

人格权立法之历史评析

易继明^{*}

内容提要：《大清民律草案》吸收先进法律文化，采纳权利能力和行为能力之法律人格学说，在总则编设人格权一节，并通过总则和债权相结合的方式确立了人格权权利体系，奠定了中国人格权立法之基本走向。《民国民律草案》确认了《大清民律草案》规定的各项人格权，但总则编不再设立人格权一节，设权性规范的重点转入债编。民国民法循着《民国民律草案》的思路，人格权立法重心在债编，并增加了健康权。1986年制定的民法通则形成了开放的人格权立法构架，设专节规定人身权，并通过判例、司法解释和附属性立法，形成了人格权立法与权利体系。历史地看，中国的人格权立法始终采取总则与债权相结合的方式，只是在设权性规范的立法重心上有所变化。民法通则人格权立法则实现了从民事主体与债之关系两者结合的二元结构向主体制度、权利制度和侵权责任制度三者结合的三元结构的转变。三元结构对应的是人格权规范的三个部分，即权利主体、权利内容和权利救济。从《大清民律草案》到民法通则，人格权立法在继受与传承中悄然变化，直至断裂；而在断裂中，生命体在社会中顽强地存在，并通过立法在理性与进步中实现自觉。而支撑这种自觉的，是人格尊严得到尊重的社会文化，并提供一条通过民事整合宪政的法治路径。

关键词：人格权立法 二元结构 三元结构 法的继受与传承

一、引言

中国先秦时期即有“权利”一词，但仅具权势与财货之意。^{〔1〕}近代意义上的权利，

^{*} 北京大学法学院研究员。

〔1〕 例如，“家累数千万，食客日数十百人。陂池田园，宗族宾客为权利，横于颍川。”司马迁：《史记·魏其武安侯列传》四十七，中华书局1982年版，第2847页。

始自丁韪良翻译《万国公法》。^{〔2〕}此权利与彼权利，乃中国传统纲常名教与西方近世法理之区别，时代相异，名同意远，固有天渊之别。一如邓建鹏教授所说，中国古代社会一直面临着“权利的难题”，而近代法上的权利，“主要停留在私人的意识与观念之中，未能抽象为自给自足的法律概念与相应完善的保障机制，无法发展为一套完整的权利体系。”^{〔3〕}受制于封建等级社会和礼教传统文化，平等人格或人格权概念亦未见诸于立法之中。不过，与人格（权）相关的规范，特别是对生命、健康及身体完整性之保护，却是刑事立法的重点之一。同时，关于贞洁烈妇、皇亲国戚之名誉等，也不乏规范。^{〔4〕}这种人格保护与不平等的现象，与未经近代人权洗礼的早期西欧社会并无本质上的不同，例如古罗马时期便有生来自由的人与奴隶的人格不平等。人格平等与权利观念，与一国社会历史和文化密切相关。

中国近代法上的人格权立法，始于1911年《大清民律草案》。^{〔5〕}1925年，北洋政府又完成了《民国民律草案》。^{〔6〕}这两部民律草案虽未正式颁行，但实为内外困局之下中国人改弦更张，学习西方以自强，图生存、谋发展之举；于法制史及司法实践而言，亦具有深远影响。其后，国民党政府1929年制定民国民法。半个多世纪之后，1986年制定了《中华人民共和国民法通则》。两部民事基本法均规定了人格权。

近代转制以来，民法草案不少，之所以选择《大清民律草案》和《民国民律草案》，一者《大清民律草案》为近世法制转型之标志性民法草案；二来《民国民律草案》续接前朝转型样式，过渡至民国民法，成就近代民法制度转型之基础。而选择民国民法和民法通则，是因为两部民事基本法均为正式颁行的法典，具有历史与现实意义。本文从历史角度梳理中国人格权立法，分析《大清民律草案》、《民国民律草案》、民国民法和民法通则中关于人格权方面的规定，从立法模式、权利类型、立法结构和历史文化几个维度加以分析，试图从中得出一些启示。

需要说明的是，本文除对法典采用官方文本之外，其它各种学者建议稿文本，非特别说明，一律采取编、章、节、目、次等层级顺序编号。

二、《大清民律草案》关于人格权的规定

1911年《大清民律草案》为中国民法史上第一部民法草案。《大清民律草案》分总则、债权、物权、亲属和继承5编，共1569条。第1编总则之第2章“人”；其中，第5节名称为人格保护，共7个条文（第49—55条）。

《大清民律草案》第49条规定，“权利能力及行为能力不得抛弃。”第50条规定，“自由不得抛弃。不得违背公共秩序或善良风俗而限制自由。”此两条申言人之权利能力、

〔2〕“国使之权利，皆出于公议”。此处“权利”，即为近代法上的权利。参见〔美〕惠顿：《万国公法》，丁韪良译，上海书店出版社2002年版，第3页。

〔3〕邓建鹏：《权利的难题》，载易继明主编：《私法》第3辑，北京大学出版社2003年版，第222页。

〔4〕参见杨立新：《人格权法》，法律出版社2011年版，第40页以下。

〔5〕《大清民律草案》文本，参见杨立新主编：《中国百年民法典汇编》，中国法制出版社2011年版，第55页以下；邵义：《民律释义》，北京大学出版社2008年版。

〔6〕《民国民律草案》文本，参见上引杨立新主编书，第219页以下。

行为能力及自由不得抛弃，乃倡导人格尊严之举。这种规定，顺应近代大陆法系国家民法典人格权保护之基本厘路：从法国民法典到德国民法典，〔7〕人权保障从宣示人的平等与自由，转入以实证为基础的人的具体权利之实现。落实到民法上，就是承认：人生而具有权利能力，并具备与自己智力状态相一致的行为能力。王利明教授认为，德国民法典“重财轻人”，对自然人规定过于简单，没有涉及一些重要的人格权。〔8〕但笔者认为，从法国民法典到德国民法典，不是“人法”到“物法”之变化，而是抽象的人格张扬到具体人格之实现，蕴涵其中的是自然法思潮向实证主义法律思潮的转换，这与两部民法典产生的时代背景、历史文化及民族精神等有关。〔9〕德国民法典创造了人之所以为人的实证法上的依据，即权利能力和行为能力。这样，人格范畴的功能，就直接转化为权利能力和行为能力之具体实现，实为工具理性使然。20世纪初，德国和瑞士总结19世纪立法成就，相继出台民法典，其影响力日盛。《大清民律草案》仿效先进，先采纳德国法上的权利能力和行为能力两抽象概念，确认人之权利能力始于出生，有行为能力者通过自己法律行为取得权利或负担义务；再仿效瑞士法上的体例和条文设计，设人格保护专节。瑞士民法典〔10〕第27条规定：“（1）任何人不得全部或部分地放弃权利能力及行为能力。（2）任何人不得让与其自由，并在限制自由时不得损及法律或善良习俗。”其后，在第28条和债务法第49条承认一般人格权、胎儿的权利等，“其内容均优于德意志的解决方式”。〔11〕《大清民律草案》脱胎于封建礼教，为克服国民奴性心理和强权意识，在体例与条文上循瑞士民法典先例，以“不得抛弃”而论，契合了“人性尊严既不能剥夺亦不能抛弃”〔12〕的近代人权观念，更符合当时的中国社会场景。

第51条类似于人格权的一般条款：“人格关系受侵害者，得请求摒除其侵害。前项情形以法律规定者为限，请求损害赔偿或抚慰金。”此条规范，几乎就是瑞士民法典第28条之翻版。〔13〕俞江教授试图解读出新意，认为这里“侵害”之表述不同于瑞士民法典上“不法侵害”，突破了侵害人格权须以“不法”为条件这一限制。他认为，“这样，关于人格权的侵害理论，就不完全是侵权行为理论所能解决的，而是具有其独立的价值。仅就这一意义而言，也不能简单地将《大清民律草案》关于人格权的规定视为对国外民法

〔7〕法国民法典主要参考罗结珍译本，北京大学出版社2010年版；罗结珍译本，法律出版社2005年版。同时也参考了《拿破仑法典》，李浩培、吴传颐、孙鸣岗译，商务印书馆2009年版。德国民法典主要参考陈卫佐译注本，法律出版社2006年版。同时，也参考了郑冲、贾红梅译本，法律出版社1999年版；杜景林、卢湛译本，中国政法大学出版社1999年版。

〔8〕参见王利明：《民法的人文关怀》，《中国社会科学》2011年第4期。

〔9〕例如，法国民法典产生于资产阶级革命兴起之时，旨在宣示权利，并表现出启蒙思想和解放精神。德国民法典是德国资产阶级和容克贵族结合下的开明专制产物，而法技术则“一直是脍炙人口的”。同时，法国人直率而浪漫的气质与德国人含蓄而严谨的风格，一定程度上影响了法典的风格。参见谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，载易继明主编：《私法》第1辑第1卷，北京大学出版社2001年版，第4页以下。

〔10〕瑞士民法典主要参考殷生根译本，法律出版社1987年版；殷生根、王燕译本，中国政法大学出版社1999年版。另外，第五编债法部分，参考《瑞士债法典》之吴兆祥、石佳友、孙淑妍译本，法律出版社2002年版。

〔11〕〔德〕Franz Wieacker：《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》，陈爱娥、黄建辉译，台湾五南图书出版股份有限公司2004年版，第456页。

〔12〕李震山：《人性尊严与人权保障》，台湾元照出版有限公司2001年版，第13页。

〔13〕瑞士民法典殷生根1987年译本。其第28条翻译为：“任何人在其人格受到不法侵害时，可诉请排除侵害。诉请损害赔偿或给付一定数额的抚慰金，只有在本法明确规定的情况下，始得允许。”

的抄袭，而应看到其立意的新进方面。”^[14]这种分析，已经脱离了法典的语境以及清末民初对于侵权行为之常识，即人们不会认为刑罚意义下的自由限制及对生命的剥夺也是一种民法上需要摒除的侵害。不过，《大清民律草案》此处用“人格关系”一词，既非“人格权”，也不是瑞士法上的“人格”概念，确有不妥之处。虽然作为一种权利或利益（人身或财产），本质上是一种人与人之间的关系，而且侵害这种权利或利益，本质上也是对这一社会关系的侵害，但作为直接的侵害对象，还是应该以所侵害之权利或利益进行直接表述，这样更加符合规范逻辑和生活语境。^[15]《大清民律草案》此后的4个条文（第52条至55条），为姓名权的登记、改名、撤销、摒除侵害及禁止等规定。而且，自然人姓名之起名或改名，均须到主管衙门登记，有较强行政色彩。特别有意思的是，第52条规定“姓名非登记，不得与善意第三人对抗”，似为登记对抗主义。在当时信息不发达之时，是否有此张三冒名彼张三引发纠纷之案例，诚为史家与法律社会学研究之趣旨。

除总则编之外，《大清民律草案》第2编债权之第8章侵权行为中，有些条款设定了人格权。第960条第1款规定，“害他人之身体、自由或名誉者，被害人于不属财产之损害，亦得请求赔偿相当之金额。”此条款，意在表明侵权损害赔偿中包括了非财产性损害，承认精神损害赔偿责任，实际上却在条文中设立了身体权、自由权和名誉权。第968条和第971条又设立了生命权，并规定了财产性损害赔偿责任和非财产性损害赔偿责任。

客观而论，《大清民律草案》奠定了民国初期民法近代化的规范基础。^[16]对中国人而言，它不仅是在学说上和西式法典上对西方的接受，“从根本上是一种文化选择”。^[17]关于人格权立法，虽未独立设编或章，但却在总则编“人”一章中设专节规定。这种做法，不仅符合当时大陆法系国家民法典立法潮流，而且采先进立法例，区别人身权中的身份与人格，并仿效瑞士法，在“人”一章中又设专节，直接定名人格保护，其意欲改造中国传统社会文化之决心，可鉴于世。诚然，《大清民律草案》总则编人格权一节尚显简陋。以今日之论，实际上仅规定了自由权与姓名权两种具体的人格权；在概念、条文设计、逻辑结构等方面存在诸多问题，例如所谓“人格关系”、姓名之“登记对抗主义”等，语意含混、模糊。但从总体上讲，它毕竟效仿近代民法典之先进瑞士民法典，将现代人格保护制度引入中国，实乃一大创举。中国近代法制转型之际，民法典制定继受外国法，学者们谈及较多的是采瑞士民法典之民商合一模式。其实，在人格权立法方面，瑞士民法典也反映了民法典编纂的一个发展方向。瑞士民法典第1编人法之第1章自然人之第1节人格法中，第27条及其以下，对人格权保护进行专门规定，形成了一般条款与具体人格权列举相结合的模式。《大清民律草案》体例上仿此先进，其诸多条款，也成为后世立法渊源。这一点往往被近世学者所忽视。至于其保留封建礼教之男尊女卑，否认妻子的行为能力（第9条但书、第26至30条），实为传统宗法社会之积弊。可见，人们

[14] 俞江：《近代中国民法学中的私权理论》，北京大学出版社2003年版，第166页。

[15] 俞江教授已经意识到“人格关系”这种用法的不妥（参见上引书，第148页），但其分析路径和理由比较牵强，有较强的臆测成分。

[16] 参见李显冬：《从〈大清律例〉到〈民国民法典〉的转型》，中国人民公安大学出版社2003年版，第180页。

[17] 梁治平：《中国法的过去、现在与未来：一个文化的检讨》，载梁治平：《法辨——中国法的过去、现在与未来》，贵州人民出版社1992年版，第130页。

多言瑞士民法典对民国民法典的影响，其实可以追溯自大清末年之改制。^[18]

总之，1911年《大清民律草案》立意高远，在中国法制史、特别是民法史上，具有开创性意义。在人格权立法上，以下四个方面尤为突出：一是仿效先进立法例，设人格保护专节，于中国等级社会和传统礼教文化中倡导人格权，具有振聋发聩之功效。二是采用权利能力和行为能力之抽象的法技术概念，在与生俱来和生而平等的法律原则下使得人格权获得了实证法上的规范性意义。三是通过总则编和债权编结合，在一般条款（第51条）之外，规定了生命权、身体权、自由权、姓名权、名誉权等权利体系。四是确立了侵害人格的财产性损害赔偿和非财产性损害赔偿（或抚慰金）两种责任。

三、《民国民律草案》关于人格权的规定

民国初，司法部于1911年颁行《中华民国暂行民律草案》，实为《大清民律草案》之翻版；编、章、节、目、次及具体条文，均相同。北洋政府执政后，沿用清末民事法制，凡与国体及嗣后颁行成文法不相抵触者，仍然继续有效。1914年，法律编查会（1918年改为法律修订馆）开始修订民律草案，至1925年完成《民国民律草案》，史称“第二次民法草案”。草案完成之时，正值“北京政变”，草案未予公布。但是，此草案经司法部通令各级法院作为条理适用，在实践中起到了统一民事司法的作用。^[19]

《民国民律草案》分总则、债、物权、亲属和继承5编，共1522条。第1编总则第1章之第1节规定“人”，即自然人一节。《民国民律草案》仿德国立法例，不再设人格保护专节以倡扬人格，而是以学理淡化了人格之张扬，避免引发国民的热情。《民国民律草案》第1条规定，“人之权利能力，始于诞生，终于死亡。”进一步者，第2条规定胎儿之特种权利保护。事实上，《大清民律草案》中关于人格权保护的具体规定和责任形态，基本上被《民国民律草案》沿袭和采纳。例如，《民国民律草案》第16条和第17条关于权利能力、行为能力及自由不得抛弃的规定；第18条关于人格权的一般条款，即人格权受到伤害后请求摒除，并依法请求损害赔偿或慰抚金的规定。在总则编人格权规范中，同样也重点规定了姓名权（第19条和第20条）。

值得说明的是，《民国民律草案》采取男女平等主义，删除了《大清民律草案》中关于妻为限制行为能力人的规定。《大清民律草案》第9条试图建立起自然人的行为能力的一般概念：“达于成年兼有识别力者，有行为能力，但妻不在此限。”第26条至第30条，是此条但书部分的具体规定。《民国民律草案》对此6个条款径行删除。从逻辑上讲，《大清民律草案》第9条关于“行为能力”范畴，的确如规定所称，可定义为“达于成年兼有识别力”。这一规定，本身没有什么不妥当。否则的话，倒不好解释20岁成年之后关于限制行为能力者（如禁治产人）的有关行为能力的特殊规定了。删除该条后半句但书部分，是没有问题的。但缘何该句前半部分一并删除？值得考究。这其中，是否存在

[18] 参见谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，载前引〔9〕，易继明主编书，第42页以下；王利明：《论人格权的新发展》，载王利明主编：《民法典·人格权法重大疑难问题研究》，中国法制出版社2007年版，第47页。

[19] 杨立新：《中国两次民律草案的编修及其历史意义》，载杨立新主编：《大清民律草案·民国民律草案》序言，吉林人民出版社2002年版，第8页。

在自然人人格权观念上的转变?比如,意识到自然人的人格问题是一种自然法上的观念,一种自然法上的权利,自无需通过实在法进行明确的定义;而作为一种实在法上的规定,只需要确立损害救济规则即可。^[20]如果这一推论是正确的话,那么《民国民律草案》关于人格权立法重心的变化,就可以理解了。

《民国民律草案》人格权立法之设权性规范的重心,已经从总则编转入了债编,但具体权利体系没有实质性的变化。《民国民律草案》不再沿袭《大清民律草案》在总则编中设人格保护专节,直接规定在民事主体“人”(自然人)一节之中,总则编中不似过往具备宣示性意义。这样,在具体人格权之设权性规范中,第2编债编中关于侵权行为的规定,地位就显现出来了。债编第1章通则之第1节,名《债之发生》,依次分契约、侵权行为和不当得利三款。侵权行为一款,第260条、第262条、第263条、第266条和第267条共5个条文附带设权性规范,规定了生命权、身体权、自由权和名誉权。加上总则编中的自由权和姓名权,《民国民律草案》中设立的人格权权利体系,与《大清民律草案》并无二致。

总之,从历史的角度进行对比,《民国民律草案》不再像《大清民律草案》那样设人格保护专节,其宣示性意义减弱;但其开篇申言人之权利能力生而有之,倡导之意也十分显现。从设权性规范的角度来说,《民国民律草案》仍采总则编和债权编结合设定权利的方法,只是其立法重心却由此悄然地转入了债权编。当然,从人格权规范的角度来说,保护之理念、权利体系、责任形态等并无实质性的变化,但是,《民国民律草案》仍有三点值得称道的改进:一是关于姓名(包括改名)之行政登记已经取消,也自无姓名之登记对抗主义的规定,将人格权归于意思自治之私权本位。二是采男女平等人格观,不再规定妻为限制行为能力人。三是一般条款中的“人格关系”一语已不见于法典中,代之以明确的“人格权”概念。所称道者,不仅在人格权内容方面有所进步,而且在立法技术上,也要成熟一些。

四、民国民法关于人格权的规定

民国政府于1929年至1931年间颁行的民国民法,是中国历史上第一部正式颁行全国的民法典。1949年之后,仅限于中国台湾地区施行。

民国民法沿袭《民国民律草案》立法体例,设总则、债、物权、亲属和继承5编,共1225条。^[21]总则编关于人格权的规定,仍置于“人”一章(第2章),其第1节定名“自然人”,以别于第2节之“法人”。自然人的权利能力之始终、行为能力之限制、人格

[20] 与此相对应的,是人格(权)上的实证法观念。俞江教授认为,人格的形成需要三个基础条件:“首先,必须有一个自然人存在;其次,这一自然人是自由的;最后,通过正常的法律程序的认可。这三个条件,对于人格的形成并非充分的,但是,一个自然人要转化为一个法律人格,以上三个条件则是必须的。换言之,三个条件中任一遭到破坏,都会导致人格消灭。”(参见前引[14],俞江书,第161页。)这种认识,是一种实证法上较为极端的带有国家管理色彩的人格权观念,既不符合近代以来自然人作为民事主体的基本经验与事实,也有违现代人权观念中人性尊严的基本精神。

[21] 关于民国民法与历次民法草案的比较,参见胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第19页以下。

利益之保护等，均规定在此节之中。本节开篇申言，“人之权利能力，始于出生，终于死亡”（第6条），出自《国民律草案》第1条，仅将“诞生”，改为“出生”。第16条和第17条权利能力、行为能力及自由权之规定，沿袭而来，语意上更是采用《大清民律草案》的用语，其倡导权利之意，较之《国民律草案》更为显现。第18条为人格权保护的一般条款，并增加了有侵害之虞的排除妨碍请求权。该条规定，“人格权受侵害时，得请求法院去除其侵害；有侵害之虞时，得请求防止之。前项情形，以法律有特别规定者为限，得请求损害赔偿或抚慰金。”此处人格权，谓为一般人格权，“即指关于人之存在价值及尊严的权利。”〔22〕其后，第19条对姓名权进行了规定。从总则编的人格权规范来看，民国民法沿袭之前的两部民律草案，分采所长，并在一般条款基础上，对自由权和姓名权两个具体人格权进行规范。

承袭《大清民律草案》和《国民律草案》在人格权立法上两相结合的方式，民国民法循《国民律草案》立法例，在第2编债中，设第1章通则，其第1节债之发生（包括契约、代理权之授予、无因管理、不当得利和侵权行为五款）。较之《国民律草案》债之发生一节，民国民法增加了代理权之授予和无因管理两款，而侵权行为方面，除了第184条作为侵权行为的一般条款暗含的概括性权利之外，第192条规定了生命权，第193条规定了身体权和健康权，第195条规定了身体权、健康权、名誉权和自由权。这些属于人格权的设权性规范。其后的立法理由称，第195条是配合总则编一般条款（第18条）而设，是一种“概括+列举”的立法模式。〔23〕至于人格权立法之重心，循《国民律草案》思路，改采德国立法例，已然转移至债编。

与前两部民律草案相比，民国民法关于人格权权利体系的规定，语言表述更加简洁、准确，并增设了健康权。此项权利，前两部民律草案虽未明确提出，但包含在身体权规范之中。《大清民律草案》第958条第1款规定：“害他人之身体，致被害人丧失或灭失活动能力，或增加生活上之需要者，加害人须支付定期金于被害人，以赔偿其损害。”《国民律草案》第263条第1款规定：“不法侵害他人之身体，致被害人丧失或减少活动能力或增加生活上之需要者，应支付定期金于被害人。”民国民法第193条第1款则在身体权之基础上，结合规定了健康权：“不法侵害他人之身体或健康者，对于被害人因此丧失或减少活动能力，或增加生活上之需要时，应负损害赔偿责任。”从身体权到“身体权+健康权”，身体之完整性意义在扩张；法律施以救济者，不限于“丧失或灭失”活动能力（《大清民律草案》），包括了“丧失或减少”活动能力（《国民律草案》和民国民法）。就当时之法技术而言，无论是否能够很好地区分身体权与健康权，人格权保护都在被强化、被细化之中。当然，为了因应社会发展和时代变迁，后来民国民法在人格权立法上主要进行了三个方面的修订，〔24〕一是将人格性质的利益（不独为法定化了的权利），也作为一种受保护的法益。二是增加债编中列举具体人格权的内容，修改第195条第1款，在身体、健康、名誉、自由之外，增设信用、隐私、贞操等，并增加“不法侵害其

〔22〕 王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第126页。

〔23〕 参见上引书，第127页。

〔24〕 民国民法在台湾的总体修改情况，参见王泽鉴：《“民法”修正与民法发展》，载王泽鉴：《民法概要》，北京大学出版社2011年版，序言。

他人人格法益而情节重大”等文字，增强司法实务中的弹性。三是增加了债之给付中的侵害人格权的规定，即增订第227条之1条，规定因债务不履行导致债权人之人格权受侵害者，准用第192条至第195条及第197条之规定，负损害赔偿责任。这种做法，承认合同责任与侵权责任的竞合，给予人格权更加充分的保护。刘春堂教授说，“就此而言，两者（即合同责任与侵权责任——引者注）已无差异。”〔25〕另外，也有一些诈骗离婚、容留有夫之妇与人通奸、干扰婚姻关系等实务上给予受害人慰抚金之请求权的案例。〔26〕

从比较法的意义上讲，民国民法是当时世界上一部较为先进的民法典。王伯琦先生曾转述美国法社会学创始人庞德的评价，盛赞中国新法典之完美，称以后不必一味追求外国学理，只需阐发其精义以适应中国社会。〔27〕就人格权立法而论，总则编与债编相结合，重在通过侵权法予以保护的模 式，仍值得称道。该法典在中国台湾地区沿用至今，历经修订，仍显示出强大的生命力。这得益于两项立法政策：一是捐弃文化与礼教之陈见，兼采各国最新立法例。二是北洋政府和南京国民政府均认同法律继受之历史性。〔28〕两项立法政策，趣旨虽异，但均顺应先进法律文化之潮流。

五、民法通则关于人格权的规定

1949年中华人民共和国成立之后，民国时期的法律被废止。中共中央1949年2月发布《关于废除国民党的六法全书与确定解放区司法原则的指示》，要求司法机关以“蔑视和批评”的态度对待国民党大陆统治时期和欧美日本等资本主义法律、法令。〔29〕同时，中国大陆新政权之初奉行集体主义，并延续了战争时期的治理手段。这样，改革开放之前，制定之民事法律除1950年婚姻法之外，付之阙如，惟有以政策或行政法规“管理”民众之民事生活。谢怀栻先生尝言，“新中国成立后，不承认‘私法’，把民法作为公法。即便在婚姻方面，虽然提倡‘婚姻自由’，但是婚姻登记还是被‘组织’或‘单位’所控制，所掌握。”〔30〕自然，普通民众之人格尊严无保障，有限之人格权利也遭克减。“对公民人身权的法律保护一直未引起足够的重视，不仅没有制定相应的部门法加以保障，而且宪法中有关人身权保护的原则也根本未予实施。”〔31〕不过，此一时期的立法也非全然空白，如前述1950年婚姻法，在法律理念上受到苏俄婚姻家庭法、民国民法典亲属编和革命根据地或解放区立法政策的影响，倡导婚姻自由、男女平等、一夫一妻制以及保

〔25〕 刘春堂：《民法债编通则（一）：契约法总论》，台湾三民书局有限公司2006年版，第332页。

〔26〕 参见王泽鉴：《人格权之保护与非财产损害赔偿》，载王泽鉴：《民法学说与判例研究》第1册，北京大学出版社2009年版，第31页。

〔27〕 参见王伯琦：《近代法律思潮与中国固有文化》，清华大学出版社2005年版，第77页。

〔28〕 北洋政府临时大总统袁世凯元年3月10日令和南京国民政府民国16年8月12日令，均通令全国：在新法律未颁行之前，过去的法律、法令，除与其国体、主义或新政相抵触者之外，一律暂行援用。事实上，这一做法在武汉军政府和南京临时政府时期，就已经开始了。参见黄源盛：《法律继受与近代中国法》，台湾元照出版有限公司2007年版，第30页以下；又参见张国福：《中华民国法制简史》，北京大学出版社1986年版，第86页。

〔29〕 参见韩延龙主编：《中华人民共和国法制通史》上册，中共中央党校出版社1998年版，第16页以下。

〔30〕 谢怀栻：《私法》序，载前引〔9〕，易继明主编书。

〔31〕 何勤华、殷啸虎：《中华人民共和国民法史》，复旦大学出版社1999年版，第272页。

护妇女儿童原则，特别是在妇女解放意义上，被外界誉为中国大陆“恢复女性人权宣言”。〔32〕另外，实践中，在一定程度上也承认一些事故（如交通肇事等）中的补偿，具有“精神上的安慰”的功能。〔33〕

1978年12月中共中央召开十一届三中全会，实行经济改革与对外开放政策，社会治理方式发生根本性转变。1979年至1994年15年间，制定与颁布民事法律40余部。其中，1986年制定并颁布民法通则，乃中国大陆民法史上的大事件。民法通则在“基本原则”一章中宣示任何组织和个人不得侵犯公民和法人的合法的民事权益。在人格权立法上，民法通则更具特色：一方面遵循各国通例，结合总则与债权两结合的方式，在民事主体和侵权责任中规定有关人格权的内容；另一方面，又进行了立法上的创造，在人身权一节专门对人格权进行了设权性的规定。民法通则第2章“公民（自然人）”中，一改过去各国民法上“权利能力”和“行为能力”的术语，对应地称之为“民事权利能力”和“民事行为能力”。此章第1节“民事权利能力和民事行为能力”开宗明义：“公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务”（第9条）；“公民的民事权利能力一律平等”（第10条）。随后，规定了民事行为能力和公民的住所。此章后4节，分别为监护、宣告失踪和宣告死亡、个体工商户、农村承包经营户和个人合伙；其中不乏人格权的内容，如宣告精神病人为无民事行为能力人或限制民事行为能力人（第19条），个体工商户、个人合伙可以起字号（第26条、第33条）等。在民法通则设民事责任专章（第6章），其中侵权的民事责任一节中以救济为主，但设权性规范隐含其中。第119条前半句，规定的是“侵害公民身体造成伤害的”；后半句，规定的是侵害公民身体“造成死亡的”。此条规定，传统人格权中的生命权和健康权就包含在其中。第120条又具体规定了公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权和法人的名称权、名誉权、荣誉权。至于其他人格权，则可以透过对民事权益或权益的规定（如第1条、第5条、第18条、第121条等）进行扩张性解释，为相应的配套立法和实务上裁判提供一定的依据。值得注意的有两点：一是在遵循各国通例，采取总则与债权两结合方式规范人格权的模式中，侵权已不再简单地作为债权、债或债的关系发生的一种，而是独立地规定在民事责任一章之中。二是明确规定了法人的人格权。法国民法典和德国民法典均未规定法人人格权；瑞士民法典率先规定，但也只是概括性的规定。〔34〕相对而言，中国大陆民法通则则是立法上的“突破”。〔35〕诚然，也有学者认为，此种意义上的

〔32〕 [日] 富士谷笃子主编：《女性学入门》，张萍译，中国妇女出版社1986年版，第158页。

〔33〕 例如，最高人民法院和公安部1965年5月26日致函中华全国总工会劳动保险部，就交通肇事的补偿和抚恤问题答复：职工因交通事故死亡与因公、因病死亡不同，肇事单位给死者家属经济上的补偿，是表示对死者负责，也是精神上的安慰。因此，除了肇事单位根据肇事人所负责任大小发给一定的补偿费之外，原单位仍应按劳保条例规定发给抚恤费。参见最高人民法院办公厅、公安部办公厅《关于交通肇事的补偿和抚恤问题的函》，（65）法研字第15号，（65）公（治）字第443号，载最高人民法院研究室编：《中华人民共和国最高人民法院司法解释全集》，人民法院出版社1994年版，第1014页。

〔34〕 法国民法典解放自由的个人，忌憚团体，自不会规定法人人格权；德国民法典之第二草案曾有法人人格权规定，但最终放弃；瑞士民法典第53条规定，法人享有除性别、年龄或亲属关系以外的自然人的本质为要件的一切权利及义务。

〔35〕 张力：《论法人人格权制度扩张的限度问题》，《法制与社会发展》2008年第6期。

法人人格权带有财产属性,应该属于知识产权的范畴,至多也是“给死人化了活人妆”。〔36〕

当然,特色比较突出的,还是民法通则关于纯粹的人格权设权性规定。这种规定,已经脱离了民事主体制度,单独地规定在第5章民事权利之人身权一节(第4节),共8个条文(第98至105条),将人身权与财产所有权和与财产所有权有关的财产权、债权、知识产权并列。此节虽名谓人身权,但并未规定多少身份权性质的权利,而是对生命健康权(第98条)、姓名权或名称权(第99条)〔37〕、肖像权(第100条)、名誉权(第101条)、荣誉权(第102条)和婚姻自主权(第103条)等具体人格权进行了规定。此外第104条和第105条重申了宪法上人格平等的法律保护原则。〔38〕对民法通则设专节规定人身权(侧重于人格权),学者们基本上持肯定的态度。王利明教授说,“这种对人格权尊重和保护的 attitude 使得民法通则在海外赢得了‘中国的人权宣言’的美誉。可以说,民法通则的颁行极大地推动了我国民主法治事业的进程,标志着我国的人格权制度获得了长足发展。”〔39〕杨立新教授认为,“我国民法通则关于人格权的规定,是世界各国的最新立法例,是具有中国特色的人格权法立法,是以前的民法典所从来没有采用过的立法例,可以叫做人格权法立法的‘中国模式’。”并且,他将这种立法体例的意义概括为三点:第一,突出了人格权法在民法中的地位。第二,突出了人格权在保护人和人格中的重要作用。第三,表达了人格权与物权、债权、身份权、知识产权和继承权之间具有平等地位的正当诉求。〔40〕王利明教授也认为,“此种体系本身就意味着我国民事立法已将人格权制度与其他法律制度并列,从而为人格权法在民法典中的独立成编提供了优秀的立法先例。”〔41〕

虽然从总体上讲,民法通则体现了对人格权的重视,但不可否认的是,受制于历史与认识上的局限,在立法上也存在一些缺陷。例如,前面提到的民事权利能力与权利能力、民事行为能力与行为能力以及与此相应的民事法律行为与民事行为,这种概念上的分歧,又引发了学理上的歧义。〔42〕又如,第98条之生命健康权,本身“是指公民对自己所享有的生命安全、身体健康、机能完整的人身权利”,〔43〕是一种最基本的人身权,但在人格权体系中,这一范畴又存在语意含混的问题。诚然,与第119条前半句结合,可以说是规定了生命权,与第119条后半句结合,可以说是规定了健康权。但即便如此,身体权是否包含在这其中?再如,民法通则对隐私权、自由权等重要权利没有明确的规定。

〔36〕 李永军:《论我国人格权的立法模式》,《当代法学》2005年第6期。

〔37〕 民法通则规定的民事主体除了公民和法人之外,还包括个体工商户、农村承包经营户、个人合伙和联营等。其中,公民(自然人)享有姓名权,而法人、个体工商户和个人合伙则称之为名称权。至于农村承包经营户、联营等,民法通则并未赋予其享有姓名或名称的权利。

〔38〕 民法通则第104条规定,“婚姻、家庭、老人、妇女和儿童受法律保护。残疾人的合法权益受法律保护。”第105条规定,“妇女享有同男子平等的民事权利。”

〔39〕 王利明:《试论人格权的新发展》,《法商研究》2006年第5期。

〔40〕 参见杨立新:《制定我国人格权法应当着重解决的三个问题》,《国家检察官学院报》2008年第3期。

〔41〕 前引〔39〕,王利明文。

〔42〕 特别是民事行为与民事法律行为之间的关系问题,更是众说纷纭。参见《法学研究》编辑部编:《新中国民法学研究综述》,中国社会科学出版社1990年版,第133页以下。

〔43〕 顾昂然、王家福、江平等:《中华人民共和国民法通则讲座》,中国法制出版社2000年版,第208页。

尽管其中纠缠着一些宪法性问题，^[44]但却只规定了婚姻上的自由，^[45]又不能不说是一种遗憾。^[46]王泽鉴先生认为，“关于人格利益的保护，系采列举主义，除身体和生命外，仅承认姓名权、肖像权、名誉权和荣誉权。自由权并不包括在内，与西方国家法律的发展显有不同。……就比较法言，民法通则对人格权的保护较欠周全。”^[47]笔者认为，近代人格尊严得以彰显，经历了两次变迁：一是资产阶级革命打破了人格差序格局，张扬人格平等，并使之成为实证法上的依据；二是第二次世界大战之后对人性尊严的反思，使得人格尊严在实证法上体现得更加充分和具体的同时，创设一般人格权的概念，凸显了人性尊严的基础价值。《大清民律草案》及其随后的《民国民律草案》和民国民法承接了第一次变迁的成果，但民法通则显然没有在第二次变迁中完成对于先进法律文化的继受。

不过，从另外一个角度来说，作为一部具有通则性质的法律，民法通则为后续配套性立法、司法解释和法院判例提供了较大的空间。1988年1月26日最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》（以下简称《民法通则若干意见》）第140条规定，“以书面、口头等形式宣扬他人的隐私，或者捏造事实公然丑化他人人格，以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉，造成一定影响的，应当认定为侵害公民名誉权的行为。”这一规定，是通过名誉权救济了公民的隐私。^[48]此后，最高人民法院又通过两个司法解释强化了这一做法。^[49]至于公民的人身自由，此前虽有一些保护措施，但真正的突破是1993年消费者权益保护法第25条^[50]和1994年国家赔偿法第26条，^[51]分别规定了经营者和国家机关的法律责任，并使之作为请求权基础，而不仅仅

[44] See Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982, pp179 - 183.

[45] 谢怀栻研究员称，“婚姻自主权在单列一个自由权之后，就没有独立的必要。”参见谢怀栻：《论民事权利体系》，《法学研究》1996年第2期。

[46] 近代以来，自由权在法律体系中始终有着较为核心的地位。作为一种人格权，它源自个人的欲望，却体现为抽象人格的一般性，即意识到个体生存具有普遍性。同时，人格自由又让自然人获得自动性和个人性，通过个性使得人类获得福祉。而隐私权的提出，自沃伦、布兰戴斯在1890年《哈佛法律评论》上撰文之后，逐渐获得司法判例和立法上的认同。有关自由和隐私的论述，分别参见[英]约翰·密尔：《论自由》，许宝骥译，商务印书馆2009年版，第71页；[德]黑格尔：《历史哲学》，王造时译，上海书店出版社1999年版，第74页；Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right of Privacy, in Harvard Law Review*, Vol. IV, December 15, 1890, No. 5., pp. 193, 193 - 221；高圣平：《比较法视野下人格权的发展——以美国隐私权为例》，《法商研究》2012年第1期。

[47] 王泽鉴：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉之侵权责任：比较法的分析》，载王泽鉴：《民法学说与判例研究》第6册，北京大学出版社2009年版，第222页。

[48] 事实上，名誉权与隐私权虽有交叉和竞合，但二者不能相互吸收或相互取代。相关论述，参见张新宝：《隐私权的法律保护》，群众出版社1997年版，第32页；又参见张新宝：《名誉权的法律保护》，中国政法大学出版社1997年版，第40页。

[49] 1993年8月7日《关于审理名誉权案件若干问题的解答》（法发[1993]15号）和1998年8月31日《关于审理名誉权案件若干问题的解释》（法释[1998]26号）。

[50] 该条规定，“经营者不得对消费者进行侮辱、诽谤，不得搜查消费者的身体及其携带的物品，不得侵犯消费者的人身自由。”第43条规定了相应的民事责任。

[51] 该条规定，“侵犯公民人身自由的，每日的赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算。”1996年5月6日，最高人民法院发布《关于人民法院执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》。2012年5月29日，最高人民法院根据修改后的国家赔偿法，新发布了国家赔偿金标准。

成为宪法解释规则。^[52] 经过一段时间的经验积累, 最高人民法院2001年2月26日发布《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》(以下简称《精神损害赔偿若干问题的解释》), 基本上形成了自然人人格权的权利体系。作为一部司法解释, 其第1条成为了自然人人格权的一般条款。其中, 第1款第1项规定了生命权、健康权和身体权; 第2项规定了姓名权、肖像权、名誉权和荣誉权; 第3项规定了人格尊严权、人身自由权。该条第2款又规定, “违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益, 受害人以侵权为由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。”这一弹性条款, 不仅直接承认了公民的“隐私”^[53] (隐私权), 而且规定了兜底性的“其他人格利益”。2004年5月1日施行的《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《人身损害赔偿若干问题的解释》)第1条进一步明确了《精神损害赔偿若干问题的解释》第1条第1款第1项规定的自然人的生命、健康和身体三项基本权利, 并建立起与《精神损害赔偿若干问题的解释》相互衔接的机制(如第18条)。另外, 以民法通则作为基础性立法, 辅之以婚姻法、妇女权益保障法、老年人权益保障法、未成年人保护法、消费者权益保护法、国家赔偿法和侵权责任法等作为配套性立法——这些配套性立法中, 既有一般性的规范(如侵权责任法第2条的规定),^[54] 又有特别法上的规范(如未成年人保护法第5条和第39条的规定),^[55] 由此形成了较为完善的中国大陆人格权立法体系。从这个意义上讲, 无论纸面上的法律是否会在现实中得以实现, 也无论我们是否赞成徐国栋教授所认为的我们已经“人格权研究和立法大国”的提法,^[56] 这一开放而又较为完备的人格权立法与权利体系, 是值得我们骄傲与自豪的。

六、从二元结构到三元结构

历史地看, 无论是清末改制、民初建制, 还是中国大陆现行立法, 人格权立法从来就没有完全建立在某一种模式——总则模式或债权模式之上。事实上, 人格权立法基本上采取总则与债权相结合的方式, 只是其中的设权性规范之立法重心有所倚重而已。总的说

[52] 令人遗憾的是, 2010年侵权责任法第2条第2款列举了十六七种权利, 竟然没有一个是关于人身自由的。按照张新宝教授的说法, 前一稿草案是有的, 最后被删除, 理由是具有较强的不确定性。参见张新宝:《走过侵权责任法》, 法律出版社2011年版, 第37页。

[53] 《精神损害赔偿若干问题的解释》还规定了死者的隐私问题。第3条第1条第2项规定, 自然人死亡之后, 非法披露、利用死者隐私, 或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害死者隐私, 导致死者近亲属遭受精神痛苦的, 死者近亲属可以向人民法院起诉, 请求侵权人给予精神损害赔偿。

[54] 侵权责任法第2条第2款: “本法所称民事权益, 包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”这一条, 是关于民事权益的“概括+列举”式的规定。只不过依然没有正面规定人身自由或人身自由权。按照张新宝教授的说法, 是“有意无意地漏掉了人身自由这一权利”。参见前引[52], 张新宝书, 第44页。

[55] 未成年人保护法旨在保护未成年人的权益, 其中包括了一些未成年人的人格权规范。例如, 第5条第1项规定, “尊重未成年人的人格尊严。”第39条规定, “任何组织或者个人不得披露未成年人的个人隐私。对未成年人的信件、日记、电子邮件, 任何组织或者个人不得隐匿、毁弃; 除因追查犯罪的需要, 由公安机关或者人民检察院依法进行检查, 或者对无行为能力的未成年人的信件、日记、电子邮件由其父母或者其他监护人代为开拆、查阅外, 任何组织或者个人不得开拆、查阅。”

[56] 徐国栋:《人格权制度历史沿革考》, 《法制与社会发展》2008年第1期。

来，人格权立法经历了两次小的变化：一是《大清民律草案》到《民国民律草案》，自瑞士法向德国法的转化，设权性规范之重心由总则编转向了债权编；二是从民法典中的二元结构，即总则与债权结合的模式——即以民事主体和债之关系吸纳人格权规范的模式，到民法通则之时，已经演变为三元结构——即主体制度、权利制度和侵权责任制度三者相结合的模式。这种三元结构中，依存一部通则性质的法典，倒也未尝不可。但是，民法通则的三元结构，是否就为未来的民法典编纂中人格权独立成编创造了“优秀的立法先例”^[57]呢？我们是否能够将这种三元结构生搬硬套地置于民法典之中呢？2002年提交全国人大常委会审议的《中华人民共和国民法（草案）》设置了人格权法编（第4编），是否源自民法通则的这一立法上的创造？这种做法，是否又导致了人格权立法中出现了“叠床架屋”的现象？回答这些问题，不能藉以表象就得出结论，而是需要更加深入的探讨。

事实上，各国家或地区的民法典都采取了“设权+救济”的模式，即先设定民事主体享有的人格权，再在权利受到侵害时加以救济的方式进行人格权立法。一般而言，对于人格利益受到侵害时进行损害救济及其方式，除了少数救济途径^[58]及责任方式^[59]存在一定的差别之外，大陆法系国家多持相同的见解。但是，权利如何设置及置于何处，却有着较大的差别。主要有两种不同的做法：一是总则模式，即主要在民法典总则编或人法编中设定人格权及其种类，如法国、意大利、瑞士、俄罗斯、葡萄牙和加拿大魁北克省等国家或地区的民法典。例如法国民法典第9条笼统地规定“任何人均享有私生活受到尊重的权利”，然后设“尊重人之身体”和“对人之特征的遗传学研究以及通过遗传特征对人进行鉴别”两节，共17个条文，专门规定人格权。二是债权模式，即主要在侵权之债中进行列举并概括性设定，如德国、日本、韩国和中国台湾等民法典。例如德国民法典第823条第1项规定，“故意或有过失地不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利的人，负有向该他人赔偿因此而发生的损害的义务。”这一规定，虽旨在强调损害赔偿义务，但以权利存在作为基础，对生命权、身体权、健康权、自由权等进行了列举及概括性规定。随后，又对信用（第824条）、性自主（第825条）等进行了规定。诚然，德国民法典总则编中，第12条也规定了姓名权，但“人之姓名，即人格权之表称”，^[60]其要旨在于身份的识别，非典型意义上的人格权。日本民法典第709条规定侵害权利或法益的损害赔偿责任；第710条规定：“侵害他人的身体权、自由权或名誉权，以及侵害他人的财产权等自不待言，依前条的规定负有损害赔偿责任的人，对

[57] 前引〔39〕，王利明文。

[58] 例如，德国2002年1月1日施行的债法现代化法在债法领域进行了深刻的变革，在一般给付障碍法中改变了次级请求权体系，确立了两种简单损害赔偿的形式和三种因不履行而损害赔偿（即所谓“以损害赔偿代替给付”规则）的形式，拉近了传统意义上的契约责任与侵权责任的距离。参见〔德〕克里斯蒂阿妮·文德浩：《德意志联邦共和国的新债法》，载《德国债法现代化法》，邵建东、孟翰、牛文怡译，中国政法大学出版社2002年版，第5页。

[59] 例如，民法通则一改各法典分散规定民事责任的做法，设专章建立了完整的民事责任体系。同时，规定了10种承担民事责任的具体方式（第134条）；特别是第10种方式即“赔礼道歉”，比较符合中国大众文化和司法实践，特色突出。2010年7月1日施行的侵权责任法承袭了这一做法（第15条）。

[60] 梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社1998年版，第61页。

于财产以外的损害也必须予以赔偿。”〔61〕

这两种不同的模式，或多或少地存在着一些交叉设置的现象。但是，以设权性规范的重心来划分，仍可进行这种两分法。梁慧星研究员的分类方式较为异样，在区别总则模式和债权模式之外，他还将二者之结合作为一种单独的模式。也许，其目的在于突出他主持的民法典草案建议稿并非是一个单一的或此或彼的选择，而是彼此兼顾的慎重的权衡。〔62〕事实上，梁慧星研究员的主张，的确是一个两结合的产物，而且这一特点尤其突出。因为其总则编中，纯粹的设权性规范较多；债之侵权责任救济中，设权性规范也不少。不过，究其原因，在于其民法典草案建议稿中侵权行为独立成编，规范群扩张，涉及人格权规范也随之增加。如果去掉这一因素，以传统的设权性规范之侧重而论，其主张仍可归为总则模式。

还有一种影响较大的分类标准，是以典型国别法作为分类模式。例如，杨立新教授认为，“各国民事立法规定人格权立法有三种体例：一是德国法模式，在侵权法中规定人格权；二是瑞士法模式，在总则中规定人格权；三是加拿大魁北克法模式，在分则中独立规定人格权。”〔63〕这种分类，将瑞士法、德国法分别作为总则模式和债权模式的代表，又将加拿大魁北克省的做法单独作为一种模式。瑞士民法典制定之时，改变了法国民法典和德国民法典缺乏设权性规定的做法，直接创设人格权专节，确立保护人格权的一般条款。这一做法，甚或如有的学者所称，“在人类法制史上具有里程碑性质”。〔64〕不过，以瑞士法与德国法之区分谈人格权立法，相对于现代社会不断扩张的人格权来说，未免显得有些陈旧。而且，在总则模式中，就现行民法典而言，尽管瑞士民法典经过20世纪80年代的修订，〔65〕已经建立起了一个“人格与人格权混杂的救济体系”，但相对于“有时代气息”的法国民法典来说，它已经不再是总则编人格权立法上的典型了。〔66〕法国民法典200多年来的修订，特别是自1970年代开始，主要集中在人身权领域，形成了“人格权家族”，〔67〕其第1编“人”的修改，自增设第9条确立“人人享有私人生活受到尊重的权利”开始，在人格与人格权的保护、遗传学研究成果的运用等方面加以规范，已使之成为欧陆现行民法典中“人法”突出之新典范。另外，各个国家或地区的民法典为因应现代社会中拓展人格权之需求，或许会通过修改法典来完善人格权立法，而于此变动不居的背景之下，仍以国别法作为一种区分标志，可能会逐渐丧失其标识或符号意义。

〔61〕 日本民法典，主要参考《最新日本民法典》，渠涛编译，法律出版社2006年版。同时也参考了王书江译本，中国人民公安大学出版社1999年版。

〔62〕 梁慧星研究员将各国或地区民法典关于人格权立法模式分三种：一是在债权编侵权行为法部分设立人格权；二是在总则编或人法编自然人一章中规定人格权；三是在总则编或人法编自然人一章中设人格权，同时在债权编侵权行为法部分规定侵害人格权的后果。他自认为是采取了第三种模式，即总则编设人格权，同时在侵权行为法部分规定侵害人格权的后果，而不是单一的总则模式（参见梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由：总则编》，法律出版社2004年版，第27页）。其实，各国或地区的法典中，人格权立法本身就没有单一或完全意义上的总则模式和债权模式，二者之间总会存在一些交叉的地方。

〔63〕 杨立新主编：《中国人格权立法报告》，知识产权出版社2005年版，第21页。

〔64〕 袁雪石：《近现代世界人格权发达史初探》，载前引〔18〕，王利明主编书，第547页。

〔65〕 特别是对于第28条“防止侵害”部分的修改，从第28a以下，增加了11个条文。

〔66〕 参见前引〔56〕，徐国栋文。

〔67〕 [法]让·米歇尔·布律格耶尔：《人格权与民法典——人格权的概念和范围》，肖芳译，《法学杂志》2011年第1期。

所以，笔者采取实质性分类标准，以设权性规范之倚重不同，分总则模式和债权模式两种。以此作为分类标准，那么杨立新教授所论及的加拿大魁北克法模式，实际上只是在民法典第1编“人”中，设专章规定了某些人格权。此一模式，完全可以纳入总则模式之下。当然，杨立新教授在其后来的论述中，也意识到法国民法典修订后的意义，又单列了法国法模式，与前三类即德国法式、瑞士法式和加拿大魁北克法式共同构成了人格权立法的四种模式。^[68]但是，这一分类显得零散，逻辑上不甚严谨，也未切入问题之实质，自然也印证了笔者所说的以国别法作为标准进行分类的弊端。

2002年12月的《民法草案》开辟了另外一种模式，即在松散式或邦联式的民法典中设人格权法专编。从这一模式中，有的学者看到了中国民法的过去和未来：相对于过去，它延续了1986年民法通则中在民事权利一章中设人身权一节的传统，演化至这部草案，将人格权法独立成编；^[69]于未来之预示，在《民法草案》各编纷纷形成单行法^[70]的情况下，人格权法也似呼之欲出，并最终会成为未来紧密型或逻辑性民法典的独立一编。此种模式，是王利明教授、杨立新教授等极力倡导，^[71]但又遭到了梁慧星研究员极力反对^[72]的一种立法模式。另外，有学者建议，将人格权与亲属法中的相关权利结合在一起，组成人身权并独立成编。^[73]总括而论，在人格权立法模式的讨论中，形成了总则模式、债权模式和专编模式三种。^[74]

目前，由于王利明教授和杨立新教授的积极呼吁，人格权专编模式的立法思路即使并

[68] 前引〔40〕，杨立新文。

[69] 杨立新教授认为，“民法草案将人格权法独立成编，不是新的创举，而是坚持了民法通则的立场。”认为这种做法“最具中国特色、具有世界领先意义”。参见前引〔63〕，杨立新主编书，第3页，第21页。

[70] 2002年《民法草案》分9编，包括总则、物权法、合同法、人格权法、婚姻法、收养法、继承法、侵权责任法和涉外民事关系的法律适用法。每编自成一体，法条顺序号也另起，始自第1条。当时已编入草案的合同法、婚姻法、收养法和继承法，本身就是施行中的单行法。此后，物权法、侵权责任法和涉外民事关系法律适用法又相继作为单行法出台。

[71] 杨立新教授除参与王利明教授主持的《中国民法典学者建议稿》之第2编人格权编写之外，又主持完成了《中国人格权立法立法报告》，倡导人格权单独立法，并在民法典中独立成编。其《民法典人格权法编》建议稿，共96个条文。参见前引〔63〕，杨立新主编书，第239页以下。

[72] 梁慧星研究员主持的《中国民法典草案建议稿》在第1编总则中设自然人一章（第2章），设专节规定人格权（第2节）。该节共11个条文，分别规定了一般人格权、人格权的保护、生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、隐私权、对遗体的保护和对死者姓名、肖像和名誉的保护。参见前引〔62〕，梁慧星主编书，第27页以下。

[73] 如苟军年教授建议设人身权编，其立法重心也在人格权上，因为不可能将婚姻家庭（亲属）编的主要内容纳入人身权编。参见苟军年：《人身权法律地位探析》，《法治研究》2011年第6期。

[74] 龙卫球教授归纳为人格权确立说、法益保护说（禁止侵害说）和人格权独立成编说三种立法思路（参见龙卫球：《人格权的立法论思考：困惑与对策》，《法商研究》2012年第1期）。不过，文中提到的，前两种说法并不是建立在统一分类标准上的分类模式，而是“设权+救济”模式下的一个问题的两个方面。诚然这两方面紧密关联：前者权利或法益之存在，构成民事请求权的基础；后者民事责任之承担，是行使民事请求权的结果。但毕竟禁止侵害说建立在后者救济条款上，与另外两种分类建立在前者设权条款上之不同，在逻辑分类上不是同一分类标准，不是严格意义上的设权模式。事实上，即便是法益保护说，即债权模式下对侵权行为的规定，也是包含了设权性质的条款内容，并非泛泛的禁止侵害或损害赔偿问题。曹险峰博士概括三种观点，其一，纳入民事主体制度；其二，于侵权行为法中规定；其三，单独成编（参见曹险峰：《人格、人格权和中国民法典》，科学出版社2009年版，第150页以下）。此一归纳大体相同，但纯粹地以民事主体或侵权行为法论，也存在一定的偏狭。这不仅是他本人也意识到的人格权损害之救济并不仅限于侵权救济，而且设权性规范中，也不完全依附主体制度。

非“逐渐成为主流”，^[75]至少也是“一种更具影响的观点”。^[76]这种情形之下，梁慧星研究员所主张的在总则编自然人一章下设“人格权”一节的想法，也即人格权总则模式的立法思路，似乎也逐渐地被边缘化了。但本人认为，如果缺乏认真的历史分析和严肃的逻辑思考，那么我们真正的学术研究及立法，也许会被一种缺乏说服力的表象所迷惑。事实上，人格权可以被分解为三个主要部分：一是与权利主体制度密不可分的权利能力和行为能力问题；二是人格权之具体形态；三是人格权益受到损害时的侵权救济。民法通则作为一部具有通则性质的法典，为体例所需，必须在权利主体与权利救济（民事责任）之外，再规定权利内容（民事权利）。既然规定权利内容，那么通过设权性规范建立起来的具体人格权体系，自然可以置于与财产权相对应的人身权项下。这就是民法通则能够在总则与债编两结合的基础上，形成权利主体、权利内容和权利救济三元结构的根本性因素。“随着社会发展，人权思想日益加强，法律所保护（或应受法律保护）的人格利益的种类范围日益扩大，人格权这个名称之下的各种权利几乎层出不穷”，^[77]这也是权利内容扩张的重要的社会背景之一。但在立法结构上，民法通则给予我们的启示就是这一点，而且也只能是这一点。如果再进一步，由此推导出在民法典中人格权独立成编，那只能是学者们的自我想象，或者说，那只是学者们在为自己的理想寻找所谓的历史渊源或制定法上的依据。但此时，就是谬误脱离理性的缰绳悄然溜出来的时候。

七、结 论

从以上两部法典草案和两部法典文本看，在历史承继与断裂中，关于人格权的基本概念、主要内容、具体类型及救济方式等实质性规范，在立法层面其实没有太多、太大的变化。即使如《民国民律草案》采男女人格平等观，废除妻为限制行为能力人的规定，也不过是时代发展中的一个自然而然的选而已。《大清民律草案》吸收先进法律文化，采纳权利能力和行为能力之法律人格学说，在总则编设人格权一节，并通过总则和债编两结合的方式确立了人格权权利体系，奠定了中国人格权立法之基本走向。《民国民律草案》承前制，确认了《大清民律草案》规定的各项人格权，但也有小的变化，除了前述废除妻为限制行为能力人之外，又如取消了姓名权行政登记及登记对抗主义的规定，总则编不再设立人格权一节，设权性规范的重点转入债编。民国民法循着《民国民律草案》的思路，人格权立法重心在债编，并增加了健康权，立法技术更加成熟。诚然，在清末民初这样一个动荡的年代，我们很难想象此一时期的立法及其文本能够真正地落实到生活实践中去。“即使在法律文本上确立了‘人格权’及赔偿抚慰金制度，也并不意味着这样的制度在生活和司法中具有了真实的生命。”^[78]1986年制定和颁布的民法通则虽在法典意义上存在着不足，却可能暗合了“去法典化”或“法典祛魅”的时代精神。归功于历史的耦合，民法通则在客观上造就了一个开放的人格权立法构架，设专节规定人身权，

[75] 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。

[76] 前引〔74〕，龙卫球文。

[77] 前引〔45〕，谢怀栻文。

[78] 前引〔14〕，俞江书，第181页。

并通过判例、司法解释和附属性立法，形成了人格权立法与权利体系。

如前所述，在人格权立法结构方面，从《大清民律草案》到民法通则，完成了二元结构到三元结构的认知与转型。但是，尚不构成人格权在民法典中独立成编的立法渊源。在权利类型上，自《大清民律草案》始，生命权、身体权、姓名权、自由权、名誉权就构成人格权的基本类型。民国民法只是在身体权之外，加上了健康权，提高了物质性人格权的保护标准。至于民国民法后期的修改，增加信用、隐私和贞操等，同时又透过契约责任之损害赔偿义务施以一定程度的精神救济，都是多年之后的事情了。看似另起炉灶的民法通则几乎没有任何负担：没有了潘德克顿体系的制约，^[79]自不必借助债的关系理论解决购买产品致人损害的精神损害赔偿问题；而以新文化运动为契机发展起来的政党理念，本身就承载着“人的解放”之使命，自然应该在通过婚姻法解放妇女、婚姻自主、男女人格平等之后，再厉行理念之下的具体人格权利之实现。但是，直至1986年民法通则出台，中国大陆人格权权利体系才初步形成。民法通则文本建立起来的这一体系，个别权利语意含混不说，隐私权、自由权及人格尊严之基本条款也缺乏。好在开放的民事立法模式为后续的判例、司法解释和配套性立法提供了空间，最终反映在侵权责任法上，形成了人格权利体系。

无现代社会中人格权的扩张主要表现两个方面：一是精神性质的人格利益；二是人格之商业利用。这是一个权利的发现过程，也是人格权发展最富有魅力的部分。但是，这种发现并非仰赖某位天才法学家的灵敏嗅觉，而是一个时代的进步在立法上的体现。从《大清民律草案》到民法通则，人格权立法在继受与传承中悄然变化，直至断裂；而在断裂中，生命体在社会中顽强地存在，并通过立法在理性与进步中实现自觉。人格权的自觉与生长，是一个文明社会延续文明的一种需要。在彼此人格的基本尊重之间，大的政治动荡和文化没落的场景，将不再突兀地出现在人们的生活之中。正是意识到这一点，二战之后的德国人之反思，其中之一便是通过制定《基本法》，确立尊重与保护人格尊严这一基本原则；^[80]联邦法院则直接援引宪法性规范，创设“一般人格权”的概念，“深化人格权领域的精神损害赔偿，带来了一种深刻的法律思想革命”。^[81]我国人格权立法体系的形成，是渐进式改革模式和开放式民事立法的结果，也是《大清民律草案》以来法制现代化进程的延续。从黑格尔历史哲学的角度看，这似乎蕴涵着“拿不死之鸟来譬喻自然生命”的一个东方神话：“这不死之鸟终古地为它自己预备下了火葬的柴堆，而在柴堆上焚死它自己。但是从那劫灰余烬当中，又有新鲜活泼的新生命产生出来。”^[82]时至今日，这个“东方神话”的再次演绎，已经不再需要在劫后余生式的历史循环中获得救赎，一种人格尊严得以彼此尊重的社会文化，构筑的不仅是社会和谐的场景，还在延

[79] 关于潘德克顿体系对人格权立法的制约问题，较为复杂，也存在多种分析视角。张红博士对19世纪德国人格权理论的辨析，有一定的启发意义。参见张红：《19世纪德国人格权理论之辨》，《环球法律评论》2010年第1期。

[80] 参见周云涛：《论德国宪法人格权——以一般行为自由为参照》，《法学家》2010年第6期；易继明：《民法典的不朽——兼论我国民法典制定面临的时代挑战》，《中国法学》2004年第5期；王利明：《再论人格权的独立成编》，《法商研究》2012年第1期。

[81] 龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2002年版，第285页。

[82] 前引〔46〕，黑格尔书，第76页。

续着我们自身的历史。从这个角度说,我们是否可以透过私法上的人格权立法去拯救“小荷才露尖尖角”^[83]的宪法上的人格权呢?换句话说,通过民事去整合宪政,是否能够成为一种具体法治的路径呢?果如斯,则可能成为一条与德国人相反,但却异曲同工的法治路径。诚然,历史经验告诉我们,人格得以被尊重和保护的实践,私法上的人格权与宪法上的人格权之通约,往往依赖的并不是纸面上的法律文本,而是司法实践、特别是法官在具体案件中的裁判。^[84]

Abstract: *The Civil Code Draft of Qing Dynasty* assimilated the essence of advanced foreign legal culture and adopted the concept of legal personality capacity, which established the statutory framework of personality rights and laid the foundation of Chinese personality right legislations. *The Civil Code Draft of the Republic of China* followed the said code and recognized different types of personality rights, but made some minor changes. *The Civil Code of the Republic of China*, following the pattern of *The Civil Code Draft of the Republic of China*, dealt with personality rights in the chapter of obligations. In today's mainland China, *the General Principles of Civil Law* of 1989, together with judicial decisions, judicial interpretations and subordinate regulations, formulates the open structure for personality rights with separate subchapter of rights to personality and identity, and hence founds the body of legislation on personality rights and its contents.

Viewed in a historical way, legislation on personality rights in China has always been adopting the route of combining general principles and obligations, and only the orientation of definitions of personality rights has changed over time. However, *the General Principles of Civil Law* is deemed as a watershed, as the legislation on personality rights has been upgraded from a two-dimension structure only involving provisions on civil subjects and obligations to a three-dimension one where liability regime has begun to cover personality rights. This three-dimension structure also corresponds to the three elements of personality rights: subjects, definitions and remedies. From *the Civil Code Draft of Qing Dynasty* to *the General Principles of Civil Law*, legislation on personality rights has changed subtly while succeeding the previous legal documents and finally fractured from its antecedences. Nonetheless, its organism existed exuberantly in the society, and consciously developed itself in a rational and progressive way via legislations. The social culture of respecting personal dignity has supported this self-consciousness and will possibly provide us with a new path to rule of law via integrating constitutionalism into civil law provisions.

Key Words: legislation on personality rights, two-dimension structure, three-dimension structure, succession of law

[83] 参见林来梵、骆正言:《宪法上的人格权》,《法学家》2008年第5期。

[84] 参见张红:《一项新的宪法上基本权利——人格权》,《法商研究》2012年第1期。