

论社交网络互动广告中的获利返还

季平平

(北京大学 法学院, 北京 100871)

[摘要] 随着社交网络平台等一系列互联网工具的快速兴起,传统民事权益不免会受到科技进步的冲击。因为无论是姓名权还是个人信息上的经济利益在现行民法框架内都受到了保护,且存在多种请求权竞合的情况。所以社交网络互动广告在姓名权与个人信息两个层面均对其用户的民事权益构成侵害。姓名权上的经济权益依侵权法、不当得利法及无因管理法可以得到不同程度的保护,但是从无因管理法出发可以得到最大程度的利润返还。个人信息的保护则应当从侵权法的角度出发,但需要将补偿范围限定在受害人遭受的损害范围内。

[关键词] 社交网络互动广告; 姓名权; 个人信息; 侵权责任一般条款; 不当得利; 无因管理

[中图分类号] D923

[文献标识码] A

[文章编号] 1671-6973(2019)02-0050-09

一、问题的提出

伴随着互联网在近年的蓬勃发展,原来越多的广告主将注意力投入到了此类能够吸引大量流量的新兴媒介。根据投资观察机构 Zenith 在 2017 年公布的《年度全球 30 大媒体所有者报告》,2016 年度广告收入最高的五家企业中,有三家是互联网企业。作为全球社交网络龙头的 Facebook 排名第二,其在 2016 年度通过广告获得了 269 亿美元的收入;来自中国的最大社交网络公司腾讯则在该报告中位列第 14,在 2016 年度获得了 38.8 亿美元的广告收入。互联网社交平台依靠其自身的流量优势,以及网络广告的交互性、实时性特征,逐步成为了重要的广告投放平台。

在社交网络广告蓬勃发展的同时,其所带来的法律问题也接踵而至。投放于社交网络平台的广告通常会基于社交网络的交互性特征,设计一系列的交互性功能。例如基于用户间的“好友”关系,将用户对于某广告的“点赞”推送至其“好友”处,使其“好友”可直观地看到该用户对于该广告的赞赏态度。从另一个角度说,在这种情况下,用户对于该广告的“点赞”行为成为了此广告的一部分,与广告

本身所记载的内容共同起到了对受众的宣传效果。此类互动广告的功能设计在两个方面构成了对于现行法的违反:其一,在未经权利人许可的前提下,使用权利人的人格标识并获益;其二,在未经权利人许可的前提下,公开权利人个人信息。随着社交类网站及软件在国内用户量的爆炸性增长,有关该类型广告的对于人格权及个人信息的侵犯与广告费收入返还将成为亟待解决的问题。

二、现有请求权基础的探索

(一) 互动广告收入的民法属性

以规范的民法概念对互动广告收入的法律属性进行判定是保障相应权利人后续行使权利的前提条件。考虑到后续的返还问题,互动广告的收入可以拆分为利益和利润两部分。区分返还法中利益和利润不同的内涵和外延便是本文展开的基础。而之所以要对利益和利润进行区分,是因为这两种不同的属性的收入在返还法上分别对应着不同的请求权基础。从侵权损害赔偿的角度来说,囿于侵权损害赔偿的损害填补原则,其赔偿的目的主要是将损害回复到未发生加害事由之前的应有状态。无论是这种补偿性的赔偿的特征,或是其后的矫正

[收稿日期] 2018-11-20

[作者简介] 季平平(1988-),男,江苏南通人,北京大学法学院民商法博士研究生,美国加州大学伯克利分校法学院联合培养博士。

正义^①的哲学基础,均不会支持权益受到损害的一方对于加害方通过加害行为所获得的利润的返还请求。侵权损害赔偿上利益的外延,往往限于既得利益与可得利益。而无论是对既得利益的讨论,还是对可得利益的分析,均是站在权益受损一方的角度所展开的探索。但是从利润的角度对返还问题进行分析时,却是站在加害人的角度对返还进行计算和分析。权利人是否真正遭受到了相当损害并不是计算利润时所需要考量的因素。如果将利润带入利益的计算,往往会导致最终计算结果与实际损害的偏离。类似的问题同样出现在计算涉及不当得利请求权的案件中有关不当得利的获利范围上。当代不当得利法制度的理论基础为从“财产转移理论”“违法性理论”最终演变而来的“分配理论”^②。但是,不当得利不是一项衡平制度,而是在一定要件下,调节当事人间欠缺法律原因的财产变动,超过客观价值的获利究竟应归属于谁,实非不当得利所能决定。^{[1]255}此处的客观价值同样不应该包含利润。因此,结合侵权损害赔偿以及不当得利返还制度上对于利润与利益的区分,我们不难得出结论,利润在返还法上的外延仅仅限于超出损害赔偿利益或受益客观价值的获利。

(二)作为具体人格权的姓名权上经济利益的承认

姓名权在大陆法系国家普遍被认为是一种具体人格权^③。在姓名权被各国民法典创设及移植之初,对于姓名权的财产属性并没有得到普遍承认。^④以德国法为例,德国帝国法院在1910年“Graf Zeppelin”案^⑤的判决中,对于姓名被用作香烟产品商标的原告 Graf Zeppelin,帝国法院仅仅支持了他撤销该香烟产品商标的请求,并没有判决被告对原告进行相应的经济补偿^⑥。在此案发生后,德国联邦最高法院以《德国民法典》第十二条为基础,结合早前通过肖像权发展出的基于一些特定人格权的财产

属性的保护原则,逐步开始承认姓名权上的财产利益。^⑦但是在随后发生的“Caterina Valente”案^⑧中,法院虽然承认了原告对其姓名权拥有财产上的利益,但由于原告表示其并没有将个人姓名用作广告打算,因此法院拒绝了判决被告对原告进行经济补偿。在该案中,德国联邦最高法院确定了判断类似情况下是否应当给予原告经济补偿的两个原则:其一,客观上是否有造成损害的可能性;其二,主观上被侵害人是否有使用其姓名上的财产利益之意愿。^⑨但是,即使该案件确立了前述两项保护姓名权上的财产利益的判断原则,当时的德国法对于姓名权上财产利益的保护依然是不够的。依据此两项原则中的主观标准,只有当被侵害人属于为了获得报酬而商业使用自己的姓名之人或是表示其具有商业使用其姓名的主观意愿时,法院才有可能判决被告对其进行精神补偿。^[2]这种财产法角度的保护被认为仅仅对保护名人的姓名权是有意义的,因为一般公民并不会为了报酬而商业使用姓名或存在该类意愿。^⑩在德国法上对人格权的精神利益和财产利益进行区分并分别加以保护是通过1999年12月“Marlene Dietrich”^⑪案的判决确定的。Marlene Dietrich生前是一位演员,在其去世后,一位音乐制作人使用了她的姓名销售音乐制品,并授权一家汽车制造企业生产以Marlene为名称的汽车。Marlene Dietrich的女儿将该音乐制作人诉至法院,要求被告停止侵权行为并赔偿经济损失。^⑫德国联邦最高法院在判决中做出了精彩的论述:

“肖像、姓名以及人格的其他标志,如声音,都可能具有巨大的经济价值,其大小一般取决于个人在公众中的知名度和声望。而这种知名度和声望的取得,往往是基于个人在某一领域的成就,常见的是在体育和艺术方面的成就。知名人士可以收取报酬而允许他人将

① See Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, 1995, p. 75.

② Vgl. Fritz Schulz, *System der Rechte auf den Eingriffserwerb*, AcP 105(1909), 1 ff.

③ 《德国民法典》第十二条,《台湾地区民法典》第十九条,《瑞士民法典》第二十九条,《中华人民共和国民法总则》第一百一十条,《中华人民共和国侵权责任法》第二条。《日本民法典》中虽未直接创设姓名权,但是通过判例法确定了姓名权是人格权的构成内容之一。

④ 最判昭和63年2月16日民集42卷2号27页(NHK日本語読み)。

⑤ Vgl. RG, 28.10.1910-Rep. II. 688/09.

⑥ Vgl. Horst-Peter Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen 1995, S. 127.

⑦ Vgl. Horst-Peter Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen 1995, S. 128.

⑧ Vgl. BGH, 18.03.1959-IV ZR 182/58.

⑨ Vgl. Horst-Peter Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen 1995, S. 128.

⑩ Vgl. Horst-Peter Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen 1995, S. 127.

⑪ Vgl. BGH, 01.12.1999-I ZR 49/97.

⑫ 参见 https://www.jurion.de/urteile/bgh/1999-12-01/i-zr-49_97, 2018年5月访问。

自己的肖像、姓名或者具有识别功能的其他人格标志用于商品和服务的广告,从而将公众对他的关注以及与此相联系的、他在人们心目中的形象进行商业化。未经本人允许而对其人格标志进行商业化利用的常见形式就是广告,在这种情况下,对精神利益的损害往往并不显著,且与此相比较,更多损害表现在当事人商业上的利益上。这时,当事人所感受到的名誉和声望受到的伤害,要比经济上的损失要小的多。”^[3]

该判决明确区分了人格权上的精神利益和财产利益,提出商业化利用他人肖像或者姓名的行为确认为侵犯一般人格权的行为,^[4]并确认了其中财产利益的可继承性。至此,姓名权上的经济利益在德国法中被普遍地确认且受到保护。当然,该论述也存在一丝遗憾,在论述中似乎仅强调了知名人士人格标志的财产性利益,却忽略了一般公民在人格标识上的财产性利益。事实上,在现实生活中,普通人以患者、消费者、体验者乃街道居民的身份出现在商业宣传中的事例并不少见,起到的宣传效果有时比名人还要大。因为人们往往在意与其社会身份相当者的行为并加以效仿。^[5]

中国法上对于姓名权上财产利益的保护在《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)生效后即被确认下来,但是对于姓名权上的财产利益究竟是由姓名权作为人格权所具有的人格权上的“财产属性”^[6]派生而来,抑或是源于特殊人格标识上的“特殊财产权”^[7],依然存在争议。支持姓名权上具有财产属性的学者认为,人格权的财产属性由人格权的支配权能发展而来。传统意义上,人格权都不包含财产因素,进而不能进行积极的利用、转让、继承,甚至于把限制人格利益的商品化作为民法的宗旨之一。这极大地限制了“人作为终极目的”在法律上的实现。^[8]人格权犹如树的茎干,精神利益及财产利益则为树根,同以人格权为本,结合在一起,具有同等价值,应同受保护。^[9]而认为此等财产利益来源于姓名权的人格标识属性所衍生出的特殊财产权的学者则认为,人格权的特点在于其绝对性,人对于自己的身体、健康、生命尊严等无支配权,否则就会存在使人沦为非人的风险。^[10]人格权的本质应当为受尊重权而非支配权,肯定人格权的可支配性必然可在逻辑上推出人格权的财产性及可转让性,从而与人格的不可转让性相悖,^[8]“非财产性是对人格权的不可转让属性的逻辑展开,因为构成财产就必须可以转让,不能转让的就不是财

产。”^[11]

但是不论是支持姓名权上具有财产属性的学者或是特殊财产权说的学者均认为姓名权上的经济利益应当得到充分保护。^[9-10]

(三)作为个人信息的姓名及喜好上经济利益的承认

2017年10月1日,《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)正式生效。《民法总则》第一百一十一条规定:“自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的,应当依法取得并确保信息安全,不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息,不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。”该条在中国民法体系里首次创设了个人信息的概念。但是对于个人信息究竟是属于一种利益或是一种权利,在学术界依然存在争论。王利民教授与龙卫球教授主张,依据体系解释的原则,个人信息是一种法律上利益,并非是一种民事权利(利益说);^[12]陈甦教授与张新宝教授认为,个人信息属于一种近似于人格权的现代新型民事权利^[13](近似人格权说);杨立新教授则认为,个人信息所对应的就是一种具体人格权(人格权说)。^[14]限于篇幅原因,本文不具体讨论个人信息的民法属性,仅在此确认作为个人信息的姓名及喜好上存在可在民法框架内得到保护的经济利益。

首先需要肯定的是,姓名及个人喜好在现行法上属于个人信息范畴。现行法上对于个人信息的认定主要采用的是可识别标准。《中华人民共和国网络安全法》(以下简称《网络安全法》)第七十六条规定:“个人信息是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息,包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。”依该条规定,按照是否可以单独识别出自然人个人身份,个人信息可区分为直接与间接个人信息。所谓直接个人信息,是指凭单一信息即可识别出信息主体,无须借助与其他信息的结合;间接个人信息是指必须与其他信息相结合方可识别主体个人身份的信息。在互动广告的情况下,用户的姓名属于直接个人信息,可直接识别出用户身份,原本属于间接个人信息的喜好通过与一同对外展现的姓名结合,同样产生了识别结果。因而此时的互动广告无疑在向外展示用户的个人信息。

依据学界对个人信息属性的学说,在将个人信息界定为人格权或是近似人格权时,按照前文对于人格权上经济利益的确认的论证,在互动广告这种

情境下与姓名权同样具有标表特征的个人信息也具有经济利益。在将个人信息界定为一种利益时,从侵权责任一般条款角度进行分析,无论认为《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第二条第二款、第六条第一款所采取的是法国模式下的侵权责任一般条款,将绝对权和其他利益同等保护^[15],或是采取德国法模式下的一般条款,区分保护绝对权和其他利益^①,附于其上的经济利益均可以得到确认。

(四) 现有请求权基础之分析

在明确了互动广告收入的民法属性以及姓名和个人喜好上经济利益的可保护性后,我们可以依据现行法上的请求权基础,寻找和分析可能存在的保护进路。

1. 依姓名权项下之请求权保护路径的分析

姓名权作为一项具体人格权,在现行法上同时被《民法总则》《民法通则》以及《侵权责任法》所列举,在权利受到侵害时,主要存在四种可能的保护路径:一是由其权利特征而决定的请求权基础,即部分学者认为的人格权请求权基础;二是侵权法上的请求权基础;三是不当得利的请求权基础,四是无因管理的请求权基础。由于第一种人格权请求权所指向的对象主要是可能存在或者既存的妨害行为,因此其请求权的基本类型主要是停止妨害与排除妨害请求权,^[16]由于本文主要讨论对相关权利经济利益的保护,所以暂不对人格权请求权展开分析。

(1) 侵权法上的请求权基础

“无请求权基础就不存在请求权”^[17],请求权基础的寻找对于一项权利的保护是最为基础且最为关键的前提。只有在确定请求权基础以后,才可以对构成要件及法律效果展开分析。在《侵权责任法》中,涉及到侵害姓名权后对受害人经济损失的保护的法条主要包括《侵权责任法》第六条第一款及第二十条。对于这两个法条的关系,学界有着不同的观点。部分学者认为,《侵权责任法》第二十条所规定的“利润剥夺请求权”是一种介于侵权损害赔偿请求权与不当得利返还请求权之间的独立的请求权^[18],属于传统的四种债之请求权之外的第五种债权请求权。另一部分学者则认为,《侵权责任法》第二十条并不是一个独立的请求权条款,而是

作为第六条第一款的补充条款或一种计算方式。^[19]本文更倾向于认为《侵权责任法》第二十条并非是一个独立的请求权条款。

首先,从请求权基础的结构来看,一个请求权基础条款需包含构成要件及法律效果两方面的要素。如果我们认为该条是一个独立的请求权基础条款,则该条可以被拆分为“侵害他人人身权益造成财产损失”(构成要件)、“按照被侵权人因此受到的损失赔偿……由人民法院根据实际情况确定赔偿数额”(法律效果)。对构成要件部分进行文意解释,我们不难得出“利润剥夺请求权”存在以下构成要件:其一,侵害他人人身权益(加害行为);其二,造成财产损失(损害后果);其三,因果关系。值得注意的是,在对《侵权责任法》第二十条以请求权基础的角度进行构成要件分析时,我们并不能从法条中找到主观构成要件。如果我们认为该条是侵权法下的一个独立的请求权基础,那么《侵权责任法》第二十条实际上采取的是无过错的归责原则。依照侵权法的一般理论,侵权法以过错责任为基本归责原则,仅在某些特殊情况下采用无过错责任。《侵权责任法》第七条规定:“行为人损害他人民事权益,不论行为人有无过错,法律规定应当承担侵权责任的,依照其规定。”该条是对侵权法中无过错责任的宣誓性规定,而具体采用无过错归责原则的特殊侵权责任则由具体的请求权基础条款规定。纵观《侵权责任法》中采用无过错责任的请求权基础条款,其归责事由无非两类,即危险和控制力。以危险为归责事由的无过错责任对应危险责任,以控制力为归责事由的无过错责任对应替代责任。危险责任主要是指特定企业、特定装置、特定物品之所有人或持有人,在一定条件下,不问其有无过失,对于因企业、装置、物品本身所具危害而生之损害,应负赔偿责任。^[20]其适用的多是具有高度科学性与技术性的侵权行为,如《侵权责任法》中所规定的产品责任、环境污染责任、铁路事故、民用核设施责任、高度危险物致害责任等。而替代责任则多适用于监护人责任及雇佣责任。《侵权责任法》第二十条作为规范侵害人身权益,甚至是仅仅规范侵害标表型人格权^[21]的条款,其归责事由显然与危险与控制力并无关系。

其次,从《侵权责任法》的体系结构来看,第二

① 参见奚晓明主编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2010年版,第20页。转引自葛云松:《侵权责任法保护的民事权益》,载《中国法学》2010年第3期,68页。该书认为,侵权责任法所保护的权益主要是绝对权,第三人恶意侵害债权才构成侵权,对于其他利益,并不能与权利同等保护,而是应考虑该利益是否被一些特别的保护性法规所保护、考虑侵权人的主观状态,考虑双方是否有紧密的关系,并避免过多限制行为自由。

十条所在的第二章包含了《侵权责任法》的责任构成和责任方式,被规定于该章的条款包括了侵权责任一般条款、归责原则、包括多数人侵权、教唆、帮助侵权在内的责任构成以及侵权责任方式等在内的统领整部侵权责任法的规定。在该章节中,除了第六条第一款作为整部《侵权责任法》的一般侵权条款以及本节所讨论的第二十条外,并不存在其他的请求权基础条款。而如果我们认为第二十条是一条独立于侵权一般条款的请求权基础,按照《侵权责任法》的架构,将其规定于该法第二章中,其应当同样具备“准侵权一般条款”的功能。但是该条的适用范围过于狭窄^[22],所保护的客体也仅局限于侵害人身权益而造成的财产损失,并不能起到与侵权一般条款类似的功能,而是更接近于第六条第一款的补充性法条。补充性法条的功能在对于一个不确定法律概念,尤其是其他法条(完全性法条)所定的法律效果,予以明确化,加以补充。^[23]而第二十条所规定的内容,应当是对于第六条第一款在适用于因侵害人身权益而造成财产损失的情况下的补充性规定。因此,侵害姓名权时请求加害人返还所得经济利益的请求权应当为《侵权责任法》第六条第一款,而《侵权责任法》第二十条则对该类侵权的构成要件及法律效果进行了补充。

在确定请求权基础条款后,所对应的构成要件也相应明确。该类侵权行为的构成要件为:其一,侵害姓名权的加害行为;其二,造成了姓名权上经济利益的损害;其三,加害行为与损害间的因果关系;其四,过错。本文所讨论的案例中,社交网络运营商存在未取得用户授权的情况下使用用户姓名进行广告推广的行为,社交网络运营商的此种行为至少造成了受害人许可使用费上的损失,而社交网络运营商的行为存在显然的过错。在此处需要讨论的是此时加害方的在侵权法框架下所要承担的经济利益赔偿范围。部分学者认为,在主张加害方赔偿因侵犯受害方姓名上的经济利益而造成的受害方之不利益时,应当使用“利润剥夺”^[18]或“获利返还”^[24]来表述加害方此时所承担的侵权责任。笔者认为无论是从侵权法的理论或是从构成要件的角度出发,此种表述都是不恰当的。在传统的侵权损害赔偿的观念中,不论是在大陆法系还是英美法

系,均秉持损害填补原则及禁止得利原则。^[25]损害填补原则是加害人就其侵权行为所生的损害负赔偿责任,非在惩罚,因为损害赔偿原则上并不审酌加害人的动机、目的等,其赔偿数额不因加害人故意或过失的轻重而有不同,^[26]而禁止得利原则是指受害人不能因损害赔偿而获得超过其损害的利益。倘若赔偿带给受害人的利益超过了应予赔偿的损害之范围,就意味着受害人因侵害行为而获利,这是法律所不允许的。^[27]⁶⁶⁴该两项原则决定了,除了在类似于惩罚性赔偿的特殊情况下,建立在以填补被侵权人损害为核心的损害赔偿制度上的侵权责任体系并没有涉及“利润剥夺”或“获利返还”。前文中已对利益和利润在民法语境下的内涵和外延做出了区分,因此超出利益的利润不应当属于《侵权责任法》所保护的范畴。在事实上,在现行《侵权责任法》的框架中,并没有为本文所讨论的互动广告背景下的因姓名权侵权而产生的侵权人获益提供“利润剥夺”或是“获利返还”的路径。而在构成要件上,由于存在“造成了姓名权上经济利益的损害”这一损害构成要件,因此依传统的侵权损害差额说^①,无损害的纯获益侵权无法通过侵权法的框架得到救济。而即使依权益归属说^②来确认损害,在可以确认损失的情况下,受害人只能向侵权人主张与损失相等的损害赔偿,而在损失不可确定的情况下,依据《侵权责任法》第20条所提供的计算方式,从加害人获益角度来计算损失,由于自然人姓名在广告中的使用在客观上是可以对价方式进行计算和衡量的,所以往往可通过合理的许可使用费来确认加害人的获益。但超出许可使用费部分的利润,依然不可以通过侵权损害赔偿主张返还。

(2) 不当得利的请求权基础

不当得利作为返还法上一项重要制度,滥觞于罗马法,经过漫长的历史发展,被现代各国所继受并发展出给付型与非给付型两种不当得利类型,且由 von Caemmerer 在其著作中将非给付型不当得利进一步细分为权益侵害型不当得利、费用求偿型不当得利及追索型不当得利。^③其中,权益侵害型不当得利适用于本文所讨论的因侵害归属于他人权益内容而受利益的情况。不过,在我国的实在法体系中,无论是《民法通则》亦或是《民法总则》对于

① “民法所谓损害,一般多用于损害赔偿(Schadensersatz),系指权益受侵害时所发生的不利益……损害发生前的状态,与损害发生后的情形,两相比较,被害人所受之不利益,即为损害之所在。”参见王泽鉴:《不当得利》,北京大学出版社2015年版,第59页。

② 权益归属说认为,权益有一定的利益内容,专属于权利人,归其享有,并具有排他性。因此,违反法律上有关权益归属秩序而侵害他人权益,导致他人失去获利机会。

③ Vgl. Ernst von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Tübingen 1954, S. 342.

不当得利的规定均十分单薄。《民法通则》第92条规定:没有合法根据,取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当利益返还受损失的人;《民法通则》第122条规定:因他人没有法律根据,取得不当利益,受损失的人有权请求其返还不当利益。与《民法通则》相比,《民法总则》只是将后半段“应当将取得的不当利益返还受损失的人”改为“受损失的人有权请求其返还不当利益”,从而与无因管理的条文表述方式相对应,突出不当得利请求权的法律属性。也就是说,就规范表达的逻辑构成而言,《民法通则》第92条属于义务规范,《民法总则》第122条则为权利规范。^[28]实在法上的留白为法律的续造和解释预留了广阔空间。有学者认为,虽然我国不当得利制度的立法较为粗疏,但是通过理论界的不断研究,给付型不当得利与非给付型不当得利的区分已经被续造出来。^[29]通过对两种不同类型的不当得利进行区分以及更进一步的对非给付性不当得利的类型化,权益侵害型不当得利的构成要件也随之被确定,包括:其一,受有利益;其二,因侵害他人权益而受利益,致他人损害;其三,无法律上的原因。^{[1]142}

在本文所关注的社交网络互动广告中,得利人所取得的利益为具有商业价值的人格权,值得讨论的是损害要件,即在不当得利层面对损害的含义进行确认。在不当得利法上所指的损害并不是用侵权损害赔偿中的差额说来确认,不当得利法中所指的损害是指无法律上原因所取得的利益,理论基础为前文所提到的内容归属说,即侵害型不当得利之受益人之所以必须将所得利益返还于他人,其原因在于受益人的利益取得已经违反法律将该利益内容归属他人的价值判断,故而其利益系“以他人之损失”而生。依内容归属说,受益人所获利益,在法律评价上应当归属于他人,所以受益人应将该利益返还于他人。^[30]在社交网络互动广告中,得利人通过使用权利人的姓名为投放社交网络平台的广告进行推广,并从广告主处获得利润的行为,事实上取得了本应当附于权利人姓名上的经济利益。而在内容归属说下,并不讨论权利人是否打算使用其权利,内容归属说关注的是利益分配的应然状态。所以此时可以认定,作为得利人的社交平台的行为造成了权利人的损害。而此时,得利人对于权利人

权益内容的保有同样欠缺正当性(包括契约关系或法律依据)。所以社交网络互动广告上受益人对权利人姓名的使用满足不当得利的构成要件。

而对于不当得利请求权下的返还范围来说,互联网社交平台通过相关行为所获得的利润并不能被包含其中。依《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)》第131条,不当得利的返还范围包括原物、原物所生的孳息及其他利益,这里的“其他利益”主要包括原物的用益(使用利益)、基于权利的所得(彩票中奖)及以法律行为处分所受利益所获得的对价。而互联网社交平台所获得利润并不属于以上所列举的任何一类“其他利益”。即,受益人通过自己的特殊能力或劳动力获得的超过孳息的“其他利益”,不属于不当得利的返还范围。^[19]在德国法上,不当得利返还的范围为用益及权利或原物的代偿。利润显然不属于代偿,对于利润是否属于用益,学界认为,企业通过经营活动取得的利润原则上不属于物之孳息也不属于使用利益,因为它高度依赖于经营者的个人能力。当受益人以营业经营的方式通过侵害他人权益获得利润时只有与受益人本人能力无关的利润才可依据不当得利法予以返还。^①

因此,对于社交平台通过使用用户姓名进行网络广告推广所得到利润,同样无法通过不当得利请求权而获得返还。可以返还利益限于社交平台应当向该部分用户支付的姓名许可使用费。

(3) 无因管理的请求权基础

经前文分析,我们不难发现,无论是侵权损害赔偿请求权,亦或是不当得利请求权,在面对利润返还的问题时,均不能为权利人提供完善的救济途径。大陆法上特有的准无因管理制度,恰恰可以弥补侵权法和不当得利法中对于解决利润返还问题的缺陷。在真正无因管理的情况下,本人均得依据管理人所负的计算附随义务而要求管理人交出因管理本人事务所获取的全部所得。^②在《德国民法典》与我国台湾地区所谓“民法典”中,通过准用性条款,规定了在不法无因管理的情况下,准用无因管理的规定。^③在《瑞士民法典》中,则是于人格权侵害的获利返还条款中,在法律效果层面参考了不法无因管理的法律效果,从而使权利人可以最终获得包括利润在内的获利返还。^④所谓准无因管理包

① 参见《德国民法典》第818条。

② 参见《德国民法典》第681条,我国台湾地区所谓“民法典”第173条第2款。

③ 参见《德国民法典》第687条第2款,我国台湾地区所谓“民法典”第177条第2款。

④ 参见《瑞士民法典》第28a条第3款。

括误信管理及不法管理两种情况。与真正无因管理相比,不法管理的构成要件中,缺乏真正无因管理三要件中的主观要件,即在不法管理中,管理人并无为他人利益而管理的意思,而是明知是他人事务,但为自己的利益而进行管理。原则上,这种行为应适用侵权行为与不当得利之规定。^[31]但是,由于这两种救济路径的缺陷,利润最终将会被加害人(受益人)享有,这种分配模式显然会成为一种激励因素,激励加害人(受益人)侵害权利人的利益。

与不当得利请求的情况类似,我国现行法体系中有关无因管理的规定同样较为单薄。《民法总则》第121条规定,没有法定的或者约定的义务,为避免他人利益受损失而进行管理的人,有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。该条仅仅规定了最为基本的适用无因管理的构成要件,对域外已发展出的无因管理的类型化均没有做出规定,也没有对无因管理的返还范围、管理人与本人的权利义务等做出明确规定。这种立法安排同样为学界的续造留下了很大的空间。

王泽鉴教授提出,不法无因管理的构成要件为:其一,未受委任、并无义务;其二,为他人管理事务;其三,管理事务不利于本人,违反本人明示或可得推知之意思。在本文所讨论的社交网络广告案中,社交网络平台未受用户的委任,没有法定的义务管理了用户姓名,但是社交网络平台在管理用户的事务时,并没有为他人利益而管理的意思,其出发点也并非“为避免他人利益受损失而进行管理”,因此构成不法无因管理。而不法无因管理的法律效果也非常明确,即管理人向本人返还因处理事务而取得的一切。

2. 依个人信息项下之请求权保护路径的分析^①

如前文所论述的,个人信息作为中国法上一种全新的民事利益出现在《民法总则》中,对于该类型的利益在受到侵害时究竟应当依据现行法上的何种请求权基础进行主张是一个值得讨论的问题。《民法总则》第111条显然不是一个请求权基础条款,其不符合请求权基础条款的基本结构,因此不能被用作个人信息受到侵害时所援引的请求权基础条款。在发生针对个人信息的侵权时,所援引的

请求权基础条款仍应为《侵权责任法》一般侵权条款。而第111条则是对一般侵权条款中构成要件的描述规范。

笔者在前文提到,对于《侵权责任法》的一般侵权条款在我国法上存在法国模式与德国模式这两种不同解释路径的争议。^②就法国模式而言,其最大的特点是使用高度概括性的“大的一般侵权条款”来规范一般侵权行为,并不对各种民事权益、利益进行区分。与法国模式相反,德国模式使用了三个具有逻辑递进关系的“小的一般条款”来规范一般侵权行为,精细区分各种民事权利及利益在构成要件及法律效果上的区别。

如果按照法国模式对我国《侵权责任法》一般条款进行解释,则《侵权责任法》第6条第1款为侵权一般条款,第2条则作为描述规范对第6条第1款中的“民事权益”进行了说明。在此种模式下,《侵权责任法》不加区分地概括保护了民法上的权利和利益。而个人信息作为由《民法总则》所发展出的一项新型民事利益,自然也在《侵权责任法》的保护范围之内。

有相当一部分的学者认为我国《侵权责任法》采用法国法的模式不加区分地保护民事权利及利益的模式是极其危险的,应当对一般侵权条款进行目的性限缩,最终以德国模式对一般侵权条款进行解释。^[32]德国法上一般侵权条款区分狭义侵权、悖俗侵权及违法侵权三种类型。其中狭义侵权仅保护对象一般限于绝对权,并不适用于本文所讨论的情况,而违法侵权与悖俗侵权这两项一般侵权类型,在面对人类日益复杂的社会生活时,“起了一个安全阀的作用,防止了民法典那僵硬但却精确的文体被社会变革的压力所冲破”^[33],这两种请求权基础均可以为社交网络的用户提供保护。

悖俗侵权的构成要件为:其一,侵害行为;其二,侵害后果;其三,行为与后果间的因果关系;其四,加害人故意;其五,加害人的行为是以违背善良风俗的方式作出的。对于善良风俗,德国法上一般以“一切能够公平、公正地进行思考的人的正当感受”之公式结合社会伦理因素及法律伦理因素进行

^① 限于主题,本文暂不讨论个人信息的民法属性。正如前文所论述的,无论将个人信息认为是一种法律上的利益或是具体人格权或是一项新型的民事权利,附于其上的经济利益均能得到一定程度的保护。但是将个人信息认定为具体人格权或是新型民事权利时,其保护的途径与前文所探讨的姓名权受到侵害时的保护路径基本一致,因此本节只讨论将个人信息认定为一种法律上的利益时的保护路径。同时,因为在不当得利及无因管理层面,个人信息作为法律上的利益时所使用的请求权基础条款亦与姓名权受到侵害时所使用的请求权基础条款一致,因此本节仅讨论作为民事利益的个人信息在侵权法下的请求权基础。

^② 参见张新宝:《侵权行为法的一般条款》,载《法学研究》2001年第4期;程啸:《侵权责任法》,法律出版社2015年版,第205页;王利明:《侵权法一般条款的保护范围》,载《法学家》2009年第3期;葛云松:《〈侵权责任法〉保护的民事权益》,载《中国法学》2010年第3期。

判断。^[34]从构成要件的角度符合性的角度来说,本文所讨论的情况符合所有的构成要件,构成侵权。如果选择违法侵权作为请求权基础,其构成要件为:其一,侵害行为;其二,侵害后果;其三,行为与后果间的因果关系;其四,加害人故意或过失;其五,加害人的行为违反以保护他人为目的的法律。如果基于该请求权基础向加害方主张侵权责任,则需要寻找作为描述规范的《民法总则》第111条“任何组织和个人需要获取他人个人信息的,应当依法取得并确保信息安全,不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息,不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息”中所涉及到的“法”。这类“法”既包括公法也包括私法,但仅指以保护个人或特定范围之人作为目的的法律。^{[27][201]}现阶段的相关法律法规主要包括《中华人民共和国网络安全法》(以下简称《网络安全法》)、《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》、《电信和互联网用户个人信息保护规定》(以下简称《保护规定》)等,而这些法律法规分别对个人信息的收集、使用、交易等行为做出了规定。本文讨论的情况属于典型的使用个人信息的场景。《网络安全法》第41条、《保护规定》第5条、第9条等规定使用个人信息时,须经过用户同意。因为互联网社交平台缺乏用户的许可及授权,其行为违反了此类“以保护他人为目的的法律”,同时也满足了违法侵权的其他构成要件,因此构成侵权。事实上,因为违法侵权的构成要件指向了以保护他人为目的的法律,使得该请求权基础有了更大的灵活性,可以在固有的侵权法体系中容纳更多的保护客体。但无论是构成悖俗侵权亦或是违法侵权,囿于侵权法的补偿性原则,受害人均不能获得利润的返还。

三、结 语

通过本文的研究,我们不难得出如下结论,在现行法框架下,使用用户姓名进行推广的社交网络互动广告侵害了用户的多种法益且存在多个请求权竞合的情况。但是无论是侵害姓名权亦或是侵害个人信息的情况,侵权法及不当得利法上的请求权均不能支持受害方要求加害方返还全部利润的请求。仅有在不当得利请求权基础下,受害方才有可能要求加害方交出全部利润。但是由于我国现行法对无因管理制度的立法较为薄弱,严重滞后于国内理论界及域外大陆法系国家对该制度的发展,因此无因管理制度于利润返还层面所发挥的作用在司法实践中相当有限。因此在立法层面,我们应当尽快吸收理论界及域外现有的最新成果,补上该

短板,使利润返还可以在侵权法、不当得利法、无因管理法三个层面得到不同层次的保护,最终形成一个完整的保护体系。

〔参 考 文 献〕

- [1] 王泽鉴. 不当得利[M]. 北京:北京大学出版社,2015.
- [2] 陈龙江. 德国民法对姓名上利益的保护及其借鉴[J]. 法商研究,2008(3):100.
- [3] 马克西米利安·福克斯. 侵权行为法[M]. 齐晓琨译. 北京:法律出版社,2006:56.
- [4] 孔祥俊. 姓名与姓名的商品化权益及其保护——兼评“乔丹商标案”和相关司法解释[J]. 法学,2018(3):164.
- [5] 刘文杰. 民法上的姓名权[J]. 法学研究,2010(6):68.
- [6] 张红. 人格权总论[M]. 北京:北京大学出版社,2012:192.
- [7] 吴汉东. 形象的商品化与商品化的形象权[J]. 法学,2004(10):85. 温世扬. 论标“表型人格权”[J]. 政治与法律,2014(4):68.
- [8] 杨立新,林旭霞. 论人格标识商品化权及其民法保护[J]. 福建师范大学学报(哲学社会科学版),2006(1).
- [9] 王泽鉴. 人格权法:法释义学、比较法、案例研究[M]. 北京:北京大学出版社,2013:302.
- [10] 李永军. 民法总论[M]. 北京:法律出版社,2006:247.
- [11] 徐国栋. 民法总论[M]. 北京:高等教育出版社,2007:299.
- [12] 王利明. 中华人民共和国民法总则详解[M]. 北京:中国法制出版社,2017:465. 龙卫球,刘宝玉. 中华人民共和国民法总则释义与适用指导[M]. 北京:中国法制出版社,2017:404.
- [13] 陈甦. 民法总则评注(下册)[M]. 北京:法律出版社,2017:785. 张新宝. 中华人民共和国民法总则释义[M]. 北京:中国人民大学出版社,2017:220.
- [14] 杨立新. 个人信息:法益抑或民事权利——对《民法总则》第111条规定的“个人信息”之解读[J]. 法学论坛,2018(1).
- [15] 王胜明. 中华人民共和国侵权责任法解读[M]. 北京:中国法制出版社,2010:10.
- [16] 杨立新,袁雪石. 论人格权请求权[J]. 法学研究,2003(6):66.
- [17] 汉斯·布洛克斯. 德国民法典[M]. 张艳译. 北京:中国人民大学出版社年版,第390页.
- [18] 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[J]. 法商研究,2011(3):142.
- [19] 廖宇. 获利返还论——以《侵权责任法》第20条为中心[J]. 法商研究,2017(4):87.
- [20] 王泽鉴. 民法学说与判例研究:第五册[M]. 北京:北京

- 大学出版社,2009:187.
- [21] 温世扬.论“标表型人格权”[J].政治与法律,2014(4):70.
- [22] 孙良国.人身权侵权获益赔偿的构成要件及其适用[J].法学,2009(12):126.
- [23] 王泽鉴.民法思维——请求权基础理论体系[M].北京:北京大学出版社,2009:49.
- [24] 张晓霞.侵权获利返还之请求权基础分析[J].知识产权,2010(2):52.
- [25] 魏振瀛.民法[M].北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2000:44.
- [26] 王泽鉴.侵权行为[M].北京:北京大学出版社,2009:8.
- [27] 程啸.侵权责任法[M].北京:法律出版社,2015.
- [28] 陈甦.民法总则评注:下册[M].北京:法律出版社,2017:849.
- [29] 张新宝,郭明龙.侵权责任请求权与不当得利返还请求权的关系[J].私法,2008(1):20.
- [30] 刘言浩.不当得利法的形成与展开[D].复旦大学2011年博士学位论文,第163页.
- [31] 王泽鉴.债法原理——债之发生基本理论,契约、代理权授予、无因管理[M].北京:中国政法大学出版社,2003:455.
- [32] 葛云松.《侵权责任法》保护的民事权益[J].中国法学,2010(3):41.
- [33] K·茨威格特,H·柯茨.比较法总论[M].潘汉典,米健,高鸿钧,贺卫方译.北京:法律出版社,2003:230.
- [34] 马克西米利安·福克斯.侵权行为法[M].齐晓琨译.北京:法学出版社,2006:162.

(责任编辑:闫卫平)

Profit Return in Interactive Advertising on Social Networks

JI Ping-ping

(School of Law, Peking University, Beijing 100871)

Abstract: With the rapid rise of a series of Internet tools such as social networking platforms, traditional civil rights and interests will inevitably be impacted by the progress of science and technology. Because both the right to name and the economic interests of personal information are protected within the framework of the current civil law by so many competing claims. Therefore, the social network interactive advertising infringes on the civil rights and interests of its users at both levels of name right and personal information. The economic rights and interests of the right to name can be protected to varying degrees according to the tort law, the unjust enrichment law and the negotiorum gestio law, and the negotiorum gestio law can bring the maximum profits. The protection of personal information should proceed from the perspective of tort law, but the scope of compensation should be limited to the damage suffered by the victim.

Key words: social network interactive advertising; right of name; personal information; general provisions on tort liability; unjust enrichment; no cause management