

人格要素商业化利用的 规制模式选择及制度构建*

张善斌

摘要：在人格要素商业化利用的浪潮下，如何构建我国的人格要素商业化利用的规制模式成为当务之急。总体来讲，域外有四种规制模式。其中英国及其他英联邦国家的仿冒之诉和世界知识产权组织的反不正当竞争保护模式都存在内在缺陷，难以克服；美国二元论模式下权利归属的正当性值得怀疑，也不利于人格要素中精神利益的保护，还可能给我国造成制度冲击。我国应该借鉴德国“一元论”模式，但德国法上的一般人格权概念应予废弃，以及死后人格要素的精神利益不应继续存在。与此同时，我国未来人格权立法还要明确人格要素商业化利用的实现方式、限制、义务、救济、保护期限等，应构建完整的保护体系。

关键词：人格要素；商业化利用；规制模式；人格权立法

中图分类号：D913 **文献标识码：**A **文章编号：**1003-854X(2015)02-0126-07

在现代社会，各国对某些人格要素具有商业价值，能够进行商业化利用已成共识。而我国对人格要素的商业化利用规制现状存在明显不足，如何构建人格要素商业化利用法律规制模式是亟待解决的问题。笔者试图在对域外几种规制模式进行比较分析的基础上提出构建我国人格要素商业化利用规制模式的建议，希望对正在进行的人格权立法有所助益。由于法人尤其是商法人以外的法人，其人格要素能否被商业化利用，学界多持否定态度；而商法人的名称权（商号权）、名誉权（商誉权）等的法律性质，通常被认为是财产权。^①因此，本文只讨论自然人人格要素的商业化利用问题。

一、我国人格要素商业化利用的规制现状及不足

1. 立法

我国法律迄今为止没有明文规定人格要素具有财产利益，没有承认人格权的精神和财产双重利益。虽然《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第100条和《民法通则意见》第139条禁止未经同意使用他人肖像营利，但并未直接赋

予肖像权具有财产价值的内涵。我国法律偏重于从人格精神利益上保护姓名权、肖像权，并非因为姓名权、肖像权具有财产性才给予保护。^②也有学者认为，《民法通则》第100条注意了肖像所具有的可营利性价值，在一定意义上也体现了法律对肖像权中经济利益内涵的承认”。^③此观点值得商榷，制定《民法通则》时我国正处于计划经济体制向混合的经济体制转变时期，在立法当时，人格权一直被看作是精神性权利，而不具有财产内涵，这在立法上对人格权的侵害没有明确规定财产性损害赔偿请求权可得佐证。《民法通则》第120条第1款规定了肖像权和姓名权遭到侵害后的救济权有停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等，至于“损失”是否包括给被害人造成的人格财产利益损失是不明确的。不过有学者认为该规定的赔偿损失是源于我国对人格精神损害赔偿的承认^④，但“依现制，人格权之财产价值保护在我国法制中并未得到明确承认”^⑤。2002年12月全国人大常委会公布的《中

* 本文系中国法学会2012年度部级法学研究课题“人格要素的商业化利用及其法律规制”（项目编号：CLS（2012）D140）的阶段性成果。

华人民共和国民法(草案)》沿用了《民法通则》的表述,对人格要素商业化利用保护未有创新。

不过,按照立法机关的解释,《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第20条承认了姓名和肖像有一定的商业价值^⑥,但是,即便如此,它对人格要素商业化利用保护范围仍过于狭窄,且《侵权责任法》只是救济法,其局限性很明显:一是立法对权利和法益的保护未作严格区分。一般认为,权利和其他法益有划分之必要,且对权益的保护要严于对权利的保护。^⑦二是不能为权利人积极商业化利用其人格要素提供法律依据。《侵权责任法》的功能应该侧重于明确彼此之间行使权利的自由的界限,而不在于确定是否有权利存在,那么以该法第20条作为权利主体将其人格要素的投入商业化利用的依据存在不妥。

2. 司法

我国司法实践中,围绕人格要素的商业化利用纠纷案件,通常重视人格要素精神利益,无视人格要素财产利益。法院主要是以精神损害赔偿模式来保护受害人,受害人追责的主要依据是《民法通则》第100条、第120条。然而,以精神损害赔偿来救济人格要素的商业化利用的侵权纠纷,对权利主体极为不利。精神损害赔偿的适用条件严格,而且赔偿数额不高。

精神损害赔偿救济不足,人格要素的财产利益又尚未得到承认,这无疑是对这种侵权行为的放纵。为公平起见,法院不得不寻求折衷办法,如沈佳妮诉常州市迅驰干燥设备有限公司肖像权纠纷案中支持所谓的人格要素精神利益派生的财产利益赔偿^⑧,或是如关菲诉天津福泰房地产开发公司侵犯著作权、隐私权纠纷案中将“损失赔偿额应根据被上诉人的侵权行为是以营利为目的这一情节,酌情赔偿上诉人精神损失”^⑨。正所谓“名不正,言不顺”,这些折衷的办法总是让人觉得别扭。

由于以精神损害赔偿模式保护人格要素的财产利益存在诸多弊端,有地方法院突破这一模式进行判决,在张柏芝诉江苏东洋之花化妆品有限责任公司肖像权纠纷案^⑩中,法院明确认可了人格要素的商业化利用价值。如此一来,便会造成我国法律体系下同案不同判,给法制的统一性带来挑战。

《侵权责任法》第20条的出现一定程度上既能解决精神损害赔偿模式来保护人格要素的财产利益的诸多弊端,又能保障法制统一。在茅某某诉上海某服饰有限公司肖像权纠纷案中,法院即是以《侵权责任法》第20条为依据,判决被告赔偿原告经

济损失16000元,驳回了原告的精神损害赔偿请求。^⑪可惜的是,《侵权责任法》第20条也有其自身局限性,不能彻底解决问题。

3. 理论研究

总体来说,相比传统民法其它领域,人格权法研究最为缺失,人格要素的商业化利用更显单薄。不过也不乏真知灼见,其中具有代表性的方案分别体现在王利明教授、梁慧星教授和徐国栋教授主持起草的民法典草案学者建议稿中。^⑫三部学者建议稿均从人格要素商业化利用的现实出发,都采用了积极授权和消极保护相结合的方式,既为积极商业化利用提供行为规范,又为消极被动侵权提供救济,值得肯定。但在能被商业化利用人格要素的范围上,三稿不尽一致,都过于狭小;在人格要素商业化利用的实现形式上规定过于简陋,不能很好地满足现实需要;在是否采用“一般人格权”概念,三稿却呈现出一致性,都规定了一般人格权,然而此概念存有疑问,应该予以摒弃;在保护期间问题上,仅王利明教授的建议稿对肖像权的保护期间作出了规定;在死者生前人格利益保护上,三稿采取的理论存有分歧,王利明教授主张对“死者人格利益的保护”,梁慧星教授主张“对死者姓名、肖像和名誉的保护”,而徐国栋教授主张对“死者人格权的保护”。还有一点需要说明的是,关于人格权法在未来民法典中是否要独立成编的问题。王利明教授和徐国栋教授的建议稿在形式上虽有不同,但实质上可以说都是赞成人格权法独立成编。然而,梁慧星教授坚决反对人格权法独立成编。

除去上述三种方案外,我国其他学者对人格要素商业化利用的保护也有所研究,他们的研究建议主要是以德国一元论保护模式或美国二元论保护模式为原型进行构建的,他们的主张具体可分为人格权说、商事人格权说、无形财产权说和知识产权说。笔者认为德国的一元论保护模式——人格权说更适合我国,美国的二元模式在我国推行存在难度。商事人格权说、无形财产权说和知识产权说在解决侵害人格要素的商业化利用问题方面存有不足:第一,知识产权的客体是智力成果,能够进行商业化利用的人格要素很难与智力成果挂钩。倘若是对虚拟角色的形象进行保护,现有的知识产权法似乎足以胜任,无须单独进行说明。第二,侵权行为为多是针对特定自然人而言,自然人和侵权行为主体之间不一定存在竞争关系,用反不正当竞争法予以保护说不过去。第三,将人格要素的商业化利用归入财产权范畴,不利于人格精神利益的保护。事

实上,选择不同的保护模式,还会带来很多内容上的差异,体现出不同的价值。

二、我国未来人格要素商业化利用法律规制模式选择

1. 域外人格要素商业化利用法律规制模式

(1) 德国法上的“一元论”模式。如何规制人格要素的商业化利用这个新事物,德国采取了“一元论”模式。所谓“一元论”模式,也称统一保护模式,是指对姓名、肖像等人格要素的商业化利用进行法律规制时,不另行创设独立于姓名权、肖像权等人格权之外的财产权,而是将其内化于人格权进行保护。在德国,人格权不仅包括精神利益还包括财产利益^①,但精神利益居于主导地位,财产利益的行使受制于精神利益。

基于人格自治理论^②,人格要素的商业化利用所得利益排他性地归属于人格权人。但是人格权的专属性决定了人格权不可转让,那么人格要素商业化利用的权利也不可转让,试想如果人格要素商业化利用的权利可以转让,人格权将不再完整,他人能在自己的人格要素上享有支配权,恐怕难以让人接受。不过,人格权的专属性并不排斥对人格要素的商业化利用,因为是否进行商业化利用完全是出于权利人的自愿,当事人之间成立的仅是合同关系,人格权人享有完整的支配权,合同另一方当事人享有的仅是请求权。为保证人格权人在法律上许可他人商业利用自己的人格要素,德国存在以下方式:一是救济权的放弃,即权利人放弃救济权来实现对人格要素的商业化利用;二是被害人允诺,即人格权人可以通过作出被害人允诺来许可他人的商业利用;三是权利的使用许可,又分为排他性的使用许可和非排他性的使用许可等。然而,在人格权人死亡时,德国法又突破了人格权的精神利益和财产利益不可分离的底线,对人格权精神利益和财产利益作出了不同安排,人格权精神利益继续作用,由指定的人或遗族代为行使权利,而人格权财产利益得为继承。^③

(2) 美国法上的“二元论”模式。与德国相比,美国法律没有严格的体系性,以实用性和灵活性著称。在法律适用上,遵循先例,当没有先例或先例不足以满足发展需要时,美国法官的造法功能就体现出来了,既有的法律制度对新制度的产生不会形成很大的阻碍作用。随着人格要素的商业化利用现象越来越普遍,美国的隐私权保护显得捉襟见

肘,于是,美国法律创造了有别于隐私权的公开权来保护人格要素的商业化利用。美国关于人格权的权利保护体系就呈现出了一种“二元论”的权利保护模式,用隐私权来保护人格要素中的精神利益;而用公开权来保护人格要素中的财产利益,此种保护模式是建立在承认自然人人格要素中的精神利益和财产利益相互独立存在的基础之上的。

既然公开权是一种独立的财产权,那么就具有财产权的一般属性,可以转让,也可继承,还可以授权许可,甚至可以纳入离婚财产和破产财产。但也带来了一个问题,公开权归属的正当性何在?美国学者提出了比较多的观点来回答这个问题:一是分配效率说^④,通过人为地制造资源的稀缺性,来达到资源的合理分配;二是经济刺激说^⑤,排他性的经济价值归属可以鼓励人们积极投身公共领域;三是劳动价值理论说^⑥,人们耗费了劳力,对劳动成果享有正当的权利;四是防止不当得利说^⑦,一方在没有付出就获得收益,而他人却因此遭受损失;五是保护人类尊严说^⑧,每个人都享有尊严自治;六是保护消费者的合法权益说^⑨,消费者购买商品大多处于不理性状态,赋予名人公开权,那么名人会注重自己的名声而拒绝给不合格商品代言,以达到保护消费者的目的;七是防止不正当竞争说^⑩。在法院判决中,各种理由都曾出现过,却一直没有定论。虽然没有哪一种理由能够彻底解释清楚为什么要保护人格要素中的财产利益,但是这也正是美国法律制度的灵活性和实用性的体现,不会拘泥于某一固定理由,完全可以根据不同情形作出最佳的理由选择。而且美国具有独特的司法系统,存在联邦法院系统和州法院系统之分,统一人格要素商业化利用的保护理由亦存有困难,反倒是这种不同的保护理由更能符合现实情况。

(3) 其它模式。除了德国模式和美国模式之外,还有两种模式比较有影响力,即英国及其他英联邦国家的仿冒之诉和世界知识产权组织的《反不正当竞争示范条款》。但是这两种模式的影响力远不及前两种模式,且有其内在的固有缺陷。具体而言,仿冒之诉存在的不足是:传统的仿冒之诉制度要求侵权人与被侵权人均均为商人,而人格要素商业化利用的权利人并不限于商人;仿冒之诉在保护自然人人格要素商业化利用中忽视了人格自主原则;仿冒之诉要求被告的虚假表述具有欺诈性,对于那些非欺诈性的虚假表述难以适用。^⑪用反不正当竞争法来调整人格要素商业化利用的问题也存在很大缺陷:因积极行使权利而产生的纠纷,如用消极的

反不正当竞争法来调整,很难圆满解决问题;适用反不正当竞争的前提是双方具有竞争关系,也就是说要求权利主体是经营者,而事实上通常并非如此;人格要素的商业化利用和虚构角色的商业化利用的保护利益和价值目标是不同的,将二者一体保护,有可能忽视对人本身的保护。^④

2. 我国未来立法应采取德国“一元论”模式

理论界对人格要素的商业化利用是纳入既有人格权理论体系进行保护,还是另行创设新的财产权进行保护,意见不一。一些学者倾向于采纳德国法上“一元论”模式^⑤,认为某些人格要素具有商业价值,能够进行商业化利用;另一些学者则倾向于采取美国法上的“二元论”模式^⑥。到底我国未来人格权立法该何去何从?究竟应该选择哪种立法模式?我们不妨先对这两种模式进行比较分析。

德国模式和美国模式最大的不同就在于理论基础不同,人格要素财产利益能否独立于人格精神利益而存在。由此,带来了二者很多差异:

第一,权利归属的正当性的不同。在德国模式下,人格自治理论能够圆满地解释人格要素财产利益由人格权人享有;而在美国模式下,学者却要努力为权利归属寻找正当理由,事实证明,这些理由均不能很好地解释权利归属问题:(1)分配效率无法解释为什么不将公开权赋予国家公共机构,而一定要赋予私人;(2)经济刺激是从功利主义立场来分析,而现实生活中人之所以努力出名,并非都是为了寻求将其人格要素进行商业化利用,甚至有人拒绝这样的利用;(3)在网络和传媒如此发达的今天,人的出名可能纯属意外,是多重因素的结合,自身劳动可能只占据很少比重;(4)不当得利以存在财产利益为前提,而又用不当得利来证明财产利益存在,陷入了逻辑怪圈;(5)人格尊严会排除名人的权利,他们不反对出名,只是反对将其人格要素无偿进行商业化利用;(6)赋予私人以公开权不比国家通过处罚更有利于保护消费者利益;(7)不正当竞争需要双方当事人之间存在竞争关系,且存在假冒行为,公开权案例大多不符合这两个特征。^⑦

第二,权利主体范围的不同。德国模式和美国模式都主要是针对自然人人格要素的财产利益提供保护,这与自然权利理论不谋而合,该理论认为只有人类才天生具有自己独特的人格;只有人类才会为了培养自己独特的人格而付出和投入;也只有人类才能有效控制自己的人格。然而,在德国模式下,自然人都享有人格权,都可以商业化利用其某

些人格要素;在美国模式下,最初公开权被认为仅仅只有娱乐明星和体育明星才享有,然后权利主体的范围延伸至任何领域的名人,如今每个人与生俱来对于其人格要素都享有商业化开发和利用的权利。两者虽然最终趋同,但是美国这种发展历程也表明美国模式无法圆满回答权利主体范围的问题。当然,这并不意味着权利主体行使权利不受限制,德国《艺术作品法》第23条第1款第4项“更高的艺术利益”以及第24条“司法以及公共安全方面的宗旨”都具有优先肖像权人允许权的地位。^⑧

第三,权利性质的不同。在德国模式下,人格要素的商业化利用仍属于人格权的范畴,而在美国模式下,公开权的性质难以界定,有人主张是知识产权,也有人主张是一种新型独立的财产权类型。

第四,权利实现方式的不同。美国模式下,公开权被定义为财产权,其在许可使用、转让和继承方面都不存在问题,但是忽视了人格要素中的精神利益,一旦将公开权转让出去,权利主体就不能干涉受让人的利用,对权利主体的精神利益保护有欠妥当。而在德国模式下,权利实现方式不如美国灵活,救济权的放弃不能排除行为的违法性;被害人允诺虽阻却了行为的违法性,但是与授权许可无法区分。^⑨不过,人格权始终应以精神利益占据主导地位,权利主体可以以精神利益保护为依据,限制被许可人对人格要素进行商业化利用,这样有利于维护人的尊严。

第五,制度构建的不同。美国法律缺乏人格权的抽象概念,只有较为宽泛的隐私权概念,关于姓名、肖像等权利往往在隐私权内予以保护,不存在人格权和财产权的严格对立,具有实用主义和判例法的灵活等特点。^⑩正因如此,美国公开权对人格要素的商业化利用走得更远,不仅保护人格标志的价值,还保护表演者的行为。而德国民法典按照潘德克顿体系建构,具有严格的体系性,牵一发而动全身,故德国通过完善现有的人格权理论来保护人格要素的商业化利用。人格要素财产利益的承认已经能够对人格权商品化问题作出很好的解决。^⑪德国以客体来区分权利,而美国更偏重以所体现的利益来区分权利。

第六,体现的价值不同。德国模式和美国模式背后都隐藏着人格权保护的价值理念,正是不同的价值理念促成了不同模式的形成。美国法主要保障的是个人的人身自由,而欧洲法主要保护个人的人格尊严。^⑫这两种价值取向没有绝对的好坏之分。

当然,德国模式和美国模式在许多方面仍然是

相同的：首先，保护范围相同。二者均是立足于人格要素上的财产利益的保护，而财产利益是一种交换上的利益，能够客观地估价，通过一定数量的金钱能够完全补偿对该利益的侵犯，并且当某原告获得了准确反映其所损失的价值的总和的金钱后，应该没有进一步的损失感。^③其次，美国和德国都明确规定了对人格要素商业化的利用保护期限。只是美国各州关于公开权的保护期限不一，如加州是在个人死亡后 50 年至 70 年，印第安纳州是 100 年，田纳西州甚至规定公开权永远受到保护。而在德国人格要素的商业化利用保护期间，多参照《艺术和摄影作品著作权法》10 年期的规定。再次，在救济手段（包括侵权损害赔偿、不当得利、不真正无因管理等）、可继承性等方面二者具有一致性。

通过上述分析，德国模式在权利归属的正当性、权利主体范围、对人格要素精神利益的保护方面都优于美国模式，而我国自近代以来主要模仿的是大陆法系尤其是德国的法律制度，在价值取向上也更类似于德国，若是在现有的人格权制度之外再规定类似于公开权的独立权利类型，是我国制度难以承受的。正如学者所言“引入公开权的概念，可能对我国既有的人格权体系造成不必要的冲击”。^④故而，笔者认为总体上我国应借鉴德国的“一元论”模式。但是德国模式在制度构建上有两个问题值得注意：一般人格权和死后人格权精神利益与财产利益并存但分立。我国应摒弃一般人格权概念，通过一般条款对人格权予以兜底保护；同时，否定死后人格精神利益继续作用，肯定死者近亲属对死者人格享有受法律保护的利益，如果该利益受到侵害导致精神痛苦，死者近亲属可请求司法救济。

三、我国未来人格要素商业化利用法律规制的制度构建

我国深受潘德克顿体系的影响，而潘德克顿体系的主线之一就是法律关系。以法律关系作为构建民法典分则的“中心轴”，主要是依据民事法律关系的内容构建，更准确地说，是依据权利和责任来构建。^⑤大陆法系以客体作为区分权利的决定性标志，并由此将权利区分为物权、债权、知识产权和人格权。^⑥客体的不同才是决定某类权利在民法典中是否具有独立一席之地的决定性因素，人格权具有独立于物权、债权等的客体，人格权法应该独立成编。正如上述分析，将人格要素商业化利用纳入人格权调整范畴是我国目前的最佳选择，那么该如

何具体构建我国的一元论保护模式？

1. 人格要素商业化利用法律规制的框架

立法是需要成本的，避免立法内容的重复和多余不在话下，这就须要运用括号技术。按照概念之间的种属关系，先对属概念的权利进行规定，再对种概念的权利进行规定，而种属关系是相对的^⑦，是可以转化的，那么如此构建的体系具有逻辑性，可以避免立法内容的重复。将之运用到人格权法内部体系的构建，我们认为：

人格权的客体是人格要素，包括生命、姓名、肖像、隐私等。也就是说人格权是一个集合名词，是生命权、姓名权、肖像权、隐私权等的上位概念。人格权法的基本权利单元应该是生命权、姓名权、肖像权、隐私权等这类单一权利。每个单一权利之间存在着共性，而且它们之间的共性存在着范围的区别。这就需要在人格权和单一权利之间搭建桥梁，对单一权利进行类型化，厘清相互之间的种属关系。总体来说可以将人格权划分为物质性人格权和精神性人格权，其中精神性人格权又可分为标表型人格权、自由型人格权和尊严型人格权。

然而，将权利类型化，极有可能由于人类认识的局限性而出现列举的类型无法周延属概念，正如《侵权责任法》制定过程中，立法者担心对民事权益采取具体列举方式可能出现难以穷尽、挂一漏万的现象。事实上，悼念权、瞻仰权都属于人格权的范畴，但是没有必要全都纳入立法，否则权利类型过多，法律条文过于繁杂。再加上人格权本身具有开放性的特点，随着人类社会的进步和科技的发达以及人格权研究的深入，人格权的类型以及人格利益的范围将不断扩大。^⑧因此，有必要采用一般条款对尚未类型化的人格利益予以兜底保护，人格权保护的一般条款具有缓解人格权的法定性与人格权的开放性之间矛盾的作用。

我们还需要注意的是拥有人格要素商业化利用权能的所有单一人格权虽都为精神性人格权所涵括，但却不能为标表型人格权、自由型人格权或是尊严型人格权中的某一类所涵括，也并不是所有的精神性人格权都拥有人格要素商业化利用权能。那么关于人格权商业化利用的规定，存在两种立法模式可供选择：一是在人格权法中集中规定；二是在相关具体人格权中设计具体的条文分散规定。采用分散规定的方式，势必会带来立法的重复和浪费，甚至可能造成规定的互相冲突，而集中规定更加简约，可以减少冲突。不过，集中规定具体放置在何处是一个令人头疼的问题。有学者认为“人格权法

总则主要应当规定如下内容：……第二，人格权商品化。……”^⑨物质性人格要素在短时间内不太可能被商业化利用，将所谓的“人格权商品化”放置在总则不太合适，似乎将其放置在“精神性人格权”下进行规定更加妥当。

2. 人格要素商业化利用法律规制的具体规定

第一，人格要素商业化利用权利主体的普遍性。既然每个人都有人格要素，能够享有人格权，那么自然应当享有商业化利用其人格要素的权能。事实上，只要某人的人格要素被商业化利用，不管其是不是所谓的名人，都说明其人格要素具有财产利益。名人与非名人的人格权具有相同的内容、权能，不同的只是人格要素所具有的商业价值。

第二，在立法上明确认可人格要素的商业化利用是标表型人格权和部分尊严型人格权的权能，至于还有没有其它人格要素能够被商业化利用，目前争议甚大，可交由人格权保护的一般条款来解决。

第三，标表型人格要素、部分尊严型人格要素的精神利益和财产利益统一于具体人格权，不可分离。人格权具有专属性，更准确地说，人格权具有享有的专属性，权利只能归属于人格权人；人格权在行使上由于人格要素商业化利用的出现，专属性有所松动。在充分尊重主体精神利益的情况下，他人可以通过获得授权的方式来商业化利用标表型人格要素、部分尊严型人格要素，这种授权许可可依其程度不同，可分为排他性许可和非排他性许可。也正是因为该部分人格要素的商业化利用要受制于人格要素的精神利益，所以如果发生情势变更，人格权人得撤回其授权许可。

第四，人格权人死后其人格要素的精神利益随之消灭，只剩下了原人格要素的财产利益，此时具体人格权实际上已经转化为单纯的财产权了，当然可以由其近亲属继承。早在2000年最高人民法院《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》就规定：“公民死亡后，其肖像权应依法保护。任何污损、丑化或擅自以营利为目的使用死者肖像构成侵权的，死者的近亲属有权向人民法院提起诉讼。”这似有承认人格要素财产利益的可继承性之意。

第五，权利不是绝对的，人格要素商业化利用权的保护也不是绝对的。当权利主体商业化利用时，不仅要受到平等、自愿、公序良俗、诚实信用、禁止权利滥用等民法基本原则的限制，还要受到言论自由、权利穷竭的限制。

第六，规定人格要素商业化利用的保护期限。

人格要素的商业化价值不仅仅是个人劳动的结果，更是离不开公众的支持，这就需要平衡个人利益和社会利益。以个人死亡之日起30年为宜，相比国外立法例，这是一个适中的期限。

第七，赋予人格权人对其人要素进行商业化利用的权利时，也得对其课以义务、责任。针对实践中“人格要素的商业化利用权利人享有丰厚利润回报的同时，很少被课以义务和责任”的现象，有个别法律已有所关注，但是离不开人格权法的正面规定和一般规定。

第八，无救济即无权利，构建完整的权利救济体系对于人格要素的商业化利用的正常进行必不可少。从节约立法成本计，《侵权责任法》有关民事责任优先、责任构成、责任方式、免责事由等一般规定可以直接适用于有关人格要素商业化利用的侵权纠纷中。不过，这并不排除人格权法作出特殊规定，这包括以下两种情形：一是对《侵权责任法》已有的规定作出变更；二是对《侵权责任法》未规定的内容作出规定。此外，当遇到因行为人的行为缺乏过错或违法性而不构成侵权行为时，或侵权行为请求权因时效而消灭时，受害者可以通过请求返还不当得利来达到维护自己权利的目的。

第九，人格要素的商业化利用的合理使用制度。判断是否构成人格要素商业化利用的合理使用需要考虑以下因素：能否识别出权利人、是否和权利人有关联、权利主体和利用人的利益衡量、利用人的目的、动机、手段、方式等。

注释：

① 《保护工业产权巴黎公约》第8条将法人名称权规定为无形财产权。

② 唐德华、高圣平主编：《民法通则及配套规定新释新解（下）》，人民法院出版社2003年版，第274页。

③③ 程合红：《商事人格权——人格权的经济利益内涵及其实现与保护》，中国政法大学出版社2002年版，第128、234—235页。

④ 周元伯：《〈中华人民共和国民法通则〉释义》，南京大学出版社1986年版，第145页。

⑤ 张红：《人格权总论》，北京大学出版社2012年版，第189页。

⑥ 全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《中华人民共和国侵权责任法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2010年版，第75页。

⑦ 王利明：《侵权责任法研究（上卷）》，中国人民大学出版社2010年版，第99页。

⑧ 参见江苏省常州市武进区人民法院民事判决书（2012）武山民初字第0329号。法院指出：对于其中的

财产损失，考虑到原告维权过程中发生的费用，本院也酌情考虑合理部分由被告承担。”然而，原告的证据材料中除了证据保全费 1000 元以外，没有其它材料用于证明维权费用，法院也没能明确所谓的维权费用。

⑨ 参见天津市高级人民法院民事判决书 (1999) 高知终字第 33 号。该种作法为翻版的陈美凤料理米酒案。在陈美凤料理米酒案 (台北“地方法院”2004 年诉字第 1820 号、台湾“高等法院”1994 年上易字第 616 号) 中，我国台湾地区的法院就否认了财产损害赔偿，而将加害人获得的利益作为算定抚慰金时的一种衡量因素。

⑩ 参见安徽省合肥市高新技术产业开发区人民法院 (2003) 合高新民一初字第 137 号民事判决。

⑪ 参见上海市徐汇区人民法院民事判决书 (2012) 徐民一 (民) 初字第 4035 号。

⑫ 参见王利明：《中国民法典学者建议稿及立法理由：人格权编·婚姻家庭编·继承编》，法律出版社 2005 年版；梁慧星：《中国民法典建议稿》第 2 版，法律出版社 2011 年版；徐国栋主编：《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社 2004 年版。

⑬ 德国于 1956 年在 Paul Dahlke 案 (BGHZ 20,35) 中，将肖像权称为具有财产价值的排他性权利，认定人格权具有财产利益。

⑭ 人格权人对其人格利益具有自主决定权，由此决定了人格要素的商业化利用权和收益权排他性地归属于被利用人。参见陈龙江：《人格标志上经济利益的法律保护理由之辩——学说商榷与正确思路》，《河南省政法管理干部学院学报》2011 年第 3 期。

⑮ 王泽鉴：《人格权的性质及构造：精神利益与财产利益的保护》，《人大法律评论》2009 年第 1 期。

⑯ Richard A. Posner, The Right of Privacy, Ga. L. Rev., 1978, 411.

⑰ See Zacchini v. Scripps-Howard Broad. Co., 1977.

⑱ Stacey L. Dogan, Mark A. Lumley, What the Right of Publicity can learn from Trademark Law, Stan. L. Rev., 2006, 1187(58).

⑲ See Midler v. Ford Motor Co., 849 F. 2d 460, 1988(9).

⑳ See Julius C. S. Pinckaers, From Privacy Toward a New Intellectual Property Right in Persona, Kluwer Law Int'l, 1996, 7(2).

㉑ See James M. Treece, Commercial Exploitation of Names, Likeness, and Personal Histories, Tex. L. Rev., 1972-1973.

㉒ See Melville B. Nimmer, The Right of Publicity, Law & Contemp. Probs., 1954, 203(19).

㉓ 祝建军：《人格要素标识商业化利用的法律规

制》，法律出版社 2009 年版，第 164 页。

㉔ 参见王利明：《人格权法研究》(第二版)，中国人民大学出版社 2012 年版；王泽鉴：《人格权的性质及构造：精神利益与财产利益的保护》，《人大法律评论》2009 年第 1 期；江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社 2000 年版。

㉕ 参见董炳和：《论形象权》，《法律科学》1998 年第 4 期；刘春霖：《商品化权论》，《西北大学学报(哲学社会科学版)》1999 年 11 月；陈龙江：《人格标志上经济利益的民法保护：学说考察与理论探讨》，法律出版社 2011 年版。

㉖ 参见姚辉：《人格权法论》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 380—381 页；陈龙江：《人格标志上经济利益的法律保护理由之辩——学说商榷与正确思路》，《河南省政法管理干部学院学报》2011 年第 3 期；赵宾、李林启、张艳：《人格权商品化法律问题研究》，知识产权出版社 2009 年版，第 131—159 页；郭玉军、向在胜：《美国公开权研究》，《时代法学》2003 年第 1 期。

㉗ [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 801 页。

㉘ 陈龙江：《人格标志上经济利益的民法保护：学说考察与理论探讨》，法律出版社 2011 年版，第 81—84 页。

㉙㉚ 王利明主编：《民法典·人格权法重大疑难问题研究》，中国法制出版社 2007 年版，第 188、215—216 页。

㉛ James Q. Whitman, The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty, Yale L. J. 2004, p.1151.

㉜ [澳] 胡·贝弗利-史密斯：《人格的商业利用》，李志刚、缪因知译，北京大学出版社 2007 年版，第 9 页。

㉝㉞ 王利明：《人格权法研究》(第二版)，中国人民大学出版社 2012 年版，第 238、32 页。

㉟ 参见王利明：《民法典体系研究》(第二版)，中国人民大学出版社 2012 年版，第 250 页。

㊱ 参见 [法] 雅克·盖斯旦：《法国民法总论》，陈鹏等译，法律出版社 2004 年版，第 165—171 页。

㊲ 参见陈金钊、熊明辉主编：《法律逻辑学》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 61 页。

㊳ 参见王利明：《我国未来民法典中人格权编的完善——2002 年〈民法典草案〉第四编评述》，《中国政法大学学报》2013 年第 1 期。

作者简介：张善斌，男，1965 年生，湖北天门人，武汉大学法学院副教授，湖北武汉，430072。

(责任编辑 李 涛)