

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2019.03.014

我国人格法益保护模式之不足及其改进^①

——以“公序良俗”引入为中心

徐涤宇,张路

(中南财经政法大学 法学院,湖北 武汉 430073)

摘要:我国人格法益保护模式存在立法与司法的鸿沟、自由裁量权难以限制、法源标准不统一等问题。“公序良俗”能够发挥人格法益判断功能、利益衡量及违法性征引功能、援引内容控制功能。在对“公序良俗”的引入中,《德国民法典》第826条“故意违背善良风俗”不可简单照抄。我国应从《精神损害赔偿若干问题的解释》第1条违背公序良俗侵害人格法益条款、《侵权责任法》第6条过错责任条款着手,明确人格法益损害及违法性要件。将公序良俗的标准纳入违法性要件,强化对人格法益的保护。

关键词:人格法益;公序良俗;违法性;过错;侵权责任

中图分类号:D920.5 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-7835(2019)03-0088-08

从比较法上看,人格法益保护模式包括侵权法不区分式、侵权法区分式、一般人格权、“人格”与人格权概括保护、隐私权与公开权等五种模式^①。上述模式在我国现行法律规范中皆有体现:《侵权责任法》第6条采纳的是法国的不区分保护模式,对权利与法益实行统一的保护。但与此同时,2001年最高人民法院颁布施行的《精神损害赔偿若干问题的解释》在相当程度上又借鉴了德国对权利与利益的区分保护式。同时,在学理上我国还存在对“一般人格权”制度的存废争议^②。此种“混合”的模式是否存在不足?又应当如何改进?本文拟从“公序良俗”引入的角度,希望对上述问题有所回答。

一 我国人格法益保护模式存在的不足

(一) 立法与司法的鸿沟

何为权利,学界通说为法力与利益之结合。

即权利是法律赋予权利主体的一种用以享有或维护特定利益的力量^③。围绕着权利的形态,也存在两种截然不同的理论:“内部理论”与“外部理论”^④。依照阿列克西的观点,两种理论的主要区别在于如何看待权利的构成与限制。依据权利的内部理论,权利的构成与限制实质上是同一个问题。当明确给定一个权利构成之时,也就确定了它的限制。从方法论上看,内部理论采取的是涵摄的方法,即首先对某项权利的概念进行解释,设定其保障范围,以此作为大前提去适用于个案^⑤。而外部理论则相反,在外部理论看来权利的构成与权利的限制应当是两个问题。

内部理论与外部理论在人格法益保护方面具有重要的意义:首先,人格法益的客体具有不确定性。人格法益是对受法律保护之人格利益的统称,人格法益的载体或形式为要素。这些人

① 收稿日期:2018-07-25

基金项目:国家社会科学基金重大项目(14ZDC018)

作者简介:徐涤宇(1970—),男,湖南邵阳人,教授,博士生导师,主要从事民法基础理论、私法史研究。

①王泽鉴:《人格权法:法释义学、比较法、案例研究》,北京大学出版社2013年版,第19页。

②冉克平:《一般人格权理论的反思与我国人格权立法》,《法学》2009年第8期。

③张文显:《法理学》,法律出版社2007年版,第159页。

④张翔:《公共利益限制基本权利的逻辑》,《法学论坛》2005年第1期。

⑤张翔:《基本权利冲突的规范结果与解决模式》,《法商研究》2006年第4期。

格要素在实践中并不统一,既包括了有形的载体诸如器官、组织、基因、血液、精液、卵子、死者遗物等,也包括了无形的载体诸如声音、形象、信息等。实践中,还存在“祭奠权”“接吻权”等无法归纳的抽象人格法益类型。究竟是依照内部理论,从人格法益涵义出发对人格法益作限制解释;还是按照外部理论对人格法益作宽泛解释,再从可能构成限制的公共秩序、他人利益出发衡量人格法益是否值得保护。这两种理论适用会产生不同的结果:(1)要件论证不同。按照内部理论的观点,必须先证成人格法益,其次才谈得上有无损害。如无人格法益,则无损害。而外部理论则普遍承认人格法益,是否存在损害的重点在于人格法益与他人行为的利益衡量。(2)举证责任不同。依照内部理论,人格法益及损害的举证责任方应当是原告,由原告对人格利益侵害与程度进行举证;而依据外部理论,损害与否需衡量人格法益与他人的行为,被告也应对行为的正当性或违法性阻却事由进行举证。

综合起来,外部理论虽存在过度限制其他行为人为行为自由的风险,但无疑更有利于人格法益的保护。但存在的问题是,人格法益的违法性阻却事由很难事先予以明确的规定。“自由就是在法律规定范围内做一切允许事情的权利”^①。权利的边界是明确的,一方权利的行使以不得损害其他人的权利为限。但由于客体人格要素的不确定,人格法益的边界是模糊的。一方主张人格法益遭受了侵害,而另一方完全可以主张是在行使法律赋予的正当权利。譬如,在高铁上吃泡面的行为。一方当事人主张法律及铁道部相关规定并未禁止,而另一方则可以主张因为其受不了泡面的刺激性气味,对方行为损害了其乘坐高铁的“安宁权”。边界不确定造成了某一种看似对人格利益的侵害行为,完全可能属于他人的行为自由。这些行为的自由在道德上虽存在可非难之处,但在法律上却不可能予以列举和禁止。

人格法益边界不确定导致了立法和司法存在

鸿沟。法律明确规定了人格权利,只要行为满足相关的侵害要件,该项权利就一定能够得到保护。而规定某种人格法益,却不一定能得到保护。基于内部理论可能将此种人格利益排除在人格法益之外。又或基于外部理论,在衡量公共利益、他人利益之后,不对此种人格法益进行保护。

(二)自由裁量权难以限制

任何国家法的顺利实施,都必然包含着裁判者的自由裁量权。但在 19 世纪由德国形成和发展而来的汇纂学派看来却并非如此。汇纂学派深受 18 世纪理性主义思潮的影响,他们认为凭借人特有的理性足以认识万物并构建出符合自己预期的理想世界。在这样的法律体系之下,裁判者根本不需要具备任何的自由裁量权^②。耶林猛烈地抨击了此种思想,并将其耻笑为“概念天堂”。他认为法律的“目的才是整个法的创造者”。在英美法系,类似的争议也始终存在。其中最具有代表性的是德沃金与哈特两位教授的论战。在哈特看来,权利应当是一个实证的概念,权利的存在肯定是以法律的明确规定为前提的。德沃金教授则反对此种观点,他认为法律体系并非毫无漏洞的封闭体系,当法官面对法律文义模糊不清或者法无明文规定的“疑难案件”时,必须运用自由裁量探寻法律以外的价值来创造新的法律^③。

法律概念以是否确定为标准,可以分为确定的法律概念与不确定的法律概念。不确定的法律概念,内涵虽然不确定,但依照其外延开放程度可分为封闭的不确定概念与开放的不确定概念。封闭的不确定概念,因为其外延封闭,因此在概念精确程度上,接近于确定的法律概念^④。确定的法律概念与封闭的法律概念可以以立法规定的形式,事先对自由裁判权予以限制。而开放的法律概念,则需要裁判者结合案件对相关的法律概念进行价值补充。

“人格法益”属于外延开放的法律概念,对人格法益的保护条款属于一般条款。法律上的明确规定并不能提供人格法益边界的标准。人格法益

①(法)孟德斯鸠:《论法的精神(上册)》,张雁深译,商务印书馆 2012 年版,第 154 页。

②马俊驹:《人格和人格权理论讲稿》,法律出版社 2009 年版,第 60 页。

③熊毅军:《论现代西方法理学的三大论战——基于古今之争立场的审视》,山东人民出版社 2009 年版,第 67 页。

④梁慧星:《民法解释学》,法律出版社 2015 年版,第 293 页。

保护的重任在司法而非立法。司法裁判中,裁判者由于要对人格法益进行价值补充又必然使用到自由裁量权。在采不区分式的法国,过错责任条款的开放性使得其具有非常浓厚的判例法的性格^①;在采区分式的德国,初期的人格法益保护受《德国民法典》第823条2款“违反保护性法律规定”及第826条“故意违背善良风俗”的限制,上述规定极大缩小了人格法益的保护范围,二战后为一般人格权所取代。一般人格权的范围,也不是由立法者率先明确,而是由司法实践中的判例不断总结归纳所形成的^②。

从法律解释的角度来看,文义解释、体系解释、目的解释的方法都基于法条文本。而开放性的人格法益概念,文义界限模糊,与其说存在某种具体的目的,倒不如说只存在对人格法益保护的价值导向。通常的法律解释手段不足以支撑裁判者作出判决。实践中,更为普遍和常用的方法是利益衡量的方法^③。裁判者经常会面对人格法益与他人的权利、行为自由的冲突与权衡的难题。

利益衡量的方式同样存在以下问题:第一,不同的利益都可能具备正当性与合理性,裁判者究竟依照何种标准,断言一种利益要大于或小于另外一种利益?第二,即便是涉及同类型利益衡量,不同的案件也有着不同的情形,情节和程度决定利益判断的标准是什么?第三,越过立法的规范约束来判决,是否有“法官造法”的嫌疑?诚如拉伦茨教授所言:“法官根本没有任何方法原则为后盾,而只是依其自定的标准而作成裁判的?倘若如此,裁判即无从控制,法官也可以堂而皇之依自己的主观见解来裁判。”^④

立法上的规定为人格法益保护预留了自由裁量的空间,但自由裁量权的行使又必须进行限制,防止其走向裁判者的恣意。在法定与自由裁量间,必须保持一定程度上的平衡,这也是单纯靠现行人格法益保护模式无法解决的难题。

(三) 法源标准不统一

人格法益的裁判需借助于价值补充。拉伦茨认为,此种补充形式的法律渊源包括法伦理原则、事务的本质、生活关系的“本质”“客观—逻辑的”解释标准、类型与类型系列等等。博登海默教授认为,此种法律的非正式渊源包括正义之标准、理性与事物之性质、个别衡平、公共政策、道德信念与社会倾向、习惯法等等^⑤。

依照两位学者之观点,法律渊源可划分为两类:正式的法律渊源与非正式的法律渊源。正式法律渊源包括:(1)法律之“沉默”^⑥。法律作为高度抽象性的规范,不可能对生活中做事无巨细的规定。此种沉默并非法律的漏洞,而是立法者有意识地不规定。私法无明文禁止规定即权利。在涉及人格法益保护的案件中,法律此种有意识的沉默,就有可能构成当事人主张权益或抗辩侵权的正当性理由。(2)宪法基本权利。当事人还可能援引宪法基本权利,作为人格法益认定或违法性阻却的事由。宪法是国家的根本大法,并不能直接适用于私法案件的裁判案件中。对于宪法基本权利内容的阐明,应当交由特别的机关予以实现^⑦。

非正式法律渊源则包含:(1)人之理性。理性乃是人用智识理解和应对现实(有限)的能力。有理性的人能够辨识一般性原则并能够把握事物内部、人与事物之间以及人与人之间的某种基本关系^⑧。这里的“理性”并非全知全能,而当以社会上正常普遍人的认识为标准。在特殊的案件中还应当结合当事人的职业职务、经验、知识水平来认定。(2)一般观念或道德。此种标准与人之理性相对应,前者倾向于主观,而一般观念或道德则是客观的。(3)习惯及习惯法。习惯应当区别于习惯法,后者应当被视为已经过时间及立法机关甄别,具备法律效力的习惯。而习惯则不具备普

①王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2016年版,第89页。

②张红:《人格权总论》,北京大学出版社2012年版,第61页。

③梁慧星:《民法解释学》,法律出版社2015年版,第316页。

④(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第279页。

⑤(美)E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第457页。

⑥(德)伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第349页。

⑦许崇德,胡锦涛:《宪法》,中国人民大学出版社2009年版,第49页。

⑧(美)E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第473页。

遍的法律约束力。我国《民法总则》第 10 条规定之“习惯”究竟指习惯亦或习惯法,尚存疑义^①。在我国习惯法还没有大量整理、汇编成文的情形下,不应断然将习惯排除在外,但习惯的援引应受到公序良俗的检验。

对上述法律渊源援引并没有一个明确、统一的标准。换言之,裁判者以任何的方式,援引任何的法律渊源都是合理的。利益衡量方法也受制于援引内容的影响。因而,在人格法益的保护中始终存在着“同案同判”与“个案正义”间的紧张关系。

二 “公序良俗”引入的必要性分析

(一) 人格法益判断功能

人格法益的利益内容是人格利益,人格利益带有伦理性,应体现人之自由、尊严、独立与平等的价值。准确判断人格法益,首先要解决利益的主体归属问题,即这里的“人”究竟指的是谁?从逻辑上看,这里至少存在三种标准:第一种,所有人或大多数人。一种利益,要能符合所有人或大多数人的伦理价值观才能成为人格法益。第二种,少数人或者特殊人群。一种利益,未必能符合所有人或大多数人的伦理价值观,但符合少数人或特殊人群的伦理价值观,也能称为人格法益。第三种,综合多数人与少数人的标准。以所有人或大多数人的伦理价值观为准,但也不排斥少数人、特殊人群的伦理价值,尤其在关系少数人或特殊人群的贴身事项方面,更应尊重和体现他们的要求。显然,第三种标准更符合我们对于理性与正义的要求。

但问题在于:少数人或特殊人群的伦理价值与大多数人的伦理价值间并不全然是兼容的。既要防止“多数人的暴政”,也要防止“少数人的暴政”^②。第三种标准要求一种更为细致的平衡标准,即在多数人与少数人的伦理价值发生冲突时,能提供一种双方都能够相互妥协的标准。公序良俗即是此种有效的平衡标准。

其次,界定人格法益需要解决的是客体范围问题。内部理论与外部理论都认为,任何的权利

都应当是有边界的,分歧之处在于内部理论认为权利的限制在其本身,外部理论认为权利的限制在其外部。结合两种理论具体到人格法益的保护中,裁判者在决定对某种人格法益进行保护时,都必然要经过两个阶段的论证:第一阶段,认定案件中存在一种正当、合理的人格法益;第二阶段,由于此种人格法益不属于具体的人格权,不具备权利的明确归属性、排他性和公开性等特点,因而必须权衡案件人格法益与他人行为自由的关系。只有两者相权衡,人格法益的重要性显著大于他人的行为自由,才能最终得到保护。两个阶段的论证目标和任务是不同,前者观察人格法益本身,而后者涉及人格法益与他人行为自由、权利的重要性衡量。

从客体的角度出发,作为人格法益判断标准的公序良俗发挥了人格法益的限制作用。其意义在于将那些明显超越常人认知,突破社会良知、底线的利益排除出去,否认人格法益的存在,进而无需对其进行保护(内部理论)。而假使一种利益并未严重触及公序良俗,裁判者则应当倾向于认可其正当、合理性,同时进入到第二阶段的论证(外部理论)。

(二) 利益衡量及违法性征引功能

在第二阶段的论证中,作为侵权行为认定要件的公序良俗提供了利益衡量的标准。试举一例分析:“吸烟问题”。香烟对于长期的烟民而言,其重要性和意义不言而喻,已构成了其生活的必要组成部分。而对于那些不吸烟,乃至厌恶香烟的人而言,烟气则会对其生活产生影响,导致其生理和心理上的不适应。“禁烟区”和“吸烟区”的标志,为这吸烟与不吸烟划分了行动的界限。烟民在吸烟区吸烟,不吸烟的人在禁烟区阻止他人吸烟,都属于正当权利的行使。但是在没有标志的场合,吸烟的自由和阻止他人吸烟的权利则无法进行判断。假使一方认为吸烟(或不吸烟)构成其人格法益,裁判者就将面对人格法益与他人自由的权衡。显然,结果不能一概而论。裁判者应当结合吸烟的场地、人群数量、吸烟可能造成的

^①王利明:《论习惯作为民法渊源》,《法学杂志》2016年第11期。

^②(英)哈耶克:《通往奴役之路》,中国社会科学出版社2015年版,第38页。

影响等综合认定。

公序良俗还征引了侵害人格法益行为的违法性。人格权利范围清晰,因而损害结果足以征引行为的违法性^①。人格法益由于外延的开放,利益的范围不确定。即便存在一种正当、合理的人格法益,也需在个案中权衡其与他人的行为自由,难以以损害结果来征引违法性。同样试举一例:“律师的夸张”。某一律师为当事人进行辩护,并经当事人授权,在庭审之后接受媒体的采访。采访的过程中,律师为博得舆论同情故意夸大当事人职业、家庭及生活不利的情形,但并未达到有损当事人名誉的程度^②。在本例中,当事人的人身、财产并没有遭受损害,其精神损害也未达到严重程度,但这并不妨碍当事人有权要求律师停止侵害、赔礼道歉、恢复原状。律师行为的违法性并不是从损害结果上征引的,而是其行为有违公序良俗。

征引违法性的公序良俗为他人提供了注意义务。即行为人在行为之前,不仅应当考虑到法律上明确禁止之情形,同时还应当结合社会上普遍存在的常识及底线道德,以一个善良人的标准来要求和规制自己的行为。行为违背了公序良俗,即便法律并未明文禁止也应当被纠正。

(三) 援引内容控制功能

在人格法益的案件中,当事人都可能援引其他不同的法律渊源来支持自己的主张。譬如,在“半拉子门”案中当事人援引的是当地的习惯^③。又如在类似“高铁吃泡面”、无禁止标识地区吸烟等案例中,行为人主张自己行为不具有违法性的理由在于生活常识或法律文本并无明文禁止。吃面或吸烟的行为都属于权利或行为自由的范畴。上述情形,公序良俗都能起到对援引的内容的控制作用。试举几例对此进行说明:

1. 公序良俗对习惯、风俗的控制

中华民族讲究家族文化的延续与传承,因而各地各姓氏都有“认祖归宗”修建宗族祠堂、族谱的文化习俗。某地区某姓族长甲号召族人对族

谱进行重新修订,但在修订中提出只有本族男性有资格“入谱”。在本地出生并成长、生活的族内妇女乙对此提出不满。认为本族女性完全有资格也应当被载入族谱之中。族长甲以男性入谱是几千年的文化传统为由,拒绝了乙的要求。乙遂将甲诉至法院,要求其予以更正,将其姓名纳入族谱之内^④。

在本案中,族长甲提出的仅本族男性有资格入谱的抗辩理由系文化、习惯,确实可考。但同时,此文化、习惯并不符合现代社会男女平等的观念,也违反《宪法》的规定。我国《宪法》第48条规定:“中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。”因而“妇女不得入谱”的风俗习惯属陋习无疑。妇女乙应当享有同本族男子同等入谱资格。本案法官虽不能直接援引宪法,但完全可以以族长主张违反公序良俗为由,对其理由不予以采纳。

2. 公序良俗对权利的控制

李某与前妻张某于2009年经法院调解协议离婚。协议规定李某自离婚之日起每月应支付女儿李小生活费300元,并承担其日后教育费、医疗费费的30%。离婚后四年时间,李某都按照协议履行其义务。2013年,李某无意中得知,自己女儿李小其实并非自己亲生,遂询问前妻张某。张某对此予以承认,但其辩称李小系在婚前与他人发生关系怀孕所致,其享有隐私权,亦不违反夫妻间的忠实义务。李某遂将前妻张某诉至法院,要张某承担相应的精神损害赔偿。

本案中,首先应当予以证明的是原告是否受有人格法益的损害。依据正常人之伦理情感,李某在得知事实真相后,必然会遭受巨大的精神痛苦。其次本案的争论在于前妻张某主张理由是否成立。我国《婚姻法》第4条规定:“夫妻应当相互忠实,相互尊重……”此种忠实与尊重没有具体程度上的要求,并不排斥夫妻一方或双方隐私

①罗时贵:《中国民法公序良俗原则的法律性质》,《重庆大学学报(社会科学版)》2018年第5期。

②(德)迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林等译,法律出版社2007年版,第684页。

③江西省高级人民法院研究室:《直面民俗习惯的司法之难》,《法律适用》2008年第5期。

④南方都市报:《女性家谱,何以可能?》, http://epaper.oeeee.com/epaper/C/html/2017-05/07/content_28164.htm. 最后访问时间 2018-11-08。

权的存在。但另一方面,张某援引的隐私权,并不满足符合公序良俗的要求:依照正常人之标准,对婚姻生活伴侣另一半可能造成其精神痛苦的私密信息应提前予以告知。本案中,此种私密信息还影响原告李某后续抚养费、情感的持续投入。隐私权、夫妻间的忠实义务不能成为张某行为的违法性阻却事由。

3. 公序良俗对行为自由的控制

四川省某老汉甲,在看完著名笑星黄宏的小品《杨白劳与黄世仁》后,觉得异常的伤心、难受。遂将黄宏起诉至法院,理由是其原本以为黄宏是笑星,没想到出演的小品非但没有让他开心,反而更难受了。黄宏的行为侵犯了他的“良好心情权”。朝阳区法院经审查认为,起诉人的起诉不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第 119 条规定,因此裁定不予受理。老汉甲不服,又诉请至北京市二中院。二中院以同样的理由作出裁定,不予受理^①。

本案中,暂且不论老汉甲是否符合我国《民事诉讼法》第 119 条规定“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”这一要求。也假定老汉甲存在此种“良好心情不受破坏”的人格法益。但黄宏的小品无论悲剧还是喜剧,都属于艺术表演的自由。其表演的内容系对特定时期人物、事件的加工。文艺作品允许采取一定的虚构、夸张的表现手段,并不违反公序良俗。故黄宏的小品表演行为并不具有违法性,也不具备主观上的过错,并不构成对老汉甲“良好心情权”的侵害。

上述三个案件都属简单案例。现实生活情形中的案例可能更为复杂,对于当事人所援引的习惯、行为自由、私法权利是否有违公序良俗难以直接判定。何种行为属于自由有时还会涉及对宪法规定之公民基本权利的解释。同时,我国地域广阔,人口众多。各地的民族、文化、风俗、习惯都各有不同,完全交由法官在个案中对习惯进行审查,难度较大,也容易出现标准不统一。地方政府、法

院应当承担部分对本地习惯汇编及整理的工作。

三 “公序良俗”引入的可行规范分析

(一) 违背公序良俗侵害人格法益条款

比较法上,以公序良俗对人格法益进行保护的典型是德国模式。德国的人格法益保护模式历经了两个阶段:第一个阶段,以《德国民法典》第 826 条为依据,对第 823 条第 1 款规定的绝对权、第 2 款规定“以保护他人为目的的法律规定保护”以外的人格法益进行保护。《德国民法典》第 826 条规定:“以违反善良风俗的方式故意加损害于他人的人,有义务向该他人赔偿损害。”^②此种形式对人格法益的保护明显存在局限性:将过错要件由通常侵权行为的故意与过失限制为故意,理由是在实践中过失侵害人格法益的情况极少发生^③。实际上,今日过失侵害人格法益的行为已屡屡发生。譬如,某施工单位在施工前因其测算错误,导致山体滑坡,进而损坏了原本建立在山体之上的墓穴,从而导致死者近亲属遭受到精神痛苦。

由于存在上述局限性,德国在第二阶段创设了一般人格权制度,将人格法益从《德国民法典》第 826 条中剥离出来,而隶属于第 823 条第 1 款绝对权保护的范畴。原有的人格法益披上了“一般人格权”权利的外衣,故意的限制被取消,违法性要件的判断也不再受到公序良俗的直接影响。这些都显著地增强了对人格法益的保护。但与此同时又催生了一系列新的问题:肢解了原有的权利理论,何以一种内涵、外延都不确定的人格法益能够被称之为“权利”?失去了公序良俗的规定,违法性要件的判断标准是什么?以上问题都决定了我国将公序良俗引入对人格法益的保护时,绝不能简单照抄德国模式。

2001 年最高人民法院出台的《精神损害赔偿若干问题的解释》(以下简称《解释》)。《解释》第 1 条第 2 款规定:“违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或其他人格利益,受害人以

^①泉州网:《老汉千里告黄宏,索赔“良好心情权”》,http://www.qzwb.com/gb/content/2003-07/30/content_944707.htm?list_2j13f. 最后访问时间 2018-11-08。

^②《德国民法典》,陈卫佐译,法律出版社 2015 年版,第 318 页。

^③于飞:《违背善良风俗故意致人损害与纯粹经济损失保护》,《法学研究》2012 年第 4 期。

侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当予以受理。”此条款为我国特有的违背公序良俗侵害人格法益条款。

《解释》的特色在于:(1)明确将有权要求精神损害赔偿的主体限于自然人,法人或其他组织无权要求精神损害赔偿。(2)明确将人格权分为“人格权利”与“其他人格利益”,前者的范围包括《解释》第1条第1款列举之生命权、健康权、身体权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、人格尊严权与人身自由权。后者的范围包括隐私以及其他人格利益。对于人格权利的侵害,不受到“违反社会公共利益、社会公德”的限制,而对于隐私及其他人格利益的保护,则侵害行为必须违反社会利益与社会公德。(3)从主观的过错要件上看,故意与过失皆构成行为人的过错。(4)采用了抽象概括加列举的方式,既在第1条对人格法益进行了概括的保护规定,也利用了第2条、第3条、第4条对具体情形进行了列举。相对德国的模式,其优点在于显著拓宽了对人格法益的保护范围,同时列举加类型化的方法也有利于法官在实践中把握适用本条款的情形。

但《解释》颁布施行已久,在逻辑和规范用语等方面都存在诸多问题:(1)对于公序良俗,使用的仍然是“社会公共利益”与“社会公德”的称谓,我国2017年出台的《民法总则》在第8条、第10条明确使用的是“公序良俗”。虽然二者在本质上没有什么不同,但《民法总则》的表述明显更加规范;(2)将隐私与其他人格利益并列。隐私在《侵权责任法》第2条已被明确规定为具体的人格权,是人格权利而非人格法益。因而,侵害隐私权的行为不应再受必须违反公序良俗的限制;(3)“人格尊严权与人身自由权”与“其他人格利益”是同质的,二者实际上都是人格法益。因而侵害人格尊严权与人身自由权的行为,应当以违反公序良俗为限。

(二)过错责任条款

德国法上“善良风俗”充当了利益侵害行为是否具备违法性的判断标准。从我国现行的立法上表述上看,无论是《民法通则》第106条第2

款,还是《侵权责任法》第6条第1款,立法者都没有明确区分过错与违法性。上述条款并没有采用《德国民法典》侵权部分三个小的一般概括条款的形式,而采用的是《法国民法典》第1382条相似的大的一般条款形式。

大的一般条款模式下违法性要件为过错要件所吸纳,同时满足损害及因果关系要件,侵权行为即告成立。支持这一模式的学者其理由主要有:(1)侵权行为责任区分违法性与过错,能够使民事活动主体可以什么不做什么,实际上是一种不切实际的幻想;(2)违法性与过错要件在内容、功能上相互交错的现象;(3)在没有把违法性作为构成要件的情况下,通过免责事由的规定也能排除行为人的责任。将违法性要件融入过错中,还可以起到简化责任构成的作用^①。笔者认为,上述的观点是不成立的。理由如下:

第一,人格权利由法律明确规定,裁判者可直接依据相关规定认定侵害行为的违法性。而人格法益的开放性使得其难以被法律完全列举规定,对于未列举的人格法律,行为违法性的认定标准已不限于“违反法律的明确规定”而拓展至“违反公序良俗。”诚然,每个人都可以有不同的伦理价值观,但裁判者据以裁判的公序良俗基础并不是个人的伦理道德观,而是建立在社会的历史、文化之上的,反映在普通社会人常识与观念之中的伦理价值,具有客观性。由于违法性要件的存在,法定的注意义务与公序良俗的注意义务得到了区分。

第二,人格权利侵害行为的违法性已由损害结果本身所征引,违法性被包含在损害结果中“不证自明”。而人格法益具有开放性,人格法益与其他人的行为自由、权利之间的界限并不明确,不能单以行为的结果来推定行为的违法性,而必须从行为本身有违必要的注意义务角度的出发。

第三,过错要件系主观要件,通说应当以行为人为行为时的主观认识及意志来认定。即便是否认违法性要件的学者也认为主观要件的判定必须结合一定的客观标准^②。主观要件与主观要件的证

^①程啸:《侵权责任法》,法律出版社2016年版,第261页。

^②于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社1998年版,第150页。

明是两回事,证明当然必须采客观的标准,但此并不意味主观要件就可以吸收客观的要件。

第四,免责事由与违法性阻却事由不能等同。免责事由通常由法律事先予以明确规定,既存在完全的免责如“正当防卫”“受害人故意”,也存在部分的免责如“紧急避险”“不可抗力”。而违法性阻却事由则是完全无责,其既可以源于法律上的明确规定,也源于行为正当性的说明。

综上所述,对过错与违法性区分是必要的。公序良俗隶属于违法性要件,通过公序良俗对行为的客观标准予以控制,可防止裁判走向“泛道德主义”。鉴于目前《侵权责任法》所采纳的大的概括条款的模式,可以拟从解释论的角度,对过错要件予以解释,将其拆分为主观的过错与客观的行为违法性两方面。

Problems of and Solutions to Protection Modes for Personality Rights and Interests: Focusing on the Introduction of “Public Order and Good Practices”

XU Di-yu & ZHANG Lu

(School of Law, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan 430073, China)

Abstract: The gap between legislation and judicature, discretionary rights which is hard to put in check, and disunity of law sources and standards are all existing problems with the protection modes for personality rights and interest. “Public order and good practices” may give a full play to the functions of identifying personality’s rights and interests, measuring interests, citing laws against illegal activities, and controlling cited contents. During the introduction of personality rights and interests, the stipulation of Article 826 of *German Civil Code* that “deliberately violating kindness and customs” shall not be rigidly copied. Instead, by starting with the clause in regard to infringing personality rights and interests and violating public order and good practices stipulated in Article 1 of *Interpretation of Problems Regarding Compensation Liability for Emotional Damages*, and to the clause in regard to fault liability stipulated in Article 6 of *Tort*, China shall define the constructive elements of violations against personality rights and their constructive elements, weave the standards of public order and good practices into the definitions and eventually strengthen the protection of personality rights and interests.

Key words: personality rights and interests; public order and good practices; illegality; fault; tort liability

(责任校对 朱正余)