



肖像权上的财产利益及其救济

冉克平*

目次

- 一、问题的提出
- 二、肖像权上财产利益的法内构造
- 三、肖像权商业化利用的主体、方式及限度
- 四、肖像权被非法商业化利用的救济
- 五、死者(名人)肖像上财产利益的救济
- 六、结语

摘要 肖像权上财产利益与精神利益的区分保护与一体保护并无优劣之分, 但将财产利益塑造为肖像权的附从权能更契合现行法与审判实务。包含财产利益的肖像权主体限于名人, 普通人的肖像权仅具有潜在财产价值。肖像权被非法商业化利用的救济应当区分名人与普通人, 前者主要是财产损害赔偿, 而后者原则为精神损害赔偿。肖像被非法商业化利用的损害赔偿标准应当比较侵权人的获利额与受害人的拟制许可费而确定。死者肖像上的精神利益仍然存续, 若生前为名人, 其财产利益可以继承。

关键词 肖像权 商业化 财产利益 精神利益 获利赔偿 死者肖像利益

一、问题的提出

传统民法上, 肖像权表现为被动型的消极权利, 禁止他人非法制作肖像以及将已制作的肖

* 华中科技大学法学院副教授, 法学博士后。

本文系笔者主持的 2015 年华中科技大学人文社科基金项目(中央高校基本科研业务费资助)的研究成果之一。



像进行公开。^[1]但是,随着大众传媒的发展、企业竞争的加剧以及消费社会的形成,个人的肖像被用于代言、推销产品及服务的现象日益普遍,在精神利益之外,肖像权所蕴含的财产价值在极大程度上得以发掘。可以说,肖像权是人格权商业化利用的先锋与主要表现,这不仅使人格权与财产权的边界趋向模糊,而且给传统人格权法带来巨大的冲击与挑战。

肖像权的商业化利用带来了理论与立法上的疑问:①如何在我国现行法内构造肖像权精神利益与财产利益及其关系?②肖像权商业化利用的主体、方式及其限度如何?③肖像权被非法商业化利用应该如何救济,尤其是损害赔偿额如何确立?④死者肖像上财产利益的构造及救济等。在民法典的编纂已提上立法议程的今天,如何在理论上对此予以解释与回应,无疑具有积极的意义。笔者拟从我国理论与实务上的争议出发,结合比较法上的学说与判例,探讨肖像权的商业化现象所涉及的财产利益及其救济,以期为我国人格权的立法与司法略尽绵薄之力。

二、肖像权上财产利益的法内构造

(一) 比较法上的构造形式

所谓肖像,是指通过绘画、拍照、影视技术等各种艺术形式而使自然人的面部特征在物质载体上再现的视觉形象。1907年德国《关于肖像艺术和摄影作品著作权法》(KUG)首次创设肖像权,在性质上,肖像权是一种人格上的精神性权利,原则上只有在当事人同意的情况下,其形象才允许被传播或公开展示。^[2]肖像权的商业化利用现象起初并未引起诉讼,因为当时社会假定名人是一种公共财产,其他人可以未经授权而进行利用。^[3]随着人们权利意识的增强,法律开始对此规范。具体而言:

第一,美国的独立权利模式。19世纪初,美国法上的肖像权属于隐私权的范畴。^[4]在大多数情况下,行为人未经授权对知名人物肖像进行商业使用所产生的损害,实质上是一种潜在的财产收益的损失而非精神侵扰,这与隐私权只对精神损害予以救济而不保护财产损害不同,由此导致对该财产权益进行独立司法保护的必要。^[5]由于在隐私权框架内协调人格尊严利益与人格属性之经济利益的难度被案例证明越来越大,这种情况最终导致作为一种独立权利形态的公开权的诞生。此后,经过学说、判例与立法的交互影响,公开权得到美国多数州的承认。公开权被认为是个人控制其姓名、肖像、声音或其他能识别其身份的人格属性不被他人使用于任何商业目的的权利,其性质上属于财产权。^[6]在日本,以1976年的“麦克莱斯塔案”为契机,当演员等的姓名及肖像出现被擅自使用的情形,司法裁判从最初的以损害姓名权和肖像权为由,改为后来的以商品化权受到侵害为由,并认可了商品化权的独立性。^[7]

[1] 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130页。

[2] RGvom 28. 10. 1910, RGZ74, 308 - Graf Zeppelin.

[3] Neil Harris, Who Owns Our Myths? Heroism and Copyright in an Age of Mass Culture, 52 SOC. RES. (1985), pp. 241, 251.

[4] 参见〔美〕阿丽塔·L. 艾伦等:《美国隐私法:学说、判例与立法》,冯建妹等编译,中国民主法制出版社2004年版,第14~15页。

[5] Brown Denicola, *Cases on Copyright, Unfair Competition and Related Topics* (Foundation Press, 5 Ed.), pp. 890.

[6] Randall T. E. Coyne, Toward A Modified Fair Use Defense in Right of Publicity Cases, 29 *Mary L. Rev.* (1988), pp. 781 ~ 782.

[7] 参见前注〔1〕,〔日〕五十岚清书,第143~145页。

第二，德国的一般人格权模式。虽然《关于肖像艺术和摄影作品著作权法》规定了肖像权，但是限于“未经被拍照人许可不得传播和公开展览他人肖像”，此种权能列举是封闭而非开放的。二战以后，德国司法判例通过一般人格权对该法所规定的肖像权进行了解释与发展。^[8] 在1956年的Paul Dahlke案中，德国联邦最高法院认为肖像具有财产价值，构成人格权的财产部分。^[9] 此案开创了人格上财产利益保护之先河。此后，联邦最高法院认为，一般人格权及其特殊表现形式，例如肖像权、姓名权，其不仅保护精神性利益，同时也保护人格的商业化利益。这样，通过司法判例对人格权的财产价值部分的承认，将民法上的人格保护区分为精神性利益的保护和商业性利益的保护，并首次将该区分的意义延伸至死后的人格保护。^[10] 由于肖像权上的商业利用被置于一般人格权的保护范围而没有上升到宪法基本权的高度，其直接后果是，当与其他基本权发生权利冲突，也即在与其它基本言论自由、出版自由以及宪法上所保护的其他自由在个案中进行利益衡量时，人格权的财产利益部分处于劣势。在法国，隐私权是一项概括性的权利，肖像权被认为属于隐私权的范畴，受到1970年新增的《法国民法典》第9条的保护。对于涉及财产利益的肖像侵权案件，法国法院通常作为隐私权侵权案件来处理。^[11]

第三，我国台湾地区的人格权权能模式。我国台湾地区“民法”并未规定肖像权，但是学说与判例均认为肖像权是该法第18条第1项规定人格权的具体化。肖像权除精神利益外，尚有财产性质，权利人可授权他人使用其肖像。他人无权使用他人肖像作商业活动（肖像的商品化），侵害肖像权的财产利益的，应当承担侵权责任。在法国学说上，很多学者主张肖像权具有双重性质：肖像人格权与肖像财产权：前者将他人的肖像作为人的内在方面来对待，被看作是消极的、被动的权利；后者则将他人的肖像作为可开发利用的商品，被视为一种主动的、积极的权利，从而明确了肖像权的非财产性和财产性之间的区别。^[12]

概言之，针对肖像权的商业化利用，美国法上的公开权规范可以称为二元模式，我国台湾地区肖像权权能模式可以称为一元模式，而德国法的一般人格权模式比较特殊^[13]，但是其基本思路仍然遵循的是一元模式。

（二）我国理论上的争议与法的构造

针对姓名权、肖像权等标识性人格权的商品化现象，我国理论界对此展开了积极回应。在我国现行法内如何构造商品化的人格权，学说上主要有以下几种观点：①人格权模式。肖像权的商品化现象，并未改变其人格权的本质属性，这只是某些人格权的内容或权能的扩充，只要承认人格权的经济价值即可。^[14] 这实质是一元模式；②财产权保护模式。肖像权的商业化利用

[8] Helle, Besondere persoenlichkeitsrechte im Privadwht, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, S. 48.

[9] BGB20, 345 = NJW 1956, 1554 = GRUR 1956, 427 - Paul Dahlke.

[10] 参见周云涛：《论宪法人格权与民法人格权——以德国法为中心的考察》，中国人民大学出版社2010年版，第159页。

[11] CA. Paris, May 14, 1975, D. 1976, 291, Note R. Lindon.

[12] 参见〔加〕埃里克·H.瑞特：“人格与财产：肖像权的比较研究”，载张民安主编：《公开权侵权责任研究：肖像、隐私及其他人格特征侵权》，中山大学出版社2010年版，第244页。

[13] 一般人格权属于德国、奥地利民法特有的概念，我国未来民法是否应当继受值得商榷（参见冉克平：“一般人格权理论的反思与我国人格权立法”，《法学》2009年第8期）。但是就肖像权而言，我国显然不宜采取肖像权与一般人格权共同规范的立法例。

[14] 参见王利明：《人格权法研究》，中国人民大学出版社2012年版，第242页。



已非精神性人格权益,而是一种人格“物化”的财产权益。^[15]或者认为,民事主体对其知名形象进行商品化利用而享有利益,这一权利是具有非物质属性但又不能归类于知识产权范畴的无形财产权。^[16]这实质是二元模式;③混合权利模式。人格权的商业化利用产生了一种兼具传统人格权与财产权特征的新型权利即商事人格权。该权利可以作为人格权和财产权二者之间的混合形态,成为一种两者之外的新类型。^[17]这同样属于二元模式。

笔者认为,所谓一元模式与二元模式没有实质性差别。但是,在肖像权的商业化利用日益普遍的背景之下,将肖像权塑造为既包含精神利益也包含财产利益的权利更为妥当。具体而言:

首先,无论是二元保护模式还是一元保护模式,两者在法律效果上并不会产生实质上的差异。有学者认为,二元模式可能割裂人格权中财产利益与人格尊严之间的联系,威胁个人的人格尊严,而一元模式将财产利益纳入到人格权的范畴,更有利于凸显人格尊严的价值理念。^[18]有学者则从人格商业化利用权作为一种积极的决定其人格方面商业化利用的本质出发,认为人格商业化利用权应当作为人格权的一项积极权能,并对此进行了详细的论述。^[19]实际上,从法律效果上看,一元模式与二元模式并无优劣之分,上述论述均有言过其实之弊:一元保护模式的优点是可以不再创设新的权利类型,缺点是会打乱人们长期以来学说上对人格权与财产权之间的界分,二元保护模式的优缺点正好与之相反。

其次,就肖像权的商业化利用而言,一元模式即将财产利益作为肖像权的权能更适合我国现行法。《民法通则》第100条规定:“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。”该条在“未经本人同意”之外,将“以营利为目的”作为判定肖像权侵权责任的构成要件,一直以来饱受争议。^[20]由于肖像权一般包括肖像制作权、公开权以及肖像使用权。^[21]而该条仅规定了肖像使用权,由此产生学说与实务上的争议。既然肖像权是绝对权,与人格尊严的维护密切相关,因此一切未经肖像权人同意的非法利用他人肖像行为都是侵权行为。但是,从该条的规定来看,“以营利为目的”这一表述,至少表明自然人的肖像权具有蕴含商业价值的可能性,他人肖像被利用是否实际上产生营利的效果则需要具体判断。如果行为人非法利用他人的肖像并最终因而获得经济利益,足以证明肖像权是包含经济价值的具体人格权。这也受到我国司法审判实务的认可。^[22]

[15] 参见谢晓尧:“商品化权:人格符号的利益扩张与衡平”,《法商研究》2005年第3期,第82页。

[16] 参见吴江东:“形象的商品化与商品化的形象权”,《法学》2004年第10期,第86页。

[17] 参见程合红:《商事人格权论》,中国人民大学出版社2002年版,第51页。

[18] 参见王叶刚:“人格权中经济价值法律保护模式探讨”,《比较法研究》2014年第1期,第167页。

[19] 参见刘召成:“人格商业化利用权的教义学构造”,《清华法学》2014年第3期,第121~127页。

[20] 参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2011年版,第89页;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”,《比较法研究》2012年第3期,第63页。

[21] Goetting/Schertz/Seitz, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, § 12 Rn. 1.

[22] 在一则肖像权纠纷案中,法院认为:“肖像权是公民对在自己的肖像上所体现的利益为内容的具体人格权,包含肖像所体现的精神利益和物质利益为内容的民事权利……未经肖像权人同意而擅自使用,是对肖像的侵害(参见云南省昆明市中级人民法院(2001)昆民初字第29号民事判决书;类似判决参见江苏省江阴市人民法院(2008)澄民一初字第2131号民事判决书)。在新近发生的“六小龄童肖像权纠纷案”中,北京市第一中级人民法院认为,法律之所以保护肖像权,是因为肖像中所体现的精神和财产的利益与人格密不可分。而当某一形象能够充分反映出个人的体貌特征,公众通过该形象直接能够与该个人建立一一对应的关系时,该形象所体现的尊严以及价值,就是该自然人肖像权所蕴含的人格利益(参见“六小龄童维权案维持一审判决”,载《北京晨报》2013年6月25日,第A20版)。

最后，肖像权在体系上定位为包含精神利益与财产利益的人格权，但是前者处于主导地位，而后者属于附从地位。虽然说人的人格发展和经济活动并不是截然分开的生活领域，在很大程度上两者是相辅相成的，^[23]但是，人格权与财产权之间的划分毕竟是近代以来民法上的基本概念，前者以社会伦理为基础，强调的是人的尊严；后者以人之外的客体为基础，强调的是人对财产的自由支配。尽管肖像权上商业化利用导致其蕴含的经济利益越来越被重视，但是相比其精神利益，两者并非平行的、同质的。^[24]在坚持一元模式的立场之下，只能将肖像权所包含的财产价值作为其本质属性的例外。因此，如果肖像权上的财产利益与肖像作品著作权（如六小龄童的孙悟空剧照）或者以肖像权为标识的商标权（如老干妈“陶华碧”的肖像）形成权利竞合时，应当优先考虑适用著作权与商标权的保护，因为肖像权侧重于精神利益的保护，而著作权与商标权侧重于财产利益的保护。

三、肖像权商业化利用的主体、方式及限度

（一）肖像权商业化利用的主体

我国有学者认为，虽然体育、影视明星等名人肖像权上的财产利益价值巨大，但是这并不表明人格权的商业化利用是名人的特权。^[25]相反观点则认为，虽然从法律意义上说，人人都具有肖像利益，但在现实生活中真正靠肖像获得金钱的却是个别人，除了演员就是政治或者文化名人，肖像权的商业化利用与普通老百姓的关系并不密切。^[26]从比较法上看，美国的司法判决认为，公开权的主体是名人，普通人要主张其肖像、姓名等受到侵害，只能根据隐私权主张。^[27]但现在多数观点认为，无论是名人还是非名人，每个自然人都享有公开权，都对自己人格特征中的财产权益享有权利。^[28]在日本，由于商品化权是以人们所具有的对顾客的吸引力为基础的，因此司法实务认为，商品化权以艺人和体育选手这样的名人中心。但是学说上认为商品化权利的主体不限于名人的见解也非常有力。^[29]

笔者认为，从人格平等与权利享有的角度看，任何人都有将自己的肖像权加以商业化利用的机会，自然人的肖像权均具有财产利益的可能性。但是，从权利的实现而言，名人肖像权的商业价值要远远超出非名人的形象权。通过媒体传播，越是名人，其身份中的市场价值也就越高，也就越值得他人加以利用。法律保护名人利用这一价值的专有权利，而不论他们是通过杰出的才能还是通过偶然的运气，或者是通过二者的结合而获得自己的名声。^[30]从我国的司法实践来看，对于普通人的肖像权侵权案件，作为普通人物的原告都没有得到经济损害赔偿，而是以精神损害赔偿的形式补偿受害人，这表明我国法院几乎不承认普通人物肖像中蕴含商业价值，或

[23] 参见〔德〕迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年版，第206页。

[24] 参见马俊驹：《人格和人格权理论讲稿》，法律出版社2009年版，第105页。

[25] 参见姚辉：“关于人格权商业化利用的若干问题”，《法学论坛》2011年第6期；前注〔19〕，刘召成文，第128页。

[26] 参见李永军：“从权利属性看人格权的法律保护”，《法商研究》2012年第1期，第13页。

[27] *Delan by Delan v. CBS. Inc.*, 458 N. Y. S. 2d 608 (N. Y. A. D. 1983).

[28] 参见李明德：“美国形象权法研究”，《环球法律评论》2003年第4期，第477页。

[29] 参见前注〔1〕，〔日〕五十岚清书，第147页。

[30] *White v. Samsung Electronics American*, 23 USPQ 2d 1583 (9th Cir. 1992).



者说法院拒绝承认普通人物的肖像等标识性人格要素商品化的可能性。^[31] 法院不支持非名人的肖像权上具有财产价值的做法值得赞同。这是因为：即使行为人以营利为目的擅自使用普通人的肖像权，但从结果上看，恐怕难以认为购买商品或接受服务的消费者正是因为普通人的肖像而与行为人进行了交易。因而在诉讼中普通人几乎不能证明其经济损失的合理性。相反，以精神损害赔偿的形式补偿受害人，更符合普通人肖像权受侵害时产生的主要是肖像权上精神利益损害的现实。概言之，虽然理论上说人人均有权将肖像权进行商业化利用，但是实际上具有财产利益的肖像权主体限于公众人物或社会知名人士，普通人的肖像权仅具有潜在性的财产利益。

（二）肖像权商业化利用的方式

肖像权上财产利益的利用具体表现为：一是权利人自己对其肖像权加以利用，例如，权利人将自己的肖像作为注册商标使用。在此情形，肖像权上的财产利益被商标权或企业名称权所吸收；二是权利人许可他人对自己的肖像权进行利用。这是肖像权上财产利益的主要利用方式。但是，肖像权人只能将该权利上的财产利益授权给他人使用，不得将该权利转让给他人。因为民事权利的转让意味着权利主体发生变更，对于纯粹的财产权如物权、债权的转让而言，这是意思自治原则的体现。然而，由于肖像权上的财产利益与精神利益并非彼此分离独立，而是同一人格权的构成部分，前者并不能够完全独立于后者。^[32] 肖像权的转让在结果上会导致肖像权主体的变更，从而引起肖像权上精神利益也发生转让的效果，以避免因人格权的让与造成人格尊严或人格自由上的侵害，防止人格权成为他人实现其目的的工具或手段。^[33]

名人将其肖像权上的财产利益授权给他人使用时，常常通过与对方订立肖像权使用许可合同完成。肖像权使用许可合同分为独占性的许可合同与非独占性的许可合同。在前者，肖像权人许可被许可人使用其肖像，并承诺不再许可第三人以相同的权利。若肖像权人为第三人代言同类产品，则构成违约，应当承担违约责任；^[34] 在后者，肖像权人许可被许可人使用其肖像的同时许可第三人以相同的权利。

（三）肖像使用权人的法律地位

对于肖像权使用许可合同中肖像使用权人的法律地位，从比较法上看，主要围绕其与第三人与肖像权人之间的关系展开。美国法上公开权的受让人享有公开权的所有权，当然有权对抗第三人，有权禁止第三人使用公开权的人格特征，并可要求侵权人支付许可费。但是对于公

[31] 通过对北大法宝近年来关于普通人肖像权侵害案件的有限搜寻（30例），我国法院对原告主张肖像权上经济利益的赔偿诉求均持否定态度。在一则肖像权案件中，法院认为，“肖像权具有一定的财产价值，但由于原告未能举证证明其主张经济损失的合理性，因而对经济损失不予支持。因被告的侵权行为足以造成原告精神负担，法院对精神损害抚慰金可予支持”（参见上海市第一中级人民法院（2012）沪一中民一（民）终字第1394号民事判决书）。在“邱某诉上海某展览有限公司肖像权纠纷案”中，法院认为：“肖像权是自然人基于精神活动而产生的人格权，肖像经物质载体客观再现后，具有一定的财产价值。未经肖像权人同意，他人不得随意使用肖像权人的肖像。被告未经原告同意，擅自拍摄相关照片，并用于相关的宣传册中，确实对原告造成了精神负担……精神损害抚慰金数额确定为5000元（参见上海市浦东新区人民法院（2010）浦民一初字第5911号民事判决书）。在另外一则肖像权案件中，法院认为，原告要求被告赔偿肖像使用费40000元，未提供证据予以证实，不予支持（“广告宣传侵犯肖像权 法院判决赔偿五千元”，中国法院网2010年10月15日）。

[32] 参见〔德〕马克西米利安·福克斯：《侵权行为法》，齐晓琨译，法律出版社2006年版，第56页。

[33] Vgl. Forkel, Lizenzen an Persönlichkeitsrechten Duich gebundene Rechtsübertragung, GRUR1988, 491, 491ff.

[34] 参见“广西梧州索美特保健品有限公司等诉张柏芝广告合同纠纷案”，广东省广州市中级人民法院（2007）穗中法民四初字第29号民事判决书。

开权的被许可人而言，仅限于独占性许可的被许可人有资格向法院提出申请禁令，因为独占性许可具有排他性。Haelan 一案在首次提出公开权理论的同时确立了这一观点。该案中的棒球运动员并未授权原告代为诉讼，对于其是否享有禁止第三人使用棒球运动员人格特征的诉讼资格，原被告产生争论。法院围绕这一问题指出：“原告 Haelan 从棒球运动员处获得独占性许可使用他们身份的权利，因此有资格向法院提出申请禁止第三人使用运动员的人格特征……”法院在以后的判决中确立了这一观点的地位，承认独占性许可的被许可人享有禁止第三人使用公开权人身份的诉讼资格。^[35] 在德国 Nena 一案中，原告是一家代理机构，德国著名的流行乐歌手将其所有具有商业利用价值的人格权利独占性地许可原告使用。被告未经原告同意，销售 Nena 的照片和带有肖像的衬衫、文具和牙刷。原告为此向法院起诉，诉称其拥有独占使用 Nena 身份的权利，要求法官颁发禁止令禁止被告的销售行为以及责令被告赔偿肖像使用费。高等法院认为，原告与 Nena 订立的合同仅具有债权效力，原告并未取得对抗第三人的权利，并排除了原告的诉讼资格。联邦最高法院作出了有利于原告的判决，并指出：“在本案中，问题的关键不是原告是否享有申请禁止令的权利，而是原告有没有要求被告支付肖像使用费的权利。根据原告与 Nena 的概括性授权合同，原告也取得对第三人收取许可费的权利，原告的请求权应给予不当得利而获支持。”^[36] 由于德国法上的不当得利以权益归属说为基础，认为权益有一定的利益内容，专属于权利人而归其享有，典型的如所有权、知识产权等绝对权。^[37] 德国联邦最高法院通过不当得利制度保护原告对 Nena 肖像权的排他性使用权。

由此表明，肖像使用权人的法律地位受许可合同类型的影响。在非独占性的许可合同中，肖像使用权人处于一般债权人的法律地位。但是在独占性的许可合同中，虽然该合同为债权合同，但肖像使用权人所享有的并非通常意义上的相对权，而是类似于物权、知识产权等支配权，其对肖像权上的财产利益享有财产归属意义上的法律地位，并有权对侵害肖像权上的第三人主张权益侵害类型的不当得利。

（四）肖像权商业化利用的限度

为了保护原权利人的人格尊严，应当对肖像权的商业化利用进行必要的限制。具体而言：

其一，在特定条件下赋予肖像权人撤回肖像权许可合同的权利。赋予肖像权人这一撤回权，是为了维护许可人的人格自治利益的需要。允许撤回的条件主要是肖像权的商业化利用妨碍了肖像权人的人格发展与自由。比如宗教信仰或政治观点发生改变，使得肖像权人之前作出的使用许可不再符合其信念。^[38] 不仅如此，一旦肖像权使用许可合同归于消灭，不需任何返还或者同意接受的行为，财产利益自动回归肖像权人享有。但是，为了避免造成交易中过大的不确定性和风险，对于撤回的条件应当严格认定，可以类推适用法释〔2009〕5号第26条规定的情势变更规则。

其二，肖像权上的财产利益不得成为破产财产，离婚时也不得被作为夫妻共同财产进行分割。在美国，有学者主张应当在破产案件中将公开权作为破产财产，在离婚案件中将公开权作为夫妻共同财产进行分割。^[39] 这一观点值得商榷，其忽视了人格权上财产利益与精神利益之间

[35] 参见〔美〕苏珊娜·伯格曼：“美国和德国公开权制度的比较研究”，载前注〔12〕，张民安主编书，第289页。

[36] BGB VOM 14.10.1986, GRUR 1987, 128.

[37] 参见王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社2009年版，第114~115页。

[38] 参见姚辉：《人格权法论》，中国人民大学出版社2011年版，第395~396页。

[39] Jonathan L. Kranz, Sharing the Spotlight: Equitable Distribution of the Right of Publicity, 13 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* (1995), p. 917.



的关联性。肖像权上的精神利益与财产利益虽然相对独立，但两者并非对立。如果将肖像权上的财产利益视为破产财产或者夫妻共同财产，无异于强迫肖像权人对其肖像进行商业化利用，这对于肖像权人的人格尊严和职业生活都会产生消极的影响。^[40]

其三，表达自由。肖像权人在支配并追求肖像上的财产利益时，很可能与新闻报道、艺术和科学创作、政治演讲、公益事件等发生冲突。这些都属于宪法所保障的表达自由。在两者发生冲突的情况下，肖像权人的财产利益应受表达自由的限制，即应当将表达自由视为优先性的法价值。我国司法实践也认为，为社会新闻报道或者为记载特定公众活动使用政治家及社会明星肖像的行为，属于肖像权的合理使用。^[41]

四、肖像权被非法商业化利用的救济

（一）肖像权被非法商业化利用的请求权基础

在肖像权上的财产利益受侵害后，依据《民法通则》第120条的规定，权利人可以请求加害人停止销售含有受害人肖像的侵权产品。^[42] 法院还常常判决被告承担赔礼道歉的责任，以消除被告侵害他人肖像权而给原告带来的负面影响。^[43] 肖像权人财产利益的主要责任形式仍然是损害赔偿。依据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第151条的规定，“侵害他人的姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权而获利的，侵权人除依法赔偿受害人的损失外，其非法所得应当予以收缴”。有学者认为，依据该条的文义，人格上财产利益之保护在民法通则及其司法解释中并未得到明确承认。^[44] 然而，从我国司法实践来看，早在该解释颁布之后不久，最高人民法院就以公报的形式，认为加害人使用他人肖像权的获利无须追缴，而是应当赔偿给受害人。^[45]

2001年《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（法释〔2001〕7号）第10条1款第4项将“侵权人的获利情况”作为确定精神损害赔偿数额的一个因素。《侵权责任法》第20条对侵害他人人身权益如何计算财产损失作了较为具体的规定。^[46] 在行为人侵害他人肖像权造成受害人财产损失，受害人难以确定其损失的，受害人有权依据该请求权基础请求行为人返还因此获得的利益。由于该请求权在性质上不能被侵权请求权与不当

[40] Melissa B. Jacoby & Diane Leenheer Zimmerman, *Foreclosing on Fame: Exploring the Uncharted Boundaries of the Right of Publicity*, 77 *N. Y. U. L. J.* (2002), pp. 1322, 1355 ~ 1356.

[41] 参见“莫少聪诉广东省中山市美多化妆品有限公司等肖像权纠纷案”，福建省泉州市中级人民法院（2005）泉民终字第1178号民事判决书。

[42] 参见上海市普陀区人民法院（2011）普民一初字第7006号民事判决书。

[43] 参见福州市中级人民法院民事判决书（2011）榕民终字第1592号。

[44] 参见张红：“死者生前人格上财产利益之保护”，《法学研究》2011年第2期。

[45] 在“卓小红诉孙德西、重庆市乳品公司侵犯肖像权纠纷案”中，判决“孙德西赔偿卓小红经济损失150元，重庆市乳品公司赔偿卓小红经济损失300元”。参见《最高人民法院公报》1987年第1期。

[46] 《侵权责任法》第20条规定：“侵害他人人身权益造成财产损失的，按照被侵权人因此受到的损失赔偿；被侵权人的损失难以确定，侵权人因此获得利益的，按照其获得的利益赔偿；侵权人因此获得的利益难以确定，被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致，向人民法院提起诉讼的，由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。”

得利返还请求权所涵盖，其应当属于独立的请求权基础。^[47] 有学者将其概括为“获利返还请求权”，并认为其为独立的债的类型即获利返还之债。与侵权损害赔偿的主要功能是救济受害人不同，获利返还之债主要是为了剥夺获利，具有惩罚的功能，因此获利返还的范围往往超出了受害人所遭受的实际损失，逾越了完全赔偿的范围。^[48]

（二）肖像权被非法商业化利用的损害赔偿

肖像权被他人非法商业化利用时，应当区分精神损害赔偿与财产损害赔偿并分别予以考量。对于前者，法释〔2001〕7号第10条已有明文规定。有疑问的是，“侵权人的获利情况”是否属于肖像权被他人非法商业化利用引起的精神损害赔偿的考量因素。对此，有学者认为，由于《侵权责任法》第22条将造成严重精神损害作为精神损害赔偿的成立要件，加之该法第20条以侵权人的获利作为侵害人身权益造成财产损失时的一种赔偿标准，故此在确定精神损害赔偿的数额时，不应再考虑侵权人的获利情况以及侵权行为所造成的后果这两个要素。^[49] 但是相反观点认为，既然法释〔2001〕7号将侵权人的获利情况作为确定精神损害赔偿数额的一个因素，在肖像权被强制商业化或者被歪曲使用的情形，这种利用造成的最大损害应当是精神上的而不是财产上的。通过引入“侵权人获利”因素提高精神损害赔偿的数额，更能体现侵权法的惩戒和预防功能。^[50]

笔者认为，对此应当区分名人与普通人的肖像权具体判断。如前所述，肖像权商业化利用的主体限于社会公众人物或者知名人士。对于名人而言，其肖像权的非法商业化利用通常不构成肖像权上精神利益的侵害。依据美国的判例，在报刊杂志、汽车火车或者地铁上使用名人的肖像来做广告时，如果行为人不名人支付肖像使用费，名人所遭受的损害与其说是精神损害还不如说是财产损失。^[51] 在德国法上，侵害一般人格权的财产利益时，由于受害人往往是名人，因此这里的请求权始终以物质损害的赔偿为目的。此时，当事人所感受到的名誉和声望受到的伤害要比经济上的损失小得多。^[52] 从我国司法审判来看，名人肖像的商业化利用所导致的精神损害赔偿，通常仅限于其肖像被歪曲使用或者侵权行为恶劣的情形。^[53] 由于其在精神损害赔偿之外，还可以获得财产损害的赔偿，因此获利不应作为精神损害赔偿的考虑因素，而应作为获利返还请求权的考量因素。相反，普通人肖像权的商业化利用导致的侵权赔偿是因为该行

[47] 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”，《法商研究》2011年第3期，第142页。

[48] 参见王利明：《债法总则研究》，中国人民大学出版社2015年版，第627页。

[49] 参见前注〔20〕，程啸书，第576页。

[50] 参见郭明龙：“论精神损害赔偿中的‘侵权人获利’因素”，《法商研究》2009年第1期，第58页。

[51] 202 F.2d 866 (2d Cir), cert, denied, 346 U.S. 816 (1953).

[52] 参见前注〔32〕，〔德〕马克西米利安·福克斯书，第56页。

[53] 在“张柏芝诉江苏东洋之花化妆品有限责任公司、付大勇肖像权纠纷案”中，法院认为：“原告主张赔偿85万元经济损失，……具体数额应由本院根据原告的损失酌定。至于5万元精神损害赔偿，张柏芝在与珠海东洋之花化妆品有限公司签订有关合同时，对‘东洋之花’品牌是认可的，故本案被告使用原告肖像为‘东洋之花’品牌做推介，并不构成对张柏芝的精神损害”（参见安徽省合肥市高新区人民法院（2003）合高新民一初字第137号民事判决书）。在“金巧巧诉北京清华同仁科技有限责任公司、鞍山报业集团肖像权、名誉权纠纷案”，由于清华同仁公司、鞍山报业集团擅自刊登有金巧巧肖像的女性生育器官保健品广告，法院判决被告赔偿原告经济损失26万元，精神抚慰金1万元。但是，在“仲满诉江苏天地缘太阳能有限公司肖像权纠纷案”中，法院判决不仅判决经济损失12万元而且判决精神损害赔偿金1万元。考虑到肖像使用在太阳能热水器上并不会导致其精神损害，而且也不会损害其名誉，法院判决支付精神抚慰金显然值得商榷。



为造成其肖像权上的精神利益的损害,或者导致其名誉权的损害(如将某人的肖像推销壮阳产品),精神损害赔偿的目的主要是抚慰受害人。对于普通人而言,由于难以获得肖像权上财产利益的赔偿,因而非法使用他人肖像权的行为人的获利情况可以作为精神损害赔偿的重要考虑因素。

名人的肖像被他人非法商业化利用的损害赔偿额,从比较法上看,美国法院在确定公开权受侵害的财产赔偿数额时,会考虑以下因素:原告的名誉、原告采用被告的方式使用其人格特征所能获得的利益以及与原告有相似地位的名人在许可被许可人使用其人格特征所能获得的利益。^[54]若被告故意使用原告的人格特征,还有法院责令被告向原告支付高额的惩罚性赔偿金。^[55]与此类似,德国法在 Paul Dahlke 案中,法院认为,因被告不法使用他人肖像权营利,法院确认了相当于许可使用费的赔偿金。其后,在 Marlene Dietrich 案和 Der blaue Engel 案中,法院进一步确认了在侵犯姓名权、肖像权或一般人格权中适用许可使用费的赔偿标准。^[56]此外,德国法对此还适用不当得利,以剥夺侵权人没有法律原因所获得的额外财富。^[57]

从我国的司法审判实践来看,对于肖像权的非法商业化利用的判断标准归纳如下:一是参考有偿使用费标准。如在“上诉人南京玛丽妇产医院与被上诉人李红、南京巴赫广告有限公司肖像权纠纷案”中,法院认为:“关于原审法院确定的被上诉人李红的经济损失赔偿数额,……根据被上诉人在一审中提供的其与上海开顺毛针织品有限公司的模特协议书及与招商银行股份有限公司的肖像权使用协议书所载明的模特形象使用费、肖像权使用费,可以证明被上诉人的收益情况,原审法院以此来作为认定被上诉人经济损失的参考标准,酌定赔偿被上诉人经济损失5万元并无不当。”^[58]二是以知名度为标准,如法院认为,应结合原告在国内的知名度等实际情况,将肖像权的经济损失酌情确定为人民币7万元。^[59]三是综合判断标准。如在“费玉清诉北京华纳百川科技有限公司、李琦肖像权纠纷案”中,法院认为,考虑实施侵权行为时间的长短、范围的大小、造成的后果严重程度及主观恶意程度等等多方考虑,酌情认定被告华纳百川公司应赔偿原告50万元为宜。^[60]由此可见,上述判决不仅缺乏法律上的依据,而且侵权时间长短、知名度等因素几乎完全依赖于法官的自由裁量权,非常不利于法的安定性。

依据《侵权责任法》第20条的规定,对于人格权的非法商业化利用导致的损害赔偿,侵权损害赔偿请求权具有优先适用余地,只有在损失难以确定侵权人因此获得利益的,才适用获利返还的赔偿。但是,该条所规定的优先适用损害赔偿请求权、替补适用获利返还请求权的顺序存在瑕疵,因为获利返还请求权并非以无法确认损失为前提,而是以侵权人获得的利益大于受害人的损失或者侵权人有获益而被侵害人甚至无损害为前提。^[61]准此以言,对于肖像权被非法商业化利用的损害赔偿,应当先确定侵权人的获利与受害人的损失。对此,瓦格纳教授主张,

[54] Midler v. Ford Motor Co. Id. at 1093., 113 S. Ct. 1047 (1993).

[55] Waits v. Frito Lay, 978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992).

[56] 参见张红:《人格权总论》,北京大学出版社2012年版,第216页。

[57] 参见〔德〕冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上),张新宝译,法律出版社2001年版,第645~646页。

[58] 参见江苏省南京市中级人民法院(2014)宁民终字第4971号民事判决书。类似判决“张柏芝起诉广西梧州远东美容保健用品有限公司肖像权侵权案”,参见江苏省高级人民法院(2006)苏民终字第109号民事判决书。

[59] 参见前注[43]。

[60] 参见上海市静安区人民法院(2012)静民一(民)初字第116号民事判决书。

[61] 参见前注[47],朱岩文,第144页。

受害人应当享有请求行为人公布获利账目的权利，即侵权人获利具体数额的举证责任原则上应当由获利人一方负担。^[62]受害人的损失则参考其在相同或类似的情况下授权他人使用肖像时可以获得许可费作为标准。将侵权人的获利额与受害人的拟制许可费进行比较，如果获利额高于许可费，则受害人可以获利为基础行使获利返还请求的权利；如果获利额低于许可费，则受害人可以许可费为基础行使侵权损害赔偿请求权。

五、死者（名人）肖像上财产利益的救济

（一）死者肖像财产利益保护的比较法分析

从比较法上看，在美国，纽约地方初审法院1975年审理的“普赖斯案”中，法院认为，隐私权和公开权应被区别对待：隐私权既不可转让又不可在死后继续存在。即使在某人死后发生了他人侵犯其“隐私权”的问题，死者的继承人也没有提起诉讼和主张权利的依据。然而，因为公开权属于财产权，可以转让于他人，该权利并不终止于权利人的死亡，而且可以被继承。^[63]这种观点此后被许多法院所接受。在德国，从1968年的Mephisto案开始，学说与判例开始讨论死者人格上的财产利益是否应当存续及能否继承的问题。^[64]最后，在1999年Marlene Dietrich案中，被告为了广告和商业的目的擅自使用Marlene Dietrich的肖像。Dietrich的女儿也即她的唯一继承人因此要求被告赔偿损失。此案的初审法院认为，人格权只保护精神利益而不保护商业利益，因此只颁布了禁令。德国联邦最高法院认为，在人死亡之后，在其精神利益尚受保护期间内，人格权的财产部分仍继续存在，其相应的权限移转于人格权主体的继承人，由其死者明示或推知的意思行使。^[65]德国联邦最高法院创设死者人格上财产部分的继承性，其主要理由在于：在现代社会，人的姓名、肖像等商业使用实属一种价值创造。在人死亡后，该利益亦应继续加以保护，才符合宪法保障人格的价值理念；个人的声望形象，乃个人努力的结果，其所体现的财产价值，在人死亡之后理应由继承人享有，不能任由他人任意使用，以保护个人对其财产的自主权利。^[66]

（二）死者肖像上财产利益保护的司法实践与理论分歧

我国现行立法并未规定死者肖像上财产利益的保护。但1996年出现的一系列“鲁迅肖像权案”，开始引起人们对该问题的探讨。对于该案，最高人民法院民事审判庭书面答复称：“继承的法律意义是对公民死亡之后遗留的财产及财产权利的继承。由于肖像权属于人格权，不属于财产权，因此，不在继承的范畴内，是不能继承的。如以侮辱的方式使用死者的肖像，使其名誉受到损害，其近亲属可以起诉。周海婴请求继承其父鲁迅的肖像权无法律依据。”^[67]最高人民法院的意见可以归结为两点：一是认为死者的肖像利益不属于财产权，因此不能继承；二是对死者肖像的侵害，除非构成使死者的名誉受损的后果，否则其近亲属不能起诉。1999年，北

[62] Wagner, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht, Gutachten für den 66. Deutschen Juristentag, Bd. I, München 2006, S. A95.

[63] Price v. Hall Roach Studios, Inc. 400F. Supp. 836 S. D. N. Y. 1975.

[64] 参见前注[32]，[德]马克西米利安·福克斯书，第67页。

[65] BGH, Marlene Dietrich, BGHZ 143, 214 ~ 232.

[66] 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。

[67] 胡喜盈、顾惠民：“肖像权能否继承”，载《法制日报》2000年11月15日。



京市崇文区法院“王金荣等诉中国老年基金会北京崇文松堂关怀医院等肖像权纠纷案”中认为,肖像权因公民的出生而拥有,随死亡而消失。但公民死亡后并不意味着其肖像可由他人随意使用。对死者肖像使用权的保护,并不是对死者“肖像权”的保护,而是对死者家属特定利益的保护。松堂医院未取得孙静歧生前授权同意,也未征得其亲属同意就将肖像权人的肖像用作广告宣传,其行为侵害了孙静歧亲属的合法权益,理应承担相应的法律责任。^[68]这一判决相对于最高法院的意见有所进步,承认死者肖像使用权受法律保护,但认为死者不享有肖像权,其实质是对其近亲属利益的侵害。这一观点可以概括为“间接保护说”。

2000年,周海婴又起诉绍兴越王珠宝金行有限公司侵害鲁迅的肖像权(“绍兴越王珠宝案”)。最高人民法院的答复意见认为,“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。鲁迅之子周海婴的起诉符合《民事诉讼法》第108条规定的条件,绍兴市中级人民法院应当受理。^[69]原、被告双方终于达成调解协议,被告赔款1.5万元并道歉,停止侵权。该案中,最高法院的观点发生改变,可以归结为三点:一是死者享有肖像权并受法律保护;二是对死者肖像权的侵害,不仅包括对其精神利益的侵害,也包括对其财产利益的侵害;三是死者的近亲属具有诉讼主体资格,但是死者近亲属究竟以何法律地位起诉,最高法院并未说明。与前述“间接保护说”相对,上述意见可以概括为“直接保护说”。

我国司法实践对死者肖像上财产利益的“间接保护说”与“直接保护说”,实质上是学界对于死者人格利益保护分歧的具体反映。在我国理论上,对于死者是否享有人格利益,存在以下三种观点:一是否定说。该说认为,人死后权利能力归于消灭,因此人格利益归于不复存在。对于死者人格的侵害,法律保护的实质上是其近亲属的利益。^[70]二是肯定说。有学者认为,死者人格利益在法律上仍然是一种法益,法律出于维护社会道德、尊重近亲属感情以及维护社会公共利益的需要,有必要对死者的人格利益予以保护。^[71]三是折中说,认为人死亡之后精神利益归于消灭,死者人格精神利益保护实际上保护的是死者近亲属的精神利益,使生者请求精神损害赔偿于法有据(法释〔2001〕7号第3条);但是死后人格上的财产利益仍然存在,可以由其继承人继承。^[72]对死者人格上财产利益的保护应该采取美国的公开权保护模式。^[73]

(三) 我国相关立法的解释及应然态度

笔者认为,人的民事权利能力消灭之后,死者的肖像权固然不存在,但是肖像上的精神利益仍存续,若死者生前为名人,名人肖像的商业使用属于价值创造,因而其财产利益亦仍然存在。死者的近亲属有权保护死者肖像上的精神利益不受侵害,继承人有权继承死者肖像上的财产利益。主要理由在于:

其一,人格权的保护价值超越了一个人的民事权利能力,对人格权的法律保护不因死亡而终止。按照德国联邦宪法法院的观点,即使是对于已经死亡的人,人因其作为人而享有的一般性的要求尊重的请求权仍然受到保护。这个观点也对民法发生影响,即对于一个人的精神方面

[68] 参见北京市崇文区人民法院(1999)崇民初字第1189号民事判决书。

[69] 参见最高人民法院民他字〔1998〕第17号。

[70] 参见葛云松:“死者生前人格利益的民法保护”,《比较法研究》2002年第4期,第24~34页。

[71] 参见前注〔14〕,王利明书,第189页。

[72] 参见张红:“死者人格精神利益保护:案例比较与法官造法”,《法商研究》2010年第4期。

[73] 参见前注〔44〕,张红文,第109页。

的利益在其死后仍然给予保护。^[74] 人死亡后，其民事权利能力虽然消灭，但死者的非财产上的人格利益（精神利益）仍应受保护，乃基于人格权的继续作用，即人在死亡之后，其人格权以一定的范围继续作用而存在。受保护乃死者自身的利益，而由他人代为行使其权利，具有维护死者人格利益的权限。^[75] 对于肖像、名誉等，它们的存在并不完全依附于人的生命，涉及人类的整体尊严和善良风俗，因此有保护的价值，不宜使之随同人的生命终止而立即消灭。但是，死者享有的并非肖像权，而是作为合法利益的人格利益。前述最高人民法院在“绍兴越王珠宝案”中认为自然人死亡之后仍然享有肖像权，这种权利保护的 mode 固然直观清晰，但是若直接赋予死者权利，民事权利能力理论需要重构。

其二，死者肖像上的人格利益仍然可以划分为精神利益与财产利益两个方面。前者归属于死者，通过拟制产生延后效力，故称为延伸利益。当尊重死者的伦理要求遭遇近代民法的现世性特征，拟制不失为一种温和的法律发展道路，它至少能相对合理地解释跨越生死线的民法机理。^[76] 后者具有财产属性，可以由死者的继承人予以继承。在解释上，死者肖像上的精神利益与财产利益属于《侵权责任法》第2条规定的“人身、财产权益”。比较而言，前述死者人格利益否认说无法解释：同为兼具精神利益与财产利益的权利，为何著作财产权可以继承，而著作人身权仍然存续（《著作权法》第20条、《著作权法实施条例》第15条）。折中说认为死者人格上财产利益应当引入公开权的观点，不仅无法解释著作财产权为何未引入公开权保护的 mode，而且存在着如何与我国现行人格权规范及体系相容的现实问题：在自然人肖像权上财产精神利益与财产利益采取一元保护模式的前提之下，自然人死后肖像上精神利益与财产利益采取二元保护模式并不具有足够的说服力。

其三，死者肖像的商业化利用受到精神利益的制约。在死者肖像保护的主体上，由于肖像上的精神利益不能转让也不能继承，对其保护应由其近亲属代为行使；若死者生前为社会公众人物或者知名人士，其肖像上财产利益在被继承人死亡之后由继承人继承，对其商业化利用应由继承人自己行使。我国《继承法》第3条规定的遗产范围包括“著作权、专利权中的财产权利”和“其他合法财产”。依体系解释规则，“其他合法财产”相应地可解释为其他权利中的财产权能，可以包括死者肖像上的财产利益。^[77] 继承人在继承死者肖像上的财产利益之后，该财产利益本身作为类似于绝对权性质的法益，继承人不仅有权主张该财产利益免受他人的侵害，并有权对该财产利益进行商业化利用。但是，继承人对死者肖像的商业化利用并非没有限制。在德国法上，死者人格上财产利益的行使，就受死者精神利益的限制。^[78] 具体而言，继承人对死者肖像上财产利益的利用不得违反死者生前明知或可以推知的意思或公序良俗，也不得不当地影响死者肖像上的精神利益。

（四）死者（名人）肖像上财产利益的保护期限

对于死者肖像上财产利益的保护期限，理论上主要存在两种观点。第一种观点认为，应类

[74] 参见前注 [23]，[德] 迪特尔·施瓦布书，第93页。

[75] 参见前注 [66]，王泽鉴书，第286页。

[76] 参见税兵：“身后损害的法律拟制——穿越生死线的民法机理”，《中国社会科学》2011年第6期，第104页。

[77] 参见杨巍：“死者人格利益之保护期限”，《法学》2012年第4期，第150页。

[78] 参见沈建峰：“一般人格权财产性内容的承认、论证及其限度——基于对德国理论和实践的考察”，《比较法研究》2013年第2期，第58页。



推适用著作财产权之保护期限,即死者人格之财产利益保护期限为死后50年。^[79]第二种观点认为,应参照死者人格之精神利益保护期限来界定死者人格之财产利益保护期限,即死者近亲属的生存期限。^[80]从比较法上看,在德国,《关于肖像艺术和摄影作品著作权法》第22条规定,死者肖像的保护期限为肖像权人死亡后10年。但在德国司法实践中,对死者人格形象的保护期限还受到其损害程度、死者人格形象的知名度和重要性等因素的影响。^[81]在美国,对于公开权于权利人死亡后的存续期限,最普通的死后期限是50年,印第安纳州、俄克拉荷马州的制定法规定了100年。在田纳西州,公开权只有在被权利人抛弃后才消灭。之所以会产生不同的规定,主要是不同的利益集团在立法时的游说所导致。

笔者认为,死者肖像上财产利益的期限应当设定固定的期限,但不应超过著作财产权50年的保护期限。参照死者人格上精神利益的期限保护死者人格上财产利益并不可行,因为前者由近亲属代为行使,后者由继承人行使,前者的保护期限通常会大于后者;类推适用著作财产权的50年保护期限保护肖像上财产利益也有不妥之处。肖像权与著作权不同,其并非完全依赖于自身努力,往往是媒体传播和社会公众共同参与的结果。因此,肖像上财产利益的保护期限应少于50年,可以设定一个固定期限,如30年。

六、结 语

肖像权是现代社会人格权商业化利用的典型对象,对肖像权上财产利益民法保护的分析,可以窥探人格权商业化利用对现行人格权制度与规范的影响。虽然一元保护模式与二元保护模式法律效果上相同,但是就肖像权的商业化利用而言,将肖像权塑造为包含精神利益与财产利益的具体人格权,更符合现行法规范与司法实务的认知。

肖像权商业化利用的主体限于社会公众人物与知名人士,普通人的肖像权仅具有潜在的财产利益。肖像权商业化利用的方式包括独占许可与非独占许可,利用人的法律地位存在明显区别。肖像权的商业化利用应当受必要的限制,以保护人格尊严。若肖像权被他人非法商业利用,除停止侵害责任等之外,普通人因肖像权上的精神利益受侵害可以获得精神损害赔偿;名人则因肖像权上的财产利益受侵害导致的通常为财产损害赔偿。对于肖像权被非法商业化利用的损害赔偿额,应将侵权人的获利额与受害人的拟制许可费进行比较,如果获利高于许可费,则受害人可以获利为基础行使获利返还请求的权利;如果获利低于许可费,则受害人可以许可费为基础行使侵权损害赔偿请求权。

出于保障死者人格尊严、防止不当得利以及在体系上的连贯性,法律应拟制死者享有肖像上的精神利益,若死者生前为名人,其肖像上的财产利益则由其继承人予以继承,但是其商业化利用应受精神利益的限制。

[79] 参见前注[16],吴汉东文,第88页。

[80] 参见杨立新、林旭霞:“论形象权的独立地位及其基本内容”,《吉林大学社会科学学报》2006年第1期,第58页。

[81] 参见前注[32],[德]马克西米利安·福克斯书,第68页。