

人格权的利益结构与人格权法定

张平华*

内容提要 人格权具有立体式的利益结构,其内核是基于人格要素内在本质而生的固有利益,外围则是超越内在本质的衍生利益,即信赖利益、公共利益、载体利益、牵连利益等。立体式的利益结构易使人格权边界模糊,在法律解释和人格权法定两项基本应对路径中,后者更具基础意义。依照固有利益的本质属性,为实现人格权的具体化,人格权应坚持类型强制。人格权类型固定有利于明确衍生利益的范围,提高责任法的操作性。人格权法定并不是绝对的,类型强制具有非封闭性,类型固定的基本手段是例示主义。

关键词 人格权 人格利益 权利冲突 人格权法定

一、问题与思路

人格权立法离不开对人格利益的定型化、类型化。人格利益并非呈松散自在之状态,而须围绕人格要素形成特定的结构。什么样的利益结构将决定采用什么样的立法技术。人格权具有平面抑或立体的利益结构?对此,人们习惯于将人格权描绘为积极利益(权能)和消极利益(权能)组成的二维平面^①。然而,平面结构看似逻辑自治、全面涵盖,却忽视了人格利益的衍生效应,无法建立真实的利益结构,进而造成人格权边界模糊现象及法律适用难题。

案例 A: 被告是一家国际机场,原告是机场周围一百户居民。被告排放的噪音虽符合国家标准,却破坏了原告的生活安宁,致其罹患神经官能症。现原告诉称被告侵害了其隐私权、健康权及环境权。法律应如何应对某项人格权牵连其他权益的情形?

案例 B: 被告以原告为裸体模特创作油画,后未经原告许可展出油画并屡获大奖,原告以被告侵犯肖像权为由索求赔偿。双方当事人分别享有肖像权和著作权,两种权利发生冲突时应如何处理?

案例 C: 某甲拾得被告的身份证后,以被告名义向原告借款,原告信以为真予以放贷。某甲因故不能还贷,银行可否主张被告承担责任?姓名权对相对人可否产生信赖利益?

案例 D: 原告属于职业“试药人”,月有数千元收入。被告公开招募新药试验志愿者,原告应招并签署知情同意书:该药物可能产生的不良反应以及受试过程中退出的方法。原告受试后出现不良反应,于是以健康权受侵害为由提起诉讼。本案原告处置健康权的行为能否生效?公共利益是否为健康权的内容,如何依据公共利益确定健康权的边界?

案例 E: 原告为著名球星,被告在报道中批评其世界杯比赛时涉嫌踢假球。原告诉称被告以未经核实的消息为新闻来源,侵害了自己的名誉权。法院判决认为被告是社会公众人物,在媒体行使舆论监督的过程中,对于可能的轻微损害应予容忍。名誉权应否包含公共利益?如何依据公共利益确定名誉权的边界?

以上案例告诉我们,人格权在现实中并非静态的存在,而会发生利益衍生现象,拘泥于隐私权、肖像

* 烟台大学法学院教授。本文是国家社科基金项目“侵权连带责任法定原则及其运行机制研究”(项目编号:11CFX016)、山东省社科规划项目“侵权法的宪法基础”的一部分。

① 例如,依据《民法通则》第99条的规定,姓名权的积极利益包括“决定、使用和依照规定改变自己的姓名”,消极利益包括“禁止他人的干涉、盗用、假冒行为”。

权、姓名权、健康权、名誉权等权利的固有内涵无法化解现实疑难问题。人格权立法不应对这种利益衍生现象视而不见。基于此,本文试图求证下列问题,以抛砖引玉、就教于大方:其一,人格权具有“固有利益-衍生利益”结合而成的立体式利益结构。其中,居于内核者是基于人格要素内在本质而生的固有利益,处于外围者是超越内在本质的衍生利益。其二,立体式利益结构必定会导致人格权边界的模糊,而法律解释不能彻底化解这一模糊性,人格权立法成为更具基础地位的应对措施。其三,人格权立体式的利益结构决定了人格权法定的必要性。责任法不能替代人格权法,相反,人格权法定会提高责任法的操作性,而人格权法定并非绝对、严格的法定。

二、人格权的利益结构

“固有-衍生”是广泛用于揭示事物生长方式或结构形态的范式组合。^②在法学上,“固有”又可适用于多个场合,用于“固有法”指“源于本土的……”,用于“合同法上的固有利益”指“无须特别约定的……”,用于“过失相抵上的固有利益”指“符合本质要求的……”。人格权法上的固有利益指作为人格权利利益结构的内核,符合人格要素本质要求的私法利益。所谓“衍生”,指以原事物为基础派生新事物,人格权的衍生利益指居于人格权利利益结构之外围,以固有利益为母体派生的新利益。

(一) 人格权利利益结构的内核: 固有利益

固有利益具有下列法律特征:

1. 固有性。固有利益是人格权的内核,对外围的衍生利益具有强大的吸引力,是形成稳定结构的决定因素。固有利益具有明显的、天然而成的人格属性,是“人之为人”的必要条件,不得被任意限制或剥夺。固有利益体现了法律对主体的平等关怀,自然人应无差别地享有固有利益。“人之为人”的各种条件汇总在一起即可称为人格,因此,人不能没有人格,固有利益就是人格自身。只是为了表述具体权利、构建权利体系,法律才将完整的固有利益予以裂化,经定型后构建起各种具体人格权。^③各种固有利益决定了具体人格权的类型和主要内容,裂化形成具体人格权并不意味着人格分裂或减等,相反,扣除某项具体人格权后人格权仍为完整的人格权,从这一意义上说,完整的人格权具有不可分性。

2. 自然性。固有利益是人格权的必要要素,其正当性源自客体自身而不依赖于外在价值目标,具有不证自明性。固有利益体现了一般人的正当要求,为私法规范的基本目的之所在,决定了人格权规范的文义射程。固有利益可能随着社会发展呈现一定的变动性,但在特定阶段内,固有利益类型恒定、内容一致,甚至不存在国别差异。固有利益具有清晰的边界或确定的内容,具有“社会典型公开性”。^④一方面,“从客体的可感知性即可推导出有关权利”;^⑤另一方面,从客体的可感知性可明确第三人行为自由的界限。^⑥侵害固有利益原则上可按照“结果违法说”简单认定行为之违法性。固有利益已为习惯或文化所承认,是“自生自发”的自然秩序的组成部分,将此自然秩序上升为法律规则,既能最大限度地降低交易成本也便于法律的实行。

3. 无形性。固有利益的无形性,实指权利客体的无形性,权利无所谓有形无形。为研究人格权客体的无形性,须明辨人格权的客体 and 人格权对象间的关系。人格权的客体是主体支配的标的物,是客观意义、整体意义上的事物;人格权的对象是主体具体控制的人格要素之利益范围,是抽象意义、部分意义上的事

② 例如,生物学上的“母体-衍生体”,物理学上的“原子核-电子”,金融学上的“原生资产-衍生工具”,衍生语法学上的“深层-表层结构”等。

③ 参见张平华《私法视野里的权利冲突导论》,科学出版社 2005 年版,第 41 页。

④ “社会典型公开性”是社会意识、裁判经验、事实类型、理论积淀等方面的综合表现,符合“社会典型公开性”的权益,人们可以依据其权利对象简明地判断出权利的存在、类型和内容。

⑤ Fabricius, Fritz, Zur Dogmatik des “sonstigen Rechts” gemäß § 823 I BGB, AcP 160 (1961), S. 273 ff; Enneccerus, Ludwig/ Nipperdey, Hans Carl, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959, S. 434 f, 582.

⑥ European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law Text and Commentary, Springer, 2005, p31.

物。各类人格权的客体均为统一的人格之整体,但人格权的对象涉及具体的、有差别的人格要素。之所以存在物质性人格权和精神性人格权之分,其原因绝非客体上的差别而在于权利对象之不同。由于姓名、肖像、名誉、隐私、尊严等对象具有无形性,故相应的人格权称为精神性人格权。由于生命、健康、身体等对象具有有形性,^⑦故相应的人格权称为物质性人格权。无形性也揭示了人格权的非财产本质,即便是物质性人格权(生命权、健康权、身体权),其价值也绝不限于物质上的利用或满足,仅对其进行财产评估也绝不足以涵盖权利之全部,精神或无形价值才更合其本质。人格权客体的无形性决定了人格权具有较高的衍生性,一定条件下,人格权的客体可以与主体分离成为其他权利的客体,也可以容纳其他的权益。

4. 可支配性。固有利益既具有无形性,难以被排他性地占有或管领,又如何构造支配权?一般地认为,所有权在支配权体系中具有基础地位,以所有权为模型可简明地构造支配权。^⑧不仅对于物权、知识产权等财产权,在建构生命权、名誉权、隐私权时,也可明显发现所有权的踪影。可以说,只要固有利益具有可支配性就可以以所有权为模型构造支配权,至于可支配性可从伦理和技术两方面进行考察:在伦理上,以所有权为模型构造人格权只是技术借用,并不能导致人格权沦为所有权。相反,如果说所有权是法律关注“身外之物”的结果,人格权则是法律关注“人身内在”的产物,人身内外不必截然分立,以所有权为模型构造人格权实现了法律体系的内在统一。所有权构造技术之采用也使我们在人格权性质上不必回避支配权说。明确人格权的支配权属性,才可以用简明的方式设定人格权边界、实现人格权的规范化;才能以人格权和财产权为骨架建立起支配权类型体系。当然,支配权以排他式地使用、无限制地处分理想,依此构造人格权的确会引发法律和伦理的紧张,关于安乐死、强制治疗、出租子宫、人格权商品化等问题的探讨无不根源于此。为此,在肯定“人格支配客体化”之同时必须在价值上强调人格性,以避免人格权之异化。在技术上,各种具体人格权中固有利益与主体存在不同程度的分离,完全可以满足主体对客体的支配。其中物质性人格权的权利对象虽与主体密不可分,但其人格权客体仍可与主体分离。标表性人格要素以及精神性人格要素无论权利对象还是客体都天然与主体存在分离。基于人格权客体的无形性,人格权的对象必须经过定型才能被支配,而只有严格按照功能才能使人格权的对象定型,进而区分不同类型的人格权。否则,如不做功能上的划分,具体人格权可以被一般人格权吸收,身体权、健康权可以被生命权吸收;法人商誉权也可以被法人名誉权吸收。同时,结合特定的功能定型,人格权也会形成人格权表现形式多样化。其中,凡足以识别人格自身的称呼都可称为姓名;凡可以形成或影响自然人的社会评价者均关涉名誉;凡有利于维持个人私密,而不愿他人知悉、干涉、侵入的信息、领域都可属于隐私;凡能影响生理或心理功能完整者均属于健康。

(二) 人格权利益结构之外围: 衍生利益

衍生利益具有下列法律特征:

1. 衍生性。衍生利益由固有利益派生。原则上衍生利益应伴随着固有利益产生或终止,例外是:自然人出生前尽管尚未形成固有利益却有必要保护其衍生利益;自然人死亡后,固有利益已经消灭但衍生利益仍然存在。这就是“人格权延伸保护”制度之由来。如果说固有利益具有抽象性、整体性、一致性,而衍生利益则具有具体性、个别性、多样性。不同人格权的衍生利益可存在差别,而其共同类型一般包括信赖利益、公共利益、载体利益、牵连利益。既然具体人格权拥有共同的客体,可为表述或建构之便

⑦ 有学者指出“身体和人格之间的区别有点像在著作权法领域中对作品和其底座之间的区别。这二者是完全相互独立的。”[法]让·米歇尔·布律格耶《人格权与民法典——人格权的概念和范围》,肖芳译,载《法学杂志》2011年第1期,王轶点评部分。

⑧ 斯奇巴尼指出“在权利体系建构过程中,首先是建立所有权观念的核心地位,然后在此基础上,发展主观权利观念。”参见[意]桑德罗·斯奇巴尼《“侮辱之诉”的遗孤——重读〈学说汇纂〉:通过罗马法学家的贡献来看对人的法律保护》,载中意法学家“法治社会中的人格权保护”研讨会文集(2012年5月15日)。施瓦布指出,德国法上存在两个所有权的法律概念: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》意义上的作为对一个物所具有的广泛权利的所有权。参见[德]迪特尔特·施瓦布《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第224页。还有的学者直接将身体权归类于所有权。See Charles M Jordan Jr, Casey J Price, First Moore, then Hecht, Isn't it Time We Recognize a Property Right in Tissues, Cells and Gametes? Real Property, 37 Probate and Trust Journal, Chicago, 2002.

而进行切割,这种切割不破坏人格权的整体性、不可分性,但难免不使固有利益之间发生牵连,进而产生牵连利益。牵连利益可界定为不属于具体人格权之固有利益又与其存在牵连关系的他项利益。基于无形性,固有利益可承载其他权益或被其他权益包容,进而产生载体利益。固有利益尽管具有自然性却又生存或实现于社会关系中,从而难免社会性,由此可产生信赖利益和公共利益。信赖利益指基于人格外观推定主体的真实状态而产生的利益;公共利益指基于公共管理或维护公共秩序的需要而产生的不特定社会成员的利益。

按照衍生程度不同,衍生利益可分为直接衍生利益和间接衍生利益,在固有利益的外围形成原因力渐次衰弱的层级结构。直接衍生利益与固有利益存在直接因果关系,性质或功能上较为接近,甚至也可以成为人格权的本质要素。例如,隐私权可以牵连名誉权,为保护善意第三人而产生的信赖利益,也可构成人格权的对外效力。间接衍生利益与固有利益存在间接因果关系,性质或功能上相差较大。例如,人格权也可以牵连产生财产利益。衍生利益虽然由固有利益衍生却未必与固有利益属同一主体。按照衍生利益的主体之不同,可将衍生利益分为对己衍生利益、对他衍生利益,前者以本人为主体(例如牵连利益),后者的主体是他人(例如公共利益、信赖利益、载体利益等)。正如“对己”和“对他”存在辩证统一关系一样,尽管固有利益和衍生利益可不属于同一主体,却应该一体对待。不顾及对他衍生利益很难完整实现对己衍生利益。按照衍生利益对主体的作用不同,可将衍生利益分为积极衍生、消极衍生,其中积极衍生体现了人格自由的广泛性和利益的多样化,在事实上扩张了权利的边界(如牵连利益);消极衍生则会限缩权利的边界(如公共利益)。

2. 外在性。衍生利益的正当性并非来自人格要素利益自身,而源于外在于人格的价值目标或现实要求。例如,信赖利益、公共利益是维护社会秩序的必然要求;牵连利益是基于社会现实进行政策考量的结果。基于衍生利益的外在性,随着经济社会发展、文化的进步将会产生新型的衍生利益,因而对衍生利益一般只能是限于特定时空背景下的不完全列举。衍生利益并非自然天成而存在特定的生成方式,其中,信赖利益、公共利益、载体利益主要通过立法外设;而牵连利益则主要由司法裁判创设。衍生利益并非“人之为人”的必要条件,其人格属性也未必鲜明。它是为了满足个体要求而设立的,不同主体的衍生利益在类型、程度上也可存在差别。衍生利益的外在性并不意味着其完全摆脱了固有利益的束缚,彻底逃逸到自由空间成为新的人格利益。固有利益、衍生利益经常作为整体被同时侵害。例如,在案例 A 中,机场排放噪音的行为同时侵害了原告的隐私权、健康权及环境权;再如,某甲以某乙为模特创作了一幅油画,丙私自使用该油画作广告,其行为既侵害了某甲的著作权,又侵害了肖像权。当然,固有利益、衍生利益也可以分别被单独侵害,例如,在自己作品上署名不构成对同著名作家姓名权的侵害,但却侵害了后者的衍生利益(公共利益)。未经允许将原告设为系列教材主编的行为不构成侵害署名权而只是侵害姓名权。^⑨

3. 非社会典型公开性。衍生利益原则上不具有社会典型公开性:依据人格权的权利对象尚不能简明判断衍生利益的类型和范围;衍生利益尚未被一般民众普遍接受,具有明显的个案差异性;其经常超越当事人的合理预期,不为法规目的所包容,侵害发生后无法简单归责。当然,特定情形下衍生利益可以依据公示等方式而取得社会典型公开性,例如,用发明人的肖像设计商标,商标登记可使肖像权的载体利益获得社会典型公开性;以自然人的姓名命名公司属于姓名权载体利益的实现方式,这种载体利益可通过登记而取得社会典型公开性。

(三) 衍生利益的类型

1. 牵连利益。牵连利益不属于具体人格权之固有利益。如果说固有利益限于具体人格权的目的射程范围内,而衍生利益则超越了目的射程。权利依目的而生存,超越目的射程的利益本来不应属于衍

⑨ 参见“何国贵与北京九州英才图书有限公司等姓名权纠纷上诉案”,北京市第一中级人民法院民事判决书(2010)一中民终字第 20117 号。

生利益。然而,牵连利益尽管摆脱了固有利益的控制却并未彻底进入独立的外层空间,仍与固有利益存在种种牵连关系,有必要在实务上整体对待,故仍归于衍生利益之列。牵连利益可分为同类利益之间的牵连和异类利益之间的牵连,一般地说,同类利益的法律属性比较接近,往往因为权利对象不易区分而发生牵连。异类利益的法律属性相差较大,牵连利益中存在近似于牵连犯中的牵连关系,即固有利益和衍生利益间存在“方法与目的”、“原因和结果”等关系。这可包括人格权牵连公法权益,“以侵害姓名权为手段侵害受教育权”为其典型;人格权牵连财产权益,如以侵害名誉或商誉权为手段侵害营业权^⑩,侵害肖像权等人格权益使该权益用于商业行为并获取经济利益的权利受到侵害(公开权);人格权牵连身份权益,如姓名权牵连身份权益(亲属权、户口档案权^⑪)。

牵连利益和固有利益存在“分立”和“整体”的双层关系。“分立”指对牵连利益或他项权益的侵害应分别独立构成侵权责任,否则不存在侵害牵连利益的问题。例如,冒用他人姓名开设银行账户存入巨款以逃漏税捐的行为,仅属于侵害姓名权而不存在对牵连利益(名誉权)的侵害,因为“在今日之经济社会中,一般人之通念均认银行有巨额存款可提高其信用度,应对名誉无损。”^⑫“整体”指侵害固有利益和牵连利益不是两个责任的简单叠加而属于整体性侵害。侵害事实的整体性决定了归责上也应整体对待。在构成要件上,对损害、因果关系、过错等可以整体认定以降低举证责任;在法律效果上,原则上侵害固有利益和牵连利益的诉讼时效应该统一起算,损害赔偿应一体计算。如受害人不提出整体利益受侵害之诉,按照“一事不再理”原则就不得另案起诉。牵连利益的整体性提供了救济上的“搭便车”现象,藉此可以化解一些法律难题。例如,在“被告冒原告之名上学同时迁走户口导致原告无法参军入伍”案中^⑬,被告侵害的权利有参军入伍权、户口权、姓名权等,而参军入伍权、户口权法律性质难以明确,以此为据提起诉讼法院可能不会受理,而提起姓名权之诉则可回避难题,实现对牵连利益的一并保护。

2. 载体利益。人格权的无形性也意味着其兼容性,进而可以产生载体利益:或者以具体人格权益承载他项权益,或者具体人格权益为他项权益所包容。形式上,载体利益已经涉及甚至转化为其他权益,似乎已经不属于衍生利益。实质上,载体利益无非借助其他权益展示了自身最大可能的利用空间,仍属于衍生利益。其前提为:其一,载体权益和承载权益的权利对象同一或交叉;其二,载体权益和承载权益并存,至于二者的法律性质既可相同、相似又可相异。

不同类型的人格权产生载体利益的能力不同。除连体人等特殊情形外,物质性人格权较少发生载体利益。精神性人格权不乏产生载体利益的可能,例如,隐私可以由多数主体“共有”或者可被利用进行文学创作而成为载体利益;标表性人格权则普遍存在载体利益。按照承载程度不同,载体利益可类型化为:(1)人格利益准共有现象,如连体人、共有肖像、姓名、隐私、荣誉、名誉、信用等^⑭。(2)将某固有利益表述为他项权益而形成人格权的“一体两相”关系。例如,不告诉他人个人信息资料的权利又可称为隐私权或自由权。(3)人格权的权利对象成为其他权益的对象或对象之一部分,例如,将公司名称登记为域名;以名人肖像设计商标;以姓名冠名楼宇、街道、广场等。

载体利益、牵连利益均同时涉及两类权益,结构上具有相似性,但又明显不同:在权利对象上,载体利益与承载利益存在重叠、交叉,而牵连利益与被牵连利益则不存在重叠、交叉;在主体上,载体利益的主体可以是主体自身或他人,而牵连利益的主体仍为主体自身;在性质上,载体利益整体上仍可视为人

⑩ 参见“浙江中福瑞达商务技术发展有限公司与苏州市康证贸易有限公司损害(竞争对手)商业信誉、商品声誉纠纷案”,江苏省高级人民法院民事判决书(2007)苏民三终字第0154号。

⑪ 参见“尚玉冉与方城县教育体育局、王爱珍、方城县公安局、方城县小史店镇第一初级中学为姓名权纠纷案”,河南省南阳市中级人民法院民事判决书(2010)南民一终字第496号。

⑫ 参见台湾地区高等法院1996年诉易字第5号民事判决。

⑬ 参见“郭帅闯诉郭雪闯在其提前退学后冒用其姓名、学籍参加中招生考试被录取并致其后失去当兵机会从而侵犯其姓名权、受教育权案”,参见《人民法院案例选》(2004年卷),人民法院出版社2005年版,第345页。

⑭ 参见杨立新《论人格利益准共有》,载《法学杂志》2004年第6期。

格权的行使方式,而牵连利益已超越固有利益之目的射程变异为他项权益;在诉讼架构上,当事人仍得提起被牵连的人格权之诉,但被牵连人格权的作用是“以轻牵重”,通过扩大损害赔偿范围对牵连利益予以一体救济。而载体利益中被承载权益的作用往往是“以重代轻”,当事人一般选择提起他项人格权而非被承载权利之诉。

3. 信赖利益。信赖利益可因为对客体或主体的信赖而生。人格权并非交易客体,不存在基于交易客体而产生信赖利益的问题。不过,人格权却是交易前提,为保护善意第三人有必要基于人格外观推定主体的真实状态,承认信赖利益。标表性人格权尤其存在承认和保护信赖利益的必要,因为标表意味着主体的外观,理应具备一定的“公信力”,第三人会因为相信标表和身份一致而享有信赖利益。保护信赖利益有利于在交易中确保“名实相符”,实现交易的安全和便捷。否则,严格证明“名实相符”将加重举证负担,危及交易秩序。信赖利益虽为相对人或第三人享有,但却体现了标表性人格权的涉他效力、保障了固有利益的实现,属于固有利益的直接衍生物。侵害这种信赖利益会产生信赖责任。^⑮

信赖利益不同于反射利益,反射利益指因为正当行使人格权、维持人格的公信力而给第三人带来的利益。反射利益是良好秩序的当然结果,获得反射利益者不构成不当得利、侵害反射利益者不构成民法上的损害。反射利益不需要法律的特别规定,信赖利益却应具体化为各种专门制度:其一,凡在交易中明示人格外观或标表者,尤其是在出示法定证件等情形下,推定名实一致;恶意相对人不得以标表与人格主体不符为由进行抗辩。其二,因出示虚假外观或标表而构成欺诈者,相对人享有撤销或变更法律行为的权利,行为人须承担损害赔偿责任。其三,出示他人外观或标表并满足代理要件者可以构成代理;未表明代理意思者可能产生无权代理或表见代理。其四,法律文书(如不动产证书、身份证)上的姓名登记错误的,权利人可申请更正登记。当事人出具上述证书者,善意相对人可以信赖该姓名与当事人本人人名实相符。因为登记机关过错而造成损失的,当事人可主张损害赔偿;因为当事人过错造成第三人损失的,当事人应承担赔偿责任。

4. 公共利益。公共利益本为包括主体在内的不特定多数人的利益,缘何又成为主体自身的衍生利益?因为人格为自然属性和社会属性的结合,固有利益和公共利益相伴而生,公共利益本应成为人格权的固有内容和基本属性。然而,基于社会属性而生的公共利益为何不是固有利益而是衍生利益?因为藉此以醇化固有利益的私益品格,保证公私法之区分。人格权衍生的公共利益可以成为对人格权进行公共管理的根据。一般来说,越是保持或完善人格所必须的固有利益越需要被管理,因而对物质性人格权进行公共管理的必要性要高于精神性人格权;同时,社会属性越强的固有利益越需要进行公共管理,因而比起非公众人物,对公众人物的名誉权、肖像权、姓名权更有加强公共管理之必要^⑯。公共利益也可以成为人格权限制的根据,固有利益和公共利益存在此消彼长的关系。例如,隐私本包含着不向他人披露个人信息资料的权利,但为了对官员公开财产之需,却必须向有关机构或社会公开。基于公共利益限制人格权属于特别限制,这不同于为日常生活需要而进行的一般限制。一般限制为实现人格权功能所必须,如对他人的社会评价、在著作中使用他人姓名等情形,任何权利人都应容忍一般限制。特别限制超越了日常生活之必须、属于程度较高的限制,对公众人物和非公众人物应适用不同的限制程度,公众人物应接受更高层次的限制。例如,公众人物的名誉权受公共利益的限制程度要高于非公众人物。

综上所述,衍生利益与固有利益虽有明显差别,但又紧密关联,这种关联效应强化了人格权立体式的利益结构,使我们可以更全面地揭示人格权的形象。同时,立体式的利益结构也于固有利益之外杂糅了其属性的事物,增加了裁判难度。正视衍生利益,我们才可以初步回答本文开头提出的问题:在案例 A 中,

⑮ 参见 [德] 卡尔·拉伦茨《德国民法通论》(下册),王晓晔等译,法律出版社 2003 年版,第 886 页以下; [德] 汉斯-贝恩德·舍费尔、克劳斯·奥特《民法的经济分析》(第四版),江清云、杜涛译,法律出版社 2009 年版,第 503 页。

⑯ Yofi Tirosh, A Name of One's Own: Gender and Symbolic Legal Personhood in the European Court of Human Rights, 33 Harv. J. L. & Gender 247 (Winter 2010).

被告排放的噪音同时侵害了原告的隐私权、环境权。这属于以隐私权牵连环境权的情形,被告同时侵害了两种权利。在案例 B 中,肖像权具有载体利益,被告享有对以原告为模特创作的油画的著作权,未经原告许可进行展出、获得大奖时,著作权和肖像权存在冲突。在案例 C 中,姓名权可产生信赖利益,凭他人身份证冒名借款,如果构成表见代理,法律后果应由姓名权人承担。公共利益是健康权、名誉权题中应有之义,在案例 D 中,在基于公共利益,健康权不因为职业试药人签署了试药风险同意书而免去药厂的责任。在案例 E 中,作为社会公众人物,在媒体行使舆论监督的过程中,对于可能的轻微损害应予容忍。

三、人格权边界的模糊性

权利的利​​益结构最终要形成权利边界,而立法和裁判的中心目的就是确立权利边界,以之界分自由、区隔非法。人格权权利边界是清晰的还是模糊的?这可从静态、动态两个角度进行观察。

(一) 人格权边界的模糊性:静态角度

人格权边界静态上的模糊是在不涉及人格权的行使,不必考虑相对人的权利时,静态观察人格权得出的权利边界不确定现象。这种静态模糊主要包括人格权的“框架权化”或内部结构失衡现象。

1. 人格权的“框架权化”。框架权指具有高度模糊性,无法静态确定其边界的“权利”。在人格权家族中,一般人格权是典型的框架权。具体人格权以权利边界清晰为目的,本不属于框架权,但是由于衍生利益是否发生、程度或范围如何等均具有不确定性,这种不确定性使具体人格权也存在一定程度的“框架权化”或“一般人格权化”^①。具体人格权的“框架权化”既会模糊权利和法益的界限,也会造成权利类型的混淆:衍生利益中的公共利益可导致公权益和私权益的混淆;人格权的财产化可导致人格权和财产权的混淆;冒用他人姓名实施不法行为导致原告名誉贬损的,在归责上会存在姓名权和名誉权的混淆;以隐私权保护环境权会导致人格权和环境权的混淆等。

具体人格权的“框架权化”还会模糊不同权利间之价值轻重关系,导致权利位阶失灵。一方面,框架权化前提下的权利位阶将不能有效化解权利冲突。例如,民法原则上承认“人格权优先于财产权”这一权利位阶,当财产权和人格权发生冲突时法律应优先保护人格权。然而,所谓人格权的商品化会模糊财产权和人格权的界限,使财产价值取得与人格权同一的位阶,进而导致该“财产价值”与人格权或财产权冲突时人们无法依据“人格权优先于财产权”化解权利冲突。另一方面,权利位阶将不能指导建立准确的救济规范。一般而言,法益的位阶低于权利,其可救济性低,不享有基于绝对权的请求权而只能适用损害赔偿;而救济条件较高,通常应适用“故意背俗型”侵权而不是“权利侵害型”侵权。人格权的“框架权化”将使法益也为权利所涵摄、也可适用权利救济机制,这显然会混淆侵权法预设的救济路径,破坏体系的内在和谐。

2. 人格权的结构失衡。只有保持“向心力”和“离心力”的平衡,才能维持结构之静态稳定。否则,“离心力”超过“向心力”将导致人格权结构失衡,使人格权偏离固有利益之本质,出现属性混乱。其中,“向心力”是趋向固有利益的作用力,可整体提升人格权的社会典型公开性,使人格权的边界清晰。“离心力”是受衍生利益驱使而产生的作用力,可降低人格权的社会典型公开性,使人格权的边界模糊。关于“向心力”的基本规则有:其一,固有利益的天然性越强就越容易产生“向心力”,由于物质性人格权的人格权属性最强,因而也最不易产生牵连利益。其二,固有利益和衍生利益间的逻辑强度越高也就越容易产生“向心力”。由于侵害隐私、自由、尊严与侵害名誉之间具有较强的“原因-结果”关系、“手段-目的”关系,很容易形成牵连利益。关于“离心力”的基本规则包括:其一,固有利益的社会属性越强越易产生“离心力”,比较而言,标表性人格权的人格权属性比较弱,更容易产生衍生利益。其二,因为社会共识或生活习惯的发展,衍生利益和固有利益、固有利益内部之间可相互转化,例如,隐私利益从名誉

^① 参见王利明《隐私权概念的再界定》,载《法学家》2012年第1期;刘文杰《民法上的姓名权》,载《法学研究》2010年第6期;孟强:《论作为一般人格权的名誉权——从司法案例的视角》,载《暨南学报》2012年第4期。

利益中独立出来。衍生利益的可变性越高越容易产生“离心力”。其三,逻辑性越弱甚至不是基于内在逻辑而基于现实需要、政策考量而承认牵连利益就产生“离心力”。这种“离心力”将降低人格权的纯洁性、使具体人格权包含了异质性内容。

(二) 人格权边界的模糊性: 动态角度

动态角度上的人格权边界模糊性指因为行使人格权而导致的边界模糊。这主要分为两种情形: 人格权冲突, 即因行使人格权而导致他人损害, 而法律上却难以明确谁享有权利的情形^⑮; 人格权竞合, 即同一人格权存在多种可选择的救济时, 因救济方式多样化而折射出的人格权属性不清、边界不明现象。

1. 人格权冲突。当衍生利益并非为权利主体享有时, 固有利益和衍生利益就会普遍存在冲突: 在案例 C 中, 因被告出示虚假身份证引发无权代理的情形就存在信赖利益(或第三人财产权益)与姓名权的冲突; 在案例 D 中, 不承认试药人的健康处分权是化解公共利益和健康权冲突的结果。载体利益和固有利益天然存在权利对象的交叉或重叠, 二者的冲突更为频繁、直观, 例如, 案例 B 中明显存在肖像权和著作权冲突。按照冲突程度之不同, 人格权冲突可分为择一性冲突和并存性冲突。择一性冲突是涉及违反强制性法律或公序良俗的人格权冲突, 是程度较高的冲突。在择一性权利冲突中, 能否准确判断一方违反了强制性法律或公序良俗将决定权利边界是否模糊, 如果能得出准确的结论, 则权利位阶明确、法律判断清楚, 就不会造成权利边界的模糊, 反之, 仍然存在权利边界模糊的情形, 而众所周知, 很多情形下判断是否违反了强制性法律或公序良俗并非易事。并存性权利冲突多为涉及交易的人格权冲突, 其冲突程度较低。从鼓励竞争、实现资源效益最大化等市场经济的基本法则出发, 冲突结果不是择一而是并存, 其中的权利位阶或法律判断都不明确, 而正是权益的并存反而导致利益归属不清、权利边界模糊。

2. 人格权竞合。在立体式利益结构中, 如果人格权的信赖利益受到侵害, 有权提起救济的是相对人而不是本人; 如果公共利益受到侵害, 应适用公法责任和私法责任的聚合而不是竞合。可见, 人格权竞合不发生于信赖利益、公共利益情形, 而多适用于载体利益、牵连利益受侵害等场合。问题是, 如果载体利益或牵连利益受到侵害, 究应认定为侵害固有利益还是衍生利益? 对此, 实务意见不一: 其一, 依“救济效力”判断何者更具有终局性, 进而确定是侵害他项权益(衍生利益)还是原权利(固有利益)。例如, 由于多数情形下他项权利的救济范围比姓名权大, 法院多倾向于承认侵害了他项权利而不承认侵害了姓名权, 正是因此登记错误(甲的不动产错误地登记为乙所有)被认定为侵害所有权而非侵害姓名权。其二, 依据“责任构成”确定侵权责任类型。在“被告未经允许签署他人姓名发表文章同时侵害原告的姓名权、名誉权”案件中, 二审法院认为“原告名誉受到侵害是因为姓名权被侵害所致, 被告侵权行为的最突出的特征是侵害姓名权而不是名誉权”, 因此将其案由定为侵害姓名权。^⑯

综上所述, 人格权竞合之所以会导致权利边界的模糊, 是因为: 无论是按照“责任构成”还是“救济效力”之途径处理人格权竞合, 责任竞合本身表明人格权的义务范围、权利边界不明确。而对依“责任构成”还是“救济效力”处理人格权竞合不存在统一的方案, 这又加重了人格权义务范围、权利边界的不确定性。

(三) 人格权的模糊性与法律解释

权利与法律是一个问题的两个方面, 人格权利益结构是规范现象而不是物理现象。人格权边界的模糊性体现了法律的模糊性, 决定了裁判的不确定性。相应地, 立法或法律解释就是化解模糊性、不确定性的基本方略。如果无须立法仅靠法律解释即能化解人格权边界的模糊性, 则无疑属于低成本的解决方案。因此, 以下首先研究法律解释与人格权的模糊性的关系。

1. 法律解释与权利边界的静态模糊。固有利益具有较高的社会典型公开性和明确性, 与固有利益相关的纠纷通常不构成疑难案件, 解释方法也比较简明: 如果制定法明确规定了固有利益, 依照文义解释即可确定规范意义。然而, 基于自然性, 制定法多不予全面规定, 多数情形下仅靠文义解释无法完成

^⑮ 参见张平华《权利冲突辨》, 载《法律科学》2006 年第 6 期。

^⑯ 参见“张银凤诉陈怀友侵犯姓名权纠纷案”, 江苏省南京市中级人民法院(2000)宁民终字第 964 号。

法律适用。如果法律只规定了部分固有利益,可依据扩张解释补足该明显欠缺。如果法律完全没有规定该种固有利益,则可依据当然解释等方法填补法律漏洞。总之,固有利益既为人之为人的必要条件,是民法的制度基础,在法律上或道德上是不证自明的(*prima facie*)。^{②①}固有利益解释明显具备“内在型”法律思维的特点,所采取的文义解释、扩张解释、当然解释等方法,坚持以民法自身立场为出发点,受文义射程或法规目的的严格控制,其解释具有较高的客观性及确定性。

衍生利益的社会典型公开性和明确性往往均会不足,法律规范上常构成法律漏洞,涉及衍生利益的纠纷多属于疑难案件,其解释方法也较复杂。在案例 A 中,被告排放的噪音低于国家标准却侵害了原告的人格权,如何确定其行为的违法性?结果要区分形式违法和实质违法,为凸显对人格权的优越保护,应该适用实质违法标准,即便排放的噪音低于国家标准也具有违法性。在案例 E 中,可否基于公共利益限制原告的名誉权及在多大程度上限制原告的名誉权?要综合主客观因素,特别是根据原告是著名球星公共人物这一特点,利用公共利益对名誉权进行较高等度的限制。在“冒名入学”案件中,被告侵害了姓名权、受教育权,其中受教育权为宪法基本权利,而我国法并不存在完善的宪法基本权利救济制度;在侵害名人姓名权导致大量财产损害的案件中,被告所侵害者是姓名权和公开权,而我国法并未承认公开权。受教育权、公开权等内容已经超越姓名权的文义射程,法官不能简单弥补法律漏洞,必须结合现实要求进行制度创新^{②②}。比较而言,对衍生利益的解释属于“超越型”法律思维,解释者须摆脱民法自身限制而从现实立场出发来进行判断。^{②③}为此法官经常要采用利益衡量等方法填补法律漏洞,需要在综合各方利益诉求中进行折衷或平衡,裁决难以实现“是与非”的判断,法律解释难免主观性。

2. 法律解释与权利边界的动态模糊。在人格权冲突中,权利位阶是化解权利冲突的基本手段。除少量由法律明文规定外,更多的权利位阶需要通过法律解释予以创设或明确。在吴良材眼镜公司纠纷案中,原告以其祖辈的姓名命名企业时,与被告在先取得的以同样的姓名命名的公司名称权、商标权发生冲突。^{②④}为化解上述权利冲突,在权衡双方利益的基础上,我们可以创立下列权利位阶:一是被告的名称权、商标权优先于原告的权利;二是原告的权利优先于被告的名称权、商标权;三是被告的公司名称权、商标权应优先于原告的权利,但被告必须支付合理的补偿;四是原告的权利优先,但原告支付合理补偿。很明显,通过法律解释设立的权利位阶并不能导向唯一正确的答案。此外,关于肖像权和著作权冲突,一般而言,如果存在有效合同,应尊重当事人的意愿确定优先保护的权益;如果涉及肖像权人的隐私的,应优先保护肖像权;如果使用肖像作品用于获得商业利益的,则优先保护肖像权。然而,在案例 B 中,假设原告(肖像权人)在合同中已经事先同意被告展览裸体油画,诉争案件将同时涉及尊重合同、优先保护隐私等情形的,法官将无法仅依据一项权利优先法则简单化解纠纷。

对于人格权竞合而言,无论依“救济效力”还是“责任构成”确定所侵害的权益,实际上都是采用“法条竞合说”——将规定载体利益或姓名权的规范视为另一规范的特别法——适用特别法优先于一般法的法则。然而,按照“法条竞合说”仅承认一种权益受到侵害,背离了两种权益同时受侵害的事实,也排除了当事人的选择自由。正确的做法应是承认人格权竞合时当事人享有选择权,而选择结论也并不唯一:一是以衍生利益为基础进行救济,二是以固有利益为基础进行救济,三是同时以固有利益和衍生利益为基础进行救济。

②① Aulis Aarnio, Introduction to Aleksander Peczenik: on Law and Reason, Kluwer Academic Publishers, 1989, pp. 10 - 11.

②② Paul M. Schwartz, Karl - Nikolaus Peifer, Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better than One Unitary Concept? 98 California Law Review 1925 (2010).

②③ 参见 [日] 大村敦志《民法总论》,江溯、张立艳译,北京大学出版社 2004 年版,第 96 页。

②④ 1926 年,吴良材第五代后人吴国城将其命名为吴良材眼镜公司。1956 年,吴良材眼镜公司改名为公私合营吴良材眼镜公司。在 20 世纪 90 年代,该公司改名为上海三联(集团)有限公司吴良材眼镜公司,并将“吴良材”注册为商品商标和服务商标。原告吴国城与吴自生系父子关系。2000 年 5 月 18 日,苏州市吴中区成立了由吴自生担任法定代表人的吴良材眼镜有限公司。后在上海开设分公司。被告以原告成立的公司的名称侵犯其“吴良材”商标专用权为由,向工商行政管理部门投诉。

总之,法律解释并不能彻底化解人格权边界的模糊性。在静态上,固有利益的法律解释具有较高的客观性,但对衍生利益的法律解释则难免主观性;在动态上,经解释确立的权利位阶并无定规,权利竞合也存在多种选择,结果仍具有相当的不确定性。

四、人格权法定的必要性

在化解人格权边界模糊性上,立法比法律解释更具基础意义。因为法律解释以法律规范为客体,法律规范的性质将决定法律解释的空间,其中对严格法、强行法的解释空间明显低于衡平法、任意法。^{②④}人格权法是否属于严格法、强行法,人格权要不要坚持法定原则?值得探讨。

(一) 基于固有利益的人格权类型强制

人格权法定指人格权的类型和内容应由严格法、强行法规定。其中依法规定人格权类型者称为人格权的类型强制;依法规定人格权的内容者属于人格权的类型固定。一般而言,类型强制必然要求类型固定;类型强制的必要性也就意味着人格权法定的必要性。固有利益体现了人格权的本质,决定了人格权的类型,应成为思考人格权类型强制问题的基点。

1. 类型强制是固有利益之属性使然。基于固有利益的天然性,人格权本无须法律之明文规定。然而,不将自然权利转化为法定权利,而将权利的正当性等同于实在性,势必混淆“应然”和“实然”,造成法律虚妄及混乱。法定性将使权利获得法律依据,防止类型混乱,避免将身份权(荣誉权)或无形财产权(如形象权)设定为人格权。基于固有利益的无形性,也为了实现固有利益的可支配性,法律应宣示固有利益的功能以拘束其多样化的形式,简明实现利益定型,完成对固有利益的支配,例如,以功能为标准,立法应明确是否应区分健康权和劳动能力权、是否需要明确规定心理健康为健康权之内涵等。

权利立法有意定主义和法定主义之分,财产权主要采用意定主义模式,即便是坚持法定主义的物权法也不排除创设自由,而类型强制只是提高财产可让与性或流通性的手段。在意思主义的前提下,财产法的规范重点是权利类型和权利变动,权利变动最重要的根据是“财产法律行为”。然而,人格权没有让与或流通问题,不可能依当事人的意志而创设,也不存在所谓的“人格法律行为”,人格权立法不能采取意定主义而只能采用法定主义,是当然的强行法。

一般而言,相对利益关系可由当事人自由决定,以较低成本实现经济效益;绝对利益关系则排斥当事人自由决定,需要法律的明文规定,以降低信息成本、保障行为自由。由此而论,绝对利益法定化应成为民法的基本规律,人格权也不应例外。为保护相对人,绝对利益都有公示之必要。人格权既不可能也没有必要采取物权法或知识产权法上的公示方式,而人格权法定则满足了公示的要求,使一般人容易知悉或预见人格权的类型和内容。其中,人格利益的固有程度越高越容易得到法律的确认,进而获得更全面的法律保护;^{②⑤}而固有利益的无形程度越高越需要法定。

2. 类型强制可以实现人格权的适度具体化。文明社会无不宣扬人格独立、平等、尊严、自由等理念,但抽象的理念不能替代完善的制度,适度具体化的人格权设计将更有利于确认和保护人格权。制定《法国民法典》时,立法者尚未注意到“人格权”问题,缺乏必要的理论共识,人格权整体为立法者所遗漏。在当代社会中,民主政治事业的发展带来全球范围内人权意识的觉醒,人权赋予了人格权神圣的名义也极大推进了人格权制度建设。同时,风险社会给人格权造成前所未有的危险,形成了多样化的侵害,积累了丰富的裁判经验。随着研究的深入,人格权类型体系得到前所未有的扩张,人们对以固有利益为核心的人格权类型体系已基本取得了共识。各种固有利益具备相当的社会典型公开性,既有必要

^{②④} 严格法与衡平法相对,有着确定的法律要件,无须进行价值填补、不允许存在例外;强行法与任意法相对,不允许当事人通过自己的意愿排除适用。参见 [德] 汉斯·布洛克斯、瓦尔克《德国民法总论》(第 33 版),张艳译,中国人民大学出版社 2012 年版,第 32-33 页。

^{②⑤} 参见 [奥] H. 考茨欧《侵权法的统一:违法性》,张家勇译,法律出版社 2009 年版,第 18 页。

也有可能予以法定。制定《德国民法典》时,人格权本已具备了社会典型公开性,由于立法者对“人格权支配权化”、“自然人享有自杀权”等问题的担忧而错失确认人格权体系的良机。时至今日,以所有权为模型构造人格权应成为必要的立法技术,人格权不必继续游离于法律之外。^{②⑥} 在当代中国,人格权适度具体化包含两层意思:一是宪法基本权利属于对人格权的抽象确认,在人格权规定不明之时,可以按照基本权利对人格权进行合宪性解释。依托不同的宪法诉讼机制,基本权利形成了“直接效力”或“间接效力”等繁琐的救济体制,借此可以填补民法漏洞,创设新型人格权(例如隐私权、一般人格权)。然而,人格权拥有多样化的权利类型和具体内容,有时候难以从宪法推演出来^{②⑦}。人格权拥有简捷和全面的救济制度,运行成本比宪法制度低得多。因此,宪法基本权利并不能替代民法中的人格权。二是人格权立法不应过于具体,而应同时规定人格权的总则和分则、具体人格权和一般人格权,建立起“总分结合”的规范体系。其中一般人格权以人格整体利益为权利对象,具体人格权以切割而成的人格要素利益为权利对象。一般人格权是对具体人格权的重要补充,离开了一般人格权,人格权类型体系就不完整。一般人格权并无确定的内涵和外延,实为保护人格整体利益的一般条款。过度依赖一般人格权,将阻碍创设新型人格权,不利于人格权理论体系的完善发展。^{②⑧} 为此,在司法实践中,法官必须保持适当的克制,承认只有“穷尽具体人格权救济方式仍无法对受害人进行全面保护”才可适用一般人格权。^{②⑨}

(二) 基于衍生利益的人格权类型固定

1. 类型固定有利于明确具体人格权的属性。衍生利益使人格权负载了异质性内容,容易导致人格权属性之交错。其中,有的是体系思考的必然结果,属于正常的交错。例如,人格权也具有宪法基本权利的属性,在依据民法规范无法充分保护人格权时可作“符合基本权利的解释”^{③①},承认这种交错性将有利于补充民事权利的不足。有的则背离了体系要求,属于非正常的交错。例如,在所谓的“人格权商品化”现象中,理论上存在商品化权是人格权的固有利益还是衍生利益的争议。对此,美国学者麦卡锡(McCarthy)教授持固有利益说,认为商品化权是自然人固有的、对其人格标记的商业使用进行控制的权利。欧洲大陆法院持衍生利益说,采用所谓的动态解释方法(dynamic interpretation)认为姓名权等人格标记可以适应社会和经济的变化而具有财产价值。^{③②} 本文赞成固有利益说,商业化权已属于新型财产权而非人格权的衍生利益,坚持人格权法定原则将有利于明确区分人格权和商品化权,避免人格权搭载过多的财产权内容,维持民法体系的安定;也有利于承认商品化权的可让与性、继承性,以在法律上采取与人格权不同的规制措施。当然,为理解和适用便利计,这种新型财产权仍可规定于人格权法中。

2. 类型固定有利于降低权利边界模糊性。首先,类型固定将有利于确保社会伦理底线。衍生利益可最大限度地拓展人格权益的利用空间,如不利用强行法确立社会伦理的底线,放任规范设计与解释反而会加剧人格异化。试想,如安乐死可任意实施,人体器官可以自由买卖,“鲁迅”二字可被商家任意使用,那将会是何等世界? 其次,类型固定将明确公共利益的类型及内容。公共利益是对姓名权进行公共管理和限制的重要依据。然而,公共利益又是典型的不确定性概念,如不通过立法明确这一概念的具体

②⑥ 或许正是因为未采取人格权支配权理论,德国法起初仅保护人格中具有经济价值的组成部分而无法对人格权提供全面保护,后来判例才逐渐接受了“人格权更多地被作为一种自主引领生活的受保护权利”,进而强调“在纯粹人身关系的整体之上,实现对人全部领域进行全面保护的普遍法律思想”。参见 [德] 汉斯·彼得·哈佛坎普《1918年以来一般人格权在德国的发展》,金可译,载《华东政法大学学报》2011年第1期。

②⑦ 参见 [日] 五十岚清《人格权法》, [日] 铃木贤、葛敏译,北京大学出版社2009年,第11页。

②⑧ 参见吴从周《当代德国法学上具体化之理念及其方法:以诚信原则为例》,载吴从周《民事法学与法学方法》(第三册),一品文化出版社2007年版,第5页。

②⑨ W. V. Horton Rogers (ed.) Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective, Springer, WienNewYork, 2001, page120-123.

③① 参见王泽鉴《宪法上人格权与私法上人格权》,载王利明主编《民法典·人格权法重大疑难问题研究》,中国法制出版社2007年版,第32页。

③② Giorgio Resta, The New Frontiers of Personality Rights and the Problem of Commodification: European and Comparative Perspectives, 26Tulane European & Civil Law Forum(2011).

类型及内容,将会导致管理权的泛滥或不合理的权利限制。在此,本文建议人格权法对公共利益的类型或内容等做出原则性规定;全国人大及其常委会制定的法律可以对公共利益及人格权限制做出具体性规定,而我国目前多于行政规章等位阶较低的法律上设立人格权限制规范的做法并不妥当^②。同时,法律还应明确人格权管理规范的性质,尤其是有的管理规范仅具有“取缔”作用而无“效力”作用。例如,管理机构基于公共管理的需要有权拒绝自然人改为怪异姓名,但在私法上改名行为仍然有效。同理,未来由教育部、国家语委主持制定的《人名用字表》在私法上只具有倡导作用,超越该表的命名并非无效。最后,类型固定并非“独善其身”而内在包含与其他权利关系的协调,借此将有效化解人格权冲突。因为类型固定有利于明晰权利边界,降低人格权冲突的几率。对于无法规避的权利冲突,类型固定将对冲突后果做出规定,规定属于择一性冲突还是并存性冲突;如果属于并存性冲突则有必要进一步规定并存的条件。例如,在自由权、隐私权、健康权和环境权与知识产权发生冲突时,原则上前者应该优先;在商标权和在先人格权冲突时,原则上在先权利应该优先。

(三) 基于救济机制理性化的人格权法定

1. 人格权法定可以实现对人格权的直接保护。人格权的保护方式分为直接保护和间接保护,先确认人格权再依侵权法予以保护者属于直接保护,反之,不确认人格权仅依侵权法保护者属于间接保护。间接保护方式中国有利益尚未权利化,保护范围具有不确定性,裁判难以统一,制度运行成本明显高于直接保护方式。基于此,传统上采取间接保护方式的国家都试图发展为直接保护方式。法国法长期依靠侵权法一般条款保护人格权,表面上似乎一切人格利益均会获得无差别保护。事实上,其理论上一直承认人格权,各种具体人格利益在实务上却获得不同程度的具体保护。久之,一般条款成为判例法承认具体人格权的管道,晚近以来法律修改又试图推行人格权的法定化。^③《德国民法典》列举了姓名权、生命权、健康权、自由权、信用权、贞操权等具体人格权,超出此列者或者适用其他特别法予以保护(例如借助著作权法保护肖像权);或者类推适用其他人格权、适用一般人格权理论等进行间接保护。上世纪五十年代末以来,德国联邦司法部在总结一系列判决的基础上,正式提出了德国民法典人格权部分的修正案——“德国民法典人格和名誉保护改革草案法”,体现了德国法试图对人格权全面法定化的决心。^④

2. 人格权法定将提高责任法的操作性。民法的操作性取决于民事规范能否简明地“确定事实、适用法律”,由案件事实快速导向裁判结论。长期以来,侵权责任法以建立“一般侵权”和“特殊侵权”二元体系,明确行为构成和法律效果为目的,并无足够的空间规定具体人格权的救济规范。而人格权法定有利于改变这一状况。

(1) 人格权法定有利于推定损害。立体式利益结构将对损害推定产生双重影响。一方面,有利于推定事实意义或构成要件意义的损害,启动侵权之诉。如果已知人格权的牵连利益、载体利益遭受侵害,则可推定固有利益遭受了侵害。如果已知被告从使用他人姓名、肖像活动中获利则可推定其侵害了

^② 《民法通则》第99条规定“公民享有姓名权,有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名,禁止他人干涉、盗用、假冒。”我国实务上承认依照地方法规或规章等低位阶的法律也属于该款中的“依照规定”,而这些低位阶的法律不乏极大地方便了公共管理却容易侵害私人权利的情形。例如,按照上海市公安局《关于执行〈上海市户口管理暂行规定〉实施意见》的规定“18周岁以上的居民因户口登记差错,或重名过多而使工作、生活各方面造成不便,所起名字的谐音有损人格等特殊情况要求更改姓名的,可以更名。”实务上通过对本条进行反对解释,坚持认为除了上述理由外18周岁以上居民不得更改姓名。参见曹筠武《上海人改日本名起风波》,载《南方周末》2004年12月23日。

^③ 直到1970年,为应对社会发展(例如窥视技术)给人类带来的各种风险,《法国民法典》进行了修正于第9条、16条规定了隐私权、身体完整权等人格权。

^④ 参见袁雪石、陈怡《在激进与保守之间——1958年德国民法典人格和名誉保护改革法草案评述》,载《中美法学前沿对话》,中国法制出版社2006年版。

他人的姓名权、肖像权^⑤。另一方面,传统责任法不能准确推定法律意义或赔偿意义上的损害,无法得出准确的裁判结论。尤其是在侵害牵连利益的情形下,为确定损害赔偿的范围不得不较多依靠法官的裁量权。^⑥人格权法定可以明确固有利益、衍生利益的范围,限缩法官的自由裁量权,使损害推定机制更加有效。

(2) 人格权法定有利于按照“结果违法”判断违法性。“结果违法”为我们提供了简明的判断公式“权利侵害+无阻却违法事由=行为之违法”。然而,立体式利益结构可使人格权框架权化,侵害框架化权利不能按照“结果违法”而只能采取“行为违法”判定其违法性。^⑦而按照“行为违法”,法官须于个案中结合行为之手段、目的,行为、结果、形式、实质等要素进行综合判断。进而,仅从固有利益出发,依据形式判断已构成侵权的情形,但如果结合衍生利益,依据实质判断则未必构成侵权。例如,案例C中未经允许使用他人姓名本属于典型的侵害姓名权行为,但如构成表见代理者却未必构成侵权;案例E中新闻机构不实报道形式上构成对名誉权的侵害,但依据公共利益应限制原告名誉权,按此实质判断被告行为不构成侵权。人格权法定可以明晰权利边界、避免具体人格权框架权化,从而使侵害具体人格权的违法性判断回归适用“结果违法”。

此外,容忍义务构成侵权的例外,事实上具有免责效力。^⑧人格权法定有利于明确人格权的容忍义务,以准确判断违法性。对于姓名权、肖像权等标表性人格权而言,容忍他人合理使用是实现人格权固有利益的必要途径,例如,为正常开展业务而使用已去职员工的姓名。^⑨对于名誉权、信用权等需要经过社会评价形成的精神性人格权,容忍他人正当评价或客观批评才能形成名誉、信用。对于身体权而言,容忍他人在公共场合轻微的、无意的触碰才能保障社会秩序井然。人格权法定原则也有利于通过制定法明确阻却违法事由的具体适用,这尤其表现在受害人同意制度上。涉及人格权的受害人同意不得违反公序良俗或法律的强行性规定,^⑩因此,案例D中的职业“试药人”尽管书面同意试药,但因不当处分了健康权而并不能生效。为慎重起见,对于手术、器官捐助等涉及物质性人格权的情形,受害人同意应采取书面同意的方式,而对于人格权财产化利用等情形受害人同意可以是口头形式。在交易和非交易场合应区别适用默示同意^⑪,于交易场合下,法律保护的是善意第三人的利益、动态的安全、维护新利益的取得;而非交易场合保护的是静态的安全、维护既存利益。^⑫因此在交易场合(如代理制度中),本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的,视为姓名权人同意使用姓名成立表见代理不构成侵权。在非交易场合则不能适用推定同意,例如,已经广为流传或公开的名人姓名,并不意味着名人同意他人在商业领域自由使用自己的姓名;邀请原告参加研讨会但未经同意使用姓名做广告属于侵害姓名权;^⑬以集体科研项目为创作基础的作品的作者署名也必须经过本人的同意。^⑭

⑤ 参见“章建刚与昆明祥和知识产权代理有限公司姓名权纠纷上诉案”,云南省昆明市中级人民法院民事判决书(2008)昆民三终字第691号。

⑥ 《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》第10条规定“因名誉权受到侵害使生产、经营、销售遭受损失予以赔偿的范围和数额,可以按照确因侵权而造成客户退货、解除合同等损失程度来适当确定。”

⑦ 参见“陈兆稼诉伊藤忠商事株式会社南京办事处侵犯姓名权、名誉权案”,江苏省南京市中级人民法院宁中法(1992)民字第22号。

⑧ 王利明教授主持起草的《中国民法典草案建议稿》第301条规定“权利人对于人格权的轻微损害负有一定程度的容忍义务。轻微的判断应以社会通常所能容忍的限度为准。”参见王利明《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第45页。

⑨ 参见“李凤娇与中国人寿保险公司江门分公司侵害姓名权纠纷上诉案”,广东省江门市中级人民法院民事判决书(2001)江中法民终字第110号。

⑩ 参见[德]克里斯蒂安·冯·巴尔《欧洲比较侵权行为法》(下),焦美华译,法律出版社2001年版,第634页。

⑪ 参见“林冬云与广州市越秀区祥康大药房姓名权纠纷上诉案”,广东省广州市中级人民法院民事判决书(2008)穗中法民一终字第5396号。

⑫ 参见“黄有土诉其女儿黄兰未经同意将其姓名登记在公司登记的股东栏目中一直延用侵犯姓名权案”,载《人民法院案例选》(2002年第一辑),人民法院出版社2002年版。

⑬ 参见“广州保税区东英美容上海有限公司与杨希侵害姓名权、肖像权案”,上海市第一中级人民法院民事判决书(1999)沪一中民终字第2927号。

⑭ 参见前引⑫判决书。

(3) 人格权法定有利于判断过错。抽象过错的确有利于统一规则,却不利于解决具体案件。人格权法定将使过错具体化,明确各种具体人格权侵权规则中的归责事由。在特定情形下应区分固有利益、衍生利益适用不同的过错形态。例如,对于姓名权而言,对固有利益的侵害主观上应为故意,且故意可依干涉、假冒、盗用行为本身推定。对衍生利益则不能限于故意还应包括过失。对于新闻机构侵害名誉权而言,如果所侵害者是非公众人物的名誉权,只要新闻机构具有轻过失即可成立侵权;如果所侵害者是公众人物,则只有新闻机构具备故意或重大过失时才能成立侵权。

(4) 人格权法定将全面规定具体人格权的救济方式,为各类具体人格权设立有针对性的救济方式,特别是明确其是否可产生精神损害赔偿请求权或惩罚性赔偿请求权等。

(四) 人格权法并非绝对的严格法

1. 非封闭性的类型强制。人格权的类型可规定于民事基本法或特别法,其中民事基本法(如《人格权法》)应规定必要类型,而非必要类型则可以由特别法规定。必要类型指依据逻辑体系或现实需求判断不可或缺的类型。例如,从逻辑体系看,我们要承认自然人人格权和法人人格权、具体人格权和一般人格权等基本分类;从现实需求看,隐私权、个人信息权则属于重要的人格权。对物权法而言,物权类型的增减会直接影响主体的自由空间或财富总量,而人格权法则不同,固有利益是对完整的人格利益予以分裂、类型化的产物,人格权的类型化不会增加人格利益总量而只是对类型化人格利益的确认。由此而言,人格权法定并非绝对、封闭的法定。为维护整体人格利益,法官可以对法定类型扩大解释、类推适用,乃至创设新的人格权类型。只不过,基于固有利益的绝对性,也为了稳定社会秩序、保持体系的安定性,法官对人格权解释应保持适度克制,而不得任意创设新类型。由此而论,人格权法可谓介于严格法和衡平法之间的半严格法。

2. “例示主义”的类型固定。类型固定可采取“完全的法定主义”、“抽象条款主义”、“例示主义”三种立法技术。“完全的法定主义”将人格权内容完全列举、严格限定在法条文义之中,而“抽象条款主义”不具体列举人格权的内容只对权利内容进行抽象描述。“例示主义”兼容“法定主义”和“抽象条款主义”之优点,一方面于法条中列举典型,另一方面法条上有“等”、“其他”等字眼,承认列举的非完全性。人格权法定不可能像物权法定那样实现较高度度的“类型固定”。因为人格权天然存在内核确定、外延模糊的立体式利益结构,不可能确定地、穷尽地列举其全部内容。加之,物权是交易的前提和结果,具有较高的社会公开性,可以简明地予以定型。而人格权基本上与交易无关,缺乏足够的定型化机制,不可能完全列举其权能或内容。人格权类型固定也不是封闭式的法定,只能采取“例示主义”立法技术,尽可能地列举固有利益、典型的侵害类型,而在衍生利益上、非典型侵害类型上则须给解释者留下弹性空间。从这一角度出发,我国《民法通则》所规定的具体人格权也多属于“例示主义”。从法条字眼上看,《民法通则》对姓名权、肖像权明显采取了“法定主义”规范模式。其中,侵害姓名权的侵害行为似应限于干涉、盗用、假冒(第 99 条)。侵害肖像权的行为限于“以营利为目的使用公民的肖像”(第 100 条)。事实上,按照“例示主义”的要求,除了法条列举的典型侵害类型外,其他情形也可构成侵害姓名权;不以营利为目的使用他人的肖像也可构成侵害肖像权。

五、结论

人格权具有立体式而不是平面式的利益结构,尽管具体人格权在固有利益的属性、衍生利益的类型、人格权边界模糊程度等方面存在一定差异。案例 A 揭示了人格权的牵连利益现象,法院应按照牵连利益的要求整体对待隐私权、健康权及环境权,扩大隐私权的保护范围,给予受害人全面救济。案例 B 展示了肖像权的载体利益现象,为化解肖像权和著作权冲突,法官应结合当事人之间的合同、被告利用著作的营利情况等,确定优先保护何种权利。案例 C 表明人格权可产生信赖利益,存在适用无权代理保护原告利益的可能。案例 D、E 告诉我们,人格权受到公共利益的限制,基于公共利益处置健康权的行为不能当然生效,公众人物的名誉权受到较高度度的限制。

立体式利益结构可导致人格权边界的模糊,其在静态上表现为人格权框架权化、人格权内部结构失衡;在动态上表现为人格权冲突和人格权竞合。立体式利益结构又包含着针对这种模糊性的应对机制:从固有利益角度出发应坚持类型强制;从衍生利益出发应坚持类型固定。

人格权的利益结构与人格权法定的关系

利益类型		特 性	法律制度	权利边界	法律解释	人格权法定
固有利益		自然性、固有性、无形性及可支配性	决定人格权之类型	“定型－支配”以实现边界清晰	内在型法律思维;客观性	明定支配权,类型强制
衍生利益	信赖利益	外观主义,善意保护	无权代理表见代理	静态模糊	外在型法律思维;主观性	降低模糊性,类型固定
	公共利益	不确定	公共管理权利限制			
	牵连利益	具有牵连关系的财产或人身权益等	事实上聚合			
	载体利益	承载其他权益或被其他权益承载	权利冲突责任竞合	动态模糊		

在快速发展的社会生活面前,历史久远的物权法定、知识产权法定早已因为僵化呆板而遭遇了批判的烈火,呈现出灵活化、弹性化的发展趋势。于此背景下,坚持人格权法定原则岂非痴人说梦?非也,人格权法定原则绝非洪水猛兽!人格权法定并非严格的、绝对的、封闭的法定,类型固定只能采取例示主义的立法技术,因此可以采用类推适用等方法创设人格权的新类型或新内容。只不过,这种解释应保持必要的克制。

Abstract: Personality rights have stereo structure of interests, the inherent interest decided by the nature of personality factors is its inner core, and the derivative interest that deviates from the inner nature lies in the outside, including reliance interest, public interest, carrier interest, involvement interest, and other interests. Stereo structure of interests makes the border of personality rights obscure. The judicial interpretation and legalizing personality rights are two ways to solve this issue, but the latter is more fundamental. In order to materialize personality rights, personality rights should be classified compulsorily according to the essential attributes of inherent interest. This will be beneficial to clarifying the scope of derivative interest and enhancing the operability of liability law. The legalization of personality rights should not be absolute, which means compulsory classification has the characteristic of non-closure, and the main way to fix the classification is the illustration.

(责任编辑:朱广新)