

自然人人格标识商业利用民事权利的创设与保护

于 晓

(山东政法学院 民商法学院,山东济南 250014)

摘要:在我国民法典的编纂过程中,是否应为自然人人格标识商业利用创设民事权利,民商法学界存有争议。研究表明,为自然人人格标识商业利用创设民事权利具有正当性,所创设的权利名称可为自然人人格标识商业利用权。建议将自然人人格标识商业利用权纳入民法典财产权体系,并运用绝对权和相对权模式予以保护。

关键词:人格标识;商业利用;民事权利;创设与保护

中图分类号:D913.4 文献标志码:A 文章编号:1009-8003(2017)01-0061-09

随着科学技术的日新月异和市场经济的深入发展,自然人人格标识商业利用现象愈加明显地出现在我国民法学者的视野当中。自然人人格标识商业利用,是指将特定自然人人格标识与具体的商业活动相结合以牟取财产利益的活动。如何为自然人人格标识商业利用创设相应的民事权利,^①对这种新出现的权利如何进行保护,这是当前我国民法典编纂中亟需解决的问题。本文就此谈点看法,以期对我国自然人人格标识商业利用民事权利的实现有所裨益。

一、自然人人格标识商业利用民事权利创设的正当性

为自然人人格标识商业利用活动创设的民事权利,就权利种类而言,属于绝对权。根据民法原理,绝对权可以相对于权利人以外的每一个人产生效力,即任何一个人都必须尊重此项权利。因而,每一种绝对权的诞生,都意味着新的义务的增设。几乎所有的绝对权,在其产生之初,理论界都必须证明该权利的正当性。^②美国公开权在创设之初及发展过程中司法实践及学说为其存在的合理性所作出的论述,就是较好的例证。在我国,为自然人人格标识商业利用活动创设民事权利,必须具备法政策上的必要性和法技术上的可能性。如果欠缺法政策上的必要性,则没有创设该权利的必要;如果欠缺法技术上的可能性,则该权利在其逻辑架构上便难以自圆其说,并在现实生活中无法发挥其调整作用。

(一) 法政策上的必要性

在我国,为自然人人格标识商业利用活动创设民事权利,有其法政策上的必要性,这种必要性来源于相关商业活动的需要及我国民事法律规范中相关权利制度的缺位。在我国,随着市场经济的发展及科技的进步,自然人人格标识具有了商业利用的可能性,亦即自然人的人格标识已经具有了商业利用价

收稿日期:2016-12-05

基金项目:本文系山东政法学院科研计划项目《我国自然人人格标识商业利用民事权利的创设与保护研究》(2016F07B)的结题成果。

作者简介:于晓(1985-),男,山东济南人,法学博士,山东政法学院民商法学院讲师,民商事法律与民生研究中心研究人员,研究方向:民商法、知识产权法。

①权利和义务是民法用来规划人与人之间的法律地位的基本工具。参见[德]迪特尔·施瓦布《民法导论》,郑冲译,北京:法律出版社2006年版,第133页。

②正当性是指事物处于具有合规律性、合道德性和合法性或三者至少居其一的状态或性质,是对人的认识、行为和人类制度等人的活动与规律、规范之间相互联系的状态或性质的判断。参见蒋开富《正当性的语义学与语用学分析》,载《广西社会科学》2005年第5期。

值。自然人人格标识商业利用价值,产生于商业活动主体对于自然人人格标识的需求。随着第二、第三产业的日益繁荣,具有同质性的商品或服务大量出现在市场上,商事主体之间的竞争因而空前激烈。如何能够在众多竞争者中脱颖而出,如何能够充分利用相关商业资源以区分同质性的商品、服务或商事主体,为市场经营者最关心的事情。而人格标识本身的属性及功能,恰恰能够帮助商品、服务或特定商事主体提升市场竞争力,也能够具有同质性的商品、服务或商事主体之间产生区分作用。就其属性而言,自然人人格标识为特定自然人人格要素的外化符号,具有可支配性,因而在市场经济条件下可以成为具有财产价值的商业资源。就其功能而言,人格标识不仅具有对商品、服务或商事主体的荐证功能,还具有对商品、服务或商事主体的区分功能。前者有助于商品、服务或商事主体市场竞争力的提升,后者有助于对商品、服务或商事主体进行区分。由此可见,我国市场经济的发展,已经为自然人人格标识市场供需状态的形成提供了基础。

在现实生活中,我国自然人人格标识商业利用活动可概括为三种类型:第一,自然人人格标识的直接商品化,即将人格标识制作成商品予以销售的活动。例如,绍兴越王珠宝金行曾将鲁迅的肖像制作成圆形和方形肖像金卡礼座进行销售。^①第二,将自然人的特定人格标识用于促销商品、服务或提升企业形象。这类活动至少表现为以下三种情况:一是将自然人的人格标识用于商业广告宣传。这种情况在自然人人格标识商业利用活动中最为常见。为了满足进一步规范广告活动、促进广告业健康发展和保护消费者利益的需要,2015年第十二届全国人大常委会第十四次会议修订的《中华人民共和国广告法》第2条第5款对“广告代言人”作出了规定:“本法所称广告代言人,是指广告主以外的,在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明的自然人、法人或者其他组织。”其中,自然人作为广告代言人,其对商品或服务的推荐,一般以特定人格标识作为媒介。因此,自然人的人格标识,便有了对商品或服务的推荐或证明作用。二是将自然人人格标识用于商业性文化娱乐作品的素材。如在“蒋友柏与周为军、江苏人民出版社有限公司、北京凤凰联动文化传媒有限公司肖像权侵权纠纷案”中,^②法院经审理认为,《悬崖边的贵族蒋友柏:蒋家王朝的另一种表达》一书在封面及内文中所使用的蒋友柏及其与家属的21张照片,对该书的营销起到了宣传、促进作用,作者对这些照片的使用,具有一定的营利目的。三是将自然人的特定人格标识用于提升企业的形象。如在“黄某甲、黄某乙等与湖南养天和大药房企业集团有限公司姓名权纠纷案”中,成立于2002年的养天和集团,在其企业宣传中,使用了“发端于清光绪34年,黄某午先生在长沙八角亭开始的养天和药局”等涉及黄某午父子姓名及“养天和药局”经营业绩的资料。这些资料的使用,对于不知情的消费者而言,会误以为新成立的养天和大药房企业集团有限公司与已故黄某午先生所创立并经营了逾半个世纪的“养天和药局”具有一脉相承的关系,从而在消费者心目中树立了崇高的形象。第三,将自然人人格标识用于工商业标记,以指示商品或服务的来源,或将自然人人格标识用于工商业企业名称的一部分,以区分商事主体的目的。自然人人格标识为自然人人格特征的外化符号,该符号具有区分不同自然人的作用。既然自然人人格标识可以对不同的自然人进行区分,那么这种区分功能也可以转移适用于对商品、服务或商事主体的区分。这种情况可以从我国《反不正当竞争法》第5条第(3)项中解读出来。我国《反不正当竞争法》第5条第(3)项将擅自使用他人姓名引人误认为是他人商品的行为视为不正当竞争行为的手段之一。由此可以看出,特定人格标识可以起到指示商品或服务来源或区分不同商事主体的作用。现实生活中,以自然人人格标识作为工商业标记的情形比比皆是,以自然人人格标识作为企业名称一部分的情况也层出不穷。于前一种情形,风靡济南的“薛记炒货”即为一例。“薛记炒货”用于其产品之上的商标,主体部分为其创始人薛兴柱的免冠肖像,肖像之下为其姓名“薛兴柱”三字。该商标经过长期使用,已经在济南人心中留下了深刻的印象。于后一种情形,“李阳疯狂英语教育集团”和“山木教育集团”,皆以其创始人的姓名(或姓名的一部分)为企业名称的组成部分,将“李阳”和“山木”作为企业名称的组成部分,在商业实践过程

①参见《最高人民法院关于周海婴诉绍兴越王珠宝金行侵犯鲁迅肖像权一案应否受理的答复意见》(〔1998〕民他字第17号)。

②参见蒋友柏与周为军、江苏人民出版社有限公司、北京凤凰联动文化传媒有限公司肖像权侵权纠纷案(浙江省西湖区人民法院〔2010〕杭西民初字第1579号)。

中起到了良好的区分商事主体的效果。除了上述较为典型的情况之外,随着网络技术的进步,自然人的特定人格标识,还可以作为网络域名的一部分。这种情况见之于“岳彤宇诉周立波网络域名不正当竞争纠纷案”中。该案中,涉案域名的核心部分“zhoulibo”与周立波姓名的拼音形式完全相同,周立波的姓名已因其商业性演出具有较高的知名度,而“zhoulibo”是被告周立波姓名拼音的表现形式,两者具有一一对应的关系,因而,以拼音为表现形式的姓名,仍可认定为周立波的人格标识。

通过以上分析可以看出,在我国,自然人人格标识商业利用活动,已经成为商事实践的有机组成部分。由自然人人格标识商业利用活动所形成的供需关系,已经体现为一种市场关系。商事主体或欲将特定人格标识用于相关商品的生产销售,或欲将特定人格标识用于商品或服务的促销,或欲将特定人格标识用于提升企业的知名度,或欲将特定人格标识作为工商业标记或企业名称的一部分,甚或欲将特定人格标识用于网络域名,并欲取得针对特定人格标识的相对稳定的商业利用地位以增强其市场竞争力;自然人人格标识的归属人欲将其特定人格标识的商业利用价值转化为现实的财产利益,其继承人亦欲在不违背已故自然人人格标识归属人明示或可推知的意思的情况下取得对其人格标识的专属性商业利用地位。与此同时,在现实生活中,还存在着大量不法商业利用他人人格标识的行为。而我国现行立法却将自然人人格标识商业利用活动纳入人格权的调整范围,并将自然人人格标识商业利用活动所体现的利益归为人格利益。^①司法实践中,主流的见解与立法见解并无二致。立法和司法实践当中的上述做法,仅能对不法商业利用他人人格标识的行为有限度地进行规制,但却无法真正地反映自然人人格标识商业利用活动所体现的利益属性,无法切实满足相关当事人的利益诉求,亦无法正向地对该活动进行指引。因此,重新为自然人人格标识商业利用活动创设权利,将所创设的权利正确地定位于我国民事权利体系,并为该权利的许可、流转及保护设定相关规则,在法政策上具有相当的必要性。

(二) 法技术上的可能性

为自然人人格标识的商业利用活动创设民事权利,除了需要具有法政策上的必要性,还须具有法技术上的可能性。为自然人人格标识商业利用活动创设一种绝对权,就法技术而言,所创设的权利在其架构上必须具有完整性,即权利的主体、客体和内容须能够从该项活动中得以抽象。笔者通过对自然人人格标识商业利用活动进行观察,结合我国学说中的相关设计,并参考美国公开权的形成及发展过程,发现这种法技术上的要求完全可以通过对该项活动的抽象而得到满足。

第一,为自然人人格标识商业利用活动创设的民事权利,其主体包括原始主体和继受主体。此外,在自然人人格标识绝对权性质的许可使用中,被许可人在许可使用的期间和范围内,也取得针对特定自然人人格标识的排他性或独占性商业利用地位。为自然人人格标识商业利用活动创设的民事权利,其原始主体为自然人人格标识的归属人,即为相关人格标识所指示人格的人。关于该权利的原始主体,我国学说上有争议的是,该原始主体是否以“名人”为限。诚然,名人的人格标识因其知名度和影响力相挂钩,对商品或服务的促销,或对商事主体形象的提升有巨大的积极作用。但自然人人格标识的商业功能不仅仅体现于对商品或服务的促销上,还体现于对商品、服务或商事主体的区分上。就后一种功能而言,每一个自然人都有其不同的人格特征,作为人格特征的外化符号的人格标识,其区分功能并不因其归属人是否为名人而有差别。薛兴柱、李阳等在创业之时皆非名人,但其人格标识在区分功能的发挥上丝毫不逊色于名人的人格标识。仅就自然人人格标识的促销功能而言,自然人人格标识的促销功能,表现为对商品或服务的推荐和证明功能。其中,证明功能的发挥过程为:自然人的特定人格标识表达着该自然人的特定私人信息,而此私人信息能够证明特定商品和服务的优良质量,相关消费者出于对该人格标识所表达的私人信息的信任,而购买此产品或接受此服务。因此,就自然人人格标识证明功能的发挥而言,只要自然人的特定人格标识能够体现商品或服务的优良质量,则相关自然人是否为名人并不重要。在现实生活中,非名人的人格标识也并非没有推荐功能。在笔者搜集到的针对肖像的不法商业利

^①这一点突出体现于我国《侵权责任法》第20条的规定。

用案件中,将非名人的肖像用于广告宣传的,即有17个。^①由此可以看出,无论从理论上还是实践中,自然人人格标识的归属人是否为名人,其人格标识皆有商业利用价值,因而两者都应当为该权利的主体。为自然人人格标识商业利用所创设的民事权利,其基本属性为财产权,因而具有可转让性和可继承性。由此可见,该权利的继受主体,包括该权利的受让人和继承人。

第二,为自然人人格标识商业利用创设的民事权利,其客体为自然人的人格标识。自然人的人格标识,为其人格要素的外化符号,独立于特定自然人的人格,属于手段范畴而非目的范畴。因此,自然人的人格标识可为人力所支配,在市场经济条件下具有商业利用价值,为可资商业利用的财产性资源。自然人人格标识具有三种属性的功能。第一性的功能,为指示特定自然人人格的功能。特定自然人通过此种功能的发挥来彰显其民事主体资格,参与民事活动,享受民事权利并承担民事义务。因此,此种功能具有人格属性,是否发挥该功能以及如何发挥该功能的意思决定力为标表型人格权或以人格标识为客体的一般人格权的权能,而非人格标识商业利用权的权能。第二性的功能,为对商品或服务的促销功能,表现为对商品或服务的荐证功能和对商事主体形象的提升功能。对商品或服务的促销功能的发挥,尚需以自然人人格标识为媒介,将商品、服务或商事主体与特定自然人的知名度、影响力或私人信息相结合。第三性的功能,为对商品、服务或商事主体的区分功能。该功能的发挥完全取决于自然人人格标识本身对事物的区分能力,而无须与特定自然人的人格相联系。

可作为该权利客体的自然人人格标识,在美国公开权立法及司法实践中见解不一。有的仅仅包括姓名和肖像,有的包括一切对特定自然人人格具有指示作用的人格标识。笔者认为,在我国相关的立法中,应采概括加列举的模式。概而言之,能够作为该民事权利客体的自然人人格标识,包括一切能够与自然人人格要素相分离、以特定符号所表达、能够指示特定自然人人格并可资商业利用的形式。如此概括,在内涵上能够体现该民事权利客体的本质属性及特征,在外延上能够涵盖一切该民事权利客体的具体表现形式,从而为自然人人格标识商业利用活动及相关司法实践提供广阔的空间。具体言之,可以列举以下四种典型的自然人人格标识,为自然人人格标识商业利用活动及司法实践提供范例:一是姓名;二是肖像;三是以特定符号表达的私人信息;四是以特定符号记载的特定自然人的声音。

第三,为自然人人格标识商业利用活动创设的民事权利,其内容为权利人对特定人格标识的独占性商业利用决定权能。这种决定权能的发挥因主体的相异而受有不同的限制。就自然人人格标识的原始主体而言,这种决定权能的发挥受“禁止权利滥用”原则的限制。其一,该决定权能的发挥应当遵守法律,不得违反法律强制性及禁止性的规定;^②其二,该决定权能的发挥应当尊重社会公德,不得损害社会

①这17个案例分别为:周庆、刘俊诉浙江中都百货有限公司肖像权纠纷案(浙江省上城区人民法院[2010]杭上民初字第849号);张倩与团结公司肖像权纠纷案(江苏省白下区人民法院[2011]白民初字第2413号);韦婵媛诉环江好有缘旅行社有限责任公司肖像权纠纷案(广西壮族自治区环江毛南族自治县人民法院[2011]环民初字第648号);邵水娟与杭州联华华商集团拱墅世纪联华超市有限公司运河购物广场、杭州联华华商集团拱墅世纪联华超市有限公司肖像权纠纷案(浙江省拱墅区人民法院[2012]杭拱民初字第118号);陈大义诉芜湖市高夫安杰房地产营销策划有限公司肖像权纠纷案(安徽省南陵县人民法院[2013]南民一初字第01425号);肖X华与广西X房地产开发有限公司、广西X商域广告有限公司、广西雄基伟业广告有限公司X分公司肖像权纠纷案(广西壮族自治区灵山县人民法院[2013]灵民初字第1221号);马悦诉南京朗赛公司肖像权纠纷案(江苏省雨花台区人民法院[2013]雨铁民初字第209号);刘伟诉深圳市深浅服饰设计有限公司、深圳玛丝菲尔噢姆服饰有限公司肖像权纠纷案(广东省福田区人民法院[2013]深福法民一初字第4153号);陆某某诉上海市龙华殡仪馆肖像权纠纷案(上海市徐汇区人民法院[2013]徐民一(民)初字第6316号);上诉人深圳市八福贸易有限公司与被上诉人王某捷、原审被告深圳市八福贸易有限公司盛美佳门诊部肖像权纠纷案(广东省深圳市中级人民法院[2014]深中法民终字第135号);邹某某诉邹某某乙肖像权纠纷案(四川省自流井区人民法院[2014]自流民初字第985号);刘燕与陈静肖像权纠纷案(安徽省怀远县人民法院[2014]怀民一初字第02822号);龙惠琳诉张恒、倪小家、张显钊肖像权纠纷案(重庆市綦江区人民法院[2014]綦法民初字第03901号);上诉人张彤与被上诉人淄博友谊医院有限公司、被上诉人山东大众报业集团鲁中传媒发展有限公司、被上诉人淄博凯莱希模特与礼仪职业培训学校名誉权、肖像权、一般人格权纠纷案(山东省淄博市中级人民法院[2014]淄民一终字第484号);上诉人王释与被上诉人中国移动通信集团广东有限公司中山分公司、被上诉人中山创思广告有限公司肖像权纠纷案(广东省中山市中级人民法院[2014]中中法民一终字第1285号);上诉人胡海生与被上诉人简立威、两原审被告北京拉手网络技术有限公司、北京拉手网络技术有限公司广州分公司肖像权纠纷案(广东省广州市中级人民法院[2014]穗中法民一终字第6598号);上诉人杨XX与被上诉人北京王府井医院肖像权纠纷案(北京市第二中级人民法院[2014]二中民终字第10771号)。

②参见《中华人民共和国广告法》(2015)对代言人行为的限制性规定。

公共利益,扰乱社会经济秩序;^①其三,该决定权能的发挥,应当尊重他人的权益,不得以损害他人为目的。就自然人人格标识的继受主体而言,如果该继受人是权利的受让人,则其决定权能的发挥除受“禁止权利滥用”原则的限制外,还不得逾越所继受权利的内容范围,并应依诚实信用原则的要求,履行对转让人可合理期待的照顾义务,即尊重转让人在人格标识之上的精神利益;如果该继受人是权利的继承人,则其决定权能的发挥除受“禁止权利滥用”原则的限制外,还应以被继承人明示或可推知的意思为限。

二、自然人人格标识商业利用民事权利的名称选择

在既有权利模式之外为自然人人格标识商业利用活动另行创设权利,在国外的立法及司法实践中,较为典型的为公开权的创设。公开权最早出现于美国法院的判决,其后为部分州立法所承认。此外,我国的学说也为自然人人格标识商业利用活动设计了各种名目的权利。比较典型的权利名称有以下几种:商品化权;^②商事人格权;^③形象权;^④人格商品化权;^⑤人格标识利用权;^⑥知名人物商品化权。^⑦

(一) 权利名称选择分析

在英美法系国家,美国的自然人人格标识商业利用民事权利称为公开权。公开权是从隐私权中分离出来的一种权利。^⑧隐私权和公开权一隐一显,共同为人格标识之上的精神利益和财产利益提供保护。就人格标识之上的精神利益而言,“隐私权”中的“隐私”,体现了这种精神利益的本质特征,即这种精神利益属于一种“独处不受干扰”的精神利益。就人格标识之上的财产利益而言,“公开权”中的“公开”,亦体现了这种财产利益的本质属性,即这种财产利益属于一种“公开的价值”,权利人有权决定是否以及以何种方式公开特定人格标识以追求和实现财产利益。因此,在美国,“公开权”这一权利名称,并非来源于外来法律词汇,而是立足于本国实际,并充分考量了该项权利的利益属性。

在我国,民事权利的取名,有时着重于该权利的利益属性,如生命权、健康权、名誉权、荣誉权、隐私权;有时立足于对权利客体的归类,如姓名权、肖像权、著作权、专利权;有时着眼于权利的功能,如所有权、担保物权;有时体现着权利的内容,如用益物权、商标专用权、婚姻自主权;有时目的是便于对特定民事活动的调整,如监护权、发现权、股权、继承权。由是考察我国学说对自然人人格标识商业利用活动所设计的权利名目,不难看出,第一,商品化权、人格商品化权和知名人物商品化权的取名系便于对特定民事活动的调整;第二,商事人格权的取名系着重于该权利的利益属性;第三,形象权的取名系立足于对权利客体的归类;第四,人格标识利用权的取名系体现着权利的内容。

第一种情形,商品化权、人格商品化权和知名人物商品化权这三种权利名目,皆以“商品化”为对特定民事活动的概括。而据笔者考察,“商品化”一词,为日本学者自英语词汇“Merchandising”翻译而来,泛指一切利用特定事物的高知名度,而增加商品销售量或服务业绩的商业手段。工业革命后,商事主体所关心的是“批量生产而同质性极高的产品,如何在众多竞争者中脱颖而出”这一问题。于是,商品化作为一种运用特定事物既有的知名度,吸引消费者注意或好感的商业手法就应运而生。^⑨但在商事活动中,人格标识的商业利用,不仅仅限于利用特定人格标识所承载的高知名度而增加商品销售量或服务业绩这一种方式。笔者承认,人格标识第二性的功能,为商品或服务的促销功能,这种功能仍未完全脱

①参见李小坚《美国明星代言合同中的道德条款》,载《人民法院报》2016年4月8日。

②参见杨立新、林旭霞《论人格标识商品化权及其民法保护》,载《福建师范大学学报(哲学社会科学版)》2006年第1期。

③参见程合红《商事人格权刍议》,载《中国法学》2000年第5期。

④参见吴汉东《形象的商品化与商品化的形象权》,载《法学》2004年第10期。

⑤参见温世扬《析“人格权商品化”与“人格商品化权”》,载《法学论坛》2013年第5期。

⑥参见王卫国《现代财产法的理论建构》,载《中国社会科学》2012年第1期。

⑦参见朱妙春、朱川《知名人物的商品化权及其法律保护——鲁迅姓名、肖像商业使用引发的法律思考》,特许经营律师网: <http://www.fclaw.com.cn/Details.asp?id=12394> (2013-9-17最后访问)。

⑧McCarthy教授系美国研究公开权的权威,对此公开权的诞生,引用圣经创世记的话语,认为犹如耶和華用亚当的肋骨塑造夏娃, Frank法官从一般隐私权中塑造出了公开权。

⑨参见黄松茂《人格权之财产性质——以人格特征之商业利用为中心》,台湾大学硕士论文,2008年。

离其所指示的特定自然人的人格要素。自然人人格标识的促销功能的发挥,其基本原理在于,商事主体以人格标识为媒介,将特定自然人的人格要素与具体商业活动联系在一起,或发挥该人格标识的证明功能,^①或发挥该人格标识的推荐功能,^②从而影响消费者的消费取向。但笔者还注意到,自然人人格标识商业利用活动,不仅仅包括利用人格标识促销商品或服务,至少还包括利用人格标识来指示商品或服务的来源,抑或利用人格标识来区分不同的商事主体。这种情况可以从我国《反不正当竞争法》第5条第(3)项中解读出来。我国《反不正当竞争法》第5条第(3)项将擅自使用他人姓名引人误认为是他人商品的行为视为不正当竞争行为的手段之一。由此可以看出,特定人格标识可以起到指示商品或服务来源或区分不同商事主体的作用。而这一作用却并未被“商品化”这一概念的外延所包括。因此,“商品化权”无法全面涵盖自然人人格标识商业利用活动的外延。

第二种情形,“商事人格权”所体现的基本利益属性,仍为人格利益。这一点在商事人格权倡导者对该权利的论述中亦有所体现。^③而在商业实践中,自然人人格标识商业利用活动所要追求和实现的却是财产利益。因此,“商事人格权”这一名称,无法体现自然人人格标识商业利用活动所要追求和实现的利益的真正属性。

第三种情形,形象权中的“形象”,就其词义而言,在上海辞书出版社出版的《现代汉语大词典》中有如下解释:“①人或事物的具体形状或样子;②指文学艺术区别于科学的一种反映现实的特殊方式。即作家从审美理想的立场出发,根据现实生活各种现象加以艺术概括所创造出来的具有一定思想内容和艺术感染力的生活图画。通常也特指文艺作品中的人物形象。③描绘或表达具体、生动。”结合形象权的调整范围,“形象”的含义应取第①种,即人的具体样子。但笔者认为,“人的具体样子”并非人格标识,而是作为人格要素一种的人格特征。诚然,人格标识确实来源于人格特征,是人格特征的外化符号。例如,旧版《辞海》对肖像的定义为“图像以肖其人者,谓之肖像。即将其人之姿态、容貌、表情等特征,精确表出之也。”肖像为人格标识,而所肖之人的姿态、容貌、表情等,为人格特征。所肖之人的姿态、容貌、表情等,皆可视作“形象”。因此,“形象”并非自然人人格标识商业利用活动的对象,因而也不可能成为相关权利的客体。此外,“形象”一词,就其含义而言,似乎限于视觉方面的人格特征。而作为自然人人格标识商业利用活动对象的人格标识,其所反映的自然人的特定人格特征,并不仅仅限于视觉方面。因此,“形象”一词,仅仅作为人格标识表达对象的人格特征的概括,在相关商事活动中也并不全面。

第四种情形,“人格标识利用权”这一命名,确实可以涵盖对自然人人格标识的独占性商业利用权能。但这种命名不仅可以涵盖对自然人人格标识的独占性“商业”利用权能,还可以涵盖对自然人人格标识的“非商业”独占性使用权能,即不以营利为目的的对自然人人格标识的独占使用权能。“利用”一词,在上海辞书出版社出版的《现代汉语大词典》中的解释为“①物尽其用;使事务或人发挥效能。②借助外物以达到某种目的;用手段使人或事物为自己服务。”从上述解释中,“使事务或人发挥效能”和“借助外物以达到某种目的”相结合,便可以充分说明自然人人格标识“利用”的含义。自然人人格标识的“利用”,就是要自然人特定的人格标识发挥效能,并借助自然人的特定人格标识达到某种目的。但自然人特定的人格标识所发挥的效能,并不一定是商业利用效能;借助自然人的特定人格标识所要达到的目的,也不一定是营利目的。因此,“人格标识利用权”这一命名,其外延过于宽泛。

(二) 自然人人格标识商业利用权

在我国,自然人人格标识商业利用的民事权利可以具体命名为“自然人人格标识商业利用权”。这一命名方式立足于对权利客体的概括,可以体现这种权利的内容,能够彰显出这种权利的利益属性及利

①此种证明功能的发挥过程如下:自然人的特定人格标识表达着该自然人的特定私人信息,而此私人信息能够证明特定商品和服务的优良质量。相关消费者出于对该人格标识所表达的私人信息的信任,而购买此产品或接受此服务。

②此种推荐功能的发挥过程如下:特定人格标识的归属人为某位知名人物,该知名人物的知名度和影响力为该特定人格标识所彰显。对此知名人物心存好感的消费者,出于对该知名人物的良好印象,而对该知名人物所推荐的商品或服务(或看似为该知名人物所推荐的商品或服务)产生信任感(抑或仅仅是好感),因此而购买该商品或接受该服务。

③商事人格权“仍然极力固守传统的普通民事人格权的基本属性”。参见程合红《商事人格权刍议》,载《中国法学》2000年第5期。

益归属,并便于对该项民事活动的调整。其一,“人格标识”为自然人人格标识商业利用活动的对象,就权利架构而言,其构成该权利的客体。以“自然人”作为人格标识的修饰词,可以限定人格标识的范围。这种范围上的限定有其必要性,因为,人格标识的外延不仅仅包含自然人的人格标识,而且包含法人和其他组织的人格标识。例如,我国《民法通则》第99条第2款对名称权作出了规定。根据上述规定,名称权中的“名称”,即为法人、个体工商户、个人合伙的人格标识的一种。其二,自然人人格标识商业利用权就权利种类而言,属于绝对权。该权利可以相对于权利人以外的每一个人产生效力,即权利人之外的任何一个人人都必须尊重此项权利。因而,该权利的消极防御权能,体现于排除他人对特定人格标识所进行的商业利用。相应地,其积极用益权能体现为权利人独占性商业利用特定人格标识的决定力,即自主决定是否对特定人格标识进行商业利用及如何实施这种商业利用行为。因此,该种命名方式可以体现这种权利的内容。其三,自然人人格标识商业利用权的权利人行使其权利,发挥该权利积极用益权能的效用,其目的在于追求和实现财产利益,亦即将特定人格标识的潜在商业利用价值转化为现实的财产利益。自然人人格标识商业利用权作为绝对权,权利人对特定人格标识具有独占性商业利用地位,因此,特定人格标识的潜在商业利用价值所转化成的现实财产利益应归于权利人所有。由上观之,该种命名方式彰显了这种权利的权益属性及权益归属。其四,“自然人人格标识商业利用权”这一命名方式既然能够概括权利的客体,体现权利的内容、彰显权利的权益属性及权益归属,其作为民事法律规范的有机组成部分,便能够对相关商事活动发挥指引、评价、预测及警示作用,因而能够便于对该项民事活动的调整。

三、自然人人格标识商业利用权的民法保护

保护自然人人格标识商业利用权这类无形财产权,是全面推进依法治国进程中“加强重点领域立法”的内容。^①2016年8月30日,中央全面深化改革领导小组审议通过的《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》明确指出:“坚持全面保护,保护产权不仅包括物权、债权、股权,也包括保护知识产权及其他各种无形财产权。”要实现民法对自然人人格标识商业利用权的保护,当务之急是将这项新型财产权利纳入正在编纂的民法典中。然后根据权利划分的理论,^②确定相应的保护模式。笔者认为,具体到自然人人格标识商业利用权的民法保护,应分为绝对权和相对权保护模式。

(一) 绝对权保护模式

绝对权保护模式,其根据在于绝对权的对世效力。绝对权的对世效力,体现为这种权利可以相对于权利人以外的每一个人产生效力。相应地,任何一个人人都必须尊重此项权利。自然人人格标识商业利用权作为绝对权,具有积极用益权能和消极防御权能。其消极防御权能在此类权利受到尊重时,隐而不彰。但在权利受到侵害时,或权利有受到侵害的现实危险时,则实时彰显,表现为不作为请求权的发生。且这种权能的彰显,并不以不法商业利用他人人格标识的行为具备主观过错要件为限,也不以该行为造成损害后果为限。就我国的民事法律规范的相关规定而言,根据我国《侵权责任法》第15条的规定,具有财产属性的自然人人格标识商业利用权,其在受到侵害时,或有受到侵害的现实危险时,被侵权人可以请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍或消除危险的侵权责任。与标表型具体人格权或以自然人人格标识为客体的一般人格权的保护模式不同的是,具有财产属性的自然人人格标识商业利用权受到侵害时,被侵权人不能以该权利受侵害为由,请求侵权人承担消除影响、恢复名誉的侵权责任。

(二) 相对权保护模式

相对权保护模式,就我国民事法律规范相关规定而言,于侵权人一方,为侵权损害赔偿责任的承担及不当得利的返还。侵权人不法商业利用特定人格标识的行为如果符合我国《侵权责任法》第6条第1款所规定的构成要件,又因该行为获得不当利益时,则同时产生侵权损害赔偿及不当得利返还义

^①参见《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,人民出版社2014年版,第11页。

^②权利(Die subjektive Recht,也即Berechtigungen)被按照不同的观点予以划分。具有根本意义的划分是把权利划分为相对权和绝对权。参见[德]迪特尔·施瓦布《民法导论》,郑冲译,北京:法律出版社2006年版,第138页。

务。

第一,侵权损害赔偿责任的构成。构成侵权损害赔偿责任的把握如下四点。一是,因侵权人不法商业利用特定人格标识而产生的侵权损害赔偿责任的归责原则而言,仍应适用我国《侵权责任法》第6条第1款所规定的过错责任原则。在美国,公开权受侵害时,被侵权人请求侵权人承担损害赔偿责任的,无须以侵权人主观上具有过错为条件,侵权人主观上的故意或过失,仅为确定损害赔偿数额的因素。以无过错责任为公开权侵权损害赔偿责任的归责原则,确实有利于被侵权人。但无过错责任原则在我国《侵权责任法》中,须以法律有特别规定为限。^①我国《侵权责任法》确立无过错责任原则的根本目的,在于切实保护人民群众人身、财产的安全,更好地保护民事主体的合法权益,促使从事高度危险活动和接触危险物的人、产品生产者及销售者、环境污染的制造者以及动物的饲养人、管理人等行为人,对自己的工作予以高度负责,谨慎小心从事,不断改进技术安全措施,提高工作质量,尽量保障周围人员、环境的安全;一旦造成损害,能迅速、及时地查清事实,尽快赔偿被侵权人的人身损害和财产损失。适用这一原则的基本思想在于使无辜的损害尽快由行为人合理负担,切实保护被侵权人的民事权益。^②由上观之,民事法律规范对无过错责任的特别规定,出于对以下情形的考虑:行为人所从事的行为对其他民事主体具有一定的危险性,而这种对其他民事主体具有危险性的行为在现代生产生活中是不得不从事的。民事法律规范以特别规定的形式,对这种行为的实施者课以较重的责任,督促其不断作出改进,以减少这种危险的发生,并令其与被侵权人分担这种风险,以切实维护被侵权人的民事权益。而自然人人格标识商业利用权的侵权人,并不属于不得已的危险行为的制造者,如果切实履行了交往中合理注意义务,其给被侵权人所造成的损害也是可以避免的。因此,在民事法律规范的特别规定中,没有必要为不法商业利用特定人格标识的行为确立无过错责任原则。

二是,自然人人格标识商业利用权受到侵害时,其受侵害的主体可能为自然人,也可能为法人或营利性非法人组织。这一点取决于自然人人格标识商业利用权的可转让性。自然人人格标识商业利用权可以为人格标识归属人享有,也可以在具体的商业活动中为其他人享有。该其他人可能为自然人、法人或营利性非法人组织。另外,由于自然人人格标识商业利用权具有可继承性,在自然人人格标识的归属人死亡之后,该商业利用权为其继承人所继承。因而,自然人人格标识商业利用权受侵害的主体,还可能是自然人人格标识归属人的继承人。

三是,自然人人格标识商业利用权受侵害的客体,其性质为财产权,在我国《侵权责任法》中,应归入“财产权益”。自然人人格标识商业利用活动,是将自然人的特定人格标识,与具体商业活动相结合的过程。在这一过程中,所产生的是财产性利益。自然人人格标识商业利用权所保护的利益,正是自然人的特定人格标识的商业利用价值(财产利益)。因此,笔者认为,在不法商业利用他人人格标识的情形,将受侵害的客体界定为权利人的“财产权益”,应该是合理的。

四是,自然人人格标识商业利用权受到侵害时,权利人所行使的相对权请求权,为财产损害赔偿请求权。这种财产损害赔偿请求权,其请求范围应当包括权利人所受到的损失和行为人因侵权行为而获得的不当利益。按照侵权法原理,不法商业利用他人人格标识的行为,如果给自然人人格标识商业利用权人造成了实际损失,这部分损失的赔偿,理所应当。但行为人因侵权行为而获得的不当利益,是否可以作为“损失”,则值得讨论。行为人不法商业利用他人人格标识的行为,其本质为没有合法根据而擅自将该权利人独占使用的自然人人格标识与具体商业活动相结合的行为。这种行为如果排除其不法性,为行为人取得了自然人人格标识商业利用权人的许可,将该权利人独占使用的自然人人格标识与具体商业活动相结合的行为。行为人取得了自然人人格标识商业利用权人的许可,将该权利人独占使用的自然人人格标识与具体商业活动相结合,应当向权利人支付许可使用费,这种许可使用费亦称为“授权金”。自然人人格标识商业利用权权利人的授权金收入,为其通过行使该权利而可以获得的收入,即“可得利益”。这部分利益,行为人在不法商业利用他人人格标识时,应当预见。而根据侵权法原理,损

^①我国《侵权责任法》第7条规定:“行为人损害他人民事权益,不论行为人有无过错,法律规定应当承担侵权责任的,依照其规定。”

^②参见杨立新《侵权责任法(第2版)》,法律出版社2012年版,第74页。

失的范围,包括被侵权人的实际损失和可得利益损失。因此,行为人因不法商业利用他人人格标识而获得的不当利益,应属于“损失”的范围。

第二 不当得利返还义务。就不当得利返还义务而言,不当得利返还义务的成立,不以“受益人”具有主观过错为前提,也不以“受损失的人”受有实际损失为必要。因为,不当得利制度的机能,在于认定财产变动过程中受益者可保有所受利益的正当性,是否具有合法根据。不当得利制度具有两个基本机能:其一,矫正欠缺法律关系的财货转移,此为给付不当得利的机能。其二,保护财货的归属。此为权益侵害不当得利的机能。但无论是矫正欠缺合法根据的财货变动还是保护财货的归属,不当得利制度的规范目的乃在于去除“受益人”没有合法根据而受的利益,而非在于赔偿“受损失的人”所受的损失。因此,受益人是否有故意或过失,其行为是否给“受损失的人”造成实际财产损失,在所不问。^①

由此可见,侵权损害赔偿与不当得利返还义务作为自然人人格标识商业利用权侵权行为的规制方式与救济措施,就构成要件及法律效果而言可谓各有千秋。被侵权人如能证明侵权人在实施不法商业利用特定人格标识的行为时主观上具有过错,并能证明其既得利益损失和可得利益损失时,侵权损害赔偿责任的适用能够全面地满足其损害赔偿要求。但如果被侵权人(“受损失的人”)无法证明侵权人实施侵权行为时主观上具有过错,或难以证明其既得利益损失及可得利益损失时,以不当得利返还义务所对应的不当得利返还请求权的行使,要求侵权人(“受益人”)返还因不法商业利用特定人格标识所获得的利益(“授权金”),不失为一种亡羊补牢的措施。但损害赔偿金与所要返还的不当利益重合时,则损害赔偿请求权与不当得利返还请求权不得一并行使。

Subject: On the Establishment and Protection for Civil Rights of the Commercial Exploitation of Personal Indicia of Natural Person

Author & unit: YU Xiao (College of Civil and Commercial Law ,Shandong University of Political Science and Law ,Jinan Shandong250014 , China)

Abstract: With compiling Chinese civil code , it is a controversy over the necessity of establishing the civil rights for the commercial exploitation of personal indicia of natural person. The paper states that it is justified to establish civil rights for the commercial exploitation of personal indicia of natural person. Such rights established for the purpose mentioned above can be named " commercial exploitation right of the personal indicia of natural person". The paper suggests that such rights named above be classified into the system of property rights and be protected by absolute and relative model.

Key words: personal indicia; commercial exploitation; civil rights; establishment and protection

[责任编辑: 王德福]

^①参见王泽鉴《不当得利》,北京大学出版社2009年版,第3页。