

《民法典》人格标识“许可使用”的规范解释

——以第993条适用范围为重点

李运达

(中南财经政法大学法学院,湖北武汉430073)

摘要:《民法典》第993条未区分“商业目的”与“非商业目的”,因此不存在人格标识“二元制”保护模式的基础。该“许可”创设之权利并非“商品化权”,而是用益性债权。使用权人基于债之关系对人格标识具有“支配力”,并形成观念占有外形而受侵权法保护。第993条的主体,应扩张至“具有名称的团体”;“姓名、名称、肖像”应排除教名、重复姓名、与曾用名重复但现已登记的名称及法人形象;“等”人格标识包括以音色为主要保护对象的“声音”和“个人信息”;第993条适用范围应进行限缩解释,以弥合“自己的”限制条件与社会现实之裂痕。我国语境下的“商品化权”,本质系《民法典》第993条、《著作权法》第24条及《商标法》第43条不同“许可”类型所创设的“权利束”,并受到《反不正当竞争法》第6条的兜底保护。

关键词:《民法典》;人格权;商品化权;许可使用;人格标识

中图分类号:DF529 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2021)05-0117-11

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2021.05.011

一、问题的提出

现代社会,主体对某些人格标识进行利用的现象,使人格权具有一定程度的“支配属性”。对人格标识的商业化利用,被学者称为“商品化”^[1-3]。其中,法人名称因天然地具有财产属性,依原《民法通则》第99条即可自由转让,但其余人格标识的利用却处于法无明文规定之地带,完全依赖我国司法实践通过“乔丹案”“张柏芝案”等判决进行个别确认。^①出于人格尊严维护之原则,人格标识利用应持谨慎态度,若利用方式不当或范围失之过宽,即会对传统人格权乃至主体人格造成冲击,故在此之前学界对人格标识保护方式及保护范围一直存在争议^[2,4-6]。《民法典》颁布后,第993条规定:“民事主体可

收稿日期:2021-02-10

基金项目:国家社会科学基金项目“人格标识的利用与保护研究”(20BFX105);中南财经政法大学中央高校基本科研业务费专项资金资助“自然人身体利益民法保护研究”(202010529)

作者简介:李运达,男,中南财经政法大学法学院博士研究生,主要从事民法学研究。

^①最高人民法院(2016)行再27号民事判决书,北京市第二中级人民法院(2003)二中民初字第08814号民事判决书。

以自己的姓名、名称、肖像等许可他人使用,但是依照法律规定或者根据其性质不得许可的除外”,从而确立了人格标识利用的一般规范。据此,我国人格标识的利用与保护通过权利人“许可”为之,上述问题亦被转化为对《民法典》第993条“许可使用”的解释与适用问题。具言之,如同“一元制”或“二元制”保护模式取决于德国“一般人格权”及美国“公开权”之确立,第993条中“许可使用”的规范效果同样关系我国人格标识保护模式的选择;第993条采取“不完全列举+除外条款”的立法技术,加之姓名、名称、肖像等人格标识已成为包括艺名、网名等诸多要素的“类型”描述,故有必要对“许可使用”的适用客体进行界定。相较于《民法典草案》一审稿及二审稿,《民法典》第993条在“姓名、名称、肖像等”人格标识之前特别增加了“自己的”这一人格标识归属主体的限制性条件,也会在文义上对“许可使用”的规范效果产生一定影响。职是之故,本文拟从第993条之规范表述入手,运用文义、目的等解释方法,在现行实证法框架下分析我国人格标识的利用方式与保护范围。

二、《民法典》第993条之意义:“许可使用”作为基本框架

《民法典》诞生之前,我国立法尚未对人格标识的利用问题进行专门规定,仅有原《民法通则》第六章第100条“肖像权”规定了对他人人格标识(肖像)的“使用”,即“公民享有肖像权,未经本人同意,不得以营利为目的使用公民的肖像”。与之相比,《民法典》第993条在规范内容上不再区分“营利使用”与“非营利使用”,在立法技术上采用授权性而非防御性的规范方式。此种变化的重要意义在于:一方面确立了我国人格标识的利用与保护模式,立法态度随之由“消极防御”转向“积极赋能”;另一方面则决定了人格标识“许可使用”的权利构造与法律效果。

(一)《民法典》第993条确立的人格标识利用与保护模式

受康德“天赋权利”与“获得权利”二分法及萨维尼法律关系理论的影响,传统大陆法系民法典最初均未明确规定人格权,而仅对某些有关人格的“高级利益”进行消极保护^[7-8],^①美国最初也仅有隐私权对人格精神利益进行保护。同样,原《民法通则》第100条中“禁止他人干涉、盗用、假冒”的规定与《德国民法典》第12条仅通过“除去妨害”及“不作为之诉”对姓名权进行消极保护的制度设计具有相似性,均采用“消极防御”的表述方式。直到20世纪,美国和德国才分别通过1935年的“Hanna Manufacturing Co v. Hillerich & Bradsbury案”和1956年的“Paul Dahlk案”承认了人格财产利益的存在,但二者却采取不同的保护模式。原《民法通则》第100条及《民法典》第993条分别涉及“营利使用”与“非营利使用”的区分与统合,事实上也反映了目前学界分别主张的两种人格标识利用与保护模式:其一,一元模式,即参照德国设立的“一般人格权”,将商品化权益作为人格权的组成部分,纳入人格权中进行保护的统一保护模式,如王利明教授认为我国应通过扩张人格权保护范围来实现对人格权财产利益的保护^[1]。其二,二元模式,即我国应区分精神利益与财产利益,并参照美国分别设立“人格权”与“公开权”或“商品化权”进行保护,如杨立新教授认为《民法典》第990条第2款与第993条即分别规定了我国民法上的“一般人格权”和“公开权”^[9];温世扬教授亦曾主张“人格商品化权”本质上属于独立的财产权,但可将其“寄予”人格权编^[10]。上述两种保护模式的区别主要在于是否要在人格权之外承认具有绝对效力的“公开权”或“商品化权”。根据美国《不正当竞争法(第三次重述)》[Restatement (Third) of the Law of Unfair Competition]对“公开权”的定义,“可识别特征”需用于“商业目的”才能得到保护。^②由于美国并不存在统一的“人格权”概念,其对人格标识的保护范围系基于保护商业利益的“公开权”

^①如拉伦茨便认为人格权是一种消极的防御性权利,而非支配权;布洛克斯在对权利进行分类时也将人格权排除在支配权之外。

^②Restatement (Third) of the Law of Unfair Competition, art. 46(1995).

与保护精神利益的“隐私权”的二分法进行划分。换言之,“公开权”或“商品化权”的存在必须以“商业目的”与“非商业目的”的划分为前提。

上述“商业目的”与“非商业目的”的划分反映在我国法上,即表现为原《民法通则》第100条曾经规定了肖像权保护需“以营利为目的”的限制性条件。但事实上我国实务界对于肖像权的保护是否需“以营利为目的”却存在分歧。例如,在“蓝天野诉北京天伦王朝饭店有限公司和北京电影制片厂肖像权纠纷案”中,法院基于对原《民法通则》第100条的从严解释,虽认为被告对他人肖像的使用行为不构成侵犯肖像权,却仍要求被告赔偿原告所受的财产损失。^①由于“以营利为目的”的条件限制,原《民法通则》第100条因无法通过肖像权请求权阻止未经授权的“非营利”使用行为而颇受诟病,“以营利为目的”也被学界认为属于对肖像权保护范围的不当限制^[11-12]。就现行法来看,《民法典》第993条并未如原《民法通则》第100条将使用目的限制在“以营利为目的”或“商业使用”的范围内,而是吸收原《民法通则》第100条的经验教训未对“商业利用”与“非商业利用”进行区分,从而在适用范围上包括了“非商业目的”的使用行为。因此,若参照美国《不正当竞争法(第三次重述)》对“公开权”的定义,则不应将《民法典》第993条解释为对“商品化权”或“公开权”的创设,从而不当限缩其适用范围。《民法典》第993条有关“许可使用”的一般规范事实上弥补了原《民法通则》第100条中“以营利为目的”这一条件限制之不足,对人格标识的“商业利用”行为固然需依《民法典》第993条进行“许可”,但除合理使用之外的“非商业利用”行为同样需根据《民法典》第993条经人格权主体“许可”而为之。

《民法典》第993条未对“使用”的“商业目的”进行限定,决定了我国对人格标识财产利益采取“一元模式”而非“二元模式”的保护方法,财产利益在与人格权分离之前,无法成为单独的财产权。事实上,通过对原《民法通则》第100条的反对解释,可以发现立法者在当时即已注意到肖像权中所蕴含的经济价值^[13]。不过,与德国将财产利益作为“一般人格权”的财产部分进行保护不同^{[14]192},我国学界并未普遍承认德国法上的“一般人格权”,上述财产利益也并非“一般人格权”或“抽象人格权”的组成部分^[15-16],而是自始通过让与原《民法通则》第100条或《民法典》第993条具体列举的部分人格标识的使用利益来实现的。在德国法“一元模式”下,“一般人格权”在整体上会显示出一定的“支配”属性。但在我国,对人格标识“使用利益”的支配仍然仅局限于“标表型人格权”等部分具体人格权中,并不能改变人格权整体属于“受尊重权”的法律性质。

(二)《民法典》第993条“许可使用”框架下的权利构造与法律效果

我国摒弃隐私权与“公开权(商品化权)”分离的“二元制”模式,意味着使用利益归属于人格权主体,其在未被让与之前无法独立成为具有绝对效力的财产权。但使用利益被让与后可独立成权,无论是“一元模式”还是“二元模式”均未明确否认之。只不过对该使用权的性质及效力,学界存在不同观点。根据德国联邦法院在“Nena案”中的判决,人格权主体同意他人使用其人格标识时,仅成立债之关系;^②王泽鉴先生亦认为,“得授权他人使用其姓名或肖像,仅发生债之关系,不具有对抗第三人的效力”^[17]。我国也有学者认为,为保护人格利益,“必须赋予人格权人对其一定程度上的控制力”,因此该权利应被认定为债权性用益权^[18]。但若仅以“保持控制力”为理由证成其债权属性,事实上并不具有说服力。在德国学者 Forkel 及其支持者提出的“限制让与理论”中,人格权人同意他人使用人格标识时,其人格权的部分权能作为“子权利”(Tochterrecht)得以从“母权利”(Mutterrecht)中分离出来并被转让给被同意人,从而能够设立具有准物权效力的使用权,此时“母权利”同样可对“子权利”施加一定的影响和控制^[19]。

^①北京市东城区人民法院(2002)东民初字第6226号民事判决书。

^②BGH vom 14. 10. 1986, GRUR 1987, 128.

通过《民法典》第993条中“许可”所设立的权利性质,仍需依据我国现行实证法进行分析。本文认为,从《民法典》第993条来看,经过人格权主体“许可”所创设的权利并非绝对权。原因在于,绝对权之创设,需由法律就其种类与内容明确规定方可为之,即便是仅具有“弱物权”性质的地役权,也只能在内容上可依合同约定而存在一定程度的自由,但其种类、公示方法及效力仍由法律明确规定。从《民法典》第993条的条文表达来看,规范本身并非如部分学者所言具有直接创设“公开权”这一新的绝对权利种类之功能。“可以许可他人使用”表明《民法典》第993条的目的仅在于赋予当事人一种自由,但权利的内容与效力范围仍然取决于当事人的意思表示而非法律规定;被许可人的使用权之存废受到《民法典》第1022条任意解除权的限制,且依据该“许可使用”所创设的权利并不具有与绝对权相同的法定意义上的公示方法。质言之,第993条的目的主要在于“赋能”而非“设权”,即在考虑人格利益保护的前提下对当事人意思自治的进行肯定,而非创设新的绝对权类型。

进一步而言,反对债之关系者,无非认为“被同意人无法基于自己‘被授权’之权利对第三人无权使用行为有所主张”,因此在理论上将使用权认定为绝对权^{[14]205}。但详加斟酌,反对之理由只能说明在第三人无权使用情形下,使用权应获得绝对效力及绝对保护,但不能依此断言使用权即为绝对权。权利性质与权利效力,是分属不同层面的两个问题,二者之间并无必然的因应关系。依当事人意思自治所创设的使用权不属于绝对权,并不等于该使用权在任何情况下都不具有绝对性。在基于租赁、保管等发生的持续性债权债务关系中,权利人基于占有同样可对侵害第三人主张物之返还或停止侵害,从而表现出某种支配属性并获得绝对保护^[20]。德国法及我国台湾地区法律实务,也都例外承认债权具有占有外形者,可以受到如我国台湾地区“民法”第184条第1项前段之保护。^①就人格标识使用权而言,由于姓名、名称、肖像等人格标识在外观上具有“可识别性”,其发挥作用的方式决定使用权人必须将之“公之于众”才能形成“吸引力”。使用权人利用人格标识,必须首先将人格标识与自身商品或服务形成紧密联系,此种“联系”即形成对使用利益进行法律上的支配与占有关系。此时,一方面使用权人可基于债之关系对使用利益具有一定的“支配力”,另一方面依社会一般观念及习惯,使用权人对人格标识“公之于众”的行为亦足以在一定范围内形成类似“观念占有”之外形与公示效果^[21]。使用权人与许可人之间的债之关系因此即具有“社会典型公开性”(Sozialtypische Offenkundigkeit)而“绝对化”,从而能够使第三人知晓该项债之关系的存在,并使其成为侵权法的保护对象^[22]。

综上,《民法典》第993条经“许可”所设使用权应为债权,且使用权之转移,应适用债法规则。需要特别指出的是,在使用权人再次转移使用权之情形下,有学者认为该转移使用权的性质属于继续性债权让与,出于保护人格权人的目的,需例外经过债权人即人格权人同意^[23]。但事实上,我国实证法并无继续性债权让与需经债权人同意的特殊规定。人格标识使用权的转让应同人格标识使用的“再许可”进行区分,此与租赁权转让及转租二者之区分同理。虽然二者均涉及使用利益转移,但前者被许可人事实上已脱离原债关系,名为“权利转让”,实为“权利义务的概括承受”。因此,使用权人再次转移使用权,此时需经债权人即人格权人同意之原因并非在于这是继续性债权让与,而在于使用权转让过程本身即含有义务的转移。最后,对《民法典》第993条中“许可”的意思表示,应采广义理解。虽然《民法典》第1021条及第1022条规定了“肖像许可使用合同”的解释及解除规则,但“合同”并非第993条“许可”的唯一形式。考察德国《美术与摄影著作权法》可以发现,“许可”(Zustimmung)尚应包括事先同意及事后授权^[24],我国原《民法通则》第100条也将此种转移使用利益的意思表示表述为“同意”。因此,《民法典》第993条中的“许可”仅系该意思表示之内容,而意思表示的形式不应仅限于“合同”,属于意定之债发生原因的单方允诺亦可为之,使用权转让过程中事先同意与事后追认也同样应属于第993条中“许可”的实现形式。

^①BGHZ 62, 248f; BGH, WM 1976, 583;1995台上第188号;1968台上第558号。

三、《民法典》第993条前段:“许可使用”的主体与客体类型

(一)《民法典》第993条“许可使用”的主体范围

在《民法典》颁布之前,第993条涉及的规范内容通常被学界作为“商品化权”或“公开权”来看待,有关其主体问题一直存在争议。我国有学者认为,“商品化权”与人格权不同,并非人人均可享有,但却并未指出具体应归属于何种主体^[25]。从美国《不正当竞争法(第三次重述)》来看,“公开权”之所以从隐私权中分离出来,是因为将无权使用归于隐私权侵害类型会导致救济的不公平现象出现^{[14]191}。因此,侵害“公开权”虽作为独立诉因出现,但其主体应与隐私权之主体(自然人)具有同一性,持狭义商品化权概念者便将其主体限于具有“生命特征”的人,公司、合伙组织等法人均不享有此项权利^[3]。美国《纽约州权利法案》(New York Civil Rights Law)第50条也将禁止未经许可使用他人的姓名和肖像的主体限定为“任何活着的人”。^①而日本判例进一步将“商品化权”限制为:“名人对其姓名、形象及其它对顾客有吸引力、有识别性的经济利益或价值进行排他性支配的权利”^[3]。

但根据《民法典》第993条,“许可使用”的主体被规定为“民事主体”。一方面,我国已将人格标识之使用权能归于人格权保护,其主体也应与作为普遍性权利的人格权保持一致,故不应限于自然人;另一方面,从使用权本身来看,经济利益的实现基于人格权人及使用人对人格标识的“使用权能”,“权能”仅为实现利益之可能,而不要求利益既已实现。普通人固然不具有如名人一般的声誉与名望,从而将其转换为财产利益的可能性较小,但实现此项利益之可能却无从剥夺。何况对“名人”的判断极为主观,具有时间性、地域性及嗜好性特征,其具体范围难以预先确定。因此,《民法典》第993条“许可使用”的主体范围与上述“商品化权”或“公开权”的主体范围并不一致,并未限于“自然人”或“名人”,本身也并非“商品化权”或“公开权”。结合《民法典》第1012条的“姓名权”及第1013条的“名称权”,《民法典》第993条中的“民事主体”原则上既应包括自然人,也应包括法人及非法人组织。另外,在现实生活中,特定集体或社会团体等通常并不具有“主体资格”,却往往具有名称,而第1013条的“名称权”已经规定了法人、非法人组织两类主体,明确将“具有名称的集体或团体”排除在外,因此应考虑对第993条中的“民事主体”进行目的性扩张,使其包括上述“主体”。

(二)适用《民法典》第993条“许可使用”的标识类型

《民法典》第993条前段对“许可使用”的商业标识类型进行了不完全列举,包括“姓名、名称和肖像”三类典型人格标识,同时通过“等”人格标识保持规范的开放性。依此,“姓名、名称、肖像”被作为法律明确规定的人格标识,通过人格权人“许可”允许他人使用自无异议。然而,基于社会生活之多样性,姓名、名称及肖像已非封闭性概念,而是逐渐成为包含艺名、笔名等诸多要素的“集合”。由于“概念绝非缺乏内容的形式,毋宁是包含意义内容丰盈的观念”^[26],故仍有必要对其范围进行进一步分析。

1. “姓名”。姓名是自然人为区分个体而设定的人格符号,作为自然人的外在人格要素,其既具有标识功能,在现代社会又具有商业价值。一般而言,应受保护的姓名范围可分为两类,包括户籍上的姓名和通称,后者又包括笔名、艺名、雅号等称谓^[27]。《民法典》第993条所指的“姓名”范围,首先应结合第1017条通过体系解释方法进行确定,包括“笔名、艺名、网名、译名、字号、姓名和名称的简称”。对第1017条未规定之“姓名”,则应依规范目的进行确定:首先,乳名、小名、绰号和昵称虽不属于第1017条所具体列举的“姓名”范围,但与姓名具有相同的作用;曾用名虽不属于现行使用之“名”,但在主体曾经使用此姓名的生活范围内同样具有一定的标识意义,上述之“名”依同类解释原则应属于第993条所

^①NY State Civil Rights Law, Article 5, Sections 50.

称“姓名”范围。而存在于国外的教名,所指向的为某一群体而非特定主体,一般不具有“社会公认的个人识别意义”,故不属于第993条之“姓名”范畴。社会中存在的敬称,其出于尊敬之目的而对通常意义之“名”进行一定的修饰,业已脱离了“通称”的范畴,因此亦难以作为第993条受保护之“姓名”而加以认可。其次,《民法典》人格权编第三章“姓名权”的保护范围既包括“姓”,又包括“名”,因此二者原则上也均应属于《民法典》第993条中的“姓名”范围。就姓而言,通常某些特定群体指称意义之姓并不具有标识个体的功能,但如果满足特定条件仍可受到保护。例如在“乔丹”案中,商标评审委员会及两审法院均已指出“乔丹”只是英美普通姓氏,无法证明其指向迈克尔·乔丹本人,但最高人民法院在其他判决书中指出“乔丹”与迈克尔·乔丹本人之间能够形成“稳定的对应关系”,进而认为迈克尔·乔丹本人对“乔丹”这一姓氏享有姓名权。^①就名而言,其应属于《民法典》第1017条所称“姓名的简称”,故亦应受第993条的保护。最后,与名人重名情况下再对该姓名进行商品化利用,此种情形虽然确实会在客观上起到利用名人“吸引力”之效果,但此时无论出于无意还是故意去变更或利用姓名,本质上仍然属于对自己姓名的利用,故不宜适用《民法典》第993条。但此种情况并非不受任何保护,如“河北王跃文假冒湖南王跃文”一案中,若故意利用自己的姓名使公众产生“混淆”之结果,应适用《反不正当竞争法》第25条进行规制。^②

2. “名称”。依《民法典》第1013条,法人、非法人组织享有名称权;第1017条规定了“名称的简称”。根据体系解释,“许可使用”的适用范围首先及于第1013条及第1017条中所规定的“法人、非法人组织”之名称或简称。但如上所述,现实中除法人、非法人组织之外,尚有社会团体、集体及个体工商户、农村承包经营户之“名称”。上述规定虽然将名称权主体扩张到各类非法人组织,但根据《民法典》第102条之规定,非法人组织的范围仅包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等,从而在事实上排除了原《民法通则》第99条第2款中“个体工商户”“个人合伙”等其他经济实体的名称。此既不符合《民法典》第993条及第1013条的立法目的,也不能满足社会现实需要^[28]。因此,可以考虑对第993条及第1013条进行目的性扩张,使其包括其他社会团体、集体及个体工商户、农村承包经营户等“名称”。另外,根据《企业名称登记管理规定》第6条之规定,字号本属于名称的构成要素,在域外一般不予之单独保护,^③但《民法典》第1017条仍赋予字号与名称同等的法律地位。最后,名称同样会出现某一主体曾用名称与其他主体现用名称或简称之间重复的问题,对此应通过商事登记的公示作用来排除此种情况下责任的承担,即使使用人客观上的使用行为使某些公众产生了“误认”的结果,但只要其已善意地进行商事登记,即无需承担未经“许可”而使用的侵权责任。

3. “肖像”。对肖像的保护范围,目前学界存在几种不同的看法。传统观点认为,肖像即自然人的面部形象,而不包括其他体貌特征,其他可识别的体貌特征可归入“形象权”^[29]。另一种观点认为,肖像不应限于自然人的面部特征,凡是自然人可识别的外部形象,如姿势、与众不同的外部或风格等均应包括在内^[30]。笔者认为,将“形象”纳入“肖像”进行保护,事实上会产生如下弊端:一方面,将“肖像”定义为自然人所有可识别的外部形象,偏离了肖像乃“肖像权主要保护自然人的面部形象”等普遍的学理认知,也会与一般社会公众对“肖像”的普遍理解产生龃龉,造成规范概念与反映的现实之间存

^①迈克尔·杰弗里·乔丹与国家工商行政管理总局商标评审委员会、乔丹体育股份有限公司“乔丹商标争议行政纠纷案”,北京市第一中级人民法院(2014)一中行(知)初字第9163号行政判决书、北京市高级人民法院(2015)高行(知)终字第1915号行政判决书、最高人民法院(2016)最高法行再27号再审行政判决书。

^②本案中,湖南省长沙市中级人民法院于二审中指出“湖南王跃文与河北王跃文不存在任何关系,故意混淆两个‘王跃文’、《国画》与《国风》的区别,无非是要攀附湖南王跃文的知名度,其目的也是要误导消费者”,因此构成不正当竞争。参见“湖南王跃文诉河北王跃文等侵犯著作权、不正当竞争纠纷案”,《最高人民法院公报案例》2005年第10期。

^③东京地判昭4·6·29,法律新闻3029号。

在一定程度上“脱节”;另一方面,有学者主张“形象”应包括法人形象与自然人的形象^[3],如果通过“肖像权”保护“形象权”,也难以通过现行法律规范对“形象权”的主体作出明确的界定,因此“不妨将自然人的形象归入‘其他人格标识’之列”^[28]。但从《民法典》有关肖像保护的规范来看,其并未创设独立的“形象权”,而是通过第1018条第2款将“肖像”的范围扩大到自然人所有“外部形象”。对于某些学者所主张的姿势、与众不同的外表及风格等,如果具备“可识别性”,则应纳入第1018条所称“肖像”的范围^[31]。不过,由于第1018条“肖像权”主体所限,《民法典》第1018条第2款所涉及的只是自然人形象,但对存在争议的法人、非法人组织之“形象”是否应受保护之问题难以作出明确回答,故在解释论上会留下将其解释为“等”人格标识的空间。

4. “等”人格标识。《民法典》第993条作为一般性规范,在具体列举上述三类人格标识的同时也作了“留白”。本文认为,“等”人格标识的范围,应根据同类解释及体系解释方法进行确定。根据同类解释方法,其余人格标识应具有与“姓名、名称、肖像”相同之属性,即“外在性”“可识别性”“可让与性”^[32-33]。根据体系解释方法,“等”所保护的并非人格权载体,而应是指人格法益之载体。例如,侵权责任的一般条款通常会就对权利进行具体列举,而将法益纳入“等”的保护范围。^①由于人格权编从侵权法中独立出来,按照同样的立法思路,首先会对人格权编第2章至第6章中出现的权利载体进行穷尽列举,即第993条所列举的“姓名、名称、肖像”,而未能独立成权的法益载体,则通过“等”人格标识进行保护。因此,“等”字所称人格标识并不要求其成为人格权,但需要具备“人格性”。

根据上述标准,“等”人格标识首先应包括第1023条第2款中的“声音”。史尚宽先生认为:“声音标识人格之特征,为人格之重要利益,与姓名、肖像相同”^[34]。德国通过一般人格权,也将声音纳入保护范围^[35]。^②在我国,名人声音在各种语言软件等方面业已得到广泛的实践应用。但需要进一步明确的是,“声音”三要素包括音调、音量和音色,但事实上只有自然人之音色具有独一无二的辨识性。对声音之模仿,核心在于音色相似,音调和音量相较于音色之识别意义较弱。因此单纯模仿他人说话的音调与音量事实上并不足以引起“混淆”,也不属于第1023条及第993条的保护范围。其次,《民法典》人格权编第6章规定的“个人信息”同样应属于“许可使用”范围之内^[36]。根据第1035条第1款之规定,处理个人信息需要“征得该自然人或者其监护人同意”,而第2款则明确指出“处理”包括对个人信息的“使用”。一方面,“同意”属于第993条“许可”形式的一种;另一方面,现实生活中对个人信息的商业利用确实存在,如体重、血压等个人生物信息用于保健产品等商业广告。最后,虽然人格标识的范围在立法技术上存在包括除声音、个人信息之外的可能性,但就目前的范围来看,笔者认为“等”人格标识仍然主要是对人格权编未能独立成权的法益载体之补充。对于学界所主张的“法人形象”、名人“口头禅”“语言”“虚拟形象”等,事实上均未同时具备上述人格标识的所有特征,或者应归入下文“根据其性质不得许可”之列,或者虽可“许可使用”,但本质上并非第993条中所称之“许可”。

四、《民法典》第993条后段:“许可使用”的边界限制

(一) 人格标识的主体归属限制及解释论协调

相较于《民法典(草案)》一审稿及二审稿,《民法典》第993条在“姓名、名称、肖像”人格标识之前又增加了“自己的”这一标识归属的限制性条件。但事实上,现实中确有许可使用“他人”人格标识的

^①原《侵权责任法》第2条第2款规定:“本法所称民事权益,包括生命权、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。”其在界定保护范围时,先将绝对性的民事权利进行穷尽列举,再以“等”来保护尚未独立成权的法益。

^②在1990年的Heinz Erhardt案中,德国法院通过一般人格权保护了“声音”这一法律未曾明文规定的人格特征。

诸多情形存在:首先,无民事行为能力人、限制民事行为能力人由于尚不具备“许可”的行为能力,因此他人对其人格标识之利用事实上是由监护人而非本人进行“许可”;其次,死者不可能对自己的人格标识许可他人使用,故此项“许可”通常应由其近亲属为之;最后,在被许可人为第三人设立“再许可”的情况下,被许可人“许可他人使用”的对象同样为人格权人而非被许可人本人的人格标识。在以上三种情形下,如果严格依照第993条文义进行解释,“许可他人使用”的范围应仅限于主体“自己”的人格标识,“他人”的人格标识不在第993条许可范围之内,不当排除了无民事行为能力人或限制民事行为能力人的监护人、死者近亲属和被授权人“许可”第三人使用人格权人人格标识的可能性,从而会与上述三种情形产生龃龉。笔者认为,《民法典》第993条之所以增加“自己的”这一限制性条件,应是出于保护被监护人或死者等人格权人本人利益的考量,但《民法典》第993条作为许可使用的基本规范,应是能够适用于各种“许可”情形的一般性规则。各种具体许可情形中的利益平衡,并不属于第993条所应考虑的范围,而是应通过《民法典》第35条等具体规范进行解决,第993条为保护本人利益再对标识归属进行限制便实属多余。此种情况下,通过对“姓名、名称、肖像”进行扩张解释,使其包括死者人格标识固然为解决办法,但此种解释结果仍然不免与本条文义产生冲突^[28]。事实上,上述三种情形均属于“他人”代替“本人”对人格标识使用利益进行处分,而传统学说关于人格权不可继承及处分的观点,系建立在传统人格权仅保护精神利益的前提之下。但财产利益不同于精神利益,其可被转让、继承,对财产利益的处分权能同样可以基于本人意思或法律规定授予他人。如果从权能(权利)的取得方式角度进行解释,人格权人本人享有的处分权能事实上属于原始取得,而监护人、近亲属及被授权人之“许可”则属于权利(权能)的继受取得。因此,可以考虑依规范目的对第993条的适用范围进行目的性限缩,认为其适用范围应限制在处分权能原始取得之情形。而在他人通过让与、继承等继受取得方式取得使用利益的处分权能的情况下,其已含有本人同意之意思表示或与本人利益不相悖,此时应根据《民法典》第993条进行反对解释,认为本条并未予以禁止,以此弥合第993条规范内容与社会现实之裂痕。

(二) 对“许可使用”的法定禁止

除《民法典》第993条增加“自己的”这一条件限制外,本条后段同时还设有但书规定,将“依照法律规定或者根据其性质不得许可”的人格标识排除在适用范围之外。就“依照法律规定”不得许可来说,《民法典》事实上并不存在类似于《商标法》第10条、第11条“下列标志不得作为商标使用”的禁止性规定,因此不宜比照“根据其性质不得许可”将“依照法律规定”同样理解为对人格标识所做的限制。笔者认为,“依照法律规定”本质上系在合法性层面对许可行为而非许可对象所做的要求,但“许可”属于法律行为的一种,本身即蕴含合法性的评价内容,故“依照法律规定”在本条更多的是以注意规定的形式存在。“依照法律规定”不得许可,具体包括许可内容违法、许可目的违法及许可方式违法三种情形。就内容而言,即使某一要素满足“可识别性”的要求,但可能表现的内容为法律所禁止,因此权利人即不得许可。如色情图片等虽忠实地反映了人物之肖像或形象,但因为违反法律规定而在禁止之列。就目的而言,即使民事主体允许他人使用第993条所规定的人格标识,但目的是为从事宣传网上赌场等违法或犯罪活动,也不得对之设立“许可”。就手段而言,我国针对个人信息之收集与利用,通过《民法典》人格权编第6章及《个人信息保护法》规定了个人信息的处理原则和处理程序,违反此种原则和程序,即使民事主体事先为他人设置有概括性许可,亦不应认为此种利用属于第993条“许可使用”的范围之内^[37]。

(三) “根据其性质不得许可”

根据上述“等”的范围标准,被许可使用的人格标识首先需满足“外在性”“可识别性”“可让与性”等特征,否则即不属于第993条“许可使用”的适用范围。其次,既为人格标识,则应具有“人格性”。某

一要素如商标等虽然具有标识功能,但不具有“人格性”,虽然可能被许可使用,却并不属于第993条之许可。因此,“人格性”是界分第993条与其他“许可使用”制度的边界。依据“外在性”“可识别性”“可让与性”,物质性人格权与精神性人格权被排除在第993条适用范围之外;依据“人格性”,语言、建筑风格、地理标识等亦在“根据其性质不得许可”之列。

首先,生命、健康、身体及其组成部分等物质性人格权客体具有天然的内在性和专属性,难以与自然分离而独立存在。依照社会一般观念及公序良俗,生命、健康、身体对主体而言仅具有精神利益而无商业上的经济利益^[38-39]。身体器官一经捐献,即与主体相脱离而成为特殊的“物”,对捐献器官之利用并非通过权能分离的方式进行,不属于第993条“许可使用”范畴^[40]。

其次,隐私、名誉等精神性人格权客体同样不适用第993条“许可使用”。某一人格标识具备“可识别性”的前提,是必须对该人格标识进行公开,但隐私具有私密性,一旦公开即不属于隐私范畴,因此其自身属性天然地与商业利用存在冲突,而名誉属于社会对个人综合的外部评价。有学者认为,法人隐私及名誉等具有非人身专属性且属于“能够与商业社会产生连结的人格利益”^[41]。《民法典》第1032条将隐私权的主体限制在自然人,上述观点所称法人之“隐私”事实上应指商业秘密。但并非所有营利法人都天然地具有商业秘密,商业秘密并非“人格利益”,而是法人财产的组成部分,其“可让与性”本质来源于财产属性^[42]。法人之名誉,特别是依第1029条存在包含信用等“商誉”之可能,具有显著的商业价值。但商誉系企业许可使用自身名称、商标等造成关联影响的客观效果,而非许可使用对象本身。如同任何许可他人使用自己姓名之人均可以使公众任意对本人“主观形象”、名誉等产生联想,但由此联想并不意味着此种“形象”及名誉亦在许可范围之内。商誉本质上属于“商业吸引力”,商业吸引力本身不存在许可使用之可能,而只能通过载体予以实现^[43]。

再次,对于部分学者主张名人之口头禅、惯用语、与名人关联的短语等“语言”亦应受到保护^[31],笔者认为不妥。第993条保护范围之判定核心在于“可识别性”,肖像与声音基于自然人独一无二的生物信息而受保护,姓名与名称虽存在重复,但其主要功能也在于识别主体身份。而“语言”则与上述要素不同,其功能并非“识别”,更在于“沟通”;作为公共交流工具,语言及语言之组合更难谓之“人格标识”,将其“许可使用”会造成对言论自由的不当限制^[44]。在实践中,相同的常用词汇或惯用语的使用通常被法院认为属于合理的重复,造成混淆之后果,事实上往往系各种因素的综合,也并非单纯的语言组合本身。^①因此,仅仅使用与名人惯用语相同的语言组合进行商业利用,并不足以造成“人格”之混淆。

最后,自然人形象虽然属于《民法典》第993条“肖像”的范围,但自然人形象不应包括“表演形象”和“虚拟形象”。就“表演形象”而言,“表演”意味着来源于他物且不同于原物^[45]。表演形象虽然属于“形象”的一种,但并非人格权范畴,而是属于《著作权法》中的表演者权保护范围。就“虚拟形象”而言,某些艺术形象虽然以特定自然人为原型,但其在原有描述对象的基础上创作而成,已属于“作品”范畴。其中具有个性特征的艺术形象是否应受保护,应以著作权法中的“独创性”为判断标准。另外,组织体之“形象”是否应受保护目前仍然存在争议。有学者认为,人格标识包括“法人或其他组织的名称、标志性建筑、地理特征以及以上‘可指示性要素’综合而成的整体形象”^[3]。另有学者将法人形象分为无形的信用形象与有形的标识形象,认为法人具有“形象”,但不享有“形象权”^[46]。但“形象权”之“形象”,应指对主体体态、外貌等特征的有形刻画。而基于个人品德、性格所生之“形象”,本质上属于社会评价范畴,应受名誉权而非形象权保护,无论如何都不会存在许可使用“社会评价”(名誉)之情形。同理,法人无形的社会形象,本质上属于社会公众对法人的社会印象和整体评价,应属于法人名誉(商

^①如2018年合肥知识产权法庭审理的“江某与孙某、某出版社、某图公司著作权侵权纠纷案”中(北大法宝引证码CLI. C. 75294406),法院明确指出“在常用词汇、惯用语和专业用语上出现相同的现象亦为合理”,故法院作出案涉两部作品不构成实质性相似的判定,本案虽为著作权纠纷,但对语言是否得以许可之问题具有借鉴意义。

誉)范围。而法人标志性建筑、地理特征等,事实上系法人财产之组成部分而非法人本身,本质属于“物”之形象。此种情形下,“物”之形象虽可“许可使用”,但此“许可”并非基于人格权编中第993条之“许可”,而是基于知识产权法中外观设计及地理标志使用之“许可”,如国家知识产权局于2020年7月24日公布的《中欧地理标志协定》即属对此类“形象”的保护。

五、结 论

《民法典》第993条所规定的人格标识“许可使用”规范并无“商业目的”与“非商业目的”的区分,因此不存在仿照美国建立“二元制”保护模式的基础,通过第993条规定之“许可”创设的权利也并非“公开权”或“商品化权”,而是用益性债权。使用权人基于债之关系对他人人格标识具有一定程度的“支配力”,并能够形成占有外形而受到侵权法保护。第993条“许可使用”的主体,应根据规范目的扩张至“不具有主体资格但具有名称的团体”;“姓名、名称、肖像”三种典型客体类型应排除教名、重复姓名、与曾用名重复但现已登记的名称及法人形象;以音色为主要保护对象的“声音”和不以商业利用为目的的“个人信息”则应纳入“等”人格标识范围内。同时,应对第993条的适用范围进行限缩解释,使其限制在使用权处分权能原始取得的情形,从而使第993条中“自己”这一限制条件与让与、继承等许可人继受取得处分权能之情形相协调。有关作品角色、物之标识、虚拟标识等其他不能被纳入第993条适用范围的“商品化权”客体,应通过对“独创性”进行重新解释,将作品角色、有形的“法人形象”等纳入《著作权法》第24条所规定的“许可使用”范围;而地理标识事实上属于《商标法》第43条规定的“许可使用”范围;对于未经注册为商标的物之标识,由于我国实证法并无“物象权”这一概念,只能通过《反不正当竞争法》第6条“反误认”规则进行兜底保护。由此,我国语境下的“商品化权”或“公开权”,并非仅指《民法典》第993条,而是通过《民法典》第993条、《著作权法》第24条及《商标法》第43条所共同形成的商业标识“许可使用”体系实现,本质亦非独立的绝对权,而是上述不同类型之“许可”所创设的“权利束”,并受到《反不正当竞争法》第6条的兜底保护。

参考文献:

- [1]王利明.人格权法的新发展与我国民法典人格权编的完善[J].浙江工商大学学报,2019(6):5-19.
- [2]吴汉东.形象的商品化与商品化的形象权[J].法学,2004(10):77-89.
- [3]杨立新,林旭霞.论人格标识商品化权及其民法保护[J].福建师范大学学报(哲学社会科学版),2006(1):74-80.
- [4]温世扬.论“标表型”人格权[J].政治与法律,2014(4):64-71.
- [5]黎桦.民法典编纂中的财产性人格权研究[J].政治与法律,2017(8):12-19.
- [6]于晓.自然人人格标识商业利用民事权利的创设与保护[J].法学论坛,2017(1):61-69.
- [7]卡尔·拉伦茨.德国民法通论:上册[M].王晓晔,邵建东,程建英,等,译.北京:法律出版社,2003:379.
- [8]汉斯·布洛克斯,沃尔夫·迪特里希·瓦尔克.德国民法总论[M].张艳,译.北京:中国人民大学出版社,2019:277.
- [9]杨立新.我国民法典人格权编对人格权立法的创新发展[J].法商研究,2020(4):18-31.
- [10]温世扬.析“人格权商品化”与“人格商品化权”[J].法学论坛,2013(9):107-111.
- [11]张红.“以营利为目的”与肖像权侵权责任认定——以案例为基础的实证研究[J].比较法研究,2012(3):63-76.
- [12]张健文.自然人肖像权保护的规范结构与解释论[J].社会科学家,2014(2):9-15.
- [13]程合红.商事人格权论[M].北京:中国人民大学出版社,2002:28.
- [14]张红.人格权总论[M].北京:北京大学出版社,2012.
- [15]温世扬.略论人格权的类型体系[J].现代法学,2012(4):52-59.
- [16]方金华.一般人格权理论分析及我国的立法选择[J].法律科学,2015(3):34-42.
- [17]王泽鉴.人格权法[M].北京:北京大学出版社,2013:297.
- [18]刘召成.人格商业化利用权的教义学构造[J].清华法学,2014(3):118-136.
- [19]FORKEL H. Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung[J]. GRUR,1988(7):491-501.

- [20] 金可可. 基于债之关系之支配权[J]. 法学研究, 2009(2):19-37.
- [21] 隋彭生. 论占有之本权[J]. 法商研究, 2011(2):86-95.
- [22] 王泽鉴. 民法学说与判例研究:重排合订本[M]. 北京:北京大学出版社, 2019:534.
- [23] 刘召成. 人格商业化利用权的教义学构造[J]. 清华法学, 2014(3):118-136.
- [24] 图比亚斯·莱特. 德国著作权法[M]. 张怀岭, 吴逸越, 译. 北京:中国人民大学出版社, 2019:288.
- [25] 刘国庆, 唐萨婍. 对商品化权保护问题研究[J]. 社会科学战线, 2011(6):204-208.
- [26] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥, 译. 北京:商务印书馆, 2012:335-336.
- [27] 杨凯旋. 论别名财产利益的保护——基于民法典第1017条展开[J]. 北方法学, 2020(6):147-157.
- [28] 温世扬. 中国民法上的“公开权”——民法典人格标识许可使用规定之解析[J]. 当代法学, 2021(2):14-23.
- [29] 王利明. 人格权法研究[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2018:426.
- [30] 马一德. 商标权行使与姓名权保护的冲突与规制[J]. 中国法学, 2018(4):178-194.
- [31] 朱广新. 形象权在美国的发展状况及对我国立法的启示[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2012(3):24-32.
- [32] 温世扬. 论“标表型人格权”[J]. 政治与法律, 2014(4):64-71.
- [33] 房绍坤, 曹相见. 标表型人格权的构造与人格权商品化批判[J]. 中国社会科学, 2018(7):139-162.
- [34] 史尚宽. 债法总论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2000:157.
- [35] SCHERTZ C. Merchandising Rechtsgrundlagen und Rechtspraxis[M]. München; C. H. Beck, 1997:126-129.
- [36] 苏今. 民法总则中个人信息的“可识别性”特征及其规范路径[J]. 大连理工大学学报(社会科学版), 2020(1):82-90.
- [37] 陈希. 大数据时代公民个人信息民法保护的制度构建——兼评民法总则第111条[J]. 河南师范大学学报(哲学社会科学版), 2019(3):59-64.
- [38] 曹相见. 物质性人格权的尊严构成与效果[J]. 法治研究, 2020(4):56-71.
- [39] 李永军, 项斌斌. 民法典编纂背景下姓名权与其他“人格权”的区分——兼及我国民法典人格权编的立法建议[J]. 浙江工商大学学报, 2019(2):27-34.
- [40] 汪志刚. 民法视野下的人体法益构造——以人体物性的科技利用为背景[J]. 法学研究, 2014(2):93-115.
- [41] 许郁婷. 论法人人格利益之商业利用——以中国大陆为中心[J]. 军法专刊, 2019(1):87-115.
- [42] 崔明霞, 彭学龙. 商业秘密的知识产权属性——兼论知识产权的性质[J]. 中南财经政法大学学报, 2002(4):81-88.
- [43] 董美根. 英国商誉保护对我国商标专用权保护之借鉴[J]. 知识产权, 2017(5):80-88.
- [44] 刘召成. 基本权利对民法法人人格权构造的发展与限定[J]. 福建师范大学学报(哲学社会科学版), 2020(5):148-157.
- [45] 熊文聪. 论著作权法中的“表演”与“表演者”[J]. 法商研究, 2016(6):180-187.
- [46] 马俊驹. 人格和人格权理论讲稿[M]. 北京:法律出版社, 2009:257-258.

Normative Interpretation of the “Licensed Use” of the Personality Mark in the *Civil Code*: the Scope of Article 993 as the Focus

LI Yunda

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

Abstract: As Article 993 of the *Civil Code* does not distinguish between “commercial purposes” and “non-commercial purposes”, there is no basis for establishing a “binary” protection model. The right created by the “license” is not a “merchandising right”, but a usufructuary right. The user has “dominant power” over the personality mark based on the relationship of debt, and forms a conceptual possession shape that is protected by tort law. The subject of Article 993 should be expanded to “named groups”. “Names, enterprise name, likeness” should exclude religious names, duplicate names, names that are duplicates of previous names but have been registered, and corporate images. “Etc” personality mark includes “voice” and “personal information” as main protection objects. The scope of application of Article 993 should be interpreted in a limited way to bridge the gap between “own” restrictions and social reality. The “merchandising right” in the context of our country is essentially the “right bundle” of different types of “licenses” created by Article 993 of the *Civil Code*, Article 24 of the *Copyright Law*, and Article 43 of the *Trademark Law*. It is also protected by Article 6 of the *Anti-Unfair Competition Law*.

Key words: *Civil Code*; personality rights; commercialization rights; licensed use; personality mark



(责任编辑 张伟 郑英龙)