

SOUTHEAST UNIVERSITY
东南大学法学学术文库

宪法与民法的沟通机制研究

——以人格权的法律保护为视角

任丹丽 陈道英 著



SOUTHEAST UNIVERSITY

东南大学法学学术文库

本书受 2009 年教育部人文社会科学研究项目“宪法与民法的沟通机制研究——以人格权的法律保护为视角”（09YJC820015）和 2010 年东南大学创新基金项目“人格权商品化中的法律问题研究”（3213050501）资助。

宪法与民法的沟通机制研究

以人格权的法律保护为视角

任丹丽 陈道英 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

宪法与民法的沟通机制研究:以人格权的法律保护
为视角 / 陈道英,任丹丽著. —北京:法律出版社,
2013.9

(东南大学法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5410 - 0

I. ①宪… II. ①陈…②任… III. ①人格—权利—
研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 222196 号

宪法与民法的沟通机制研究

——以人格权的法律保护为视角

任丹丽 陈道英 著

责任编辑 董 飞

装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 6.5 字数 157千

版本 2013年12月第1版

印次 2013年12月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-653828

021-62071010/1636

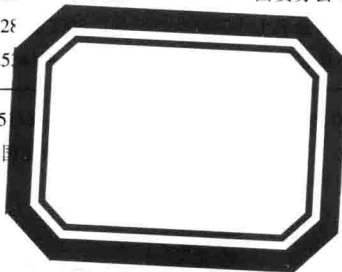
北京分公司/010-625

0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5

0 元

(如有缺页或倒装,中国



目 录

第一章 人格权现有保护中出现的	
问题	1
第一节 人格权延伸中的问题	2
一、死者的人格利益	3
(一) 案例: 保护死者还是生者的	
利益?	3
(二) 分析: 从保护死者到保护生者的	
转变	7
二、胎儿的人格利益	12
(一) 案例: 出生前还是出生后享有	
权利?	12
(二) 分析: 从权利能力到具体权利	13
第二节 人格权与身份权的关系	18
一、悼念权	19
(一) 案例: 是风俗还是权利?	19
(二) 分析: 用人格权保护悼念权	20
二、贞操权	22

(一) 案例:贞操权应否得到保护?	22
(二) 分析:是人格权而非身份权	24
第三节 商品化人格权的问题	28
一、案例:精神损失还是经济损失?	29
(一) 崔永元案:赔精神损失不赔经济损失	29
(二) 张柏芝案:赔经济损失不赔精神损失	30
二、分析:商品化人格权具有更强的经济属性	32
(一) 人格标识商品化后的新特点	32
(二) 关于商品化人格权属性的不同观点	34
(三) 商品化人格权没有改变人格权的属性	35
第四节 参照宪法的判决	36
一、宪法案件	37
二、民事案件	38
(一) 名誉权还是人格尊严(权)?	39
(二) 名誉权还是人身自由(权)?	40
三、分析:宪法案件与民事案件的界限	42
(一) 人格尊严(权)是一种人格利益	43
(二) 人身自由(权)也是一种人格利益	46
第二章 民法里的人格权与人格利益	52
第一节 人格权的类型与一般人格权	52
一、民法对人格权的保护	53
(一) 人格权概念的产生	53
(二) 大陆法系民法对人格权的保护	54
(三) 英美法系民法对人格权的保护	63
(四) 我国民法对人格权的保护	64
二、民法中的人格利益与宪法中的一般人格权	66
(一) 一般人格权的概念起源于德国宪法法院的判决	66
(二) 民法无法完成一般人格权的高度抽象	67

第二节 商品化人格权的法律保护	72
一、商品化人格权扩大了人格权的内涵	73
(一) 商品化人格权的概念及发展	73
(二) 商品化人格权给传统权利二分理论带来的挑战	76
二、我国立法如何应对人格权商品化的趋势	81
(一) 直接引入公开权或商品化权的问题	81
(二) 在人格权体系内部解决商品化人格权问题	84
(三) 拓展知识产权法对商品化人格权的间接保护功能	88
第三节 对人格权立法的简单回应	90
一、人格权的立法模式	90
(一) 以侵权法为主的人格权立法模式	90
(二) 以民事主体制度为主的人格权立法模式	92
(三) 人格权法独立成章模式	92
二、关于我国人格权立法体例的几种观点	93
(一) 人格权应该独立成编说	93
(二) 人格权不能独立成编说	95
(三) 折中说	96
三、人格权应规定在民法总则的民事主体部分	96
(一) 侵权责任法已经为人格利益留有空间	97
(二) 人格权是民事主体制度的核心内容	98
(三) 对人格利益的解释可指向宪法的基本价值	99
(四) 宪法人格权与民法人格权的紧密联系	100
第三章 宪法上的人格权	103
第一节 宪法上的人格权概述	103
一、人格尊严	104
(一) 人格尊严的内涵与外延	104
(二) 人格尊严的特殊性质	107
(三) 我国宪法上的人格尊严及其问题	110

二、生命权	113
(一) 生命权概述	113
(二) 生命权对应的义务主体及义务内容	117
(三) 我国生命权之保护现状	119
三、姓名权	121
(一) 姓名权概述	121
(二) 我国姓名权之保护现状	122
(三) 赵 C 姓名权案	126
四、名誉权	128
(一) 名誉权概述	128
(二) 我国名誉权之保护现状	130
(三) 国家机关的“名誉权”	131
五、隐私权	133
(一) 隐私权概述	134
(二) 隐私权之保护	136
(三) 我国隐私权保护之现状	139
第二节 宪法上的一般人格权	142
一、德国宪法上的一般人格权	143
(一) 德国宪法上一般人格权的产生与发展	143
(二) 一般人格权性质之再厘清	146
二、基本权利的辐射效力	150
(一) 德国的基本权利双重属性理论	150
(二) 基本权利的辐射效力	152
第三节 我国宪法人格权之法律保护	156
一、宪法人格权条款及其不足	156
(一) 宪法人格权体系不完整	156
(二) 《宪法》第 38 条之不足	157
(三) 隐私权条款亟待明确	159

(四)有必要纳入一般人格权条款	160
二、我国宪法人格权之法律保护现状	160
第四章 宪法与民法沟通机制的构建	164
第一节 宪法与民法的关系:分析与反思	165
一、历史维度回顾	165
二、主要问题点及评析	171
(一)民法、宪法与人权保障的关系	172
(二)正确看待宪法权利与民事权利之间的关系	173
(三)母法、公法、根本法、基本法	174
(四)民法究竟是否是国家法	176
(五)正确看待市民社会与政治国家的分离以及公私法 的划分	177
三、宪法与民法关系之澄清	180
第二节 宪法对民法的辐射作用	185
一、理论分析:何以可能?	185
二、实践分析:是否可能?	190
(一)“齐玉苓案”及法释[2008]15号	191
(二)《宪法》第126条中的“法律”	194
(三)合宪性法律解释	195
第三节 宪法人格权条款之重构	198
一、人格尊严条款之重构	198
二、人格权条款之重构	199

第一章 人格权现有保护中出现的问题^①

一般认为,人格权是主体依法所固有的、以人格利益为客体的、维护主体的独立人格所必备的权利。^② 由于人格利益关涉到人的自由、安全和尊严,所以人格权是一种基础性的权利。不但民法需要保护民事主体的人格权免受其他民事主体的侵犯,宪法更需要保护公民的人格权免受公权力的侵犯。因此,宪法和民法两个法学领域都有人格权这一概念,且在具体类型上有所重合。民法里的人格权具体包括姓名权、肖像权、生命权、健康权、名誉权、荣誉权等,在《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)、相关司法解释和《中华人民共和国侵权责任法》(以

① 本章所归纳的几类问题,以民事审判中出现的具体问题为主,仅第四节涉及民事审判中适用宪法的问题。

② 王利明、杨立新、姚辉:《人格权法》,法律出版社1997年版,第5页。

下简称《侵权责任法》)中都有具体规定。《中华人民共和国宪法》(以下简称为《宪法》)里的人格权主要有生命权、姓名权、名誉权、隐私权、信息自决权等。

宪法是一国的根本大法,民法人格权派生、根源于宪法,宪法人格权具有高度抽象性的特点。但是,民法未能明确列举的人格权,在法院审理中遇到法律适用难题又确有保护必要时,宪法学界讨论的是能否适用宪法价值加以解释甚至直接适用宪法,民法学界讨论的是如何对人格权进行更为宽泛合理的界定,似乎泾渭分明。本书立足于解决民事审判中遇到的实际问题,具体分析宪法人格权与民法人格权的内在关系。

第一节 人格权延伸中的问题

人身权延伸保护理论被本书借用来概括死者和胎儿民事权益的保护问题。这两类特殊的主体被民事权利能力理论排除在自然人之外。实践中的案例反复证明,这两类主体似乎存在需要保护的人格利益。

人身权延伸保护理论认为,自然人在其诞生前和消灭后,存在着与人身权利相联系的先期人身利益(法益)和延续人身利益。这种先期和延续的人身利益与人身权利相互衔接,构成自然人完整的人身利益。自然人人身利益的完整性和先期的、延续的人身利益与人身权利的系统性,决定了法律对自然人人身权利的保护必须以人身权利的法律保护为中心,向前延伸和向后延伸,即保护先期人身利益和延续人身利益。只有全面保护人身权利和人身利益,才能够维护自然人人格的完整性和统一性,建立社会统一的价值观,维护社会利益。^①

^① 杨立新、王海英、孙博:“人身权的延伸法律保护”,载《法学研究》1995年第2期。

一、死者的人格利益

2010年正式施行的《侵权责任法》第2条将侵权行为的对象定义为“民事权益”，并详细列举了生命权、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，似乎承认了死者虽不享有权利但一定程度上享有某些利益的观点。但是，在赔偿这一块，《侵权责任法》仅在第16~18条提到丧葬费和死亡赔偿金，仅仅针对被侵权人因为侵权行为致死的情形，可见死者人格利益的保护并没有得以全面承认。

（一）案例：保护死者还是生者的利益？

1. 陈秀琴诉魏锡林、《今晚报》社侵害名誉权纠纷案（荷花女案）：死者享有“名誉权”

1940年，吉文贞以“荷花女”为艺名在天津红极一时，1944年病故，年仅十九岁。1986年2月至6月间，被告魏锡林曾先后三次找到原告陈秀琴（荷花女的母亲）家了解有关荷花女的生平以及从艺情况，同时又给在青岛工作的荷花女之弟去信询问有关荷花女的情况及索要照片。随后，他自行创作完成了名为《荷花女》的小说。该小说使用了吉文贞的真实姓名和艺名，原告陈秀琴在小说中被称为陈氏。小说中虚构了吉文贞从17岁到19岁病逝的两年间，先后同许扬、小麒麟、于人杰三人恋爱、商谈婚姻，并三次接受对方聘礼之事。其中说于人杰已婚，吉文贞“百分之百地愿意”做于人杰的妾。小说还虚构了吉文贞先后被当时天津帮会头头、大恶霸袁文会和刘广奸污而忍气吞声、不予抗争的情节。小说在最后影射吉文贞系患性病打错针致死。同时，该小说虚构了原告陈秀琴同意女儿做于人杰的妾和接收于家聘礼的情节。

小说完稿后,未征求原告等人的意见,作者即投稿于《今晚报》社。《今晚报》自1987年4月18日开始在副刊上连载该小说,每日登出一篇,截至同年6月12日刊登完毕,共计连载56篇。小说连载过程中,原告陈秀琴及其亲属以小说插图及虚构的情节有损吉文贞的名誉为理由,先后两次到《今晚报》社要求停载。《今晚报》社表示,若吉文贞的亲属写批驳小说的文章,可予刊登;同时以报纸要对读者负责为由,将小说题图修改后,继续连载。要求停载未果后,原告于1987年6月向法院起诉,认为小说作者未经原告同意在其创作发表的小说《荷花女》中故意歪曲并捏造事实,侵害了已故艺人荷花女和原告的名誉。

天津市中级人民法院经过了一年多的审理,认为公民享有名誉权,人格尊严受法律保护,公民死亡后,亦不能例外。不保护已死亡公民的名誉权,^①就不能对公民生前的名誉进行有效的保护。小说虽允许虚构,但使用公民真实姓名为小说人物,不顾其人格尊严,虚构原告母女有关道德品质、生活作风等情节,不仅贬低了死者吉文贞的人格,损害了吉文贞的名誉,也必然不同程度地损害其在世亲属的名誉。小说对原告陈秀琴的描写,使其名誉受到损害,并在经济上受到一定损失。被告《今晚报》社在原告陈秀琴两次提出小说《荷花女》损害了其女吉文贞名誉、要求其停载的情况下,仍继续连载,使吉文贞及原告陈秀琴的名誉在更大范围内受到损害。原告陈秀琴在其女儿及本人名誉权受到侵害的情况下,有权提起诉讼。被告魏锡林反诉原告侵害其名誉权没有根据。因此,天津市中级人民法院一审判决原告胜诉,被告应在《今晚报》上连续三天刊登道歉声明,为吉文贞及原告陈秀琴恢复名誉,消除影响,并各自赔偿原告400元。小说《荷花女》不得再以任何形式复印、出版发行。

被告向天津市高级人民法院上诉后,天津市高级人民法院向最

① 本书中的重点符号均为作者所加。

高人民法院发函请示意见。1989年4月12日,《最高人民法院关于死亡人的名誉权应依法保护的复函》答复:“吉文贞(艺名荷花女)死后,其名誉权应依法保护,其母陈秀琴亦有权向人民法院提起诉讼,”但对其母为何享有诉权并未言明。天津市高院认为,“公民死亡只是丧失了民事权利能力,其在生前已经取得的具体民事权利仍应受到法律保护。比如我们对在历次政治运动中遭受迫害致死的人,通过适当方式为死者平反昭雪、恢复名誉即是对死者名誉权的保护;而被处决的死刑罪犯,刑法明确规定剥夺政治权利终身,也从另一个方面说明公民死亡后其生前的民事权利受法律保护。作者魏锡林以虚构事实、散布隐私等方式毁损死者吉文贞的人格,构成侵犯名誉权,故应承担民事责任。当死者名誉权受到侵犯时,可参照文化部颁发的《图书、期刊版权保护试行条例》第十一条关于作者死亡后,其署名等权利受到侵犯时,由作者的合法继承人保护其不受侵犯的规定精神,‘荷花女’之母陈秀琴有权提起诉讼。”^①

分析请示报告中的表述,“为死者吉文贞恢复名誉,向原告陈秀琴赔礼道歉”,“判令被告赔偿原告陈秀琴因治病等受到的实际损失170余元”,“至于因名誉权受到侵害而要求经济赔偿的数额,按照我院第四次民事业务研讨会纪要提出的标准确定400元,总计约600元,由二被告按其责任大小分担”等,二审法院并没有明确指出原告获得的损害赔偿是基于死者名誉权受到损害还是原告自己的名誉权受到损害。结合语境的理解,我们认为对原告名誉权的损害赔偿。本案引发的争议不如后续相关案件大,原因就在于小说《荷花女》所虚构的情节,不但侵犯了荷花女本人的名誉权,也侵犯了荷花女母亲(即原告)的名誉权。本案虽然判决了经济赔偿,却没有解决近亲属能否对侵犯死者名誉权的行为要求精神损害赔偿的问题。

^① 《天津市高级人民法院关于处理〈荷花女〉名誉权纠纷案的请示报告》(津高法[1988]第47号),载《最高人民法院公报》1990年第2期。

2. 李林诉《新生界》杂志社、何建明侵害名誉权纠纷案(李四光案):死者名誉受法律保护

原告李林系著名地质学家李四光之女,诉称被告何建明在《新生界》1995年第3期上发表《科学大师的名利场》一文(以下简称《名利场》),对李四光肆意诋毁,不仅损害了李四光的名誉,也给李四光的亲属造成精神损害。一审法院认定:《名利场》部分内容严重失实,使社会公众对李四光作出贬损评价,已构成了对李四光名誉权的侵害,两被告应承担相应的民事责任,原告李林关于其父李四光的名誉受到侵害的主张,法院予以支持;原告因其父的名誉被侵害而受到精神损害,要求支付精神补偿和经济赔偿费,亦应支持。据此,一审法院判处被告:(1)停止侵害,即发表《名利场》的该期杂志不得再发行;(2)消除影响,在《光明日报》等报纸发表致歉声明,以消除侵害李四光名誉造成的影响;(3)赔偿损失,被告何建明支付原告李林精神抚慰金5000元、赔偿金5000元,被告《新生界》杂志社支付原告李林精神抚慰金5000元。二审法院认定:根据《民法通则》第101条的规定,公民的名誉即使在其死后也不应当受到侵害,如果公民的名誉在其死后受到侵害,其近亲属有权提起诉讼;而《名利场》的发表客观上影响了公众对李四光的公正评价,何建明的行为已损害了李四光的名誉,同时也给李四光之女、被上诉人李林造成了一定的精神痛苦,何建明应当依法承担侵权的民事责任。二审法院据此维持原判。^①

值得注意的是,一审判决中的“名誉权”在二审判决中被替换为“名誉”,说明司法实务对死者能否享有民事权利开始持有更谨慎的态度。究其原因主要有两点:其一,民事诉讼法的诉权制度要求诉讼主体与诉讼理由之间有直接关系。所谓“直接利害关系”,就是指

^① “李林诉《新生界》杂志社、何建明侵害名誉权纠纷案”,载《最高人民法院公报》1998年第2期。

原告必须是为维护自己的利益而诉讼。^①其二,当时的代表性学说认为,公民生前人格权(姓名权、肖像权、名誉权等)死后仍受保护,保护的目的在于维护与死者有关的人和社会的利益。^②李四光名誉(权)遭损导致原告精神痛苦,原告亦有权获得精神损害赔偿。一字之差,关系到保护死者的利益还是保护死者近亲属的利益,反映出司法判决的随意性。

(二)分析:从保护死者到保护生者的转变

关于死者人格利益的保护,最高人民法院一共有五个相关的司法解释,依次为:《最高人民法院关于死亡人的名誉权应依法保护的复函》([1988]民他字第52号,以下简称为《死亡人名誉权复函》)、《最高人民法院关于范应莲诉敬永祥等侵害海灯名誉权一案有关诉讼程序问题的复函》([1990]民他字第30号,以下简称为《海灯案90年复函》)、《最高人民法院关于范应莲诉敬永祥侵害海灯名誉一案如何处理的复函》([1992]民他字第23号,以下简称为《海灯案92年复函》)、《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》(法释[1998]26号,以下简称为《名誉权司法解释》)第5条和《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》(法释[2001]7号,以下简称为《精神损害赔偿司法解释》)第3、7条。

考察以上司法解释,最高人民法院对待死者的人格利益并非遵循同一标准。因荷花女案出台的《死亡人名誉权复函》,保护死者的名誉权。同样是文学作品涉嫌侵犯死者名誉(权),因海灯案出台的

^① 全国人大常委会法制工作委员会民法室:《中华人民共和国民事诉讼法:条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第198页。

^② 佟柔:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1990年版,第98~99页。

两个司法解释,仅仅2年间即采取了两种不同的提法。^①其后《名誉权司法解释》第5条规定“死者名誉受到损害的,其近亲属有权向人民法院起诉”。《精神损害赔偿司法解释》第3条规定了“以侮辱、诽谤、贬损、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式,侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉”,其近亲属遭受精神痛苦向人民法院起诉请求精神损害赔偿的,人民法院应当依法予以受理。^②结合这些解释及其后《最高人民法院公报》公布的唯一关于死者名誉保护的案例——“李四光案”,司法实务已经基本明确死者受保护的仅为“名誉”,保护死者名誉的目的是保护生者的精神利益,使生者请求精神损害赔偿于法有据。

但是,2010年最新修订的《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)第19条规定:“著作权属于公民的,公民死亡后,其本法第十条第一款第(五)项至第(十七)项规定的权利在本法规定的保护期内,依照继承法的规定转移。”^③继承法规定的是财产权利的转移,并在遗产的范围中明确提到“公民的著作权、专利权中的财产权利”。有趣的是,最新的《著作权法》所允许继承的权利类型却突破了著作权中的财产权利,《著作权法》第21条规定:“公民的作品,其发表权、本法第十条第一款第(五)项至第(十七)项规定的权利的保护期为作者终生及其死亡后五十年,截止于作者死亡后第五十年的12月31日。”这些条款是否说明,死者的人身权利在一定程

① 《海灯案90年复函》第2条规定:“海灯死亡后,其名誉权应依法保护,范应莲有权向人民法院提起诉讼。”《海灯案92年复函》规定:“被告行为构成对海灯名誉的侵害,但对范应莲名誉的侵害较轻,可适当承担民事责任。”

② 在海灯案中,一审法院判决敬永祥立即停止对海灯和范应莲名誉的侵害,并向范应莲赔偿损失4000元;二审法院维持一审法院判令敬永祥立即停止对海灯和范应莲名誉侵害的判决,但撤销敬永祥向范应莲赔偿损失4000元的判决。可见在那个时代,司法机关并没有支持死者近亲属的精神损失。

③ 按照《著作权法》第10条,可继承的著作权财产权有复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权、汇编权等。

度上并未随着死亡而消灭呢?

人死亡后能否继续享有人身权,主要有以下几种观点:

1. 死者权利保护说

该说认为,自然人死亡后,仍然可以继续享有某些人身权。死者权利保护说又可继续分为两种观点,一是自然人死亡后民事权利能力仍部分继续存在,^①二是民事权利能力和民事权利可以分离,尽管民事权利能力终于死亡,自然人仍然可以在死后享有某些民事权利。^②

2. 死者法益保护说

该说认为,自然人死亡后,民事权利能力终止,不再享有人身权。但是,死者的某些人身利益(“人身法益”)继续存在,法律应予保护。^③有学者提出的保护死者的“准名誉权”的说法,实质同于此说。^④

3. 亲属权利保护说

该说认为,自然人死亡后,民事权利能力终止,名誉权即告消灭。但是按照中国社会的一般观念,死者名誉的好坏往往会影响其近亲属的评价,因此侵害死者名誉可能同时侵害其亲属的名誉。如果侵

① 民兵:“民事主体制度若干问题的探讨”,载《中南政法学院学报》1992年第1期;郭林、张谷:“试论我国民法对死者名誉权的保护”,载《上海法学研究》1991年第6期。

② 佟柔:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1990年版,第98页;于德香:“析民事权利和民事权利能力可以适当分离”,载《政治与法律》1992年第2期;龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2001年版,第339~340页。

③ 杨立新:《人身权法论》,中国检察出版社1994年版,第273页以下;王利明:《人格权法新论》,吉林人民出版社1994年版,第444~445页;王利明、杨立新:《人格权与新闻侵权》,中国方正出版社1995年版,第344~349页。杨立新教授虽然在其著作中将“法益保护说”和他自己提出的“延伸保护说”并列为不同的学说,但是其实质主张几乎完全一样,不过是将死者保护和胎儿保护一并考察后提出了一个抽象的“人身权延伸保护”理论。

④ 孙加锋:“依法保护死者名誉的原因及方式”,载《法律科学》1991年第3期。