

引言

一、问题缘起——宪法上的“人格尊严”相关事案

十几年前,我国宪法学者林来梵教授在一篇文章中用一个生动的比喻来形容我国宪法,叫做“无牙的宪法”^{〔1〕}。不过这种状况即将过去了,2017年党中央在十九大报告中提出“推进合宪性审查工作”,我国宪法即将“有牙”了。但是“有牙”的宪法要想得到有效的落实,有一项工作必须要做,那就是对宪法条款进行详细的解释,只有清楚明白地理解宪法规范的含义,才能在遇到宪法案件时,准确判断哪一项法律、哪一种行为合宪与否。本书就是这样的—一个尝试,希望通过详细的比较法分析和法理学论证,进一步澄清《宪法》第38条人格尊严条款的内涵和外延。现行《宪法》第38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。”该条款经2018年宪法修正之后,仍原封不动地被保留着原来的位置(第38条)。不过本书还不打算对宪法上的“人格尊严”的所有内涵进行解释,而只想就该条款所保障的宪法上的人格权(一般人格权和特别人格权)的部分进行解释,看看本条款所保障的人格权究竟指向什么内容。

之所以要区分“人格尊严”和“人格权”,是因为我国宪法学界对宪法上的“人格尊严”有双重理解,一是作为所有权利的基础的人性尊严原则;二是作为特别人格权的上位概念的一般人格权。^{〔2〕}关于这一点以下还有详述。这里的“人性尊严”在宪法学上则是指所有基本权利(包括所有的自由权和平等权)的基础原理,要求所有人都被“作为人”来尊重;“特别人格权”是指宪法上的生命权、健康权、姓名权、名誉权、隐私权等关乎个人人身的权利;而“一般人格权”则是指特别人格权的统称,包括全部宪法上的人格权,或者宪法没有列举的特别人格权。(更准确的

〔1〕 林来梵:《宪法不能没牙》,载《法学》,2005(6)。

〔2〕 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(3)。

界定和区分详见下文)总之本书研究的内容,仅是作为“宪法上的人格权”的人格尊严的内涵,它具体包括宪法上的一般人格权和特别人格权(比如宪法上的生命权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、隐私权等)。我们会重点考察宪法上的这些人格权的内涵,它们与民法上的类似权利(如民法上的生命权、姓名权、肖像权等),在保护对象和保护方法上有什么区别,我们在司法裁判中如何援引这些宪法上的权利进行论证说理,或者说在什么案件中援引宪法上的人格尊严条款,在什么案件中应该援引民法上的人格尊严条款。对这些问题的考察是必要的,这一点我们可以从下列几个真实案例看得出来。

(一) 司某诉刘某、陶某侵权案

第一个案例是“司某诉刘某、陶某侵权案”。虽然在实际审判中法院不需要也没有明确被授权援引宪法,但为了彰显“人格尊严”条款的崇高性,法院常在民事案件中援引宪法条款作出判决。该案是2000年11月乌鲁木齐中院审理的一个民事侵权案件。^{〔3〕}在案件中,作为被告的刘某认为丈夫陶某与原告司某有不正当关系,就多次到司某单位以侮辱性语言谩骂原告,称司某勾引其丈夫,还因此去医院作过人流手术,司某因此将刘某诉至法院。庭审中刘某丈夫陶某也承认与司某的不正当关系,但司某不予承认。法院在判决中引用了宪法“人格尊严”条款,法院判决说道,“本院认为,我国《宪法》保护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;另根据《中华人民共和国民法通则》第101条规定公民、法人享有名誉权,公民的人格尊严受法律保护,禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”法院还说,“本案刘某、陶某在无事实依据的情况下,在公开场合,以口头语言的方式,对特定人司某进行了侮辱、诽谤,致使司某的精神蒙受痛苦。故刘某、陶某的违法行为已构成对他人的格、名誉侵权。”这是一个典型的民事纠纷,但法官却援引了宪法,这会引出几个理论上的问题。其一,能否在民事判决中引用宪法?其二,宪法上的“人格尊严”和民法上的“人格尊严”有何区别?在本案中应当引用宪法上的“人格尊严”还是民法上的?^{〔4〕}民法上的人格尊严是指1986年《民法通则》第101条的规定——“公民、法人享有名誉权,公民的人格尊严受法律保护,禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名

〔3〕 (2000)乌中民终字1972号。

〔4〕 此外类似案件还有王发英诉刘真即《女子文学》等四家杂志侵害名誉纠纷案[(1998)石法民初字第1号];王禹:《中国宪法的司法化:案件评析》,6~12页,126~130页,北京,北京大学出版社,2005。

誉”，该条款在 2017 年通过的《民法总则》第 109 条中被修改为，“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护”。此外民事法律中的人格尊严规定，还体现在 1993 年《消费者权益保护法》的第 14 条中——“消费者在购买、使用商品和接受服务时，享有人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利”，这一条在 2009 年和 2013 年《消费者权益保护法》的两次修改中仍被原封不动地保留在第 14 条中。下面再看看其他案例。

（二）改名案

我们要考察的第二个案件关系到姓名的更改。前面一个案件发生私人之间，而此案则涉及公权力机关的行为，是一种典型的行政案件。案件发生在 2004 年，当年 9 月 10 日上海市民王女士去浦东公安分局上钢新村派出所申请将其姓名改成日文名柴岡英子，原因是王女士的丈夫是日本公民柴岡文雄的继子，其丈夫的日文名字为柴岡龙清，王女士是柴岡家唯一的儿媳。11 月 10 日派出所给予口头答复，不同意王女士改变自己的姓名。王女士便以派出所侵犯其姓名权为由向法院起诉。王女士在诉状中所说的姓名权是指公民决定、使用和依照规定改变自己姓名的权利。庭审中派出所提出的辩护意见是，王女士改名要求不符合法定条件，因为按照法律规定只有在重名的情况下，公民才可以申请改名，但是在整个上海市内名叫王徐英的只有两人，不存在严重的重名情况。^{〔5〕} 法院经过审理也同意派出所的意见，驳回了王女士的诉求。

这个案件的判决根据现行姓名登记规范似乎也是合理的，姓名登记规范并没有提出姓名修改的条件。但是如果我们追问姓名登记规范对姓名更改所设定的条件是否恰当，特别是从宪法上的人格权（具体说是姓名权）的角度来看，姓名登记规范是否合理，对这个问题的分析法院的裁判就显得不足了。宪法上的姓名权是个人选择或修改姓名的权利，属于宪法上的人格权的一种，它对于个人个性的形成与发展具有重要的意义。由于我国宪法没有在具体案件中直接适用的效力，虽然此案被告是行政机关，当事人也只能引用民法上的姓名权作为诉讼依据。而且在我国民法中，姓名权的确具有对抗国家机关的功能，《民法通则》第 99 条规定：“公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒。”其中决定、依照规定改变自己的姓名便是针对国家机关的。这种

〔5〕 搜狐网 <http://news.sohu.com/20041207/n223378850.shtml>，访问时间 2008-06-14。

将民事规范和行政规范熔于一炉的做法在我国法律中是常见的。

这个案件引出的问题是,能否通过对宪法上的人格尊严条款的解释确立公民宪法上的姓名权?宪法上的姓名权包括哪些内容?姓名权在什么情况下才能予以限制?这些问题也值得我们探索。这是第二个案件。

(三) 卖淫女示众案

第三个案件(这里只能称为事件,因为它没有进入诉讼程序)也涉及公权力机关的公权力行为。据《南方都市报》报道,2006年11月29日深圳市福田区警方召开广场大会,对百名卖淫女和嫖客进行公开处理。当事人全部身着黄衣,面戴口罩,面部除双眼外全被遮住,现场有逾千人围观。警方分别读出他们的姓名、出生日期和籍贯,宣布处以行政拘留15天。每读出一人的资料,警察便押身边的“犯人”上前一步确认身份。此事一经报道备受舆论关注。中国人民大学“宪政与行政法治研究中心”通过网络,对2006年度具有全国影响的宪法事例进行群众投票与专家评议,评选出“06年度中国十大宪法事例”,卖淫女示众事件名列其中。

事件引起这么大的影响,说明公权力机关侵权的严重和违宪的可能,学者多以人格尊严作为标题,撰文评论这一事件。但是从宪法权利理论来看,对当事人进行公开宣判和示众所侵犯的公民的人格尊严,是宪法上最抽象的人性尊严,还是一般人格权呢?抑或是更具体的隐私权或名誉权呢?这些问题恐怕还得更深入地思考和分析。这是第三个案件。

(四) 河南地域歧视案

第四个被认为“人格尊严”侵害的案件是“河南地域歧视案”。2005年3月8日,深圳市公安局龙岗区分局龙新派出所在其辖区之内的怡丰路黄龙塘市场附近的大街上,公开悬挂出了写有“坚决打击河南籍敲诈勒索团伙”和“凡举报河南籍团伙敲诈勒索犯罪、破获案件的,奖励500元”等文字的横幅标语,从此引起媒体和网络间的轩然大波。同年4月15日,两位河南籍律师以原告的身份,将深圳市公安局诉至郑州市高新区人民法院,理由是深圳市公安局龙岗区分局的横幅是对其家乡的歧视以及对河南籍人群的否定性评价,悬挂行为严重违背了《中华人民共和国宪法》第33条有关“法律面前人人平等”的宪法基本原则,侵害了二人的名誉权。2006年2月,该案经郑州市高新区人民法院调解,双方当事人自愿达成协议,被告深圳市公安局龙岗分局向两原告赔礼道歉,两原告表示谅解,自愿放弃其他诉讼请求。本事件也被评为当年“中国十大宪法事例”之一。

和其他案件不同,这个案件除了讲到作为人格权的名誉权之外,还提到了平等权,这就引出一个问题,平等权和人格尊严、人格权或者更具体地说和名誉权有什么关系呢?平等权的侵害是不是会损害到宪法上的名誉权,或者说名誉情感(这个概念后文会有详述)?这都是必须要思考的问题。这是第四个案件。

(五) 齐玉苓案

齐玉苓案是我们要说的第五个案例,它也是宪法上的人格权保护的一个重要案例。该案的经过是,被告陈晓琪中考落榜后,冒用被山东一所中专学校录取(这在当时是改变个人社会身份的一个就读机会)的原告齐玉苓的姓名,进入该校就读,毕业后仍继续使用原告的姓名在一家不错的单位工作。原告就学的资格被冒用后没有继续读书,工作很多年后一次偶然的机会原告发现被告冒用自己的姓名,侵占自己就读机会的事实,遂向法院起诉被告,诉讼依据就是姓名权和受教育权受侵害。案件经过几次审理,最后由济南中级人民法院根据最高人民法院(针对济南中院的请示做出)的批复做出最终裁判。最高人民法院的批复如下:“陈晓琪等以侵犯姓名权的手段,侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利,并造成了具体的损害后果,应承担相应的民事责任。”

从这个案件可以看出法院判决依据的权利有两个,一个是姓名权,属于民法上的权利;一个是受教育权,属于宪法上的权利。由于该案直接适用宪法权利进行裁判,被学界称为“宪法司法化第一案”,^{〔6〕}也由于直接引用宪法裁判的时机尚未成熟,最高法院的这一批复在2009被废止。且不论宪法是否可以直接作为裁判依据,即便不能直接裁判案件,也有可能作为论证依据,这一点已为许多研究证实。^{〔7〕}在此值得我们思考的是,受教育权是宪法上的什么性质的权利?是不是人格权的一种?姓名权在此案中是否受到侵害?这里的姓名权是一种宪法权利,还是民事权利?能否作为此处的依据?以上是第五个与人格权相关的案例。

(六) 强制婚检争议

最后还需介绍的第六个人格权案例是黑龙江强制婚检的争议。强制婚检是

〔6〕 许崇德、郑贤君:《“宪法司法化”是宪法的理论误区》,载《法学家》,2001(6);沈岿:《宪法统治时代的开始?——宪法第一案存疑》,载张庆福主编:《宪政论丛》(第3卷),521页,北京,法律出版社,2003;王磊:《宪法司法化》,12页,北京,中国政法大学出版社,2000;周伟:《基本权利司法救济研究》,256~269页,北京,中国人民公安大学出版社,2003。

〔7〕 冯建鹏:《我国司法判决中的宪法援引及其功能——基于已公开判决书的实证研究》,载《法学研究》,2017(3)。

指结婚前对男女双方强制进行婚前健康检查,不接受检查不能登记结婚,目的是防止两方存在传染性疾病,影响孩子的优生优育。在这一点上国务院2003年出台的《婚姻登记条例》并没有规定,《条例》第5条规定办理结婚登记时,内地居民应当出具的证件和证明材料中仅列有:(一)本人的户口簿、身份证;(二)本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的签字声明,并没有规定需要提交婚前医学检查证明或者医学鉴定证明。

但是2005年黑龙江人大出台的《黑龙江省母婴保健条例》明确规定:“本省实行婚前医学检查制度”,“准备结婚的男女双方,应当接受婚前医学检查和婚前健康教育,凭婚前医学检查证明,到婚姻登记机关办理结婚登记”,“婚姻登记机关在办理结婚登记时,应当查验并留存男女双方婚前医学检查证明。没有婚前医学检查证明的不予办理结婚登记”。

因为与《婚姻登记条例》有抵触,《黑龙江省母婴保健条例》公布后便引起社会的强烈质疑。质疑的理由除了抵触上位法之外,还包括强制婚检制度是否侵犯公民宪法上的隐私权?这也是一个亟待思考的宪法学问题。除此之外影响公民宪法上的人格权事件还有很多,比如招聘中的乙肝强制体检,学校与公共场所设置摄像头,景区收集指纹等,同样需要我们对一般人格权和特别人格权予以详细解释。

之所以本书一直强调宪法上的人格权,是因为以上这些案例侵犯的人格权不同于一般民法上讨论的人格权。民法上讨论的人格权,针对的是平等主体之间的人格侵害。而宪法上的人格权则主要针对公权力的入侵行为,甚至最主要是针对立法机关。正如我国宪法学者周伟教授指出的:“作为宪法基本权利核心价值的人格尊严,不能将其与民法上的人格权完全等同起来对待”,因为“《宪法》上的人格尊严有其特定的含义,主要目的是在于防止国家权力的非法侵犯。”总之,对于《宪法》上的人格尊严、一般人格权和特别人格权的保护对象和保护范围,学术界仍需深入研究。

二、国内研究现状

那么学术界对这些问题有没有研究呢?与我国民法学界对人格权的研究相比,宪法学的相关研究并不多见。近期针对《民法典》人格权独立成编的争议,一些学者认为人格权应该独立作为《民法典》的一“编”(比章、节更大的一个结构名

称),另一些学者认为不需要单独作为一“编”,只需作为某一“编”的一部分,民法学界展开了充分而精辟的讨论。^{〔8〕}但在宪法学界,对于上述人格尊严、一般人格权和特别人格权的分析解释却不够充分,有学者认为一般人格权应属于民法的权利不是宪法上的权利。^{〔9〕}

当然非常接近的研究也并非没有。一些民法学者,如龙卫球教授,尹田教授等,主张人格权不仅是民法上的权利,也是宪法上的权利,人格权应向宪法回归。宪法上的人格权研究则集中在宪法上人格尊严的解释,除了上述阐述人格尊严双重解释的林来梵教授的研究之外,还有郑贤君教授、胡玉鸿教授、谢立斌教授、刘志刚教授、上官丕亮等,这些学者对作为基本权利基础的人格尊严(人性尊严)的保护阐述得非常清楚,但对于前文所述的作为宪法上人格权的人格尊严却涉及甚少,甚至没有从宪法人格尊严条款中区分出人格权。在这一点上论述较多的是王锴教授,但王教授对如何将该条款运用到案例裁判过程,特别是如何使用宪法上的特别人格权(比如生命权、姓名权、肖像权、隐私权等)来裁判案件,仍然没有给出具体的意见。对宪法上的特别人格权的解释和应用,也有学者有过详细讨论,比如王利明教授、范进学教授和张红教授。但相关研究并没有特别重视人格权宪法保护和民法保护的差别,对于人格权宪法保护的特点也没有特别注意。

三、宪法上的人格权的研究意义

(一) 学术意义

首先,从学术来讲,本书的研究所大量采用的国别比较的方法,能够为考察出几个典型的法治国家,比如德国、日本和美国,在宪法上的人格权上的共通之处和不同之处,共通之处让我们看到大的趋势,也值得我们为未来解释、应用宪法上的人格尊严条款加以借鉴。不同之处显示出各个国家的特色,是因应各国特殊的政治、经济、文化的结果,也有助于我们因地制宜发展我们的特色。

〔8〕 王利明:《人格权法研究》,北京,中国人民大学出版社,2005;杨立新:《人身权法论》,北京,人民法院出版社,2002;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(4)。

〔9〕 姚辉,周云涛:《关于民事权利的宪法学思维——以一般人格权为对象的观察》,载《浙江社会科学》,2007(1)。

其次,本书对于宪法上的人格权的研究,能够为宪法上的其他权利的保护提供借鉴。比如人格权的三阶段理论(见后)将所有特别人格权分为三个层次来给予不同的保护,这样既能很好地保护个人的自我决定,又能兼顾他人和社会对于个人信息的正当利用。这种分层保护的方法也值得其他基本权利的保护实践所借鉴。

最后,本书对于宪法上的人格权理论的研究,也能为部门法保护人格权提供理论支撑。与宪法的人格权一样,部门法的人格权条款同样需要诠释,其过程中也潜藏着与其他权利的冲突。在当今宪法权利直接或间接影响部门法的情况下,宪法上人格权的解释条款也会影响到部门法人格权的保护。比如在人格权甚为发达的德国,宪法上的人格权理论与实践极大地影响民法上的人格权。甚至民事判决也直接援引宪法条款,如后文将会详细介绍的“读者来信案”(Veröffentlichung von Briefe)。这种做法在其他国家也有效仿,如日本法院也常常以宪法上的“幸福追求权”作为民事案件中人格权侵犯的判决依据。可见现代国家中,宪法对部门法的渗透已经非常普遍,探索宪法人格权理论对部门法理论也有贡献。

(二) 实践意义

在实践层面,该研究除了可以解决上述一系列疑难案件的裁判问题,还可以产生如下实际作用。

第一,该研究可以引起人们对人格权保护的重视。尽管民法上的人格权保护一直颇受重视,民法典上还要专门设置人格权编,但是宪法上的人格权还未受到应有的关注,像隐私、名誉、姓名和肖像这些权利,还没有被宪法上的权利来考虑,也没有得到立法、执法和司法机关充分尊重。本书通过介绍各国宪法的理论和实践,可以唤起人们对宪法上的人格权的关心。

第二,该研究通过分析划定人格权的范围和界限,可以为政府和社会利用个人信息、个人资料提供合理的论证。如同其他权利一样,人格权也不是绝对不能干预的,它也是有界限的,在一定的条件下,为了保护他人的权利和公共秩序,人格权也同样需要限制。反过来看,国家和社会为了协调社会关系,促进社会合作,也需要合理利用个人的人格信息。因此本书对人格权的合理限制的研究,也可以为立法和执法在不得已需要限制公民人格权时,提供充分的理论论证。

四、本书的研究范围

以上是本书在理论和实践中的几个意义。对于本书研究范围,这里也需略作交代。本书既以宪法上的人格权为题,当以人格权作为研究对象。但因为人格权的内容极其广泛,本书不能面面俱到,必须有所限定。

首先,我们研究狭义的宪法上的人格权。依照日本学者五十岚清的介绍,人格权广义而言,可以包括一切自由权,狭义言之,也可包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、隐私权、肖像权、语言权等个人特性相关的权利。^{〔10〕} 本书只研究狭义的人格权,并且在狭义的人格权之下,重点探讨宪法上的人格权的理论渊源,宪法上的人格权的概念界定,宪法上的人格权与民法上的人格权、宪法上的平等权、自由权、财产权等权利的关系,宪法上的一般人格权和特别人格权的关系,宪法上的人格权的内容、范围和限制等理论问题。

其次,我们研究狭义的宪法上人格权的司法实践。法学作为实践性学科,必须以解决问题、定分止争为出发点,因此我们必须在司法实践中,才能真正看出人格权理论的魅力,发现人格权理论的局限,理解人格权理论是如何运作的,也才能真正地学好、利用好人格权理论。所以,我们将仔细分析几个典型的法治国家,如美国、德国、日本的宪法上的人格权的司法实践,去辨析人格权理论如何在这些国家的司法实践中得到建构、得到改革、得到实施的,它们发生的背景,它们面临的问题。总之我们希望能从实际案例中近距离地理解人格权理论,而不是仅仅从学者的理论推演中理解这一制度。

最后,我们将结合我国文化传统和当前社会特点,研究狭义的宪法上的人格权如何在我国现实生活中得以落实。中国学者研究宪法可以说是无本之木、无源之水,因为我们还缺乏具体的宪法实践作为基石,以致许多著作只能以探析国外宪法理论作为主旨。不过每一种文化都有其独特之处,简单模仿其他国家的制度,或许与自己的文化相抵触,所以西方国家的法律如欲在中国扎根,必须与中国的学问相互磨合。这一点在 20 世纪已经被许多历史学者所警示,比如民国时期著名历史学家陈寅恪先生曾说:

窃疑中国自今日以后,即使能忠实输入北美或东欧之思想,其结局

〔10〕 [日]五十岚清:《人格权概述》,10 页,东京,有斐阁,2003。

当亦等于玄奘唯识之学,在吾国思想史上既不能居最高之地位,且亦终归于歇绝者。其真能于思想上自成系统,有所创获者,必须一方面吸收输入外来之学说;一方面不忘本来民族之地位。此二者相反而相成之态度,乃道教之真精神,新儒家之旧途径,而二千年吾民族与他民族思想接触史之所昭示者也。^{〔11〕}

对于这种看法,当代著名历史学家余英时先生非常赞同,但他说陈先生的话并不意味着我们不需要吸收输入外来学术,我们仍需“退而织网”,甘于寂寞潜心研习西学,效仿玄奘大师之埋头译经精神。^{〔12〕} 总之在不失中国文化本质的基础上,吸纳外国法治经验,是我们研究社会治理的学者必须掌握的方法,我们在引介国外人格权宪法保护经验时也必须有这样的胸襟。

以上三个方面是本书研究的主要范围。下面谈一谈本书的研究方法。

五、本书的研究方法

宪法研究的方法,从传统上来说,主要有政治学分析、本质分析甚至是阶级分析的方法,关于政治学研究方法,现今又出现了政治宪法学的研究方法,但这些方法主要解决的问题是宪法如何产生,以及某些宪法规范(比如某些政治性条款)有什么作用?如果要中立地看待宪法的目的,解释宪法的规范,我们必须采取规范分析的方法来研究宪法。具体来说就是以宪法规范为基础,通过各种法律解释方法来探讨宪法规范的含义如何,内容怎样,地位多高,界限在哪,在与其他权利相冲突时如何权衡等。关于这一点,国内宪法学者林来梵教授已有深切的体会,他曾在十几年前反复倡导宪法学研究“方法论上的觉醒”:

有关宪法学的研究方法,国内许多教科书或体系书已作出系统的列举和论述。举其荦荦大端者,不外乎以下几个:1. 理论联系实际;2. 本质分析(或阶级分析);3. 历史分析;4. 比较分析;5. 系统分析。

……它们大多数是传统社会科学中的老方法,而且不仅马克思主义哲学在应用,马克思主义政治学、社会学也在应用,因而实际上应视为我国社会科学的一般方法,尤其是政治学、法理学、法社会学中突出应用的

〔11〕 余英时:《中国思想传统的现代诠释》,60页,南京,江苏人民出版社,1992。

〔12〕 余英时:《中国思想传统的现代诠释》,61~62页,南京,江苏人民出版社,1992。

方法。

……然而,宪法解释学或注释宪法学则是其他这些学科所鞭长莫及的领域,因为该领域所适用的方法均是其他社会学科所不具备的特定方法,即属于前文所说的那类“宪法学自身所特有的方法”,一言以蔽之,其实也就是宪法解释的方法。^{〔13〕}

林来梵教授的意思是我们宪法学研究不能照抄其他社会科学的方法,而要有自己独特的方法,也就是宪法解释的方法。对此中国人民大学张翔教授也有类似的想法,他指出:

在当下中国,从政治学特别是政治哲学出发对宪法的研究是一个重要的学术潮流。这种研究进路的价值是不能否定的。但是,如果我们对宪法的研究永远停留在理念与原理的层面,不能落实到技术与规范的层面,“宪法之治”的目标是不可能实现的。从而,以狭义的法学也就是法解释学的视角去观察政治理论对宪法解释的可能影响就是一个必要的课题。这一过程也必然是一个“宪法学的中国化”的过程,因为这项研究最终是要落实在中国的宪法文本、制宪历史和政治思想背景的。^{〔14〕}

张翔教授的观点,不仅针对古典的政治学对宪法的研究,还针对现在宪法学界仍旧流行的一派学说——政治学法学,政治宪法学的问题意识是,研究中国的政治实践,或者说中国所谓“活的宪法”,考察这种政治制度是怎么形成的,怎么回应社会需要的,怎么解决实际问题的。^{〔15〕}从这一点来说,政治学法学和规范宪法学确有不同,规范宪法学就是上述林来梵教授所倡导的以宪法解释技术来解读宪法规范,并约束政治实践的学说。

对这个问题,笔者是这样看的,一方面我们当然应该承认政治宪法学在研究现实政治现象上做出了很多的贡献,但是另一方面我们也必须重视法学(包括宪法学)从本质上是对现实世界的一种评价,一种规范,我们必须重视所谓的“事实

〔13〕 林来梵:《从宪法规范到规范宪法:规范宪法学的一种前言》,27~37页,北京,法律出版社,2001。

〔14〕 张翔:《祛魅与自足:政治理论对宪法解释的影响及其限度》,载《政法论坛》,2007(4)。

〔15〕 高全喜:《政治宪法学:政治宪法理论,抑或政治立宪主义?》,载《清华大学学报(哲学社会科学版)》,2015(5);张龔:《多元一统的政治宪法结构——政治宪法学理论基础的反思与重建》,载《法学研究》,2015(6);陈运生:《从人民制宪到宪法实施:我国政治宪法学的法社会学反思》,载《浙江社会科学》,2016(3)。

与规范的二分”,对事实的研究与对规范的研究不能混淆,二者不可偏废,政治学法学研究事实如何,以前如何,现在如何,未来将会如何。规范宪法学则研究一个国家的政治、经济、社会应该如何,必须如何,才是符合正义的,才是正当的,才是符合人权、自由、平等等价值的。尽管某些学科,比如经济学、社会学、政治学通过研究得出,某一种制度如何奏效,如何行得通,但是从规范宪法学的立场看,如果它违背正义,违反人权,侵犯自由,我们也不能承认它的合法性。

既然宪法解释学是宪法学研究的“独门暗器”,那么这种方法到底有哪些呢?在德国,法学方法经历了概念法学、目的法学、利益法学向评价法学转变的过程,^[16]而法律解释方法也分为萨维尼的“古典”(Klassischen)法律解释方法,包括语法解释、逻辑解释、体系解释和历史解释,以及后期的客观目的解释、合宪性解释等方法。^[17]不过上述的这些法律解释方法是所有法律领域都在使用的方法,除了这些部门法上的解释方法之外,还有没有独立的宪法学解释方法吗?

在此问题上德国学界存有两种观点。^[18]第一种观点认为宪法不存在独立的解释方法,宪法的解释反倒是应该更忠实地遵循古典解释规则。比如德国宪法学者福斯朵夫就认为,由于宪法具有安定作用,宪法的解释具有静态特征,它应该与普通法律适用相同的解释规则,如此“始能证实其意义,并控制其执行行为”。^[19]福氏提倡古典解释方式是基于对集权主义惨痛经验的反思,和对法治国所标榜的保障私产及社会现状的坚持。^[20]

第二种观点认为宪法学存在不同于普通法律的特殊的解释规则。如果仅仅遵循古典解释规则,德国学者康拉德·海塞(Konrad Hesse)认为,必然导致宪法不关注现实变化,这会使宪法条文僵化落后,^[21]黑伯乐(Peter Häberle)教授认为,会使法院像带上“结婚戒指”一样被束缚。^[22]至于独特的宪法解释方法的内容,康拉德·海塞(Konrad Hesse)和米勒(Friedrich Miller)教授主张“具体化宪

[16] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,2页,北京,商务印书馆,2003。

[17] 杨仁寿:《法学方法论》,51页以下,北京,中国政法大学出版社,2004。

[18] 吴庚:《政治理论和法学方法》,356~369页,北京,中国政法大学出版社,2007。

[19] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,235页,北京,商务印书馆,2003。

[20] 吴庚:《福斯朵夫的国家思想》,载《台大法学论丛》,第十三卷,1984(2)。

[21] Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik*, Deutschland, C. F. Müller Verlag, 1999, S. 21f.

[22] 吴庚:《政治理论和法学方法》,348~349页,北京,中国政法大学出版社,2007。

法解释的方法”，^[23]德国宪法学者施奈德(Peter Schneider)主张“合正义性解释方法”(在效率和正义发生根本对立时仍会坚持正义的底线)，黑伯乐教授主张“开放的解释准则”(不能把宪法视为“已被制定”的规范来解释，而应该把它看作一种“公共程序”，用一种“开放的”态度对它进行解释)，^[24]埃姆科(H. Ehmke)教授提出所谓“个别问题取向的解释规则”(topisch Denkweise, 根据个案进行利益衡量的解释方法，借用一些经济学、社会学、政治学的方法，从法律后果的角度思考宪法的解释问题)。^[25]

同时埃姆科(H. Ehmke)还提出其他三种宪法学独有的解释方法，一是合宪性解释(埃姆科称之功能性的法解释)；二是整体解释(作者称其为实质性的法解释)；三是政治问题解释(美国宪法特有的解释方法)。而民法学家拉伦茨也以一种综合的态度，来看待宪法的解释方法，他认为“一般解释原则至少在原理上可适用于宪法解释。和其他法律一样，宪法作为成文法也是一种(大多以日常语言写成的)语言创作，也需要解释，宪法中的语句也具有规范的特质，宪法的拘束力也绝不小于其他法律，毋宁还更加强。”^[26]另外他还认为，宪法法院较之普通法院具有更大的“政治性”考虑，比普通法院更少受到判例的约束，所以“宪法法官于此仍应尽可能摆脱其本身主观的政治意见，其对特定政治团体好恶之感的束缚(大部分的宪法法官也确能如此)，努力寻求一项没有成见的‘合理的’裁判。”^[27]我国台湾地区大法官吴庚先生也做了类似的概括，他认为宪法解释的特殊规则包括：以宪法解释宪法、政治问题不予解释规则、合宪性解释规则和符合法律的宪法解释规则。^[28]

在宪法解释方法的研究中，笔者特别要提到的是比较法解释方法。比较法解释虽然是国内法学界通用的方法，但因为一国的法学或法教义学具有地域性质，比较法解释方法也伴随着许多的疑虑。美国学者吉尔兹在其《地方性知识：事实与法律的比较透视》一文中提出“法律本身就是地方性知识”，我国法学界“法律的

[23] 吴庚：《政治理论和法学方法》，349页，北京，中国政法大学出版社，2007。

[24] [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，236页，北京，商务印书馆，2003。

[25] 吴庚：《政治理论和法学方法》，347页，北京，中国政法大学出版社，2007。

[26] [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，236页，北京，商务印书馆，2003。

[27] [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，236页，北京，商务印书馆，2003。

[28] 吴庚：《政治理论和法学方法》，356～369页，北京，中国政法大学出版社，2007。

本土资源论”理论也成为热点话题。但是在笔者看来,在目前我国法治现代化的过程中,这种方式是不可避免的。

这是因为,首先通过引介别国的经验来建立本国法律制度,是世界文化交流的一个再正常不过的现象。比如欧洲近代许多国家(如德国、奥地利和荷兰等)的法律都受到罗马法的重大影响。查世丁尼在公元6世纪进行的法典编纂活动,对其后12、13世纪和14世纪的注释法学派和后注释法学派以及19世纪德国潘德克顿学派都产生了深远的影响。20世纪以后德国和瑞士的成文法又为诸如日本、中国、土耳其等国所采行。英国普通法在美国、加拿大、澳大利亚、印度的部分地方以及东非大幅度得以适用。法国民法也在许多国家(比如波兰)包括被部分地采纳。日本法律就是“西法东渐”的过程中建立起来,时至今日日本学界在借鉴西方法治的态度上仍然趋向激进。拿宪法审查制度来说,日本的宪法审查采取美国的附随审查制,甚至屡屡引用美国的学说和判例。对此虽然存有批判,但是野中俊彦等学者仍确信,“今后的宪法诉讼还是必须更多的向美国学习,与此同时,在认识日本固有的问题的基础上,有必要探究诉讼理论所谓的内向性发展的契机。”^{〔29〕}

其次,上述法律的继受之所以可能,原因就在于许多法律理论在理论论证上具有普适性、科学性,比如产权制度、契约自由制度、正当程序制度等等,不完全是“地方性知识”。如同学者亚历山大·佩策尼克(Aleksander Peczenik)在一篇《法教义学的一种理论》的论文所说的:^{〔30〕}

法律科学的理论的地方性是极为相对的。

首先,这些理论常被用在其母国之外。比如,德国充分因果关系理论影响了欧洲许多国家。只需指出,其在波兰和瑞典都已被热烈讨论,便已足够。更有甚者,此种理论的一些论点有着古老的渊源,但却仍保存原貌。事实上,在罗马和中世纪学者的著述中就能找到它们。比如,格言“听取双方争辩(audiat et altera pars)”说,在审判中双方意见均应当被听取,这也构成了许多对抗性法律程序理论的核心。这类理论在

〔29〕 [日]中谷实:《宪法诉讼的基本问题》,304页,东京,法曹同人,1993。

〔30〕 Aleksander Peczenik, A Theory of Legal Doctrine, *Ratio Juris*. Vol. 14 No. 1 March 2001 (75-105).

许多国家出现,而且这一格言已被称作“古老的信条,并非仅仅是罗马的”(uralter Rechtssatz, nicht erst römisch)(Liebs 1986, 32)。另一个例子是,格言“契约必守(pacta sunt servanda)”,在许多合同法理论的核心中均能找到。它是一条罗马法原则,西塞罗(De officiis 3. 92)和《学说汇纂》(Digesta)(2, 14, 7 & 7, etc.)均曾引用过。

因此,至少某些法教义学的核心是西方共同文化遗产的一部分。

此外,这些价值和一系列概念有着内在联系。诸如“侵权”、“合同”、“财产”、“所有权”等概念,可能在不同国家有不同外延,但它们在许多国家有相同的内核。这些概念亦是西方文化遗产之一部分。

以上所引学者的论述,说明法学上的许多思想和理论,是人类共同文化遗产,因为他们能在逻辑上“自恰”,有坚实的论据,具有一定的科学性。以上说的是所有法律领域的移植问题,在宪法理论上,我国宪法学者也充分肯定宪法学说移植的必要性,比如李步云教授、韩大元教授等。^[31] 所以本书在研究宪法上的人格权保护时,仍大量利用比较法的解释方法。就人格权研究而言,利用比较法的研究方法,还有其特别的意义。因为与人格权相关的一系列概念,比如一般人格权、特别人格权、肖像权、姓名权、名誉权、隐私权,本身都是舶来品,如果不搞清楚这些词语在其发源地是什么意思,有什么关系,如何适用,我们就不可能对它们进行改革,进行调适。这是笔者最后要说的比较法的研究方法。

六、结构安排

在本书的结构安排上,笔者力图围绕主题从西方语境中的宪法上的人格权谈起,首先梳理宪法上的人格权的发展史,探讨人格权和宪法上的人格权的各种基础理论,因为宪法上的人格权的保障常常由民法法院引用宪法得出,所以宪法上的人格权必须研究部门法;其次在此基础上,进一步深入探讨宪法上的人格权判例发展出的各种人格权的类型及其界限问题;最后本书探讨国内宪法对人格权的保护阙失,以及如何在国内法上建构宪法上的一般人格权和特别人格权制度。本

[31] 李步云教授主编的《宪法比较研究》和韩大元教授主编的《比较宪法学》两书中简要地提到了宪法比较解释方法。李步云:《宪法比较研究》,北京,法律出版社,1994;韩大元:《比较宪法学》,北京,高等教育出版社,2003;论文另见石世峰:《论宪法比较解释》,载《法律科学》,2006(2);石世峰:《英语国家宪法比较解释的两种类型》,载《厦门大学法律评论》第十一辑,厦门大学出版社,2000。

书共分六章论述。

第一章,阐述剖析宪法上的人格权的存在背景、必要性以及随时代变化的趋势,并对宪法上人格权的内涵、本质、哲学基础进行介绍;

第二章,分析人格权与其他基本权以及与民法上的人格权的关系,以准确定位宪法上的人格权在整个法律体系、宪法体系中的位置;

第三章,论述宪法上的特别人格权的类型、内涵和范围,比如姓名权、肖像权、名誉权、隐私权等;

第四章,从比较的角度介绍美国宪法对人格权保障的特殊方式,重点讨论美国隐私权与德国宪法上的人格权的差异;

第五章,界定宪法上的人格权的界限,阐述宪法上的人格权的限制条件和宪法审查的标准;

第六章,考察我国宪法上的人格权保障的不足与缺陷,从传统文化角度探讨借鉴和调适宪法上的人格权理论的方法。

第一章 宪法上的人格权的渊源、内涵与基础

“人格是我们最神圣的品质之一,是人的修养的一个支柱。一个法律制度,如果不能给予它足够的保护,便是公开承认其无能。”〔1〕

研究一种学问,从理论渊源上寻找其源头不可缺少,只有这样才能更清晰的洞穿其真实本质。对人格权学说而言,理论上的溯源可能更不可缺少,因为作为一个外来语,其意义并不是那么准确,时常被误解,甚至曲解得不知所云,忘却了其本来的面目。

一、宪法上的人格权的语义和渊源

虽然给一个名词下定义是很危险的工作,但是欲了解宪法上的人格权在各国法制中的保护状况,不得不先从其概念谈起,唯有此才能大致划定讨论的范围。宪法上的人格权观念缘起于民法领域,宪法上的人格权借用了民法理论上的概念,笔者必须先从民法上的人格权概念说起。值得注意的是,在后期法治实践中宪法上的人格权保护却并不只止于民法,甚至宪法上的人格权条款被应用的初衷乃是补充民法上的人格权保护的不足,特别是在日本和德国。

(一)“人格”和“人格权”的含义

汉语中的“人格权”一词来源于日本,并可以追溯到英语中的“person”和“personality”,在明治30年代以后传入中国。〔2〕而英语中的“人格”一词可追溯到的拉丁语的“persona”,意为“假面”“面具”“角色”“声望和尊严”“自由民”“享有

〔1〕 Smoschewer, Fritz: Das Persönlichkeitsrecht im allgemeinen und im Urheberrecht, III. Teil, Ufita 3(1930), S. 349(370).

〔2〕 [日]五十岚清:《人格权概述》,8页,东京,有斐阁,2003;另见曲炜:《人格之谜》,8页,北京,中国人民大学出版社,1991。

法律地位的任何人”等。^{〔3〕}但是后期“人格”的内涵发生了嬗变,在德语中“人格”(Persönlichkeit)为“一个人全部个人特性的总称”、^{〔4〕}“在质量上和数量上对人的个性有意义的所有的事物”^{〔5〕}、个人自身特有的个性(Individualität)^{〔6〕},所以“人格”在现代应解释为“个性特征”更为合适。^{〔7〕}就此而言,有学者将“人格权”解释成“权利能力”并不十分准确,因为后者只是“人格”的代名词。虽然具有“权利能力”即意味着享受“人格权”,但前者的外延更广。而且学界提及“人格权”时经常将其溯至古罗马之“人格”也有不妥之处。

据加拿大蒙特利尔大学法学院鲍伯维斯(Adrian Popovici)的研究,“人格权”概念最早由德国和瑞士学者在19世纪末期使用的,^{〔8〕}到20世纪时已经在许多大陆法系国家盛行,在美国也有少数学者述及,比如久负盛名的宪法学者劳伦斯却伯(Laurence Tribe)也在其著名的《美国宪法》一书中提到过人格权。^{〔9〕}人格权的德语是 Persönlichkeitsrecht, 法文则是 droits de la personnalité。本质上,人格权乃是有关个人的个性的权利,和财产权是一种“拥有”(the avoir-the having)的权利相比,人格权是一种对“存在”(the être-the being)的权利;同时人格权是一种的依附于人身而非继承的(extrapatrimonial)权利。^{〔10〕}

此外人格权又有“一般人格权”和“特别人格权”之分。“特别人格权”是指具有特定构成要件,并已被类型化的特别人格权利,如姓名权、肖像权、名誉权、隐私权、语言权等;而“一般人格权”是由德国民法学者基尔克(O. von Gierke)首倡,作为“所有特别人格权的‘母权利’(Mutterrecht)”,基尔克建议从“一般人格权”出

〔3〕 王利明:《试论人格权的新发展(上)》,载《法商研究》,2006(5)。

〔4〕 Gesamtheit der persönlichen (charakteristischen, individuellen) Eigenschaften eines Menschen. 《朗氏德汉双解大词典》,1293页,北京,外语教学与研究出版社,2002。

〔5〕 Klaus Müller, *Grundgesetz*, Carl Heymanns Verl., 1976, S. 66.

〔6〕 Ekkhart Stein, *Staatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000, S. 247.

〔7〕 王利明:《人格权法研究》,6页,北京,中国人民大学出版社,2005。

〔8〕 Adrian Popovici, *Personality Rights—A Civil Law Concept*, 50 *Loy. L. Rev.* 349.

〔9〕 Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2d ed. Foundation Press, 1988, 15-2, p. 1304.

〔10〕 Alain Seriaux, *La notion juridique de patrimoine: Breves notations civilistes sur le verbe avoir*, 93 *Rev. Trim. Droit Civ.* 801, 804-06 (1994). 转引自 Adrian Popovici, *Personality Rights—A Civil Law Concept*, 50 *Loy. L. Rev.* 349. 可继承的权利即为财产性的权利,它易由金钱予以评价,并成为继承的一部分;然而非继承的权利则正好相反。

发,比照那些已被承认的个别权利,推导出更多的权利条款。^{〔11〕}民法学者菲肯切尔也将一般人格权称作“框架权利”(Rahmenrecht)。^{〔12〕}日本民法学家五十岚清则称一般人格权为“主要是以人格的属性为对象,以人格的自由发展为目的,排除第三者侵害的那些必须被保护的诸种利益的总体。”^{〔13〕}另一位日本民法学家齐藤博也认为,“一般人格权”被认为是“伴随人格价值的体现而产生的本原性的权利,该权利的最大特征是它的包括性”。^{〔14〕}我国民法学家、著名民事人格权专家杨立新教授则把“人格权”理解为“人格独立、人格自由和人格尊严”。^{〔15〕}

需要顺便插一句的是,根据上述日本学者五十岚清的介绍,作为特别“人格权”之总体的“一般人格权”实际上只是德国学说和判例所用的概念,而在其他欧陆国家则常常用“人格权”概念代行德国“一般人格权”的功能。^{〔16〕}正因为此,除非特别注明,本书使用的“人格权”专指“一般人格权”,对于特别人格权,则采用专门名称表示,如姓名权,肖像权,名誉权等。

(二) 宪法上的人格权的发展史

从思想史上看,整个现代民法是以康德的尊严和自由思想为基础的。康德认为人是理性的存在物,可依自由意志行事,“我们必须假设有一个摆脱感性世界而依理性世界法则决定自己意志的能力,即所谓自由。”^{〔17〕}如果要追问自由意志如何可能,就超出理性管辖的界限,超出了康德所谓的“道德探索的最后界限”。^{〔18〕}因为人的天赋能力的发展是意志自由的最重要的内容,所以人格的自由发展应当作自然的权利。康德的思想影响着著名思想家洪堡(Wilhelm von Humboldt),他进一步认为国家的目的就是为人格的自由与发展创造条件。著名的民法学家萨维尼(von Savigny)也受到了康德的影响,指出所有法律的目的就是保护人格,促

〔11〕 Ernst-Joachim Lampe: *Persönlichkeit, Familie, Eigentum*, Westdeutscher Verlag 1987, S. 116.

〔12〕 Ernst-Joachim Lampe: *Persönlichkeit, Familie, Eigentum*, Westdeutscher Verlag 1987, S. 116.

〔13〕 五十岚清、田宫裕:《名誉与隐私》,第19页;转引自芦部信喜等编:《演习宪法》,198页,东京,青林书院,1984。

〔14〕 五十岚清、田宫裕:《名誉与隐私》,第19页;转引自芦部信喜等编:《演习宪法》,198页,东京,青林书院,1984。

〔15〕 杨立新:《人身权法论》,354页,北京,人民法院出版社,2002。

〔16〕 [日]五十岚清:《人格权概述》,10页,东京,有斐阁,2003。

〔17〕 [德]康德:《实践理性批判》,125页,北京,商务印书馆,1960。

〔18〕 [德]康德:《道德形而上学原理》,苗力田译,87页,上海,上海人民出版社,2002。

进人格的独立发展。^{〔19〕} 据此人格自由成为包括民法在内的整个法律体系的基础。在民法上,人格自由开始主要针对财产权,进入近代以后,工业化和信息技术的发展使个人和社会的联系更为紧密,也使得个人生活更大范围地暴露在公众的视野中,个人信息资料更易被收集处理,私生活、形象和语言面临国家和商业集团更严重的侵入和滥用。凡此种种都从现实层面提升了人们对于保障人格的重视。

在德国,民法典起草者曾试图在民法上确认一般人格权,以补充生命、健康和姓名等个别人格权的缺漏,但该建议最终未被采纳,主要原因在于此条款的不确定性。在这一点上,1907年的瑞士民法典有了很大的突破,该法典第28条规定:“(1)人格受到不法侵害时,为了寻求保护,可以向法官起诉任何加害人。”该条款后来就被作为一般人格权。^{〔20〕}

不过经历纳粹统治对德国和世界人民造成的严重伤害,德国人民深感捍卫人格权的紧迫性,便将人格权的条款植入宪法条文。康斯坦茨大学(Uni Konstanz)宪法学教授施泰因(Stein)在其《宪法学》中提到,人格权起先出现于二次世界大战之后1946年的德国黑森州宪法,该宪法第2条第1款首次制定了人格权条款:“任何人是自由的。任何人可以做或者不做任何不伤害别人权利和共同体的合宪性制度的行为”。1947年的莱茵兰-法耳次州(Rheiland Pfalz)宪法第1条第1款也明确提到“人格的自由发展权”。^{〔21〕} 最后1949年德国基本法第2条第1款与前面两个州的宪法条文相差不大:“人人有自由发展其人格的权利,但以不侵害他人的权利、不违反宪政制度或道德规范者为限。”

1949年的德国基本法不但规定了宪法上的人格权,还首次在德国确立了宪法审查制度,因此包括人格权在内的基本权就不再仅仅是客观的价值宣示,而成为实实在在的、可以裁判案件的主观公权利。但是就人格权而言,值得玩味的是,真正使它成为主观权利的,并非联邦宪法法院,而是联邦法院,也即德国民事最高法院。联邦法院在前述1954年“读者来信案”(Veröffentlichung von Briefe)中,直接引用基本法第2条第1款,并称其为“一般人格权”条款。该案的具体情况是,德国著名的《明镜》杂志,刊载了一篇有关前纳粹政府财政部长——哈马尔·

〔19〕 Edward J. Eberle, Dignity and Liberty, Praeger Publisher 2002, p. 82.

〔20〕 施启扬:《关于侵害人格权时非财产上损害赔偿制度的研究修正意见》,载《法学丛刊》,1999(83)。

〔21〕 Ekkehart Stein, *Staatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000, S. 247.

沙赫特的报道,该部长委托其律师给杂志社写信,要求杂志社澄清报道中的一些错误。但是杂志社却将律师的来信稍微删节以后,作为读者来信刊登出来。于是该律师就起诉杂志社,认为杂志社刊登其要求澄清事实的来信侵犯了他的人格权。

一般来说,在实定法上把质疑信作为读者来信刊登,无法看作是对该律师名誉的损害;同时具有商务信函性质的律师信,又不能视作“精神作品”(geistiger Tätigkeit)得到著作权法的保护。因此联邦最高法院便根据宪法上的人格权条款作出如下判决:原则上只有信件的作者才有权决定其信件是否公之于众以及以何种方式公之于众,如果著作权法不保护没有发表的作品,该信件可以由民法典第823条第1款的“其他权利”——即基本法第1条第1款的人性尊严权和第2条第1款的人格自由发展权共同保障的一般人格权——进行保护。法院认为《明镜》杂志损害了这种权利,要承担停止侵害和损害赔偿的责任。在这个案件中,联邦最高法院第一次承认了宪法上的人格权具有裁判效力。该判决所表达的意见,受到学术界许多的批评,但是联邦法院仍坚持己见,并在其后的“骑士案”、“索拉雅案”等案件中,一如既往根据基本法上的人格权条款,保护公民的人格权。这一方式同时获得了联邦宪法法院的首肯,后者通过更多的宪法判例更详细地阐发了该条款的内涵。

以上所述的是德国人格权在宪法上的保护。下面说说日本的情况。总体来看,日本属于大陆法系国家,其民法、刑法、诉讼法都有德国的印记,但是日本现行宪法却是二战后在美国政府主导下建立的,因此该宪法就没有像德国基本法那样,规定有明确的人格权条款。不过日本司法机关在解释宪法时,却吸收了许多德国宪法的理论,包括上述的一般人格权理论。^{〔22〕}比如说日本宪法第13条规定:“全体国民都作为个人而受到尊重。对于生命、自由和追求幸福的国民权利,只要不违反公共福利,在立法及其他国政上都必须受到最大限度的尊重。”这一条从表面上看与宪法上的人格权没有什么关系,其中的“幸福追求权”一词实际上源于美国《独立宣言》。日本法院起初在解释“幸福追求权”时,采取的也是美国宪法的注解方式,并没有将该规定看做宪法权利。可是经过长期的理论研讨和法律实

〔22〕 王泽鉴:《宪法上的人格权和私法上的人格权》,载王利明主编:《民法典·人格权法重大疑难问题研究》,8~35页,北京,中国法制出版社,2007。

践之后,“幸福追求权”却逐渐被解释为“人格的生存不可缺少的利益”,^[23]变成了“宪法上的人格权”,包含了宪法上的隐私权、名誉权、肖像权和生活安定的权利等等。所以我们说在日本宪法上,也存在德国意义上的宪法上的人格权。后文提到日本宪法上的人格权,便是指日本宪法第13条的规定。

以上是笔者对德日两国宪法上的人格权规范如何确立这一段历史过程进行的简单介绍,但是人格权规范被立法和司法确立以后,如何进一步被司法机关解释的呢?下面我们还需考察一下宪法上的人格权条款的几种解释方法。

二、宪法上的人格权规范的多重解释

除了上述语义学上对人格权的定义之外,德国和日本宪法审查机关通过判决,发展了许多人格权理论,具体来说有以下几种:

(一) 概括权利说

人格权在宪法学上的第一种解释是将人格权理解为抽象的、概括的权利,或者说是所有基本权利的总称。如上所言,德国许多学者将人格权视为所有特别人格权的“母权利”或“框架权利”,这就是一种典型的概括权利说。此外德国联邦宪法法院也在一件名为“投资援助案”的案件中,针对基本法第2条第1款提出了两个行为自由的概念,一种是“最低数量的行为自由”(没有它个人将不能发展自己作为一个有精神和有道德的人);另一种就是“广义的、概括性的自由”,它包括一个人所有方面的自由,比如思想自由、言论自由、集会游行示威自由等(不过在这个案件中联邦宪法法院并没有表明遵循哪一种立场)。^[24]后者是典型的概括权利说,主张这种观点的学者认为,基本法已经对所有个别领域的基本权利做了“选择性的保护”,^[25]所有没有规定的内容都不在基本权利的保护之内。

在日本,作为人格权的“幸福追求权”一开始只是被当作概括的权利,不能作为裁判的依据。20世纪60年代以前日本宪法学的主流学说将“幸福追求权”理

[23] [日]芦部信喜等编:《演习宪法》,197页,东京,青林书院,1984。

[24] BverfGE4, 7.

[25] U. Scheuner, ‘Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat’, DöV1971, 509; also id., ‘Pressefreiheit’, VVDStRL22(1965), 37; Ehmke, ‘Prinzipien der Verfassungsinterpretation’, 82; Hesse, *Grundzüge des Verfassungsgerichts*, para. 428; W. Rübner, Grundrechtskonflikte, in C. starck (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz* (Tübingen, 1976), 456.

解为宪法第13条以下各条款列举的个别性人权的总称,并不能从中推导出一项具体的主观权利,顶多只能说国家有义务帮助个人实现这种权利。这种解释原因有以下几点:第一,从基本权利的思想史来看,“幸福追求权”不能被看做一项具体的权利,因为该条款源自美国《独立宣言》,而后者只是对人权的一种宣示;第二,日本宪法第13条以下的个别的基本权具体化了,不需要再将第13条作为一项具体权利;第三,即便有些权利没有被具体化,没有规定在宪法中,那也应该由制宪机关通过修宪将这种权利纳入宪法;第四,如果要承认宪法第13条后段为具体权利,就得承认整个第13条的规范性,那么该条款中的“公共福利”就看成为所有宪法权利的制约条件,这样一来人权所受到的限制便会漫无边际,日本国民的人权就会变得空洞化。

因此将其理解为基本人权并不恰当,最好的做法是将“公共福利”理解为对概括性的人权的制约,不具有制约其他宪法上的权利的作用。^{〔26〕}不过这一派观点又表现为几种形态:第一、基本权的一般原理说(美浓部达吉);第二、基本权的总称说(宫泽俊义);第三、自然权利的宣言说。^{〔27〕}不认同“幸福追求权”的具体权利性,其结果是,第13条仅具有作为国政的应有方向或基本人权的通则的性格。^{〔28〕}按照早期宪法注解的观点,生命、自由及幸福追求权,是个人人格的存在不可缺少的权利和自由的概括描述,是人的天赋权利或自然权利。

但是随着时间的变化,概括性权利说越来越被主流观点抛弃,后者认为基本法对基本权利的保护是非选择性的、最优化的,换句话说就是基本法并非选择最重要的基本权进行保护,而是对所有涉及个人的权利做最优化的保护。这么说的理由可以从人权的历史当中找到。比如1789年法国《人权与公民权宣言》说:“自由是有权做任何不伤害别人的事情,对每个人的自然权的仅有限制是保护别人享受同样的权利”。康德的名言也有:“自由(不受制于别人的自主选择),就是来自于人性的原始权,只要它能在一个普遍法则下和别人自由共存”。^{〔29〕}这就是说对自

〔26〕 [日]工藤达朗、尻刚、桥本基弘:《宪法》,98页,东京,不磨书房2005。

〔27〕 [日]芦部信喜等编:《演习 宪法》,21页,东京,青林书院,昭和59年。

〔28〕 [日]阿部照哉等:《宪法》(下册·基本人权篇),周宗宪译,94页,北京,中国政法大学出版社,2006。

〔29〕 Immanuel Kant, *Metaphysics of Morals*, translated by Mary J. Gregor, Roger J. Sullivan, Cambridge University Press, 1991, p. 63.

由的保护是最大限度的,只要它不伤害别人的自由,或者和别人的自由能够共存。或许这种广义的解释方案会导致自由权的泛滥,但德国宪法学者阿列克西认为,因为基本法上的一般人格权规范存在限制条款,所以即使该条款保护的自由,在范围上有无限性,在界限上也不明确,也不会导致个人自由的泛滥问题。^[30]这就引出了第二种人格权的解释方案。

(二) 人格的核心领域理论(Persönlichkeitskerntheorie)

人格权在宪法学上的第二种解释是将人格的核心领域理论。前文已经说过,德国联邦宪法法院提出了两个行为自由的概念,其第一种“最低数量的行为自由”,就是所谓的人格的核心领域理论。按照这种理论,宪法上的人格权只保护那些对个人生活必不可少的、最低限度的行为自由,如果没有这些自由,一个人就很难发展成为一个有精神和有道德的人。^[31]德国宪法学者汉斯·彼得(Hans Peter)则简称为“人格的核心”。^[32]康拉德·黑塞(Konrad Hesse)则在《联邦德国宪法的纲要》一书中认为,宪法上的人格权并不保护一般行为自由,而只是保障“与人格相关的狭窄的个人生活领域”。^[33]不仅如此,在日本宪法学上,也有许多学者将“幸福追求权”解释为个人生活核心领域的保障。^[34]

人格权只保护最核心领域的自由,原因在于,第一,如果人格权保障所有的人格利益,那么按照这一条规定,这些人格利益就必须被同等对待,这样做是不合理的,因为对待不同的人格利益应该有所区别。第二,许多学者认为概括性的自由的解释可能会使该条的内容过于宽泛。比如汉斯·彼得(Hans Peter)教授指出,基本法这一条规定在行文上有意与魏玛宪法相区别,目的就是要保障那些有特定价值观的人的自由,而不是保障一个价值中立的个人的自由。第三,从西方人关于理想人格的想象中,可以看出人格权不保护所有人的自由,而只对具有特定价值观的人的人格进行保护。比如上述的汉斯·彼得教授就认为基本法保护受共同体理想约束、在上帝面前负责的人,因此该条款的应有含义是,个人人格的核心

[30] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Right*, Oxford University Press, 2002, p. 249.

[31] BverfGE4, 7.

[32] Das Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 1963.

[33] Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller Verlag, 1999, S. 425ff.

[34] [日]阿部照哉等:《宪法》(下册·基本人权篇),周宗宪译,94,95页,北京,中国政法大学出版社,2006。

内容必须被尊重,为的是使他养成上帝赋予的(真正的人类意义上的)人格。^[35]

至于这里所说的人格的最核心领域的具体内涵,联邦宪法法院将其界定为个人人格“不可侵犯的本质内容”,并用“私密领域(Intimsphäre)”、“独立自主性(Eigenständigkeit)和自我负责性(Selbstverantwortlichkeit)”来具体说明这个“本质内容”。

具体来说,“私密领域”指的是个人生活最不为人知的内容。联邦宪法法院在“性教育案”中认为公民在这个领域有“平静独处的权利”(Recht, in Ruhe gelassen zu werden);^[36]在“微型人口普查案”(Mikrozensus)中认为公民在这个领域有防止国家的非法干涉的权利,“国家不能采取任何措施或者制定法律,违反或者侵害基本法第2条第1款的个人自由的本质核心”。^[37]在另一些案件中法院说,“基本法保障任何人在个人生活中有一个自治领域,在此人们可以发展和维持自己的个性”;^[38]关于这个领域的范围,联邦宪法法院在“同性恋案”中指出,“如果人们的行为关系到别人的生活领域,它就不属于私密领域,该行为就应该符合法律规范。”^[39]按照这种说法,如果一个行为不涉及他人,而只是个人的私生活,那么就应该视为私密领域,法律不能加以调整。总之一个行为是否允许法律干涉取决于它的“社会联系”是否足够强。不过在此判决之后,联邦宪法法院还将家庭关系纳入私密领域加以保护,甚至对于个人之间的“社会交往”(Kommunikation)也作为“人格不可侵犯的本质内容”,只要它们之间的交往显示是私密的,也即秘密的信息的交换或最个人化的关照。

其次“独立自主性和自我负责性”指的是个人有能力设计并控制自己的生活,不完全受人摆布的一种状态。这种状态的保护不仅存在于国家绝对不能侵犯的私密领域,同时还存在于人与人之间相互交往的社会领域,甚至还存在于许多人共同组成的社会群体生活中。总之在所有这些领域,国家都应该保障个人的“独立自主性和自我负责性”,绝不能使个人沦为完全受人操控的角色。虽然现代社会中,经济和社会紧密相连,个人的完全独立的生活已经不再可能,但是人也不能

[35] Das Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 1963.

[36] BverfGE47,46(73f.).

[37] BverfGE27,1. 张千帆:《西方宪政体系》(下),353页,北京,中国政法大学出版社,2005.

[38] BverfGE79,256(268).

[39] BverfGE6,389,433.

被挤压成近似机器的地位,被贬抑为纯粹的接受外部命令的工具。即使在上级的指示下的活动,至少也应该使其保有执行他人交付工作的责任感,并且能够时刻检验自己行为可能出现的后果,并在可能的情况下修正该行为。很重要的一点是,在判断立法者是否侵害了第2条第1款的本质内容时,应该考虑立法者是否给相关人提供了按照自己的愿意达成该目的几种可能。如果相关人毫无可能实现这个对其整个人格很重要的特定目标,宪法第2条第1款的本质内容就被侵犯了。^[40]

以上是人格权的核心领域理论,它将基本法保护的 personal freedom 限定在与个人人格发展最密不可分的生活领域。由于这种解释方法把人格权的范围限制得过于狭小,受到许多学者强烈反对,因此宪法上的人格权又发展出一般行为自由和一般人格权理论。

(三) 一般行为自由和一般人格权的区分理论

人格权在宪法学上的第三种解释方案,是将宪法上的人格权解释为一般行为自由和一般人格权。针对上述人格权核心领域理论将人格权保护的 range 限制得过于狭小的问题,德国联邦宪法法院在判决中指出,对人格权进行更宽泛地解释更符合基本法第2条第1款的文本和意图。第一,如果把行为自由限制在“人格核心领域”,即最少量的行为自由,它便不可能导致违反“他人的权利,合宪性制度和道德规范”的结果,那么宪法第2条第1款的限制条款显得没有意义;第二,该条款反映了人性尊严这个基本的宪法原则的辐射力。辐射力是指基本法第1条第1款的人性尊严对基本法第2条第1款的人格权的直接的影响力。广义地解释人格权恰恰能够和人性尊严所要求的“道德上自治并对社会负责的人”的思想相契合;第三,广义的解释也和立宪者的意图一致,因为基本法最初的草案在这一条上使用的语句是:“每个人有做或不做不伤害他人基本权和不违反宪法制度或道德律的事情”。^[41]基本法最后的文本之所以改变草案原来的表述,只是出于语言上的原因,而不是内容上的考虑。^[42]

按照这种解释,基本法第2条第1款并不仅仅保护个人人格最核心的部分,

[40] BverfGE 4, 7, 17; BverfGE 8, 274, 329; BverfGE 12, 341, 347.

[41] Vorschlag des Allgemeinen Redaktionsausschusses von 13. 12. 1948, vgl. NF 1 (1951), 1ff., 54ff.

[42] BverfGE 6, 36 (37).

而应该是一种更广义的自由权,包括一般行为自由(即做或不做其喜欢的事情的权利)和一般人格权(即自我建构(Selbstbestimmung)、自我保护(Selbstbewahrung)、自我展现(Selbstdarstellung)个人独特个性的权利)。^[43]德国宪法学者阿列克西就是这么看待宪法上的人格权的,他认为宪法上的人格权既保护一个人的一般行为自由,也保护一个人的某种生活状态(state of affairs)和法律地位,更形象地讲就是既保护一个人做什么(does)的自由,又保护一个人事实上和法律上是什么(factually and legally is)的自由。^[44]

关于一般行为自由,有学者指出这里面的“行为”,在德语中有两个词,一是“Handlungsfreiheit”,一是“Verhaltensfreiheit”,许多学者使用“Handlungsfreiheit”一词,但德国宪法学者克劳斯·米勒(Klaus Müller)认为应使用后者“Verhaltensfreiheit”,因为“Handlungsfreiheit”只表示“积极的行为自由”,意思是个人积极地做某事的权利不受干涉;而“Verhaltensfreiheit”指不仅是“个人积极的作为”,还包括“消极的不作为”的自由,也就是说个人不做什么的自由,同样不能干涉。^[45]

而且与“概括权利说”不同的是,“一般行为自由说”是将该条款视为一个具体的、可以适用的基本权利,而不仅仅是其他基本权利的概括宣示。不过即便如此,联邦宪法法院对于人格发展的核心领域,还是给予更高的保护,把个人生活的私密领域、个人的独立自主性和个人的负责任性纳入个人人格发展最不可侵犯的内容,排除一切国家权力的侵犯。^[46]这种做法,其实是上述“概括权利说”和“人格核心领域保障说”的结合,去除了两者的缺点,保留了两者的优点。

以上是德国的情况,日本也是一样。日本宪法学界对于“幸福追求权”的解释,也经历了一个从“人权总称说”、“人格的核心领域保障说”向“具体权利说”(一般行为自由和一般人格权)的转变。

这种转变一方面由于学术上对于人格权的“核心领域保障说”(将“幸福追求权”解释为“对个人生存而言最根本的、最不可缺少的权利”)的反思。比如阿部照

[43] Kay Windthorst: Art. 2, Rn. 77. In: Christoph Gröpl, Kay Windthorst, Christian von Coelln, *Grundgesetz: Studienkommentar*. 3. Auflage. C. H. Beck, München 2017.

[44] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Right*, Oxford University Press, 2002, p. 225.

[45] Klaus Müller, *Grundgesetz*, Carl Heymanns Verl., 1976, p. 65.

[46] BverfGE 6, 32 (36ff.).

哉教授认为这种解释在逻辑上明显不通,首先,什么是“对个人生存而言最根本的、最不可缺少的权利”,其具体内容很难明确;其次,如此核心的权利还需要受到“公共福利”的制约(宪法第13条的规定),显然是不合情理的。^[47]

另一方面也由于社会发展给宪法理论提出的要求。20世纪60年代以后日本政治、经济、社会剧烈变化,各种对“个人尊重”产生威胁的情形不断发生,国家的宪法又不可能通过及时的修订,将所有对“个人尊重”而言不可缺少的权利和自由吸纳进去,因此社会上产生了以“幸福追求权”为根基发展“新兴权利”的需要。

因为这些原因,日本宪法学界开始从宪法第13条中,导出“宪法第14条及以下诸条款没有列举的权利”。日本最高法院在“旅券发放拒绝案”的判决补充意见中,最高法院大法官田中和下坂说道:“宪法保障的人权和自由的类型,是在历史上被承认的重要事物中提取出来的权利,并没有网罗殆尽。所以除此之外的权利和自由并不是不存在的,也并非不予保障。……它们没有被赋予特别的名称,但仍是一般自由权和幸福追求权的一部分。”^[48]

此外在昭和六十一年(1986年)福岡高等法院判决的“外国人指纹事件”中,法院认为“作为私生活上之一部分,国民对其指纹有不被随意获取的自由”,“私生活的自由,从维持生命所必要的睡眠、饮食(此等权利应毫无例外地受宪法绝对的保障),到运动、散步、吸烟(这些权利似乎根本不能算是基本权利),包含极为广泛,因此在讨论这些权利的限制时,应按照该自由之性质,来具体检讨该权利应有的界限。”^[49]

除了一般行为自由之外,日本宪法学主流观点也认为“幸福追求权”也保护个人的一般人格权。一般人格权和一般行为自由的区别在于,个人在私生活领域做或者不做某种事情的权利属于一般行为自由,与此相反个人的私生活领域免受国家侵入和窥探的权利属于一般人格权。

(四) 人格自由发展权说

以上是宪法上的人格权的第三种解释方案。但是这种解释方案也引发了许多批评意见。比如说日本有学者认为,将“幸福追求权”作为一种一般行为自由,

[47] [日]阿部照哉等:《宪法》(下册·基本人权篇),周宗宪译,94,95页,北京,中国政法大学出版社,2006。

[48] [日]有仓辽吉:《宪法(新版)》,法学别册 No. 30,68~69页,东京,日本评论社。

[49] 福岡高判判夕第625号259页。

会导致该权利的范围过宽,比如会把吸毒或者赌博等行为也包括在内。再比如德国也有学者提出,将基本法第2条第1款解释为“做或者不做个人愿意的事的权利”,会导致该条款的内涵不甚明确,因为什么事情可以做,什么是事情不能做,还缺少一种实质的判断标准加以确定;同时该条款通过法院的解释衍生出的两种权利——“一般行为自由”(个人的外部行为的自由)和“一般人格权”(个人的内部人格不受侵犯)——之间缺乏足够的联系和共同的基础。

对于上述批评,日本学界的意见是,尽管有些个人行为在本质并非极为重要,不能成为宪法上的基本权,但社会也不能对其随意予以剥夺,社会必须确保每个公民能作为个人充分被尊重。当然如果一个行为有害(对他人或对自己),如吸毒和赌博,则仍然应该予以禁止。阿部照哉教授还进一步说,“将人的一般行为,解释为受宪法保护,系符合保障基本人权的旨趣。”^[50]针对这些批评,德国学界却反过来发展了另一种解释方案。

宪法上的人格权的第四种解释方案是“人格自由发展权说”。这是德国宪法学者施泰因(Stein)创立的学说。施泰因教授认为,基本法上的人格权条款保障的权利具有以下特征:首先,人人有人格的“发展”权;其次,人人在人格领域有“自由”发展权抑或自我决定权;最后,人格权是以“人格”领域为保护内容,是“人格”的自由发展权。^[51]三个方面简述如下:

首先宪法上的人格权是人格“发展”权。施泰因教授研究认为,虽然主流观点认为一般人格权涉及所有生活的领域,但在联邦宪法法院的判决中,“人格的发展”一词比“一般行为自由”用得更多。施泰因认为,这是因为该权利不是保护个人的意愿,而在于使人们尽可能发展天赋的能力。在这里形式意义上的自由并不重要,重要的是一个人的人格和人格的发展,因此宪法上的人格权是否被侵犯以及被侵犯的强度,可以通过个人人格的发展在哪些领域以及在多大程度上被阻碍来确定。更进一步说,我们在判断某个人的某一方面生活是否重要或者是否可以被侵犯时,唯一的标准是这个人自身的情况,因为同一种生活领域对不同的个人可能有不同的意义。这是从“发展权”的角度理解宪法上的人格权。

其次,宪法上的人格权是人格领域的“自由”发展权抑或是自我决定权。每个

[50] [日]阿部照哉等:《宪法》(下册·基本人权篇),周宗宪译,96页,北京,中国政法大学出版社,2006。

[51] Ekkehart Stein, *Staatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000, S. 250.

人可以自由决定自身是否或怎样发展,个人在自我发展方面享有自治权。如果把第2条第1款仅仅规定为“发展权”,那么国家便可以管束个人或者指示他们向什么方向发展自己,因此仅有发展权不能对抗国家对于自我发展的强制安排,所以宪法上的人格权应该是一种自由权。在这一点上,德国宪法学者阿列克西(Robert Alexy)也有相同的认识。他从消极自由和积极自由的分类来看宪法上的人格权的内涵,消极自由即免于他人干涉的一种自由(free from),积极自由是有能力(比如经济能力、思考能力等)做某事的自由(free to)。他认为宪法上的人格权保障的是一种消极自由。^[52]

最后宪法上的人格权是一种“人格”权。个人的人格必须满足特定的条件才可以自由发展,私人的隐私领域的保护理应是重要的条件之一,必须排除国家和公众的探视。如果以个人身处集中营一样的状态,就没有机会退避到他人的目光之外,自由发展自己的人格。此外如果一个人的个人形象(特别是个人享有的声誉和声望)完全被剥夺,他也很难自由发展自己的人格,甚至无法在这个社会立足。所以人格权很大程度上是个人自由发展人格所需的条件的保障,只有满足这些条件个人才能自由发展自己的人格。^[53] 对于“人格权”的具体内容,有学者将其解释为一种能力(Befugnis),即个人在那些客观上可以被确定的或被分割的生活领域(保护范围),自由决定是否或多大程度上允许他人收集或传播其个人信息,以及允许他人干预或侵入其人格利益的能力。^[54]

从人格权的自由发展权来看,宪法上的人格权又撇开了一般自由权的内容,而仅仅是保障一个人在个人“人格”领域的“自由”“发展”的权利,简单说就是一般人格权。这种解释方案不同于上述的“概括权利说”、“人格的核心领域说”和“行为自由和人格权二分说”,它是一种具体的、可适用的基本权利,在这一点上它不同于“概括权利说”;它是一种可适用的、概括的基本权利,在这一点上它不同于“人格的核心领域说”;它仅仅是一般人格权,而不包括一般自由权,在这一点上它“行为自由和人格权二分说”。本书以“宪法上的人格权”作为标题,也遵循这样一种解释方案,本书只就该权利所保障的“人格权”作为研究对象。

[52] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Right*, Oxford University Press, 2002, p. 225.

[53] Ekkhart Stein, *Staatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000, S. 250.

[54] Ehmann, Zur Struktur Allgemeinen Persoenlichkeit, *JuS* 1997, Heft3, S. 196.

（五）小结

通过以上分析,我们可以看出,德国和日本学者从不同的角度解读了宪法上的人格权的内涵,但这几种解释方案有一个共同点,那就是都强调宪法是的人格权是一种“关于人格的自由权”,具体说来我们在理解宪法上的人格权时,有以下几点需要重视:

其一,宪法上人格权保护的利益和一般行为自由权不同。后者保护的是个人的外部的行为(Tun),而前者则针对个人的内部状态(Sein)。在这内外两者之间,内在人格(比如生命、健康、身体、姓名、肖像等)的保障更具有基础性的作用,因为只有具备这些内在的条件个人才能充分发展自己,自由自在做真正的自己。

第二,宪法上的人格权是一个包容性又渐趋具体化的权利。在人格利益不能为特别人格权保障时,宪法上的人格权才可能浮现出来,发展出许多具体的人格权,弥补实定法上特别人格权保障的不足。

第三,在众多人格利益当中,和人性尊严联系最为密切的“私密领域”、个人“独立自主性和自我负责性”,是人格权不可侵犯的本质核心领域,基本不能侵犯。

第四,宪法上的人格权具有很强的原则性或概括性。在司法实践中,我们不能直接从宪法条款中得出人格权案例的裁判标准,还需与宪法上的其他权利进行具体的衡量,才能最终得出哪一种权利更值得保护。职此之故,德国民法学家拉伦茨指出《德国民法典》没有规定一般人格权,原因在于“立法者难以给这种权利划界,划界则明显取决于具体案件中财产或利益的相互冲突,究竟那一方有更大的利益”。

在这一点上,《瑞士民法典》也是一样的,该法典虽然在第28条第1款规定“私生活受到非法侵害的人,可以提出排除侵害之诉”,然而什么是私生活,什么时候受到侵害以及怎样算是非法侵害,该法典如同德国法中关于“一般人格权的范围”一样没有作出规定,在这些方面它们都只是一个一般性的条款,对之详细解释仅能由法院的判决作出。^[55]

三、宪法上的人格权的法哲学基础

以上是对宪法上的人格权的概念和渊源的简单介绍。不过叙述至此,还有一

[55] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,170页,北京,法律出版社,2003。

个关键的问题没有澄清,那就是我们为什么要尊重个人的人格自由?在我们这个自由观念并不强烈的社会里,回答这个问题尤为重要。因为很多人会认为个人的人格自由,在一个人来说并不重要,一个人要想成为一个有利于社会的人,自我约束、遵纪守法的能力才是更有必要培养的。所以,如果我们不能说明自由的价值或重要性,即便宪法规定了人格的自由发展权,这项权利也很难得到很好地实施。说到宪法上的人格权的法哲学基础,必须提及的是康德的道义观念。

(一) 作为绝对命令的自由——从“道义论”看人格权

要理解德国思想家康德的法律和伦理思想,我们需要回到他有关本体论、认识论的观点。在认识论上,康德奉行“先验哲学”,他为了回应休谟的怀疑论,提出一切认识都存在某些先验的条件(prior),这些条件才能构成任何认识的前提,如时间、空间、逻辑和因果律等。这些规律是任何认识的先验条件,是任何知识的前提,是不可质疑的观念,没有它们人类将无法获得知识,也无法交流,甚至无法生存。

在道德哲学上,康德也遵循着上述先验主义的逻辑,意图找到道德规范的先验条件,也就是任何人都必须无条件服从的命令(“绝对命令”,categorical imperative)。道德哲学是探索人应该如何行为的问题的学问,它是伦理学和法学的基础。“绝对命令”和“相对命令”(conditional imperative)相对应。具体来说一个人应该做什么,有时可以查找其原因和目的,比如为了获得好的工作而努力学习。对于“人应该努力学习”这种行为规范,康德称之为“相对命令”;相反有些应然的行为却很难找到它的目的,但是我们还是应该遵守,比如“不可偷盗”这个规范,虽然法律和道德都规定“不可偷盗”,但是为何“不可偷盗”,我们很难找到简单的可以证明该规范的理由。所以对于“不可偷盗”这种行为规范康德称之为“绝对命令”,即无条件的、义务性(deontological)的规范。正因为这种无条件性、义务性,康德的理论被称为道义论。

对于绝对命令的内容,康德通过推导得出三个最基本的绝对命令。第一个绝对命令被称为“普遍化标准”,他是这样说的:“你必须这样行为,以致你奉行的行为准则可以成为普遍化的道德标准”(handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde.)。解释一下这一句话的意思是,你应该以任何人都可以作为行为规范的行为方式采取行动。这项绝对命令,类似于我国思想家孔子所说的“己所不欲,勿施于人”。举例

而言,“一个人因为经济拮据去向他人借钱,但他却不打算归还。”这种行为是不是正当的呢?依据上述康德的“普遍化标准”,我们要看这种行为可否被普遍化为一条道德标准。具体来说,如果“每个人都抱着不想还的态度借钱”,就不会有人借钱给他,或者没有人能向别人借到钱,再进一步说,借钱这种社会行为也会消失,所以我们说这种行为方式不能作为一项道德标准,也因此“借钱不想还”在道德上应受谴责,不可能被正当化。

除了上述“普遍化标准”之外,康德为了使这种“普遍化标准”得到落实,还具体提出了另外两项绝对命令。康德提出的第二项绝对命令是“目的公式”(formula of the end in itself),他是这样说的:“你的任何行为都在任何时候必须将个人视为目的,而不仅仅是手段”。这项绝对命令能够帮助第一项绝对命令得到实现。比如在上述例子中,我们说一个人借钱不准备还是不应该的,之所以是不应该的,除了这种行为方式不能够普遍化之外,还违反了“目的公式”,因为一个人借钱时本来不准备还,但却做出虚假的承诺,说多少天以后归还,这就是仅仅将他人视作获取金钱的手段,所以这是不道德的、不正当的。

按照“目的公式”,一个社会、国家或个人在采取行动、设定计划、实施管理的时候,不能只想着自身的目的,也不能为了自身的目的不择手段,而应该在实现自身目的的同时,一并考虑和设法满足他人的目的,努力使社会、国家、个人和他人达成双赢。具体来说,社会一方面要为每个人提供基本的物质保障,比如最基本的安全,最基本的食物,最基本的医疗等,确保每个人过一种有尊严的生活。另一方面要尊重每个人的个人自由,让每个人通过自己的选择和行动,实现自己的目的,满足自己的需要。

康德提出的第三项绝对命令是“自治公式”。这个公式涉及的内容是,个人意志或意愿是否具有自由性的问题。对此问题的回答,存在两种相反的观点,即自治性和他治性(autonomy and heteronomy of the will)。“他治论”认为,个人的意志是不自由的,一个人的想法主要受自然环境,或者社会因素影响的;一个人想做什么,实际上是由他的遗传因素、他的身体状况、他的财富多少、他所属的国家、他所属的阶层等因素决定了的;总之一个人的行为和想法,是不自由的,受别的因素控制的,是他治的。社会上流行的许多关于犯罪原因的说法,就是这个意见的翻版,比如有观点说,犯罪是社会导致的,一个人之所以犯罪,是因为社会将他逼迫到这条道路上,他无路可走,这就是典型的“意志他治论”的代表。

而“自治论”认为个人的意志是自由的,一个人能够自己决定自己的行为,不受外界环境的绝对控制,或者说可以超越外界环境的影响来自己决定自己的行为。还拿前面的犯罪原因为例来说明情况,主张意志自治性的观点认为,尽管外界环境非常凶险,逼迫一个人往犯罪的道路上走,但是一个人是否要犯罪,还是他个人选择的结果,不能完全归咎于自然环境和社会因素。康德就是这一派意见的代表,他认为“个人意愿或意志(will)是自由的”,“由于他的意志是自由,理性的人必定总是将自己视为目的王国的立法者,不管他是该王国的成员还是它的主权者”。“人作为理性的存在,他是目的王国的一个成员,他为自己订立道德律并自愿服从它。”他认为人类的行为不只是源于外部的因素,而更多的是自己选择的结果。既然人的意志(想法)是自己(而不是由外界环境)决定的,我们就应该允许他们自由决定自己的行为,给他们自由。这是从意志自由的角度对个人自由的论证。

需要注意的一点是,“目的公式”、“自治公式”和“普遍化标准”一样,都是一种绝对命令。事实上我们很难真正证明,为什么要将一个人视为目的?为什么说人的意志是自治的?应将他人视为目的,而不仅仅是手段,以及一个人的意志是自治的,而不是他治的,这些观点是我们论证一个制度之所正当的前提,只要我们准备论证一个法律和道德的正当性,这个做法本身就隐含着我们将一个人视为目的本身,而不仅仅是手段,也隐含着把一个人当做意志自由,而不是其他外界因素的产物。如果不承认这些前提,可以说我们社会的一切制度建构都是不需要的。总而言之,因为我们要将每个人视为目的,每个人的意志是自治的,我们必须给予每个人自由决定的权利,也就是说我们要确保每个人的人格自由。

(二) 与义务并存的自由——从人格主义看人格权

但是这样强调个人的人格自由,会不会导致每个人自私自利,伤害他人,危害社会,甚至威胁到自身呢?为了防止这一点,学术界将人格权的法理基础建立在“人格主义”而非“个人主义”之上。

所谓“人格主义”,是由康德提出的一种与“全体主义”(日语的说法,也可称为“集体主义”)和“利己主义”相对应的伦理原则,它是以人作为解释和衡量外界世界的手段和标准的一种主观唯心主义思想(A doctrine of subjective idealism that regards personality as the means of interpreting reality)。如上所述,在康德看来,人必须作为“目的本身”,不能仅仅作为手段,而其他一切事物都可以仅仅作为

手段,都可以以人作为标准来加以衡量,至于其原因康德认为人具有其他生物不具有的独特个性。(不过这一点在现在许多“动物福利主义者”看来也是有问题的,他们会认为人和动物之间没有截然的分别,动物也有理性思维能力)

“人格主义”与“全体主义”的不同是很明显的。“全体主义”以国家或者集体利益为指针,为了国家和集体的利益,可以牺牲个人。“人格主义”主张每个个人是国家和集体行为的目标,不能为了实现国家和集体的利益而牺牲个人,因为单个个人的价值不低于其他个体相加的集体和国家的价值。^[56]

“人格主义”和“利己主义”不同在于,“利己主义”强调一切以个人的利益为主,以单个人作为衡量其他事物(包括其他人)的依据,哪怕牺牲其他人的利益也在所不惜。“人格主义”则不同,它不是以单个人的利益做最高标准,而是以所有个人、每个个人的利益作为最高标准,所以在个人和个人之间发生矛盾的时候,仍需要对双方的利益进行衡量。所以“人格主义”除了重视个人价值之外,还承认个人和社会间的有机联系,“在国家与社会同一性的前提下,藉‘共同社会’的概念,缓和个人与社会或国家的对立态势”。^[57]

德国联邦宪法法院曾在一件有关人性尊严的案例中,对个人和社会的关系做出了一个明确的定位:“基本法中人的形象,并非是一个孤立的、不受限制的个人;基本法是在不侵犯个人固有价值的前提下,本着个人与社会相关联,个人受社会制约的原则,处理个人与社会之间的紧张关系的。”^[58]根据这一意见,我们不能把个人权利理解为“从任何义务中解放出来”的状态。^[59]举例来说,我们不能放任个人使用暴力(给他使用暴力的自由)剥夺其他人的自由,虽然可以使用暴力,表面上是一种自由,但它却剥夺了其他人(也包括自己)的自由,如果有一个力量更大的人出现,这个使用暴力的人的自由也会被剥夺。总之在私人关系中禁止使用

[56] 许志雄:《宪法之基础理论》,46~47页,台北,稻禾出版社,1992。转引自胡玉鸿:《人的尊严的法理疏释》,载《法学评论》,2007(6)。

[57] 许志雄:《宪法之基础理论》,46~47页,台北,稻禾出版社,1992。转引自胡玉鸿:《人的尊严的法理疏释》,载《法学评论》,2007(6)。

[58] BverGE4,7. 德语原文是: Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum—Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.

[59] Scheuner, ‘Pressfreiheit’, VVDStRL, 22(1965), 37, fn. 110.

暴力,比允许使用暴力,会创造更多的选择,产生更多的自由。

除了对个人之间的强制主动干预之外,为了保障公民自由,我们还需要创造一个生产型、照顾型的国家,比如为公民提供义务教育,确保他有能力自由选择。^[60] 这是一种社会国家的观念,按照德国宪法学者黑伯乐教授的分析,为此目的制定的法虽然对自由进行了限制,但他们也同样具有创造并维持自由的能力。^[61] 德国学者阿列克西则进一步主张一种“全面的自由状态”(overall state of liberty),他说如果一个社会没有不受同类干涉的自由(与同类相关的消极自由),没有参加到集体决定的法律能力(消极的民主自由),没有消除经济剥夺的情形(消极的社会自由),没有以自己的意见和责任参加到政治共同体的能力(积极的民主自由),就不可能达到“全面的自由状态”。因此“全面的自由状态”不只关系到个人的自由、能力和行动,还关系到良好的国家和社会的组织和结构,如权力分立、媒体多元等制度。^[62]

不仅德国法院如此看待宪法上的人格权,日本法院也秉持同样的态度。根据日本宪法学界的总结,日本宪法是按照“个人主义”原则设置的。但实际上这里的“个人主义”和上述“人格主义”有着相同的内涵。因为根据日本宪法学界的总结,日本宪法在立宪精神上强调“个人主义”,是为了与“封建制度”诀别,并对二战时盛行的“全体主义”进行反思,而“全体主义”是“将民族或国家等全体视为至上,认为各个人应为此全体服务,系完全从属于全体而存在”。^[63] 另一方面日本宪法当然也并非奉行“利己主义”,日本宪法第 13 条强调的“公共福利”对个人自由的制约,以及第 25 条对生存权的保障,都是遵循“人格主义”的明证。^[64]

不过以人格主义看待人格权时,需要警惕的一点是,不能过分重视积极自由的保护。正如英国哲学家柏林所说,积极自由的政治观过度强调理性的指导功能,因而易于转化为父权式的教化政治,有陷入专制的危险,所以西方自由主义的

[60] Scholz, “Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit”, *AöR* 100(1975), 97.

[61] P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3rd edn. Heidelberg, 1983, S. 227, 152.

[62] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Right*, Oxford University Press, 2002, p. 250.

[63] [日]阿部照哉等:《宪法》(下册·基本人权篇),周宗宪译,91页,北京,中国政法大学出版社,2006。

[64] [日]阿部照哉等:《宪法》(下册·基本人权篇),周宗宪译,92页,北京,中国政法大学出版社,2006。

精义在强调消极自由。^{〔65〕}阿列克西在谈到“全面的自由状态”的实现时,也认为消极自由是“全面的自由状态”的基础乃至目标,一种完全没有消极自由的“完全的自由状态”——每一种行为都是命令或禁止的结果——在观念的意义上是有问题的,甚至也不能称作自由。^{〔66〕}在这一点上,日本最高法院也有清醒的认识,“这里所说的幸福追求权,应该属于所谓自由的基本权,要求国家权利不能妨碍个人的幸福追求,在此不能包含那些要求积极的国家关照的二十世纪的权利(如生存权、劳动权等)。”^{〔67〕}德国联邦宪法法院也是如此看待宪法上的人格权的,认为宪法上的人格权是一种消极权利。^{〔68〕}

从以上的分析可以看出,人格权的思想基础除了前述的“人是目的”、“意志自由”之外,还有“人格主义”——一种介于“全体主义”和“利己主义”、兼顾消极自由和积极自由的伦理原则。不过在消极自由和积极自由之间,对消极自由的保护应视为人格权的主要目标,对积极自由的保护则必须以服务消极自由为条件。

〔65〕 [英]以赛亚·柏林:《自由论》(《自由四论》扩充版),胡传胜译,译林出版社,2003。

〔66〕 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Right*, Oxford University Press, 2002, p. 250.

〔67〕 法学协会:《注解日本宪法》(上卷),156~157页,东京,有斐阁,昭和26年。

〔68〕 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Right*, Oxford University Press, 2002, p. 249.