

质疑人格权法定

沈云樵

内容提要:人格权法定表现为以民法法定、以宪法法定,以及以民法和宪法双重法定三种情形,其目的是为了论证人格权法典化,更深层次的用意则是论证将来我国民法典中人格权独立成编的可能。但是,因人格权法定自身的法律实证主义和功利主义基础,不可避免陷入悖谬困局,从而不能推导出其所欲结果,也无法应对人格权法典化的形式理性需求。作为权利的人格权,自然法的色彩并未褪去,其固有的开放性结构,及其康德主义的权利理论内核,导致其极大的包容性和适用弹性。在以往的丰富多彩的人格权法律实务中,人格权并非法定情形所在多有,未见其不能获得有效之保护。为建立健全的、逻辑自洽的人格权法律体系,我们必须破除人格权法定主义,坚持人格权的动态、多元发展,建立起“立法机制+发现机制”的人格权双轨发展机制。

关键词:人格权 人格权法定 形式理性 权利 开放性结构

沈云樵,澳门科技大学法学院助理教授。

人格权的争论已经有十余年,核心问题之一是人格权在未来中国民法典中是否独立成编。^[1] 人格权是人的重要权利,主张人格权独立成编的学者和否定独立成编的学者在这一点上达成最低限度的一致。^[2] 但是,这个重要的权利以何形式出现,以及人们如何可以享有该权利,双方充满歧义。在最新的研究文献中,持肯定主张的学者力主“人格权法定精神”,认为应该“对人格权进行细化规定”。^[3] 也有持肯定主张的学者认为,人格权具有法定性,并且“所谓人格权的法定性,是指人格权的种类及侵害人格权的侵权行为形态原则上由法律规定”,因此“主要是指人格权种类的法定化”。^[4] 持肯定论的学者,其理论依据之一就是人格权法定,可见该主张之关键。但是,“人格权法定”,是否就是支持人格权法典化乃至人格权独立成编的合适理由?“人格权法定”作为一种主张,到底其理论渊源是什么,我们并不清楚。长期以来,“人格权法定”似乎成为一种定论,因此该主张的合理性事实上

[1] 王利明教授在《法学研究》2003年第2期发表的《人格权制度在中国民法典中的地位》一文,是较早系统提出该问题的影响甚广的研究文献。

[2] 王利明:《人格权立法专题研究(栏目主持人语)》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第3期,第1页。

[3] 王利明:《再论人格权的独立成编》,《法商研究》2012年第1期,第24页。

[4] 姚辉:《关于人格权性质的再思考》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第3期,第15页。

被悬置了。^[5]

对权利的解读、构造、入典,并非易事。人格权在民法典中的地位及其变迁,是民法史上有名的公案,当然不可以未经论证就贸然法定之。以学界研究最力的“一般人格权”为例。德国联邦宪法法院根据《德国基本法》第 1 条和第 2 条,辅之以有力之学说,以判例突破民法典对人格权的限制,从而将“人格权”作为现行法上的权利加以认可。但是,我们发现,“原本预定实现的立法化,至今仍未得到实现,在德国一般人格权仍然是仅仅停留在判例法上的制度”。^[6]何以德国未能实现人格权法典化,这一点值得我们注意。当然,从法律移植和法律创新的角度来说,德国或其他法制先进国家未能实现的,也许恰恰可以在我国得到实现,毕竟中国和传统大陆法系国家的民商事法律在趋同的同时,其差异性仍足够强大。所以,德国的例子不足为证。

一 人格权法定的实质

(一)人格权法定的三种解释

作为一种主张的人格权法定,尚面临很多问题,其中一个即人格权以何“法”定之。从现有的文献来看,持人格权法定观点的学者,主要是认为人格权应该由民法来规定(下文简称民法法定论)。^[7]少数学者认为人格权应该由宪法规定(下文简称宪法法定论),认为民法只是提供私法层面之保护而已。^[8]尚有学者根据德国法上人格权的历史,认为人格权本属于私权,但德国宪法法院创设宪法上一般人格权,使得人格权亦属宪法基本权利。^[9]上述学者中的一些人认为人格权应该由宪法和民法共同规定,^[10]即人格权双重法定(下文简称双重法定论)。

认为人格权应该由民法规定的观点,其实是从法律的功能主义来论证的。民法是权利法,而在私的层面上,民法具体规范所编织的权利之网,的确可以覆盖、渗透进民事生活的所有方面,举凡财产、婚嫁、交易、家事等等,都无一例外地宣示着民事主体的“行为边界”。而作为行动者^[11]的人,因被赋予人格权的光环,自由意志凸显,行动由自己决定,似乎已然成为自我的主宰。因此也可以这样来理解民事主体享有人格权的逻辑:人格权→人格自由→行动→能动性。民法法定论者,不管其主张人格权应规定于民法总则民事主体部分,还是在民法典中独立成编,显然都考虑到民法的规范效力,足以对民事主体赋予人格权并适时予以

[5] 参见张平华:《人格权的利益结构与人格权法定》,《中国法学》2013年第2期,第43-57页;易军:《论人格权法定、一般人格权与侵权责任构成》,《法学》2011年第8期,第80-91页;曹险峰:《论人格权的法定化:人格权法独立成编之前提性论证》,《吉林大学社会科学学报》2006年第2期,第67-74页。

[6] [日]五十岚清著:《人格权法》,[日]铃木贤、葛敏译,北京大学出版社2009年版,第4页。

[7] 马俊驹:《关于人格权基础理论问题的探讨》,《法学杂志》2007年第5期,第2-6页;王利明:《人格权制度在中国民法典的地位》,《法学研究》2003年第2期,第32-45页。

[8] 国内主张“人格权属宪法权利”最力者,当属尹田教授。参见尹田:《论人格权的本质:兼论我国民法草案关于人格权的规定》,《法学研究》2003年第4期,第3-14页。

[9] 张红:《20世纪德国人格权的演进》,载《清华法律评论》第四卷第一辑,第32页。

[10] 张红:《20世纪德国人格权的演进》,载《清华法律评论》第四卷第一辑,第42页;刘凯湘:《人格权的宪法意义与民法表述》,《社会科学战线》2012年第2期,第200-204页。

[11] 关于“行动者”的研究,请参见[美]J. C. 亚历山大著:《新功能主义及其后》,彭牧、史建华、杨渝东译,译林出版社2003年版,第258-267页。

救济,有了这种“赋权+救济”的双重保护机制,作为民事权利的人格权,在权利来源、权利功能甚至法律位阶方面,是能够自圆其说了。

认为应由宪法来规定人格权的宪法法定论者,敏锐地观察到人格权其实是属于人权范畴,在某种程度上自由人格还是人权的基础,而人权的宪法属性毋庸置疑。宪法法定论者进而将人格权和宪法的位阶直接对接,并提出人格权作为宪法权利的合理性。反言之,人格权若由民法规定,则因降低了人格权的法律位阶从而导致人格权有“弱化”之虞。^[12]但从各国宪法来看,似无在宪法典中直接规定人格权的立法例,个中原因,宪法法定论者并无合理的回应。但是,若人格权因其重要性必须在宪法中予以规定,则同样极为重要的财产权,也应该规定之。显然,宪法法定论者以价值为逻辑起点的论证方式,一开始就遭遇到了挑战,这种“价值的”法律理论^[13]可能并不能成立。^[14]

双重法定论者力图避免民法法定论者和宪法法定论者的局限性,将人格权解剖为两个部分,即民法上的人格权和宪法上的人格权,其着力点是人格权的内容和目的,也就是说内容决定了人格权应该在两个法律层面进行规定。但是,这种目的论人为地将人格权拆分为作为效力来源的宪法人格权和作为规范方法的民法人格权,造成人格权的分裂,尤其在实现宪法司法化的国家,表面看起来这种拆分似乎更有必要,可以实现人格权的多层次的、立体的保护,但实际上则未必。在宪法的非司法化语境中,宪法规定的权利往往过于抽象,而亟需解释,另一方面其实现也依赖下位法,但是双重法定论者显然还是倾向于德国式的“人格权宪民二合一”,即双重的法定加诸双重的司法化,这种选择在今日中国当然是过于理想化了,即使是在今后能否实现,也远未可知。

(二) 追问人格权法定的原因

人格权法定论者的研究进路,无一不是从法定必要性开始的证成过程,而何以人格权必须法定,不法定又当如何,缺乏合理的论证。何以法定论者回避了对人格权“非法定论者”^[15]的证伪,是刻意回避,还是无心为之,又甚或是“非法定论者”不足为凭,因为从逻辑上来说,法定论者的“是”,并不能推出非法定论者“不是”的结论。

法定论者给出的理由,包括利于人格权普及、历史传统使然以及与民法精神相呼应等等,大多属于价值论、功能主义范畴,论证效力有限。法定论者真正有力的论据,来自其隐含的不易为人所察觉的成本—收益分析方法,但或许正是因为法定论者本身也未必察觉,因此从未向世人宣示。基于成本—收益分析方法,人格权法定因为其“完全列举”的立法方法,的确可以降低个案中的权利界定成本,因而从理论上来说可以节省全社会的权利人、权利人的相对人以及裁判机构的时间、精力和经济成本。换言之,人格权法定的唯一成本,即“法定”本身。但这个人格权法定的真正原因,却是经济学的,更准确地说是新制度经济学的,

[12] 国内主张“人格权属宪法权利”最力者,当属尹田教授。参见尹田:《论人格权的本质:兼论我国民法草案关于人格权的规定》,《法学研究》2003年第4期,第3-14页。

[13] “价值的”法律理论是我对宪法法定论者的概括,与作为法学流派的“价值法学”并无关系。关于价值法学的评述,请参见吴从周著:《民事法学与法学方法:概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史》,中国法制出版社2011年版,第416-430页。

[14] 在社会学中,也曾有过类似的例子。英美新功能主义主要代表人物、美国社会学家J.C. 亚历山大认为,作为结构功能主义社会学家,帕森斯推崇价值的文化理论,一定程度上将社会功能的分析与行动者本人的模式化理解混同,亚历山大直陈这种价值的文化理论是“毫无说服力的”。详见J.C. 亚历山大著:《新功能主义及其后》,彭牧、史建华、杨渝东译,译林出版社2003年版,第271-272页。

[15] “非法定论者”不是严格的术语,仅仅是为了便于与人格权法定论者相对应而使用,无其他用意。

而不是法律的。如果将人格权法定视为政府的一项政策,则根据科斯的交易成本理论,政府制定合理政策应该按照相关的收益和成本对制度进行比较。政策一般意味着制度变革或法律变革,这样的变革涉及法律权利的变更和再分配。因此,“这种方法涉及在收益—成本计算基础上的权利决定”。^[16] 显然人格权法定并非政府的经济决策,但考虑到政府立法政策会产生权利的重新分配——因为“所有的政策都有分配的含义”^[17]——从而必然产生各种权利实现模式下人们的“期望效用假设”,^[18] 以及在此基础上的“成本—收益”考量。当然,权利主体(不仅仅是人格权主体,更包括产权人)的“成本—收益”考量是经济社会的常态,但是,作为立法政策的人格权法定,其隐含的“成本—收益”却颇不寻常,除了凸显人格权法定论者方法论上的乏力外,也提醒我们经济学方法进入人格权立法的可能与路径,因此是颇值省思的。

(三)人格权法定的谬误

人格权法定至少存在两个亟待解释的问题,第一是其在语义学上的悖谬,第二则是其理论渊源的模糊不清。以下分别论述之。

哲学家 A. 塔尔斯基曾举过一个语义学上的经典例子,即“雪是白的”在什么条件下为真什么条件下为假。塔尔斯基得出的等值式是:语句“雪是白的”为真,当且仅当雪是白的。^[19]

塔尔斯基提醒说,词语“雪是白的”出现在等值式左边时带有引号,而出现在右边时则无引号。在右边的是语句本身,在左边的则是语句的名称。塔尔斯基并将上述等值式一般化,即考虑任意一个句子:用字母“p”来代替它,然后构造句子的名称并用另一个字母比如“X”来代替它。此时“p”和“X 是真的”这两个句子之间的逻辑关系是这两个句子是等值的,即下面的等值式成立:(T)X 是真的,当且仅当 p。

塔尔斯基将上述等值式称为“(T)型等值式”。^[20] 塔尔斯基的理论受到真值论语义学派代表人物之一的哲学家 D. 戴维森的推崇。^[21] 戴维森认为“一个真陈述就是一个对事实为真的陈述。这个说法似乎体现了一种显而易见的关于真的真谛”。戴维森举例说:“就像如下关于母亲的说法一样:一位母亲就是某个人之母。作为母亲的属性是通过母亲与孩子之间的关系得到解释的。”戴维森的结论是,“成为真的属性只能通过一个陈述与其他某

[16] [美]斯蒂文·G. 米德玛、沃伦·J. 萨缪尔斯:《罗纳德·科斯的交易成本理论:框架和含义》,载[美]斯蒂文·G. 米德玛编:《科斯经济学:法与经济学和新制度经济学》,罗丽君、李井奎、茹玉骢译,格致出版社、上海人民出版社 2010 年版,第 222 页。

[17] [美]丹尼尔·W. 布罗姆利著:《经济利益与经济制度:公共政策的理论基础》,陈郁、郭宇峰、汪春译,上海人民出版社 2006 年版,第 5 页。

[18] [美]道格拉斯·C. 诺思著:《制度、制度变迁与经济绩效》,杭行译,韦森译,格致出版社、上海人民出版社 2008 年版,第 23 页。

[19] [美]A. 塔尔斯基:《语义性真理概念和语义学的基础》,载[美]A. P. 马蒂尼奇编:《语言哲学》,牟博、杨音莱、韩林合等译,商务印书馆 1998 年版,第 84、85 页。“雪是白的”这个例子很可能是塔尔斯基第一次提出的,在他的支持者(如戴维森)和反对者(如塞拉斯, W. Sellars)的研究文献中,都有对这个例子的深入探讨。参见[美]唐纳德·戴维森著:《对真理与解释的探究》(第 2 版),牟博、江怡译,中国人民大学出版社 2007 年版,第 66 页。

[20] [美]A. 塔尔斯基:《语义性真理概念和语义学的基础》,载[美]A. P. 马蒂尼奇编:《语言哲学》,牟博、杨音莱、韩林合等译,商务印书馆 1998 年版,第 85、86 页。

[21] 戴维森在其经典论文《真理与意义》(“Truth and Meaning”)中对塔尔斯基的理论进行了阐释和发挥。参见[美]D. 戴维森著:《真理、意义与方法:戴维森哲学文选》,牟博选编,商务印书馆 2008 年版,第 14—40 页。[美]A. 塔尔斯基:《语义性真理概念和语义学的基础》,载[美]A. P. 马蒂尼奇编:《语言哲学》,牟博、杨音莱、韩林合等译,商务印书馆 1998 年版,第 127—151 页。

个东西之间的关系得到解释”。^[22] 从而,戴维森得出了下述的与塔尔斯基的(T)型等值式实质同一的推论:陈述 p 符合事实 q。^[23]

戴维森乐观地说“走向真理的步骤会是很简单的”,因为“一个陈述是真的,只要有一个事实与它相符合”。^[24]

“人格权法定”的语义学解读正是在上述理论的基础上展开的。按照塔尔斯基的(T)型等值式,我们得出以下的等值式:

(1) 语句“人格权法定”为真,当且仅当人格权是法定的。

或者按照戴维森的说法:

(2) 陈述“人格权法定”,符合人格权法定的事实。

而上述(1)和(2)的等值式,是不成立的,因为人格权不是由法律规定的或者说人格权不仅是由法律规定的。第(1)等值式中“当且仅当人格权是法定的”的表述,存在两个问题:第一,“当人格权是法定的”并不妥当,是误认部分法律规定的现象为全部;第二,“仅当人格权是法定的”,则排除了并非法定的诸多情形。因此,第(1)等值式是谬误的。第(2)等值式中最明显的错误恰恰是“人格权法定”,不符合人格权非由法定的事实,因此同样是不成立的。本文后面的研究,正是论述人格权如何之“非由法定”。

人格权多元化的属性,包括权利来源的多元、表现方式的多元以及救济路径的多元等等,决定了其“法定”身份的不可能。而根据戴维森在研究语言意义理论时提及的“经验理论”,将人格权之“法定”的结论与人格权法律实务进行对比从而得到“检验”,也可以发现人格权并非法定也无需法定的事实。即以中国人格权发展史中最为典型的一个公案——隐私权的保护——为例。我国《民法通则》并未规定隐私权,但学界主张应当对隐私权予以法律保护的呼声很高。1993年最高人民法院公布的《关于审理名誉权案件若干问题的解答》采取了变通方法,对侵害他人隐私权造成名誉权损害的,认定为侵害名誉权追究民事责任。其第7条第3款明确规定:“对未经他人同意,擅自公布他人的隐私材料或以书面、口头形式宣扬他人隐私,致他人名誉受到损害的,按照侵害他人名誉权处理。”在《民法通则》颁布实施以后,最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》、《未成年人保护法》、《妇女权益保障法》、《残疾人保护法》和《消费者权益保护法》等法律和司法解释也都对“隐私”作出了规定,但始终没有规定“隐私权”。直到2005年通过《妇女权益保障法》修正案,明确规定妇女享有隐私权,而2009年颁布的《侵权责任法》更进一步,其第2条第2款明确规定了隐私权,并且未限定适用主体。需要梳理的是,在《侵权责任法》之前的较长时间里,未经法定化的“隐私权”,可以得到保护吗?答案是肯定的。以著名的“人肉搜索第一案”为例。^[25] 该案是在《侵权责任法》颁布之前提起诉讼并判决的,主审的北京市朝阳区人民法院的法官并未找到可咨保护受害人隐私权的具体法律条文,但是仍然依据《民法通则》和民法原理作出了判决,从而有效保护了受害人的隐私权。我们无需

[22] [美]唐纳德·戴维森著:《对真理与解释的探究》(第2版),牟博、江怡译,中国人民大学出版社2007年版,第52页。

[23] [美]唐纳德·戴维森著:《对真理与解释的探究》(第2版),牟博、江怡译,中国人民大学出版社2007年版,第57页。

[24] [美]唐纳德·戴维森著:《对真理与解释的探究》(第2版),牟博、江怡译,中国人民大学出版社2007年版,第57页。

[25] 参见北京市朝阳区人民法院审理王菲诉张乐奕侵犯名誉权案民事判决书,(2008)朝民初字第10930号。

否认,《侵权责任法》创设性地规定隐私权,立法意义重大,但仍然应该强调的是,人格权实务似乎已经印证:即便人格权不实现其法定化,亦仍然足以实现对人格权的保护。

人格权法定的第二个有待解释的问题是其理论渊源的模糊不清。人格权法定很可能是中国民法学界的理论独创,与德国或其他大陆法系国家的理论渊源不甚明显。从人格权法定论者的论述可知,他们无一例外地深受物权法定理论影响,并从中汲取营养,努力尝试描绘出人格权法定的图景,所以论者多从权利法定、物权法定甚至公司类型法定等角度类推人格权法定之功能,有谓物权设定虽略有争论但实行法定主义基本已达成共识,并将物权法定中的“法”和人格权法定中的“法”进行比较,^[26]有谓如果不在法律上对人格权作明晰具体的规定而完全交由法官处理则未必妥当,并认为人格权法定和物权法定在概念上并不能等同,^[27]因此,以物权法定作为参照并无不妥。但是,上述观点罔顾物权法定作为一种理论逐渐产生“软化”的趋势。至于公司类型法定,则更是过于牵强。公司类型之所以法定,是出于商主体登记的需要,以便于加强税收管理,以及保护第三方交易之安全,与权利法定毫无关系。以无关联之理论作为人格权法定的佐证,是缺乏说服力的。

据美国学者的研究,现在能为物权法定主义提出坚强辩护的,只有经济分析的理论,即认为采用法定主义是因为立法者欲建立“标准化”物权,种类有限、内容统一,因此可以大幅降低市场中物权交易的估量成本,抑制它的不断扩增。但是当那些因为标准化物权而无法进行交易的交易人的挫折成本大到超过估算成本,则法定主义仍然不符合效率。^[28]而且,即使采取法定主义,如果物权的适当类型数量大到一定程度,也就是全部由国家立法制定,结果仍然不符合效率。反而改采自由主义,仅由国家制定一定数量的任意性质的物权,而让民间去承担部分标准化的功能,才是最有效率的制度设计。^[29]

既然人格权法定依傍的物权法定理论自身存在一定问题,那么,人格权法定似应有一套自身的逻辑体系以自证其成。但是遗憾的是,人格权法定论者论证乏力,根本原因是他们人为切断了将人格权往上溯及时可能追踪到的哲学源流,迫其停留在实在法层面,就“法定”论“法定”。

有学者认为,人格权设定存在意定主义模式和法定主义模式,各有利弊。^[30]认为人格权是实在法“设定”的,这是对人格权人权根源和自然法哲学基础的无视。事实上,人格权不存在“设定”的问题,人格权既非宪法所能设定,亦非民法所能设定,人格权超越于二者之上。人格权只存在表现方式(自然权利或法定权利)和表现时间(已为人所知或尚未为人所知)的问题。人格权法定论者因此也产生诸多自相矛盾的说法,如“人格权实质上应该是一种应有权利,但这不能妨碍人格权的法定化”;^[31]“实行法定主义仅仅斥拒当事人基于己意创设人格权,并不限制法官进行创造性司法,从而无害于人格权的开放性,因此人格权法定主义模式更为可欲”。^[32]这里提到“法定+法官创造性司法”模式,似乎对中国法院和法官期待甚高,殊不知之所以人格权法定,无非是既不相信自然人可以很好地发现、享受自身之

[26] 易军:《论人格权法定、一般人格权与侵权责任构成》,《法学》2011年第8期,第80-91页。

[27] 王利明:《再论人格权的独立成编》,《法商研究》2012年第1期,第24页。

[28] 苏永钦著:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第129-131页。

[29] 苏永钦著:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第137页。

[30] 易军:《论人格权法定、一般人格权与侵权责任构成》,《法学》2011年第8期,第80-91页。

[31] 曹险峰:《论人格权的法定化:人格权法独立成编之前提性论证》,《吉林大学社会科学学报》2006年第2期,第67-74页。

[32] 易军:《论人格权法定、一般人格权与侵权责任构成》,《法学》2011年第8期,第80-91页。

人格权,也不相信法院、法官能够“创造性司法”,^[33]并且,中国的法官有多少司法自由裁量权也是很可疑的,所以将人格权“法定”了事。从这个意义上说,人格权法定是一种简约而粗暴的立法理念。

二 人格权法定与人格权法典化

(一)从人格权法定能推导出人格权法典化吗?

人格权法定的目的是什么?或者更准确地说,人格权法定论者苦心孤诣造出人格权法定理论,想要实现什么目的?我认为人格权法定的目的是结束哈特所谓的法律规则的“开放性结构”,^[34]将人格权体系闭锁起来,并强化其“绝对权”、“支配权”的效力和作为法院审判依据的效力。显而易见,人格权法定论基础上的人格权体系必然是一个凝固不变的绝对权利体系。因此,才会有学者在力主人格权法定主义的同时对其保持必要的警觉,提出为避免人格权法的封闭性,应对人格权作不同于传统一般人格权的制度设计,以保持人格权的开放性。^[35]

不仅是人格权制度,应当说所有的法律制度都在一定程度上具有“开放性结构”。当哈特说:“每当我们把特定的具体情况涵摄于抽象的规则时,总是会同时出现具确定性的核心以及值得怀疑的边缘。这使得所有的规则都有着模糊的边缘,或者说‘开放性结构’。”^[36]其实哈特的目标是要“提供一个一般性及描述性的关于法是什么的理论”。^[37]但德沃金可能曲解了哈特的理论,他在批评哈特的“开放性结构”时说,哈特主张由于法律规则具有“开放性结构”,疑难案件才会产生,这种观点的精神实质是“似乎把普通法审判与国际象棋等同起来,只是承认法律规则较之于象棋规则更有必要加以解释”。^[38]哈特在新版的《法律的概念》中对德沃金的批评做出了回应。哈特认为他的关于“法是什么”的理论是描述性的,因为它在道德上是中立的,而德沃金将其错误地解读为“诠释性”的,“诠释性”法理论是德沃金所好,却并非哈特的追求。哈特一再重申,在任何法律体系中,一定存在着某些未受法律规范的案件,在这些案件中从法律无法导出特定的决定,也因此法律乃是部分地不确定或不完整的。^[39]所谓疑难案件,当是指此类案件。哈特认为,即使法院在审理未受规范的案件时,通过类推方式援引既存的法律、判例甚至相当范围内各项法律所体现和表达的一般性原则,只是会消减法官造法的程度,但并不会完全消除造法的成分。哈特提出了一个很有意思的“法律原则竞争”理论。他说,在任何一个疑难案件中,不同的原则会导出彼此竞争类推适用的方式,而法官必须按照他所认为什么是最好的,来就这些不同的方式做出选择。

[33] 比如曹险峰博士就认为我国法官素质参差不齐且整体水平偏下,判例的随意性与不统一性会影响法律的适用,因此“我国法官队伍的整体水平要求人格权的法定化”。曹险峰:《论人格权的法定化:人格权法独立成编之前提性论证》,《吉林大学社会科学学报》2006年第2期,第67-74页。王利明教授也提出,将人格权保护交给判例解决,赋予法官过大的裁量权,在我国法官整体队伍素质还有待提高的情况下未必能够有利于强化对人格权的全面保护。王利明:《再论人格权的独立成编》,《法商研究》2012年第1期,第19-25页。

[34] [英]哈特著:《法律的概念》(第2版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第112页。相关评论,可参阅[美]布莱恩·比克斯著:《法理学:理论与语境》,邱昭继译,法律出版社2008年版,第53-56页。

[35] 易军:《论人格权法定、一般人格权与侵权责任构成》,《法学》2011年第8期,第80-91页。

[36] [英]哈特著:《法律的概念》(第2版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第112页。

[37] [英]哈特著:《法律的概念》(第2版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第209页。

[38] 参见[美]罗纳德·德沃金著:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,上海三联书店2008年版,第155-156页。

[39] [英]哈特著:《法律的概念》(第2版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第209-213页、第240页。

那么,法官造法可能消除吗?哈特给出了答案,“只有当既存法律能够提供一套特殊的高阶原则,这些原则会规范在疑难案件中彼此竞争的低阶原则相对的比重或优先顺序,法官造法的成分才会不只为消减,而是被完全消灭”。^[40]这种“法律原则的原则”,看起来更像是一个不可能完成的任务,因为一旦这种所谓的“法律原则的原则”也数量众多,则它们之间也难免产生竞争,此时是否要去寻求更高位阶的“法律原则的原则”的原则呢?

我认为哈特所谓的“开放性结构”是成文法国家和判例法国家都无法克服的阿喀琉斯之踵,可谓是法律天生的缺陷。回到中国民法语境中人格权体系化的种种论争,人格权法定论者试图以法定论推导出法典化的努力注定是没有成效的。也正是因为人格权体系化的逻辑前提并不清晰,有学者提出,人格权的法定化是未来中国民法典中人格权法独立成编的逻辑前提。^[41]这个观点为人格权的法典化包括独立成编的安排提供了一种解释。但是,即使人格权法定成立,它也只是人格权法典化的必要条件,但不是充分条件。须知人格权法定只是一种“将人格权的权利内容、类型等明晰化”^[42]的努力,它无法为法典化提供立法论上的逻辑基础,至多只是在功能主义范畴内,为人格权法典化找到一个和物权法典化、债权法典化等量齐观的合理理由。^[43]人格权法定连人格权法典化的结论都无法得出,更遑论得出人格权在民法典中独立成编的结论。

(二)人格权法典化的形式理性与悖谬

人格权入法不是什么新问题,远如 20 世纪初影响较大的《瑞士民法典》通过其第 28 条和《债务法》第 55 条承认一般人格权,^[44]1949 年西德《基本法》第 1 条、第 2 条确立人格尊严价值,近如 1986 年制定的《中华人民共和国民法通则》规定了“人身权”,具体包括姓名权、肖像权、名誉权和荣誉权等,1995 年制定的《越南民法典》在总则中设立“人格权”一节,^[45]1995 年施行的《俄罗斯联邦民法典》规定了“人格与名誉权”、“私生活不受侵犯权”等“非物质利益”,^[46]根据第 39/99/M 号法令核准通过、1999 年开始生效的澳门《民法典》对人格权亦有专节十余条规定。^[47]但是,将人格权法典化,即单独制定人格权法典,并同时成熟而将其作为单独一编并入民法典,则遍寻大陆法系国家和地区也未见成例,可见的确是民法的创新。

学界对人格权之重要性,毫无异议,对其法典化,则存争议,而争论最激烈的则是人格权

[40] [英]哈特著:《法律的概念》(第 2 版),许家馨、李冠宜译,法律出版社 2011 年版,第 242 页。

[41] 曹险峰:《论人格权的法定化:人格权法独立成编之前提性论证》,《吉林大学社会科学学报》2006 年第 2 期,第 67 - 74 页。

[42] 王利明:《再论人格权的独立成编》,《法商研究》2012 年第 1 期,第 24 页。

[43] 参见柳经纬:《民法典应如何安排人格权制度》,《河南省政法管理干部学院学报》2004 年第 3 期,第 24 - 28 页。张新宝:《我国人格权立法:体系、边界和保护》,《法商研究》2012 年第 1 期,第 7 页。

[44] 参见[德]弗朗茨·维亚克尔著:《近代私法史:以德意志的发展为观察重点》(下),陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店 2006 年 1 月版,第 474 页。这是学界的主流观点,但也有学者持不同看法,认为《瑞士民法典》第 28 条只是有关人格保护的一般规定,并非确立了一般人格权。参见易军:《论人格权法定、一般人格权与侵权责任构成》,《法学》2011 年第 8 期,第 80 - 91 页。

[45] [日]五十岚清著:《人格权法》,[日]铃木贤、葛敏译,北京大学出版社 2009 年版,第 5 页。另有学者认为越南民法典第一编中规定了“人身权”而非“人格权”,与五十岚清所说的不同,不知是否是翻译不同、理解不同所致,还是另有其他原因。参见吴远富译:《越南社会主义共和国民法典》,厦门大学出版社 2007 年版,第 6 - 12 页。

[46] 黄道秀译:《俄罗斯联邦民法典》,北京大学出版社 2007 年版,第 93 - 94 页。

[47] 见澳门《民法典》第一卷第二编第一分编第一章第一节“人格权”,第 67 - 82 条,具体属于总则中“法律关系”下属的“人”部分。其中,“对已死之人之保护”(第 68 条)、“人格权之自愿限制”(第 69 条)、“身心完整权”(第 71 条)、“个人资料之保护”(第 79 条)为较为新颖之立法。详见澳门特别行政区立法会、印务局 2007 年初版,2010 年第十次重印,第 35 - 41 页。

应否在中国未来民法典中独立成编。按照人格权独立成编肯定论者(以下简称肯定论者)的说法,人格权法典化并非终极目的,终极目的是要将其纳入中国的民法典。^[48]肯定论者认为,根据哲学上“内容决定形式”的一般理论,人格权在民法典中的体例编排属于形式问题,该形式是由人格权法所应当规定的内容所决定的,即形式的编排不能影响到人格权制度内容的表达。^[49]令人深感困惑的是,作为法定权利的人格权从来未曾偏离其理性主义传统,何以不用考虑其逻辑体系,而注重内容即可?与此同时,肯定论者强调人格权独立成编的价值,认为人格权独立成编符合民法注重人文关怀的发展趋势,^[50]体现以人为本的人道精神。^[51]上述观点忽视了民法典本身就是高度理性和形式化的产物,其构建的方法论基础只能是形式逻辑,而不可能是价值论,而最终形成的只能是高度体系化的法典。正如尼尔·K.考默萨所言:“仅仅关注目标、价值的法学分析方法,或者只是对现行体制进行一番针砭的法律分析方法,对真正理解法律和权利并无太大帮助。前者完全不具有确定性,后者只能把我们禁锢在一个由成本极高而又相当不完美的选择方案构成的循环之中。”^[52]考默萨此言是在论述美国法中的问题,但是,其言论作为对研究方法的批评,放到中国的语境中依然可堪借鉴。

中国民法典的制定,应该也可以有所创新,并非必须以德国、法国和瑞士为师,言必称德国似乎缺少正当性。但是,德、法、瑞的民法典历史和博大精深的民法理论对我们的启发意义是显而易见的。弗朗茨·维亚克尔曾说:“法典形成时期之精神与社会条件的特征,充分表现在法典外在与内在的形式上。”他认为《德国民法典》“作为一般抽象的私法,其体系原则上不是取向于社会生活秩序,毋宁是主观权利的概念性表现形式:请求权、物权与人格性权利。只有在第四编和第五编才不得不就相关生活事件(订婚、婚姻、亲子与监护关系、继承顺序)作规范对象的考量”^[53]但是,正是这第四编、第五编受到人们的批评,认为其存在“确定的体系断裂”^[54]总体而言,德国民法典的技术与语言证明,其精神上的根源为学术实证主义。^[55]在大陆法系评价甚高的《瑞士民法典》,是根据胡伯(Eugen Huber)起草的民法草案而制定的,弗朗茨·维亚克尔认为它是“十九世纪以法律形式出现之德语法学中最成熟的果实”^[56]该法典是体系与逻辑性的精神创作,其适用仍以受过高等学术训练为前提,因而受到反对,但是,这是法典化,尤其是学说汇编学之法典化的必然结果。^[57]反观中

[48] 比如,王利明教授就持这种观点。王利明:《再论人格权的独立成编》,《法商研究》2012年第1期,第24页。姚辉教授也指出,制定一部《人格权法》已经成为学界的主流观点和中国立法机关的规划。姚辉:《关于人格权性质的再思考》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第3期,第15页。

[49] 王利明:《再论人格权的独立成编》,《法商研究》2012年第1期,第24页。

[50] 王利明:《再论人格权的独立成编》,《法商研究》2012年第1期,第24页。

[51] 参见谢哲胜:《中国人格权法独立成编及其基本内容的立法建议》,载《人大法律评论》(2009年卷),第108页。

[52] 参见[美]尼尔·K.考默萨著:《法律的限度:法治、权利的供给与需求》,申卫星、王琦译,商务印书馆2007年版,第8页。

[53] [德]弗朗茨·维亚克尔著:《近代私法史:以德意志的发展为观察重点》(下),陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年1月版,第456页。

[54] 参见[德]罗尔夫·克尼佩尔著:《法律与历史:论〈德国民法典〉的形成与变迁》,朱岩译,法律出版社2003年版,第35页。

[55] [德]弗朗茨·维亚克尔著:《近代私法史:以德意志的发展为观察重点》(下),陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年1月版,第459页。关于“法学实证主义”和“法律实证主义”的区分,请参见该书第415-420页。

[56] [德]弗朗茨·维亚克尔著:《近代私法史:以德意志的发展为观察重点》(下),陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年1月版,第472页。

[57] [德]弗朗茨·维亚克尔著:《近代私法史:以德意志的发展为观察重点》(下),陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年1月版,第475页。

国的情况,制定中的中国民法典若不是“松散的、联邦式的”法典,大概很难罔顾法典内在的形式理性和逻辑自洽,其内容的取舍、安排,应当首先符合法律的内在逻辑要求,而不是内容决定逻辑。若非如此,则法典本身之“合法性”存疑,其体系内的循环定义、法条冲突、理论漏洞、适用不明等问题难免产生。

与上文提及的法典逻辑性论题相关的是,肯定论者指出,迄今为止,“有关我国人格权独立成编的讨论主要集中于民法的外在体系层面”,而有台湾学者从“形式方面的六项规则”和“实体方面的六项规则”对人格权独立成编的必要性提出质疑,^[58]其质疑也“主要聚焦于形式美感”。^[59]这里存在两个需要澄清的问题:第一,我国学界对人格权独立成编的讨论并非集中于民法的“外在体系方面”,而是更多地集中于法典的内在逻辑,比如,人格权若独立成编,则其与总则中的主体制度如何衔接?若主体制度足够担当对人格权制度的规定之责,则人格权另起炉灶独立成编,是否会叠床架屋?另外,人格权独立成编后,与侵权法中的人格权列举式规定、侵权责任构成要件以及责任承担方式如何协调,都是可以商榷的。第二,肯定论者认为学界对人格权独立成编的质疑“主要聚焦于形式美感”,这是一种误解,混淆了形式理性和形式美感。^[60]从已经公布的民法典草案^[61]来看,学者所谓的人格权部分的“形式美感”问题,是真实存在的,即人格权独立成编之后内容“过于单薄”,^[62]仅仅不足 30 条,似很难与物权、合同等编辉映。但是,这的确是次要的。关键问题是人格权独立成编后,其作为法典的形式理性如何兼顾?

根据马克斯·韦伯构建的法律社会学概念体系,形式理性被视为是与实质理性对立的范畴。^[63]韦伯所谓的形式理性,是从纯粹形式的角度,计算行动可能产生的最大效益,并选择以最有效的方式来达成这一效益,而不问行动本身所要实践的价值为何。^[64]由于韦伯坚持区分事实命题和价值命题,强调科学必须价值中立,他所追求的作为“科学”的法律,也是与价值无涉的。正如学者所指出的,在韦伯的理论下,形式的理性无疑是保障个人自我发展,达成个人追求自我目的的重要方式。形式理性的法律,因其经由缜密的法律体系,一般化普遍的原则,以及法律意义的逻辑解释,不受任何外在实质价值(政治、伦理或宗教的规范)的干扰,因而极力促成法律的预测可能性,保障个人自由,间接促成西方资本主义之兴起。^[65]但是,韦伯也面临两个艰难的问题:第一,悖谬的是,韦伯认为没有形成真正的“逻辑的形式理性”、也没有什么法典化成就的英国,却成为近代资本主义的典范。“英国之所以在资本

[58] 苏永钦:《现代民法典的体系定位与建构规则》,载台湾政治大学法学院中国大陆法制研究中心编:《转型中的中国大陆法制》,台湾元照出版公司 2011 年版,第 15-29 页。该文载苏永钦著:《寻找新民法》,北京大学出版社 2012 年版,第 74-116 页。

[59] 王利明:《再论人格权的独立成编》,《法商研究》2012 年第 1 期,第 24 页。

[60] 事实上苏永钦教授的论证重点从来不是“形式美感”,而是“形式理性”。他说:“我个人一直不认为民法背后的高度形式理性,必须作根本的改变,就像语言变得复杂以后,文法反而越来越重要。”参见苏永钦著:《寻找新民法》,北京大学出版社 2012 年版,“自序”第 3 页。

[61] 全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会于 2002 年 12 月 17 日,向全国人大常委会提交审议其起草的《中华人民共和国民法(草案)》。此后国内掀起新一轮的民法典研究热潮。

[62] 苏永钦著:《寻找新民法》,北京大学出版社 2012 年版,第 68 页。

[63] 参见[德]马克斯·韦伯著:《法律社会学 非正当性的支配》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社 2011 年版,第 218-230 页。许多讨论韦伯“理性”概念的研究者将形式理性等同于目标理性,将实质理性等同于价值理性。参见李猛:《除魔的世界与禁欲者的守护神》,载李猛编:《韦伯:法律与价值》,上海人民出版社 2001 年版,第 148 页。

[64] 参见陈聪富:《韦伯论形式理性之法律》,载许章润主编:《清华法学》第二辑,清华大学出版社 2003 年版,第 33-61 页。

[65] 陈聪富:《韦伯论形式理性之法律》,载许章润主编:《清华法学》第二辑,清华大学出版社 2003 年版,第 33-61 页。

主义的发展上取得优势,并不是由于其法律结构所致,虽说部分而言正由于其拥有这样的法律结构”。〔66〕英国的法律和其经济发展究竟是什么关系,韦伯没有说清楚。这个像谜一样的问题,被后世学者称为“英国问题”。〔67〕第二,作为非形式理性法律典型的《瑞士民法典》取得了巨大的成功,甚至某种程度上比《德国民法典》更受世人肯定。韦伯对此给出了解释。因为著名的《瑞士民法典》第1条允许法官在法律无具体规定时,可根据习惯法或法官将其自身置于立法者的地位可能会制定的法律,而做出判决,韦伯将这种法官自决判断之法称为“反形式化”的法律,并认为这是现代法律的发展趋势。〔68〕韦伯并且将《德国民法典》生效后,德国最高法院通过判例“树立起全新的法律原理”的事实,也作为是对理性化的反思的结果。〔69〕

悖谬的是,民法典的形式理性与逻辑性,当是其前提,但是,从历史来看,过度的形式理性,则可能造成适得其反的效果,从而制定出一部“不食人间烟火”的民法典。以完美法典开始、以法官造法结束的《德国民法典》,堪称法律史上“理性狂妄”最为经典的例子之一。韦伯也曾警告说:“纯粹逻辑性的法律建构的各种归纳,对于交易利害关系者的期待,毋宁经常是非理性的,而且甚至是完全反对的;纯粹逻辑性的法之所以常常被非难为‘背离生活’,正是因为如此。”〔70〕因此,在法律领域较早产生了对理性主义的反思潮流。其实不仅是在法律领域,在人文社会科学诸多领域,都产生了对理性主义、科学主义的反动。〔71〕阿尔伯特·赫希曼提醒我们,社会科学最伟大的洞见之一,“便是观察到,由于不具有完美的先见之明,因而,人类的行为易于产生相当范围的非预期后果。自这一洞见被发现之后,对这种非预期后果的探索和系统描述,就成为社会科学的主要任务之一,如果不是其存在的理由的话”。赫希曼所谓的“非预期后果”中的一个特殊而极端的例子,就是悖谬结果。“这里,普通人类行动者的先见之明几乎彻底失败,而其行动则产生了与预期恰恰相反的结果。”〔72〕反观中国制定民法典进程中的人格权法典化及其后的独立成编之举,能否产生预期的结果,实在很难说。因此,我们尚有以下工作需要完成:第一,重新梳理作为权利的人格权;第二,确立适度形式理性与“开放性结构”相结合的法典化理论;第三,考虑重估人格权立法政策。

三 “人格权作为权利”的论与思

人格权殊难定义,甚至其存在与否也尚面临争议,〔73〕直接原因是其客体之不易确定,而根源则在于人们对于“人格权作为权利”这一命题的认识不同。要弄清这一命题的真伪,有

〔66〕 [德] 马克斯·韦伯著:《法律社会学 非正当性的支配》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2011年版,第227页。

〔67〕 国内较为深入的研究,请参见李猛:《除魔的世界与禁欲者的守护神》,载李猛编:《韦伯:法律与价值》,上海人民出版社2001年版。

〔68〕 See Max Weber, *Economic and Society*, trans. Ephraim Fischhoff et al. . Berkeley · Los Angeles · London: University of California Press, 1978, pp. 886 - 889.

〔69〕 [德] 马克斯·韦伯著:《法律社会学 非正当性的支配》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2011年版,第332页。

〔70〕 [德] 马克斯·韦伯著:《法律社会学 非正当性的支配》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2011年版,第289页。

〔71〕 弗里德里希·A. 哈耶克的 *The Counter-Revolution of Science* 一书就是该领域的经典之作。中文版请参见[英] 哈耶克著:《科学的反革命:对理性滥用的研究》,冯克利译,译林出版社2012年版。

〔72〕 参见[美] 阿尔伯特·赫希曼著:《反动的修辞:保守主义的三个命题》,王敏译,南京:江苏人民出版社,2012年,第32页。

〔73〕 [日] 五十岚清著:《人格权法》,[日] 铃木贤、葛敏译,北京大学出版社2009年版,第1页。另见姚辉:《关于人格权性质的再思考》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第3期,第15页。

两个先决问题亟需解决:第一,何为权利,何种语境谈论之?第二,何为人格“权”?

在近代权利学说史上,作为其哲学基础的主客体二元对立的认识论始终占据主流,人始终是作为客观世界的对立面而出现的。如康德一方面承认外部世界存在客观的物自体,它是感觉产生的源泉;另一方面又承认,还存在着一个与物自体对立的具有认识能力和先验认识形式的认识主体,即自我。^[74]所以,权利是可能的,作为一种认识的权利,体现了意志主体与作为客体的客观世界的联系。莱斯利·阿瑟·马尔霍兰在研究康德遗稿时发现,康德在“法权学说”的预备性讨论中,区分了“Recht”(法权)、“das Recht”(法律)和“ein Recht”(一项权利)。康德说:“个体拥有法权(das Recht)意味着:他不能违背普遍法则而来的自由而行动。个体在某物中拥有一项权利意味着他单凭自己的意愿就可以约束他人去做那些事,对此,如果采取另外的办法,他人就将不受任何约束。”^[75]康德还将通过单纯意志而拘束的能力同强制结合起来,“拥有‘一项权利’意味着……[有]资格凭借个体的单纯意志去强迫他人作为或不作为,否则就与自由无关。”^[76]但是,康德所谓的权利,“并不表示一个人的行为对另一个人的愿望或纯粹要求的关系”,它只表示前者的自由行动与别人行为的自由的关系。^[77]这种关乎自由界限的权利,是“纯粹”的。康德认为,权利是纯粹的权利,不掺杂任何道德的律令。严格的权利与伦理没有任何牵连,它只考虑行为外在的方面,而不考虑行为的其他动机,所以,“严格的权利就是那种仅仅可以被称为完全外在的权利。毫无疑问,这样的权利是建筑在每个人根据这条普遍法则而来的责任的认识上。”^[78]康德进而认为:“权利和强制的权限是一回事。”^[79]马尔霍兰认为,根据康德著作,在与一切法权有关的情形中都具有共同的特征,即强制资格,以及在不存在针对他人的义务。^[80]

康德的法权理论对后世影响深远,马尔霍兰坚信康德法权理论相较其他与之竞争的但似乎与之有亲缘关系的理论来说,康德的理论“更有优势”。事实上罗尔斯和诺奇克也倾向于假定康德某些主要主张的有效性。^[81]维亚克尔指出,萨维尼及其同时代人确信法律家不考虑伦理、政治或国民经济,而他们正是从康德的法理论获得这一确信的伦理性依据;依据此法理论,法秩序本身不是伦理,毋宁只是加以促成,它本身有其“独立存在”。^[82]在康德之后,德国历史上精彩纷呈的权利学说更多地是作为法律学或道德学的基础建构而出现的。正如哈贝马斯所言,对于现代的法律观来说,主观权利的概念起着核心的作用。^[83]

哈贝马斯曾考察了德国私法史上主观权利[subjektive Rechte(用英语说是“rights”)]^[84]

[74] 参见戴文麟主编:《现代西方本体论哲学研究》,浙江人民出版社1993年版,第12页。

[75] Kant, *Handschriftlicher Nachlass*. AA. Vol. viii. p. 322. 转引自[美]莱斯利·阿瑟·马尔霍兰著:《康德的权利体系》,赵明、黄涛译,商务印书馆2011年版,第14-15页。

[76] [美]莱斯利·阿瑟·马尔霍兰著:《康德的权利体系》,赵明、黄涛译,商务印书馆2011年版,第15页。

[77] [德]康德著:《法的形而上学原理:权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第40页。

[78] [德]康德著:《法的形而上学原理:权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第42页。

[79] [德]康德著:《法的形而上学原理:权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第43页。

[80] [美]莱斯利·阿瑟·马尔霍兰著:《康德的权利体系》,赵明、黄涛译,商务印书馆2011年版,第15-16页。

[81] [美]莱斯利·阿瑟·马尔霍兰著:《康德的权利体系》,赵明、黄涛译,商务印书馆2011年版,序言第1页。

[82] [德]弗朗茨·维亚克尔著:《近代私法史:以德意志的发展为观察重点》(下),陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年1月版,第415页。

[83] 参见[德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》(第2版),童世骏译,生活·读书·新知三联书店2011年版,第103页。

[84] 这是哈贝马斯自己的英译。参见[德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》(第2版),童世骏译,生活·读书·新知三联书店2011年版,第103页。

的发展历史。哈贝马斯是哲学家、社会学家,但其主观权利史做得很精致,^[85]美国政治哲学家和法律哲学家乔尔·范伯格(Joel Feinberg)也坚决反对定义权利。他在一篇名为“The Nature and Value of Rights”的著名论文中对权利进行了精彩的论述。他认为,权利是一种主张,而所谓主张是“权利的声明”。因此,若我们追求哲学种类中的“正式定义”,则游戏还没有开始就已经结束了。权利应该是一种“简单的、不可捉摸的、不可分析的原初(概念)”,否则就会像哲学中的“在别处”概念一样,致使平常的东西不必要的神秘化。范伯格进而认为,可以不去尝试给权利或主张下定义,而是在非正式地阐明权利概念的场合,可以使用主张的概念。范伯格并且认为这个替代方案是可行的。^[86]我认为范伯格的观点殊值借鉴。按照维特根斯坦的理论,不存在我们能够用来描述能够命名的事物的总和(换句话说即世界上所有的东西的总和)的方法。即只有单一物才赋予名字,不能给一事物起两个名字,或者给两件事物起一个名字。用无差别的同一来给同一下定义,被维特根斯坦拒绝了,因为无差别的同一显然不是逻辑上必然的原则。“按照这个原则来看,如果x的每个属性都是y的属性,则x与y是同一物了,但是两个事物恰恰有同样的属性毕竟在逻辑上是可能的。如果事实上不是这样,那是世界的偶然的特征,而不是逻辑上必然的特征,而世界的偶然特征当然不容许进入逻辑的结构中的。”^[87]按照维特根斯坦的理论,显然我们无法对丰富多彩的各种具体权利类型进行抽象,并统一命名为“主观权利”,正是看到这种做法的危险性,在德国现代民法学界,不少学者避免对主观权利做出定义。^[88]

需要指出的是,学者们在从事相关研究和翻译的时候,并未严格区分“主观权利”和“权利”,一般是等同使用的。^[89]当然,哈贝马斯所说的主观权利并非意指人格权,但基于人格权属于权利的毋庸置疑的前设,^[90]哈贝马斯对主观权利的历史梳理也许有助于我们拨开笼罩在人格权之上的迷雾。从上述梳理可见,有两个作为转折点出现的理论——法律实证主义和功利主义——曾经对主观权利造成重要影响。而反观人格权法定、人格权法典化的既有参照物,虽然表面来看主要是物权法定、法典理性、法律实践和法律文化,但是究其深层的理论渊源,则正是法律实证主义和功利主义^[91]。法律实证主义为人格权法定解决了立法技术上的难题,而功利主义则成为其精神内核。

有意思的是,不仅仅是德国,英美两国的法律同样深受法律实证主义和功利主义的影响。如果从历史渊源来说,甚至可以认为英美才是这两个理论的鼻祖。罗纳德·德沃金将

[85] [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》(第2版),童世骏译,生活·读书·新知三联书店2011年版,第103-128页。

[86] See Joel Feinberg, *The Nature and Value of Rights*, 4 *The journal of value inquire* 243(1970).

[87] 参见[奥]维特根斯坦著:《逻辑哲学论》,郭英译,商务印书馆1985年版,导论([英]罗素)第11页。

[88] 例如梅迪库斯在其《德国民法总论》中就未对权利下定义。参见[德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》(第2版),邵建东译,法律出版社2001年版,第57-65页。

[89] [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》(第2版),童世骏译,生活·读书·新知三联书店2011年版,第103-128页。梅迪库斯的论述似可为“主观权利”和“权利”的不严格区分提供一个注脚。他指出,人们在客观意义和主观意义上使用“Recht”这个词。在客观上,“Recht”意义与“法律制度”(Rechtsordnung)或“法律调整”(rechtliche Regelung)相同。在主观上,“Recht”意为“有权”(Berechtigung)。梅迪库斯在《德国民法总论》第十章中对“权利”的研究即是在上述第二种意义使用“Recht”。详见[德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》(第2版),邵建东译,法律出版社2001年版,第58-65页。

[90] 按照实证主义的理论,人格权属于法定权利;而按照自然法学说或德沃金的“权利说”推论,则人格权当属于自然权利或道德权利。

[91] 如谢哲胜教授认为,人格权独立成编有利于人民精神层面的满足,从而生活快乐,社会和谐。参见谢哲胜:《中国人格权法独立成编及其基本内容的立法建议》,载《人大法律评论》(2009年卷),第119页。

法律实证主义和功利主义法律理论合并称为英美法律理论中的“占支配地位的理论”，而他的理论与此对立，是“英美法上的自由的、以权利为基础”的理论，德沃金将其命名为“权利论”。^[92] 德沃金将占支配地位的理论分解为技术性部分和规范性部分。描述性部分是实证的，它把法律自身看作没有任何道德内容的、只是一个特定社会中占主导地位的制度化的政治实践的结果。其规范性部分是功利的：它宣称法律的目的即它的惟一合法目标，是社会福利最大化。而且，这一占支配地位的理论不承认它的描述性部分和规范性部分之间，以及一个规则的合法性和它的规范性后果之间有任何联系。一旦一个规则通过某些经过认可的制度化的程序而成为法律，则不管从规范角度来看这一程序多么武断，它的合法性都不受其动机或它对社会福利的实际后果影响。

德沃金认为，权利这个词在不同的背景中有不同的含义。在大多数情况下，当人们说某人有权利做某件事的时候，其含义是如果别人干预他做这件事，那么这种干预是错误的，或者至少表明，如果为了证明干涉的合理性，人们必须提出一些特别的理由。^[93] 以德沃金的“权利论”观之，被德沃金批评最力的哈特，其理论显然属于“占支配地位的理论”，其权利观也与德沃金不同。哈特对道德权利和法律权利进行了区分。他认为：“（道德权利的）拥有者被认为有道德上的正当性去限制他人的自由……这仅仅是因为，如果他通过其选择被许可规定他人如何行为，那么人类自由的特定分配就能在各种情形下获得保持。”^[94] 哈特沿着康德的方向进一步向前推进，他在讨论法律权利时说，个体通过法律授权对他人义务进行程度不一的绝对控制，“如此，在义务所涉及的行为领域中，拥有权利者就是小范围内的主权者，所有义务都源自于他”。^[95] 而最能代表哈特权利观的当属其“法律与道德分离论”。哈特说：“法律与道德分离这项主张的其中一个面向是：法律上的‘权利’和‘义务’，可以不需要道德上的理由，或者说，不需要具备道德的力量。”^[96]

以康德和哈特的观点言之，法律和道德应该分离，但是，这种分离的前提是肯认道德权利的存在，否则，将是极为危险的，因为其可能阻止人们向法律之外寻求道德上之正义，而滑向实在法暴政。正是在这个意义上，L. M. 萨姆纳在研究权利时，对传统的权利思想进行了反省和重构，将一般所谓的权利分为三种：法定权利、制度权利和非制度权利，并将其总称为世俗权利，以和自然权利相对应。^[97] 萨姆纳认为权利有三个维度：范围、内容和力度。其中范围有两个组成部分：主体或权利者与客体或权利的对象。^[98] 一般情况下，主体和客体当然是不同一的，但是，权利的主体和客体能否一致，即我们针对自己的权利吗？萨姆纳认为，按照利益模式，自己不可能为自我利益对自己施加义务，所以这种权利是不成立的。^[99] 萨姆纳的理论为我们思考人格权提供了新的角度。与前述康德的主张——权利的强制资格，是对权利主体之外的人的强制，人不可能对自己产生强制——的逻辑相似，萨姆纳认为

[92] [美] 罗纳德·德沃金著：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，上海三联书店 2008 年版，“中文版序言”第 3 页。

[93] [美] 罗纳德·德沃金著：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，上海三联书店 2008 年版，第 252 页。

[94] See H. L. A. Hart, "Between Utility and Rights", in *The Idea of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 56. 转引自 [美] 莱斯利·阿瑟·马尔霍兰著：《康德的权利体系》，赵明、黄涛译，商务印书馆 2011 年版，第 15 页。

[95] See H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Writings*. Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 183. 转引自 [美] 莱斯利·阿瑟·马尔霍兰著：《康德的权利体系》，赵明、黄涛译，商务印书馆 2011 年版，第 15 页。

[96] [英] 哈特著：《法律的概念》（第 2 版），许家馨、李冠宜译，法律出版社 2011 年版，第 236 页。

[97] 参见 [加] L. M. 萨姆纳著：《权利的道德基础》，李茂森译，中国人民大学出版社 2011 年版，第 50 - 82 页。

[98] [加] L. M. 萨姆纳著：《权利的道德基础》，李茂森译，中国人民大学出版社 2011 年版，第 185 页。

[99] [加] L. M. 萨姆纳著：《权利的道德基础》，李茂森译，中国人民大学出版社 2011 年版，第 192 页。

所谓义务是施加于权利主体之外的,人们不可能对自己施加义务。从而,我们找到了人格权在历史上被否定的两个殊途同归的理由:人不应该被自己强制,或人不应该对自己施加义务。但是,萨姆纳的权利观,即认为权利是“受保护之利益”,具体而言,就是“权利方作为受益人要求他人履行义务,或者为了利益而提出这样的义务”,^[100]受到了马尔霍兰的批评。马尔霍兰指出,不以强制的权力为中心,而只在义务和利益中加以运用的权利概念,将会抛弃个体自我负责的要素而沦为专断。而仅当人们在相互关系中能作为负责任的个体而行动时,属于个体的权利才成为可能。马尔霍兰批评萨姆纳将权利视为“被保护的利益”,即通过考察是否存在提供给 A 物质利益的义务,来识别 A 是否为权利所有者,导致即使 A 拥有权利也无需成为共同体的负责任的成员。此种“权利”只属于奴隶,甚或属于动物。^[101]

存在着一种名为“人格权”的权利吗?康德并不认可人对自己享有权利,理由是前文论述的人无法强制自身而为限制。但马尔霍兰认为,康德承认某些权利是不可转让和不被剥夺的。也即,存在某些人们既不能获得也无法被消除的权利。这主要是自由的固有权所必然涉及的形式权利。它们大致等同于哈特所谓的“普遍权利”或自然权利。这些权利构成了人格的身份,并将主体与物区分开来,其中也包含着不可转让的自由,它们对个体履行自身义务也即个体自身的人性权利是必要的。这些权利进一步地也包含了豁免,使它不受制于某种特定方式(作为物而使用)。^[102]这里所谓“人性权利”,“严格来说,它是个体针对自身的权利,是与其针对自身的义务相对应的”。^[103]人性权利属于“自由的固有权”,对于康德来说,后者是这样一种权利,它单凭出生就属于每个人。在将权利界定为固有的过程中,康德的观点是将它们表现为并非获得性的权利。^[104]的确,康德认为,只有一种天赋的权利,即与生俱来的自由。^[105]这就是他将其固有权称为“自由的固有权”的原因。可见,康德承认个体对自己拥有“权利”,也就是前文所述的“人性权利”,但这是在康德放弃行为原则,“而倾向于自然法则原则”^[106]后所得出的权利,它并非法定权利,实则是自然法权利。必须说明的是,康德权利观的深刻影响在当代德国民法学者的论著中依稀可见。卡尔·拉伦茨在《德国民法通论》一书中这样解释通说的“权利”:它是“法律为了满足某人的需要而赋予他的一种‘意思的力’或‘法律的力’”。^[107]但拉伦茨强调“‘法律的力’不适用于各种人格权。”他的理由是,“人格权保护权利人的不可侵犯的个人生活领域,在这个范围内没有权利人的同意,不许他人进行干涉。法律没有规定对人身的‘权力’,至少没有规定人本来就没有的权力”。^[108]拉伦茨虽然承认人格权的存在,但是保持了必要的警惕,他在一定程度上遵循了康德权利观中的“人无法强制自身而为限制”之意。所以,他说“人格权是一种受尊重权”。^[109]可见他所谓的人格权是消极的、抵御性质的权利。

在康德之后,根据学者的梳理,德国人格权理论历经历史法学派对人格权的存废之辩、

[100] [加]L. M. 萨姆纳著:《权利的道德基础》,李茂森译,中国人民大学出版社2011年版,第42页。

[101] [美]莱斯利·阿瑟·马尔霍兰著:《康德的权利体系》,赵明、黄涛译,商务印书馆2011年版,第18-19页。

[102] [美]莱斯利·阿瑟·马尔霍兰著:《康德的权利体系》,赵明、黄涛译,商务印书馆2011年版,第19-20页。

[103] [美]莱斯利·阿瑟·马尔霍兰著:《康德的权利体系》,赵明、黄涛译,商务印书馆2011年版,第242页。

[104] [美]莱斯利·阿瑟·马尔霍兰著:《康德的权利体系》,赵明、黄涛译,商务印书馆2011年版,第213页。

[105] [德]康德著:《法的形而上学原理:权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第50页。

[106] [美]莱斯利·阿瑟·马尔霍兰著:《康德的权利体系》,赵明、黄涛译,商务印书馆2011年版,第212页。

[107] [德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第280页,第276-277页。

[108] [德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第280页,第278页。

[109] [德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第280页,第282页。

日耳曼法学派对人格权理论的法律实证主义塑造以及二战后德国法学界对人格权成文化的论辩,^[110] 凸显人格权道路之曲折,然而德国民法典中最终并未规定人格权,是“严格的法律实证主义的固执结果”。^[111] 显然,大陆法系国家人格权的立法例主要是通过制定成文法,但是德国通过宪法法院创设人格权的立法例较为独特,是对传统法律实证主义的有效突破,赋予法官/法院一定的“造法”功能,从而不可能再倒退回去主张人格权“法定”。因此,有学者指出,自 20 世纪 50 年代以来,德国在自然人人格权及其保护领域通过法律实务排除了“狭隘的法律实证主义”。在德国人的当代思维中,自然人人格权已经不能再是 1900 年那个时代的狭义民法实证意义上的法定权利。^[112] 综观德国的人格权发展历史,可以视为当代法学方法论主线中,“法律哲学上自然法与法律实证主义间不断来回撞击的基本立场”^[113] 之上,自然法在法律实践中取得的胜利。

四 结 语

人格权法定并不能完成人格权法典化以及人格权独立成编的论证使命,皆因其违背了两个基本的命题:

第一,权利法定并不是实现法律正义的必由之路。在西方近代史中,权利法定是作为资产阶级对抗封建时代旧物权制度并防止其死灰复燃的利器出现的,如物权法定原则如是。^[114] 但是,韦伯已经提出了著名的“英国问题”,其实是给我们抛出了一个无法用经验比较去得出结论的“不可言说”的问题。直到现在,我们也没有比较出欧陆的德法诸国和海峡之隔的英国,以及同属盎格鲁——撒克逊法系的美国,其法律制度孰优孰劣。而德国联邦宪法法院对“一般人格权”制度的创设,似乎可以给我们一些启示:人格权若应该并可以法定,为何先是在判例中确立之?考默萨在分析美国的“法院造法”和“法定权利”这两个问题时说:“法律所确立的权的多寡及性质,取决于供给与需求这两种力量之间的较量;它们也是制度选择的精髓。权利的存在往往能够标示出那些需要法院承担重要任务的情形。最强大的法定权利包括司法能动主义,但不必然包含大量的法律活动。”^[115] 我们在构建中国的人格权制度时,是否可以考虑将其作为一个“供给——需求”视野中的公共产品,综合立法者、法院和权利人的多方需求,而不是一味依赖制定法。虽然一些人格权法定论者也对中国法院的造法功能寄予希望,以此缓和人格权法定的僵化,但是,基于人格权法定对法院的限权,才是“法定”终极的目标。

第二,则是“人”的哲学根源。正是因为人格权的“人”的因素,人格权和物权、债权才有巨大的差异,这些差异不应该被忽视。正如学者指出,人格权因为没有特殊的“关系规范”,

[110] 参见张红:《19 世纪德国人格权理论之辩》,《环球法律评论》2010 第 1 期,第 22-33 页。

[111] 张红:《20 世纪德国人格权的演进》,载《清华法律评论》第四卷第一辑,第 41 页。

[112] 参见龙卫球:《人格权立法的制度设计》,《中国法律》(China Law)2011 年第 6 期,第 7 页。

[113] Fikentscher 认为该主线是当代法学方法论中的三个主要潮流之一。参见 Wolfgang Fikentscher: *Methoden des Rechts*, Bd. III (Mittel-europäischer Rechtskreis), s. 446-448. 转引自吴从周著:《民法法学与法学方法:概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史》,中国法制出版社 2011 年版,第 420 页。

[114] 谢在全著:《民法物权论》(上),中国政法大学出版社 1999 年版,第 41-42 页。

[115] [美] 尼尔·K. 考默萨著:《法律的限度:法治、权利的供给与需求》,申卫星、王琦译,商务印书馆 2007 年版,第 2-4 页。

是单纯的主观权利,而和债权、物权各自涵盖多种复杂的财产权关系,亲属、继承为一定身份者间的财产和非财产关系,不可同日而语。^[116] 从历史来看,法律古已有之的“定纷止争”功能始终是存在的,法律划分的从来都是人和他人的界限,也因此权利是在人和人之间产生的。通过法律塑造人格权时,我们不能忽视:人的主体性和客体性是不可能统一的。权利毕竟不是认识论或本体论,在理论上可以做到主客体完全统一。如萨特关于自由的学说,不是简单地论证自由是人的权利,而是指出自由是人的存在方式。萨特声称,他的自由论是要把我们对自由的本体论弄得更加明确。^[117] 我们若像萨特论证自由权利般去论证人格权,定然陷入新的困境。

因此,需要重申的是,历史上来看人格权未曾法定过,今后也不应当法定。一种权利被法律规定,和权利法定是不能贸然划等号的,前者只是一种事实状态,而后者却是对其形成价值判断。就人格权的论证来说,对事实状态进行放大之后的价值判断,有蛇足之嫌,而无虎翼之功。人格权有自身的开放性结构,它并不否定以法律规定人格权,但此外的尚未发现或将来出现的人格相关之权利,仍然应作为开放结构本身之重要组成部分。因此,可以说,人格权是一个发现的过程,而不是法定的结果。而这个发现过程,具体而言,既是立法者之责,也是法官之责,甚或是所有人之责,或者说,是所有人之权利——追求并获得人格权的权利。

[Abstract] The statutory personality right includes three aspects which are provided by civil law, provided by constitution law, and provided by civil law and constitution law. The purpose of the statutory personality right is to argue the codification of the personality right, and its deeper intention is to demonstrate the possibility of the independent part of the Civil Code of China in the future. So it will inevitably be caught in a paradox predicament because of their own legal positivism and utilitarianism basis, thus can't derive its desired results, and also can't meet the need of the form of rational demand for the codification of personality right. The personality rights as rights, and its color of natural law has not faded. The personality right has inherent open texture, and the core of Kantian's theory of right, which resulting in a great inclusive and apply flexibility. In the past, there are colorful practices of personality rights, and there are so many personality rights which are not provided in laws are adequately protected. For the establishment of a sound, logical self-consistent system of personality rights, we should get rid of the theory of the statutory personality right, and insist on the dynamic and diversified development of personality right. Thus we establish a two-track development mechanism of personality rights with the legislative mechanisms and discovery mechanism.

(责任编辑:姚佳)

[116] 苏永钦著:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第73页。

[117] 参见[法]萨特著:《存在与虚无》(第2版),陈宣良等译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第611页以下。