

人格权的属性：从消极防御到积极利用

王利明^{*}

摘要 人格权制度本身具有开放性。随着社会经济的发展,人格权的类型越来越丰富。天赋人权理论虽然能够一定程度上论证人格权保护的正当性,但无法解决人格权确认、发展和保护等具体制度问题。时至今日,人格权不仅具有消极防御的属性,也日益具有积极利用的特征。这不仅体现在精神性人格权的积极使用上,也体现在物质性人格权的必要支配上。人格权消极防御与积极行使并存的特征,意味着仅仅通过对人格权类型的简单列举加上侵权法的救济规范,难以实现人格权的充分保护和有效利用。只有通过强化人格权立法,并在民法典中独立成编地规范人格权,才能充分回应社会需求,建立科学的、面向未来的人格权制度。

关键词 人格权 消极保护 物质性人格权 精神性人格权 民法典人格权编

在民法典分则编纂的过程中,对人格权是否应当独立成编争议很大,其中也涉及对人格权属性的不同认识。反对人格权独立成编的观点认为,人格权属于防御性权利,主要受侵权法保护。因此,只要在总则中集中列举人格权的类型,再辅之以侵权责任编的相关规定,即可有效保护人格权。简单说,通过“简单列举人格权类型+侵权责任方式”的立法模式已足以保护人格权,而无须通过独立的人格权编对人格权予以详细规定。笔者不赞同此种观点,认为人格权兼具消极防御和积极利用的效力,在此基础上应通过独立的人格权编确认各项人格权的类型和内容。以下就此问题做初步探讨。

^{*} 中国人民大学法学院教授,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究人员。

一、消极防御权说忽视了人格权所应有的法定性

将人格权定位为消极防御权与人格权天赋说具有密切关联。在一定程度上,法国法之所以始终没有形成完备的人格权规范体系,其中重要的原因之一便是受到“人格权天赋”这一自然法思想的影响。法国《人权宣言》与《1791年宪法》将人权明确宣示为自然权利,这意味着人格权是一种不言而喻的天赋人权,间接地催生了“人格权不需要民法加以系统确认,而只需要交由侵权法的一般条款(《法国民法典》第1382条)予以概括保护即可”的认识。^{〔1〕}如法国学者Nerson指出,人格权的主体是人,在这个基础上,不能转而再认为一个人具有对生命的权利、对身体完整的权利、对名誉或荣誉的权利。也就是说,在损害发生之前,受到民法典第1382条保护的受害者完全没有什么“抽象的”权利,其权利仅仅在损害发生之后才出现。^{〔2〕}与此类似,在德国人格权理论形成的过程中,也有一种观点认为,人格权是一种“消极权利”,是一种与生俱来、终生相伴的法定权利。其取得无须主体的积极行为,也不能发生任何变更、转让和放弃。此种权利仅存在“不受侵害”的问题,其本身并不存在权利人以积极行为“行使权利”的问题。^{〔3〕}具体而言,生命、身体、自由等人格权在性质上均为绝对权。绝对权的成立不以法律赋予其积极内容为必要,一般人均负不得侵害的义务。^{〔4〕}按照该观点,人格权在性质上属于防御权,其功能在于维护个人人格的完整性。在这一功能定位之下,人格权主要受主体制度和侵权法规则调整,对于与个人主体资格存在密切关联的人格权,如姓名权,可以规定在主体制度之中,而对于其他人格权益,则可以借助侵权法规则对其加以保护。与上述观点类似,我国也有学者认为,我国民法典只需要在总则中集中列举人格权的类型,再辅之以侵权责任编的相关规定即可有效保护人格权。^{〔5〕}

本文认为,毫无疑问,天赋人权的意义在于增进权利取得的道德性和正当性,^{〔6〕}同时避免和限制国家对人格权内容及其行使的过度干预,但是并不能以此否认权利的实在性。对法律权利而言,权利的道德性及价值上的正当性都是和法律实在性相互联系的,道德性用于证成权利的正当性和保护的必要;法律实在性则是实在法提供具体保护的基础。实际上,债权、物

〔1〕 马特、袁雪石:《人格权法教程》,中国人民大学出版社2007年版,第15页。

〔2〕 Nerson, Les droits extrapatrimoniaux, thèse de droit, Lyon, Edition Bosc et Riou, 199, pp.356-363.

〔3〕 尹田:“人格权独立成编的再批评”,《比较法研究》2015年第6期,第5页。

〔4〕 龙显铭:《私法上人格权之保护》,中华书局1948年版,第2-3页。

〔5〕 参见中国社会科学院民法典工作项目组:“民法典分则编纂中的人格权立法争议问题”,《法治研究》2018年第3期,第20页。

〔6〕 参见汪志刚:“生命科技时代民法中人的主体地位构造基础”,《法学研究》2016年第6期,第35页。

权等权利受法律保护的正当性,也都可以说具有“与生俱来”的道德属性。

作为法律所保护的类型化的利益,任何权利都不可能脱离实在法而“自然”地存在。例如,就名誉权、肖像权等权利而言,中国几千年的封建社会并没有承认其属于权利。新中国建立后,这些权利在很长时期内也一直没有得到法律的承认。这也导致“文革”期间出现严重侵害人格权的现象,如挂贴牌、戴高帽、架飞机、剃阴阳头、脸上涂墨、游街示众等。正是基于对“文革”惨痛教训的反思,《民法通则》确认了公民和法人的各项具体人格权。《民法通则》颁行后,我国人格权的案件数量逐年增加,公民的人格权保护意识持续增长。这表明,我们不能简单地说人格权仅仅是天赋的结果。没有法律的确认,这些人格权无从获得承认与保护。

作为一种理论,天赋人权的观念强化了权利的道德合理性和权利来源的正当性,但该观念本身却不能清晰阐释权利的范围本身,也不能对人格权之间的关系作出细致的描述。人格权确认的是人格利益,这些人格利益反映的是我们对人及社会关系的本质性认知。人格利益存在归属的确定性、范围的确定性和关系的确定性问题,单纯依据天赋理论是无法解决在现代社会的上述确定性问题的。例如,大数据开发中涉及到个人信息的,有关利益应当归属于数据开发者还是信息权利人(前提是法律承认此种信息权),便需要权衡考量多重因素。人工智能的发展,涉及到人的声音、形体动作等的主体归属问题,天赋理论本身显然也无法解决上述问题。

另外值得说明的是,人格权天赋说只是表明了各项人格权存在的正当性,其与人格权的效力本身并没有直接关联。也就是说,即便承认人格权具有积极效力,也不会与天赋说相冲突。还应当看到,认为天赋说将当然推导出人格权属于纯粹的消极防御权,只有在遭受侵害时才能主张权利,实际上是混淆了“人格权”与“人格”的概念。在人格权制度产生初期,历史法学派的代表人物萨维尼则对人格权概念持批评态度。他认为,一个人无法拥有对自己的身体及其组成部分的权利,否则将导致个人享有自杀的权利。因此,个人对其自身的权利在实证法上也难以得到承认。^{〔7〕}历史法学派之所以对人格权概念持批评态度,是因为在他们看来,人格要素不能成为意思力的作用对象,无法满足“主观权利以法律所赋予之意思力为核心”的条件,^{〔8〕}这也导致人格要素不能通过权利被保护。^{〔9〕}而自19世纪末期以来,以德国学者噶莱斯(Karl Heinrich Franz von Gareis)为代表的学者提出应当区分主体资格和人格利益。^{〔10〕}人格权以人格利益为客体,权利人支配的是其人格利益,而并不是对人自身主体资格的支配。在

〔7〕 Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 1840, Bd I, S. 334.

〔8〕 Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 4. Auflage, C.H. Beck, 2004, S. 239.

〔9〕 Savigny, System des römischen Rechts, Zweiter Band, Berlin, 1840, S. 334.

〔10〕 Neethling, JM Potgieter & PJ Visser, Neethling's Law of Personality, LexisNexis South Africa, 2005, p.7.

此基础上,人格权作为一项主观权利在法律上得到了认可。^[11]换言之,既然人格权支配的是人格利益,只有借助法律的确认,才能使个人对其人格利益的支配合法化。

人格权作为一种法定的权利,实际上是法律对各项人格利益进行类型化规定的结果。即法律赋予了权利人对其人格利益享有支配的权利,这种支配意味着权利人可以行使甚至利用其人格权,这也符合法律规定人格权的目的。近代社会,自权利概念产生以来,就存在意志理论和利益理论^[12]两种解释路径。这两种理论其实都不否认权利人可以通过行使其权利而实现其意志和利益,人格权也不例外。一方面,作为一种主观权利,法律确认人格权时需要明确界定人格权的权利客体,从而使得权利人对其人格利益的处分成为可能。^[13]另一方面,法律确认了每项人格权益后,也必然需要对权利人控制、支配其人格利益的权利作出明确规定。从这一意义上说,人格权的积极行使也是人格权法定化的必然结果。如果其不能够行使和利用的话,则法律设定该权利的目的也就不复存在了。^[14]我国《民法总则》第110条规定:“自然人享有生命权、身体权、健康权、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。”该条所确认的各类人格权,除生命权外,都是可以积极行使的,甚至某些人格权是可以利用的,而非消极防御性的权利。^[15]

从历史发展来看,人格权的类型和具体内容是随着社会经济的发展而逐渐丰富,并获得法律确认的。正是通过法律的确认,人格权的行使和利用方式才日益多样化。一方面,各类新型人格利益得以确认。现代社会进入了一个互联网、大数据时代,科学技术发展日新月异,这也使得许多新型人格不断涌现。比如,随着大数据技术的发展,个人信息逐渐成为一项新型的人格利益;再如,在现代社会,随着影视技术、声控技术、网络技术等高科技的发展,声音的利用方式越来越多样化,声音的用途越来越广泛。声音可以直接发出指令、打开房门、开启电子设备(如开启电脑、手机等)和汽车等。声音的独特性具有替代指纹等其他个人特有标志的功能,并且越来越成为一种重要的人格标志。与此同时,复制、传播、模仿个人声音的方式方法越来越多,声音一旦被仿冒,就可能侵害个人的人格利益,也可能造成其他财产损害。这就有必要强化对声音利益的保护。^[16]正因为这一原因,一些国家的民法典(如《秘鲁新民法典》第15条)

[11] Leuze, Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert, 1962, S.93; Neethling, JM Potgieter & PJ Visser, supra note 10.

[12] 参见税兵:《超越民法的民法解释学》,北京大学出版社2018年版,第96页。

[13] Neethling, JM Potgieter & PJ Visser, supra note 10, at 12.

[14] Neethling, JM Potgieter & PJ Visser, supra note 10, at 24.

[15] 严格来说,本文所说人格权的利用,实际上指的是对人格要素(personality attributes,如肖像、名称等)的利用。

[16] 参见李林启:“论发展着的人格权”,《湖南科技大学学报(社会科学版)》2012年第3期,第82页;马俊驹等:“论法律人格内涵的变迁和人格权的发展”,《法学评论》2002年第1期,第39页。

明确规定了声音权。另一方面,法律确认某些人格权的财产利益,并允许一些人格权可以进行经济上的利用。按照传统观点,人格权在性质上属于纯粹精神性的权利,并不包含财产价值。而随着社会的发展,姓名权、肖像权的财产利益,尤其是个人信息、隐私中的财产利益不断显现。因此,许多国家开始采用公开权来概括这一类现象。“人格权上财产利益的肯定,非谓将人格权本身加以财产化,而是肯定个人的一定特征具有财产价值。”^[17]正是因为人格权财产利益的确认,人格权的行使和利用成为必然。尤其应当看到,法人和非法人组织的人格权的确认更加表明了人格权所应有的法定性。一些学者认为,人格权是与生俱来的权利,属于天赋人权。因此,只能由自然人享有,而不可能由法人享有。对于自然人来说,一般认为人格权是不可转让、不可继承,同时也是不可抛弃的,其始于出生,终于死亡。^[18]天赋说主要解释自然人的权利,但无法解释法人和非法人组织的人格权。但这一类人格权的出现对于人格权的体系产生了重大影响,这些权利天然具有财产属性,而且也不可能是天赋的和与生俱来的。法人和非法人组织的人格权都是可以行使和利用的。

总之,随着现代社会的发展,人格权的体系越来越庞杂,人格权体系本身具有开放性。天赋理论虽然能够论证人格权保护的正当性,但无法解决人格权的确认、发展和保护等问题。这就需要法律对人格权作出细化规定,从而使人格权取得法律的实在性,以更好地实现人格权的行使和利用,并实现法律设定人格权的目的。

二、消极防御权说忽视了物质性人格权所具有的积极权能

消极防御说的出发点在于“生命、身体、自由等,乃吾人所自然享有者,虽得由法律限制其范围,然不须由法律许可其享受。若就生命、身体、自由等人格的利益,认生命权、身体权、自由权等权利,则人为权利之主体,同时为其客体,且吾人即不能不认为各个人有自杀之权利”。^[19]这种认识与人格权的初始发展相联系。即刚开始对人格权的认知和研究主要局限在物质性人格权,即生命、身体、健康权之上,基于相应社会观念的限制,物质性人格权只突显其消极权能。正如萨维尼所说:“一个人是不能拥有对自己的身体及其各个组成部分的权利的,否则人就会拥有自杀的权利。”^[20]如果允许对生命和身体进行积极使用、收益和处分,自杀、器官买卖、卖淫等都将被认为是人格权行使的必然,这本身就是与人格权发展相违背的。

就学术发展历史来看,消极防御说最早可追溯到19世纪。如伽哈依斯认为:“对于其他人

[17] 王泽鉴:《人格权法》,北京大学出版社2013年版,第296页。

[18] Neethling, JM Potgieter & PJ Visser, supra note 10, at 13.

[19] 龙显铭,见前注[4],第2页。

[20] Savigny, supra note 8.

而言,法律并不要求其以积极的行为来帮助权利人实现这种权利(人格权),而只是要求他成为一个不作为的义务主体……。”〔21〕基尔克在讨论人格权的财产性问题时,从侧面提及了人格权的“不可转让”性。他认为“人格权是不能被当作财产权来理解的……原则上,人格权被当作一种自身最高的人格权利,但是这种最高的权利并不是可以转让的。”〔22〕这种人格权不可转让的观点在某种程度上启发了“人格权不可占有、使用、收益、处分”的论点。其后,拉伦茨也关注到了人格权的消极性问题。他认为:“人格权根据其实质是一种受尊重的权利,一种人身不可侵犯的权利。”〔23〕这种“人格权是一种受尊重权”的观点后来被进一步理解为了现时的“防御权能”。〔24〕

在我国,认为人格权具有“防御性”的学者提出“人格权之本质不在于使用、收益或处分人格利益,而在于防御”。认为人格权的目的“通常不存在与权利使用、收益或处分相关的规定;它不是实现目的的手段,其存在本身即为目的,因而无须像物权那样只有经由对权利客体的支配才能享有权利之益”。〔25〕这种观点是包含两个层次的:其一,人格权具有消极防御侵害的权能;其二,人格权不具有积极占有、使用、收益、处分的权能。自19世纪末到20世纪初期,这样的观念逐渐渗透到了立法与司法中。当时编撰的一系列民法典都是以人格权的防御性请求权为核心展开的。德国通过类推适用《德国民法典》第1004条关于物权请求权的规定,赋予人格权排除妨害和不作为请求权。〔26〕1912年的《瑞士民法典》第28条作为人格权保护的一般条款也赋予了权利人排除妨害等多种防御性请求权。而《日本民法典》则通过第709条对侵权行为的概括规定以及第710条、711条具体列举作为禁止加害对象的人格利益的方式对人格权加以保护。具体包括身体、自由、名誉和生命。〔27〕在法国,一开始是通过1804年《法国民法典》第1382条侵权责任法的概括性保护规定对个人课以不得侵害他人人格的绝对义务。〔28〕

应该认识到的是,以物质性人格权为考察重点,并得出人格权具有消极权能,具有一定的合理性。但随着社会发展和观念进步,人格权的类型有了很大的扩展,物质性人格权已远远不

〔21〕 Gareis, Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes, in: Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, Bd. 35(1877), S. 185 (199f).

〔22〕 Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1. 1895, S. 706. f.

〔23〕 (德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第379页。

〔24〕 温世扬:“论‘标表型人格权’”,《政治与法律》2014年第4期,第67页。

〔25〕 中国社会科学院民法典工作项目组,见前注〔5〕,第27页。

〔26〕 韩强:“人格权确认与构造的法律依据”,《中国法学》2015年第3期,第151页。

〔27〕 (日)星野英一:《私法中的人——以民法财产法为中心》,王闯译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第8卷),法律出版社1997年版,第181页。

〔28〕 参见石佳友:“人格权立法的历史演进及其趋势”,《中国政法大学学报》2018年第4期。

能胜任人格权的代表和基础。在精神性人格权日益发展的情况下,不少人格权都具有积极利用的权能。比如,权利人可以对其姓名权、名称权、肖像权等进行商业化利用。^[29]又如,个人信息权利保护的目的是旨在保护个人对其个人信息的自决。^[30]此种自决就包含了对个人信息的利用等自主决定权。^[31]可以说,这些权利现象代表了人格权在 21 世纪的最新发展,说明人格权并非仅具有防御性权利的功能,而且还具有积极保护和确认的人格权权能。

不仅如此,对权利和利益的深入研究表明,物质性人格权也有积极权能。在此方面,德国学者拉伦茨和卡纳里斯教授的观点就相当有代表性。他们认为,第 823 条第 1 款保护的“权利”和“法益”的主要特征是这些权利和法益具备“归属内容”(Zuweisungsgehalt)和“排除功能”(Ausschlußfunktion),而归属内容和排除功能是侵权保护的基础。归属内容指所有权人可以自由处置其物,而排除功能则指可排除他人的干涉。^[32]德国民法学理也将归属内容称之为积极权能或积极影响,即所有权人对物享有从事实上和法律上施加影响的全面权限;将排除功能称为消极权能或消极影响。因此,归属内容也被称之为利用功能(Nutzungsfunktion)。^[33]就生命、身体和健康等人格法益而言,拉伦茨和卡纳里斯教授认为,它们不仅具备排除功能,而且还具备归属内容,即还具有一些积极权能。按照拉伦茨和卡纳里斯的分析,上述人格法益的归属内容体现在,尽管它们不像所有权那样可以转让,但仍然存在个人可以“自由处置”的法益。即权利人在法律规定的范围内可以积极行使这些权益,自主地作出决定,尤其是在个人的生命、健康、身体等遭受一定的危险或可能遭受损害的情形下,权利人自主作出决定本身就体现了对这些权利的行使。^[34]换言之,允许许可他人侵害自己的身体、健康或承担受侵害的可能性本身就体现了归属内容。据此,生命、身体和健康法益不仅具有消极权能,而且还具有积极权能。

从人格权的社会现实来看,以拉伦茨和卡纳里斯教授的观点为代表的物质性人格权的观念具有合理性,主要表现在:

其一,许多国家承认患者享有拒绝无意义治疗的权利。如《魁北克民法典》第 13 条允许临

[29] 参见王泽鉴,见前注[17],第 530—531 页。

[30] 例如,中国人民银行《个人信用信息基础数据库管理暂行办法》第 17 条第二款规定:“征信服务中心发现异议信息是由于个人信用数据库信息处理过程造成的,应当立即进行更正,并检查个人信用数据库处理程序和操作规程存在的问题。”

[31] 参见韩强,见前注[26],第 142 页。

[32] Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Besondere Teil II 2, C.H. Beck, 13. Aufl., 1994, § 76 I 1a, S. 373 f.

[33] Althammer, in: Staudinger Kommentar, BGB § 903, 2016, Rn. 10-11; BeckOK BGB/Fritzsche, 2017, BGB § 903, Rn. 20.

[34] Larenz/Canaris, supra note 32, at S. 374.

终状态的患者拒绝无意义或者带来巨大痛楚的治疗,从而尊重患者本人的意愿。又如法国法虽禁止积极安乐死,但自2016年修订了著名的 Léonetti 法案后,允许临终状态的患者“深度且持续的镇静”,在不感到痛楚的情况下自然死亡。^[35]这也是人文关怀的具体表现,让人享有有尊严地离开人世的机会。其理论基础在于,生命权并不意味着人有“生存的义务”,而人格尊严意味着人不仅要有尊严地活着,而且还要有尊严地死亡。这实际上也是生命权、健康权行使的一种方式。

其二,在身体权方面,器官捐献就是权利人对身体的积极利用。器官捐献是指自然人自愿、无偿地捐献自己的器官、血液、骨髓、角膜等身体的组成部分甚至捐献全部遗体的行为。例如,在日本“X教派教徒输血案”^[36]中,法院明确提出患者对于自己身体的部分拥有自我决定权。目前各国法律普遍禁止器官的买卖和变相买卖,认为此种行为不仅违反公序良俗,而且可能引发道德危机,危害社会秩序。因此,器官买卖协议不仅是无效的,而且行为人可能还需要承担其他法律责任。但法律对器官捐赠则普遍持鼓励态度,因为随着医学技术的发展,器官捐献对救死扶伤、促进医学发展等具有重要意义。器官捐献行为也有助于弘扬社会主义的互助精神,并有助于医学的发展。因此,具有完全民事行为能力的自然人依法有权自主决定无偿捐献其人体细胞、人体组织、人体器官。个人对其身体组成部分进行合法捐赠,只要不违反法律规定和公序良俗,法律也不禁止。随着生物科技的发展,无偿代孕也得到了许多国家的承认。此外,人们日常生活中的很多活动都是积极行使身体权的表现,如自己刮胡子、剪指甲、剪掉手指上的死皮、献血,同意他人为自己理发、修眉毛、纹身,这些都体现了对身体、健康的处置或利用。

其三,在健康权方面,虽然《合同法》第53条禁止当事人之间订立造成对方人身伤害的免责条款,但这并不是说,健康权完全无法行使。如在特殊情形下依法进行的人体试验(如药物开发过程中的临床药物试验),就涉及试验者健康权的行使。又如我国《侵权责任法》第55条所规定的患者的自主决定权:在进行诊疗手术之前,医院如果进行手术等重大诊疗行为的,必须事先征得患者的同意才能进行相应的手术。这也是患者对自己身体权、健康权进行行使和处分的行为。上述实例表明,健康权也是可以积极行使,而非只能消极防御的权利。

三、消极防御说忽略了精神性人格权的积极行使和利用

消极防御权理论主要以物质性人格权为理论原型,其中心在于物质性人格权的消极防御

[35] Anne Laude, Bertrand Mathieu, Didier Tabuteau, *Droit de la santé*, Paris, PUF, 2009, p. 581.

[36] (日)五十岚清:《人格权法》,(日)铃木贤等译,北京大学出版社2009年版,第188页。

和保护,而忽略了精神性人格权的产生和发展。精神性人格权主要包括姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等。随着社会的发展,精神性人格权的商业利用已成为经济选择的必然。诸如姓名、名称的决定、变更与使用,肖像的拥有、再现、许可和公开,隐私的隐瞒、处分、自主使用权等都是人格权积极行使的体现。事实上,在人格权体系中,人格权作为一种开放的、发展中的权利,其中最为重要的发展表现在精神性人格权方面——许多精神性人格权在行使和利用方面逐渐扩张。

消极防御说忽略了精神性人格权的积极行使,无法回应现代社会发展的需求。随着经济社会的发展,尤其是现代大众传媒业的发展,个人姓名、肖像等精神性人格权益的利用方式越来越多样化。例如,光学技术的发展促进了摄像技术的发展,也提高了摄像图片的分辨率,使得夜拍图片具有与日拍图片同等的效果,这也使得对肖像权的获取与利用更为简便。同时,随着现代科学技术的发展,许多新型人格利益不断涌现。这些新型人格利益的利用也日益普遍,如个人特有的声音也可以成为经济利用的对象。再如,我们已经进入了一个大数据时代和信息社会,大数据技术能够有效整合碎片化的个人信息,实现对海量信息的分析和处理,而且通过共享发挥其经济效用。这也使得个人信息所包含的经济价值日益凸显。从比较法上看,许多国家都在立法或者司法实践中积极回应了人格权的积极利用问题。例如,德国联邦宪法法院在“人口普查案”中对“个人信息自主权”即主体对自己信息的控制、知悉、查阅、修改和删除权的创设。^{〔37〕}美国1974年《隐私法案》(Privacy Act)也对个人信息的利用作出了规定,如该法第552a条就规定了个人信息的利用问题。最近,美国加利福尼亚州也通过了《2018加州消费者隐私法案》,强化了消费者对其个人信息数据的处置权,堪称是全美各州最严网络隐私保护法规。欧盟《一般数据保护法》(GDPR)也对个人信息的积极利用作出了规定,例如,该法第6条即对个人信息处理的合法性作出了规定,其中也包括了个人信息的积极利用。

人格权消极防御说忽略了精神性人格权的积极利用,而这正是人格权在当代社会中的发展趋势。具体表现在如下几个方面。

第一,姓名权、名称权的积极行使和利用。姓名的主要功能在于防止个人身份的混淆,但随着社会的发展,姓名所具有的身份区分功能也使得其具有商业利用的价值。例如,在日本“暴力团成员更姓案”“近亲性侵受害者更姓案”中,则对当事人姓名变更权予以支持。^{〔38〕}德国联邦宪法法院在“真实表达自己姓名之权”裁定扣对姓名使用权进行了认可。^{〔39〕}再如,将名人姓名用于商业广告可以对商品或者服务的销售起到重要的促进作用。在德国法上,最先

〔37〕 参见《德国联邦宪法法院裁判选辑》(一),萧文生译,《司法周刊》1995年版,第288—384页。

〔38〕 参见张红:“姓名变更规范研究”,《法学研究》2013年第3期,第79页。

〔39〕 BVerfGE 97, 391, 408.

肯定姓名权中包含经济价值的案件是1959年的Caterina—Valente案。在该案中,联邦最高法院认为,在原告事先已经对其姓名进行商业化利用的前提下,应以假定的许可使用费作为损害赔偿的计算标准。在我国,依据法律规定名称权可以转让,在司法实践中姓名也可以用作商标或企业名称。从立法层面看,《民法通则》第99条规定:“企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。”该条对名称权的利用规则作出了规定,这一立法经验都应当在我国民法典中继续予以保留。

第二,肖像权的积极行使和利用。最初人格权保护的是身体的完整性,但人们逐渐认识到,肖像权,包括其中的经济价值,也有保护的必要。最先肯定肖像权中经济价值的案件是1956年的Paul Dahlke案,德国联邦最高法院在该判决中称,对肖像权的保护不仅体现在行为人未经许可利用他人肖像权时的经济赔偿责任,还体现在赋予权利人对其肖像享有“经济价值的专有权”(Vermögenswertesausschliesslichkeitsrecht)。即权利人有权据此许可他人有偿使用其肖像权,被告应当赔偿原告遭受的损失,该损失按照被告取得原告许可使用其肖像权所应当支付的费用计算。^[40]人格权的商业化利用以及人格权包含“财产”和“精神”两方面是未来的发展趋势。而在具有财产利益的前提下,人格权具有积极利用的权能。从立法层面看,我国《民法通则》第100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。”该条实际上肯定了肖像权不变的商业化利用。

第三,名誉权、信用权的积极行使和利用。传统上,法律关于名誉权的规则主要处理名誉权受到侵害后被保护的问题,但现代市场经济社会在名誉权的基础上又产生了一种新的名誉利益即信用利益。信用是一种对个人经济活动能力的评价,良好的信用既可以便利个人的经济活动,也可以通过为他人提供担保等方式而积极利用。同时,在信用权益遭受侵害时,权利人除遭受精神损害外,还可能遭受一定的财产损失,权利人有权请求行为人承担财产损害赔偿。从实践来看,随着个人信息的收集、“黑名单”设置、信用记录的收集等现象的出现,信息失真、记载错误等也给相关当事人的社会生活和经济交往活动带来了不良影响。在行为人实施上述行为,即使未确定是否构成侵权,权利人也有权主张修改、补充、更新乃至删除。这也是人格权积极行使或者利用的具体体现。

第四,隐私权的积极行使和利用。现代社会,隐私的保护越来越重要。美国有学者指出,法律的最严峻挑战是如何保护个人的隐私。^[41]隐私权最初的功能限于维护个人私生活的安宁,但随着社会的发展,隐私权的权能也在不断扩大,其也包括了权利人对其私生活

[40] BGHZ 20, 345; NJW 1956, 1554.

[41] Michael Froomkin, “Cyberspace and Privacy: A New Legal Paradigm? The Death of Privacy?”, Stanford. LawReview, Vol. 52, 2000, p. 1476.

活的自主决定权。如个人有权独立安排自己的私人生活、有权控制自己的个人信息等。这种自我生活的控制也是隐私权的重要内容,也体现了隐私权的积极行使效力。这种自我决定不仅仅是消极的防御,还包括对个人行为的自主决定。例如,个人将其经历写成个人传记出版、销售,允许他人将自己的隐私写成小说、剧本发表,或者借助网络直播其私人生活情况等。又如,在网络直播平台上,在不违反公序良俗的情况下,有人自愿放弃自己的隐私,向付费的观众直播等。只要不违反法律的强制性规定和公序良俗,法律也不禁止,此类情形均属于对隐私权的积极利用。

第五,个人信息权的积极行使和利用。20世纪以来,比较法上,普遍认为对个人信息权利保护的目的在于保护个人对其个人信息的自决。个人对与其人格利益有关的事务,也享有决定权。此种自决就包含了对个人信息的利用等自主决定。随着互联网、大数据技术的发展,个人信息的利用已经形成了一个巨大的产业。另外,在个人信息收集、利用不完整的情形下,其权利人享有修改、更正、补充等权利。在行使该权利的情形下,即便行为人没有构成侵权,也应强化对个人信息权利的保护,赋予其请求相关主体对信息进行补充、更正、修改以及回应等积极权能,而不能仅在构成侵权时才对其进行救济。

上述分析表明,人格权本身就是为了保护人格尊严和人格自由。人格自由的发展是实现日益增长的美好生活需要的必然要求。这不仅要求保障人格尊严、人格自由不受侵害,还要求允许个人利用其人格要素不断完善发展自身,这也是人格发展的重要内容。就人格权的积极行使而言,只有允许权利人积极依法行使其人格权,才能增进个人人格自由。例如,取名不当,应当允许个人对不当的姓名予以更改;个人信息记录记载不实,应允许个人请求删除、更正;某企业将某人长期、不合理地列入“黑名单”,影响个人的经济活动,个人应有权要求将其从名单中删除;患者就诊,医疗机构在实施手术、特殊检查、特殊治疗时,应当向患者说明医疗风险、替代医疗方案等情况,并取得其书面同意,等等,所有这些都是人格权行使的重要体现。

人格权兼具消极防御和积极利用的权能。人格权的这一系列发展说明人格权本身究竟是消极防御的权利,还是积极利用的权利,不是由先天的某一种知识所决定的,也不是由某一种观念所左右的。相反,它取决于我们经济和社会的发展以及科学技术的进步。权利的本质是实现人们利益的法律上之力。^[42]这就决定了权利作为利益的实现方式会随着利益内涵的发展而延伸出不同的实现形式,这是权利流变的必然结果,也是权利应对社会发展的自我完善方式。^[43]如果说19世纪到20世纪中叶对物质性人格权的认识是带着彼时人文主义思潮的余

[42] 彭诚信:《主体性与私权制度研究——以财产、契约的历史考察为基础》,中国人民大学出版社2005年版,第190—191页。

[43] 张红:《人格权各论》,高等教育出版社2015年版,第9页。

温的,那么,20世纪中叶至今人格权自我决定权、商业利用权的发展则是比较法与中国法共同选择的必然。于此之时,摆脱《法国民法典》《德国民法典》《瑞士民法典》这三部世界公认的杰出法典于编撰之初不可避免的局限,正视人格权发展的必然,才是21世纪人格权立法当有的继往开来之意。

四、人格权保护方式的多样化促使人格权从消极防御向积极权能发展

人格权消极防御说的主要依据在于对生命、健康权采取一种消极的防御方式。消极防御方式可以保护生命健康权,也可以保护精神性人格权。然而,仅仅是消极的防御方式不足以实现对人格权的全面保护。这是因为人格权作为绝对权,应当具有损害预防的功能。即使是在没有构成侵权的情形下,只要有可能将要造成对人格权的侵害,权利人也可以主张人格权请求权,预防未来发生的损害。尤其是在互联网、大数据时代,强化对侵害人格权损害后果的预防更加重要。^[44] 网络技术在给我们带来极大便利的同时,也给我们的生活带来了一些负面影响。与传统社会的信息传播方式不同,网络信息的传播具有即时性,而且网络的无边界性以及受众的无限性,可以瞬间实现全球范围的传播,并可以无数次地下载,从而使得网络环境对信息的传播具有一种无限放大效应。甚至可以说,在网络环境下,侵害人格权的损害后果具有不可逆性——损害一旦发生,即难以恢复原状。^[45] 因此,就人格权保护而言,应当更加重视对损害后果的预防。例如,对个人信息的保护,如果存在巨大的安全隐患,可以采取加密等措施保护信息的安全。为防止损害后果的发生和扩大,即便损害尚未发生,也应当赋予个人积极维护其个人信息安全的权利。

还应当看到,为了强化对人格权的保护,仅仅使得相对人负有不侵害义务是不足够的,还需要依法确定相关主体的积极作为义务。例如,对网络平台施加一定程度的积极作为义务。在进行网络交易时,网络用户可能需要提交大量的个人信息,而且在交易过程中,网络用户的消费习惯、消费能力、个人地址等也可能被网络交易平台利用 Cookie 技术等收集。因此,可以说,一些大型的网络交易平台掌握着海量的个人信息,一旦这些个人信息被泄露或者被用作不当用途,即可能对网络用户的隐私和个人信息造成重大损害。在大数据的开发中,单个数据的价值可能是很有限的,但是当相当数量的数据积累起来,通过特定的算法和整理,就会从量变到质变,变成和个人的私人生活和人格尊严密切联系的信息。平台如果对众多的个人信息进行收集、分析和利用,就可能对个人的私人生活造成重大妨害。尤其是,如果平台未采取必

[44] (德)瓦格纳:《损害赔偿法的未来——商业化、惩罚性赔偿、集体性损害》,王程芳译,中国法制出版社2012年版,第128页。

[45] Creech, *Electronic Media Law Regulation (Fifth Edition)*, Elsevier Focal Press, 2007, p.288.

要的安全维护等措施,导致海量的个人信息泄露,其造成的后果也是非常严重的。所以,在此情形下,信息权利人应当有权请求平台采取相关措施,履行信息安全保障义务,防止个人信息泄露。

在互联网和大数据时代,名誉、隐私、肖像、姓名等精神性人格权,很容易遭到他人的侵犯,且损害后果具有易扩散性和不可逆性。如果将人格权的效力界定为纯粹消极防御性的权利,则只有在遭受侵害后,权利人才能主张救济,这显然不利于保护人格权。因为在许多情形下,即便相关行为尚不构成侵权,个人的人格权的实现也可能受到不当影响。此时,应当允许权利人积极行使人格权,以消除影响其人格权圆满实现状态的原因,防止损害的发生和扩大。从比较法上看,许多国家都在保护人格权中承认了回应权、更正权等权利,借鉴这些立法和司法审判经验。我国有必要突破人格权消极防御的理论瓶颈,允许权利人采取一些必要的保护人格权的措施。具体而言,包括如下几种:

一是更正权。更正权是指新闻媒体所刊载的报道内容失实或有明显错误,侵害他人人格权的,受害人有权要求媒体及时更正。如果媒体拒绝更正,权利人有权请求人民法院责令其限期作出更正。新闻报道具有很强的时效性;在不实报道刊出后,如果在受害人请求后,媒体及时作出更正,将可以把对受害人人格权的侵害降低至最低限度,在最大程度上减少损害。^[46]我国已经有行政法规对更正权做出了规定。《出版管理条例》第27条第2款规定:“报纸、期刊发表的作品内容不真实或者不公正,致使公民、法人或者其他组织的合法权益受到侵害的,当事人有权要求有关出版单位更正或者答辩,有关出版单位应当在其出版的报纸、期刊上予以发表;拒绝发表的,当事人可以向人民法院提起诉讼”。

二是回应权。回应权(right to reply)是指有关报刊、网络等媒体披露报道直接涉及他人名誉和其他人格权益,权利人认为其中的事实存在错误,可以请求该媒体及时免费刊载其澄清相关事实的回应。该权利最早源自法国,由法国1881年7月29日颁布的法律所规定,它一开始就被认为是一项人格权。《瑞士民法典》在1983年修订后,以第28、281条等条文详细规定了“回应权”。法律承认该权利的必要性在于,赋予受害人回应的权利就能够使其在发现相关事实失实后,能够迅速针对不实事实做出澄清,消除相关报道可能产生的不良后果。^[47]因此,回应权也可被视为是消除影响的一种具体方式。在更正和回应的情况下,根本不需要确定有侵权的发生。也就是说即使在没有确定发生侵权的情况下,如果出现了需要更正或者回应的情形,权利人也有权行使这些权利。这是为了维护名誉的完整性,防止不法侵害的发生和扩

[46] 陈力丹:“更正与答辩——一个被忽视的国际公认的新闻职业规范”,《国际新闻界》2003年第5期,第32页。

[47] Kerpen, Das internationale Privatrecht der Persönlichkeitsrechtsverletzungen, 2003, S.134.

大等多重功能。

三是诉前禁令。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。^[48] 禁令的适用并不要求具有不法性,也不要求具有过错。^[49] 在互联网和大数据时代,这一救济方式对人格权的保护具有重要意义,我国人格权编应当对其作出规定。事实上,我国司法实践中已经开始采用这一救济方式(例如,在“钱钟书书信案”中,法院即采用了诉前禁令的方式),有必要在人格权编中作出规定。^[50]

四是请求删除、修改、补充权。随着个人信息的收集、“黑名单”设置、信用记录等的出现,信息失真、记载错误等也给相关当事人的社会生活和经济交往活动带来了不良影响。如果出现此种情形后,应当允许权利人请求就相关失真和错误的信息进行删除、修改和补充。^[51] 在行使该权利的情形下,即便行为人没有构成侵权,也应当强化对个人信息权利的保护,赋予其请求相关主体对信息进行删除、修改和补充等积极权能,而不能仅在构成侵权时才对其进行救济。

上述这些对人格权保护的措施本身就是人格权积极权能的体现。人格权的所有这些多元化的保护方式已经大大突破了对人格权的简单消极防御,而施加给特殊行为主体以更为积极的行为义务,使得人格权主体对其人格权的保护更为主动、有效和全面。

五、人格权的积极行使与利用必然要求强化人格权立法并使其独立成编

对人格权属性的探讨并不是为了满足某种理论的偏好,其也会对民法典人格权编的体系、规则设计产生重要的影响。如前所述,反对人格权独立成编的理由在于,人格权属于消极防御性的权利,只有在遭受侵害的情形下,受害人才能依据侵权法规则主张权利,权利人不能积极行使人格权。鉴于此,只需要简单列举人格权的类型即可,侵权法规则足以应对人格权保护问题。

本文认为,随着人格权观念的发展和人格权积极利用权能被揭示出来并日益凸显,在有机会重新制定民法典时,应重新设计相关制度体系。在此首先涉及对人格权的确认问题,这就是拉伦茨和卡纳里斯教授所指出的,应当确立权利所具有的归属功能,也就是说,这些权利具有哪些内容,应当归属于谁,由谁支配和行使。在德国,除了前述对物质性人格权积极权能的学理分析,司

[48] *Guldix & A. Wylleman*, De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgischprivaatrecht, *Tijdschrift Voor Privaatrecht*, 1999, p.1645 ff.

[49] *Kerpen*, Das internationale Privatrecht der Persönlichkeitsrechtsverletzungen-Ein Untersuchungsaufrechtsvergleichender Grundage, 2003, S. 26.

[50] 参见李恩树:“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。

[51] 参见张钱:“个人征信侵权责任认定中存在的问题分析”,《法律适用》2014年第3期,第64页。

法实践和学理还将姓名权、肖像权等具体人格权归为《德国民法典》第 823 条第 1 款意义上的“其他权利”，它们同样具有利用功能和排除功能。这一点已经成为共识。^[52] 不仅如此，在不当得利法领域，姓名权、肖像权的归属内容也已被承认，即由权利人得自主决定是否将自己的姓名、肖像交给第三人商业化利用。^[53]

在我国，正如前述，物质性人格权已有积极行使的实践。而姓名权和肖像权等精神性人格权的积极权能便更无疑问。比如，权利人使用姓名以表明自己的身份，固然体现了姓名权的积极权能。然而，在他人询问的情况下，拒绝告知自己的姓名，同样也是姓名权的行使，同样体现了姓名权的积极权能。这表明，即使没有发生侵权行为，权利人仍然能积极行使姓名权。又如，权利人不仅自己能公开自己的肖像，还可以同意他人制作、公开自己的肖像。即未经权利人许可，他人不得制作和公开权利人肖像。人格权有积极的使用权能，便存在依法确权的问题。这种确权功能显然是侵权法作为救济法难以负担的功能，只能由作为权利法的人格权法负担。正是因为人格权能够行使或积极利用，法律上有必要对人格权行使和利用的效力、利用的方式等作出规定。而这些问题显然不能交给侵权责任法解决，只能通过独立成编的人格权法来加以规范。

人格权的行使规则不仅涉及人格权制度本身，还涉及人格权制度与其他制度的协调。这除了使人格权制度规则体系本身日益丰富外，还使人格权制度越来越多地与合同法律制度等发生关联。这也就使得人格权制度突破了侵权法的调整范围，难以完全通过侵权法规则调整人格权制度。这客观上也要求人格权应当在民法典中独立成编。具体而言，人格权法中应当规定如下内容：

一是人格权权能的全面性，需要人格权立法对人格权进行正面确权。如前所述，人格权除了消极防御权，还有积极利用和行使的权能。如因身体健康权的行使，使权利人享有行动自由、自主决定是否捐献器官等权利。又如，姓名权人有权自主决定、使用、变更或许可他人使用自己的姓名。再如，肖像权人有权依法自主使用、许可他人使用或公开自己的肖像；隐私权人有权依法利用自己隐私并对自己的私人事务享有自主决定的权利，有权禁止他人非法窥探、跟踪自己的私人活动；信用权人有权禁止他人篡改自己信息数据、损害自己名誉。作为主观权利，权利人必然能支配人格利益。支配不仅是消极防御，还包括积极地行使和利用。^[54] 正是因为人格权类型众多，每种具体人格权的内涵差别很大，且各自权能均有全面性和多样性。面对这种复杂的权利格局，要想在民法典中提高人格权保护，就不可能仅仅列明各项具体人格权的名称即可，还要详细规定人格权的权能。只有这样，才能达到立法目的。这当然也就意味着，仅仅体现消极保护和

[52] Jauernig/Teichmann, 16. Aufl., 2015, BGB § 823 Rn. 12 f.

[53] BeckOK BGB/Wendehorst, 2017, BGB § 812, Rn. 130; Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 812, Rn. 312.

[54] Neethling, JM Potgieter & PJ Visser, supra note 10, at 12.

防御功能的侵权法无法实现人格权的全面保护目的,还要通过人格权专门成编,利用足够的立法资源空间来详细规定人格权的积极权能。

二是系统规定人格权的行使。人格权虽然具有消极防御权能,但从实践来看,权利人通过积极权能来积极行使人格权的情形更为常见,且问题也更为复杂。要解决这些问题,客观上也需人格权独立成编。以姓名权为例,权利人虽然有决定姓名的权利,但权利人能否不随父母姓而选择第三姓,或者干脆放弃姓氏,或者用超长的姓名(如某人取名“成功奋发图强”等),均涉及姓名权的行使,需要法律明确其行使规则,以在保护权利人的同时,维护社会公共秩序的需要。另外,在行使人格权和确认人格权时,还会涉及相关的问题。例如,《民法总则》第110条所规定的身体权,在当代社会就可能涉及医疗、器官移植、人体捐赠、生物实验、遗传检查和鉴别、代孕、机构监禁、精神评估等特殊问题。所有这些都使对人格权进行更多层次和更复杂地调整成为必要,而这只能通过独立成编的人格权法才能得到更好地贯彻和实现。

三是系统规定人格权积极利用(即人格要素的利用)制度。人格权积极利用权能发展最为典型的体现就是人格权积极利用制度。随着市场经济的发展,人格权的经济利用日益普遍,受到了许多国家法律制度的承认。从我国司法实践来看,因姓名权、肖像权、个人信息等人格权益经济利用而引发的纠纷也日益普遍,我国人格权立法应当对人格权积极利用法律制度作出系统规定。以个人信息为例,美国传统上更注重个人信息利用,促进数据产业的优势地位,欧盟更注重个人信息保护。但现在出现了共同的趋势,即在数据的开发、共享中,应当重视对个人信息的保护。目前在我国数据产生的发展过程中,既要鼓励数据的开发、利用和共享,以促进数据产业的发展,但也同时要提高对个人信息的保护关注度,完善保护规则。例如,现在在数据共享中,数据开发者是否需要取得信息主体的同意,分享者获得数据后如何使用这些数据,在没有授权的情形中,哪些数据可以分享,哪些数据不能分享等等,这些都有必要在民法典中得到规范。这些界限不清晰,数据共享就很容易变成数据的有偿交易,而造成对信息权利人的权利侵害,并且无法实现数据共享的长期健康发展。另外,为有效规范人格权的积极利用权能,防止权利人不当行使其人格权,也需要人格权立法有效规范人格权的积极利用权能,防止人格权的不当行使而损害人格权人的利益。例如,关于器官捐赠、人体医学试验等,涉及身体权、健康权的积极行使,需要人格权法予以有效规范。这也有利于保护人格权人的利益,防止个人出于经济利益等方面的需要而对自己的人格权益作出不当处分。

四是规定人格权的一些特殊保护方法。在法律上明确规定更正权、回应权、诉前禁令等措施。即便在不构成侵权的情形下,也应当允许权利人积极主张上述权利,以预防损害的发生和扩大。

由此可见,人格权积极权能的发展将会对我国人格权立法乃至民法典的体系都产生深远的影响。因此,侵权责任编已经无法容纳如此丰富、具体的内容,而需要在民法典中预留空间

规定上述内容。尤其是着眼于现代社会人格权未来的发展,应当通过独立的人格权编为人格权的行使和权能的发展预留空间。

六、结 语

一百多年前,德国学者奥托·冯·基尔克(Otto von Gierk)在其《德国私法》一书中以近乎狂热的激情为采纳人格权这一概念发出了呐喊,“人格权是一种主观权利,它必须得到每一个人的重视”。^[55] 现代社会,随着人格权制度的发展,许多人格权不再是消极防御性的权利,而是逐步具有可以积极行使、甚至利用的权能。法律既要充分保护个人的人格尊严,也要促进个人人格的自由发展,以实现法律规定人格权制度的目的。在人格权呈现出从消极防御到积极行使与利用的发展趋势下,人格权法也应充分适应此种变化。只有充分认识到这一点,我们才能更好地把握人格权的发展趋势,不断完善我国民法典的人格权制度。

Abstract: The institution of personality rights is open to change. With socio-economic development in China, there are more and more types of personality rights. The theory of divine rights can justify the legitimacy of protection of personality rights to some extent, yet it cannot revolve specific issues about confirmation, development and protection of personality rights. To date, personality rights are not only negative rights but also increasingly positive rights. This is manifested in both the positive use of spiritual personality rights and necessary control of material personality rights. The co-existence of defensive and positive personality rights means that it is difficult to effectively protect and utilize personality rights by simply listing out types of personality rights and applying the remedial rules from torts law. Only through improving the legislation on personality rights and introducing an independent chapter on personality rights in China's civil code, can we respond to social needs sufficiently and establish a scientific and progressive institution of personality rights.

Key Words: Personality Rights; Negative Guarantee; Material Personality Rights; Spiritual Personality Rights; Chapter on Personality Rights in Civil Code

(学术编辑:许德峰)

(技术编辑:包康赞)

[55] 转引自(德)汉斯·哈腾鲍尔,孙宪忠译:“民法上的人”,《环球法律评论》2001年第4期,第399页。