

# 论宪法上的一般人格权及其对民法的影响

王 错\*

---

**内容提要** 由于人与人格、人的尊严与人格尊严、人的尊严与一般人格权存在不同,我国《宪法》第38条所规定的“人格尊严”无法与德国基本法上的“人的尊严”进行简单的类比或者等同。我国《宪法》第38条所规定的“人格尊严”更倾向于一般人格权,将人格与尊严放在一起只是为了提高人格权的保护力度。民法上一般人格权是宪法上一般人格权“间接”适用于民法的产物,同时,民法典规定一般人格权成为民事立法者落实基本权利国家保护义务的结果。宪法上一般人格权和民法上一般人格权都旨在对未列举的人格权进行保护,其具体内容都需要通过司法实践来进行填补,但是这种填补必须依据宪法和民法上有关一般人格权的规定来进行,这是法官依法审判的应有之义。一般人格权内容的非法定并不排斥其依据的法定。

**关键词** 人格 人的尊严 人格尊严 一般人格权 基本权利的第三者效力

---

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2017.03.006

近年来,有关我国民法典中人格权是否独立成编的问题在民法学界引起了广泛的争论。这些争论还牵涉到了宪法。比如,反对人格权独立成编的学者就认为,人格权应当由宪法来规定,民法典没有必要规定。<sup>①</sup>而支持人格权独立成编的学者则反驳说,人格权既可以由宪法来规定,也可以由民法来规定,而且民法规定比宪法规定要好。<sup>②</sup>还有学者认为,一般人格权本质上是私权,宪法不能规定,因为一般人格权旨在防止公法向私法渗透,是私法自治的屏障。<sup>③</sup>那么,这些理由是否成立?笔者认为,这取决于三个

---

\* 北京航空航天大学法学院教授,博士生导师。本文系国家社科基金青年项目“我国宪法总纲条款的规范属性与实施机制研究”(项目批准号:12CFX016)的阶段性成果。

① 参见尹田《论人格权的本质——兼评我国民法草案关于人格权的规定》,载《法学研究》2003年第4期。

② 参见王利明《人格权法中的人格尊严价值及其实现》,载《清华法学》2013年第5期;杨立新《对民法典规定人格权法重大争论的理性思考》,载《中国法律评论》2016年第1期;刘凯湘《人格权立法中的争论与辨析》,载 <http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?30240>,最后访问时间:2016年3月14日。

③ 参见马存利、李晨《论一般人格权的本质与功用——兼论对宪法私法化的思考》,载《河南省政法管理干部学院学报》2002年第1期。

前提性问题的澄清: 首先,我国宪法是否规定了一般人格权 ( allgemeine Persönlichkeitsrecht) ?<sup>④</sup> 其次,宪法上规定一般人格权到底有何作用? 再次,宪法上一般人格权与民法上一般人格权有何区别与联系? 如果上述前提性问题没有得到解决,任何有关一般人格权到底是宪法规定好还是民法规定好的讨论都是“关公战秦琼”。从目前的讨论来看,无论是民法上一般人格权还是宪法上的一般人格权,学者们的重要参照对象都是德国法,所以,本文拟在借鉴德国法第一手资料的基础上,对上述争论中的一些前提性问题进行分析,以期为我国民法典中的人格权条款提供助力。

## 一、我国《宪法》第( )条的解释方案——人的尊严抑或一般人格权

从字面上看,我国宪法并无一般人格权的规定,比较接近的是《宪法》第38条。该条规定,中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。关于该条的解释,目前宪法学界的通说认为,该条所讲的人格尊严是指姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权和隐私权。<sup>⑤</sup>

本法》第1条的人的尊严(Würde des Menschen)的角度上去解释。<sup>⑧</sup>但是不能注意的是:首先,我国的人格尊严与德国的人的尊严在表述上并不一致,<sup>⑨</sup>最明显就是人(Mensch)与人格(Persönlichkeit)的区别。其次,人的尊严与人格尊严能否等同,这涉及到尊严到底来自于人还是人格的理论争议。

### (一) 人与人格的区别

人格(Persönlichkeit)概念的起源要从它与人格体(Person)的区别和联系上谈起。从词源来看,人格体(Person)来自于拉丁语 persona,是指希腊剧场中演出所使用的面具,后用来指社会生活中的角色。<sup>⑩</sup>在古代欧洲,人格体是与社会地位、出身、出生或者命运相联系的,这在罗马私法中就可以察觉到。比如一个人可以具有家长、官吏、监护人等不同的身份。<sup>⑪</sup>但同时,在封建等级社会形成了一个自然自由的框架。这种自然自由成为个人权利分配的起点,由此产生了每个人要作为人格体必须享有自然的权利和义务,由此将人格体与权利能力(Rechtsfähigkeit)联系在一起。用今天的话来说,人格体就是法律主体,亦即权利义务的承担者。就像1794年的《普鲁士一般邦法》所规定的,人(Mensch)只有在市民社会享有一定的权利才能称之为人格体。<sup>⑫</sup>发端于18、19世纪革命的、同时也是浪漫主义的和新人文主义的思潮将自由和平等作为个人的更高值得追求的本质,从而放弃了中空的、功能化的人格体(Person)概念,而创造了一个新的概念——人格(Persönlichkeit),即人自由地和道德地发展的资格。“康德将其作为伦理学上的一个重要范畴,在他看来,人格是指具备理性能力的人超脱于自然整体的机械作用的自由与独立性,这种伦理属性使人成为一个尊贵的存在”。<sup>⑬</sup>

由此可见,人(Mensch)、人格体(Person)、人格(Persönlichkeit)分别代表了生物意义、法律意义和伦理意义上的人,三者无法等同。首先,并非每个人都是人格体,也并非只有人才是人格体。前者比如罗马时期的奴隶,后者比如法人(juristischen Person);<sup>⑭</sup>其次,人格体也不一定拥有人格。用学者韦斯特曼(Harry Westermann)的话说,人格体是

⑧ 这种将人格尊严与人的尊严等同的观点在我国学者中比较普遍,参见刘志刚《人格尊严的宪法意义》,载《中国法学》2007年第1期;上官丕亮《论宪法上的人格尊严》,载《江苏社会科学》2008年第2期;林来梵《人的尊严与人格尊严——兼论中国宪法第38条的解释方案》,载《浙江社会科学》2008年第3期;仪喜峰《宪法正当性视野下的人格尊严保障》,载《河北法学》2012年第12期。

⑨ 对将人的尊严与人格尊严等同的质疑,参见李海平《宪法上人的尊严的规范分析》,载《当代法学》2011年第6期;郑贤君《宪法“人格尊严”条款的规范地位之辨》,载《中国法学》2012年第2期;王晖《人之尊严的理念与制度化》,载《中国法学》2014年第4期。

⑩ Vgl. Thomas Vesting, Verfassungsgeschichtliche und verfassungsdogmatische Grundlagen, in: Horst-Peter Gütting/Christian Schertz/Walter Seitz (Hrsg.), Handbuch des Persönlichkeitsrechts, C. H. Beck, München, 2008, S. 108.

⑪ 参见周相《罗马法原论》,商务印书馆2002年版,第106页。

⑫ 前引⑦, Kube文, S. 83.

⑬ 杨代雄《主体意义上的人格与客体意义上的人格——人格的双重内涵及我国民法典的保护模式选择》,载《环球法律评论》2008年第4期。

⑭ Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988, S. 14.

潜在的人格,人格是人格体的后续发展。<sup>⑮</sup>比如一般人格权虽然保护自然人,但不适用于胎儿。<sup>⑯</sup>因为胎儿虽然有权利能力,是人格体,却欠缺道德能力。未成年人虽然是人格体,但其享有的一般人格权与成年人的并不相同,被称为“人格形成权”(Persönlichkeitswerdungsrecht)。再次,人格与人也不相同,比如死人仍然具有人格,人格不因为人死而消失。<sup>⑰</sup>

## (二) 尊严来自于人还是人格

人的尊严还是人格尊严,这里存在不同尊严理论之间的争论。

### 1. 尊严来自于人

这种思想最早发端于斯多葛哲学,他们将尊严从社会等级秩序上脱离,也超越于宇宙和道德秩序。西塞罗赋予尊严普遍的意义,他认为,人与动物的区别就在于尊严。<sup>⑱</sup>之后,人的尊严的普遍性意义被早期基督教和中世纪神学所把握,将每个人的尊严立基于上帝的形象之上。因为人是上帝按照自己的样子创造的,尤其是阿奎那将之与人的理性天赋和意志自由联系起来,从而使人在上帝创造的万物中具有了特殊的地位。<sup>⑲</sup>新教和路德的权利正当化学说进一步认为,人通过上帝的怜悯而获得相应的尊严,从而使尊严不再取决于人的功绩或者素质。<sup>⑳</sup>

当代主张尊严来自于人的理论主要是价值理论(Werttheorien)。该理论认为,人本身就是价值。人的尊严是处理一种内在价值,一种不可转让、不可放弃的东西,<sup>㉑</sup>这是人的本性或本质。<sup>㉒</sup>每个人都有尊严,这不依赖于他事实上的品质和能力。<sup>㉓</sup>价值理论也被称为嫁妆理论(Mitgifttheorie),<sup>㉔</sup>即人的尊严是上帝赐予的礼物或者本性。价值理论被学者迪里希(Günter Dürig)发展为“客体公式”,即把具体的人当作客体,仅仅作为一种手段,是不可接受的。<sup>㉕</sup>价值理论也符合尊严这个词的词源,在德语中,Würde(尊严)

<sup>⑮</sup> Harry Westermann, Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht, Westdeutscher Verlag, Köln und Opladen, 1957, S. 20.

<sup>⑯</sup> 前引⑦, Kube

<sup>⑰</sup>

<sup>⑱</sup>

<sup>⑲</sup>

<sup>⑳</sup>

<sup>㉑</sup>

<sup>㉒</sup>

<sup>㉓</sup>

<sup>㉔</sup>

<sup>㉕</sup>

最早源自于形容词 wert。wert 的意思是“与什么相比”或者“一个等价物”，所谓有价值 (würdig) 就是与其他东西相比一样出众，从而就带来了价值 (Wert)。英语中的 dignity 来源于拉丁语 dignitas，这个词可以追溯到印欧语系中的 dek，是接受、接待之义，引申为欢迎、表达尊敬。它是 dignus 的名词化，后者有用某种东西装饰之义。因此，dignitas 是指某种值得尊敬的的东西的本质或者状态。<sup>②⑥</sup>

## 2. 尊严来自于人格

这种思想发端于古希腊和罗马，当时，尊严概念并非人先天的本质，而是基于社会的声望，从而与名誉和荣誉挂钩。<sup>②⑦</sup>

当代主张尊严来自于人格的代表性理论是功绩理论 (Leistungstheorien)。该理论认为，尊严作为功绩，并非人自带的价值，而是通过自己的努力生成，当然也可以丧失。<sup>②⑧</sup> 根据卢曼的观点，尊严是自我功绩的展示。<sup>②⑨</sup> 尊严是一个人的身份形成和在社会交往中作为个体人格的自我表现。<sup>③⑩</sup> 但问题在于，如果人缺乏自我展示的能力，那么是否需要一种特殊的尊严保护？<sup>③⑪</sup> 功绩理论的背景就是每个人要对其尊严自负其责，但是该理论的危险性在于，通过有效的基本权利放弃就可以排除人的尊严的保护任务，比如色情表演。同时，对于婴儿或者堕胎中的尊严，该理论的名声也是不好的。功绩上的赤字不能排除任何人的尊严保障，这种理论中的精英主义苗头将推翻人的尊严的平等主义的基本思考。<sup>③⑫</sup>

另外一种与功绩理论有别，但同样否定价值理论的理论倾向是交往理论或承认理论 (Kommunikations-oder Anerkennungstheorien)。它认为，尊严既非一种自带的价值也非一种可提供的功绩，而是社会交往中通过对社会尊重请求权的积极评价来获得的。<sup>③⑬</sup> 哈贝马斯的解释最为明晰，他说，人的尊严不是本性，它更多是不可侵犯，即人与人之间交往所形成的相互承认，在人的平等交往中产生了意义。<sup>③⑭</sup> 根据交往理论，人的尊严不在于生物意义上的种属，而在于相互交往的社会维度。但如果这样的话，人的尊严的保护请求权就只限于已经出生的人，而排除了未出生的生命。

<sup>②⑥</sup> Paul Tiedemann, Menschenwürde als Rechtsbegriff: eine philosophische Klärung, 2. Aufl., Berliner Wissenschaft Verlag, Berlin, 2007, S. 217-218.

<sup>②⑦</sup> Horst Dreier, Art. 1 Abs. 1, in ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, 3. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, Rn. 3f.

<sup>②⑧</sup> Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 4. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1999, S. 60ff.

<sup>②⑨</sup> a. a. O., S. 68.

<sup>③⑩</sup> a. a. O., S. 61f.

<sup>③⑪</sup> Tatjana Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff: Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, S. 118ff.

<sup>③⑫</sup> Lothar Michael & Martin Morlok, Grundrechte, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2012, S. 97-98.

<sup>③⑬</sup> 前引<sup>②⑥</sup>, Hofmann 文, S. 364.

<sup>③⑭</sup> Jürgen Habermas, Die Zukunft der menschlichen Natur: Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2001, S. 62.

### 3. 保护人类尊严( Menschenheitswürde)

人的尊严到底是指个人的尊严还是指人类的尊严?德国联邦宪法法院认为,“每一个人都是独一无二的,因此都应当受到人的尊严的保护。那种失去个性的对类的保护并非我们想要的”<sup>⑤</sup>。人类尊严将导致人的尊严在保护法益和权利主体上的分裂。当然,人类尊严可以用来解释生物科技的一些疑难问题,比如克隆人并没有侵犯某个人的尊严。<sup>⑥</sup>但是这并非人的尊严无法解决的。比如我们可以说人的基因的不可侵犯性整体上构成人的尊严或者说克隆人缺乏对人的后代的尊严的尊重。总的来说,人类尊严缺乏可靠的理由,它会使个人的尊严的不可侵犯性处在与人类尊严的集体法益的紧张关系中,并导致前者的相对化。<sup>⑦</sup>

### 4. 保护人性尊严( Würde des Menschennatur)

我国学者还经常提到一个概念:人性尊严。<sup>⑧</sup>那么,它跟人的尊严之间是什么关系?这与对人的理解有关。人有三种理解,一是指人的个体,二是指人种,三是指人的本质,即人作为人。在第一种意义上,每个人都有尊严;在第二种意义上,尊严属于智人这个种类;第三种意义上,尊严属于一种特定的性质,这种本性可以做规范的理解,即人应当是什么,也可以仅仅是一种描述,要么是智人种所具有的性质,要么是每个个体具有的性质。<sup>⑨</sup>人性尊严属于第三种对人的理解。但是,诚如前述,如果把人性作规范的理解,就会产生与人格尊严相同的问题,即那些没有人性或者缺乏人格发展能力的人是否就没有尊严?那些判断人应当是什么以及人应当具有何种道德能力的标准又何在?会不会导致一些人利用人性或人格来否定另一些人的尊严的危险?<sup>⑩</sup>所以,学者伊森泽(Josef Isensee)认为,人性尊严更多是本体论上的,是不可丧失的本质:人本身就有尊严。<sup>⑪</sup>

综上所述,从人的主体性和尊严的普遍性的角度出发,尊严只可能来自于人而非人格,否则可能导致以某些人的人格欠缺而否定其尊严的危险。同时,人格与尊严强调的问题是不同,如果说人格或者人格主义旨在强调人的社会本质的话,<sup>⑫</sup>尊严则恰恰是个人主义的,每个人都是他自身的目的;人格以人的理性和道德能力为前提,具有特殊

<sup>⑤</sup> Tobias Auel, Das Menschenwürde-Argument im Polizei-und Ordnungsrecht, Die Verwaltung 37 (2004), S. 246ff.

<sup>⑥</sup> Martin Nettesheim, Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopp, AöR 130 (2005), S. 107ff.

<sup>⑦</sup> 参见前引<sup>②⑦</sup>, Dreier文, S. 228-229.

<sup>⑧</sup> 参见侯宇《论人性尊严的宪法保障》,载《河南省政法管理干部学院学报》2006年第2期;杜承铭《人性尊严:作为民生之本的宪法权利》,载《江汉大学学报》(社会科学版)2008年第3期;汪进元《论宪法的人性尊严原则》,载《河南财经政法大学学报》2012年第4期。

<sup>⑨</sup> 前引<sup>②⑧</sup>, Tiedemann书, S. 216.

<sup>⑩</sup> 相同的质疑参见李累《宪法上“人的尊严”》,载《中山大学学报》(社会科学版)2002年第6期。

<sup>⑪</sup> 前引<sup>⑩</sup>, Isensee文, S. 46.

<sup>⑫</sup> 参见[日]阿布照哉、池田政章、初宿正典、户松秀典《宪法》(下册——基本人权篇),周宗宪译,中国政法大学出版社2006年版,第91页。

主义的倾向,而尊严则是普遍主义的,尊严反映的是人与人之间本质上的平等。<sup>④③</sup>所以,如果将我国《宪法》第38条的“人格尊严”解释为“人的尊严”,不仅有违文义,而且理论上也颇为牵强。当然如果从人格尊严在我国宪法文本中的位置来看,其并非基本权利这一章的首要权利,前面还有平等权、选举权和被选举权、言论出版集会游行示威自由、宗教信仰自由,甚至人身自由都位于其前,<sup>④④</sup>更难与《德国基本法》第1条第1款的人的尊严相提并论。

## 二、“人的尊严”与一般人格权的区别

林来梵教授曾经创造性地提出“人格尊严条款的双重规范意义说”,即认为“我国现行《宪法》第38条前段有关人格尊严的规定,可相对独立地理解为一项体现了人权保障之价值基础的一般性准则,但这仅是该规定之规范属性的一个面向,而另一方面,从第38条前后段之间的直接勾连关系来看,前段的规定,同时还可理解为是确认了作为一项个别性权利的人格尊严的条款,而这个个别性的基本权利,乃相当于宪法上的人格权”。<sup>④⑤</sup>这种理解试图把“人的尊严”和“一般人格权”等同起来,但是这种等同仍然要具备两个前提:第一,人的尊严具有基本权利的属性;第二,作为基本权利的人的尊严就是指一般人格权。

首先,“人的尊严”能否成为一项基本权利,在德国存在激烈的争论。目前,关于人的尊严的性质有三种观点:(1)认为人的尊严并非一项基本权利,而仅仅是一个客观的规范,是其他基本权利的上位概念。<sup>④⑥</sup>因为从《德国基本法》第1条第3款的表述——后续的基本权利直接约束立法、行政和司法——来看,并不包含人的尊严。(2)认为人的尊严是不受限制的基本权利,对人的尊严的干预(Eingriff)都构成侵犯(Verletzung)。<sup>④⑦</sup>(3)认为人的尊严只是其他基本权利的构成要件,因此也不可能存在限制。<sup>④⑧</sup>目前,德国联邦宪法法院认可人的尊严的基本权利属性。主要理由包括:(1)人的尊严仍然位于“基本权利”这一标题之下,<sup>④⑨</sup>而且根据《德国基本法》第1条第1款第2句,尊重和保护的尊严是所有国家权力的义务,那就说明人的尊严已经具有了基本权利的约束力。

<sup>④③</sup> See Edward J. Eberle, *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*, Praeger Publishers, Westport, 2002, p. 50.

<sup>④④</sup> 人格尊严在我国基本权利中的“较低”的位置可能与1982年宪法制定时将人格尊严作为广义的人身自由的一部分来理解有关。参见许崇德《中华人民共和国宪法史》福建人民出版社2003年版,第658、794-795页。

<sup>④⑤</sup> 前引<sup>③</sup>林来梵文。

<sup>④⑥</sup> Vgl. Christoph Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung: Zur Dogmatik des Art. 1 GG*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, S. 110.

<sup>④⑦</sup> 前引<sup>③</sup>Michael & Morlok书, Rn. 544.

<sup>④⑧</sup> Nils Teifke, *Das Prinzip Menschenwürde: Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, S. 70.

<sup>④⑨</sup> Wolfram Cremer, *Freiheitsgrundrechte: Funktionen und Strukturen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, S. 237.

(2) 因为尊严保障的恰恰是作为主体的人,由此可以推出规范的目的是保障主观权利。<sup>⑤①</sup> 因为基本权利的目的和理由就是保护个人,而非保障客观的秩序或者集体利益。<sup>⑤①</sup> 同时,当人的尊严作为一项基本权利的时候,意味着它比单纯的客观法在人的尊严的实现上设置了更高的标准(即可请求性和可主观诉讼性)。

其次,即使人的尊严可以作为一项基本权利,但是,它与宪法上的一般人格权并非相同的基本权利,两者无论在保护范围还是在保护强度上都存在差别。<sup>⑤②</sup>

### (一) 保护范围的区别

#### 1. 人的尊严的保护范围

关于人的尊严的保护范围,德国学界仍有争论。<sup>⑤③</sup> 比如学者胡芬(Friedhelm Hufen)认为,人的尊严的保护范围包括:(1)对每个人身份和唯一性的尊重;(2)维护身体和精神上的完整性;(3)维护个人隐私的核心领域;(4)对基本自主的尊重;(5)承认人的社会性;(6)维护一个经济、社会和文化上的最低生活水平。<sup>⑤④</sup> 学者金格瑞(Thorsten Kingreen)和波尔舍(Ralf Poscher)认为,人的尊严保护的是:(1)人的主体性,尤其是身体和精神上的认同和完整性;(2)人在法律上的平等;(3)保障最低生活水平。<sup>⑤⑤</sup> 学者萨克斯(Michael Sachs)将人的尊严的保护范围限定在四个方面:(1)保护身体的完整性;(2)人的基本生活条件;(3)基本的法律上平等;(4)个人的身份。<sup>⑤⑥</sup>

德国联邦宪法法院没有给人的尊严的保护范围下过定义,只是指出了侵犯人的尊严的情形,并且表示,这无法抽象地确定,只能在个案中观察。过去的相关案例包括:(1)集体丧失社会地位和对人的侮辱触犯了人的尊严。例如贩卖人口以及奴隶、农奴、在身体或道德强迫下以及刑罚恐吓下的劳动。此外,谩骂式批评,即纯粹对人的贬低而非事实的陈述也属之。(2)对人的折磨违反了人的尊严。例如终身自由刑必须存在重新获得自由的机会。再比如禁止刑讯,因为被刑讯者的意思自治被疼痛战胜了,当事人的身体成为工具。而死刑因为其所剥夺的东西具有不可逆转性,也违反了人的尊严。(3)人的尊严的社会国内涵就是保障最低生活水平。<sup>⑤⑦</sup>

#### 2. 一般人格权的保护范围

宪法上一般人格权的内涵通常包括:(1)自我决定权(Recht der Selbstbestimmung),即去确定个人的身份辨识的权利。(2)自我保护权(Recht der Selbstbewahrung),即保护个人的独处。(3)自我表现的权利(Recht der Selbstdarstellung),即保护个人的公众形象

<sup>⑤①</sup> Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, S. 43-44.

<sup>⑤②</sup> Robert Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995, S. 277.

<sup>⑤③</sup> 参见前引⑦, Kube文, S. 93.

<sup>⑤④</sup> 我国学者对尊严保护范围的讨论,参见王旭《宪法上的尊严理论及其体系化》,载《法学研究》2016年第1期。

<sup>⑤⑤</sup> Friedhelm Hufen, Staatsrecht II: Grundrechte, 3. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2011, S. 138.

<sup>⑤⑥</sup> Thorsten Kingreen /Ralf Poscher, Grundrechte: Staatsrecht II, 29. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2013, S. 86.

<sup>⑤⑦</sup> Michael Sachs, Verfassungsrecht II: Grundrechte, 2. Aufl., Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2003, S. 168.

<sup>⑤⑧</sup> 前引③②, Michael & Morlok书, S. 101-103.

不被降低、歪曲、损坏和未经允许获得,同时也防止未经允许秘密代表某人。<sup>⑤⑧</sup>目前德国司法实践中承认的宪法上一般人格权主要有:私人领域的利益(BVerfGE 54,148)、姓名权(BVerfGE 78,38)、名誉(BVerfGE 54,208)、使用自己肖像的权利(BVerfGE 54,148)、保护自己言辞的权利(BVerfGE 54,148; 54,208)、在公共场合自我表现的权利(BVerfGE 54,148)、自己的人格形象的权利(BVerfGE 99,185)、反制性报道的权利(BVerfGE 97,125)、获得重新社会化机会的权利(BVerfGE 35,202)、不自证其罪的权利(BVerfGE 38,105)、不受酷刑的权利(BVerfGE 54,100)、承认性别转换的权利(BVerfGE 49,286)、自我决定权(BVerfGE 72,155)、了解自己身世的权利(BVerfGE 79,256)。<sup>⑤⑨</sup>

### 3. 对比

通过对比人的尊严和一般人格权的保护范围可见,前者的保护范围更抽象,后者的保护范围更具体。当然,两者也存在一些共同之处,比如对隐私的保护。这是因为在德国,一般人格权本身就是来自《德国基本法》第2条第1款的人格自由发展权(Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit)和第1条第1款的人的尊严的结合,故被称为组合基本权(Kombinationsgrundrechte)。那么,为什么要结合人格自由发展权和人的尊严才能产生一般人格权?为什么不从人格自由发展权或者人的尊严中直接推出一般人格权?学者认为,这是因为从《德国基本法》第2条第1条的表述来看,对于人格自由发展权,国家是可以进行广泛限制的——人格自由发展权不得侵犯其他人的权利,不得违反合宪秩序或者道德法则,但是从《德国基本法》第1条第1款的表述来看,人的尊严是不可干预的——人的尊严不可侵犯,尊重和保护它是所有国家权力的义务。由此,借助于人的尊严可以加强一般人格权在比例原则审查中的权重。<sup>⑥⑩</sup>所以,结合人的尊严的主要目的是提高一般人格权的保护力度。<sup>⑥⑪</sup>笔者认为,这对我们是一个重大启发。因为诚如前述,我国《宪法》第38条中“人格尊严”中容易让人产生“尊严来自于人格”或者“只有具备人格才有尊严”的误解,如果要避免这种危险,那么更好的解释就是:这种将“人格”与“尊严”并列的做法是通过将“人格”与“人的尊严”相联系来加强对一般人格权的保护,这一点在后述的领域理论中有集中反映。

### (二) 干预程度的区别

#### 1. 人的尊严的不可干预性

人的尊严的不可干预性是指任何对人的尊严的干预都不能被正当化,因此也就不存在限制,也不能与其他的宪法法益进行衡量,即所谓的不可衡量性(Unabwägbarkeit)。

<sup>⑤⑧</sup> 前引<sup>⑤⑤</sup>, Kingreen & Poscher 书, S. 93-95.

<sup>⑤⑨</sup> 前引<sup>⑤⑥</sup>, Sachs 书, S. 190.

<sup>⑥⑩</sup> Wolfgang Kahl, Die Schutzergänzungsfunktion von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz: Zugleich ein Beitrag zur Lehre der Grundrechtskonkurrenzen, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, S. 7.

<sup>⑥⑪</sup> Ino Augsberg/Steffen Augsberg, Kombinationsgrundrechte: Die Verkoppelung von Grundrechtstatbeständen als Herausforderung für die Grundrechtsdogmatik, AöR 2007, S. 571.

任何干预都构成对人的尊严的侵犯。人的尊严的保障范围与侵犯界限是等同的。<sup>②</sup> 对人的尊严的触及无法通过援引第三人的基本权利或者其他的具有宪法位阶的规定来予以正当化。

### 2. 一般人格权的可干预性

学者胡芬将宪法上一般人格权的干预分为四种形式：(1) 命令和禁令。(2) 对一般人格权内涵的误解或者不适当衡量。(3) 间接干预，是指真正的干预发生后(比如报道一个名人的私生活、在政治家的私宅前示威) 行政机关或者法院拒绝给予保护或损害赔偿或拒绝给予刑事制裁。(4) 事实上的干预。比如搜集、传播、加工和使用个人数据、未经同意使用私人领域的肖像等等。<sup>③</sup> 当然，对一般人格权的干预本身需要正当理由。这一理由主要是《德国基本法》第2条第1款所规定的，一般人格权的行使不得侵犯他人的权利、不得违反合宪秩序或者道德法则。所谓“合宪秩序”根据联邦宪法法院在 *Elfes* 案中的解释，是指所有形式上和实质上符合宪法的规范。因此，他人的权利也包含在合宪秩序之中。<sup>④</sup> 至于道德法则是指历史上流传的道德观。联邦宪法法院曾在1957年的判决中认为，同性活动是明显违反道德法则的。<sup>⑤</sup> 但在1993年的“卧室判决”中，它又认为同性伴侣受《德国基本法》第2条第1款的保护。<sup>⑥</sup> 可见，将可变迁的道德观作为基本权利的直接界限从法治国的角度来看是不适当的，道德法则应理解为被法律实证化后的公序良俗。当然如果这样的话，道德法则也可以被合宪秩序所吸收。合宪秩序实际上是对一般人格权进行了法律保留。也就是说，人虽然要发展其个性，但同时人又具有社会关联性和社会约束性，所以立法者可以基于法律规定对一般人格权进行干预。<sup>⑦</sup>

### 3. 领域理论

由于一般人格权是结合人格自由发展权与人的尊严的产物，因此，对一般人格权的干预既不可能像人的尊严那样完全不受限制，也不可能像其他基本权利那样受到广泛的限制。为了更好地把握限制一般人格权的度，德国法上发展出了领域理论 (Sphärentheorie)。该理论最早由民法学者胡布曼 (Heinrich Hubmann) 提出，并被德国联邦宪法法院采纳并发展。领域理论是基于这样的认识：即人在信任圈子里，比如对家庭或者朋友，比在一个匿名和不确定的人群中更加开放。也就是说，人在自我和信任圈子中要受到更少的社会控制。<sup>⑧</sup>

由此形成了围绕人的三层领域：(1) 最内部的隐私领域 (Intimsphäre)，该领域属于一

<sup>②</sup> 前引<sup>③</sup>，Geddert-Steinacher 书，S. 83.

<sup>③</sup> 前引<sup>④</sup>，Hufen 书，S. 183-184.

<sup>④</sup> Volker Epping, Grundrechte, 5. Aufl., Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2012. S. 259.

<sup>⑤</sup> BVerfGE 6, 389.

<sup>⑥</sup> BVerfG, NJW 1993, 3058f.

<sup>⑦</sup> 在这一点上，《德国基本法》与我国宪法的规定有所不同。从我国《宪法》第38条来看，

<sup>⑧</sup>

般人格权与人的尊严的重合之处,因此具有绝对的不可侵犯性。联邦宪法法院最早将隐私界定为个人的独处,即没有社会关联性的行为。但在“磁带判决”中,法院并没有因为交往的社会关联性而拒绝将一个秘密的谈话录音作为隐私,因为社会关联性并不取决于交往本身而要看交往的内容。<sup>⑩</sup>到了“日记本判决”,法院又提出了社会关联强度的标准。强度一方面取决于是否具有高度的属人性,高度属人性首先与内容有关

算是一项权利,而顶多是一组利益。<sup>79</sup> 这一观点的核心论据是:一般人格权的内容庞杂、界限不清、需要衡量,从而不具备权利的归属效能、排他效能和社会典型公开性。<sup>80</sup> 并且认为,德国法上之所以承认一般人格权作为权利是因为《德国民法典》第 823 条第 1 款用了一个“其他权利”的术语,所以是“削足适履”的不得已之举。<sup>81</sup> 这种解释一方面将权利与利益的区分绝对化,另一方面也无法说明为何并无民法类似规定的宪法也能发展出一般人格权。<sup>82</sup> 实际上,民法上区分权利和利益的主要目的在于侵权责任上给予不同保护,从而防止利益的不确定性导致诉讼泛滥、司法成本高昂以及给行为人的行为自由造成困扰,甚至阻碍某些对个别人不利但对社会有利的行为的发生。<sup>83</sup> 但问题在于,权利本身就是一种类型化的利益,利益的权利化只在于法律的承认,如果过分依赖这种法律的承认,势必造成修改法律的困难或者不及时导致某些足以上升为权利的利益得不到权利地位的有效保护,因此从各国的情况来看,扩大权利的保护范围,即将某些尚未被权利化的利益纳入到权利保护的范围内是普遍做法,无论是一般人格利益的权利化还是营业利益、单纯占有的权利化都是顺应这一趋势下的产物。<sup>84</sup> 当然,如果要严守权利与利益的分界线,那么,对于这种应当被权利化但尚未被权利化的利益的保护就要交给契约责任,因为传统上侵权责任保护权利,而契约责任保护利益,这是利用合同的特定性和相对性来限制利益保护的泛滥。然而,这一通过契约责任来保护某些具有权利属性的利益的方法却导致了契约责任本身的崩溃——比如缔约过失责任(针对契约有效成立之前)、附保护第三人效力的契约(针对契约当事人之外的第三人)。因此,台湾学者陈忠五认为,即使区分权利与利益的目的良善,是一项好的法律政策,但基于区分的困难以及为了克服侵权责任的保护范围狭窄而膨胀契约责任的保护范围的这种“以邻为壑”的方法却算不上是好的法律技术,所以他认为没有必要严格区分权利和利益,而应当通过解释损害、行为不法、过错、因果关系等侵权责任要件来达到适度合理限制加害人责任的目的。<sup>85</sup>

## (二) 人格尊严与人身自由的关系

2017 年通过的《民法总则》第 109 条规定,自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。这一规定不仅将《宪法》第 38 条的人格尊严“搬到了”民法上,而且将人格尊严与

<sup>79</sup> 参见熊谓龙《权利抑或法益——一般人格权本质的再讨论》,载《比较法研究》2005 年第 2 期;薛军利 670#

<sup>80</sup>

<sup>81</sup>

<sup>82</sup>

<sup>83</sup>

<sup>84</sup>

<sup>85</sup>

人身自由相并列。对于前者,即人格尊严进入民法,并非《民法总则》的首创,1987年的《民法通则》第101条就规定“公民的人格尊严受法律保护”。问题仅在于,民法上的人格尊严究竟应作何理解?有学者将其纳入名誉权的保护框架,<sup>⑧</sup>但也有学者认为该条属于民法上的一般人格权。<sup>⑨</sup>尤其是2001年的《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第1条第1款第3项规定,自然人因下列人格权利遭受非法侵害,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理:……(三)人格尊严权。最高人民法院的陈现杰法官对此解释道“人格尊严权在理论上成为一般人格权,是人格权利一般价值的集中体现,因此它具有补充法律规定的具体人格权利立法不足的重要作用。”<sup>⑩</sup>同时,在“钱某诉上海屈臣氏精神损害赔偿案”、丈夫因妻子违反忠实义务并受欺骗而抚养非亲生子女所致精神损害、祖坟遭毁而致人格尊严受侵害等案件中也承认了人格尊严权作为一般人格权的存在。<sup>⑪</sup>而且,从宪法作为最高法和体系解释的角度,将《民法通则》第101条和《民法总则》第109条中的人格尊严解释为一般人格权也是合适的。其实,《民法总则》第109条的真正创新之处在于后者,即将人格尊严与人身自由相并列。对此有学者认为,人身自由权和人格尊严权共同构成了一般人格权。<sup>⑫</sup>这一理解或许构成了《民法总则》第109条的理论基础,但也可能忽视了人格与自由之间的区别。

将人格与自由并列的做法源自于《德国基本法》第2条第1款的“人格自由发展权”,它是作为兜底性的基本权利而存在,即宪法未列举的基本权利。同时,作为“总兜底性权利”的“人格自由发展权”又分为两个“子兜底性权利”,即一般人格权与一般行为自由(allgemeine Handlungsfreiheit),但两者在保护范围、保护程度和功能上均存在不同:(1)从保护范围上来说,一般行为自由保护的是人的所有行为,没有质和价值的限制,也不必与人格发展有关。<sup>⑬</sup>平凡的日常活动和琐事也受基本权利的保护。因此,像商场打烊、喂鸽子、骑摩托车、在森林里骑马这些行为都属之。<sup>⑭</sup>需要注意的是,一般行为自由只是辅助性的,即某个行为没有落入其他自由权保护范围的时候,才有必要考虑一般行为自由。目前纳入到一般行为自由保护的權利主要有:出国旅行的自由、税收和经济筹划的自由、强制结社的自由(对强制会员的保护)、合同自由、经济活动自由等

<sup>⑧</sup> 参见朱庆育《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第404页。

<sup>⑨</sup> 参见梁慧星《民法总论》,法律出版社2011年版,第106页;龙卫球《自然人人格权及其当代进路考察》,载《清华法学》2002年第2期;朱晓峰《作为一般人格权的人格尊严权——以德国侵权法中的一般人格权为参照》,载《清华法学》2014年第1期。

<sup>⑩</sup> 陈现杰《人格权司法保护的重大进步和发展》,载《人民法院报》2001年3月28日第3版。

<sup>⑪</sup> 参见前引<sup>⑧</sup>,朱庆育书,第404-405页。

<sup>⑫</sup> 参见王利明《试论人格权的新发展》,载《法商研究》2006年第5期。

<sup>⑬</sup> BVerfGE 80, 152.

<sup>⑭</sup> BVerfGE 13, 235; 54, 146f.; 59, 278f.; 80, 152ff.

等。<sup>⑧</sup> 相对于一般行为自由的宽泛,一般人格权的保护范围是有限和具体的,它通常保护的是私人的生活领域以及个人自治的基本条件。但是随着对人格发展造成的威胁的不断变化,一般人格权的内容也是向未来开放的。比如在“人口普查判决”中,德国联邦宪法法院就发展出了信息自决权作为个人的自我决定权的产物。<sup>⑨</sup> (2) 从保护程度上来说,由于一般人格权并非像一般行为自由那样单纯从《德国基本法》第2条第1款导出,而是结合了《德国基本法》第1条第1款的人的尊严,所以,对一般人格权的保护程度要高于一般行为自由,或者说,对一般人格权的限制要接受更加严格的审查。<sup>⑩</sup> (3) 从功能上讲,一般行为自由是保护做或者不做行为的自由决定,一般人格权是保护私的身份,避免来自第三方对私生活完整性的干扰。简言之,前者是保护能动性,后者是保护完整性。所以,一般行为自由要以一般人格权为基础,自由发展要以尊重人作为人以及维护人的私领域为前提。<sup>⑪</sup> 学者霍恩(Hans-Detlef Horn)给出了一个更为精致的解释:发展包含了两个维度,一个朝外,与行为相关,实现人格;一个朝内,与状态相关,构建人格。所以,一般行为自由是保护人的外在发展的自由,而一般人格权是保护人的内在发展。同时,行为(Tun)要建立在基本权利主体的存在(Sein)的基础上。<sup>⑫</sup> 由此可见,我国《民法总则》第109条将人身自由与人格尊严并列的真正意义是,凸显了人格和自由对于人的内外全面发展的作用,而非用人格尊严(一般人格权)去统摄人身自由(一般行为自由)。

### (三) 一般人格权的法定化: 依据法定而非内容法定

宪法上一般人格权作为未列举的人格权或者概括性的人格权,其作用旨在填补具体人格权所留下的列举不全的漏洞和适应社会发展或者经济—科技进步给人格权保护造成的新的威胁。目前,学界一些反对人格权法定的观点混淆了内容法定与依据法定的区别:(1) 有学者以人格权不可能穷尽列举为由来反对人格权法定,<sup>⑬</sup>但这恰好说明了一般人格权存在的意义,因为一般人格权的作用就是保护未列举的人格权,具体人格权无法穷尽所有人格权的缺陷正是通过一般人格权来克服的。(2) 有学者认为,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。<sup>⑭</sup>这一观点显然不成立。暂且不论具体人格权就是法定的,即使一般人格权也绝非在宪法上没有依据,其法条依据在德国是《德国基本法》第2条第1款和第1条第1款,在我国是《宪法》第38条。当然有人可能说,无论《德国基本法》还是我国宪法都没有明确出现“一般人格权”的字样啊?如

<sup>⑧</sup> Horst Dreier, Art. 2 Abs. 1, in ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, 3. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, S. 352-356.

<sup>⑨</sup> BVerfGE 65, 41ff.

<sup>⑩</sup> 周云涛《论宪法人格权与民法人格权——以德国法为中心的考察》,载《法学》2014年第10期,第115-116页。

<sup>⑪</sup>

<sup>⑫</sup>

<sup>⑬</sup>

<sup>⑭</sup>

果这样理解的话,那人们完全可以说,我国宪法也没有规定经济权利,因为我国宪法上并未出现“经济权利”几个字。这种将法定化狭隘地理解为法律上出现明确字样的做法等于取消了法律解释的存在。(3)有学者认为,人格权是自然权利,是与生俱来的,不应该法定化,如果法定化反而产生这些权利是法律赋予的印象。<sup>⑩</sup>该观点有一定的合理性,但问题是,自然权利一般是用来论证那些未被法律规定但又值得法律保护的权利的(比如我国宪法未规定生命权和健康权),而非用来推翻一个已经被法律规定的权利的。既然一般人格权已经被法律所规定,那就意味着它已经受到了法律的保护,如何再用自然权利来反对该法律规定,难道法律不规定比法律规定对权利的保护程度更高?究其根本,人们还是纠结于法律规定一般人格权的内容是否会限制人格权内容向未来发展。但这属于“杞人忧天”,一般人格权的作用既然是保护未列举的人格权,其内容注定是向未来开放的。从德国的实践来看,宪法上一般人格权的保护范围都是由法院在个案中填充起来的。所以,一般人格权的法定化不是指内容法定,而是指其依据法定。就像德国将《德国基本法》第2条第1款的“人格自由发展权”作为“兜底性的基本权利”、日本将《和平宪法》第13条的“幸福追求权”作为未列举人权一样,<sup>⑪</sup>我们必须在宪法和法律上找到一个法条依据来作为解释未列举人格权的基础。(4)一般人格权之所以需要法条依据,这可以说是成文法国家为了防止法官造法的一种控制技术,即将法院对未列举权利的内容填补严格限制在法适用的角色下。这种法适用的特点在于:首先,司法活动必须从对抽象法规范的解释出发,透过解释来将抽象的法规范适用到具体个案。其次,既然法官是根据“法适用”来进行审判,司法活动必须预设一个供法官解释、适用的客观法依据,从而使法官可以站在这个客观的法解释基础上,而非按照其主观判断来进行审理。<sup>⑫</sup>我国《宪法》第126条规定——“人民法院依照法律规定独立行使审判权”,就是对法院作为法适用者的最佳写照。正因为一般人格权的内容需要法官在个案中来填补,所以必须在宪法和民法上为一般人格权的存在找到法条依据,否则我们如何认为法官的填补工作是在依法审判?一句话,不能因为一般人格权的内容的非法定化就反对其依据的法定化。

#### 四、宪法上一般人格权对民法的影响

既然我国宪法和民法上都规定了一般人格权,那么接下来回到本文伊始的问题,两个法有没有必要都来规定一般人格权或者应该由哪个法来规定一般人格权更好,这取决于宪法上一般人格权与民法上一般人格权的区别与联系。

<sup>⑩</sup> 龙显铭教授的观点,参见曹险峰《论人格权的法定化——人格权法独立成编之前提性论证》,载《吉林大学学报》(社会科学版)2006年第2期。

<sup>⑪</sup> 参见[日]芦部信喜《宪法》(第3版),林来梵、凌维慈、龙绚丽译,北京大学出版社2006年版,第104页。

<sup>⑫</sup> 参见黄舒苾《宪法解释的“法适用”性格:从德国公法上法学方法论传统对“法适用”与“法定制”的区分探讨联邦宪法法院解释活动的本质》,载《政法法学评论》总第81期。

### (一) 宪法上一般人格权与民法上一般人格权的区别<sup>⑩</sup>

首先,两者的约束对象是不同的。宪法上一般人格权是约束国家,国家构成宪法上一般人格权的义务主体;而民法上一般人格权是约束私人,其他私人构成民法上一般人格权的义务主体。

其次,前者是宪法权利,约束包括立法者在内的所有国家机关,因此,立法者不能通过法律保留来过度限制一般人格权(比如比例原则),甚至不能通过修宪来改变或废除一般人格权(比如在德国,基本权利构成修宪的界限)。后者是法律权利,其内容完全受制于立法者。

再次,宪法上一般人格权的射程比民法上一般人格权要窄。它不包括那些由特定的基本权利来保护的人格权,比如通信自由和通讯秘密或者住宅的不受侵犯。<sup>⑪</sup>

最后,民法上一般人格权的主体及于法人,尤其是人合组织。<sup>⑫</sup>但宪法对于法人享有一般人格权是持保留态度的。德国联邦宪法法院对此问题迄今搁置,并且认为即使法人享有一般人格权,也只能针对个别内容,比如保护自己言辞的权利、<sup>⑬</sup>反制报道请求权。<sup>⑭</sup>主要原因在于,法人并不享有人的尊严,因此从人的尊严和人格自由发展权中推导出的宪法上一般人格权对法人适用是有问题的。

由此可见,无论是宪法上规定一般人格权还是民法上规定一般人格权,都不影响对方,因为功能不同。同时,笔者也赞同一些民法学者所提出的,在宪法尚未司法化的情况下,通过民法上的一般人格权给予公民一些保护。<sup>⑮</sup>但是也必须看到,民法上保护一般人格权只能抵御其他私人的侵犯,却无法抵御国家公权力的侵犯。对于后者,仍然要依靠宪法上的一般人格权来进行。

### (二) 宪法上一般人格权与民法上一般人格权的联系

宪法上一般人格权与民法一般人格权之间也存在紧密的联系。对宪法上一般人格权的首次承认就是在民事判决中。1954年的“读者来信案”涉及未经同意将私人信件公开在报纸上,因为当时民法拒绝给予人格以著作权的保护,所以德国联邦最高法院求助于宪法来保护原告。法院特别提到了:《德国基本法》第1

到任何人的尊重 这被视为基本权利直接第三者效力的开启。<sup>⑩</sup>

可以说,民法上的一般人格权从一开始就是和宪法上一般人格权联系在一起的,而架起两者之间桥梁的就是基本权利的第三者效力学说。由学者尼佩代(Hans Carl Nipperdey)发展出的直接第三者效力学说认为,基本权利不仅针对国家,而且(或者至少某些基本权利)也针对私主体。这导致基本权利在法律行为领域可能成为《德国民法典》第134条的禁止性规定,<sup>⑪</sup>因此违反基本权利的合同是无效的;在侵权领域可能成为《德国民法典》第823条第1款的绝对权利或者第823条第2款的保护他人为目的的法律,<sup>⑫</sup>所以侵犯基本权利将导致排除请求权、不作为请求权乃至损害赔偿请求权。<sup>⑬</sup>基于对直接第三者效力学说有损私人自治、导倒[ z

效力,因为这种宪法的基本决定对所有的法领域生效,也不言而喻地影响民法。<sup>⑭</sup>

目前,虽然间接第三者效力学说取得了主流地位,但是直接第三者效力学说并非完全过时,而间接第三者效力学说也有被国家保护义务理论所取代的趋势。

首先,从《德国基本法》的文义来看,结社自由就直接约束私人。该法第9条第3款第2句规定,限制或妨碍此项权利的协议均属无效,为此采取的措施均属违法。这也构成了德国联邦劳动法院对集体劳资协议适用直接第三者效力学说的规范基础。无独有偶,在我国宪法中也存在直接第三者效力的规定,比如《宪法》第36条第2款:任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教,不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民。第40条:除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。第41条第2款:对于公民的申诉、控告或者检举,有关国家机关必须查清事实,负责处理。任何人不得压制和打击报复。在这些规定中,基本权利对抗的不限于国家机关,还包括社会团体和个人。

其次,无论是直接第三者效力学说还是间接第三者效力学说,其理论基础具有相似性。比如尼佩代认为基本权利除了具有防御国家干预的功能外,还有秩序原则(Ordnungssätze)的功能,后者对私法主体也有效。<sup>⑮</sup>这种将基本权利作为秩序原则的提法与作为间接第三者效力学说理论基础的“基本权利作为客观价值秩序”在本质上没有不同。<sup>⑯</sup>唯一的差别只在于,适用基本权利第三者效力的“裁判依据”来自于宪法还是民法。<sup>⑰</sup>所以,当学者恩德斯(Christoph Enders)认为联邦最高法院关于“人的尊严和人格自由发展权是私权”的判断是基本权利直接第三者效力学说的表现的时候,学者克拉森(Claus Dieter Classen)则认为这是基本权利间接第三者效力学说的表现,因为联邦最高法院最终将民法上一般人格权归结于《德国民法典》第823条第1款,其裁判依据仍然是民法而非宪法。<sup>⑱</sup>对此,笔者倾向于支持克拉森的观点。如果说民法上一般人格权是宪法上一般人格权的直接第三者效力的表现的话,那么就等于取消了民法上的一般人格权概念。因为既然宪法上的一般人格权可以直接适用于民法中,民法还有什么必要再去创设一个独立的一般人格权概念呢?对这个问题的澄清还有助于解决关于一般人格权如何产生的一桩“公案”:比如有的学者认为,一般人格权是民法“生出”的宪法权利。<sup>⑲</sup>还有的学者认为,一般人格权从一开始就是民事权利。<sup>⑳</sup>如果从德国的实践来

<sup>⑭</sup> BVerfGE 7, 205.

<sup>⑮</sup> Hans Carl Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, Im Scherpe Verlag, Krefeld, 1961, S. 14f.

<sup>⑯</sup> 参见张巍《德国基本权第三人效力问题》,载《浙江社会科学》2007年第1期。

<sup>⑰</sup> 2016年8月1日开始实施的《人民法院民事裁判文书制作规范》规定(民事)裁判文书不得引用宪法……,但其体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述。这一规定为我国接受基本权利的间接第三者效力学说奠定了基础。

<sup>⑱</sup> Claus Dieter Classen, Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122 (1997), S. 66f.

<sup>⑲</sup> 马俊驹、王恒《未来我国民法典不宜采用“一般人格权”概念》,载《河北法学》2012年第8期。

<sup>⑳</sup> 参见前引③,马存利、李晨文。

看,这两种观点都不成立。因为:(1)宪法上的一般人格权是宪法“生出的”,民法上的一般人格权是民法“生出的”,前者的法条依据是《德国基本法》第2条第1款和第1条第1款,后者的法条依据是《德国民法典》第823条第1款。(2)如果从产生的顺序上来讲,是先有宪法上的一般人格权,然后才有民法上的一般人格权,因为民法上的一般人格权是在宪法上一般人格权影响了《德国民法典》第823条第1款的“其他权利”的解释后产生的。这里令我们比较“不可思议”的只是宪法上的一般人格权竟然是作为普通法院的德国联邦最高法院在民事判决中通过解释宪法而产生的,当然这在德国也并非什么不可思议之事,因为德国宪法法院并不垄断对宪法的解释权,普通法院也可以解释宪法、适用宪法,宪法法院只是“说最后一句话”而已。<sup>⑭</sup>

再次,德国学界正在摆脱直接第三者效力与间接第三者效力之间的争论,而从国家保护义务的角度来重新认识第三者效力问题。所谓国家保护义务是指国家有义务保护个别公民的基本权利防止来自其他私人的侵犯,国家应当采取适当的措施来避免法益损害。<sup>⑮</sup>国家保护义务在某种程度上否定了第三者效力,因为它坚持基本权利是约束国家,尤其是约束立法机关和司法机关。基本权利即使对私法产生效力,也是透过约束制定私法的立法机关和适用私法的司法机关来进行的。所以,基本权利的第三者效力只是基本权利约束立法和判决的结果,并非基本权利在私法关系中约束私人。<sup>⑯</sup>国家保护义务比第三者效力的优势在于,基于宪法的理由来反对民事合同反而可能对当事人的合同自由造成干预,但是当我们说法官对合同的支持以及随之产生的判决是违宪的时候,这并不触及法官的合同自由。同时,立法者在形成私法秩序的时候越是全面履行了保护基本权利的义务,那么法官援引第三者效力的动机就越小。<sup>⑰</sup>

总而言之,一方面,宪法上一般人格权对民法上一般人格权产生影响是不可避免的,问题只在于这种影响如何进行,截然二分民法和宪法的人格权保护是不可能的。另一方面,宪法上一般人格权与民法上一般人格权也不能完全等同。<sup>⑱</sup>

## 五、结论

从一个宪法研究者的角度,纵观此次民法典编纂过程中有关一般人格权到底是宪法权利还是民法权利的争论,笔者感觉,有必要对其中的一些宪法问题进行澄清:

1. 由于人与人格、人的尊严与人格尊严、人的尊严与一般人格权存在不同,我国

<sup>⑭</sup> 参见王错《合宪性解释之反思》,载《法学家》2015年第1期。

<sup>⑮</sup> 参见陈征《基本权利的国家保护义务功能》,载《法学研究》2008年第1期。

<sup>⑯</sup> Jürgen Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte: Zur Einwirkung der Grundrechte auf Privatrechtsverkehr, Wilhelm Goldmann Verlag, München, 1971, S. 155.

<sup>⑰</sup> Günter Hager, Von der Konstitutionalisierung des Zivilrechts zur Zivilisierung der Konstitutionalisierung, JuS 2006, S. 772.

<sup>⑱</sup> Horst-Peter Götting, Das Verhältnis zwischen verfassungsrechtlichem und zivilrechtlichem Persönlichkeitsschutz, in: ders. / Christian Schertz/Walter Seitz (Hrsg.), Handbuch des Persönlichkeitsrechts, C. H. Beck, München, 2008, S. 49.

《宪法》第38条所规定的“人格尊严”无法与德国基本法上的“人的尊严”进行简单的类比或者等同。无论是从理论脉络还是从我国宪法学界对“人格尊严”的主流解释来看,我国《宪法》第38条所规定的“人格尊严”更倾向于一般人格权,将人格与尊严放在一起只是为了提高一般人格权的保护力度,也就是说涉及“人的尊严”的人格领域要受到更强的保护。从宪法作为最高法和体系解释的角度,我国《民法通则》第101条和《民法总则》第109条规定的“人格尊严”也宜解释为一般人格权。只不过《宪法》第38条规定的是宪法上的一般人格权,《民法通则》第101条和《民法总则》第109条规定的是民法上的一般人格权。

2. 宪法和民法之所以都要规定一般人格权,主要原因在于两种权利的功能不同,前者旨在抵御国家对个人人格权的侵犯,后者旨在抵御其他私人对个人人格权的侵犯。所以,无论认为一般人格权是公权利、民法没有必要规定还是认为一般人格权是私权利、宪法没有必要规定的观点都是站不住脚的,功能不同导致两者无法相互取代。

3. 宪法上一般人格权与民法上一般人格权也存在联系,这种联系表现在:一方面,民法上一般人格权是宪法上一般人格权“间接”适用于民法的产物;另一方面,由于宪法上一般人格权对立法机关具有约束力,未来民法典规定一般人格权成为民事立法者落实基本权利国家保护义务的结果。

4. 宪法上一般人格权和民法上一般人格权都旨在对未列举的人格权进行保护,因此其具体内容都需要通过司法实践来进行填补,但是这种填补必须依据宪法和民法上有关一般人格权的规定来进行,这是法官依法审判的应有之义。一般人格权内容的非法定并不排斥其依据的法定。

---

---

! "#\$%&'\$: Due to the differences between human and personality, human dignity and personal dignity, human dignity and general personality right, "personal dignity" stipulated in article 38 of the Constitutional Law of the PRC is not equal to "human dignity" in German Basic Law. Personal dignity in article 38 of the Constitutional Law of the PRC should be interpreted as the general personality right, and the reason of putting personality and dignity together is to further protect the right of personality. The general personality right of civil law indirectly originates from the general personality right of the constitution, while the general personality right stipulated by the Civil Code is a result that legislative organ carry out its duty of protecting the general personality right of the Constitution. The purpose of the general personality right of both the Constitution and the civil law is to protect non-enumerated personality rights, so general personality rights need be concreted by judicial authority, but these are not reasons to oppose general personality right fixed by civil law code.

---

---

(责任编辑: 李小明)