{⑤0} 德国法上,基本权利的主观权利属性明确彻底,无论是规范层面还是制度层面,都为基本权利提供了充足的救济途径。《德国基本法》第19条第4款规定:“无论何人的权利受到公权力的侵害,均可提起诉讼。如无其他主管法院,可向普通法院提起诉讼。”同时,1949年违宪审查制度的建立,允许公民在具体案件中提请法律法规的违宪审查,再加上宪法诉愿制度的建立,德国在基本权利的保护上可谓周全。

其次,在民法上人格利益权利化具有正当性。(1)权利化保护模式才能为民事主体提供更为全面的保护。面对人格利益保护需求急剧膨胀的现实,我国未来立法应加强对人格利益保护,对此没有人持异议。就侵权保护而言,关于权利和利益是否应区分不同侵权责任构成要件,我国《侵权责任法》第二条第二款没有对予以区分,学界存在不同观点,但一般认为,应区分权利和其他法益。权利是公开的,容易确定他人行为自由的边界。利益是法律没有明确规定,甚至是法律无法明确规定的,因此对利益的保护需要加以限制,如以侵权人的主观故意为要件,否则,对利益过度保护可能会妨碍他人的行为自由。^①权利化保护模式和利益保护模式相比较,权利化保护模式对受害人而言更为有利。(2)人格利益权利化已在学界达成共识。由于传统法学理论人格权被解读为自然权利,人格权的私法化遭到理性主义和伦理主义的坚决反对,加上资产阶级革命和工业化导致人的物化,对经济利益的狂热追求导致被神圣化的人的伦理内涵被遗忘,对人格利益保护的社会需求没有那么迫切,因此人格权难以进入民事范围。人格权逐渐获得保护的过程正是其走下神坛,进入民事范围,通过人与人的互动关系展现其鲜活生命力的过程。^②正如前面的分析,尽管存在人格权是否独立成编的争论,但可以肯定,我国绝大多数学者已经对人格权为实证法上的权利以及未来民法典应该规定人格权达成了共识。(3)人格权民法化是基本权利客观法属性的要求。我国《宪法》基本权利的客观价值秩序功能要求立法机关进行人格权的相关立法。我国《宪法》第33条、第38条和第39条都体现了基本权利的客观价值秩序功能,即国家机关在行使公权力的一切活动中必须尊重和公民的基本权利。立法机关有义务通过立法来保护公民基本权利免受第三人侵犯,通过民事立法规定人格权正是立法机关对这一义务的履行。在民法明确规定各种类型的人格权之前,人格利益并不以民法权利的形式存在,民法无法为受害人提供权利化保护模式予以救济。如隐私利益,最高人民法院关于名誉权司法解释曾将其纳入名誉权保护范围,后来的关于人身损害赔偿司法解释又将其作为人格利益予以保护,直到《侵权责任法》第二条第二款明确规定隐私权,才将其纳入权利保护模式。“从两大法系的历史发展经验来看,人格权经历了一个从司法的消极保护到立法的积极确权的过程。”^③从这个角度来讲,由民法规定和保护的人格权本身就是由民法创设的。将人格权的性质解读为宪法权利,认为民法不能创设人格权的观点显然不能成立。(4)人格利益权利化并非承认人的可支配性。关于人格权是否为支配权,学界存在争议。^④人格权的客体是人格要素,人格要素是可以与人相分离的。人具有双重意义,既是物质性的又是意识性的,是肉体和精神的统一。康德和黑格尔都主张人的双重属性,并将人具有人格作为主体的核心要素确定为自由意志。^⑤人不等于人身,人与人身具有可分离性。如果将人身等同于人就忽略了人的精神性。人因具有自由意志和理性而不能成为被支配的客体,而人身在不体现主体性的情况下与人的分离是可能的。人对人身的支配并不是对人格的贬低和侮辱,人格自由是人格利益中最高层次的内容,承认和保护主体依自由意志对人身进行支配,恰恰是尊重和保护人格自由的体现。此外,现代社会出现了新型的人格要素,如声音、个人信息等,远远超过了“人之所以为人”的范畴。随着社会发展而产生的这些新的人格要素,与人的本体渐行渐远。正如学者所言,“在现代法制中,人身固然不能成为买卖关系的客体,但是,却可以成为各种人身权法律关系的客体,在客体中,若完全排斥人身,人身权就不能存在了。”^⑥

再次,人格利益的保护,笔者主张正面规定和反向保护相结合的立法模式。正面规定人格权有两种思路,即将人格权规定在民法总则,或者人格权单独成编。实际上,只要我国未来民法典正面规定人格权,就表明立法机关认可人格权为民法上的权利,至于人格权是规定在民法总则还是独立成编,没有本质区别。笔

^① 参见张新宝:《侵权责任法》,中国人民大学出版社2010年版,第4-5页;参见王利明、周友军、高圣平:《侵权责任法疑难问题研究》,中国法制出版社2012年版,第58-60页。

^② 参见姜战军:《论人格权的基础》,载《华中科技大学学报(社会科学版)》2013年第6期。

^③ 王利明:《人格权的积极确权模式探讨——兼论人格权法与侵权法之关系》,载《法学家》2016年第2期。

^④ 主张人格权为支配权的学者如姚辉,参见姚辉:《关于人格权性质的在思考》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第3期;反对人格权为支配权的学者如温世扬,参见温世扬:《人格权“支配”属性辨析》,载《法学》2013年第5期。

^⑤ 参见邓小芒:《康德道德哲学的三个层次——〈道德形而上学基础〉述评》,载《云南大学学报(社会科学版)》2004年第4期;[德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第130页。

^⑥ 张文显:《法理学》,法律出版社2007年版,第190页。

者赞成人格权单独成编,限于文章篇幅和本文主旨,在此不展开论述。未来民法典除了正面规定人格权之外,还应当对人格利益予以反向保护,应当在侵权法中设立保护人格利益的一般条款。^⑤这种一般条款所保护的是暂未权利化的人格利益,绝不是所谓的一般人格权。侵权法设立一般条款的目的在于保持法律的开放性和包容性,保护未来可能出现的新的法益。一般条款是基本权利的客观价值秩序之间接第三人效力发挥的前提,也是基本权利客观价值注入民法的中介。司法机关以基本权利作为价值指导可以对保护人格利益的一般条款进行扩张解释,以满足新的人格利益保护的社会需要。

五、结论

民法人格权和宪法人格权存在于不同权利体系之下,二者的区别从产生之初就固然存在。分别处于民法语境和宪法语境下的民法人格权和宪法人格权在不同的路径下产生和展开。宪法人格权作为主观权利,与民法人格权调整不同层面的关系,并在各自的法域内发挥效力,界限分明;宪法人格权作为客观法,与民法人格权产生互动,这种互动突出表现在基本权利的间接第三人效力上。强调和维持宪法人格权与民法人格权的独立性是保障公民自由,防御国家公权力侵害的要求,即使是互动也是在尊重此种界限的基础上展开的。我国人权保障和人格权保护应该也只能分别在宪法和民法领域展开。未来民法典应采用人格利益权利化的保护模式,并规定保护人格利益的一般条款,以保护尚未权利化的人格利益。

Abstract: Whether the personality right belongs to constitutional rights or civil law rights, we should focus on the distinction between constitution and civil law instead of just concerning the superficial meaning of personality right and avoid the unilateral research perspective. The so-called constitutional personality right is essentially the content of basic rights, and the personality right in civil law is a right of private law. The basic rights under the constitutional system and the personality right under the civil law system have obvious differences in their generation, development path and the attribute of subjective rights. With the objective law attribute of basic rights, they can interact with the personality right indirectly, and both in their different systems under their own duties and division of labor synergies, they can neither be mixed with each other nor replaced. Therefore, the protection of personality interests should be carried out both in the field of constitution law and civil law simultaneously.

Key Words: Personality Right; Basic Right; Subjective Right; Objective Law; Indirect Third-Party Effectiveness

(责任编辑:张素华)

^⑤ 保护人格利益的一般条款不宜规定在人格权编,而应置于侵权法之中。参见张翔:《民事权利的法律技术与人格保护的民法法典化模式》,载《当代法学》2016年第3期。