

《民法典》视域下死者人格标识之保护

袁野*

目 次

- 一、问题的提出
- 二、死者人格利益保护之理论重构
- 三、法律后果之具体展开
- 四、保护期限之区分适用
- 五、特殊死者情形下之利益衡量
- 六、结论

摘要 《民法典》第994条系死者人格标识保护的核心规范,其具体解释与适用殊值深究。“间接说”在法理和法技术层面皆有不足,“法益保护说”更为契合死者人格利益保护的理论基础,并在精神利益和财产利益层面分别借由代行模式和继承模式予以实现。其中,“诉讼担当说”相较于“(准)信托说”更为契合代行模式的理论构造。法律后果方面,《民法典》第995条及以下的人格权请求权规定可予准用,《民法典》第1183条第1款的精神损害赔偿请求权之可继承性应予放开,《民法典》第1182条的财产损害赔偿请求权中的赔偿方式及其考量因素尤应注意。死者人格标识之上的精神利益和财产利益的保护期限宜分别采用个案酌定和固定期限方式。英雄烈士等特殊死者之保护须兼顾特殊规则与平等原则。

关键词 死者人格标识 精神利益 财产利益 保护期限 英雄烈士

一、问题的提出

人格标识系民事主体标表其个性特征的人身识别要素。^[1]作为“标表型人格权”的客体,姓名和肖像是为典型,声音、个人信息等人格要素次之。^[2]随着人格标识的商业化利用成为实践常态,与之

* 袁野,武汉大学法学院博士后研究人员,法学博士。本文系国家社会科学基金一般项目“人格标识的利用与保护研究”(项目号20BFX105)的阶段性研究成果。

[1] 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,第74页。

[2] 参见温世扬:《标表型人格权的制度价值与规范构造》,载《法律科学》2021年第6期,第144页。

相关的民法研究可谓沛然。^[3]据笔者总结,既有研究整体呈现出如下特征。其一,域外法制或学说作为重要借鉴来源。典型如德国法的一元模式和美国法的二元模式,^[4]其中美国法中的“公开权”或“形象权”尤为突出。^[5]其二,部门法域交叉明显。人格标识的商业化利用虽属人格权法范畴,但财产属性昭然。此中,知识产权关联说有之,^[6]准用定限物权的权能分离理论有之,^[7]商事人格权说有之,^[8]特殊财产权说亦有之。^[9]其三,受以上特质影响,加之不同学者对域内外学说的扬弃与创新,各说之间的辩与立十分常见,^[10]乃至连基本概念选用及法律性质界定都未成一致。^[11]循此,在民法典出台之前,各家学者所提立法论自是人言人殊,与之相关的概念命名、体系定位及具体内容互有不同。

另一方面,死者系民法上的特殊保护对象。既有研究主要集中于死者人格利益的一般性保护,^[12]其中尤以死者名誉保护为重点,^[13]死者人格标识保护的专门研究相对匮乏。同时,除立法论之外,关于损害赔偿等侵害死者人格利益的法律后果,相当部分研究多以原单行法模式下的解释论展开。^[14]现《民法典》已审议通过,《民法典》第994条明确规定了死者人格利益保护,《民法典》人格权编(第995条至第1000条)和《民法典》侵权责任编(第1164条及以下条文)分设了人格权请求权和侵权请求权。于此新体系和新内容之下,死者人格标识的民法保护如何实现体系协调和教义展开,殊值深究。

[3] 笔者在中国知网数据库以“人格权商品化(商业化)”等相类表达为关键词进行检索,仅发表在CSSCI期刊的主题论文数量便不少于160篇,2021年6月22日访问。

[4] 参见张红:《人格权总论》,北京大学出版社2012年版,第189-193页。

[5] “公开权”或“形象权”系对美国法中“Right of Publicity”的不同译译。“公开权”的代表性文章,参见李丹:《试论普通法下公开权制度的发展及成因》,载《比较法研究》2011年第3期,第66-74页;陈龙江:《美国公开权理论发展史考察——以经典案例为线索》,载《北方法学》2011年第2期,第149-160页。“形象权”的代表性文章,参见董炳和:《论形象权》,载《法律科学》1998年第4期,第65-72页;朱广新:《形象权在美国的发展状况及对我国的立法启示》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第3期,第24-32页。

[6] 人格标识与知识产权的渊源,参见徐国栋:《人格权制度历史沿革考》,载《法制与社会发展》2008年第1期,第6页;形象权与知识产权的联系,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,第77-89页。

[7] 参见黄芬:《商品化人格权的定限转让》,载《河北法学》2017年第1期,第59-67页。

[8] 参见程合红:《商事人格权刍议》,载《中国法学》2000年第5期,第86-97页;刘训智:《商事人格权的理论诠释与制度构造》,载《西南政法大学学报》2012年第6期,第75-85页。

[9] 参见温世扬:《论“标表型人格权”》,载《政治与法律》2014年第4期,第69页。

[10] 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,第107-111页;房绍坤、曹相见:《标表型人格权的构造与人格权商品化批判》,载《中国社会科学》2018年第7期,第158页;黄芬:《人格要素的财产价值与人格权关系之辨》,载《法律科学》2016年第4期,第69-76页。

[11] 关于因人格标识之商业化利用所生的权利名称便有7种,参见于晓:《自然人人格标识商业利用民事权利的创设与保护》,载《法学论坛》2017年第1期,第65页;此种权利的法律性质各说,参见姚辉:《人格权法论》,中国人民大学出版社2011年版,第360-364页。

[12] 代表性论文,参见张红:《死者生前人格上财产利益之保护》,载《法学研究》2011年第2期,第100-112页;张红:《死者人格精神利益保护:案例比较与法官造法》,载《法商研究》2010年第4期,第143-152页;刘国涛:《死者生前人格利益民法保护的法理基础》,载《比较法研究》2004年第4期,第136-146页;葛云松:《死者生前人格利益的民法保护》,载《比较法研究》2002年第4期,第22-34页。

[13] 参见杨立新等:《人身权的延伸法律保护》,载《法学研究》1995年第2期,第21-29页;麻昌华:《论死者名誉的法律保护——兼与杨立新诸先生商榷》,载《法商研究》1996年第6期,第34-40页;董炳和:《论死者名誉的法律保护》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》1998年第2期,第41-46页。其次,“荷花女案”“海灯案”“李四光案”等典型案例的发布和《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》等司法解释的出台,无疑表明我国关于死者人格利益保护从无到有的法制沿革系以死者名誉(权)保护为基本脉络。此外,在民法典视域下仍有学者主张,死者“人格”的保护范围宜限于死者生前形象的“名誉”,参见曹相见:《死者“人格”的规范本旨与体系保护》,载《法学家》2021年第2期,第13页。

[14] 参见岳业鹏:《论人格权财产利益的法律保护——以〈侵权责任法〉第20条为中心》,载《法学家》2018年第2期,第77-89页;黄芬:《人格权侵权获利赔偿的请求权基础研究》,载《法商研究》2019年第4期,第138-148页;瞿灵敏:《商品化人格权的保护:损害赔偿与保护路径——基于现行民事立法的回应》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2015年第4期,第89-100页。

综上,文题一直处于人格权研究领域的重要位置,与之相关的现有研究范式各异,学说纷纭。《民法典》出台后,新的法典解释时代已然来临。再探死者人格标识保护在《民法典》中的理论基础和规范构造,为理论和实务提供最新的“中国方案”,此即本文意旨所在。

二、死者人格利益保护之理论重构

死者已逝,侵权人对死者人格标识的侵害究竟系对死者自身的侵害抑或对死者近亲属的侵害?此为死者人格标识保护须回答的首要问题。此项论争,亦即学界“直接说”与“间接说”之争。其中,“直接说”又以两种学说为要。第一,“死者权利保护说”。该说认为,权利能力消灭和权利消灭并不等同,自然人死亡,权利能力消灭,但部分人格权利并不消灭,此类人格权在权利人死后仍有延伸保护必要。^[15]第二,法益保护说。此说主张,死者人格利益仍属法益,出于维护社会道德、近亲属感情及社会公共利益的需要,应予保护。^[16]“间接说”集中体现为近亲属保护说。^[17]该说认为,自然人一旦死后便无权利能力,故无法享有人格权,只得由其近亲属享有。^[18]

(一)“间接说”保护之不足

从学界既有观点来看,持“间接说”者居多。^[19]根据《民法典》第994条之规定,当死者的人格标识受到侵害时,死者的配偶、子女、父母有权主张行为人承担民事责任;前述主体不存在时,其他近亲属可代替为之。鉴于该条规定将主要近亲属和其他近亲属作为主张行为人承担民事责任的主体,故有学者指出,《民法典》第994条的立场为“间接说”。^[20]对此,法工委和最高法院的民法典释义均未表态,仅阐明死者人格利益值得保护的必要性。^[21]另值一提的是,在关于侵害死者人格利益的典型案例裁判中,实务观点亦是在“直接说”与“间接说”之间摇摆不定。^[22]例如,在最近一起侵犯死者肖像的案例中,北京高级人民法院依然采“直接说”。^[23]

不仅立法和司法层面未对“间接说”盖棺定论,“间接说”的自身缺陷亦不可忽视。具言之,在近亲属蔑视或不尊重地谈论死者,或死者生前根本不信任自己的近亲属,抑或死者无近亲属的情形下,不仅无法自动从死者人格利益受损导出近亲属权利被侵犯,死者人格利益保护亦将面临空白。^[24]另有学者从方法上将“间接说”称为“推定式拟制”,即直接由被侵权人死亡的事实推定近亲属的固有利益受到损害,无须指明二者之间的逻辑转换过程,且无法经反证推翻。^[25]但严格而言,此种“推定式

[15] 参见龙卫球:《民法总则》(第2版),中国法制出版社2002年版,第299-300页。

[16] 参见王利明:《人格权法研究》(第3版),中国人民大学出版社2018年版,第172页。

[17] 除“近亲属保护说”外,另有“家庭保护说”,该说将死者名誉与家庭名誉绑定,对死者的名誉侵害视为对家庭名誉的侵害,但鉴于该说代表性极少,且与“近亲属保护说”并无实质差异,故在此不赘。参见张善斌:《死者人格利益保护的理论基础和立法选择》,载《江汉论坛》2016年第12期,第133页。

[18] 参见马俊驹:《人格和人格权理论讲稿》,法律出版社2009年版,第318页。

[19] 相关学说综述,参见杨巍:《死者人格利益之保护期限》,载《法学》2012年第4期,第149页。

[20] 参见杨立新:《中华人民共和国民法典条文要义》,中国法制出版社2020年版,第697页。

[21] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典人格权编解读》,中国法制出版社2020年版,第27页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典人格权编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第65-66页。

[22] 详见张红:《死者人格精神利益保护:案例比较与法官造法》,载《法商研究》2010年第4期,第144-146页。

[23] 参见北京市高级人民法院(2020)京民申2602号民事裁定书。

[24] Vgl. Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl, 2020, § 11 Rn. 28.

[25] 参见税兵:《身后损害的法律拟制》,载《中国社会科学》2011年第6期,第102-103页。

拟制”并非规范层面法律后果的拟制,而是学说解释层面的拟制。质言之,拟制是对不同法律事实采同一法律后果处理,须以另一项拟引用的法条作为参照对象,通常伴以“视为”作为立法用语。^[26]而《民法典》第 994 条本身并无此种立法特征,在既有民法典体系中亦难觅得被拟制的对象。事实上,学界对于由死者近亲属主张相应民事责任的处理方式并无异议,只是在如何由死者被侵权转换至近亲属主张权利的理据支撑层面存在分歧。可值参照的是,拉伦茨区分了法律拟制和作为法院裁判说理手段的拟制。后者是指法官假定案件事实中存在某种构成要件要素,他可以从中得出某种法律后果,尽管法官意识到事实并非如此。此种说理层面的拟制“掩盖了决定性的裁判理由,它将说理贬低为虚有其表的说理”,^[27]在方法上应予避免。显然,“间接说”并非法律拟制,而是说理层面的拟制,此种拟制在方法上的风险,须值警惕。例如,王利明教授指出,将死者人格利益等同于生者利益,法律上难以明确侵权人究竟侵犯了何种权利,侵权行为与生者权益受损之间的因果关系亦不明朗。^[28]职是之故,“间接说”在论理层面采用看似紧密的关联方式来掩盖逻辑上的连贯性,以此来解读《民法典》第 994 条的立法者立场,颇显牵强。

(二) “直接说”在精神利益和财产利益的双层重构

人格标识之上既存在基于人格要素本体的精神利益,亦可借由商业化利用产生财产利益。对人格标识之上精神利益和财产利益进行区分保护,洵有必要。^[29]在此前提下,方可更为精准地寻得死者人格利益保护的理论及规范依托。

1. 精神利益层面的代行模式

首需回答的前置性问题为:死者精神利益依托何种路径受到保护?若采“死者权利保护说”,则死者的肖像权、姓名权等“标表型人格权”并不因死亡而消灭。但是,自然人死后便无权利能力,永久丧失享有权利的主体资格,此说明显与权利能力制度相龃龉(《民法典》第 13 条)。同时,此种无主体的权利亦与法律关系只存在于人与人之间的基本理念相冲突。^[30]并且,从规范分析来看,在“人格权”概念及具体人格权名称遍布的《民法典》人格权编中,《民法典》第 994 条的立法用语为“死者的姓名、肖像”而非“死者的姓名权、肖像权”,可见立法者有意避免死者人格权的保护路径。同时,《民法典》第 994 条位于人格权编“第一章 一般规定”之下,难以从体系解释角度得出该条系突破《民法典》第 13 条关于权利能力的特殊规定。是以,“死者权利保护说”于《民法典》语境下无法证立。

更为可行的是“法益保护说”。死者人格利益受法律保护的正当性已无需赘言,从最初的司法判例肯认到今日正式入典,保护模式日趋体系化和规范化。相较于“死者权利保护说”,“法益保护说”的首要优势在于避开了死者权利能力之桎梏,将其作为一种死后延伸利益加以确认并保护。例如在“奥黛丽·赫本侵权案”中,苏州中院法官在区分权利和法益的基础上指出,死者的姓名、肖像属于死者人格利益,应纳入《民法总则》第 3 条中的“其他合法权益”和《侵权责任法》第 2 条中的“等人身、财产权益”范畴,此种人格利益延伸应受民法保护。^[31]参酌比较法经验,德国 Mephistio 案首次肯认

[26] 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社 2007 年版,第 194 页。

[27] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆 2020 年版,第 336 页。

[28] 参见王利明:《人格权法研究》(第 3 版),中国人民大学出版社 2018 年版,第 170 页。

[29] 关于精神利益与财产利益予以区分保护的详细论证,参见王叶刚:《论侵害死者人格利益的请求权主体——兼评〈民法典〉第 994 条》,载《清华法学》2021 年第 1 期,第 185-188 页。

[30] Vgl. Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl, 2020, § 11 Rn. 28.

[31] 参见江苏省中级人民法院(2019)苏 05 民终 7190 号民事判决书。

死者之精神利益受法律保护。对此,德国联邦最高法院明确指出,权利能力虽因主体死亡而消灭,但人格作为受保护的价值仍应存续。^[32]日本亦不乏判例认可直接保护死者人格法益的重要性,但囿于现行法依据阙如,未能贯彻。^[33]另值比照的是,《民法典》第1183条第2款明确肯定对侵害具有人身意义的特定物的精神损害赔偿。该款规定显然涵盖特定物作为逝者精神遗存载体之情形,此时特定物于物主而言极具精神上的价值或意义。同理,死者的姓名、肖像等人格标识作为如物一般的客观存在,亦可被赋予其主观意义上的精神利益,并受到民法保护。

至于权利救济的法律构造,德国Mephistio案确立了代行模式,即近亲属或其他死者指定之人为维护死者利益,享有代为行使保护死者人格利益的权限(Wahrnehmungsbefugnis)。^[34]德国通说认为,此种代行模式的内在理论构造为(准)信托关系。^[35]依信托法原理,在信托内部关系中,委托人须将信托财产移转于受托人,以满足财产权利移转的外观规定。^[36]但是,在死者人格利益保护情形下,基于人格权的不可让与性,精神性的人格权不能作为死者生前被移转的权利,无法满足信托关系的要件。同时,作为信托客体的死者的权利应从何处推导亦未可知。因此,此种所谓“(准)信托关系”只得停留在道德层面,难以在法律层面承接无碍。^[37]

本文认为,与代行模式更为契合的是“诉讼担当(Prozessstandschaft)理论”。诉讼担当是指一方诉讼当事人以自己的名义为他人主张权益。^[38]从德国死者精神利益保护实践来看,集中体现为类推适用《德国刑法典》第77条第2款、第194条第2款、第205条第2款和《德国美术与摄影作品著作权法》第22条第3句之规定,通常由设有顺位规定的死者近亲属代替死者在程序法上主张救济。^[39]拓言之,诉讼上的当事人概念不必与实体法上利益归属的当事人形成必然对应之关系。盖依实体法或诉讼法之规定,有若干权利人或义务人的权利或义务无法自己行使或处分,此时仅得由法律规定的第三人以其名义行使或处分,此谓之第三人的诉讼担当。^[40]此种由法律规定担当人为保护被担当人的利益而进行诉讼之情形为法定诉讼担当。^[41]死者近亲属作为死者利益保护的代行权人即为适例。

揆诸我国,首先,从《民法典》第994条的文义来看,该条的整体表述明显偏向于请求权救济风格,并设有主要近亲属和其他近亲属的位次顺序。另值参照的是《民法典》第1181条。该条规定,被侵权人死亡的,其近亲属作为主张侵权责任的主体。对此,法工委和最高法院的民法典释义均指出,该条旨在解决被侵权人死后,请求权主体确定的问题。^[42]此类请求权主体的规定首先体现为诉权主体的确定,并不必然与权利义务的承受者相对应,尤其在被侵权人已死亡的情形下,只得另寻生者代为主张。

[32] 具体案情及裁判理由,参见王泽鉴:《人格权法:法释义学、比较法、案例研究》,北京大学出版社2013年版,第284-285页。

[33] 参见[日]五十岚清:《人格权法》,[日]铃木贤,葛敏译,北京大学出版社2009年版,第33页。

[34] 参见王泽鉴:《人格权法:法释义学、比较法、案例研究》,北京大学出版社2013年版,第286页。

[35] Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Band II: Besonderer Teil, Halbband 2, 13. Aufl, 1994, S.532; Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl, 2020, § 11 Rn. 29.

[36] 参见王志诚:《信托法》(增订第七版),五南图书出版股份有限公司2018年版,第31页。

[37] Schönberger Simone, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2011, S.23.

[38] Lindacher/Hau, Münchener Kommentar zur ZPO, Vorbemerkung zu § 50ff, 6. Aufl. 2020, Rn.46.

[39] Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Band II: Besonderer Teil, Halbband 2, 13. Aufl, 1994, S.534.

[40] 参见姜世明:《民事诉讼法》(上册),新学林出版股份有限公司2018年版,第169页。

[41] 参见姜世明:《民事诉讼法》(上册),新学林出版股份有限公司2018年版,第179页。

[42] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社2020年版,第70页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第156页。

还可比照的是死者的著作人身权保护。根据《著作权法实施条例》第 15 条第 1 款规定,作者死亡后,其著作权中的署名权、修改权和保护作品完整权由作者的继承人或者受遗赠人保护。从该款的司法适用现状观之,该款中的“由作者的继承人或者受遗赠人保护”系指作者的继承人或受遗赠人属于适格的原告主体,他们有权就已故作者的署名权等著作人身权被侵害主张救济。^[43]其中,相当部分法院进一步指出,署名权等著作权属于著作人身权,只得由死者继承人保护,而著作财产权则可由死者继承人享有。^[44]此种“保护”和“享有”的用语区分凸显出司法实践中死者著作权在精神利益和财产利益层面保护模式的差异。亦即,以上法院对于个案中具体著作人身权侵权事实的认定仍是以已故作者作为直接利害关系人展开,已故作者的继承人或受遗赠人只是代为在程序上主张救济,不若“间接说”系以死者近亲属的权益受损来间接保护死者利益。准此,《著作权法实施条例》第 15 条第 1 款中的“保护”无疑是指作者的继承人或受遗赠人作为适格诉讼主体有权为已故作者主张著作人身权之救济,与上文所言的诉讼担当高度契合。参酌域外经验,德国对死者的作者人格权保护同样采用“诉讼担当理论”,将已故作者的近亲属作为死者利益救济的法定诉讼担当。^[45]另,我国台湾地区“著作权法”第 86 条规定了著作人死亡后侵害其著作人格权的请求权人范围。立法释义明确指出,“本条所定顺序之人所取得的并非著作人格权,而是本法特别赋予相关之人的特定请求权。此等请求救济之权利,并非继承自著作人,而是依本法特别规定的原始取得。”^[46]

再者,诉讼担当与法定代理的诉讼构造亦不相同。尽管二者都是为他人利益行事,但诉讼担当中代行权人系以自己名义提出诉请,而法定代理则须以被代理人的名义提出诉请。对此,《最高人民法院关于适用中华人民共和国刑事诉讼法的解释》第 260 条第 1 款规定明确区分了“告诉”和“代为告诉”。自诉案件中被害人死亡的,其近亲属可以“告诉”而非“代为告诉”,近亲属本身便是自诉人,这与法定代理人代理他人提起自诉相区分。^[47]

此外,与法定诉讼担当相对应的为意定诉讼担当,即第三人的诉讼实施权系基于利益归属主体的自由意思授权而取得。^[48]在死者人格利益保护的情形下,基于民法的自愿原则(《民法典》第 5 条)和意思自治要义,当死者生前授权他人为代行权人时,应予肯定此种意定授权行为的效力。上文中《著作权法实施条例》第 15 条第 1 款允许“受遗赠人”作为对已故作者之著作人身权的适格诉讼主体便是范例。尤其在死者与其近亲属关系恶劣或从未联系以及死者无近亲属情形下,《民法典》第 994 条将面临评价失衡之困境。易言之,此时《民法典》第 994 条存在“开放型漏洞”,即制定法出现了对特定案件类型未设适用规定之场合,但根据制定法目的,此种规则本应包含在内。^[49]可值参照的是,依《民法典》第 174 条第 1 款第 3 项规定,被代理人死亡后,若授权中明确代理权在代理实务完成时终止的,委托代理人实施的代理行为仍然有效。且结合该款第 2 项来看,若被代理人生前有此授权,无须

[43] 参见杭州铁路运输法院(2017)浙 8601 民初 1749 号民事判决书;北京知识产权法院(2016)京 73 民终 749 号民事判决书;重庆市高级人民法院(2014)渝高法民终字第 00160 号民事判决书等。

[44] 参见广西壮族自治区高级人民法院(2016)桂民终 409 号民事判决书;北京知识产权法院(2019)京 73 民终 1263 号民事判决书;北京市高级人民法院(2015)高民(知)终字第 3830 号民事判决书;北京市高级人民法院(2014)高民终字第 1152 号民事判决书;广东省广州市海珠区人民法院(2013)穗海法知民初字第 497 号民事判决书等。

[45] Vgl. Schack, Das Persönlichkeitsrecht der Urheber und ausübenden Künstler nach dem Tode, GRUR 1985, S.352.

[46] 章忠信:《著作权法逐条释义》,五南图书出版有限公司 2009 年版,第 201 页。

[47] 参见江必新主编:《刑事诉讼法司法解释理解与适用(下)》,人民法院出版社 2015 年版,第 768 页。

[48] 姜世明:《民事诉讼法》(上册),新学林出版股份有限公司 2018 年版,第 180 页。

[49] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆 2020 年版,第 473 页。

被代理人的继承人对此进行承认,可见意思自治在代理法领域的贯彻。准此,上述情形下可类推适用《民法典》第174条第1款第3项规定来填补此项“开放型漏洞”。

2. 财产利益层面死者近亲属的继承

从体系解释来看,《民法典》第993条作为人格标识许可使用的一般规定,在立法层面正式肯定了人格权的积极权能,并与“姓名权与名称权”“肖像权”分章中的具体规定形成对应(《民法典》第1012条、第1013条、第1018条、第1021条和第1022条)。显然,我国法并未采取类似于“公开权(形象权)”的独立财产权模式来保护人格标识上的财产利益,而是将精神利益和财产利益统归于具体人格标识之上,可谓一元保护模式。但是,一元保护模式并不代表精神利益和财产利益的一体保护,其在实践中仍应区别对待。尤其体现在:《民法典》第992条规定“人格权不得放弃、转让或者继承。”《民法典》第993条紧承其后便放开对人格标识的可利用性,进一步表明立法层面对精神利益和财产利益的区分。对此,最高法院的民法典释义指明,人格权的不可转让性和不可继承性仅限于固有权利本身,因人格标识的商业化利用及其保护所产生的财产性权利既可转让,又可继承。^[50]易言之,在体系上,《民法典》第993条既属突破传统人格权法仅保护精神性固有权利的“特殊规定”,亦是人格标识之财产性利用在整个“人格权编”的“一般规定”。《民法典》第994条作为尾随第993条的一般规定,对于死者人格标识之保护,显然涵盖人格标识商业化利用所生之财产利益。尤其对于此类纯粹财产性质的请求权,当然具有可继承性。

循此,就死者人格标识之财产利益而言,此时并非间接保护,而是死者近亲属继承死者对财产利益的损害赔偿请求权。按照《民法典》第1045条对“近亲属”范围的规定,《民法典》第994条中“其他近亲属”系指除主要近亲属(配偶、子女、父母)之外的兄弟姐妹、(外)祖父母和(外)孙子女。除(外)孙子女以外,该请求权主体及其顺位与《民法典》继承编中的法定继承主体及其顺位相对应(《民法典》第1127条)。出于意思自治考量,若死者生前就人格标识之上财产利益的处分有遗嘱或遗赠抚养协议的,应按死者意思处理(《民法典》第1123条)。

三、法律后果之具体展开

侵害死者人格标识的法律后果,因精神利益或财产利益受损而有所区分,具体主要包括以下三个方面。

(一) 人格权请求权

学界通说认为,《民法典》第995条确立了独立的人格权请求权,其在损害后果、主观过错等构成要件上通常不同于侵权请求权。^[51]另有学者指出,《民法典》第995条赋予受害人的请求权属于侵权请求权。^[52]还有学者主张,该条第2句列举的诸项请求权属于绝对权请求权和侵权请求权之

^[50] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典人格权编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第48-50页。

^[51] 参见王利明、程啸:《中国民法典释评 人格权编》,中国人民大学出版社2020年版,第81-83页;杨立新:《我国民法典人格权立法的创新发展》,载《法商研究》2020年第4期,第24页;张红:《〈民法典(人格权编)〉一般规定的体系构建》,载《武汉大学(哲学社会科学版)》2020年第5期,第162-163页。

^[52] 参见陈甦、谢鸿飞主编:《民法典评注 人格权编》,中国法制出版社2020年版,第42页。

集合。^[53]本文认为,根据《民法典》第995条第1句之文义,人格权受到侵害时的规范依托最终在于“本法和其他法律的规定”。简言之,该款本身无法构成独立的请求权基础,而属于参引性规范。其中“本法的规定”首先对应总则编“第八章”之下的民事责任规定和侵权责任编的有关规定。而在侵权责任编中,既有基于过错的侵权请求权的一般条款(《民法典》第1165条第1款),也有不考虑过错的防御性请求权的一般条款(《民法典》第1167条)。所谓的“人格权请求权”,实系人格权受到侵害时被害人可能主张的请求权之集合,是侵权责任编中侵权请求权和防御性请求权在人格权编的特别规定。^[54]故此,在《民法典》第995条第2句所列举的请求权中,前三项属于防御性请求权,后三项属于侵权请求权。

前述及,死者法益保护有别于死者权利保护,死者因其权利主体已然消亡而无法直接适用人格权请求权。但是,既然《民法典》第994条已然肯认死者人格利益保护,基于体系解释和当然解释,死者近亲属不仅能够通过《民法典》第995条第1句准用总则编和侵权责任编中的相关规定,还应涵盖人格权编内部第995条及以下的相应规定。具言之,除损害赔偿外,侵害人格标识的民事责任承担方式主要包括预防型的停止侵害和填补型的赔礼道歉。停止侵害仅要求侵害人格标识的行为正在进行即可,例如,擅自使用死者肖像作为商品标志或擅自将死者声音作为导航语音。赔礼道歉系恢复原状方式在非财产领域的具体体现。^[55]除死者生前须遭受精神痛苦之外,赔礼道歉还要求行为人存在一定的过错,此种过错并不局限于故意乃至恶意,且过错程度通常与受害人遭受的精神痛苦成正比。^[56]至于消除影响、恢复名誉之责任承担方式,在侵害死者肖像利益时亦有涉及,但通常需要和赔礼道歉合并适用。^[57]总体而言,赔礼道歉的单独或合并适用须与行为的具体方式和造成的影响范围相当(《民法典》第1000条第1款);行为人拒不履行的,可采用在媒体上发布公告或公布生效裁判文书替之(《民法典》第1000条第2款)。并且,依《民法典》第995条第2句规定,以上请求权不受诉讼时效限制。

此外,侵害死者人格标识行为还可准用侵害人格权的禁令制度(《民法典》第997条)。此种诉请禁令制度旨在及时制止行为人的不法行为,防止损害发生或进一步扩大。其不同于停止侵害的民事责任承担方式,尤其体现在诉请禁令具有紧急性和临时性,有别于法院的终局判决。^[58]适格民事主体须举证证明行为人正在实施或即将实施侵害死者人格标识行为(《民事诉讼法》第100条第1款)。

(二)精神损害赔偿请求权

关于死者得否主张精神损害赔偿须依情形而论。(1)若行为人侵害人格标识时被侵权人已死亡的,此时死者已然丧失权利能力并无法感知精神痛苦,精神损害赔偿无法发挥对死者的填补功能,故此时无从产生死者的精神损害赔偿请求权。可值参照的是,于此情形下,德国法院仅认可死者近亲属提起消除影响和停止侵害之诉,尤其否认对死者的非财产损失赔偿请求权。^[59](2)若行为人在被害人生

[53] 参见朱晓峰:《论〈民法典〉人格权编法律规则的适用范围》,载《荆楚法学》2021年第2期,第51页。

[54] 参见温世扬、朱海荣:《中国民法典对潘德克顿体系的扬弃》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期,第17-18页。

[55] 参见张红:《我国民法中恢复原状的再体系化》,载《荆楚法学》2022年第2期,第73页。

[56] 参见葛云松:《赔礼道歉民事责任的适用》,载《法学》2013年第5期,第98页。

[57] 参见张红:《民法典之肖像权立法论》,载《学术研究》2019年第9期,第73页。

[58] 关于诉请禁令与停止侵害的详细区分,参见王利明:《论侵害人格权的诉前禁令制度》,载《财经法学》2019年第4期,第8-9页。

[59] 参见[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法(上)》,焦美华译,法律出版社2001年版,第151页。

前侵害其人格标识的,德国法对此存在争议。德国联邦最高法院认为,即算侵权行为发生在死者生前,在被侵权人死后仍然无法得到补偿,故此种非财产损害赔偿请求权是不可继承的。^[60]另有德国学者指出,此种非财产损害赔偿请求权与《德国民法典》第253条第2款的抚慰金请求权并无二致,鉴于在损害赔偿法改革中《德国民法典》第253条第2款已然取代原《德国民法典》第847条,肯认了抚慰金请求权的可继承性和可让与性,^[61]故死者亦可就其生前遭受的精神痛苦主张补偿。

本文认为,对侵权行为的法律后果评价应以行为时为准,惟对死者生前的侵权行为达到“造成严重精神损害”之程度(《民法典》第1183条第1款),死者当时所受精神痛苦确然存在,与之对应的精神损害赔偿之填补功能亦可发挥。至于侵害人格标识行为何时达至“严重精神损害赔偿”之程度,应考虑行为人和受害人的职业、影响范围、过错程度,以及行为的目的、方式、后果等因素(《民法典》第998条)。至于精神损害赔偿请求权得否继承,牵涉到精神损害赔偿请求权的功能变动。具言之,1955年德国联邦最高法院确立了精神损害赔偿请求权(抚慰金请求权)的填补功能(Ausgleichsfunktion)和抚慰功能(Genugtuungsfunktion)。^[62]鉴于抚慰功能旨在慰藉或满足被害人自身,应由受害人自主决定是否主张,故导致最初通说中精神损害赔偿请求权原则上不得让与或继承。^[63]但是,抚慰功能在德国学界一直备受批判。一方面,抚慰功能导致惩罚功能不当引入私法;另一方面,抚慰功能之实效最终体现为计算抚慰金时考虑行为人的过错程度,实质上完全融入了填补功能。^[64]对此,拉伦茨更是直言,“抚慰功能仅涉及抚慰金的‘更多’或‘更少’,无法作为与填补功能相区分的计算标准。因此,抚慰功能只是填补功能中一个较为重要的考量点。”^[65]恰恰因为抚慰功能实际上为填补功能所吸纳,而填补功能又以金钱赔偿为常态,德国、日本和我国台湾地区现行通说已然发生转变,认为此种精神损害赔偿请求权与一般财产利益损害赔偿请求权并无实质差异,具有可继承性。^[66]史尚宽先生同样指出,“加害人的赔偿义务,不因被害人死亡而消灭,则被害人受赔偿之地位,当然由其继承人继承。”^[67]对此,2003年《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《人身损害赔偿解释》)第18条第2款已然肯认在一定条件下精神损害赔偿请求权的可继承性:(1)赔偿义务人已经以书面方式承诺给予金钱赔偿;(2)赔偿权利人已经向法院起诉。事实上,2003年《人身损害赔偿解释》第18条第2款参考了我国台湾地区“民法”第195条第2款之立法例,二者皆属德国法原有通说影响之下的产物。^[68]鉴于肯认精神损害赔偿的可继承性和可让与性已成比较法制之通例,且2020年修正的《人身损害赔偿解释》已然删去了上述款项,对此宜认定我国最新司法实践默认了精神损害赔偿的可继承性。

另一方面,根据《民法典》第994条和第1183条第1款规定,死者近亲属亦可因侵害死者人格标识行为遭受精神痛苦,进而主张精神损害赔偿。对此,2001年《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》(以下简称《精神损害赔偿解释》)第3条第1项明确肯认死者近亲属可因侵害死

[60] Vgl. BGH NJW 2017, 800.

[61] Vgl. Oetker, Münchener Kommentar zum BGB, § 253, 2012, Rn.66.

[62] BGHZ 18, 149, 154.

[63] 参见王泽鉴:《损害赔偿》,北京大学出版社2017年版,第253页。

[64] Vgl. Fuchs/Pauker, Delikts- und Schadensersatzrecht, 8.Aufl. 2012, S.228f.

[65] Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Band II: Besonderer Teil, Halbband 2, 13. Aufl, 1994, S.592.

[66] 参见陈聪富:《侵权行为法原理》,元照出版公司2018年版,第466-467页。

[67] 史尚宽:《债法总论》,中国政法出版社2000年版,第146页。

[68] 参见叶金强:《精神损害赔偿制度的解释论框架》,载《法学家》2011年第5期,第91页。

者肖像或姓名的行为主张精神损害赔偿。但是,从既有实务裁判观之,因侵害死者人格利益所生之死者近亲属的损害赔偿请求权主要集中于侵害死者名誉、遗体、遗骨等情形,尤其因为《精神损害赔偿解释》第3条第1项中“侮辱、诽谤、贬损、丑化”作为侵害死者肖像、姓名的限定语,容易将侵害死者肖像、姓名等人格标识的行为最终引向是否侵害死者名誉之判定,以至于实务中因侵害死者人格标识产生的死者近亲属的精神损害赔偿极为少见。^[69]还需强调的是,此处讨论的死者近亲属之精神损害赔偿请求权乃填补其自身精神痛苦的独立请求权基础,并非如“间接说”一般服务于死者人格利益保护。是以,为秉承精神损害赔偿不得滥用原则,因侵害死者人格标识行为所生之死者近亲属的精神损害赔偿请求权应从严把握,具体考量因素仍以《民法典》第998条为准。

此外,《民法典》第996条明确肯认了违约精神损害赔偿规则,这在侵害死者人格标识行为中同样适用。例如,死者生前与某公司缔结关于将死者声音作为导航语音的许可使用合同,但该公司却违反约定将死者声音用于色情场所的淫秽性语音播报,此时死者近亲属可继承死者的违约责任请求权和精神损害赔偿请求权。

(三)财产损害赔偿请求权

在人格标识商业化利用的常态化背景下,对侵害死者人格标识之财产利益的损害赔偿乃不可绕离的重要组成部分。对此,我国《侵权责任法》第20条创设了实际损失赔偿、获利赔偿和法定赔偿的三种方式。《民法典》第1182条系在《侵权责任法》第20条的基础上完善而成,其主要调整之处在于将实际损失赔偿和获利赔偿从先后关系转换为择一的并列关系。若二者皆无法确定且当事人无法协商一致的,则适用法定赔偿。

诚然,传统损害赔偿法的首要功能在于填补损害,故在构成要件上通常要求发生实际损失,例如物件毁损、收入减少。准此,《民法典》第1182条中“被侵权人因此遭受的损失”本意系指被侵权人遭受的实际损失,以此作为赔偿方式系对完全赔偿原则之贯彻。但是,在擅自利用他人人格标识谋取经济利益的行为中,基于人格标识的无形性和易受侵犯性,权利人往往难以证明自身遭受了何种财产损失及其具体数额。^[70]与之相对的是,侵权人往往因其侵权行为大发横财,因此所获利润不乏超出被侵权人所受损失。为秉持损害赔偿的预防和震慑功能,获利赔偿应运而生,并一度成为学界最具争议的赔偿方式。究其性质而言,学界共计四说:(1)侵权请求权说;(2)不当得利请求权说;(3)不法管理请求权说;(4)独立请求权说。^[71]

本文认为,从解释论角度而言,获利赔偿请求权应属侵权请求权,理由如下。首先,从体系解释来看,《民法典》第1182条位于侵权责任编“损害赔偿”之下,该条前段中“侵害他人人身权益造成财产损失的”表明此类侵权行为原则上仍须满足侵权责任的构成要件,即侵害行为、损害和因果关系及过错。^[72]惟因侵害人格标识行为之特殊性,只要行为人未经许可而对死者人格标识进行商业化利用,便可推定“财产损失”存在,无须证明其实际损失。^[73]相反,不当得利旨在矫正欠缺法律关系的财货

[69] 据笔者在中国裁判文书网检索,因侵害死者人格标识行为导致的近亲属精神损害赔偿获法院支持的仅1例,且该例在二审中因程序不当、认定事实不清被裁定发回重审。参见北京市东城区人民法院(2014)东民初字第13750号民事判决书;北京市第二中级人民法院(2014)二中民终字第07221号民事裁定书。

[70] 参见黄芬:《人格权侵权获利赔偿的请求权基础研究》,载《法商研究》2019年第4期,第138页。

[71] 相关学说综述,参见王叶刚:《论人格权擅自商业化利用中的获利赔偿请求权》,载《法学评论》2016年第4期,第56页。

[72] 参见程啸:《论〈民法典〉对人格权中经济利益的保护》,载《新疆师范大学学报(哲学社会科学版)》2020年第6期,第146页。

[73] 参见岳业鹏:《论人格权财产利益的法律保护——以〈侵权责任法〉第20条为中心》,载《法学家》2018年第2期,第82页。

变动,保护财货归属。^[74]故其并无制裁和预防功能,行为人因侵权行为所获利润难以纳入不得得利的返还范围。^[75]正基于此,违法性和过错皆非不得得利请求权之构成要件,此与获利赔偿之要件不符。^[76]同理,《民法典》第980条虽可涵盖不法管理情形下受益人的管理利益返还,但该条中的“管理利益”不限于净利润,而是指与管理具有因果关系的全部获利。原因在于,从调整机制来看,管理人的成本不从“管理利益”中扣除,而是基于《民法典》第979条第1款中的“费用”请求受益人偿还。^[77]与之相对的是,通说认为,《民法典》第1182条(《侵权责任法》第20条)下的获利赔偿范围仅限于净利润。^[78]二者关于获利赔偿/返还范围之不同亦可折射出各自请求权的功能差异。要言之,《民法典》已然确立了侵权获利、不得得利和无因管理各自的体系定位,不宜轻易对其进行跨越内部体系的串联或嫁接,否则容易导致无谓的体系紊乱。^[79]至于将其作为独立的请求权类型,更是几无必要。盖因获利赔偿请求权应以侵权责任之构成要件为准,若无独立的构成要件,谈何独立的请求权基础?况且法工委和最高法院的立法释义业已指明,该条旨在确定侵害人身权益造成财产损失的赔偿标准,^[80]故其本质上仍属侵权请求权内部损失赔偿的计算方式之一。

此外,若死者近亲属无法证实死者生前所受实际损失或行为人因侵害死者人格标识行为所获利润,且死者近亲属与行为人无法就赔偿数额协商一致的,法定赔偿则须发挥兜底性功能。一方面,法定赔偿名为兜底规则,但在人格权益侵权实务认定中却成为法院确定赔偿数额的首选和主要规则,实际损失赔偿和获利赔偿少有运用。^[81]另一方面,从《侵权责任法》第20条的实践效果来看,法院在确定赔偿数额时主要参酌《精神损害赔偿解释》第10条中侵权人的过错程度、侵权情节等因素,由此导致法定赔偿数额过低,^[82]难以达到预防和震慑效果。准此,在未来针对侵害死者人格标识行为的实务裁判中,《民法典》第1182条的法定赔偿确定标准建议进行如下调整。首先,宜将行为人因侵权行为所获利润作为首要考量因素,行为人的过错程度、情节轻重只得作为辅助性因素加以考量。^[83]其次,《民法典》第1182条前段中的实际损失赔偿和获利赔偿都是事实层面的赔偿,即损失多少赔偿多少或获利多少赔偿多少,故其举证责任在于被侵权人一方。但无论是当事人抑或法院,事实层面的损失/获利往往难以精确测量,故《民法典》第1182条后段中由法院确定的赔偿数额应属规范层面的赔偿。此种规范层面的赔偿体现为行为人擅自利用权利人的人格标识牟利本应支付的通常合理对价。

[74] 参见王泽鉴:《不当得利》,北京大学出版社2009年版,第3页。

[75] 参见缪宇:《获利返还论——以〈侵权责任法〉第20条为中心》,载《法商研究》2017年第4期,第81页。

[76] 参见朱岩:《“利润剥夺”的请求权基础——兼评〈中华人民共和国侵权责任法〉第20条》,载《法商研究》2011年第3期,第141页。

[77] 参见金可可:《〈民法典〉无因管理规定的解释论方案》,载《法学》2020年第8期,第52页。

[78] 参见王利明:《侵权获利返还若干问题探讨——兼评民法典分编草案二审稿第959条》,载《广东社会科学》2019年第4期,第220页;孙良国:《论人身权侵权获益赔偿的性质、功能与适用》,载《法律科学》2011年第4期,第162页。

[79] 参见张家勇:《基于得利的侵权损害赔偿之规范再造》,载《法学》2019年第2期,第64-66页。

[80] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社2020年版,第72页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第168页。

[81] 王若冰:《论获利返还请求权中的法官酌定——以〈侵权责任法〉第20条为中心》,载《当代法学》2017年第4期,第67页。在知识产权侵权实务认定中亦是如此,参见詹映:《我国知识产权侵权损害赔偿司法现状再调查与再思考——基于我国11984件知识产权侵权司法判例的深度分析》,载《法律科学》2020年第1期,第193页。

[82] 参见岳业鹏:《论人格权财产利益的法律保护——以〈侵权责任法〉第20条为中心》,载《法学家》2018年第2期,第87页。

[83] 参见王利明:《侵权获利返还若干问题探讨——兼评民法典分编草案二审稿第959条》,载《广东社会科学》2019年第4期,第222页。

此种通常合理对价在侵害人格标识领域又被称为拟制授权金(许可使用费),系以理性侵权人与权利人依可预见的未来发展趋势所能达成的使用授权金额作为计算基准。^[84]以许可使用费作为损失计算基准在知识产权侵权领域已然普及(《著作权法》第49条第1款、《专利法》第65条第1款和《商标法》第63条第1款)。依《民法典》第1184条规定,侵害他人财产的,损失发生时的市场价格可作为确定财产损失的重要方式。拟制授权金作为客观的财产损失计算方式,无疑与此种市场化导向和人格标识的商业化背景相契合。在具体适用过程中,许可使用费的确定主要考量以下要素。^[85](1)被侵权人同时期相同或相类人格标识的许可使用费。尤其在被侵权人为明星艺人等知名人士之情形下,既可参考该知名人士之前已经缔结的许可使用费,亦可参照同时期与该知名人士相同或相类的行业领域、流量级别、市场定价等因素。例如,在“樊少皇、广东融骏智能科技有限公司肖像权纠纷案”中,侵权公司在与演员樊少皇的《肖像权授权使用合同》到期后未经其同意继续对其肖像进行商业化利用,一审和二审法院将之前双方协议约定的使用费作为财产损失赔偿的认定标准。^[86]在“湘水谣餐饮店与汪某肖像权纠纷案”中,一审法院以“汪某代言类似行业肖像使用费的标准和内容”作为在认定损失数额时的因素之一。^[87](2)被侵权人人格标识的商业价值。商业价值评估主要结合被侵权人个人的影响力、知名度等因素加以判断。例如,在“北京趣拿软件科技有限公司与李小璐肖像权纠纷案”中,一审和二审法院都将被侵权人李小璐的知名度作为确定赔偿金额的考量因素之一。^[88]

还须指出的是,《民法典》第1182条的侵权损害赔偿不属于惩罚性赔偿。从功能来看,惩罚性赔偿打破了传统民法的损害填补原则,属于惩罚功能介入私法之产物,故其适用条件应十分严格,且适用情形只得由法律明确规定(《民法典》第179条第2款)。在侵权责任编“损害赔偿”一般规定下,惟《民法典》第1185条规定了对侵害他人知识产权的惩罚性赔偿,并限于“情节严重的故意侵权”情形。可值对照的是,对于“故意侵犯商标权(专利权)且情节严重的行为”,2019年最新修正的《商标法》第63条第1款和2020年最新修正的《专利法》第71条第1款在实际损失赔偿、获利赔偿和合理许可使用费赔偿的基础上另设以许可使用费为基准的特定倍数的惩罚性赔偿。由此可见,惩罚性赔偿应属区别于前三项财产损失计算的单独类型,在威慑程度和赔偿力度方面更甚于《民法典》第1182条的侵权损害赔偿。是以,为维持惩罚性赔偿体系的特殊性和稳定性,侵害死者人格标识行为无法适用或类推适用《民法典》第1185条的惩罚性赔偿规定。就算出现恶意侵害死者人格标识且情节严重之情形,在财产损害赔偿方面至多限于返还侵权人所获的全部利润,对其主观过错、情节严重等因素可纳入精神损害赔偿加以评价。

四、保护期限之区分适用

关于侵害死者人格标识的保护期限,国内学界可分为统一说和区分说。统一说系指统一确定侵害死者人格标识之精神利益和财产利益的保护期限。该说内部又分两种代表性观点。(1)死者近亲

[84] 参见黄芬:《人格权侵权中的许可使用费赔偿研究》,载《社会科学》2020年第1期,第122页。

[85] 参见黄芬:《人格权侵权中的许可使用费赔偿研究》,载《社会科学》2020年第1期,第130页。

[86] 参见广东省佛山市中级人民法院(2018)粤06民终262号民事判决书。

[87] 从案情推知,该案中的“汪某”为湖南卫视著名主持人汪涵,参见湖南省长沙市天心区人民法院(2015)天民初字第03908号民事判决书。

[88] 参见北京市第二中级人民法院(2017)京02民终10443号民事判决书。

属生存期限说。该说受“间接说”影响,原则上以死者近亲属在世时间作为保护期限(英雄烈士的例外情形见下文)。^[89](2)被侵权人死后50年说。该说立足于死者人格利益与著作权保护的相关性,主张类推适用《著作权法》第21条,即在被侵权人死后50年以内受保护。^[90]区分说则主张,死者的精神利益和财产利益的保护期限应区分对待,前者实质上是对死者近亲属精神利益之保护,故保护期限应以死者近亲属的生存期限为准;而对死者人格之财产利益的保护期限,须以被利用的人格标识的商业化程度为标准来确定保护期限。^[91]如前所述,侵害死者人格标识之精神利益,系对死者生前法益之侵害,由此所生的非财产损害赔偿请求权由死者近亲属代为主张。而侵害死者人格标识之财产利益,基于财产利益的可继承性,实系对死者继承人财产利益之侵害。基于此差异,侵害死者人格标识的保护期限须根据精神利益和财产利益之不同作区分处理。

(一)死者精神利益的保护期限

参酌域外经验,德国民法最初在判例中类推适用《德国美术与摄影作品著作权法》第22条第3句之规定,采10年保护期限。但因此种保护期限较短而被判例和学说广泛拒绝,此后德国学界关于死者精神利益之保护期限的观点呈现出多元化的特征。有的主张借鉴原《德国著作权法》第83条第2款规定,采死后25年的保护期限;有的主张借鉴《德国著作权法》第64条规定,采70年保护期限;亦有学者主张一般性的合理裁量,其中70年有之,70-80年有之,以死者遗族在世期限亦有之。最终德国实务界抛弃了抽象的固定保护期限,主张应结合个案加以确定。^[92]

本文认为,德国目前采依个案酌定之做法可值借鉴,理由在于以下两方面。一方面,若单以近亲属生存期限作为死者利益保护期限,不仅会产生将保护机制引回“间接说”之风险(例如,遗漏死者生前意定的代行权人),而且此举无异于以程序上的救济便宜作为实体上的划一界限,实质上回避了个案中死者人格利益保护必要性之评价,显然与本文的“直接说”导向不符。另一方面,若另行择取“一刀切”式的固定保护期限,难免陷入立法者的自我想象,10年、50年抑或70年何者方为最佳,实难抉择。^[93]是以,为实现更为妥洽的利益衡量,宜设考量因素作为个案中法官评价死者精神利益保护必要性之标准。对此,关键要素有二。一为时间因素。时间因素是指侵权发生时与被侵权人死亡时的相隔时间。^[94]原则上,时间相隔愈发久远,死者家属及公众对死者的记忆会逐渐削弱,死者精神利益保护的必要性亦随之动摇乃至瓦解。二是死者的知名度和影响力。在时间流逝过程中,死者的知名度和影响力将直接牵涉死者精神利益保护必要性消减的速率。例如,在演艺群体中,模特艺人通常比戏剧演员的保护期限更久,因为前者的肖像通常在死后十余年后依然被使用和传播,此种差异源于特定行业内的群体知名度差别。^[95]要言之,这两项因素构成法院判定保护期限长短必要的关键要素,在实务中通常需要结合运用。例如,在德国一起案例中,法院结合侵权行为发生时间和死者作为医生

[89] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典人格权编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第68页;杨立新:《中华人民共和国民法典条文要义》,中国法制出版社2020年版,第697页;王叶刚:《民法典人格权编的亮点与创见》,载《中国人民大学学报》2020年第4期,第40页。

[90] 参见张红:《人格权总论》,北京大学出版社2012年版,第395-396页。

[91] 参见杨巍:《死者人格利益之保护期限》,载《法学》2012年第4期,第147页。

[92] Vgl. Schönberger Simone, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2011, S.28f.

[93] 参见税兵:《身后损害的法律拟制》,载《中国社会科学》2011年第6期,第107页。

[94] 参见杨巍:《死者人格利益之保护期限》,载《法学》2012年第4期,第151页。

[95] Vgl. Schönberger Simone, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2011, S.30.

的知名程度,授予对死者人格利益 29 年的保护期限。^[96]另须指出的是,(意定和法定)代行权人的生存期限系事实层面能够替死者主张精神利益救济的最大可能性,具体个案中法院如何认定死者人格利益的保护期限,仍须以上开两项要素为主要判定标准。

(二) 死者财产利益的保护期限

参照比较法经验,关于死者财产利益的保护期限,最初德国联邦最高法院认为,死者财产利益保护系从死者精神利益保护发展而来,故死者财产利益保护以精神利益保护期限为准。^[97]但是如上所示,德国民法中死者精神利益保护期限趋向个案酌定化,若死者财产利益保护期限依旧亦步亦趋,此种法律的不确定性不利于死者财产利益保护期限的统一认定。^[98]申言之,死者财产利益保护与死者精神利益保护存在本质差异,人格标识的商业化利用权属于独立于人格权之外的财产性权利,对其造成的财产损失赔偿必要性不会因时间流逝而遭至消损,“死者知名度和影响力”在财产损害赔偿中只会作为“赔多少”的考量因素,不若精神利益受损情形下关系到“保护与否”的认定标准。更为关键的是,基于金钱赔偿作为财产利益保护的普适化方式,特定法政策下确定的保护期限不会在个案运用过程中造成救济差异或利益失衡。正基于此,德国学界和实务界一直在探求关于死者财产利益的最佳保护期限。最终,2006 年德国联邦最高法院确定类推适用《德国美术与摄影作品著作权法》第 22 条第 3 句之规定,对死者财产利益保护采 10 年的固定保护期限,与死者精神利益的个案酌定式保护期限形成鲜明对比。^[99]另,美国各州的制定法和判例法对死者人格标识之上的财产利益亦采不同固定年限的保护期限。^[100]我国台湾地区亦有学者主张,对死者财产利益的保护期限,目前宜参考台湾地区“著作权法”第 30 条第 1 项,以被侵权人死亡后 50 年为准。但 50 年得否妥洽,不无疑问。^[101]准此,本文建议依循比较法通例,就现行法而言,对于侵害死者人格标识之财产利益的保护期限,宜类推适用《著作权法》第 21 条规定,以被侵权人死亡后 50 年为准。当然,后续立法过程中可结合最新的社会发展情况、司法实践经验等因素确定其他更为妥洽的固定保护期限。^[102]

五、特殊死者情形下之利益衡量

《民法典》第 185 条承继于《民法总则》第 185 条,规定了侵害英雄烈士^[103]人格利益的民事责任。关于该条中“英雄烈士”之解释,学界存在争议。一说将其仅限于已故的“英雄烈士”;^[104]一说则主

[96] OLG München, NJW-RR 1994, 925ff.

[97] 参见王泽鉴:《人格权法:法释义学、比较法、案例研究》,北京大学出版社 2013 年版,第 290 页。

[98] Vgl. Schönberger Simone, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2011, S.141.

[99] Vgl. Schönberger Simone, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2011, S.141.

[100] 参见杨巍:《死者人格利益之保护期限》,载《法学》2012 年第 4 期,第 153 页。

[101] 参见刘春堂:《民商法论文集(三):人格权法专论》,元照出版有限公司 2016 年版,第 258 页。

[102] 例如,近来不少学者主张迎合国际趋势,将著作权保护期限延长至著作权人死后 70 年。参见喻玲:《著作权保护期限标准的审视与重构》,载《法学家》2020 年第 3 期,第 157 页。

[103] 法条原文为“英雄烈士等”,表明保护对象除英雄烈士之外,还包括与英雄烈士同等评价的其他人士。本文为论述方便,以“英雄烈士”代之。

[104] 参见张新宝:《侵害英烈人格权益应当承担侵权责任的规定解读》,载《法制日报》2017 年 3 月 22 日,第 12 版;房绍坤:《英雄烈士人格利益不容侵害》,载《检察日报》2017 年 4 月 25 日,第 3 版;刘颖:《〈民法总则〉中英雄烈士条款的解释论研究》,载《法律科学》2018 年第 2 期,第 105 页。

张在世的“英雄烈士”同样包含其中。^[105]本文认为,该条的保护宜限于已经牺牲的“英雄烈士”。主要理由在于两点。一方面,本条旨在规范侵害英雄烈士人格利益之行为,若被侵害的英雄烈士依然在世,自己依一般规定主张相应的民事责任已足,无须另择特殊条款主张救济,否则有违民法的平等原则(《民法典》第4条)。另一方面,从《英雄烈士保护法》的整体规定来看,该法不乏使用“悼念”“遗属”“遗骸”“遗物”等字眼,立法者明显倾向于将“英雄烈士”限于已故者范畴。尤其是该法第25条第1款和第2款分别将英雄烈士的近亲属和检察机关规定为民事责任的提请主体,以此作为死者人格利益保护的特殊规定可谓昭然。^[106]准此,《民法典》第185条及《英雄烈士保护法》的相关规定与《民法典》第994条之间乃特殊规则与一般规则之关系。亦即,除《民法典》第185条自带的“损害社会公共利益”要件之外,侵害英雄烈士人格标识的构成要件须与侵害一般死者人格标识的构成要件保持一致。同时,“损害社会公共利益”要件成为检察机关作为补位型法定诉讼担当的关键,在无近亲属或近亲属怠于主张时,可借此要件将私益被侵与公益受害相关联,由此检察机关提请公益诉讼成为可能(《英雄烈士保护法》第25条第2款)。

此外,对英雄烈士人格标识的保护同样包括精神利益和财产利益。尤须指出的是,《英雄烈士保护法》第22条第2款第2句规定,“任何组织和个人不得将英雄烈士的姓名、肖像用于或者变相用于商标、商业广告。”该项英雄烈士人格标识的商业化利用禁令并非绝对禁令,符合英雄烈士明示或可推知的意思的商业化利用仍应准许。例如,某英雄烈士生前已对其肖像进行商业化利用,并在遗嘱中言明,由其后人继续利用。此时若以此禁令加以规制,无异于截断英雄烈士及其遗属的正当财产收益而强行将其束缚于道德高地,显然有违民法的平等原则。换言之,该句中的“任何组织和个人”存在“隐蔽型漏洞”,结合该条的规范目的,应将其限缩解释为违背英雄烈士明示或可推知意思的“组织和个人”。^[107]是以,既然英雄烈士同样存在对其人格标识进行商业化利用的可能性,对其肖像、姓名等人格标识之上的财产利益加以保护可谓理所应当。

六、结论

人格标识兼具精神利益与财产利益,已成通论。但在民法典视域下,此种二元利益的区分保护于死者之上如何实现理论构造和规范展开,尤待细究。对此,学界流行的“间接说”回避了受损权益归属主体的直接性,企图以事实上死者近亲属的在世可能性统一回答请求权主体、保护期限等诸项关键问题,偏离了法理构造的要点所在。这一法理层面的基础定位若未摆正,民法典时代下的规范适用难免行差踏错,诚非所盼。鉴此,本文尝试重新构造死者人格利益保护的理论基础,释明死者精神利益和财产利益的不同保护模式以及在救济主体、保护期限等方面的对应差异,以期为民法典时代下死者

^[105] 参见王利明:《民法总则》,中国人民大学出版社2017年版,第419页;王叶刚:《论侵害英雄烈士等人格权益的民事责任》,载《中国人民大学学报》2017年第4期,第33页。

^[106] 法工委和最高法院的民法典释义均采此解,参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编解读》,中国法制出版社2020年版,第609页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第932页。

^[107] “隐蔽型漏洞”是指制定法虽然设有适用于此类案件的规则,但根据该规则的意义与目的,它在这里不适合适用,因为在评价上这一规则并未虑及此类案件的特质。“隐蔽型漏洞”通常借由目的性限缩加以填补。参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第474页。

人格标识乃至死者人格利益的一般性保护提供参考。

第一,死者精神利益不可让与或继承,其保护只得依托代行模式得以实现。代行模式背后的理论基础在于诉讼担当学说,据此承接意定情形下死者生前的自主安排和法定情形下死者的利益保护。就死者财产利益而言,则由其近亲属继承死者对相应财产利益的损害赔偿请求权。

第二,法律后果方面,死者近亲属首先可以代为主张人格权请求权。其主要包括预防型的停止侵害和填补型的赔礼道歉。对此,《民法典》第 995 条至第 1000 条的相应规定可予准用。死者的精神损害赔偿请求权(《民法典》第 1183 条第 1 款)属于财产性质的金钱赔偿,可由其近亲属继承。侵害死者人格标识尤其涉及到获利赔偿请求权(《民法典》第 1182 条)。在裁判实务中,首先应考量侵权人因侵权行为所获利润;若所获利润难以查明,则须注重以许可使用费为基准的规范性赔偿。

第三,死者精神利益和财产利益的保护期限不宜一概而论。死者精神利益的保护期限宜采个案酌定模式,主要考量因素有二:一是侵权发生时与被侵权人死亡时的相隔时间;二是死者的知名度和影响力。死者财产利益的保护期限则采固定期限模式。当前宜类推适用《著作权法》第 21 条规定,以被侵权人死亡后 50 年为准。

第四,至于英雄烈士等特殊死者之保护,既不得突破平等原则,亦需注意其在构成要件和补位诉讼担当方面的特殊性。

(责任编辑:宫雪)