

# 德国肖像商品化权： 渊源与流变<sup>\*</sup>

孙靖洲

**摘 要：**通过阐释德国肖像商品化权的渊源与流变，本文勾勒出德国一个多世纪以来，从消极防御到积极利用肖像商品化权的制度全景，揭示人格权一元理论的内涵和价值。在消极防御层面，德国的司法实践不仅类推适用侵害知识产权的救济制度来保护肖像商品化权，而且引入不当得利返还请求权，旨在全面剥夺侵权人的非法所得；在积极利用层面，德国学术界通过发明“约束性权利转让”模式，并结合对人格利益和财产利益的差异化保护，实现人格尊严不可侵犯、不可让渡与个人自治的平衡。德国有关肖像商品化权的学理、制度及其实践值得我国借鉴。

**关键词：**人格权一元理论；人格标识的商品化；肖像使用许可合同；用户营销；欧盟《通用数据保护条例》

**作者简介：**德国马克斯·普朗克创新与竞争法研究所 慕尼黑大学法学院  
博士研究生 慕尼黑 80539

**中图分类号：**D951.6

**文献标识码：**A

**文章编号：**1005-4871(2021)04-0121-15

<sup>\*</sup> 本文受德国马克斯·普朗克创新与竞争法研究所“促进青年人才项目”(Nachwuchsförderung)资助。

## 一、德国肖像商品化权的规范基础和判例发展

### (一)肖像商品化权的规范基础

德国将人格权分为由成文法规定的特殊人格权(die besonderen Persönlichkeitsrechte)和存在于判例中的一般人格权(das allgemeine Persönlichkeitsrecht)。前者包括肖像权、姓名权和著作权。<sup>①</sup>肖像商品化权虽然也由判例发展而来,但是它被认为是肖像权上的一项权能或使用权(Nutzungsrecht),<sup>②</sup>其法律基础是1907年生效的《与美术作品和摄影作品的著作权相关的法律》(Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie,以下简称“KUG”)。之所以作为人格权的肖像权会出现在一部著作权的法律中,是因为1900年生效并沿用至今的《民法典》没有规定肖像权。<sup>③</sup>该漏洞虽然早于《民法典》生效就被发现,<sup>④</sup>但是不能为了增加肖像权而推迟跨时代的《民法典》问世,于是德国立法者只得退而求其次,在KUG中规定肖像权。随后,该法律中有关著作权的条文因被纳入德国《著作权法》而被废止,KUG由此成为专门的肖像权立法。

详言之,KUG第22条第1句规定,他人对肖像的公开和传播都需要获得肖像权人的同意(Einwilligung)。第23条第1款旋即列出无须肖像权人同意的四种使用场景,其中包括肖像来自当代历史领域等。<sup>⑤</sup>由于肖像权的内容和限制都较为宽泛,因此第23条第2款对权利的限制又进行限制(Schranken-Schranke),要求法院在上述四种例外情形下,再衡量肖像权人和使用者的利益,保证后者对肖像的使

<sup>①</sup> Jürgen Helle, *Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht: das Recht am eigenen Bild, das Recht am gesprochenen Wort und der Schutz des geschriebenen Wortes*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1991, S. 37ff.

<sup>②</sup> Hans Forkel, „Die Übertragbarkeit der Firma“, in Heinrich Wilhelm Kruse (Hrsg.), *FS Paulick*, Köln-Marienburg: O. Schmidt, 1973, S. 101 - 120, hier S. 108; Hans Forkel, „Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung“, *GRUR*, 1988, S. 491 - 501, hier S. 494; Hans Forkel, „Zur Zulässigkeit beschränkter Übertragungen des Namensrechts“, *NJW*, 1993, S. 3181 - 3183, hier S. 3181ff.; Norbert Brandl, „Anmerkung zu OLG München, U. v. 20.12. 1979 - 6 U 3430/ 79“, *AfP*, 1981, S. 349 - 351, hier S. 351; Andreas Freitag, *Die Kommerzialisierung von Darbietung und Persönlichkeit des ausübenden Künstlers*, Baden-Baden: Nomos, 1993, S. 164ff.; Horst-Peter Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1995, S. 279; Münchener Kommentar zum BGB, München: Beck, 2021, Anh. § 12, Rz. 58 und 60.

<sup>③</sup> 德意志帝国《民法典》自1900年1月1日起生效,并为德意志共和国、德意志联邦共和国所沿用。

<sup>④</sup> RG, 28.12.1899 - Rep. VI. 259/99, Bismarck auf dem Sterbebett (“病床上的俾斯麦”)。在该案中,两名记者潜入病房偷偷拍下了俾斯麦去世后的样子。俾斯麦羸弱形象的曝光深深地伤害了人们对这位“铁血宰相”的感情,因此法院认为有必要谴责这种极具侵犯性的行为,但即将生效的《民法典》也没有规定可以通过肖像权来制止对肖像未经许可的传播,于是当时的帝国最高法院只能就潜入病房的行为予以处罚。参见 Horst-Peter Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrecht*, S. 19.

<sup>⑤</sup> 德国法院和学界一般认为,明星、政要、职业运动员等在内的杰出人士的肖像属于当代历史领域。参见 Karl Egbert Wenzel et al. (Hrsg.), *Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung*, Köln: Otto Schmidt, 2018, § 8 Rn. 11.

用合理且必要。<sup>①</sup> 正因如此，在肖像权出现的初期，司法实践上对于未经许可利用明星肖像商业推广的合法性存在诸多争议。由于明星的肖像属于当代历史领域，他人的使用恰好落入肖像权不受保护的范围内，法官在个案中的利益衡量遂变得尤为重要，这也就导致“同案不同判”的情形屡有发生。

在肖像商品化的首宗案例中，帝国最高法院认为齐柏林 (Zeppelin) 获得救济的理由是名誉侵害——“有品位和道德的人会反感他的名字与商品联系在一起”，而现实是，齐柏林作为著名的发明家与爱迪生类似，都乐于利用自己的名气换取报酬。<sup>②</sup> 相反，在 Tull Harder 案中，法院又认为 Tull Harder 作为当时著名的足球运动员，不会因肖像商品化的事实而感到冒犯和侮辱，进而否认其肖像权受到侵害。<sup>③</sup> 这样的结果引起了学界的强烈批评，因为两项判决都将肖像权的保护囿于精神利益层面，而否定肖像权人对其肖像上附着的财产利益的控制权，无疑该目的性限缩 (Teleologische Reduktion) 解释——根据法规范的目的对其构成要件附加限制条件，使其无法适用在原本文义可达的事实上<sup>④</sup>——缺乏必要性和合理性。

一方面，KUG 第 22 条赋予肖像权人控制其肖像公开和传播的权利不限于保护精神利益，从 KUG 第 22 条第 2 句“如果被描述人因拍摄其肖像而获得报酬，则应视为同意”可以看出，法律认为肖像权人基于获利目的对肖像的处置同样值得保护，因此该法律续造 (Rechtsfortbildung) 违背了肖像权人拥有广泛控制权的保护目的；另一方面，上述判决违背了第 23 条第 2 款“限制之限制”的规范意旨，即平衡肖像权人的个人权利和公共利益，而非剥夺明星等名人控制其肖像公开和传播的权利。<sup>⑤</sup> 因此，企业利用明星肖像吸引消费者、刺激其购买欲望的广告行为，虽然落入了限制肖像权保护的范畴，但是法院需要区分企业为追求商业利益的行为和新闻媒体基于公共利益使用他人肖像进行报道的行为，以防止肖像权人的权利受制于企业的财产利益，使人格沦为客体。从此，对肖像权保护目的的狭隘解释遂逐渐被德国法院抛弃，肖像商品化权随之进入肖像权的保护“视野”。

进入 21 世纪后，互联网上对个人形象的商业利用屡见不鲜，无论是在电商平台上销售印有明星肖像的纪念品，还是利用社交网络上的“网红”或者“意见领袖”

<sup>①</sup> Thomas Dreier/Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, München: Beck, 2018, § 23 KUG, Rn. 1.

<sup>②</sup> RGZ 74, 308 - Graf Zeppelin. 齐柏林之所以提起诉讼，是因为被告对其肖像未经许可的商业利用严重影响了他对另一家同类型企业的商业授权。

<sup>③</sup> RGZ 125, 80 (82f.) - Tull Harder.

<sup>④</sup> Tomas Kuhn, „Argumentation bei Analogie und teleologischer Reduktion in der zivilrechtlichen Klausurpraxis“, *JuS*, 2016, S. 104 - 109, hier S. 104.

<sup>⑤</sup> Horst-Peter Götting et al. (Hrsg.), *Handbuch Persönlichkeitsrecht*, München: Beck, 2019, § 2 Rn. 25.