

“新兴(新型)权利法律问题研究： 经济权的立法问题”专题

编者按：随着社会发展进入全新的阶段，人类权利的演进也出现了某些新的特征和新的类型。对这些新兴或新型权利在概念和理论上如何把握，在实践中如何加以应对，不仅成为全社会广泛关注的议题，而且正在或者已经成为当前法学研究的一个新热点。为了厘清新兴(新型)权利的诸多法律问题，繁荣我国对这一领域的法学学术研究，促进我国法治的发展和进步，本刊与《法学论坛》《求是学刊》《学习与探索》《苏州大学学报》(哲学社会科学版)《北京行政学院学报》于 2015 年联合举办了第二届“新兴(新型)权利与法治中国”学术研讨会，继续引领和推动学界对“新兴(新型)权利”相关法律问题的深化研究。为了充分体现第二届学术研讨会的研究成果，本刊本期刊载两篇优秀论文，就“经济权”的相关法律问题进行深入研讨，以飨读者。同时，欢迎学界和业界广大专家学者继续参与这一事业，也欢迎来稿批评或参与讨论。

职业资质权的实践发现与理论建构 ——兼谈新兴权利的发现与生成

任 江

(哈尔滨理工大学 法学院,黑龙江 哈尔滨 150040;哈尔滨理工大学 知识产权研究中心,黑龙江 哈尔滨 150040)

摘 要：实践中法官以姓名权解决窃取他人职业资质类案件，这一做法存在法律适用上的局限。侵权人窃取受害人职业资质证书后以“自己名义”牟利的行为，并不符合“盗用”他人的姓名侵权方式，受害人所请求保护的职业资质利益也不属于姓名利益。这种利益的本质，是自然人凭借其具体行为能力在参与社会分工活动中所获得的社会资源分配利益，而自然人具体行为能力的外部标表形式是职业资质证书。将此种利益上升为职业资质权，能够更有效地解决当前司法实践中的问题。

关键词：新兴权利；职业资质权；姓名权；行为能力；实证研究

中图分类号：D913 文献标识码：A 文章编号：1000-5242(2016)04-0001-13

收稿日期：2016-03-01

基金项目：黑龙江教育科学“十二五”规划 2015 年度省青年专项课题“理工类院校开设‘大学生创新创业法律风险防范与应对课程’实践探索”(GJD1215017)阶段性成果；哈尔滨理工大学 2015 教学综合改革专项项目“理工类院校开设‘大学生创新创业法律风险防范与应对’课程实践研究”(120150002)阶段性成果

作者简介：任江(1982—)，男，黑龙江哈尔滨人，哈尔滨理工大学法学院、哈尔滨理工大学知识产权研究中心讲师，法学博士。

DOI:10.15991/j.cnki.411028.2016.04.020

从《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)确立生命健康权、姓名权、肖像权、名誉权等具体人格权的上世纪 80 年代至今,我国经济基础发生了巨大的变化与转型。其中,经济发展的内在动力之一,就是不断地试图突破现行法律制度规则,在经济领域形成诸多客观存在的“创造性破坏行为(creative destruction)”,经济活动与法律之间似乎始终呈现着一种后者对前者的追赶态势,或称“螺旋式关系”。^①法律制度尤其是私法制度具有鲜明的时间属性,经济的繁荣发展要求法律也必须保持着大体同步的发展态势,这种经济活动对法律的推进,是通过法律各方面功能的动态变化来实现的。^②笔者曾从姓名权实证研究角度,试图发现姓名权功能的动态改变,进而探讨如何完善我国未来姓名权、人格权法律制度。正是在姓名权的实证研究中,发现了本文探讨的研究对象。

一、法律适用中的传统权利局限性

(一)案件背景

为保证收集案例的准确性与相对全面性,本文选取了“北大法宝”与“北大法意”两个案例数据库,检索关键词分别为“姓名”与“姓名权”,检索区域为全局检索,未区分案件类型和时间,共收集到 1991—2015 年 11 月间 554 份法律文书。^③去除其中重复收录、新闻报道的案件和判决书内容过于简单、缺乏具体案件事实、缺少精确审理法院和审理时间、撤诉的案件以及管辖争议案件,实际分析了 195 宗姓名权争议案件,^④经逐一梳理,依据案件情节划分为 10 种不同类型的姓名权侵权案件。其中有 34 宗案件属于同一类型案件,即本文要探讨的“盗用他人职业资质侵权案”^⑤,占姓名权争议案件总数的 17.44%,其比例在收集到的各类型姓名权侵权案件中最高。考虑到直至 1999 年才出现第一宗该类型案件,其占 1999—2015 年间 182 宗姓名权案件的比例高达 18.68%,甚至可以认为,这类案件是引起我国当前司法实践中姓名权诉讼的主要案件类型。

收集到的 34 宗“盗用他人职业资质侵权案”情节大体一致:原告甲拥有某种职业资质,侵权人乙以招聘、借用等方式获得了甲相关职业资质证明的复印件后,在未经甲同意的情形下,擅自使用该职业资质牟利,甲发现后,以“姓名权”受到侵害向法院起诉乙。在本类案件中,涉及的职业资质包括职业资格许可与职业身份确认。前者如机动车驾驶证、建造师资格

证、会计师资格证、药剂师资格证等,后者如高级工程师证书、残疾人证、下岗证。实践中,侵权人乙多为单位,但在盗用他人机动车驾驶证案件中,乙则多为自然人。这里的“牟利”既包括侵权人盗用他人职业资质后积极地为自己谋取经济利益,也包括为自己减免

- ① Michael Dorf and Charles Sable, “A Constitution of Democratic experimentalism”, *Columbia Law Review* 98(2), 267—473. 转引自[美]柯提斯·米尔霍普、[德]卡塔琳娜·皮斯托著,罗培新译:《法律与资本主义:全球公司危机揭示的法律制度与经济发展的关系》,北京大学出版社,2010年,第7页。
- ② 龙卫球:《现今民商法的社会基础与变化趋势》,龙卫球、王文杰主编:《两岸民商法前沿:社会变迁与民商法发展》(第3辑),中国法制出版社,2014年,第67页。
- ③ 最后检索时间为2015年11月17日。
- ④ 关于具体案件数据与详细说明,参见任江:《姓名权私法功能论》,黑龙江大学博士学位论文,2015年。在此基础上,本文补充了2014年7月—2015年11月间的相关姓名权案件。
- ⑤ 案件判决书如下:(1)四川省西昌市中级人民法院民事判决书(1999)西民初字第741号;(2)广东省湛江经济技术开发区人民法院民事判决书(2001)湛开法民初字第13号;(3)广东省江门市中级人民法院民事判决书(2001)江中法民终字第110号;(4)郑州市管城回族区人民法院民事判决书(2015)管民初字第221号;(5)广州市中级人民法院民事判决书(2008)穗中法民一终字第5396号;(6)湖南省湘潭市雨湖区人民法院民事判决书(2009)雨法民一初字第518号;(7)湖南省湘乡市人民法院(2010)湘法民一初字第587号;(8)福建省莆田市中级人民法院(2010)莆民初字第473号;(9)上海市虹口区人民法院民事判决书(2010)虹民一(民)初字第752号;(10)河南省鹿邑县人民法院民事判决书(2011)鹿民初字第757号;(11)河南省平顶山市湛河区人民法院民事判决书(2011)湛民初字第1218号;(12)厦门市思明区人民法院民事判决书(2012)思明初字第3329号;(13)扬州市江都区人民法院民事判决书(2012)江民初字第0522号;(14)河南省沈丘县人民法院民事判决书(2012)沈民初字第1058号;(15)河南省沈丘县人民法院民事判决书(2012)沈民初字第1173号;(16)河南省沈丘县人民法院民事判决书(2012)沈民初字第1331号;(17)河南省沈丘县人民法院民事判决书(2012)沈民初字第1308号;(18)昆明市中级人民法院民事判决书(2008)昆民三终字第1171号;(19)河南省沈丘县人民法院民事判决书(2012)沈民初字第1293号;(20)河南省沈丘县人民法院民事判决书(2012)沈民初字第1087号;(21)河南省沈丘县人民法院民事判决书(2012)沈民初字第1552号;(22)河南省周口市川汇区人民法院民事判决书(2012)川民初字第1853号;(23)河南省周口市川汇区人民法院民事判决书(2012)川民初字第2948号;(24)河南省沈丘县人民法院民事判决书(2013)沈民初字第17号;(25)河南省南阳市中级人民法院民事判决书(2013)南民三终字第00237号;(26)河南省沈丘县人民法院民事裁定书(2013)沈民初字第604号;(27)河南省南阳市中级人民法院民事判决书(2015)南民一终字第00353号;(28)昆明市西山区人民法院民事判决书(2014)西法民初字第4010号;(29)上海市浦东新区人民法院民事判决书(2013)浦民一(民)初字第31780号;(30)西安市灞桥区人民法院民事判决书(2014)灞民初字第02143号;(31)深圳市中级人民法院民事判决书(2014)深中法民终字第3104号;(32)河南省鹤壁市淇滨区人民法院民事判决书(2014)淇滨民初字第1507号;(33)上海市嘉定区人民法院民事判决书(2013)嘉民一(民)初字第202号;(34)上海市松江区人民法院民事判决书(2013)松民一(民)初字第3531号。

费用支出,如使自己免缴罚款(如图 1 所示)。

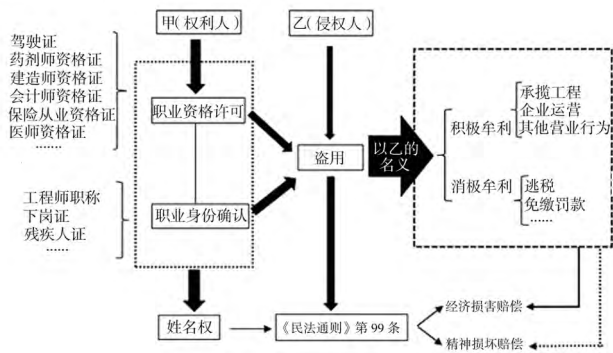


图 1 案情介绍与裁判导图

(二) 裁判分析

案件的法律关系并不复杂,侵权人乙既未获得甲的同意亦无法律上的原因,就擅自使用甲的相关资质用以牟利,而相关资质上记载的权利人身份信息必然包含甲的姓名。因此,乙的行为该当于《民法通则》第 99 条姓名权条款,法官适用该条款支持甲的诉讼请求似无异议。

但如从情节细节出发,乙的行为是否属于《民法通则》第 99 条所规定的“盗用”是值得商榷的。就法官所通常理解的盗用他人姓名权行为而言,“盗用”是指“不经他人同意,也无法律许可,使用他人的姓名”,如盗用他人姓名发布非法言论、参加社会活动等。而“假冒”是指“冒名顶替”,冒充他人的姓名或利用他人相似或“近似足以引起混淆的姓名”“参与民事活动,以牟取私利”^①。显然,乙的行为不属于“冒名顶替”。而根据上述解释,构成《民法通则》第 99 条“盗用”他人姓名的行为,要求侵权人仍是以权利人的名义发表不实言论或参加社会活动,其行为产生的不利后果归属于权利人而非侵权人。但在本类案中,侵权人“盗用”甲的职业资质后,并不是以甲的名义从事相关活动,而是以自己的名义从事相关活动,仅在乙利用该资质从事违法行为导致甲须承担相关责任时,才会给甲造成直接损失。在通常情形下,乙利用该资质营业、承揽工程等行为均是合法的。这也解释了在前述案件数据中,仅有 3 宗案件因甲证明了自己须承担其他法律责任,法官依该证据支持了其全部经济损失赔偿请求,而其他 16 宗判决乙赔偿经济损失的案件中,法官或是依据官方统计数据推算甲的经济损失数额,或是直接采取了“酌情”^②估计损失数额。

因此,如严格遵循法律涵摄该当性要求,《民法通则》第 99 条姓名权条款并不适用于评价乙“盗用”甲相关资质后的营业、承揽工程等事实行为。在《民

法通则》第 99 条评价下,乙利用甲职业资质牟利的行为,甚至难以被认定为“侵权行为”。但在实践中,法官恰好是基于乙“盗用”资质后的营业等行为来认定其造成了甲的经济损失与精神损失,如果该行为无法被《民法通则》第 99 条评价,法官在该类型案件中几乎只能判决乙承担停止侵权、消除影响的法律责任,这显然既不利于保障权利人的合法权益,也降低了乙的违法成本。可见,尽管法官适用姓名权条款保障了受害人合法权益,但就案件法律涵摄本身而言,姓名权在解决盗用他人职业资质纠纷时是存在局限性的。如果遵循法律适用要求,该类型案件的事实构成要素与《民法通则》第 99 条姓名权条款的法条构成要素之间并不存在一一对应关系,受害人在现行立法中难以找到恰当的请求权基础来保障本类案件中的自身权益。

二、案件背后的新兴利益发现

从案件的定性分析中我们可以发现,以传统姓名权来解决本类案件存在着适用上的局限性。而从案件数据的定量分析中,我们则可以厘清,这种局限性产生的客观原因在于权利人请求保护的利益并不属于传统姓名利益,而是一种“新兴”利益。

(一) 权利人请求保护的并不是传统姓名利益

本类案件中,法官在判决原告获得经济损害赔偿数额与精神损害赔偿数额方面,与其他 160 余宗姓名权案件存在明显不同(详细数值参见表 1)。在全部 34 宗该类型案件中,法官支持原告诉讼请求的案件为 30 宗,原告胜诉率高达 88.24%;在胜诉案件中,有 28 宗案件原告请求被告赔偿经济损失,法官支持了 19 宗,支持率为 67.86%,而这 28 宗案件的平均经济损失赔付率为 28.92%,三个百分比数值均远超过全部 195 宗案件的平均值,并且在 10 种姓名权侵权案件中比例最高。^③但与之相反,在 30 宗原告胜诉案件中,有多达 50%的案件原告未提起

① 为更接近法官通常对盗用、假冒采取的含义,这里采用了国家司法考试辅导用书对盗用、假冒他人姓名权行为的界定。参见国家司法考试辅导用书编辑委员会:《2015 年国家司法考试辅导用书(第三卷)》,法律出版社,2015 年,第 313 页。

② 广东省湛江经济技术开发区人民法院民事判决书(2001)湛开法民初字第 13 号。

③ 1991—2014 年 8 月间 140 宗案件的三个百分比数值分别为 71.43%、54.24%、20.08%(参见任江:《姓名权私法功能论》,黑龙江大学博士学位论文,2015 年,第 83—84 页);而 2014 年 9 月—2015 年 11 月间的 55 宗案件,经笔者整理相关数据,三个百分比数值分别为 69.24%、57.34%、18.21%,但这 55 宗案件详细分析文献尚未发表,此处仅作为参考,以下援引该年度相关数值不再予以说明。

精神抚慰金赔偿请求,原告提起精神抚慰金赔偿请求的比例低于全部案件的平均值 68.41%,^①精神抚慰金赔偿率为 19.25%,低于全部案件的平均值 25.86%,^②这两个百分比数值同样是 10 种案件中相应比例数值最低的。

如仅就案件判决结果的定量分析而言,数值所反映出的姓名权性质似乎更倾向于“财产权”而非“人格权”。尽管随着商业的繁荣,尤其在当下的自媒体、真人秀、选秀时代,姓名被商业利用的可能性已经从曾经的“名人”发展到每一名拥有某项特长、天赋的普通人,甚至可能仅因为“意外”而使自己的名字具有商业利用价值的人。即使在主张姓名权同时具有人格权与财产权双重属性的观点中,亦是在姓名商业利用情形时,姓名权才具有财产利益,即将具有商业利用价值的姓名解释为“既稀缺又有需求的生活资源”。^③而在其他非商业利用场合,姓名利益仍然是传统的“同一性与个别化”利益。^④

但是如图 1 所示,原告的姓名并没有被商业利用,乙在盗用甲的相关职业资质后,是以自己的名义对外承揽工程、营业或减免税费、逃避税款的。乙盗用甲的职业资质仅是获得了从事相关行业的能力,其由此所获利益与甲的姓名并没有直接因果关系,因而本类案件中权利人所得赔偿的经济利益并非源自对其姓名的商业利用。既然甲的姓名没有被商业利用,缘何在甲以姓名权起诉的案件中,无论是当事人请求法官保护的利益,抑或是法官予以保障的利益,均大多是经济利益而非作为人格利益且具有精神利益属性的姓名利益?

无论是传统姓名利益中的“同一性与个性化利益”,还是现代的“姓名财产利益”或“姓名身份利益”^⑤,均无法解释本案中权利人受损利益的性质。这部分利益是在侵权人“利用”受害人职业资质时所产生的“职业资质利益”,而非“姓名利益”,只不过在既有法律制度下,这种“职业资质利益”的标表形式或外在标签是受害人的姓名而已。法官运用姓名权来保障非姓名利益的法理在于,姓名权条款已经“渐趋发展成具有‘整个标志法的概括条款’的性质”,^⑥这种“概括条款性质”体现为大量新兴权益可借助其外在标表形式“姓名”在司法实践中获得姓名权保护,如在司法实践中对信用利益的保护^⑦和对“祭奠利益”“教育资源利益”“参军利益”的保护等。^⑧但是,这种依赖扩大解释的“概括条款”保护方式也存在着法律风险,并且,这种风险与法官的素养紧密相关。因为在个案判决中法官具有较大的自由裁量权,受害人可获得的损害赔偿数额在相当程度上是

不确定的,法官完全可以合法地“酌情裁判”。同时,由于法官需要对姓名权条款作出扩大解释才能实现其“标志法的概括条款”的作用,这也增加了法官审理案件的思考成本和对审判结果是否准确的担忧。法官在裁判中更多地体现出“谦抑性”而非“能动性”的特点,这在后文关于本类案件侵权人获益数额的确定与获益性质的分析中可见一斑。保守的谦抑性使司法裁判的指引功能难以切实得到体现,因为与裁判结果是否能体现指引功能相比,法官更在意裁判结果是否有可能“超越法律”而“一不小心”成为错案。这种裁判思路在一定程度上抑制了司法实践对法律进化的推动作用,导致难以通过“法官造法”来形成“实践理性”,进而影响立法“形式理性”的建构。

(二)侵权人所获利益的法律属性难以界定

将表 1 中的数值分析与前述图 1 中的裁判分析相结合可发现,在原告胜诉的案件中,即使侵权人乙承担了经济损害赔偿与精神抚慰金责任后,乙仍可能获利。而如若存在获利,该利益在性质上应如何认定,也是姓名权理论所难以解决的问题。

在表 1 法官判决经济损害赔偿数额超过 1 万元的案件中,仅 1 宗案件为法官“酌情计赔”^⑨,其他案件原告或者证明了自己工资的实际损失,或者法官基于甲所从事行业上一年度本地区平均收入计算出甲的经济损失,并没有任何法官是基于乙的侵权获益而计算甲的经济损失,且精神抚慰金赔偿数额普遍不高,最高数额仅为 2.9142 万元,这种相对较低

① 参见任江:《姓名权私法功能论》,黑龙江大学博士学位论文,2015年,第84页。2014年9月—2015年11月间的55宗案件的相应百分比数值为64.27%。
② 参见任江:《姓名权私法功能论》,黑龙江大学博士学位论文,2015年,第84页。2014年9月—2015年11月间的55宗案件的相应百分比数值为24.46%。
③ 袁雪石:《姓名权本质变革论》,《法律科学(西北政法学院学报)》,2005年第2期。
④ 王泽鉴:《人格权法——法释义学、比较法、案例研究》,北京大学出版社,2013年,第116页。
⑤ 李永军:《论姓名权的性质与法律保护》,《比较法研究》,2012年第1期。
⑥ Knaak, Das Recht der Gleichnamigen (1979), S. 18; Eine Art Generalklausel des gesamten Kennzeichenrechts. 转引自王泽鉴:《人格权法——法释义学、比较法、案例研究》,北京大学出版社,2013年,第119页。
⑦ 任江:《“骗贷逾期未还”纠纷案中的姓名权私法功能与启示——对新型人格权“信用权”的一点质疑》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》,2015年第6期。
⑧ 任江:《姓名权私法功能论》,黑龙江大学博士学位论文,2015年。
⑨ 广东省湛江经济技术开发区人民法院民事判决书(2001)湛开法民初字第13号。

的赔偿总额与图 1 中所示乙利用该资质牟利的行为形成了鲜明的对比。除盗用驾驶证情形外,其他案件中乙盗用甲职业资质或者用于承揽建筑工程、经营药店、销售保险等商业行为,或者用于虚列工资、虚假雇用残疾人职工,均能够获得较高的经济收益——这本身是一个事实判断,而非法律判断。因此,若仅依据该类型案件的胜诉判决来要求侵权人承担责任,在客观上很可能会出现侵权人承担民事责任后仍存在获益的情形,较低的违法成本甚至可能在客观上“鼓励”侵权人盗用他人职业资质用以牟利。而囿于这一讨论的前提是侵权人已经向权利人承担了损害赔偿赔偿责任,不存在适用《侵权责任法》第 20 条的可能,因为若直接适用《侵权责任法》第 20 条,又很可能会出现乙的实际侵权获益数额远超过甲的实际损失,按照侵权人获利来赔偿甲,有悖于侵权责任所具有的填补损害功能。而在 30 宗原告胜诉的案件中,法官均未在判决书中考虑乙的违法成本与判决的法律指引功能,这可能也是导致该类型案件数量不断持续增长的原因之一。

既然侵权人在赔偿受害人全部损失后仍可能获益,那这部分利益是否可适用《民法通则》第 92 条,将其认定为乙“没有合法根据”取得的不当得利,再依据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)第 131 条的规定,将乙盗用甲相关资质后以

自己名义承揽工程、运营企业所获得的利益认定为“利用不当得利所取得的其他利益”,进而在“扣除劳务管理费用后,应当予以收缴”?如果仅对《民法通则》第 92 条、《民通意见》第 131 条作文义解释,这种性质认定与法律适用似可解决上述问题,但如果对其作体系解释,则这种性质认定与相应的法院判决结果可能并不符合立法精神。因为《民法通则》第 92 条规定在“第五章民事权利”中的“第二节债权”部分,《民通意见》第 131 条亦规定在“民事权利”部分的“二、关于债权”一节,由此确立了我国不当得利请求权是一项债权,权利人在以上述条文作为请求权基础时,请求保护的是债权利益而非人格权利益。在本类案件中,权利人甲并没有向乙主张不当得利之债,在不当得利之债中,亦不包含精神抚慰金,所以从解释论出发,侵权人所获利益的法律属性是难以在传统权利理论中准确界定的。

综合上述全部分析,在解释论层面,无论从本类案件中权利人实际请求保护的利益诉求层面,还是从案件法律涵摄分析的司法论层面,抑或是从增加侵权人侵权成本、降低该类型案件发生几率的法律功能层面,乃至从侵权获益法律性质判断的权利本体论层面,姓名权理论与制度均难以稳定周延地保障本类案件中受害人的合法权益,并有效全面地追究侵权人的法律责任。所以,对上述问题的解决需要转变思路,从立法论的角度寻找答案。

表 1 胜诉案件相关赔偿金额数值

| 判决书 | 原告主张经济 损害赔偿数额 (万元) | 原告主张精神 损害赔偿数额 (万元) | 法官判决经济 损失赔偿数额 (万元) | 判决精神 抚慰金数额 (万元) | 经济损失 赔付率 | 精神抚慰 金赔付率 |
|---|--------------------------|--------------------------|--------------------------|-----------------------|-------------|--------------|
| 广东省湛江经济技术 开发区人民法院 民事判决书(2001) 湛开法民初字第 13 号 | 10.5 | 5 | 2 | 0.5 | 19.05% | 0.10% |
| 湖南省湘潭市雨湖区 人民法院民事判决书(20 09)雨法民一初字第 518 号 | 3.0345 | — | 2.669 | 0 | 87.96% | — |
| 上海市虹口区人民法院 民事判决书(2010)虹民 一(民)初字第 752 号 | 1.5 | 4 | 1.5 | 0 | 100.00% | 0.00% |
| 湖南省湘乡市人民法院(20 10)湘法民一初字第 587 号 | 3 | 0.45 | 0 | 0.45 | 0.00% | 100.00% |
| 河南省平顶山市湛河区 人民法院民事判决书(20 11)湛民初字第 1218 号 | — | 8 | — | 2 | — | 25.00% |
| 福建省厦门市思明区 人民法院民事判决书(20 12)思民初字第 3329 号 | 10.825 | 0.5 | 0 | 0 | 0.00% | 0.00% |

续表 1

| | | | | | | |
|---|---------|------|---------|------|---------|---------|
| 江苏省扬州市江都区 人民法院民事判决书(20 12)江民初字第 0522 号 | 120.667 | 5 | 0.1 | 0.5 | 0.08% | 10.00% |
| 上海市浦东新区人民 法院民事判决书(2013)浦 民一(民)初字第 31780 号 | 30.6 | 1 | 0 | 0 | 0.00% | 0.00% |
| 河南省郑州市管城回族 区人民法院民事判决书 (2015)管民初字第 221 号 | —— | —— | —— | —— | —— | —— |
| 鹤壁市淇滨区人民 法院民事判决书(2014) 淇滨民初字第 1507 号 | 0.3 | 3 | 0 | 0.5 | 0.00% | 16.67% |
| 四川省西昌市人民 法院民事判决书(1999) 西民初字第 741 号 | 2 | —— | 0 | 0.5 | 0.00% | —— |
| 福建省莆田市中级 人民法院(2010) 莆民终字第 473 号 | 1.2 | 0.43 | 1.2 | 0.43 | 100.00% | 100.00% |
| 河南省鹿周口市鹿邑县人民 法院民事判决书(2011) 鹿民初字第 757 号 | 2.5 | —— | 2 | —— | 80.00% | —— |
| 河南省周口市沈丘县人民 法院民事判决书(2012) 沈民初字第 1058 号 | 1.7 | —— | 0.5666 | —— | 33.33% | —— |
| 河南省周口市沈丘县 人民法院民事判决书(20 12)沈民初字第 1173 号 | 2 | —— | 0.465 | —— | 23.25% | —— |
| 河南省周口市沈丘县 人民法院民事判决书(20 12)沈民初字第 1331 号 | 1 | —— | 0.855 | —— | 85.50% | —— |
| 河南省周口市沈丘县 人民法院民事判决书(20 12)沈民初字第 1308 号 | 1 | —— | 0.235 | —— | 23.50% | —— |
| 河南省南阳市淅川县 人民法院民事判决书(20 12)浙民初字第 67 号 | 10.5 | 0.5 | 1.67766 | 0 | 15.98% | —— |
| 河南省周口市沈丘县 人民法院民事判决书(20 12)沈民初字第 1293 号 | 1 | —— | 0.2871 | —— | 28.71% | —— |
| 河南省周口市川汇区 人民法院民事判决书(20 12)川民初字第 1853 号 | 0.5 | —— | 0 | —— | 0.00% | —— |
| 河南省周口市沈丘县 人民法院民事判决书(20 12)沈民初字第 1552 号 | 1 | —— | 0.3028 | —— | 30.28% | —— |
| 河南省周口市川汇区 人民法院民事判决书(20 12)川民初字第 2948 号 | 0.2 | —— | 0 | —— | 0.00% | —— |

续表 2

| | | | | | | |
|---|--------|-----|---------|-----|---------|--------|
| 河南省周口市沈丘县 人民法院民事判决书(20 13)沈民初字第 17 号 | 6 | —— | 2.9142 | —— | 48.57% | —— |
| 河南省南阳市中级 人民法院民事判决书(20 13)南民三终字第 00237 号 | 10.5 | 0.5 | 1.67666 | 0 | 15.97% | 0.00% |
| 河南省周口市沈丘县 人民法院民事判决书(20 12)沈民初字第 1087 号 | 1 | —— | 0.1 | —— | 10.00% | —— |
| 云南省昆明市西山区人民 法院民事判决书(2014) 西法民初字第 4010 号 | 0.5 | 5 | 0 | 0.3 | 0.00% | 6.00% |
| 河南省南阳市中级 人民法院民事判决书(20 15)南民一终字第 00353 号 | 1 | —— | 1 | —— | 100.00% | —— |
| 云南省昆明市中级人民 法院民事判决书(2008) 昆民三终字第 1171 号 | 1.7 | 8 | 0.1 | 1 | 5.88% | 12.50% |
| 上海市嘉定区人民 法院民事判决书(2013) 嘉民一(民)初字第 202 号 | 18 | 0.5 | 0.3 | 0 | 1.67% | 0.00% |
| 上海市松江区人民 法院民事判决书(2013) 松民一(民)初字第 3531 号 | 0.0308 | 2 | 0 | 0.1 | 0.00% | 5.00% |
| 平均值 | | | | | 28.92% | 19.25% |

备注:1. 经济损失赔付率=法官判决经济损失赔偿数额/原告主张经济损失赔偿数额。2. 精神抚慰金赔付率=法官判决精神抚慰金数额/原告主张精神抚慰金数额。3. “——”为原告未予主张,法官亦未予判决相关金额赔偿,仅判决停止侵权,消除影响。4. 部分案件中,存在原告未予主张,但法官予判决的情形。

(三)作为新兴民事利益的“职业资质利益”

作为传统法定具体人格权的姓名权,在解决本类案件相关法律问题时显得“差强人意”。这种传统权利在司法实践中的局限性,源自作为其构成基础的法教义学是“防御性的”,在应对由新型(兴)利益引发的法律纠纷时,往往显得缺乏足够的“教义”,“因为在新要件、新概念、新教义、新措辞出现之前,没有分析工具可用”^①。本类案件中的新兴利益,其“新”在于这种利益在性质上既蕴含传统的人格精神利益,也蕴含传统的财产利益,但两种利益的结合方式却与既有人格权理论存在着一定差异:受害人的经济损失并没有建立在侵权人对人格要素的商业利用基础上,侵权人盗用职业资质后的行为,大多是以自己名义作出的合法行为。承载本类案件中财产利益与精神利益的并非是姓名权,而是案件中的各类“职业资质证书”。从传统民事权利以及近现代民事立法沿革层面,尤其是从我国民事立法层面考察,“职业资

质证书”所承载的民事权益均符合学者提出的“新兴”标准,^②因此本文将这种利益界定为作为新兴民事权益的“职业资质利益”,对其论证如下:

“职业”一词在现代汉语中通常具有两种含义:一是个人在社会中所从事的作为主要生活来源的工作,一是指专业、非业余的。^③除日常表达外,法学与社会学学者也对“职业”的概念作出过界定。有法学家认为,“‘职业’,系指人为获得最低的生计,所从事经济、社会的活动”^④;韦伯则认为,“职业应该称之为一个人的劳动效益的分类化、专门化和组合。这种分类化、专门化和组合对他来说,是持续得到供

① 桑本谦:《“法律人思维”是怎样形成的——一个生态竞争的视角》,苏力主编:《法律和社会科学》(第 13 卷),法律出版社,2014 年,第 1 页。

② 姚建宗:《新兴权利论纲》,《法制与社会发展》,2010 年第 2 期。

③ 李行健主编:《现代汉语词典》(第 3 版),商务印书馆,1996 年,第 1616 页。

④ [日]阿部照哉著,周宗宪译:《宪法——基本人权篇》,中国政法大学出版社,2006 年,第 206 页。

应和赢利机会的基础”^①；国内学者则认为，职业是“社会成员根据社会分工的需要，并以此作为自己获取主要生活资料的手段而从事的社会劳动或社会工作的类别”^②。上述定义对本文的意义有三：(1)职业的本质是个人参与社会分工活动；(2)职业存在的前提是社会资源的分配须依赖社会分工；(3)职业存在的目的在于实现对人力资源的有效分配。而“资质”一词在现代汉语中通常具有两种含义：一是多指人的素质、智力；二是泛指从事某种工作或活动所具备的条件、资格、能力等。^③因此，本文中所谓的“职业资质”是指个人为持续性地获得社会分配资源，并得以借此维持相应生活基础，所意图参与特定社会分工活动的智力、体力等由社会分工所决定的人力资源分配条件。相应地，“职业资质证书”是指记载个人智力、体力等，由社会分工决定的人力资源分配条件的法律凭证。该证书所承载的“职业资质利益”是指个人凭借相关证书记载的智力、体能等人力资源分配条件，在从事特定社会分工活动中所获得的社会分配资源，以及其对该资源利用所产生的直接收益。

三、新兴利益向权利转变的原因

每一种权利均保护一定的利益，但并非所有合法利益均会生成一项民事权利，二者之间“无必然联系”^④。在本文看来，将一种已经受到司法实践保障的利益上升为一项法定权利的过程，实际上是从“后果式思维(consequential reasoning)”向“规范式思维(normative reasoning)”转换的过程。

(一)新兴利益权利化是经济基础发展决定法律进化的必然

“哲学上看，对就是对，错就是错，这是规范式思维。根据结果是好或是坏取舍，是后果式思维。”“在人类长期的演化过程中，面对大自然的考验，要趋福避祸，设法生存和繁衍。经过长时间的经验累积，知道有些行为会导致不好的‘结果’……会逐渐被归类为‘不好的’行为。因此，结果式思维，其实是规范式思维的基础；规范式思维，等于是结果式思维的简写或速记。”^⑤这两种思维在法律方法论上的反映，可归纳为规范式思维下的“基于法条主义的顺推法”与结果式思维下的“后果导向主义的逆推法”。^⑥前者建立在对实在法秩序秉持毫不怀疑的“坚定信奉”，“并以此为出发点开展体系化与解释工作”，^⑦是法教义学的核心所在；^⑧后者“以某个裁决所可能带来的后果作为逻辑起点，通过对后果可欲性的评价，回溯性地寻找或调试可供适用的法律规范”，^⑨至于判断后果是否“可欲”，依赖于对“法治实践中的本土问

题与本土经验问题”的研究积累，是法社会学“实践性品格”的体现。^⑩现代法律的精髓并不简单地在于倾向规范式思维的法教义学传统或后果式思维的法社会学经验的任何一方，“而应该在于两者在追求现代理念的实践中的长时期并存和相互作用”^⑪。在渗透、融合的过程中，司法实践理性转化为新的法学教义，上升为新的立法形式理性。

这种司法实践理性形成的客观动力，在于变化后的经济基础产生了新的利益诉求——正是由于大量职业资质的出现，才促使当事人产生了保障其职业资质利益的诉求。而在经济基础发生变革的背景下，如果权利制度内容未发生改变，权利功能则必然发生改变，否则，一成不变的权利制度与权利功能将抑制经济基础的发展，抑制新的利益的出现，这是权利进化的本质。^⑫在权利制度内容未发生改变时，权利功能之所以能够发生改变，在于“权利功能”本身是动态概念，是“在‘法不禁止皆自由’原则创设的最大化意思自治法律空间内，权利主体借助司法实践活动以获得对利益载体的支配效力，从而满足不同利益法律需求的法价值实践过程，与决定该利益需求的社会基础之间所存在的有机联系互动”。^⑬这种利益需求满足过程与法价值实践过程的有机联

- ① [德] 马克斯·韦伯著，林荣远译：《经济与社会》(上卷)，商务印书馆，1997年，第163页。
- ② 陈宇：《职业资格考论》，华中师范大学出版社，2002年，第4页。
- ③ 参见各词典中“资质”词条，如亢世勇、刘海润主编：《现代汉语新词语词典》，上海辞书出版社，2009年；亢世勇主编：《新词语大词典》，上海辞书出版社，2003年；沈孟瓔编著：《新中国60年新词语词典》，四川出版集团、四川辞书出版社，2009年。
- ④ 李锡鹤：《民法哲学论稿》(第2版)，复旦大学出版社，2009年，第262页。
- ⑤ 熊秉元：《论社科法学与教义法学之争》，《华东政法大学学报》，2014年第6期。
- ⑥ 王彬：《司法裁决中的“顺推法”与“逆推法”》，《法制与社会发展》，2014年第1期。
- ⑦ 王泽鉴：《人格权法——法释义学、比较法、案例研究》，北京大学出版社，2013年，第11页。
- ⑧ 凌斌：《什么是法教义学：一个法哲学追问》，《中外法学》，2015年第1期。
- ⑨ 孙海波：《通过裁判后果论证裁判——法律推理新论》，《法律科学(西北政法大学学报)》，2015年第3期。
- ⑩ 陈柏峰：《社科法学及其功用》，《法商研究》，2014年第5期。
- ⑪ [美] 黄宗智：《历史、理论与现实：清代以来民事法律的表达与实践(卷3)》，法律出版社，2014年，第207—208，第213页。
- ⑫ See, Karl Renner, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions (English edition)*, O. Kahn-Freund ed., Agnes Schwarzschild, tran, (London) Routledge & Kegan Paul Ltd. 1949. 68—70.
- ⑬ 任江：《姓名权私法功能论》，黑龙江大学博士学位论文，2015年，第51页。

系互动,源自个案中保障该利益的司法实践理性与制定法所确立的形式理性存在着法价值内涵上的一致性,尽管两者的发展并不总是同步的。这种法价值内涵上的一致性意味着,脱离了制定法的司法实践理性必将走向法官自由裁量权的无限扩大,脱离了司法实践理性的制定法将失去法律进步的动力,只有两种理性的相互融合与转换,才能推动法律的进化。而一旦某种利益的存在既具备了经济基础所决定的客观发展动力,又与既有法教义理论存在理论上的有机联系,这种利益就具备了上升为法定权利的条件。^①因此,如能进一步厘清职业资质利益与民法教义存在着怎样的理论关系,即可在方法论层面实现职业资质利益向职业资质权的转化。

(二)新兴利益与民法理论的关系使其上升为权利成为可能

本文认为,职业资质的本质是自然人的具体行为能力,职业资质利益是具体行为能力在社会实践中的表现形式,而职业资格证书是自然人具体行为能力的法律标志,其所标表的是自然人从事某一社会分工活动的实际智能与体能。所以,职业资质相关概念与民法行为能力本质理论存在着逻辑与理论上的契合。

民法以年龄、精神状态为标准区分了自然人抽象的行为能力,但当具有相同抽象行为能力的自然人参与到社会分工活动中时,却可能由于不同社会分工对人力资源分配要求的不同,而对其个人实际的智力、体力等具体行为能力采取更精细化的区分。因为就行为能力本质而言,年龄、精神状态只是其形式上的抽象判定标准,其具体的判定标准是自然人的智能与体能。^②有学者将其总结为七项具体行为能力,^③也有学者将其概括为三类,即表达、沟通与选择的能力,信息获取、正确评估以及正确了解自我与他人状况的认知能力和对选择的推理与判断能力。^④这些具体行为能力本身即构成了对人力资源的筛选标准。

每个人的体能、智能状态显然是不同的,法律以年龄、精神状态所区分的行为能力,只是在最低限度对个人体能与智能状态作出形式上的抽象界定。而在复杂的社会实践中,当事人的实际行为能力是法律对其规定的抽象行为能力与特定事物结合后所呈现的实践状态,并且因为实践中的各种主客观因素的作用,这种实践状态与法律所规定的形式行为能力状态通常并不一致,二者的冲突在实践层面几乎是不可避免的。^⑤法律仅依据年龄和精神疾病来规定形式上的抽象行为能力,是“立法者的实事求是”,

避免为不可能实现的立法任务而“无谓的资源浪费”。^⑥因此,现实中的行为能力要根据个人体能、智力、身体状况、学识技能等多种自身因素以及这些因素在具体法律关系中的作用来共同形成。具体行为能力的价值也就体现在,个人可凭借其具体行为能力从事相应的社会分工,在社会分工活动中获得社会基于分工活动所分配的社会资源。具体行为能力的这种价值,恰好符合本文前述对“职业资质利益”的界定,而由自然人智能、体能所决定的具体行为能力本质,亦与前述“职业资质”内涵相一致,所以,个人职业资质与自然人具体行为能力、职业资质利益与具体行为能力价值在法价值属性上是一致的,能够在法律逻辑上与民法理论相契合。而职业资格证书的功能就在于分配稀缺人力资源,^⑦人力资源的相对稀缺即源自不同社会分工对个人存在着不同的具体能力要求。但对社会分工管理活动而言,与其耗费巨大管理成本去完成不可能实现的任务——整合每一个社会成员的具体行为能力从而实现有效的社会分工与资源配置,不如针对需要特定行为能力的职业采取资质准入制。因此,职业资格证书的本质属性,是自然人具体行为能力的标表的凭证。这一结论在判决理由中也得到了体现,如有法官认为,“机动车驾驶证是经过个人学习相关法律法规和驾驶技能,考试合格后,经公安机关交通管理部门登记注册并赋予相应驾驶资格的法律资格证书”^⑧。法官在这里即强调了驾驶证所标表的内容是作为具体行为能力的驾驶技能。

此外,“个人生存保障与生活形成的基础,很大程度上已经不再是建立在传统民法意义上的私人财产所有权上了,而是建立在每个人的工作及参与分

① 张先贵:《中国法语境下土地开发权是如何生成的——基于“新权利”生成一般原理之展开》,《求是学刊》,2015年第6期。

② Norbert Horn, Hein Kotz, Hans G. Leser. *German Private and Commercial Law; An Introduction*. Clarendon Press (Oxford), 1982. 73.

③ See Tom L. Beauchamp, James F. Childress. *Principles of Biomedical Ethics (5th Edition)*. Oxford University Press (Oxford), 2001. 181.

④ Tom L. Beauchamp, James F. Childress. *Principles of Biomedical Ethics (5th Edition)*. Oxford University Press (Oxford), 2001. 73.

⑤ 朱涛:《自然人行为能力制度之法理研究》,西南政法大学博士学位论文,2010年,第13—14页。

⑥ 徐国栋:《民法总论》,高等教育出版社,2007年,第245页。

⑦ 高景芳:《职业许可论——一个法经济学的视角》,知识产权出版社,2015年,第12页。

⑧ 河南省周口市沈丘县人民法院民事判决书(2012)沈民初字第1308号。

享由国家提供的生存保障与社会救济的基础上”^①。国家实现对个人的有效救助,既包括“授人以鱼”的福利发放救助,也包括“授人以渔”的职业身份确认救助,后者体现在企业雇用残疾人、下岗职工可以减免税收。而残疾人证、下岗证等职业身份证书是由行政确认行为颁发的,其不同于由行政许可行为颁发的职业资格许可证书。但从其民法属性上分析,这类职业身份确认证书同样是标表自然人的具体行为能力,只是这种具体行为能力并不以受过专业训练为前提,其职业身份确认利益也主要表现为社会就业福利。尽管在行政法上行政确认行为不同于行政许可行为,但从民法属性考量,二者属性是一致的,只是表现形式略有差异,因此,本文用“资质”一词涵盖“许可”与“确认”,将职业资质进一步划分为职业资格许可与职业身份确认,这也与调研案件情形相符。

四、立法论下的职业资质权本体论

判断一项利益是否可以成为“新兴权利”,学者提出了以时间、空间为考察要素的形式标准和以利益内容为考察要素的实质标准,根据这两种标准,职业资质权均符合新兴权利的特点。对此,前文已经从其产生来源、利益法律属性、客观经济基础发展动力以及相关概念与民法的关系四个角度,分别做出了分析。创设职业资质权,需要再从立法论层面论证其权利本体内容,实现对作为新兴权利“职业资质权”的理论建构。

(一)职业资质权的概念、性质与特征

1. 职业资质权的概念

在上述关于职业资质相关概念与民法理论关系分析基础上,本文对职业资质权的概念界定也大体完成,即职业资质权是自然人凭借其智能、体能等具体行为能力,平等地申请、取得以该行为能力为从业准入标准的职业资格许可或职业身份确认,并依法排他性使用该职业资质为自己或他人获取利益的民事权利。

2. 职业资质权的性质

职业资质权属于绝对权、支配权,但在既有的民事权利体系中,很难将其界定为“人格权”或“财产权”。因为在其人格性、财产性特征外,职业资质权的存在与价值实现,更多地体现出社会管理性特征。职业资质利益的本质是人在参与社会分工中所能获得的社会资源分配利益,其依托的是人所从事职业的社会定位,这种与个人实际能力、社会分工状况、行业行政管理紧密相关的特点,客观上也造成无论是将其界定为

人格权、身份权(这里的身份应指“社会身份”而不同于“自然身份”)乃至财产权,均会产生不同的学说争议。但这些争议本身并不影响职业资质权作为民事权利的绝对权与支配权属性,也不会影响权利人借助职业资质权保障自身的职业资质利益。作为一项“新兴权利”,职业资质权甚至可否被归入人格权、身份权、财产权,本身可能就是一个疑问。在我国未来民法典构建中国特色社会主义民法权利体系背景下,原有权利体系是否会发生某些内在改变,也是值得进一步探讨的问题。但这种学说体系上的疑问、争议,不应妨碍诸如职业资质权等新兴权利的提出与证成,更不应妨碍实践中权利人的新兴利益保护诉求可获得司法救济,只是就目前我国权利体系或未来我国民法典体例设计而言,不妨将职业资质权规定在“人格权法编”中。这种设计更多地出于立法体例上的考虑,而非权利性质的定论。至于职业资质权具体界定为何种民事权利,则不妨留待新兴权利基础理论发展成熟后再做进一步探讨。

3. 职业资质权的特征

从概念的表述中可以发现,职业资质权具有平等性、专属性、使用收益性与社会管理性四个特征。

(1)平等性指职业资质申请权能平等。尽管不同职业会设置不同的准入标准,不同社会福利亦存在不同的申请标准,但这种差别仅影响具体的职业资质利益,而不影响法律主体均可平等地申请相关职业资质,除非法律另有规定,否则职业资质的设定不应针对申请人作出具有歧视的限制。

(2)专属性指职业资质权具有人身专属性。依法取得的行政许可、行政确认,非依法定程序和条件,均不得转让。同理,原则上职业资质权人不可转让、出租、出借、出卖其职业资质,究其原因,在于职业资质是基于个人经历、能力、性格等人的性质而赋予的,^②自然人具体行为能力的本质属性决定了其具有人身专属性,否则,将导致职业分工的混乱与社会资源尤其是人力资源分配的低效。

(3)使用收益性指职业资质权可以被权利人使用并在使用中獲得相关收益。职业资质的本质即在于使获得职业资质的主体参与到社会分工中,通过社会分工获得社会资源利益。职业资质权提出的原因即在于实践中出现了他人妨害权利人使用自己的

^① [德]康拉德·黑塞著,李辉译:《联邦德国宪法纲要》,商务印书馆,2007年,第347页。

^② 杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社,1998年,第428页。

职业资质,窃取了利用该资质所获得利益的行为,因此,在职业资质权概念中强调“排他性使用”“为自己或他人获取利益”。

(4)社会管理性指职业资质权来源于行政行为,不能脱离“人的本质属性是社会关系的总和”这一命题来探讨该权利有关问题。职业资质的获得是行政许可、行政确认行为的法律效果,社会管理活动决定着存在何种职业资质,也决定了职业资质利益,甚至如果行政管理活动不设立任何职业资质,也就不存在职业资质权了。也正因为人不可能脱离社会而存在,社会的存在就必然要求存在社会管理,因此,职业资质权可视为“社会人”“与生俱来”的权利,其具有社会管理属性。

(二)职业资质权的内容

1. 职业资质权的客体

职业资质权保护的客体是职业资质利益,既包括精神性利益,也包括财产性利益。精神性利益源自职业资质的民法本质是自然人具体行为能力,与自然人法律主体资格密切相关;财产性利益源自个人从事“职业”是为了能够连续地从具体市场价值活动中取得个人收益,^①通常情形下,这种个人收益表现为经济利益。

2. 职业资质权的支配对象——兼谈权利客体与权利对象的差异

需说明的是,在本文看来,权利的客体与权利的对象是不同的,二者分别对应的表述理应是“权利保护的客体”与“权利支配的对象”。“对象指法律关系产生的事实因素,而客体是法律所保护的特定利益关系。”^②不区分权利客体与权利对象的实质,是将哲学范式下的客体概念直接应用于法学。但哲学上的客体“仅仅是一种人与自然界的关系,它不涉及不同主体之间的利益关系……而法律规范的本质在于调整人与人之间的利益关系,而不是这些利益所依附的载体……在法律和法学上,由于作为各种人身利益和财产利益的载体的物、信息等范畴只具有工具价值,依附于这些不同载体之上的利益才具有根本意义……(因此),哲学上的‘客体’只能相当于民法学上的‘权利对象’;在民法学上,与主体对应的客体只能是一个抽象的范畴,即各种‘民事利益’”^③。因此,权利的对象是权利人所直接支配的能够承载利益需求的具体客观存在,其本身所具有的客观性要求权利对象不具有法价值判断,而权利客体是“法律所保护的特定利益关系”,其概念本身就蕴含着法价值判断。

据此论断,职业资质权的权利客体是其保护的资质利益,承载这种利益的客观存在是职业资

质权的支配对象,即职业资质证书。

3. 职业资质权的权能

职业资质权理应具备四项权能,即职业资质申请权、职业资质受领权、职业资质使用权与职业资质保护请求权,但不具有职业资质变更权。

(1)职业资质申请权是指,任何自然人在满足特定职业资质申请条件的情形下,均可平等地申请相应的职业资质证书。不得在职业资质申请条件以外设立具有歧视性的申请标准,并且,各项职业申请标准一般不得存在性别、年龄、地域等具有歧视性的要求,但该职业确有必要且经行政部门依法批准,以及法律另有规定的除外。

(2)职业资质受领权是指,符合职业资质申请条件的自然人,均可依法获得该职业资质证书,他人不得以非法理由干涉受领人获得该资质证书,如以支付额外费用作为领取条件等。

(3)职业资质使用权是指,已经获得职业资质的权利人对该职业资质证书享有排他性的专有使用权,非经权利人许可,其他个人或组织均不得利用权利人职业资质证书牟利。

(4)职业资质保护请求权是指,当他人或组织的行为正在侵害或有妨害职业资质权之虞时,权利人可请求侵权人或妨害人停止侵权、消除影响、排除妨害。如权利人在应聘工作时提交的职业资质证书复印件,权利人有权要求招聘单位及时销毁该复印件,或在复印件上标明该副本的专项用途。所以,职业资质请求权既包括作为原权请求权的职业资质保护请求权,也包括作为次生请求权的职业资质侵权保护请求权。

(5)由于职业资质的存在以国家对特定职业设立了一般性禁止准入规定或对特定福利设立了一般性禁止申请规定为前提,所以职业资质一旦被授予,非因法定原因,职业资质权人不得变更该职业资质证书上所记载的内容。非法篡改职业资质证书将导致证书无效,但不会消灭权利人的职业资质权,除非法律另有规定。

(三)职业资质权的保护

1. 职业资质权的侵权方式

对职业资质权保护的 analysis,需要回到本文开篇

① 刘艾玉:《劳动社会学教程》(第2版),北京大学出版社,2004年,第54页。

② 刘春田:《知识产权的对象》,刘春田主编:《中国知识产权评论》(第1卷),商务印书馆,2002年,第124—125页。

③ 刘德良:《民法学上权利客体与权利对象的区分及其意义》,《暨南学报》(哲学社会科学版),2014年第9期。

所援引的司法实证分析中。如前文分析,姓名权在保障职业资质利益时存在局限性的原因之一在于,法官忽视了《民法通则》第99条所规定的“盗用”含义与案件事实中侵权人的实际“盗用”行为的差异。在图1中,乙实施侵权行为的内容实质上是违反甲的意愿,将甲所有的职业资质转移为自己占有并予以支配、利用。从立法论角度,不考虑作为人格权的姓名权不能被他人“窃取”的问题,乙对甲职业资质证书的占有、使用、收益的行为是完全符合刑法盗窃罪中“窃取”一词的法律解释的,因此,对职业资质权的侵权方式之一是“窃取”而非“盗用”。而法律的禁止与限制是行政许可存在的前提,^①行政许可的设立是在一般禁止的基础上对特定人解除禁止,恢复或赋予其一定的权利或资格,^②相应地,职业资格许可就是在“法律一般禁止的前提下,行政主体根据行政相对人的申请,经依法审查,通过颁发许可证、执照等形式,确认行政相对人从事某种职业活动法律资格的行为”^③。因此,非法干预职业许可的取得、假冒他人身份获得职业许可,必然会侵犯职业资格许可权,相同的法理也适用于职业身份确认。

综上,职业资质权的侵权方式包括干涉、窃取与假冒。

2. 侵害职业资质权的民事责任

在干涉与假冒职业资质权情形时,职业资质权与姓名权的侵权行为方式相同,这种相同源于姓名本身也是职业资质权的标表形式,姓名权实际发挥着“标志法概括性条款”的作用,这点前文已予以分析。据此,在具体民事责任承担上,干涉、假冒他人职业资质与干涉、假冒他人姓名,其民事责任内容是相同的,一般包括除去妨害、赔偿损失和精神抚慰金给付。但需要强调的是,干涉、假冒他人职业资质权在侵犯对象上是不同于姓名权的,因为任何一种职业资格证书的个人身份信息,均不仅由“姓名”组成,通常还包括居民身份证号码、单位等相关信息。所以在事实认定层面,是能够清晰地区分干涉、假冒他人姓名与干涉、假冒他人职业资质行为的,二者不存在混淆问题。难点在于以窃取方式侵害职业资质权时民事责任的确定,涉及窃取职业资质权的对象具体是什么。

国家之所以对一些职业设立一般禁止性准入规定,源自社会资源的有限性。国家需要通过人力资源的有效分配,实现对有限社会资源的高效利用。所谓“物尽其才,人尽其用”,如果各类物质资源、人力资源无限丰富,国家完全没有必要对特定职业设置从业准入,因为人的“理性与自利”决定了个人会基于自己的实际能力来从事相应职业,按需索取社

会资源而无须担忧与他人争夺。因此,窃取他人职业资质证的实质,是窃取国家依据自然人智能、体能等具体行为能力,在社会职业分工中所分配给个人的各类社会资源。

这里可能存在学科对话上的概念差异。从本文对职业资质、职业资质利益、职业资格证书概念的描述中可以发现,其概念的出发点并未立足于法解释学,而是立足于职业资质产生的社会经济基础,在对相关概念的诠释中,也借鉴了法经济学的思考方法。因为法律解释学较为专注法律规则本身,而不考虑这种规则背后的社会现实。^④概念界定中“资源”一词的含义,并不局限在法学上的财产权或财产利益,而更接近于马克思主义政治经济学中对社会生产资料、社会经济基础的界定,既包括物质资源,也包括人力资源,因为“凡是以多种用途为特征的资源稀缺情况下的资源分配与选择问题,均可纳入经济学的范围,均可用经济分析加以研究”^⑤。而职业资质存在的基础是职业分工,不同职业分工必然涉及多种用途的社会资源,所以,窃取他人职业资质所侵犯的权利客体,实质上是以该职业资质为标准所分配的社会资源(Social Resources),从利益的角度,既包括精神性利益,也包括财产性利益。相应的,民事责任亦包括精神抚慰金责任与经济损失责任。对这种资源的非法利用,自可构成不当得利,适用不当得利制度予以追缴。

3. 职业资质权的抗辩

当职业资质权人与他人,主要是在与企事业单位存在雇佣等基于职业资质产生的人身关系时,在雇佣目的范围内,雇主(广义)可概括性地利用权利人职业资质权,而不构成对职业资质权的侵犯。

结语:新兴权利的中国法律主体性

“我们的时代是一个权利的时代”^⑥,权利意识

① 杨海坤、章志远:《中国行政法基本理论研究》,北京大学出版社,2004年,第316页。
② 杨建顺:《行政规制与权利保障》,中国人民大学出版社,2007年,第370页。
③ 高景芳:《职业许可论——一个法经济学的视角》,知识产权出版社,2015年,第29页。
④ 乔岳、熊秉元:《望远镜里的法经济学:理论架构和分析工具》,《法律科学(西北政法大学学报)》,2014年第4期;高景芳:《职业许可论——一个法经济学的视角》,知识产权出版社,2015年,第11—12页。
⑤ [美]加里·S.贝克尔著,王业宇、陈琪译:《人类行为的经济分析》,三联书店上海分店、上海人民出版社,1995年,第3页。
⑥ [美]L.亨金著,信春鹰、吴玉章、李林译:《权利的时代·前言》,知识产权出版社,1997年,第1页。

的觉醒、对个人自由的追求,甚至让我们的时代出现“泛权利化”的倾向,“亲吻权”“悼念权”“安宁权”“采光权”等“一箩筐”以“权利”之名提出的利益诉求,已经在社会生活中屡见不鲜。如何在这些诉求中发现新兴权利,建立从司法实践理性向立法形式理性转化的路径,是新兴权利体系构建需要解决的问题。是在理论上预设结论,再到实践中寻找新兴利益典型案例,进而证成新兴权利创设,还是应就既有权利进行规范化的司法实证研究,^①在不预设任何理论前提条件下发现法定权利的局限性,进而从解决现实问题的层面创设新兴权利?对新兴权利创设路径担忧的背后,是学者对我国近30年法学研究路径的反思。“上世纪80年代中期至今的近三十年里,一种‘复制加解读’的研究方式在我国法学界成为主流,也就是大量翻译国外的立法和学说,并围绕这些舶来的知识进行反复解读……以至于苏力1996年在《法治及其本土资源》的自序中提出的‘什么是你的贡献?竟成了一个让当时的法学家们汗颜的问题。’”^②

“法律的生命不是逻辑,而是经验。”^③但也许更为重要的是“谁的经验”。我国新兴权利体系的创设不应沦为比较法理论的试验场,改革开放30余年来积累的本土法律资源、裁判经验,不应只是用以验证西方理论的“小白鼠”。在我们探讨新兴权利时,理应全面系统地梳理既有法定权利司法实践经验,这样才能确保发现问题的全面性与客观性。不能先决定吃什么药,再去检查身体。在我国已经建立起较为全面的法律制度与探讨制定未来《民法典》的背景下,对新兴权利的提出更应具有客观性、体系性与本土性,在新兴权利创设的过程中体现中国法律主体性意识。

① 这种规范性体现在选取相同的调研范围,采用同样的调研条件,可以获得相同的研究对象,进而实现对理论的反复验证。

② 刘思达:《中国法律的形状》,《中外法学》,2014年第4期。

③ O. W. Holmes, Jr., *The Common Law*, Boston: Little Brown & Company, 1923. 1.

(责任编辑 蔡 军)

The Practical Development and Theoretical Construction of the Professional Qualification Right: In light of the Discovery and Generation of Emerging Rights

REN Jiang

(*Law School of Harbin University of Science and Technology; Intellectual Property Research Center of Harbin University of Science and Technology, Harbin 150040, Heilongjiang, China*)

Abstract: In practice, the judges apply the article of the name right to solve the cases of professional qualification embezzlement, but this judicial protection has some legal limitations. Because in this case, infringers actually do not embezzle the professional qualification of the infringed, and the interest of the professional qualification does not belong to the interest of name right neither. The nature of this interest is the benefits of social resources distribution, which belongs to the natural persons when they take part in the social labor divisions, and the label of this interest, “professional qualification certification”, actually reflects a natural person’s realistic disposing capacity. Therefore, both the natures of professional qualification interest and its certification are in correspondence with civil law, which is the foundation to make this interest evolve to the professional qualification right and thereby solving the current judicial practice problems in similar cases.

Key words: emerging rights; professional qualification right; name right; disposing capacity; empirical research