

贾桂花的肖像权受到侵犯了吗？

莫 纪 宏

曾引起社会各界广泛关注的“《秋菊打官司》肖像权案”不久前经北京市中级人民法院调解，被告方《秋》片摄制单位给原告贾桂花3500元，一审败诉的贾桂花已经撤回上诉。虽然此案的诉讼已经结束，但是，正如原告律师所说的那样，案子是终审了，但原告贾桂花在法律上没有得到应有的“说法”。可以说，此案作为我国第一例因电影拍摄而引发的肖像权案就这样不明不白地结束了。为什么此案就这样草草收场了呢？因为此案涉及到一个前所未有的法理问题，即当法律所规定的两种不同性质的公民权利在实现过程中发生冲突的时候，如何来界定

流，解决长途运输管理问题，可以在全国范围内实行旧货跨区准运制度，确保旧货流通渠道畅通。

三、对旧货业的监督管理。主要针对旧货收购来源、合理的利润指标等。行业主管部门必须正本清源，对旧货收购来源进行规范，而且强调服务职能，帮助抓好旧货连锁收购网络，探索旧货在大、小城市之间和城乡之间的合理的交流组织形式，以建立起较规范的流畅的旧货流通格局。特别重要的是，有必要在进行大量调查研究的基础上，按照市场价值规律制定出合理的利润指标，这不仅能有效防止不正当竞争，而且有利于保护消费者的合法权益，以使我们的旧货业健康有序地发展。

四、法律责任。主要针对无证经营，低收高卖牟取暴利，买卖无合法来源商品，把正常产品当作积压物品处理造成国有资产流失等经营行为。在行政处罚的设定上，行政规章只能设定警告和一定数额的罚款，地方性法规还可设定没收违法所得，没收非法财物，责令停产停业，暂扣或吊销许可证等行政处罚。如果制定行政法规则还可以多设吊销企业营业执照的行政处罚。对于涉及利用旧货交易窝赃、销赃、偷税等行业构成犯罪的，则依法追究刑事责任。在行政执法主体上，贸易管理部门、工商、公安等要各负其责，互相配合，既要防止越权行政，又要防止部门配合不好而产生的“执法真空地带”，建立起一个全方位的立体型的旧货业、旧货市场管理网络。在我国目前人民群众物质生活水平还未极大丰富和满足的情况下，依法促进旧货市场、旧货业的发展，对完善社会主义市场经济建设和法制建设将有着重要的作用。

为维护法制的协调与统一，在制定《旧货业管理办法》时，要注意与《中华人民共和国反不正当竞争法》、《中华人民共和国消费者权益保护法》及《中华人民共和国产品质量法》等相关法律规定的衔接，在执法主体、行政处罚的行为、种类和幅度的设定上均不得产生抵触条款，以利于维护法律的严肃性和法的实施。

(作者单位：四川省人大常委会法制工作委员会)

权利行使的合法性和侵权行为的性质。

我认为，此案仅仅依靠现有的民法学法理是无法解决的。也就是说，由仅仅具有民事、刑事和行政审判功能的人民法院来解决此种涉及到公民权利冲突的案件，至少在目前的司法体制下很难找到比较有说服力的法理。此案就其法律性质来说，是一个宪法案件。

我们知道，现代宪法的一个重要功能就是，它用法律的形式肯定了公民所享有的各项法律权利的道德基础。也就是说，在一个既定的法律制度下，公民应该和可能享有哪些权利，必须要有宪法的明确宣告。宪法中未对某项权利的道德性加以确认的，该权利就不应该而且不能得到法律的保护。但是，对于部门法来说，在将宪法所规定的公民所享有的各项主观权利予以客观化的过程中，必然就会遇到不同性质的宪法权利在实现权益上的冲突问题。部门法的任务就是在设计权利实现的制度时尽可能地解决此种权利冲突，以实现宪法所规定的处于主观状态的公民权利的客观化。当部门法所设立的权利实现制度无法解决宪法所规定的公民应该享有的权利之间所发生的冲突，这种权利冲突的案件就必须回到宪法的角度去寻找解决办法。“《秋菊打官司》肖像权案”就是一个最典型的、无法由民法法理解决的、而应该从宪法角度来处理的、涉及到公民权利冲突的宪法案件。

在“《秋菊打官司》肖像权案”中，作为原告，贾桂花所享有的肖像权是我国现行宪法第38条所规定的公民人格尊严不受侵犯的客观化和具体化，因此，贾桂花依据我国民法通则的规定，可以利用民法通则所设立的各项权利实现保障制度来有效地保护自己的肖像权，从而维护由宪法所肯定的人格尊严不受侵犯的宪法权利。作为被告，《秋》片摄制单位依据有关获得从事电影制作权的行政法规的规定，可以在取得电影摄制行政许可的条件下，独立地从事电影摄制活动，并依法享有由此而带来的各种权益。《秋》片摄制单位的电影制作权如果从宪法权利的角度来考察，它是现行宪法第35条所规定的公民言论、出版自由在权利具体实现过程中的体现。所以，从原告的肖像权和被告的电影摄制权的权利性质来看，各自都具有宪法上的道德基础，都属于宪法所承认的法律权利。

在“《秋菊打官司》肖像权案”中，作为被告，《秋》片摄制单位在摄制时，只要是属于不是出于故意要侵犯原告贾桂花的肖像权，就不能将摄制贾桂花的行为推定为侵权行为。在《秋》片摄制过程中，由于对摄入镜头的人物不存在特定性，所以，以过失侵权行为理论来解释原告因此造成的权益损失也是不当的。被告的摄制

必须重视网络商业交易的安全

杨 坚 争

现代信息网络正在全世界以惊人的速度发展。其应用范围,已从单纯的通信、教育、信息查询和学术交流向更具效益的商业领域扩展。据美国 DC 研究公司最新调查,家庭用户、商业用户已成为网络的主要使用者,研究人员和科学家等早期用户的比例已下降到目前用户人数的 12%。该公司预测,到 2000 年,网络商业的销售额将从 1996 年的 50 亿美元猛增到 1000 亿美元。这一新的趋势,引起了各国政府以及有关研究机构的高度重视。

网络商业 (Net Commerce) 又叫电子商业 (Electronic Commerce), 它是利用现代信息网络进行商业活动的一种最先进的手段。网络商业主要包括两种形式, 一是 EDI 商业 (Electronic Data Interchange Commerce, 即电子数据交换商业), 二是国际互联网商业 (Internet Commerce)。前者主要用于企业与企业、企业与批发商、批发商与零售商之间的批发业务, 后者则主要用于消费者的家庭购物。

可以预见, 下个世纪网络商业将渗透到经济生活的各个领域, 网络商业的交易安全将直接影响到整个国民经济的正常运行, 影响到亿万买卖双方的切身

利益, 影响到我国企业的国际竞争能力, 影响到我国与其他国家的双边、多边关系。在这一新事物的成长过程中, 法律将起到不可替代的保障作用。

在法学领域, 我国网络商业交易安全方面的研究基本上还是空白。笔者在英国留学时, 多次接触到这方面的问题, 深感问题的重要性。曾写信给中国 EDI 协会, 建议合作研究, 但该会当时只有团体会员, 尚无个人会员。1996 年 10 月笔者回国后, 又给某部产业发展司写信, 建议开展这方面的研究, 尚未得到回音。考虑其中的原因, 可能有二: 一是网络商业在我国刚刚起步, 1996 年 12 月 18 日联合国贸易网络中国发展中心 (CNTPDC) 在北京成立, 同年 12 月 24 日北京海关与中国银行北京分行在全国首次开通 EDI 通关电子划款业务, 人们对这一新事物普遍缺乏了解, 或仅仅注意其技术方面的问题; 二是网络商业交易安全法律保障的研究涉及法律、计算机网络、商业、经济等多门学科, 文理交叉, 涉及面广, 研究难度较大。然而, 这一领域理论研究的滞后, 已给我国经济带来许多想象不到的

行为只有在涉及到不特定人的权利时才可以排斥行为的侵权特征, 一旦涉及到特定人, 那么, 就无法用电影摄制权来对抗原告的肖像权。所以, 对于原告贾桂花来说, 如果对被告的侵权认定不是针对被告摄制其肖像的行为, 而是针对原告明确要求被告不得向社会公开其肖像, 被告仍然在《秋》中采用原告肖像的行为, 那么, 原告理所当然地应该获得肖像权的法律保护。

“《秋菊打官司》肖像权案”中, 被告因在公共场合将原告偷偷地摄入镜头, 这是被告实现电影摄制权的手段, 这种手段的合法性在现代行政法理论中绝对是受到保护的, 不得被民法理所排斥。因为如果对公共场合不特定的人设立肖像权保护制度, 政府的行政职能就无法得以有效地完成。从这一点来看, 建立在现代宪政理论基础之上的民法理论不宜过分地强调私权的个人绝对自治性。《秋》片摄制单位在行使电影摄制权的时候是可以基于行政许可来对抗不特定的人的权利请求的。

在“《秋菊打官司》肖像权案”中, 最核心的法理问题就是谁应该对原告的权益损失承担法律责任? 如果从侵权行为理论的角度排斥了《秋》片摄制单位偷偷摄制原告进入镜头的行为的民事侵权性, 那么, 原告所遭受的权益损失在法理上就应该有一个明确的说法。如果说原告主张自己的肖像权是合法的, 而被告用电影摄制权来保护自己也是有效的, 那么, 从逻辑上就只能认定原告的权益损失属于意外事故了。作这样的推定如果从单个的宪法权利的实现方式上来看能够解决单项权利之间的冲突, 而要从宪法制度设定权利的意义角度来看就存在严重的法理问题了。

现代宪法对公民权利的设定, 从逻辑形态上来看, 是一种道德承诺。这种道德承诺的最大特征就是法律是公民实现利益的最有效的手段和途径。因此, 对于法律所不能解决的问题, 就必须超越法律的规定, 从道德的角度来解决。以“《秋菊打官司》肖像权案”来说, 当法律的规定无法有效地解决原告的权益损失时, 就要考虑法律所保护的利益的基点了。也就是说, 一个国家的法律制度到底要维护什么样的利益机制呢? 就此案原告的权益损失而言, 如果原告无法从法律的角度来挽回, 那么, 在法律制度之外, 是否应该给予原告的受损权益以必要的救济呢? 我认为, 这种救济制度是必要的。因为被告行使电影摄制权并由此产生相应的权益, 而原告因此损失了相应的权益, 原告权益的损失是与被告的权益实现存在着不可分割的逻辑联系的, 虽然被告对原告的权益损失不存在法律上的赔偿责任, 但是否从道德上应该承担对原告的利益损失的道德补偿责任呢? 这种道德要求至少在我国宪法理论中是无法加以排斥的。

(作者: 中国社会科学院法学所副研究员)