

论可商业化利用的人格权益的范围

王叶刚

(中央民族大学 法学院,北京 100081)

[摘要] 确定可商业化利用的人格权益的范围是人格权商业化利用法律制度的重要组成部分,也是相关人格权商业化利用法律规则的前提和基础。为了扩大个人的自由,应当尽量扩大可商业化利用的人格权益的范围。就正面列举模式与反面排除模式而言,应当选择反面排除模式,即明确排除无法进行商业化利用的人格权益,除此之外的人格权益原则上都可以进行商业化利用。同时,为保护个人的人格尊严,防止人格权的过度商业化利用,原则上应当禁止物质性人格权的商业化利用行为。

[关键词] 人格权;商业化利用;物质性人格权;人格尊严

[中图分类号] D9 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1000-5072(2016)11-0115-08

党的十八届四中全会提出了“编纂民法典”的历史任务,我们要制定的民法典应当体现21世纪的时代特征,体现民法人文关怀的理念。^①民法典在当代最为重要的发展领域是人格权法律制度,有学者甚至主张,从民法角度看,21世纪的民法是人格权的世纪。^②我们未来的民法典一方面需要从正面列举个人所享有的各项人格权益,另一方面需要顺应人格权制度的发展趋势,肯定人格权的积极利用权能。按照既有的共识,我国未来民法典应当对人格权商业化利用法律制度作出规定,但在进行具体的制度设计之前,首先应当划定可以进行商业化利用的人格权益的范围,即明确哪些人格权益可以成为商业化利用的对象。

一、划定可商业化利用的人格权益的范围的必要性

据以讨论的案例:

案例1:“买卖器官案件”:2009年4月至5月间,被告人刘某某伙同杨某某等人,在北京、河南等地招募出卖人体器官的供体。2009年5月13日,在海淀区某医院,刘某某等人居间介绍供体杨某与患者谢某进行肝脏移植手术,收取谢某人民币15万元。按照此前商议,杨某应从中抽取3.5万元,因被克扣了1万元,双方发生争执。^③

案例2:“代孕纠纷案”:2010年,覃某作为代孕需求方与姚某签订了《爱心代孕合作协议》,该协议约定,姚某为覃某代孕生子,且在孩子出生后,姚某不得有打探覃某真实身份资料的行为,覃某则应当按照协议约定向姚某支付代孕报酬16万元。2011年,孩子出生后被覃某抱回家中,姚某要求探望,遭到覃某拒绝,双方为此发生争议。^④

[收稿日期] 2016-05-12

[作者简介] 王叶刚(1987—),男,安徽颍上人,中央民族大学法学院讲师,主要从事民法学研究。

① 王利明《民法典的时代特征和编纂步骤》,《清华法学》2014年第6期。

② 大村敦志语,转引自王利明《我的人格权情结与思索》,《光明日报》2015年12月14日第10版。

③ 张媛《北京首例人体器官买卖案宣判 四人非法经营获刑》,《新京报》2010年9月16日。

④ 广西壮族自治区柳州市城中区人民法院调解书(2011)城中民一初字第838号。

按照学者的观点,商品化是指把原来不属于商业领域的事物转化为商品或者商品的一部分。^①按照此种理解,所谓人格权商业化利用,是指将人格权投入商业领域,使其成为商业利用的对象。据此,上述“买卖器官案件”和“代孕纠纷”均属于对个人的身体以及身体组成部分进行商业利用,其应当属于人格权商业化利用纠纷。上述案件所引发的一个问题是,买卖器官的合同与代孕合同的效力如何?进一步而言,人的身体及其组成部分能否成为商业利用的对象?哪些人格权益可以成为商业化利用的对象?应当如何划定可商业化利用的人格权益的范围?

之所以需要划定可商业化利用的人格权益的范围,主要是基于以下原因:

第一,保护个人人格尊严的需要。个人人格尊严的保护是人格权制度的核心内容。^②人格权法的根本目的就是为了保护个人的人格尊严。^③人格尊严在内容上具有所谓的“积极面向”和“消极面向”,前者是指人格自由发展,后者是指人格尊严不受侵犯,^④二者一般是统一的,即人格的自由发展是人格尊严的重要体现。但二者在特定情形下也会发生冲突,人格自由的过度发展可能会危及个人的人格尊严。人格权法的制度设计应当妥当平衡二者之间的关系。划定可商业化利用的人格权益的范围也涉及人格尊严保护的问题:一方面,肯定部分人格权中包含经济价值,肯定个人有权对其人格权进行商业化利用,是尊重个人人格自由发展的体现,从这一角度而言,应当尽可能扩大可商业化利用的人格权益的范围。但另一方面,如果不对人格权商业化利用的客体范围进行必要的限制,则可能危及个人的人格尊严:在市场经济基本上渗透到了生活方方面面的情况下,各种人格利益都可能会被注入商品化的属性。^⑤如果不对人格权商业化利用的范围进行限制,个人可能基于经济方面的需要而放弃一些基本的人格权益,如生命权、健康权等,这显然不利于个人人格尊严的保护。^⑥例如,在前述“买卖器官案件”和“代孕纠纷案”中,个人可能基于经济方面的需求而在一定程度上放弃其身体权、健康权。因此,妥当划定可商业化利用的人格权益的范围,有利于协调人格自由发展与人格尊严保护之间的关系,从而更好地实现人格尊严这一价值。

第二,有利于准确认定人格权商业化利用合同的效力。合同是人格权商业化利用的重要媒介。从《合同法》第52条的规定来看,合同不得违反法律、行政法规的强制性规定以及社会公共利益,否则应当被认定为无效合同。就人格权商业化利用合同而言,由于我国尚未制定人格权法,《民法通则》关于人格权的规定主要是一种宣示性的确权规定,其并没有具体规定人格权的行使与利用规则,行政法规也极少对人格权商业化利用行为进行正面规范。因此,实践中主要通过公序良俗规则判断人格权商业化利用合同的效力,此种做法存在一定的问题:一方面,通过公序良俗认定合同的效力虽然有明确的法律规则依据(《合同法》第52条第4项),但公序良俗在性质上属于不确定概念,依靠公序良俗规则判断人格权商业化利用合同的效力,可能导致法律适用的不稳定。例如,同样是代孕合同纠纷,有的法院认为代孕合同违反公序良俗,属于无效合同,而有的法院则肯定其效力。^⑦另一方面,通过公序良俗规则判断人格权商业化利用合同的效力主要是一种事后的认定,无法为人们的行为提供事先的指引。因此,我国民法典有必要从正面明确哪些人格权益可以成为商业化利用的对象,这有利于准确认定人格权商业化利用合同的效力,为人们的行为提供明确的指引。

第三,构建人格权商业化利用法律制度的需要。按照学界的共识,我国民法典应当顺应人格权

① 马俊驹《人格和人格权理论讲稿》,北京:法律出版社2009年版,第307页。

② Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi and Patrick O'Callaghan, *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 568.

③ 王利明《人格权法中的人格尊严价值及其实现》,《清华法学》2013年第5期。

④ 陈龙江《人格标志上经济利益的民法保护》,北京:法律出版社2011年版,第200页。

⑤ 古奥乔·瑞斯塔《人格利益商品化——比较法的考察》,国际民法论坛论文集《人格权保护——历史基础、现代发展和挑战》,2010年第127页。

⑥ 刘道云《我国人格权保护的限度》,《东方法学》2011年第3期。

⑦ 杨彪《代孕协议的可执行性问题:市场、道德与法律》,《政法论坛》2015年第4期。

制度的发展趋势,对人格权商业化利用制度作出规定,如规定未经许可对他人人格权益进行商业化利用的损害赔偿、财产损害赔偿与精神损害赔偿的平衡以及对可商业化利用的人格权的授权许可使用机制等问题。^①但进行相关制度设计的前提,是确定哪些人格权益可以成为商业化利用的对象。例如,就侵害人格权的损害赔偿责任而言,对可进行商业化利用的人格权益,可以考虑通过拟制的许可使用费等标准确定受害人的财产损失数额,^②而对无法进行商业化利用的人格权益的侵害,则应当主要采用精神损害赔偿的方式进行救济。^③因此,准确划定可商业化利用的人格权益的范围,也是构建人格权商业化利用法律制度的前提。

二、划定可商业化利用的人格权益范围的方法

关于如何划定可商业化利用的人格权益的范围,学者存在不同的观点,概括而言,主要有如下两种主张:

一是正面列举模式。此种观点认为,只有极少数人格权益可以成为商业利用的对象,因此,立法应当从正面规定哪些人格权可以成为商业利用的对象,除此以外的人格权都不得进行商业化利用。例如,有学者认为,“在所有的人格权类型中,只有标表性人格权适合作为商品化人格权的客体”。^④其主要理由在于,标表性人格权具有“外在于主体”的特征,因此,其属于唯一适合商品化的人格权,其他人格权无法成为商业利用的对象。^⑤还有学者认为,人格权商品化具有有限性,“商品化只是人格权一个促狭和片面的发展趋势”,其只是一个“小概率事件”,“人格权商品化的客体范围有限”,仅姓名、肖像等极为有限的人格符号产生的利益具有商品化的空间,大部分人格利益并不能成为商业化利用的对象。^⑥

二是反面排除模式。此种观点认为,在划定可商业化利用的人格权益的范围时,应当采用反面排除的方式划定,即由法律明确划定哪些人格权益不宜成为商业利用的对象,除此之外的人格权益原则上都可以成为商业利用的对象。例如,有学者主张,除了生命、健康、自由等少数人格权益以外,几乎其他所有的人格权益都可以成为商业利用的对象。^⑦还有学者认为,除了一些内在于人格的权利,如生命、身体、健康、自由等,对其他人格权益而言,权利人都可以有一定的自主权,都可以进行不同程度的商业利用。^⑧

上述两种模式在划定可商业化利用的人格权益的范围时选择了不同的路径:在正面列举模式下,仅有少数法定的人格权益可以成为商业利用的对象;而在反面排除模式下,除少数法定的人格权益不宜成为商业利用的对象外,其他人格权益原则上都可以成为商业利用的对象。反面排除模式所划定的范围显然大于正面列举模式。可见,面对人格权商业化利用现象,反面排除模式的态度较为开放,而正面列举模式的态度则相对保守。

相比较而言,我国民法典应当采用反面排除模式的方式划定可商业化利用的人格权益的范围,主要理由在于:

第一,正面列举模式的妥当性存疑。正面列举模式的主要立论基础在于,仅有少数人格权能够

① 王利明《人格权法研究》(第二版),北京:中国人民大学出版社2012年版,第245页。

② 张红《人格权总论》,北京:北京大学出版社2012年版,第217页。

③ 当然,侵害此种人格权益也可能产生财产损害赔偿,但此种财产损害赔偿不同于侵害可商业化利用的人格权益而产生的财产损害赔偿,二者的法律依据分别为《侵权责任法》第16条与第20条。

④ 瞿灵敏《论商品化人格权》,《东方法学》2014年第1期。

⑤ 瞿灵敏《论商品化人格权》,《东方法学》2014年第1期。

⑥ 黎桦《专属性人格权与财产性人格权分离论》,《湖北社会科学》2015年第10期。

⑦ 王利明《试论人格权的新发展》,《法商研究》2006年第5期。

⑧ 姜新东《人格权商业化利用的能与不能》,《甘肃社会科学》2011年第6期。

成为商业利用的对象,这显然不符合人格权商业化利用制度的发展现状。从比较法上看,两大法系中,可商业化利用的人格权益的范围都呈现出不断扩张的发展趋势。德国法最初仅承认了姓名权、肖像权等极少数类型的人格权,早期的司法判决否定姓名权、肖像权中包含经济价值,^①但后来逐步承认了姓名权、肖像权可以成为商业化利用的对象。^②后为适应可商业化利用的人格权益范围不断扩张的趋势,德国法又通过一般人格权调整人格权商业化利用现象,一般人格权除了对姓名权、肖像权进行补充保护外,^③后又逐渐扩张调整个人的个人信息^④、信件和录音^⑤、声音以及其他一些人格特征^⑥的商业利用行为。美国法通过公开权调整个人人格标志的商业化利用行为。公开权最初仅调整姓名与肖像的商业化利用行为,而随着市场经济的发展,尤其是大众传媒业的发展,公开权的保护范围日益扩展。目前,几乎任何可以识别的人格标志都可以受到公开权的保护,如个人的声音^⑦、口头禅^⑧、曾用名^⑨等,只要具有可识别性,都会受到公开权的保护。

从两大法系人格权商业化利用法律制度的发展状况来看,可以进行商业化利用的人格权益的范围在不断扩展。^⑩我国《民法通则》虽然规定了多种具体人格权类型,确立了相对完善的人格权类型体系。但随着经济社会的发展,一些新型的人格权益也在不断涌现,如有学者主张,声音^⑪、个人信息^⑫等人格利益也包含一定的经济价值,能够成为商业利用的对象。因此,正面列举模式对可商业化利用的人格权益的范围进行封闭式的列举,显然忽视了人格权益不断出现的现状,忽视了人格权商业化利用交易实践的现实需要,其妥当性值得怀疑。

第二,反面排除模式更符合人格权制度的发展趋势。从权利性质层面看,按照传统观点,人格权属于纯粹的精神性权利,并不包含财产价值,而且人格权仅具有消极防御的效力,并不具有积极利用的权能。^⑬与此相对应,传统大陆法系国家的民法也主要通过主体制度与侵权制度调整人格权^⑭,而并没有过多关注人格权的积极利用。例如,《德国民法典》并没有规定独立的人格权制度,其主要通过主体制度以及侵权制度调整人格权法律关系。^⑮但随着经济社会的发展,人格权制度出现了诸多发展趋势:一方面,人格权的内容和承载的价值在出现了多样化的趋势,除精神利益外,部分人格权还包含经济价值。因此,在传统法律制度中,人是一个抽象的法律概念,人的姓名、肖像、身体等,在法律上被视为人的组成部分。^⑯而现在,人不再是抽象的法律概念,人的姓名、肖像、声音等,都是独立于“人”这一主体概念的独立的人格权益,这些人格权益不仅是为了维护个人

① 否定姓名权、肖像权中包含经济价值的判例,参见RGZ 74, 308 - Graf Zeppelin。

② Michael Hartl, *Persönlichkeitsrechte als verkehrsfähige Vermögensgüter*, 2005, S. 45.

③ Münchener Kommentar zum BGB, Rixecker, § 12, Rn. 46.

④ Münchener Kommentar zum BGB, Rixecker, § 12, Rn. 112 - 118.

⑤ Münchener Kommentar zum BGB, Rixecker, § 12, Rn. 130.

⑥ Michael Hartl, *Persönlichkeitsrechte als verkehrsfähige Vermögensgüter*, 2005, S. 50.

⑦ *Waits v. Frito-Lay*, 978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992).

⑧ *Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc.*, 810 F.2d 104 (6th Cir. 1987); *Ali v. Playgirl, Inc.*, 447 F. Supp. 723, 731 - 32 (S. D. N. Y. 1978).

⑨ *Abdul-Jabbar v. General Motors Corp.*, 85 F.3d 407 (9th Cir. 1996).

⑩ Gert Brüggemeier, *Aurelia Colombi Ciacchi and Patrick O' Callaghan, Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 577.

⑪ 杨立新、袁雪石《论声音权的独立及其民法保护》,《法商研究》2005年第4期。

⑫ 王利明《论个人信息权在人格权法中的地位》,《苏州大学学报》2012年第6期。

⑬ Michael Hartl, *Persönlichkeitsrechte als verkehrsfähige Vermögensgüter*, 2005, S. 28.

⑭ 刘召成《人格权主观权利地位的确立与立法选择》,《法学》2013年第6期。

⑮ 如《德国民法典》第12条对姓名权作出了规定,《德国民法典》第823条第1款规定了生命、身体、健康、自由等具有绝对权性质的人格利益,第824条对信用利益的保护作出了规定。

⑯ 例如,姓名权主要是为了表明个人的身份,防止个人身份的混淆(Verwechslung)。BGHZ 91, 117, 120; Palandt/Heinrichs, § 12, Rn. 20.

的精神利益,其也具有经济利用价值。^①另一方面,传统的法律制度主要通过侵权法律制度调整人格权法律关系,其规范重点在于保护个人的人格权益不受第三方的侵害,而且在遭受侵害后,主要通过精神损害赔偿制度对受害人进行救济,而没有肯定侵害精神性人格权益的财产损害赔偿赔偿责任。^②但现在,人格权法律制度不仅强调保护人格利益不受第三方的非法侵害,其更强调对人格利益的商业化利用以及未经许可利用时的经济补偿。^③可见,人格权逐渐具有积极利用的权能,其主观性权利的特性日益凸显。我国未来人格权法律制度也应当顺应人格权制度的这一发展趋势,在划定可商业化利用的人格权益的范围时,应当在不损害个人人格尊严的前提下,尽量认可与扩大个人对其个人权益的积极利用。与正面列举模式严格限定可商业化利用的人格权益范围的做法相比,反面排除模式则普遍地肯定了个人积极利用其人格权的权利,此种做法更符合人格权制度的发展趋势。

第三,反面排除模式更有利于人格尊严价值的实现。在进行人格权法的制度设计时,人格自由发展的价值与人格尊严不受侵犯的价值原则上应当并重,即既要保障人格尊严不受侵害,又要尽可能保障个人人格的自由发展。人格权商业化利用本身体现了对个人人格自由发展价值的尊重,在划定可商业化利用的人格权益的范围时,相比较而言,反面排除模式更有利于人格权法人格尊严价值的实现。在正面列举模式下,仅有极少数人格权益具有商业利用的可能,这虽然有利于保障个人人格尊严不受侵害,但却从源头上限制了个人对其人格权的积极利用,显然忽略了人格自由发展的价值。而反面排除模式则能够很好地兼顾人格尊严保护与人格自由发展的关系,可以在尽可能大的范围内实现人格尊严价值:一方面,反面排除模式可以明确将部分人格权益排除在商业化利用的范围之外,这有利于从源头上防止人格权过度商业化利用行为,从而在事实上发挥保护个人人格尊严安全阀的作用。另一方面,在反面排除模式下,只要相关的人格权益没有被明确排除,则其都可以成为商业化利用的对象,这有利于个人人格的自由发展。可见,反面排除模式能够更好地协调人格自由发展与人格尊严保护之间的关系,更有利于人格尊严价值的实现。

三、反面排除模式下可商业化利用的人格权益范围的具体划定

如前所述,我国未来民法典应当采用反面排除模式划定可商业化利用的人格权益的范围,这就需要进一步明确:哪些人格权益不宜成为商业化利用的对象?本文认为,对反面排除模式而言,在判断是否应当禁止对某一人格权益进行商业化利用时,主要标准应当是看其商业化利用是否会导致人格权的过度商业化利用,是否会影响个人的人格尊严保护和主体地位。例如,如果允许个人对其身体权、健康权进行商业化利用,可能会使个人基于经济方面的需要而放弃自己的身体权、健康权,这显然不利于对个人人格尊严的保护,因为“以市场为导向的无形财产权的创造将不可避免地对抗个体的人格并将其人格交由第三人来处置”。^④因此,原则上应当禁止身体权、健康权的商业化利用。

关于反面排除的具体范围,我国学者的主张虽稍有差别,^⑤但一般都认为,原则上应当禁止物质

① 古奥乔·瑞斯塔《人格利益商品化——比较法的考察》,国际民法论坛论文集《人格权保护——历史基础、现代发展和挑战》,2010年第127页。

② BGHZ 26, 349 - Herrenreiter.

③ 古奥乔·瑞斯塔《人格利益商品化——比较法的考察》,国际民法论坛论文集《人格权保护——历史基础、现代发展和挑战》,2010年第127页。

④ 姚辉《人格权法论》,北京:中国人民大学出版社2011年版,第395页。

⑤ 如有学者认为,不得进行商业化利用的人格权益为生命、身体、健康、自由,有的学者主张为生命、健康、自由,还有学者主张为健康、生命。分别参见姜新东《人格权商业化利用的能与不能》,《甘肃社会科学》2011年第6期;王利明《试论人格权的新发展》,《法商研究》2006年第5期;马俊驹《人格和人格权理论讲稿》,北京:法律出版社2009年版,第308页。

性人格权的商业化利用行为。物质性人格权是自然人对于物质性要素的不可转让的支配权,其包括生命权、身体权、健康权,物质性人格权存在于生命的有机体之中,不得成为商业利用的对象。^①此种观点值得赞同,与精神性人格权存在于无形的精神价值之中不同,物质性人格权存在于生命有机体之中,^②其难以与主体相分离,客观上难以成为商业利用的对象,允许物质性人格权成为商业化利用对象,可能危及个人的主体地位。

具体而言,按照反面排除模式,不得成为商业化利用对象的人格权益主要有以下几种:

1. 生命权。虽然可进行商业化利用的人格权益的范围在不断扩大,但应当禁止生命权的商业化利用行为,主要理由在于:一方面,生命权具有人身专属性,无法与主体相分离,无法成为商业利用的对象。人格权商业化利用在一定程度上松动了人格权的专属性特点,部分人格权益可以与主体发生一定程度的分离,这也是人格权商业化利用的前提。但生命权具有很强的人身专属性,“在任何时间都无法与民事主体相脱离”^③,客观上无法成为商业交易的对象。另一方面,生命权在价值位阶上处于最高地位。生命权是其他人格权益赖以存在的基础,也是个人主体资格存在的前提,^④其价值高于其他人格权益,也高于其他物质利益,任何时候都不应当出于经济需要而牺牲个人的生命。^⑤因此,学者一般将生命权排除在可商业化利用的范围之外。^⑥

2. 健康权。健康权是公民以其身体的生理机能的完整性和保持持续、稳定、良好的心理状态为内容的权利。^⑦与生命权一样,健康权作为物质性人格权,也具有内化于主体的特点,具有很强的人身专属性,无法与主体相分离,一般难以成为商业利用的对象。但在特殊情形下,权利人可以许可他人对自己的健康权进行利用,最为典型的情形就是人体医学试验。所谓人体医学试验,是指为改善或开发医疗技术,增进医学知识而在人身上进行的药品、医疗技术或医疗器械的试验。^⑧人体医学试验一方面有利于推动现代医学发展,对于增进人类整体福祉具有重要意义,但另一方面,其也可能危及个人的生命、健康,为平衡二者之间的关系,各国法律大多要求人体医学试验应当经权利人同意,^⑨我国相关立法也要求,医学试验应当经权利人同意。^⑩

但问题在于,法律是否应当允许基于商业目的的人体医学试验?换言之,个人是否有同意参加此类人体医学试验的能力?该同意行为是否有效?本文认为,原则上应当禁止健康权的商业化利用行为,主要理由在于:如前所述,医学试验以人的身体、健康为对象,这在一定程度上已经影响了个人身体权、健康权的保护,医学试验的正当性基础之一在于,此种试验的目的是为了推进医学进步,增进人类福祉。但对于基于商业目的的人体医学试验而言,其虽然也可能有利于推进相关领域的医学进步,但个人在参加此类人体医学试验时,除了要承受医学技术方面的风险外,还需要承受相关的基于商业目的而产生的人为风险,其健康权受侵害的可能性较大,这使得个人很可能沦为商业利益的牺牲品。^⑪也就是说,在健康权的商业化利用中,人“沦为客体”的可能性较大,为了保护个人的人身权益,维护个人的主体地位,原则上应当禁止健康权的商业化利用行为。

① 马俊驹《人格和人格权理论讲稿》,北京:法律出版社2009年版,第201、251—254页。

② 马俊驹《人格和人格权理论讲稿》,北京:法律出版社2009年版,第201页。

③ 王利明《人格权法研究》(第二版),北京:中国人民大学出版社2012年版,第271页。

④ 姜新东《人格权商业化利用的能与不能》,《甘肃社会科学》2011年第6期。

⑤ 姜新东《人格权商业化利用的能与不能》,《甘肃社会科学》2011年第6期。

⑥ 马俊驹《人格和人格权理论讲稿》,北京:法律出版社2009年版,第308页。

⑦ 王利明《人格权法研究》(第二版),北京:中国人民大学出版社2012年版,第328页。

⑧ 侯雪梅《人体医学试验中受试者知情同意权研究》,《西部法学评论》2015年第5期。

⑨ 例如,《赫尔辛基宣言》第22条规定“有行为能力的人作为受试参加医学研究必须是自愿的。虽然征询家庭成员或社区领导人的意见可能是合适的,但除非有行为能力的受试本人自由同意,否则他/她不可以被征召参加医学研究。”

⑩ 例如,《药品临床试验管理规范》第8条规定“在药品临床试验的过程中,必须对受试者的个人权益给予充分的保障,并确保试验的科学性和可靠性。伦理委员会与知情同意书是保障受试者权益的主要措施。”

⑪ 刘学民《临床试验受试者知情同意权的民法意象》,《湖北警官学院学报》2014年第8期。

3. 身体权。身体权是自然人对其肢体、器官等的支配权。^① 随着科学技术的发展,人的身体的组成部分与个人的可分离性正在逐渐增强,人身产品(products of the body)的种类也在逐渐增加,如以个人敏感信息为载体的生物标本、DNA样本及相关产品的种类正在日益增加。对于身体权商业化利用现象,有学者主张,应当对这种发展趋势进行一定的控制,即设置一定的法律规则,控制可商业化利用的人格特征或者人格标志的范围,防止个人“客体化”、“工具化”,阻止财产法规则在人身权领域的全面运用,从而维护个人的人格尊严。^② 一些国家的立法和判例也注意到了人格标志商业化利用客体扩张的趋势,并已开始对这一趋势进行控制,值得我国借鉴。例如,法国1994年在对《法国民法典》进行修订时,增加了相关规定,对人格权商业化利用行为进行了限制,以维护个人的主体性和人格尊严。例如,依据修订后的民法典第16条的规定,个人的身体无法成为交易的对象,个人身体的组成部分以及个人身体组成部分的产品,都不能成为交易的对象;^③同时规定当事人达成的转让人身权利的合同或者协议,应当被宣告无效。^④ 按照上述规定,物质性的人格权益,如以个人生命、健康、身体等为内容的人身权益,不允许进行商业化利用,此种人格权益在性质上属于纯粹的精神性权利,在效力上也仅具有消极防御效力,个人无法积极利用此类人格权益。

如前所述,美国法上公开权的客体范围在不断扩张,但其也否定个人身体部位或者组织可以成为商业利用的对象。例如,在Moore v. The Regents of the University of California案中,被告未经原告允许而将原告的细胞用于医学研究,原告主张被告的行为违反了医师的信息披露义务,按照法律规定,医师在采取医疗措施时应当向患者披露相关的信息,并且应当征得患者的同意,而被告在对原告采取相关措施并且用原告的细胞进行医学研究时并没有向原告披露相关的信息,原告主张医师违反了信息披露义务,并侵害了其对其细胞享有的权利,法院认为,出于保护医学研究的目的,即使个人的细胞与个人发生分离,个人也无法对其享有所有权(ownership)。^⑤ 这一案件虽然是医疗纠纷案件,法院基于保护医学研究的目的驳回了原告的请求,但该案也确立了一项原则,即个人不得对其身体部位或者组织主张财产权,换言之,个人的身体组成部分或者组织无法成为人格权商业化利用的对象。

人的身体及其组成部分虽然在客观上可以进行商业化利用,但“人是目的,而非工具”这一道德律令要求我们应当控制身体权的商业化利用行为,人的身体不应当成为谋利的工具。法律应当设置相关的禁止性规定,禁止身体权的商业化利用,这可以将前述道德律令转换为具有拘束力的法律规则,从而发挥保护个人身体权阀门的作用。实践中出现的代孕问题,实质上是身体权的商业化利用,应当被法律禁止,法律不能出于一时的现实需要而打开这一阀门,否则可能导致人的物化、客体化,危及个人的人格尊严,也会引发相关的伦理问题。

四、我国未来民法典相关规则的设计

基于前面研究,我国未来民法典在划定可商业化利用的人格权益的范围时,应当选择反面排除的立法模式,明确排除无法进行商业化利用的人格权益的范围,除此之外的人格权益,原则上都可以成为商业化利用的对象。具体而言,可以将相关规则作如下设计:

“生命权、健康权、身体权以及按照其性质不宜进行商业化利用的人格权益,不得成为商业利用

① 张俊浩《民法学原理》,北京:中国政法大学出版社1997年版,第143页。

② 古奥乔·瑞斯塔《人格利益商品化——比较法的考察》,国际民法论坛论文集《人格权保护——历史基础、现代发展和挑战》,2010年第135页。

③ 修订后《法国民法典》第16—1条第3款规定“人体、人体各组成部分及人体所生之物,不得作为财产权利之标的。”

④ 修订后《法国民法典》第16—5条规定“任何赋予人体、人体各部分以及人体所生之物以财产性价值的协议,均无效。”

⑤ Moore v. The Regents of the University of California (51 Cal. 3d 120; 271 Cal. Rptr. 146; 793 P.2d 479), cert. denied 499 U.S. 936 (1991).

的对象。”关于该规则,需要说明的有以下两点:

第一,该规则在性质上属于强制性规范,当事人不得排除适用。该规则禁止生命权、身体权、健康权以及其他类似人格权益的商业化利用,其根本目的在于保护个人的人格尊严,维护个人的主体地位,该规则在性质上应当属于强制性规范,当事人不得排除适用。当事人如果违反该规则,订立相关的人格权商业化利用合同,则该合同将因违反法律的强制性规定而应当被宣告无效。

第二,该规则具有一定的开放性,能够适应社会的发展需要。随着社会的发展,新型的人格权益将不断出现,在通过反面排除模式划定可商业化利用的人格权益的范围时,应当保持规则的开放性,因此,上述规则使用了“按照其性质不宜进行商业化利用的人格权益”这一表述。当然,在确定某种人格权益能否进行商业化利用时,应当采用“同类解释”的规则,即只有与生命权、身体权、健康权的性质与地位相当的人格权益,才属于此处“按照其性质不宜进行商业化利用的人格权益”^①。

五、结 论

基于前述的论述,本文拟得出如下研究结论:

第一,我国未来民法典在划定可商业化利用的人格权益的范围时,应当采用反面排除的立法模式,明确将不宜进行商业化利用的人格权益排除在外,其他的人格权益原则上都应当可以成为商业化利用的对象。

第二,在反面排除模式下,为了保护个人的人格尊严,维护个人的主体地位,原则上将生命权、健康权、身体权等物质性人格权以及处于同等重要地位的人格权益排除在商业化利用的范围之外。当然,即便对于可进行商业化利用的人格权益而言,基于保护个人的人格尊严等需要,其商业化利用的方式也应当存在一定的限制,如个人商业化利用其人格权益不得损害公共利益、不得违反善良风俗等。

第三,我国未来民法典关于可商业化利用的人格权益范围的规定在性质上属于强制性规范,当事人违反该规范订立人格权商业化利用合同的,相关的合同应当被宣告无效。例如,本文开头所提及的“买卖器官案件”和“代孕纠纷案”,就当事人所签订的器官买卖合同和代孕合同而言,在本文的研究结论下,其应当属于无效合同,不能产生当事人所预期的效力。

[责任编辑 李晶晶 责任校对 王治国]

^① 例如,学界所主张的“贞操权(性自主决定权)”等人格利益,由于其也直接关乎个人人格尊严保护,也应当将其排除在商业化利用的范围之外。

The Practical Dilemma and Its Cracking on the Necessity of Censorship for Arrest Detention

YING Qi

Procedural Law Research Institute , China University of Political Science and Law Beijing 100088 , China

Abstract: The necessity of censorship system for arrest detention was an important innovation in China’s criminal proceedings , while it had not reached its expected effect for cognitive mistakes and the unreasonable system design. This system need to be adjusted in many ways. For the censorship power on arrest detention , it should be deemed as a natural extension of the power of approval to arrest. For the censorship subject , the necessity of censorship on arrest detention should be attributed uniformly to the investigation and supervision department of the Procuratorate. For the censorship procedure , the detention term should be re-regulated , the periodical censorship should be switched to review from time to time , more attention should be put on the detainees’ danger to society on the basis of evidence , prison term and the function of coercive measures , hearing method should be gradually expanded to more cases , and the power to directly remove the custody measures should be given to the procuratorial organs.

Key words: arrest; detention; procuratorial organs; the necessity of censorship system

On the Range of Commercially Viable Personality Rights

WANG Ye-gang

Law School ,Minzu University of China Beijing 100081 , China

Abstract: Determining the range of the commercially viable personality rights and interests is an

important part of the commercial appropriation of personality rights , which is also the premise and basis of some rules of the commercial appropriation of personality rights. In order to expand individual freedom , we should maximize the range of commercially viable personality rights and interests. On the positive list mode and reverse exclusion mode , we should choose the reverse exclusion mode , that is to explicitly exclude the personality rights and interests which can not be put into commercial appropriation , and the additional personality rights and interests in commercial viable. At the same time , in order to protect human dignity and to prevent excessive commercial use , material personality rights should be prohibited from commercial appropriation.

Key words: personality rights; commercial appropriation; material personality rights; human dignity

On the Application of Criminal Law and Punishment of Defrauding Export Tax Rebates

CHEN Jian-qing

Law School , South China University of Technology Guangzhou 510006 , China

Abstract: If a taxpayer adopts the deceptive means to obtain a tax refund , his behavior will conform to the constitution of the crime of tax evasion. If he cheated more than the part of the tax paid by the tax , his behavior has double characteristics of several crimes and a crime. Because the characteristic of several crimes is more obvious , the combined punishment for several crimes is more reasonable.

Key words: the crime of defrauding export tax rebates; the crime of tax evasion; defraud tax money after tax; pure tax fraud; combined punishment for several offenses

[责任编辑 丛 敏]