

【民法典编纂】

论人格权编与侵权责任编的区分与衔接

王利明*

摘要:从民法的发展来看,关于人格权保护,呈现出从消极保护到具体确权的发展趋势,我国民法也历来重视协调人格权积极确权与侵权责任法保护之间的关系。在我国民法典编纂中,应当设置独立的人格权编,如果在侵权责任编集中规定人格权,将产生体系违反现象,并不符合科学立法的精神。侵权责任编替代人格权编也将影响侵害人格权责任的准确认定。落实十九大报告精神、强化人格权保护,应当在使人格权独立成编的前提下,有效衔接人格权编与侵权责任编。

关键词:民法典 人格权编 侵权责任编 相互衔接

党的十九大报告提出,“加快社会治安防控体系建设,依法打击和惩治黄赌毒黑拐骗等违法犯罪活动,保护人民人身权、财产权、人格权”。自从党的十九大提出保护人格权以来,强化人格权保护已经成为社会各界的共识。法学界普遍认为,应当按照全面落实十九大报告精神的要求,在民法典编纂之中强化对人格权的保护。鉴于我国现行《民法总则》仅用三个条文对人格权保护作出规定,这实际上是要通过民法典分则对人格权保护作出细化规定。笔者认为,我国民法典应设置独立的人格权编,使其独立于侵权责任编,同时,应在民法典编纂中有效衔接二者的关系。笔者不揣浅陋,拟对此进行初步探讨。

一、从消极保护到具体确权是人格权制度重要的发展趋势

所谓消极保护模式,是指法律上并不详细规定各种类型的人格权,而是在人格权遭受侵害之后,由法官援引侵权法的规则对权利人提供救济。从近代各国民法典的内容来看,明显存在着“重物轻人”的倾向,以财产为中心,主要通过消极保护模式对人格权加以保护,而不注重人格权的积极确认。但20世纪的两次世界大战使人们深感人权被侵害的切肤之痛,因此,在战后尤其是第二次世界大战以后人权运动获得了蓬勃发展,从而极大地促进了人格权制度的迅速发展。同时,随着互联网、高科技以及市场经济的发展,人格权保护范围不断扩展,客观上也需要通过积极确权的方式加以保护。从世界范围看,强化对人格权益的保护是各国民法所共同面临的任务,从总体上看,人格权的保护经历了从消极保护到积极确权的发展过程。

最早采纳消极保护模式的是1804年的《法国民法典》,该法第1382条对侵权责任的一般条款作

* 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。

出了规定,⁽¹⁾该条规定的损害范围十分宽泛,既包括有形的权利客体,也包括无形的权利客体⁽²⁾,在人格权遭受侵害的情形下,受害人也可以依据该条规定主张权利。但随着社会的发展,仅仅只是通过消极确权已经无法适用社会发展的需要,所以,法国法也通过积极确权的方式,对人格权提供保护,这最集中地体现为,民法典在近些年的修改中增加了对隐私、身体等人格权的保护,法国于1970年7月17日颁布了一项法律,并在《法国民法典》中增加了第9条“每个人有私生活得到尊重的权利。”该条将隐私权保护作为一项原则确立下来。此外,在该法典新增第16条,强化了对身体权的保护,从而也开始从消极保护向积极确权模式发展。

1900年的《德国民法典》主要采用了消极保护模式,除该法典第12条对姓名权作出规定外,该法典第823条第1款对生命、身体、健康、自由的保护作出了规定,第824条规定了信用利益的保护,第825条规定了贞操利益的保护。从上述规定来看,《德国民法典》主要是将人格权作为侵权法的保护对象,而没有将其视为主观权利在法典中予以广泛确认,正如民法典起草者所指出的“不可能承认一项‘对自身的原始权利’”。⁽³⁾而且《德国民法典》第253条对侵害人格权益的财产损害赔偿作出了严格限制,即只有在法律有明确规定的情形下,权利人才能主张财产损害赔偿。⁽⁴⁾但近几十年来,德国法在保护人格权方面也开始向积极确权发展,最为典型的是通过判例承认了一般人格权概念,从而扩张了人格权的保护范围。“此种概括的人格权具母权的性质,得具体化为各种受保护的(或特别人格权)例如名誉、隐私、信息自主等。”⁽⁵⁾此外,德国还通过一些特别法,确认了其他人格权益。

在大陆法系国家,通过采用消极保护和积极确权的结合来保护人格权,主要有如下两种模式:

一种是具体人格权+侵权法的保护模式。例如,《奥地利普通民法典》一方面通过民法典广泛确认人格权,另一方面借助侵权法的一般条款来保护人格权。⁽⁶⁾该法第1328a条、第1329条、第1330条分别对侵害隐私权、侵害人身自由、侵害名誉的法律责任作出了规定,但该法并没有对一般人格权作出规定。在这些人格权遭受侵害以后,法院往往只是适用侵权法对法典明确规定的人格权提供保护,而拒绝扩张人格权保护范围,⁽⁷⁾这可能也是一般人格权为什么最近才被奥地利的法院所承认的原因。当然,一些具体人格权,如生命权、身体完整权、肖像权、人格尊严等,也得到了法院认可。⁽⁸⁾可见,奥地利主要采用了具体列举人格权类型,同时借助侵权法规则对人格权进行保护。

另一种是具体人格权+一般人格权+侵权法的保护模式。瑞士是第一个将现代人格权理论在立法上予以实践的国家,为人格权提供了充分的法律保护,《瑞士民法典》第27、28条专门设定了对人格保护的一般规定,允许主体在其人格受到他人不法侵害时,有权要求排除侵害和赔偿损失。该规定实

(1) 该条规定“人的任何行为给他人造成损害时,因其过错致该行为发生之人应当赔偿损害。”

(2) Johann Neethling, *Personality Rights: A Comparative Overview*, 38 (2) *The Comparative and International Law Journal of South Africa* 213 (2005).

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

(4) Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi & Patrick O'Callaghan, *Personality Rights in European Tort Law* 8 (Cambridge University Press 2010).

(5) 王泽鉴《人格权法》,北京大学出版社2013年版,第67页。

(6) MT Frick, *Persoenlichkeitsrechte. Rechtsvergleichende Studie ueber den Stand des Persoenlichkeitsschutzes in Österreich, Deutschland, der Schweiz und Liechtenstein*, Österreichische Staatsdruckerei, 1991, S. 56.

(7) MT Frick, *Persoenlichkeitsrechte. Rechtsvergleichende Studie ueber den Stand des Persoenlichkeitsschutzes in Österreich, Deutschland, der Schweiz und Liechtenstein*, Österreichische Staatsdruckerei, 1991, S. 59-61.

(8) Johann Neethling, *Personality Rights: A Comparative Overview*, 38 (2) *The Comparative and International Law Journal of South Africa* 214 (2005).

实际上是对一般人格权的规定。该法典第 29 条和第 30 条又专门规定了对姓名权的保护,这些规定实际上是对具体人格权的规定。一些学者接受了基尔克宽泛的人格权概念,认为人格权也包括了经济活动的自由。⁽⁹⁾当然,也有一些学者认为,人格权的范围应当限于具体人格权。此外,为了便于对人格权进行保护,司法实践中确认了一些具体人格权,如生命权、身体完整权、行动自由权、尊严权、隐私权等。⁽¹⁰⁾匈牙利也同时承认了具体人格权和一般人格权,《匈牙利民法典》对姓名、肖像、声音、荣誉、名誉、通信秘密等人格权益的保护作出了规定,同时,依据该法第 76 条的规定,对个人人格尊严和信仰自由的侵害,将构成对一般人格权的侵害。⁽¹¹⁾此外,希腊和葡萄牙也同时对具体人格权和一般人格权作出了规定,对人格权的保护实际上也是采取了具体人格权+一般人格权+侵权法的保护模式。⁽¹²⁾

英美法对人格权的保护也经历了类似的发展过程。由于历史的原因,英美法采取了所谓的“鸽洞模式”(pigeonhole system),即通过具体列举各种侵权之诉的方式,对人格权提供保护,尤其是依据侵权法保护名誉和肖像的权利具有悠久的历史,并且形成了一套完整的制度体系。⁽¹³⁾具体而言,对人格权的保护,英国法主要通过攻击(assault)、殴打(battery)、非法监禁(false imprisonment)、诽谤(defamation)、恶意欺诈(malicious falsehood)、恶意诉讼(malicious prosecution)、故意造成精神痛苦(intentional infliction of mental suffering)、泄露秘密(breach of confidence)等诉保护人格权。⁽¹⁴⁾英国在 1852 年颁布了《名誉诽谤法》,对名誉权以及其他的人格利益如个人尊严进行系统保护。英国的普通法并没有正式地承认所谓隐私权。然而,为落实《欧洲人权公约》,英国在 1998 年颁布了《人权法案》,这也是英国人格权保护的转折点,根据《欧洲人权法案》第 8 条第 1 款,英国法逐步形成了隐私权的概念。⁽¹⁵⁾美国法也基本上采用侵权法保护人格权,美国法主要通过隐私权保护个人的人格权益,隐私权的产生具有司法确权的特点。最初,美国法上的隐私权只是一种独处的权利,以及保持自己个性的权利,⁽¹⁶⁾但后来,隐私权的概念不断扩张,其几乎覆盖了绝大部分的人格利益,其保护范围包括了名誉、肖像、个人信息等人格利益。⁽¹⁷⁾至 20 世纪 60 年代,美国法院(尤其是联邦最高法院)又通过一系列的判例,将隐私逐渐从普通法上的权利上升为一种宪法上的权利,创设了所谓“宪法上的隐私权”(constitutional privacy)的概念,并将其归入公民所享有的基本权利类型中,并以其作为各州及联邦法令违宪审查的依据。⁽¹⁸⁾其中最突出的是法院根据宪法第四、第五修正案将隐私权解释为公民享有的对抗警察非法搜查、拒绝自我归罪(self-incrimination)的权利。⁽¹⁹⁾

(9) W. A. Joubert, Grondslae van die persoonlikheidsreg, 1953, S. 37-38.

(10) W. A. Joubert, Grondslae van die persoonlikheidsreg, 1953, S. 42-43.

(11) 参见欧洲民法典研究组、欧盟现行司法研究组编著《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案(第五卷 无因管理他人事务 第六卷 造成他人损害的非合同责任 第七卷 不当得利)》,王文胜等译,法律出版社 2014 年版,第 326 页。

(12) 参见欧洲民法典研究组、欧盟现行司法研究组编著《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案(第五卷 无因管理他人事务 第六卷 造成他人损害的非合同责任 第七卷 不当得利)》,王文胜等译,法律出版社 2014 年版,第 326 页。

(13) Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi & Patrick O'Callaghan, *Personality Rights in European Tort Law* 8 (Cambridge University Press 2010).

(14) W. V. H. Rogers, Winfield & Jolowicz, *On Tort*, 68ff, 81ff., 403ff. (Sweet & Maxwell 2002).

(15) Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi & Patrick O'Callaghan, *Personality Rights in European Tort Law* 27 (Cambridge University Press 2010).

(16) 参见[美]阿丽塔·L. 艾伦,理查德·C. 托克音《美国隐私法:学说、判例与立法》,冯建妹等编译,中国民主法制出版社 2004 年版,第 14-15 页。

(17) Prosser, *Privacy*, 48 California Law Review 383 (1960).

(18) Richard G. Turkington & Anita L. Allen, *Privacy* 24 (2d ed., West Group 2002).

(19) Richard G. Turkington & Anita L. Allen, *Privacy* 24 (2d ed., West Group 2002).

从消极保护到具体确权是人格权制度重要的发展趋势,其一方面体现为具体人格权类型的增加和一般人格权的确认,另一方面体现为人格权规则的日益细化和丰富。例如,1991年的《魁北克民法典》、2009年的《罗马尼亚民法典》都有十多个条文规定了人格权,《埃塞俄比亚民法典》专门在第一章第二节规定人格权,采用了24个条文规定了人格权(第8条至第31条)。《巴西新民法典》第一编第一题第二章以专章的形式“人格权”)对人格权作出了规定,从第11条至第21条采用了11个条文对人格权作出了规定。《秘鲁共和国新民法典》第一编“自然人”)第二题专门规定了人格权,该题从第3条至第18条共16个条文规定了人格权,该编第三题对“姓名”作出了规定(第19条至第32条),两题加起来一共30个条文。

从消极保护到积极确权的发展过程表明,人格权与侵权法开始出现了相互区分的发展趋势,二者是相互衔接、相辅相成的。从我国立法经验来看,我国民事立法历来重视区分人格权规则与侵权法规则,1986年《民法通则》在第五章第四节详细规定了民事主体所享有的各项人身权,其中主要是人格权,如全面规定了生命健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、婚姻自主权,实现了对具体人格权的全面确权。从比较法上来看,我国《民法通则》以如此多的条文对人格权问题加以规范,可谓开创了世界民事立法历史的先河,并因此被称为“民事权利宣言书”。但《民法通则》在对人格权进行确权的同时,又同时在民事责任一章中对侵害人格权的责任作出了规定。⁽²⁰⁾ 2017年3月15日颁布的《民法总则》将人格权置于各项权利之首,通过3个条款(第109、110、111条)对人格权的权利内容再次加以系统确权,丰富了《民法通则》的人格权类型,增加了身体权与隐私权,明确将生命健康权拆分为生命权与健康权,构建了“一般人格权+具体人格权”的人格权体系,此外,该法还首次对个人信息加以规定。从《民法总则》关于民事权利的其他规定来看,立法者旨在将其留待民法典分则中予以具体完善。同时,该法也专门规定了民事责任,该法第179条所规定的责任方式也可以适用于人格权的保护。这表明,《民法总则》区分人格权法与侵权法规则,并且强调人格权规则与侵权法规则的有效衔接,通过正面确权与消极保护,构建了积极确权的保护模式,这也是我国民事立法的经验。

二、侵权责任编集中规定人格权将产生体系违反现象

体系是具有一定的逻辑系统所构成的一个制度安排,法典化就是体系化,体系化是法典的生命,民法典体系就是由具有内在逻辑联系的制度所构成的具有内在一致性的价值所组合的体系结构,其中各项制度又是由具有内在逻辑的规范所构成的整体。“民法典的制定乃基于法典化的理念,即将涉及民众生活的私法关系,在一定原则之下作通盘完整的规范。”笔者认为,通过立法确认和保护人格权是现代民法重要的发展趋势,人格权独立成编本身就是提升民法典体系化的重要举措,相反,在侵权责任编中集中规定人格权制度,并不符合民法典形式体系的要求,主要理由如下:

第一,在侵权责任编集中规定人格权制度不利于民法典的体系化。从民法典体系来看,民法总则是采取提取公因式的方式,对民事法律关系的主体、客体、民事法律行为等共性问题作出的规定,而民法典分则则是以民事权利为主线而展开的。德国潘德克顿五编制模式并没有将人格权独立成编,这也使其明显存在“重物轻人”的体系缺陷。如果我国民法典将人格权独立成编,则可以弥补这一传统民法典立法模式的体系缺陷。此外,还应当看到,我国民法典分则具有一个很重要的特点,即通过独

(20) 该法第106条第2款规定“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任。”

立的侵权责任编对侵害民事权利的行为作出侵权责任的系统规定,而认定侵权责任的前提必须已经对各项民事权利作出规定。就人格权保护而言,侵权责任法是救济法,而人格权法是权利法,权利必须走在救济之前,这也是立法科学性的具体体现。尤其应当看到,我国《民法总则》第2条在规定民法的调整对象时,将民法的调整对象确定为“人身关系和财产关系”,财产关系已经在分则中分别独立成编,表现为物权编、合同编,而人身关系主要分为两大类,即人格关系和身份关系,身份关系将表现为婚姻编、继承编,如果在侵权责任编中集中规定人格权,而不设置独立的人格权编,也不符合《民法总则》所确立的民事权利体系,使得民法典各分编的规则与民法总则规定之间的不协调,也将使我国民法典产生传统大陆法系国家民法典立法模式“重物轻人”的体系缺陷。

第二,在侵权责任编集中规定人格权制度将打乱侵权责任编的体系。众所周知,我国现行《侵权责任法》的体系是按照总分结构构建起来的,总则是对侵权责任的一般规则所作出的规定,而分则则是按照特殊主体+特殊归责原则所构建的规则体系,特殊的归责原则指过错责任之外的归责类型,如严格责任、过错推定责任等。首先,如果将人格权侵权作为侵权责任编总则中的独立一章,由于其既不属于对特殊主体的规定,又不属于对特殊归责原则的规定(侵害人格权主要还是适用过错责任原则),这将与现行《侵权责任法》的立法体系相冲突,出现反体系的现象。可见,如果在侵权责任编中对人格权进行集中规定,可能需要重新构建现行侵权责任法的体系,这意味着我们将浪费2009年以来所积累的侵权责任法宝贵立法经验,也将打乱整个侵权责任法所建构起来的理论研究与教学体系。其次,人格权独立一章在侵权责任编的分则部分也没法实现,将面临立法技术上的难题。以生命权、健康权、身体权为例,不论是动物致人损害责任还是机动车交通事故责任,抑或是环境污染侵权责任、物件致人损害责任,都存在着侵害个人生命权、健康权、身体权的情形,显然难以将其规定在侵权责任编分则部分;同样,如果将人格权规定在侵权责任编总则部分,也无法全部涵盖人格权的规则。

第三,在侵权责任编集中规定人格权制度将打乱绝对权保护的体系。从我国民事立法来看,物权、知识产权等绝对权都是通过单行法确权+侵权法规则予以保护的。例如,虽然学理上普遍认为,物权保护应当适用物权独有的保护方法,即物权请求权,但司法实践对于物权受侵害的情形多通过侵权法来保护,且现行物权法中就存在大量的侵权法规则。侵犯人格权的规则只能在侵权责任编之中规定,将形成一个逻辑问题,就是人格权本身是绝对权,物权、知识产权也是绝对权,都要受到侵权法的保护,为何侵害人格权的侵权规则只能置于侵权法之中,不能置于人格权法之中,而物权、知识产权的侵权规则却能够置于物权法和知识产权法之中,不必要全部包含在侵权法之中?但如果将侵害物权、知识产权等规范都在侵权责任编中集中规定,不仅需要重构侵权责任编的体系,与现行物权法、知识产权法也将发生严重的冲突,导致现行物权、知识产权法的内容体系被打乱,而且还会使侵权责任编的规则体系过于庞杂。同理,有学者认为将人格权法单独成编实际上是肢解了《侵权责任法》的完整体系,此种观点也是难以成立的,因为侵权责任法是关于侵权责任的一般规则,而就特定的民事权利而言,其会有一些特殊的侵权规则,难以甚至不可能全部规定在侵权责任法中。正是基于这样的事实,物权法、知识产权法中也才会存在自身的侵权法规则,而并未全部包含于侵权责任法之中,人格权也理应如此。况且,人格权相对于这两大财产权利而言,其地位无疑更为重要,若以侵权责任编包含了人格权侵权规则为由反对人格权的独立成编,这实际上意味着人格权法的立法地位不如物权法与知识产权法,此种论断可谓让人匪夷所思。

第四,在侵权责任编集中规定人格权制度不利于构建人格权法自身的体系。从人格权制度本身来看,其已经形成了自身完整的体系,一方面,人格权的类型体系已经十分丰富,形成了一般人格权+

具体人格权的权利类型体系;另一方面,每一项人格权的内涵、效力等已经十分细化和丰富,司法裁判中也进一步丰富了各项人格权的内涵、效力等。如果只是在侵权责任编中对各项人格权进行简单列举,将难以构建完善的人格权体系。事实上,人格权法涉及的范围十分宽泛,远远超出了侵权法的涵盖范围,无论是人格权的内涵,还是人格权的行使、利用、限制等一系列问题,都远远超出了侵权法规则的涵盖范围。举例而言,从两大法系来看,侵害姓名权的案件最典型的是假冒行为,⁽²¹⁾但姓名权纠纷则远远超出了这一范畴。比如说,涉及姓名的行使、利用、变更,以及利用他人的名声获取利益,等等,这些显然已经超出了侵权法保护的范畴。⁽²²⁾在我国,出现了很多姓名命名的纠纷,如个人的姓名不符合公序良俗,或者应该从父姓或者母姓,能否随意取名等,这些纠纷本身并不涉及侵害他人权利的问题,而是姓名权的本身如何界定,能否对其进行限制,以及如何限制等问题,这些问题显然不是侵权法所调整的范围。例如,在最高人民法院发布的第89号指导案例“‘北雁云依’诉济南市公安局历下区分局燕山派出所公安行政登记案”中,法院认为,“公民选取姓氏涉及公序良俗……如果任由公民仅凭个人意愿喜好,随意选取姓氏甚至自创姓氏,则会造成对文化传统和伦理观念的冲击,违背社会善良风俗和一般道德要求”因此,该案中孩子的父母“仅凭个人喜好愿望并创设姓氏,具有明显的随意性”属于有违社会公序良俗的表现,因此,公安机关不准许户口登记的行为是合法的。⁽²³⁾该案即涉及姓名的命名问题,显然难以为侵权法规则所涵盖。

三、侵权责任编替代人格权编将影响侵害人格权责任的准确认定

“权利的存在和得到保护的程序,只有诉诸民法和刑法的一般规则才能得到保障。”⁽²⁴⁾如前所述,人格权法是权利法,侵权责任法是救济法,其是对民事主体在民事权益遭受损害之后提供救济的法律,即在权利受到侵害以后对受害人予以救济的法。但二者又是相辅相成、相互配合的,一方面,权利法是界定救济法适用范围的前提,侵权责任法作为调整在权利被侵害以后形成的社会关系的法律,其解决的核心问题是,哪些权利或利益应当受到其保护。⁽²⁵⁾另一方面,救济法又是权利法实现的保障,且救济法可补充权利法在权利保护规则上的不足,并可以限制法官在立法者的预设范围之外自由创设新的权利类型。因此,实现权利法和侵权法的有效衔接,是全面保障私权的最佳方式。

但是,试图通过救济法确认权利的类型和内容是不现实的,也是救济法难以承受之重,如果不在民法典中设置独立的人格权编,则侵权责任编的立法将遇到一个难题,即如何具体确定各项具体人格权的内容和范围,以及如何认定侵害人格权的责任?笔者认为,如果不设置独立的人格权编,而以侵权责任编替代人格权编,将不利于准确认定侵害人格权的责任,主要理由在于:

一是难以明确侵权法保护的权益范围。虽然《侵权责任法》第2条第2款列举了8项具体人格权,但各项人格权的具体范围是不清晰的,这将不利于各项人格权的保护。因为人格权的类型繁多,各项权利的权能也较为复杂,侵权责任法虽然可以规定侵害人格权的一般构成要件、责任形式等内容,但无法具体规定各项人格权的内容和权能,这可能就给法官认定侵权责任遇到困难。例如,就隐

(21) 参见克雷斯蒂安·冯·巴尔《欧洲比较侵权行为法》(下卷),焦美华译,法律出版社2001年版,第111页。

(22) 参见克雷斯蒂安·冯·巴尔《欧洲比较侵权行为法》(下卷),焦美华译,法律出版社2001年版,第110-113页。

(23) 山东省济南市历下区人民法院(2010)历行初字第4号行政判决书。

(24) [美]彼得·斯坦、约翰·香德《西方社会的法律价值》,王献平译,中国人民公安大学出版社1989年版,第41页。

(25) 参见欧洲侵权法小组编著《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第52页。

私而言,其包括私生活秘密、通讯安全、个人财务隐私安全、未成年人隐私的保护、住宅隐私的保护、公共场所隐私的保护等内容。如果法律不对隐私权的内容、隐私权的限制规则以及隐私权保护与舆论监督的冲突解决规则等作出规定,则既不利于权利人主张权利,也难以以为法官提供明确的裁判规则。从我国现行立法来看,不论是《侵权责任法》还是《民法总则》,在保护隐私权时仅规定了“隐私权”三个字,这显然无法为解决大量的隐私权纠纷提供明确的裁判规则。如果法律不对隐私权的内涵作出界定,在隐私权纠纷中,哪些情形下应当保护权利人的隐私权,哪些情形下应当优先保护个人的行为自由等其他利益,将完全交由法官进行判断,这可能不利于隐私权的保护,也可能导致司法裁判的不统一。

二是难以为过错的认定提供明确的标准。“过错是一个社会的概念”⁽²⁶⁾,其通常是指行为人违反了法律上确定的应当作为或者不作为的义务,或一个合理人应当尽到的注意义务。义务的确是过错认定的前提,侵害人格权的行为通常违反的是法定义务,这一法定义务应当由人格权法进行全面确认。例如,就肖像权而言,《民法通则》第100条规定了肖像权保护规则,该条规定“公民享有肖像权,未经本人同意,不得以营利为目的使用公民的肖像。”但现实中大量存在非以营利为目的而以侮辱、诽谤的方式侵害他人肖像权的行为,此种情形下,行为人是否具有过错,需要法律作出明确规定。因此,人格权编有必要规定,任何组织和个人未经许可不得使用他人肖像,不得以歪曲、侮辱或者其他不正当方式侵害他人的肖像权。如此才能够在涉及此类侵权行为时为法官判断过错提供明确的标准。

还应当看到,与侵害财产权的情形不同,在侵害人格权的情形下,在判断行为人是否具有过错,需要进行更为复杂的利益衡量,侵害财产权的过错判断是比较简单和明晰的,即只要造成财产的损失,不论是故意还是过失,行为人都要承担责任,但侵害人格权的侵权责任需要考量多种利益,而不能简单地适用侵权责任的一般构成要件。例如,住宅和公共场所中虽然都存在隐私,但其保护程度是不同的;再如,同样是在公共场所,公众人物和一般人隐私的保护也是有差异的,这都涉及对权利本身的确认和具体保护问题,而不是仅简单套用侵权责任的构成要件。也就是说,人格权在遭受侵害时,判断侵权责任是否成立所要进行的利益考量更为复杂,需要平衡各种冲突的利益。⁽²⁷⁾正如考茨欧(Koziol)所指出的,从比较法上来看,各国都比较重视侵害人格权尤其是精神性人格权情形下的利益平衡。例如,在奥地利,法律对各项具体人格权作了十分明确的区分,在侵害生命权、身体完整权、自由等最有人格权益的情形下,将直接认定行为人有过错;而在侵害其他人格权益(如肖像权、隐私权、人格尊严)的情形下,在判断行为人是否具有过错时,则需要考虑与此相冲突的其他利益。⁽²⁸⁾

三是难以为责任的减轻和免除提供明确的标准。侵权责任编中责任减轻和免除的规则无法直接适用于人格权侵权的情形。我国《侵权责任法》第三章对责任的减轻和免除规则作出了规定,但其无法直接适用于所有人格权侵权的情形,因为每种人格权的内涵不同,其所涉及的利益关系也不同,这也决定了侵害各类具体人格权的责任限制规则应当是个性化的,需要法律分别作出规定,而无法一概适用侵权责任一般的责任减轻和限制规则。例如,隐私权可能因为权利人是公众人物而受到限制,而肖像权则可能因为合理使用而受到限制。在瑞士法中,在侵害人格权的情形下,如果没有抗辩理由,则将认定行为具有过错,在判断抗辩事由能否成立时,需要考虑将受害人的利益与相对应的私法和公

(26) Andre Tunc, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 4, Torts, Introduction, J.C.B. Mohr, Paul Siebeck, Tübingen, 1974, p. 63.

(27) Larenz & Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II/2, 1994, S. 491.

(28) E. Kamber & H. Koziol, *Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform: Verhandlungen des fünfzigsten Österreichischen Juristentages Innsbruck 2003*, S. 34-35.

法的利益相比较,如果相关人格利益的保护是不重要的,则行为人的过错就可能会被排除。⁽²⁹⁾可见,与财产权不同,在认定侵害人格权侵权责任的免责和减轻责任事由时,需要进行更为复杂的利益衡量,之所以存在此种差异,是因为各项人格权本身的内容、权能的差异性,如果没有对权利内容和权能的确认,法官可能很难把握各个构成要件的差异。例如,未经他人许可,披露了他人的私密信息,这些信息可能并没有导致受害人社会评价降低,反而可能提升其社会评价,从侵害名誉权的角度观察,其可能不构成侵权,而从隐私权的角度,其可能构成侵权。此种情形在实践中经常存在,如果法律只是简单列举各项人格权,而不具体规定其具体内容,则法官在判断这类侵权时,针对不同的侵权,要考虑行为的性质、严重性、损害后果、行为的动机和目的等,具体认定具体人格权的内容,这可能赋予法官过大的自由裁量权,也可能产生同案不同判的结果,影响司法的统一。

此外,如果以侵权责任编完全替代人格权编,也会遇到一个立法上的难题,即是否需要具体列举侵害各项人格权的侵权责任?抑或仅仅通过侵权责任的一般条款保护人格权?⁽³⁰⁾显然,仅仅通过设置类似于《德国民法典》第823条第1款的过错责任的一般条款,也不足以保护人格权,因为在人格权纠纷中,可能需要依靠法官根据具体案情判断是否构成侵权,这必然造成“同案不同判,同法不同解”的后果。同时,由于每一项人格权的内涵、权能等都是十分丰富的,在侵权责任编中全面列举侵害每一项人格权的侵权责任,也可能导致侵权责任编的规则过于庞杂和繁琐。事实上,列举人格权内容、权利行使等规则并不是救济法的功能,而应当交由权利法解决。由此也说明,侵权责任编在功能上也无法完全替代人格权编。

四、强化人格权保护应有效衔接人格权编与侵权责任编

在设置人格权编后,就侵害人格权的侵权责任,存在人格权编与侵权责任编的衔接问题,这首先需要明确两法各自不同的调整范围。从功能上看,人格权法是权利法,侵权责任法是救济法,权利必须走在救济之前,救济不能代替确权,这也是立法科学性的具体体现。按照这一逻辑,首先应当由人格权法对各项人格权的内涵、类型等作出规定,确定各项人格权的边界和其他人的具体行为义务,然后再由侵权法对各项人格权提供救济。各项人格权的内涵十分丰富,在民法典总则编或者侵权责任编中对各项人格权进行简单列举,既无法明确各项人格权的边界,难以有效区分各项人格权,也不利于有效保护人格权。最佳的方式是在人格权编中对各项人格权的内容、效力、行使规则等作出细化规定,这也可以为侵犯人格权责任的认定提供明确的前提和标准。⁽³¹⁾当然,也正是因为有侵权法的保护,才使得人格权获得充分的保障和实现。正是从这个意义上说,人格权法与侵权法是相互配合、相得益彰的。

人格权法作为权利法,应当重点规范四个方面的内容:

第一,规定人格权的类型和内容。每一项人格权都具有其自身的作用或功能,这些权能不是单一的,各项权能的结合共同构成了人格权的内容。例如,肖像权具有形象再现权、肖像使用权、转让等权能。不论是自然人人格权,还是法人、非法人组织人格权,也不论是具体人格权,还是一般人格权,都具有十分丰富和复杂的权利内容,不可将各项权利混淆。例如,名誉权的内容不同于肖像权的内容,而自然人的姓名权与法人的名称权在内容也不完全相同(因为法人的名称权可以转让,而自然人的姓

(29) A Bucher, *Natuerliche Persoenen und Personenlichkeitsschutz*, Helbing & Lichtenhahn, 1995, S. 162 ff.

(30) 参见克雷斯蒂安·冯·巴尔《欧洲比较侵权行为法》(下卷),焦美华译,法律出版社2001年版,第108页。

(31) 参见黄忠《人格权法独立成编的体系效应之辨析》,载《现代法学》2013年第1期。

名权不能转让)。侵权责任法是救济法,其无法对各项人格权的内容作出全面规定,这就需要在人格权法中对其作出规定。

第二,规定相对人所应当负有的义务。一方面,人格权法应当确定各项人格权的边界和其他人的具体行为义务,然后再在此基础上规定侵害人格权的侵权责任。每一项人格权的内涵都极为丰富,同时,这些权利也都对应着相对人应当负有的义务。这些内容是侵权法无法规范的,只能通过人格权法作出具体规定,从而为判断是否构成侵权提供前提和标准。例如,如果确认住宅等私人空间属于隐私权的内容,而不仅仅是财产权,那么,相对人就负有不得非法窥视、搜查、侵入他人住宅等私人空间的义务。这首先需要人格权法对此作出明确规定,否则,让裁判者仅凭借“隐私权”这一抽象概念去判断相关行为是否构成侵权,也不符合编纂民法典便于裁判的目的。另一方面,通过积极确权模式保护人格权也有利于划定个人行为自由的界限。权利的核心和本质是类型化的自由,确认权利本身既有利于明确权利行使的范围和方式,也划定了他人行为自由的界限。就人格权保护而言,仅通过侵权法保护人格权,而不从正面规定人格权的内容和效力,将难以划定权利人和第三人行为自由的界限,从而难以有效发挥维护行为自由的功能。

第三,规定人格权的行使、利用以及人格权限制的规则。按照传统观点,人格权属于消极防御性的权利,权利人无法积极行使人格权,也无法积极利用其人格权,但现在一般认为,人格权已经成为一项可以积极行使的主观权利,^[32] 权利人可以积极行使和利用其大部分人格权益。这就需要法律对人格权的行使、利用规则作出规定,如规定人格权利用的方式、可进行利用的人格权益的范围等,侵权法作为救济法,显然难以对此类规则作出规定。此外,为了维护公共利益、社会秩序等,在法律上有必要对于人格权作出一定的限制,这些限制规则不能在侵权责任法中规定,而只能由人格权法加以规定。例如,法律应当规定公众人物人格权限制的规则、人格权不得滥用规则以及人格权与言论自由的冲突解决规则等。

第四,规定对人格权进行特殊保护的规则。人格权的保护也存在一些特殊规则,无法在侵权责任编中进行细化规定,而应当规定在人格权编中,具体而言:一是精神损害赔偿。我国《侵权责任法》第22条规定“侵害他人人身权益,造成他人严重精神损害的,被侵权人可以请求精神损害赔偿。”从该条规定来看,精神损害赔偿仅适用于人身权益遭受侵害的情形,其中主要是人格权益。但该条的规定十分简略,关于确定精神损害赔偿数额的考量因素、法人是否可以享有精神损害赔偿请求权、侵害死者人格利益的精神损害赔偿等问题,该条均没有作出规定,这就需要我国民法典对其作出细化规定。在我国民法典编纂不对现行《侵权责任法》进行大幅修改的情形下,应当将精神损害赔偿责任的细化规则规定在人格权编中。二是恢复名誉、赔礼道歉等责任形式也主要适用于人格权,《侵权责任法》的规则也十分简略,如就赔礼道歉而言,如果责任人不主动承担此种责任,是否可以在媒体上公布判决书,或者通过罚款等方式实现对责任人的间接强制等,也应在人格权编中对其作出细化规定。三是禁令。对于一些针对人格权保护的新型责任方式,如禁令等,也应当规定在人格权编中。从比较法上看,在人格权遭受威胁或者持续侵害的情形下,几乎所有的法律体系中都采用了禁令制度。^[33] 禁令制度的功能和适用条件具有特殊性,如对直接或者间接预防不法侵害,禁令的适用并不

[32] 王泽鉴《人格权法》,北京大学出版社2013年版,第252-257页。

[33] E Guldix & A Wylleman, 'De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgisch privaatrecht', 1999, 36 TPR 1589 at 1645 ff.

要求具有不法性,也不要求具有过错,^[34]对互联网和大数据时代的人格权保护具有重要意义,我国人格权编应当对其作出规定。因此,我国民法典人格权编有必要规定民事主体有证据证明他人正在实施或者即将实施侵害其人格权益的行为,如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以依法向人民法院申请采取责令停止有关行为的措施。例如,在“钱钟书书信案”中,北京市第二中级人民法院在充分考虑该案对社会公共利益可能造成的影响后,准确地作出了司法禁令,禁止被告从事拍卖书信的行为,既有效保护了著作权人权利,又保护了原告的隐私权。^[35]禁令制度主要适用于人格权侵权,而不适用于财产权,因此,不宜将其规定在侵权责任编中,而应当规定在人格权编中。四是回应权(droit de réponse)。该权利是指定期发行的媒体,如果其中的报道涉及特定的个人,则相关的个人有权在法定期限内就相关事实作出回应。回应必须针对报道,而且必须在规定的期限内作出,相关的媒体也有义务刊载。从比较法上看,一些国家在侵害名誉、隐私等情形下,也明确规定了受害人的回应权^[36]。回应权由法国法首创,《瑞士民法典》在1983年法律修订时增设第28g~28l条,对回应权作出了规定。我国民法典人格权编也可以考虑对此种救济方式作出规定。五是请求撤回、更正、修改、补充。这些责任形式本身就是人格权积极权能的体现。在人格权遭受侵害的情形下,这些补救措施比恢复原状可能更有效率,对受害人救济而言,恢复名誉比金钱赔偿可能更为有效。^[37]我国民法典人格权编也可以考虑对这些责任形式作出细化规定。当然,侵权责任编可以就侵害所有财产权和人身权的侵权责任方式作概括、抽象的规定。例如,我国《侵权责任法》第15条所规定的8种责任形式仍然应当保留。因为侵权责任编对侵权责任形式的一般规则作出规定,与人格权编对侵害人格权的责任形式作出细化规定之间并不冲突。

为进一步有效衔接侵权责任编与人格权编的规则,侵权责任编中应当设置相关的引致性规范,规定在人格权编对侵害人格权的侵权责任有特别规定的,应当适用人格权编的规则,这有利于实现侵权责任编与人格权编的衔接。在侵权责任编中设置此种引致条款,一方面有利于明确侵权责任编的规则可以适用于人格权制度。也就是说,如果人格权编没有对侵害人格权的责任作出特别规定的,则可以适用侵权责任编关于侵权责任的一般规则,这正如物权法、知识产权法如果没有对侵害物权、知识产权的责任作出特别规定时,可以适用侵权责任的一般规则一样,可以实现人格权制度与侵权法规则的有效衔接,从而实现立法的简约。另一方面,引致规范的设置也有利于明确侵权责任编规则与人格权编中侵害人格权的责任规则之间的关系。从法律适用层面看,侵权责任编所设置的侵权责任规则在性质上应当属于一般规范,而人格权编中关于侵害人格权的侵权责任规则应当属于特别规范,其应当优先适用,在侵权责任编中设置引致规范,有利于明确两类规范的关系和适用规则,从而便于法律规则的准确适用。

还应当看到,即便侵权责任编对侵害人格权的责任作出了规定,也不应影响人格权编的设置,人格权编的设置与侵权责任编的保护规则是相辅相成、相互配合的,二者共同发挥保护人格权的作用。由于涉及与侵权责任编规则的协调,人格权编的一些规范确实有可能是不完全规范,但其并非不具有任何裁判价值,其仍然可以对人格权益的内容与行为人的具体行为义务作出规定,与侵权责任编规范相结合,同样可以发挥裁判规范的作用。同时,即便人格权编的一些规范是不完全规范,其仍然具有

[34] U Kerpen, Das internationale Privatrecht der Persoenlichkeitsrechtsverletzungen, 2003, S. 26.

[35] 参见《钱钟书书信案引出新民诉法首例诉前禁令》,载《法制日报》2014年2月26日,第5版。

[36] U Kerpen, Das internationale Privatrecht der Persoenlichkeitsrechtsverletzungen, 2003, S. 134.

[37] Neethling, JM Potgieter & PJ Visser, Neethling's Law of Personality, LexisNexis South Africa, 2005 p. 171.

行为规范的作用,设置此类规范具有重要的立法框架价值,从而构成行政执法行为的私法基础。换言之,人格权编的规范不仅具有裁判的司法价值,也同样具有行为引导价值与规范行政权行使的价值。诚然,人格权的类型基于人身自由和人格尊严的价值而必然具有开放性,⁽³⁸⁾而且每一种人格权的概念也必然存在核心领域和边缘领域,但这与人格权独立成编并不矛盾。因此,人格权编在保持人格权类型开放性的同时,总结现有法律、法规和司法解释,对各项具体人格权的核心内容和边界进行界定,对其他主体所负有的行为义务进行尽量清晰地规定,这有助于侵权责任编规则的适用,也可以为衡量人格权与其他不同价值之间关系提供价值框架和规范基础。

五、结语

“世易时移,变法宜矣”,人格权法独立成编与侵权责任法的独立成编都是我国民法典体系的创举,是对大陆法系国家民法文化的重要贡献。我们要从中国实际出发,秉持民主立法、科学立法的原则,制定面向21世纪的民法典。我国正在编纂的民法典应当根据十九大报告的精神,加强人格权立法,并使其在民法典中独立成编。同时,也要衔接好人格权编与侵权责任编的关系,为解决21世纪人类共同面临的人格权保护问题提供中国智慧、中国方案。如此,才能使我国民法典真正屹立于世界民法典之林。

The Distinction and Articulation between the Book of the Personality Rights and That of the Tort in the Chinese Civil Code

Wang Liming

Abstract: From the point of view of the historical evolution of personality rights, there is a tendency from negative protection to positive affirmation. The Chinese law also pays much attention to the articulation between personality rights and tort law. It will be meaningful for the Chinese Civil Code to establish an autonomous book of personality rights. If the detailed rules of personality rights were incorporated into the Book of tort, the coherence of the Code would be compromised, and the protection of personality rights would be negatively influenced. Consequently, the requirement of the Report of the 19th CCP National Congress should be implemented and the protection of personality rights is to be reinforced. For such purpose, it will be significant to establish an autonomous book on personality rights and to articulate its relation with the book of tort.

Keywords: Civil Code; book of personality rights; book of tort; coordination of the book of personality rights and the book of tort.

(责任编辑:丁洁琳)

(38) 参见马俊驹《人格与人格权立法模式探讨》,载《重庆大学学报》(社会科学版)2016年第1期。