

【人格权】

人格权法上同意撤回权的规范表达

刘召成

【摘要】同意撤回权是同意人所具有的撤回曾经作出的授权他人介入其人格领域的同意的权利,在本质上为撤回权而非撤销权。同意在生效后亦可撤回的规则设计,是法律为了履行保护人格尊严之基本权利免受权利人自己侵害的义务,确保同意人对其人格作出真正自由和自愿的自我决定,而为同意人提供的纠正或免除不再与其真意相符的人格自我拘束的方法。在同意被撤回后,相对人丧失的是基于同意人意愿所拥有的介入同意人人格领域的权限,基于法定事由所获得的介入权限则不受影响。根据同意所针对的是纯粹的人格领域还是与财产相关的人格领域的不同,同意撤回权可分为任意撤回权和基于重大事由的撤回权两种。撤回权人既可撤回部分同意,亦可撤回全部同意,但不可放弃撤回权。在以合同关系为基础的同意中,撤回权人在撤回同意后应赔偿相对人的信赖利益损害。

【关键词】同意;撤回权;人格自我决定;利益衡量;信赖利益损害

【作者简介】刘召成,天津大学法学院。

【原文出处】《法学》(沪),2022.3.82~96

我国《个人信息保护法》第13条将同意作为处理个人信息的基本前提,第15条又规定同意可以撤回,由此形成针对个人信息处理的同意撤回权的特别规则。《民法典》第1219条和第1008条也规定了针对手术、特殊检查、特殊治疗的同意以及针对临床试验的同意,其与个人信息处理的同意具有同一性质,均为同意人向他人作出的介入其人格领域的授权。不过,关于此等同意可否撤回,《民法典》未予规定。将两者相结合,尤其是将《个人信息保护法》的上述规定置于《民法典》的教义体系内予以审视,不免产生诸多疑问。同意撤回权是个人信息保护领域特有的一项制度还是有待发掘的民法人格权的普遍制度?已生效的同意何以失其拘束力可以被撤回?同意撤回权的权利构造是怎样的?在同意作为合同义务的情形下,同意撤回在《民法典》合同履行及其障碍的教义体系中处于何种地位?其与《民法典》第580条第1款的履行义务排除规范之间又是何关系?在同意被撤回后,合同相对人的利益应以何种方法得以兼顾?诸如此类的难题迫切要求对同意撤回权予以细致的

学研究。

一、作为撤回对象之同意的规范定位

学界关于同意撤回权的本质尚存在一定的疑问。有观点在同意撤回的表述上采用“撤回或撤销”相并列的表述方式,^①这表明对于同意撤回到底属于撤回权还是撤销权有所疑虑。还有观点一方面认为许可(同意)可以撤回,另一方面却采用撤销权而非撤回权的概念进行指代。^②更有观点明确指出,同意撤回的本质应为撤销权而非撤回权,因为其针对的是已到达相对人并生效的意思表示,而非未生效的意思表示。^③之所以会产生上述疑虑、矛盾甚至明确将撤回权认定为撤销权的观点,根本原因在于我国民法学界对同意撤回权的忽视以及受到意思表示在生效后不可撤回的传统观念的束缚。

撤销与撤销权以及撤回与撤回权是民法上相互区分的两对基础性概念,我国立法者几无可能在《个人信息保护法》中将撤销(权)混淆为撤回(权)。同样,在德国民法中,撤销与撤回也是被明确区分的两个传统概念,《欧盟一般数据保护条例》(德文版)第7条

第3款关于数据主体有权随时撤回其同意的规定所使用的也是“撤回”而非“撤销”的表述。《德国联邦数据保护法》第51条第3款亦规定数据主体有权随时撤回其同意,所采用的同样是“撤回”而非“撤销”的概念。此外,意思表示在生效后不可撤回仅得撤销之规则的规范逻辑是,意思表示在生效后即产生之拘束力,仅于例外情形得以撤销的方式予以排除。因而,撤销权必然有其特别的成立条件,通常需要存在意思表示瑕疵等特别事由。而无论是《欧盟一般数据保护条例》(德文版)还是《德国联邦数据保护法》抑或我国《个人信息保护法》均未对个人信息处理同意的撤回附以任何限定性条件,显然并不符合撤销权的规范逻辑。因而,此处确为同意的撤回权而非撤销权,其也因同意在生效后亦可撤回的特殊性而与传统民法规则有所不同。

(一)从排除不法到授权介入之同意的定位发展

同意是一项可追溯至罗马法的历史悠久的法律制度。在罗马法上,其并非一项普遍的具有正当化权益侵害作用的法律制度,仅被用于正当化对具有高度人身属性的生命、身体完整、名誉等权益的侵害行为以排除侵害人的侵权责任。^④《德国民法典第一草案》发展了这一传统,于第706条规定,若受害人同意侵害行为,则其不享有损害赔偿请求权。对此,第一草案委员会认为,同意具有正当化权益侵害的功能是不言自明的。^⑤《德国民法典第二草案》虽然未加说明地删除了这一条文,但同意作为侵权法上免责事由的定位在学说上传承下来,并为我国学界所继受。

不过,仅局限于侵权法则无法揭示同意的核心本质。从根本上说,同意的主要功能并非在于优待受害人,而是旨在服务于受害人自我决定的利益和权利处置可能的实现。^⑥同意之所以可产生排除侵害行为不法性的后果,在于法律认可权利人对自己权利合理的自我决定和处置的能力。^⑦否则,单凭同意人的意愿根本无法免除法律秩序对侵害行为的否定性评价。其在宪法上的规范基础在于对作为尊严概念核心的自我决定自由权的尊重,^⑧在私法上的规范基础则在于私人自治或意思自治原则。因而,同意具有同意人针对自己权利予以自我决定的权利上

的构造,本质为权利人对自己权利在有限范围内的行使和处置。^⑨通过同意,同意人得以授予相对人介入自己权利的权限。^⑩此处的介入为概括性表述,既不限定其形态,也不限定其目的。其既可以是为同意人利益所进行的手术或治疗等行为,也可以是为被同意人利益所进行的使用或公开等用益行为。由此可见,同意同时具有侵权法上的排除违法性与侵权法之外权利行使的双重构造与功能。^⑪只不过,同意的此种独立于侵权法的权利行使的构造长期为我国立法、学说及司法实践所忽视。

同意在法律后果上并不导致权利归属状态的改变,而仅产生权属状态的扩展。同意人并未将自己权利的部分权能转让给他人,而是在保留该权能的基础上平行地向他人创设了此项权能。^⑫因而,同意人和被同意人之间的权属状态关系不同于所有权人和用益物权人之间的关系。同意人未丧失其权利,因而同意并非处分行为;亦未丧失部分权能,因而同意也非权能分离行为。其在原初权属状态的基础上产生了次生的权属状态,类似于代理授权行为。与处分行为及权能分离行为相比较,同意为对原权属状态影响最小的处置行为,处分行为由于在根本上转移了原权属状态,对原权属状态影响最大,而权能分离行为对原权属状态的影响则介于处分行为和同意之间。

同意可针对的民事权益具有普遍性,不仅可适用于人格权领域,亦可适用于财产权领域。在财产权领域,由于存在财产处分及权能分离等多种利用他人财产的途径,同意的作用并不突出。但在人格权领域,同意的上述特性既满足了人格权不得转让的诫命,又为他人介入本人的人格领域提供了途径,因而其具有重要作用。有鉴于此,除非特别说明,本文所指同意均为人格权领域的同意。

目前,我国法律所规定的同意,除了文首所列三种之外,还有《民法典》第1019条所规定的针对肖像使用或公开的同意以及第1006条所规定的人体细胞、组织、器官捐献涉及的同意。人体细胞、组织、器官的捐献涉及捐献合同,针对人体实施手术的同意以及分离出来的细胞、组织、器官的交付三项应予明确区分的行为。其中,授权医疗机构针对人体实施

手术的行为并未将同意人的身体权或身体权的某项权能分离出来转移于医疗机构,而仅授权医疗机构对其身体以手术等方式介入,属于本文所讨论之同意的范畴。上述规定仅为不完全列举,并未涵盖同意的全部类型。同意在人格权领域具有普遍适用力,权利人可针对其身体、健康、姓名、肖像、隐私、个人信息等人格组成部分向特定人进行介入的同意授权,甚至在满足特定条件的前提下可针对其生命作出介入的同意授权。^⑮当然,所有同意的内容及行使都不得违反法律的禁止性规定和公序良俗。

(二)同意与缔约行为的区分

同意可在两种情况下作出,一是不依附于基础合同关系独立作出,二是依附于基础合同关系而作出,后者更加普遍。在前者,权利人直接对相对人作出同意的表达,相对人据此获得介入权利人权利的权能。而在后者,同意与合同紧密关联,同意或是在合同文本中表达,或是在合同缔结后为履行合同义务而作出。正是由于同意与合同的普遍关联,特别容易出现同意与缔约行为之关系的混淆以及在规范构造上将同意认定为缔约行为组成部分的误解,需要予以特别澄清。

同意与缔约行为是相互区别且分离的不同法律制度。其一,虽然在大部分情况下同意行为与合同缔结行为是同时作出的,但也存在先缔结合同、再进行同意授权的情形,表明两者是可分离的。即便两者在同一份文件中作出,也不足以证明两者是不可分的,两种不同法律属性的行为同时或紧密相继地作出亦属可能。《个人信息保护法》第14条也规定了特定情形下的个人信息单独同意规则,明确了缔约行为与同意的区分。其二,在法效果和体系归属上同意与缔约行为也存在严格区分。缔约行为产生的是合同法上的权利义务关系,属于负担行为。依据合同,一方仅有权请求相对方作出同意的表达,无法直接获得针对特定权利的介入权限。^⑯同意则是同意人对其权利的行使,产生的是直接针对权利本身的法效果,即介入权限的产生。在民法体系的归属上,缔约行为是债法上的制度构造,同意则是人格权法上的制度构造。其三,缔约行为与同意分属两个不同阶段。^⑰缔约行为构建了作为双方法律关系基

础的合同关系,同意则是为履行合同义务所实施的履行行为。^⑱

二、同意拘束力的相对化与同意撤回权的正当性

已生效的同意亦可撤回这一异于传统的规则背后必然存在异于传统的特别价值判断。在个人信息保护领域,同意撤回权在根本上是为了确保同意人对其个人信息拥有真实而自由的自我决定。《欧盟一般数据保护条例》(德文版)立法理由第42条特别规定,只有同意人可以拒绝或撤回曾经作出的同意,其关于个人信息同意的决定才是真正自由和自愿的。^⑲而在一般性的人格权领域,同意撤回权之根本目的则在于确保同意人对其人格的真正自由和自愿的自我决定。

(一)自我限制的限度与基本权利的保护功能

同意人以同意的方式为他人创设介入其人格领域的新的权属状态,构成对其人格权的自我限制。此种自我限制涉及人格尊严这一宪法基本权利,只有置于宪法和民法的共同框架内才能得到清晰的阐述和明确的构建。

我国《宪法》第38条确立的人格尊严基本权利,是一个表明了人权保障的哲学立场、价值基础和逻辑起点的概念。^⑳其伦理学基础为人格与尊严的相关认知。人格的核心是摆脱自然机械的被动作用而积极主动自我决定的能力,由此人具有按照道德法则的要求行为的可能性,由此成为区别于万物并值得被尊重的目的,^㉑成为无法复制、不可替代的具有个体独特性的尊严存在。^㉒以此为基础,人格尊严在宪法学上被认为是确立了人对其个性形成和人格发展所具有的自我决定的基本权利,^㉓是于人格之形成和发展具有本质意义的自我决定自由,^㉔构成宪法上的一般人格权。^㉕人格尊严作为基本权利所具有的防御功能为国家公权力设定了不得任意干预权利人对人格领域之自我决定的义务。^㉖除此之外,其亦确立了权利人对人格的自主和自我决定应受尊重和保护的客观价值,构成整个宪法价值秩序的核心。此种客观价值为立法者设定了保护权利人之人格自主和自我决定免受其他私主体及权利人自己侵害的义务。同意他人对其人格领域的介入固然属于

权利人人格自我决定的自由,为对其宪法一般人格权的行使,但也构成对其人格自我决定的限制。当此种自我限制超越合理的限度构成同意人人格自主和自我决定的障碍之时,立法者就有必要采取适当措施予以干预。其中,启动立法者保护基本权利免受权利人自己侵害的义务需要满足的条件是一个较为疑难的问题。

以财产权为核心的传统理论认为,只有当此种自我限制超越合理限度造成权利人未来自由的自我决定和意思自治被完全排除或在较长期间内受到实质影响时,立法者才有义务干预并提供救济。^⑤鉴于人格的自主和自我决定对于人格存续和人之尊严具有核心作用,其在法律体系的价值秩序中应居于较为优越的位阶。^⑥因而,相较于财产领域的意思自治和自我决定,立法者对人格的自主和自我决定所应提供的保护程度要高得多,作为立法者干预前提的自我限制过度的判断标准相应地要低得多。只要曾经作出的对人格自我决定的自我限制与当事人当前之真意不再相符,便构成自我限制的过度,立法者就有提供救济的义务。换言之,法律需要保障同意人在任何时刻都对其人格具有真正与真实的自主和自我决定,此为人格发展及人格权的本质要求。^⑦

因而,为防止因客观情况和同意人人格发展等因素的变化,曾与同意人之真意相符的同意转变为与其真意不相符,致使同意人丧失对其人格事实上的自主和自我决定,法律应为其提供可免除之前所作同意之拘束的合理途径。类似的保护权利人免受过度自我限制的救济措施在民法上并不鲜见。《民法典》第1022条第1款关于未定期限的继续性合同之任意解除权的设定便是此种价值考量的结果。未定期限的继续性合同导致合同当事人受到永无止境的合同拘束,为防止此种过度自我拘束严重影响其意思自治与自我决定,法律便赋予其自由的合同解除权。^⑧

在如何为同意人提供免除同意所造成的人格过度自我限制的方法上,宪法仅以禁止保护不足和禁止限制过度确立了合宪的大致框架,^⑨在此框架内的具体制度设计则属于立法者的立法形成自由。^⑩其中,禁止保护不足要求立法者提供的保护措施对于

所欲达成的保护目的而言应当是足够的;而保护措施为公权力之干预,必然会构成对相关当事人基本权利的限制,因而在保护措施的选择上又需注意避免违反比例原则而造成对基本权利的过度限制。换言之,立法者所采取的保护措施应足够免除同意对同意人之人格自我决定所造成的过度限制,但又不能过于严苛以至于严重影响同意人和被同意人的基本权利行使,^⑪甚至导致同意人的人格自我决定在法律或事实上成为不可能。

(二)可能的保护措施及其比较检讨

由于立法者在保护同意人之人格自我决定免受同意所造成的过度限制方面拥有较大的制度选择和构建空间,需要综合比较各种可能的救济方法,以凸显同意撤回权的独特功能与价值。一般来说,私法上免除行为人自我限制的制度大致包括瑕疵意思表示的撤销、合同解除以及民事法律行为因违反公序良俗而无效三种。下文逐一进行比较分析。

意思表示撤销制度虽在特定条件下可免除同意人的自我限制,但因适用条件过于严格,其所能提供的保护程度并不充足。《民法典》总则编所规定的意思表示撤销制度以意思表示存在瑕疵为适用前提,其仅能免除有瑕疵的同意对同意人之人格自我决定所造成的过度限制,无力免除更为普遍的因客观情况变化和同意人人格发展等因素造成的同意人之前的同意对其当前人格自我决定的过度限制。

在合同因解除而失其效力后,以其为基础所作的同意亦失其效力,同意对同意人之人格自我决定所造成的过度限制即可免除。因而,合同解除具有免除同意对同意人之人格自我决定所造成的过度限制的功能。不过,其保护程度并不充足。其一,合同解除无法免除无基础合同关系之独立同意的拘束力。其二,结合《民法典》第563条第1款和第2款进行体系解释,除不定期的继续性合同无需任何条件可随时解除外,一时性合同和定期继续性合同的解除均需满足不可抗力、不履行合同义务或迟延履行合同义务等履行障碍的前提条件。此等条件严重限制了同意人通过解除合同免除其人格自我限制的可能性,无法充分保护并真正实现其人格自我决定。因而,即便对于存在基础合同关系的同意而言,合同

解除制度提供的保护也是不充足的。其三,合同解除终止的是整个同意的效力,不具有仅终止部分同意之效力的功能,无法为同意人提供可充分实现其人格自我决定和意思自治的途径。因而,就免除同意对同意人的人格自主和自我决定所造成之过度限制的目的而言,合同解除制度在总体上是不周延和不充足的,存在保护不足的缺陷。

随着学界对基本权利间接第三人效力研究的推进,因违反公序良俗而无效的制度安排常被用于免除基本权利所受到的来自民事法律行为的过度限制。^⑧然而,因存在过度限制同意人之人格自我决定的不利后果,此种制度安排并非免除同意对同意人之人格自我决定所造成的过度限制的妥当方法。同意毕竟为权利人之人格自主和自我决定基本权利的行使,法律所采取的保护措施在最终效果上应为同意人之人格自我决定保留合理的空间。^⑨适用或类推适用《民法典》第153条第2款认定同意因违反公序良俗而自始无效,固然可免除同意对同意人之人格自我决定所造成的限制,但也从根本上绝对否定了权利人以同意的方式实现其人格自主和自我决定的可能性,违反比例原则,构成对同意人之人格自我决定和意思自治的过度限制。

可见,既有制度所提供的保护方法,或者针对的是基础合同关系而非同意本身,或者需要满足过于苛刻的前提条件,因而无法为同意人提供足够的保护;或者从根本上自始否定同意人对其人格领域之同意的效力,因太过激烈而构成对其人格自我决定基本权利的过度限制,均非妥当的制度安排。只有同意撤回权才是妥当的免除同意人对其人格自我决定所作的过度自我限制的制度设计。一方面,同意撤回权针对的是同意本身,且权利构成与行使基本无限制性条件,同意人据此获得废止任何形式的基本权利自我限制的权能。其可确保同意人的人格自我决定得到尽可能有效且无限制的实现,^⑩为免除同意人对其人格自我决定所作的过度限制提供了合理的途径。另一方面,同意撤回权仅面向未来终止同意的效力,并不否认撤回之前的同意对同意人之人格自我决定的约束力,为同意人以同意的方式进行人格自我决定留下了合理空间,不会对同意人的人

格自我决定造成根本性的障碍。

(三)利益衡量与同意撤回

既然同意撤回权是免除同意对同意人之人格自我决定所造成之过度限制的最佳方案,那么如何在民法教义学体系内对其予以构建,避免与民法其他制度产生体系性矛盾就非常关键。其核心在于如何处理与意思表示在生效后不可撤回的教义学传统之间的关系。

在德国学说史上,对该问题的探讨重心在于同意是否属于意思表示和法律行为。若其属于意思表示,则应适用《德国民法典》第130条而不得撤回。若其不属于意思表示则不必遵循该规定,可以撤回。^⑪但这一讨论并未涉及问题的本质。同意是否适用生效后不可撤回的规则,无法通过其是否属于意思表示得到终局性论证与解答。^⑫因为无论同意是否属于意思表示,针对财产权的同意与针对人格权的同意在生效后是否可撤回这一问题的结论都是不同的。^⑬鉴于在同意是否属于法律行为的问题上尚存在较大争议,^⑭而该争议与本文的研究并无直接关联,故而针对同意本文不采用意思表示的表述方式,而采用意思表达的表述方式。

传统民法一直以来以财产法律关系为调整重心,意思表示和法律行为的规定主要是对财产领域相关价值判断的抽象和提炼,未必适用于人格和身份领域。例如,我国《民法典》婚姻家庭编关于婚姻无效之构成要件和法律后果的规定就是封闭性的,总则编中意思表示和法律行为无效类型的规定对其不具适用力。^⑮同样地,我国《民法典》第141条关于意思表示只能在生效前撤回、生效后的意思表示因具有拘束力而无法被撤回的规定可适用于财产领域是无疑义的,却无法适用于人格领域。

《民法典》第141条是对意思表示人与受领人之间利益衡量结果的规范化表达。意思表示具有拘束力是基于对意思表示受领人的信赖保护而对表示人的表示自由和意思自治的限制。^⑯在财产领域,基于意思表示作出之后的情况变化,虽然表示人具有摆脱意思表示的拘束从而实现对其财产的自我决定和意思自治的利益需求,但是受领人对意思表示的信赖于己以及社会交易秩序而言都至关重要。因而,

相较于意思表示人对其财产的自我决定和意思自治,受领人的信赖更值得保护,意思表示在生效后便不得撤回。同样地,是否承认同意的拘束力,在根本上取决于对同意人的人格自主和自我决定与相对人对同意的信赖之间利益衡量的结果。

与财产领域有所不同,人格领域具有高度敏感性。财产领域的自我决定若受限制,人之自主和自我决定尚可退回至人格领域,人格领域的自主和自我决定若受限制,则人之自主和自我决定将无处安放。因而,相较于财产领域的自我决定,人格领域的自我决定具有更高的位阶,应获得更高的利益衡量的权重和评价。此外,若认定同意具有拘束力,同意人在其人格信念变化之后将不得不继续忍受与其当前人格状态相悖的他人的介入,^④致使同意人的人格成为他主决定的对象而非自主决定的目的,与人之尊严相悖。^⑤基于这些考虑,在利益冲突的价值决断上,同意人的人格自主和自我决定应优先于相对人对同意的信赖而获得实现,同意即便在生效后亦应可撤回。由此,同意的拘束力呈现出相对化的现象。财产领域的同意具有拘束力,生效后不得撤回;人格领域的同意不具有拘束力,生效后可得撤回;与财产相关的人格领域的同意在特定条件下不具有拘束力,生效后亦可撤回。因后两类同意在拘束力的价值判断上异于传统而产生的与《民法典》第141条第2句之间的矛盾,需通过解释论予以化解。具体而言,若认为同意并非意思表示,因该句以意思表示为适用对象,可通过文义解释将此两类同意之撤回排除出该句的涵摄范围;若认其为意思表示,则需以人格自主和人格尊严的价值为基础对该句进行目的性限缩,将此两类同意之撤回排除出该句的涵摄范围。由此,它们的撤回可不受《民法典》第141条第2句所规定之时间节点的限制。

值得进一步讨论的是存在基础合同关系时同意可否撤回的问题。在《欧盟一般数据保护条例》(德文版)颁布之前,一般认为针对个人数据处理的同意虽可撤回,但若其服务于合同关系之进展,则因合同关系的约束而受到限制。^⑥在《欧盟一般数据保护条例》(德文版)第7条第3款规定同意可随时撤回且未附以任何限制性条件之后,在同意撤回权是否受基

础合同关系限制的问题上产生了分歧。有观点仍坚持原有立场,当存在基础合同关系时,同意进行个人信息处理是对合同义务的履行,因而同意不可撤回。^⑦不过,这种观点显然与立法文义不符。不管是《欧盟一般数据保护条例》(德文版)第7条第3款还是最新的《德国联邦数据保护法》第51条第3款,采用的均是同意可随时撤回的表述。因而更多学者支持针对个人数据处理的同意撤回权不受基础合同关系限制的观点。^⑧而在我国,《个人信息保护法》第15条虽然没有“随时”的表述,但亦未见对撤回权的任何限制性规定,为充分保护个人信息自我决定的基本价值,应当认为针对个人信息处理的同意撤回不受基础合同关系的影响。

从个人信息保护扩展至整个人格领域,基础合同关系可否限制同意之撤回这一一般性问题,仍由相对人之信赖与同意人之人格自我决定之间利益衡量的结论所决定。合同关系的存在固然强化了对方信赖的正当性,但在利益衡量和价值评价上,其并不足以压制同意人之人格自我决定的根本性利益,后者作为整个宪法和法律秩序的核心价值仍应获得优先实现。相对人的信赖利益则可通过损害赔偿救济的方法得以兼顾。因而,即便存在基础合同关系,同意人仍然享有撤回同意的权利。

(四)同意撤回与基于法定事由的人格领域介入

同意仅为他人基于权利人意志可得介入其人格领域的唯一途径,绝非他人可介入权利人之人格领域的唯一途径。除同意之外,基于利益冲突与衡量的特别考虑,法律也会设定他人可得介入权利人人格领域的法定事由。例如,《民法典》第1020条规定的可对肖像权人之肖像予以制作、使用或公开的法定事由,以及《个人信息保护法》第13条第1款第2-7项规定的可处理个人信息的法定事由等。

存在疑问并值得探讨的是,在既有权利人的同意又存在法定事由的情形下,同意可否撤回。其核心在于,同意可否撤回的利益衡量是否需要考虑这些法定事由及其所代表的利益诉求。同意是基于权利人意志所进行的介入授权,与基于法定事由的介入授权并行不悖。两类授权相互独立,任何一类授权的设立、存续与终止都有其独立的价值考量,既不

以另一类授权的设立与存续为条件,也不因另一类授权的终止而终止。在法律效果上,同意撤回仅终止相对人基于权利人意志所获得的介入权限,基于法定事由所获得的介入权限未受影响。因而,同意可否撤回的价值决断无需考虑法定事由及其代表的利益,更不能因为法定事由的存在而限制同意人的撤回权。

(五)人格自我决定的特别保护与同意撤销权的有限适用

在同意撤回权得以证立之后,需要进一步分析的是,同意撤销权是否有适用的必要及其可得适用的情形。人格领域的自我决定应获得更高程度保护的价值判断要求法律应特别保护针对人格领域之同意的内容真实与表意自由。因而,同意因欺诈、胁迫而作出时存在较为严重的表意不自由,应当采用特别倾向于人格自我决定保护的同意不生效的制度设计,以排除人格介入权限的成立,无需为兼顾受领人的信赖利益采用可撤销的传统制度设计。^⑥而在同意存在错误时,同意之错误因同意人的原因而产生,其不利后果不应由相对人承受,而且错误的同意也是同意人的自由表达,适用同意可撤销规则既不会严重限制同意人的人格自我决定,又可兼顾对相对人的信赖保护,相较于同意不生效的规则设计,是更为妥当的选择。

三、同意撤回权的构成与行使

(一)同意撤回权的概念及效力

同意撤回权是同意人所具有的排除或不再同意曾授予他人的对其人格领域之介入权限的权利。同意撤回权具有单方面终止他人介入撤回权人人格领域之权限的法律效果,属于形成权。

不同于意思表示撤销,撤回前之同意毕竟为同意人真实的意愿表达,为维护其人格自我决定自由与相对人的合理信赖,同意撤回仅面向将来停止同意的效力,而不溯及既往消灭同意的效力。^⑦撤回之前的同意以及依据同意所作出的人格领域介入行为的正当性与合法性不受撤回的影响。在同意被撤回后,撤回权人有权请求相对人将其所占有或掌握的与撤回权人之人格领域相关的照片、视频、个人信息等予以销毁或归还。不过,撤回相对人对于照片、视

频等肖像制品之占有具有《民法典》第1020条所规定之正当原因,对于个人信息之占有具有《个人信息保护法》第13条第1款第2-7项所规定之正当原因的,可拒绝撤回权人的销毁或归还请求权。

若被同意人将同意人所授予的权限转授他人的,同意撤回为撤回相对人设定了通知被转授权之第三人同意已被撤回的义务。^⑧该通知到达被转授权之人时,其介入同意人之人格领域的权限终止。撤回相对人怠于履行该义务造成同意人的一般人格权受有损害的,应承担损害赔偿赔偿责任。

(二)同意的任意撤回权与基于重大事由的撤回权

同意撤回权的承认是同意人的人格自我决定及意思自治与同意受领人的信赖保护之间利益衡量的结果。基于不同领域中两者之间利益衡量结果的差异,同意撤回权可细分为任意撤回权和基于重大事由的撤回权两种类型。前者限于纯粹人格领域,后者限于与财产价值有所关联的人格领域。

1. 任意撤回权

任意撤回权为同意人所具有的无需理由和条件随时终止同意之效力的权利。一般来说,任意撤回权适用于不以合同为基础的针对人格领域的单独同意以及虽以合同为基础但相对人未支付对价的针对人格领域的同意。合同相对人提供发帖、电子邮件等些微服务的,尚不足以构成对价,应属于未支付对价。在此类情形下,相对人的信赖基础较为薄弱,为保护同意人对其人格领域的自主和自我决定,承认同意人的任意撤回权就是对同意受领人之信赖保护的合理限制。至于此种限制是否需要通过损害赔偿予以弥补,则于本文第四部分讨论。

得到法律承认的任意撤回权就是《个人信息保护法》第15条所规定的个人信息处理同意的撤回权。虽然法律未明确采用“任意”二字,但并未对撤回权的产生或行使附加任何前提与限制,此种撤回权就是任意撤回权。而作为其借鉴原型的《欧盟数据保护一般条例》(德文版)第7条第3款则明确规定同意人具有“随时”撤回其同意的权利,明确了其任意撤回权的本质。^⑨

此外,为疾病治疗,临床试验,人体细胞、组织、

器官捐献之需要而授权医疗机构对权利人之身体介入的同意,涉及的是权利人对具有高度敏感性的身体的自我决定。为保证同意人对其身体拥有事实上的自主和自我决定,同意人所拥有的同意撤回权亦应为任意撤回权。在比较法上,卡纳里斯曾以《德国基本法》第1条和第2条第2款为依据,认为对身体完整的支配自由为人之最为根本的权利,在其涉及私人自治的自我限制方面应当获得特别的保护。通过公序良俗条款自始否定血液和器官捐献的有效性存在对权利人之身体完整自由权的过度限制。而强制执行排除等方法又不足以提供充足的免除之前所作自我限制的效果,因为权利人仍然需要承担沉重的履行利益损害赔偿赔偿责任。只有赋予权利人任意撤回权并辅以相对人的信赖利益损害赔偿请求权才是对权利人最为妥当的保护方法。^⑨在立法上,2013年2月26日生效的《德国患者权益改善法》最重要的部分是在《德国民法典》中增补了第630a-630h条等系列条款。其中,《德国民法典》第630d条明确规定,针对医疗措施尤其是侵入身体或健康的医疗措施的同意可以无需理由且无形式要求地被随时撤回。

以是否支付对价为标准,可将授权他人使用其姓名、肖像、个人信息以及某些不敏感隐私等的同意区分为无偿同意和有偿同意两种类型。在前种类型,于同意人而言,涉及的是纯粹人格领域的自我决定,具有较大的利益衡量权重;于相对人而言,涉及的则是非属社会常态的单方受益行为,无法以其为基础产生稳定的信赖。两相权衡,同意人的人格自我决定应优先于相对人的信赖保护获得实现,同意人享有任意撤回权。在后种类型,有偿同意他人对其上述人格组成部分的使用为权利人获取其人格组成部分上之经济利益的主要方式,涉及的是权利人之人格领域的财产性价值。同意人不能享有任意撤回权,只能享有基于重大事由的撤回权,理由容后详述。

2. 基于重大事由的撤回权

如前所述,人格领域的同意涉及同意人的人格自主和自我决定,应获得优先于相对人之信赖保护的价值评价,同意人享有任意撤回权。而财产领域

的同意涉及的是同意人对其财产的自我决定,则应秉承同意受领人的信赖利益优先保护的立场而合理限制同意人的自我决定和意思自治,同意人不享有撤回权。而在有偿同意他人利用其人格标识、个人信息等人格组成部分的情形,权利人同意他人利用的是其人格组成部分所具有的财产价值,但此种利用又会对其人格组成部分之上的精神价值产生影响。由于此种同意兼具财产自我决定与人格自我决定的双重特性,同意人的撤回权具有较特殊的表现形态。一方面,由于同意人进行同意授权的根本目的在于获取其人格组成部分之上的财产价值,为促使被同意人敢于进行投资以充分实现人格组成部分的商业价值,应承认支付合理对价的被同意人对同意授权具有稳定的高度信赖。^⑩此种高度信赖与基于双方之间合同约束所产生的信赖相互叠加,使得被同意人的信赖利益远高于一般的被同意人,具有较为强烈的否定同意撤回权的利益诉求。另一方面,由于此种利用兼具人格自主和自我决定的特性,不可完全否定同意人之同意撤回的利益诉求。两相权衡的结果是,应调和双方的利益诉求使其均得以实现。在规则设计上,应原则上否定同意人的撤回权,而在与其人格自我决定相关的特定条件下例外地承认其拥有撤回权,即基于重大事由的撤回权,^⑪并赋予相对人信赖利益损害的赔偿请求权以兼顾其信赖保护。

依据一般理性人标准,足以造成当事人人格信念转变为与之前所作同意无法相容之状态的客观事由方为重大事由。例如,在某明星有偿同意赛车生产厂家使用其姓名和肖像做赛车广告后不久,其因车祸不幸造成身体残疾。遭遇车祸这一客观事由就属于重大事由,因为依据一般理性人的经验,在车祸发生后继续同意使用其姓名和肖像做赛车广告与该明星的人格信念相悖。反之,无客观事由为基础的人格信念转变且同意的内容与转变后的人格信念相悖的简单主张,并不属于可撤回同意的重大事由。

《民法典》并未规定此种基于重大事由的撤回权,而是在第1022条第2款规定了肖像权人基于正当事由对有明确期限的肖像许可使用合同的解除

权。此种基于正当事由的解除权是定期继续性合同之利益衡量和价值评价的结果,与人格领域的特别保护无关。传统学说认为,定期继续性合同对当事人的自我决定和意思自治存在长期的拘束,因而存在一方当事人摆脱合同拘束的自我决定与对方当事人的合同信赖之间较为突出的利益冲突。^③基于正当事由的解除权就是法律所提供的调和此种利益冲突的制度设计,既可免除一方当事人过于沉重的合同拘束以实现其自我决定,又因存在正当事由的前提限定兼顾了对合同相对人的信赖保护。

审视《民法典》第1022条第2款可知,立法者所作的利益冲突评价方案为肖像权人在存在正当事由的前提下可终止对其肖像利用的同意授权,并应对可归责于自己的合同终止所导致的相对人在剩余合同期限内无法利用其肖像的损害进行赔偿。不过,此种价值评价与决断却无法通过合同解除权的规范设计获得实现。合同解除并不创设新的损害赔偿请求权,只是不妨碍已成立的损害赔偿请求权。^④解除权为法定权利,要求解除权人因法定权利之行使而承担损害赔偿赔偿责任并无正当性。

自比较法以观,我国《民法典》第1022条第2款为借鉴《德国民法典》第314条基于重大事由终止定期继续性合同制度的产物。依据德国通说,终止权人一方的疾病、怀孕以及相对人一方的违约行为等均属于可终止合同的重大事由。^⑤其中,终止权人因相对人的违约行为而行使终止权并向其主张终止损害赔偿为通常情形。终止权人负有损害赔偿义务仅限于其与相对人均有义务违反行为且相对人的义务违反行为居于主导地位的情形。^⑥此时,终止权人固然有权终止合同,但因其存在《德国民法典》第280条所规定的义务违反行为从而须对相对人的损害作出赔偿。当然,赔偿数额应结合相对人义务违反的具体情形、因合同义务无需履行而节省的费用以及因将合同标的投入其他用途获得的收益等因素适用与有过失和损益相抵规则予以酌减。^⑦

可见,若解除权人需要对相对人的损失进行赔偿,必定是其在合同解除前存在合同义务违反行为,并因此负有损害赔偿赔偿责任。^⑧由于义务违反行为难以归入“正当事由”的涵摄范畴,而解除权的行使又

非义务违反行为,因而《民法典》第1022条第2款的事实要件构成并不包含肖像权人的义务违反行为。那么,在法律后果上要求肖像权人(解除权人)赔偿因合同解除给相对人造成的损失就存在较为严重的逻辑障碍。也就是说,为定期继续性合同所设计的基于正当事由的解除权的规范难以同时实现对解除权人的人格自我决定自由予以维护和对相对人的解除损害予以赔偿的价值追求。

综上所述,除了《个人信息保护法》明确规定的个人信息处理同意的任意撤回权,人格权领域普遍需要的同意的任意撤回权和特殊情况下需要的基于重大事由的同意撤回权并未得到明确规定。而《民法典》第1022条第1款和第2款所规定的两种解除权仅限于继续性合同,无法适用于一时性合同和无基础合同关系的同意,其中基于正当事由的解除权的规范设计又存在内在矛盾。因而,这两种解除权均无法替代任意撤回权和基于重大事由的撤回权的功能。可见,《民法典》存在关于同意撤回权的普遍法律漏洞。由于同意撤回权所维护的是人之人格自我决定,属于人格尊严的宪法基本价值,因而该漏洞在本质上为宪法基本价值的保护漏洞。在解释论上,为填补该漏洞,司法机关应进行合宪性续造,^⑨即以我国《宪法》第38条为基础,类推适用《个人信息保护法》第15条的规定,承认人格权人针对其身体、健康介入的同意及针对其姓名、肖像等人格组成部分的无偿使用同意的任意撤回权以及针对有偿授权他人利用其人格组成部分的同意的基于重大事由的撤回权。

(三)同意撤回权的存续期间与权利行使

基于同意撤回权旨在通过终止同意效力的方式阻止他人对权利人人格领域之介入的本质,任意撤回权的存续期间为同意作出之后至介入行为出现之前。^⑩在同意作出之前不存在撤回的对象,介入行为出现之后撤回同意失其意义。但同意的内容为持续性介入授权的,同意撤回不因介入行为的出现失其意义,同意撤回权仍可存续至同意所授权的期限届满之日。在期限届满后,因同意终止其效力,已无撤回对象,同意撤回权自然无需存在。基于重大事由的撤回权的存续期间基本遵循上述规则,只不过起

始时刻为重大事由发生时。

撤回权以撤回行为即撤回的意思表达的方式行使。为充分保护权利人对人格领域的自我决定,不得对同意撤回权之行使有任何形式上的限制。其不必采用书面形式,口头及可推断的行为方式亦可。不过,撤回必须以清晰的方式明确表达出来,^⑥使得一般的理性受领人可以确定撤回权人所撤回之同意的具体内容。撤回权可分割行使,撤回权人既可撤回部分同意,亦可撤回全部同意。即所撤回者既可限于对所授权之人格领域特定部分的介入权限,亦可及于对所授权之全部人格领域的介入权限;既可为所授权的特定介入方法,亦可为所授权的全部介入方法。

当同意撤回存在错误时,不应适用或类推适用意思表示可撤销的规定。意思表示可撤销制度是针对意思表示人的意思自治和相对人的信赖保护之间的利益冲突所进行的规则设计,体现的是立法者为了保护表示人的自我决定和意思自治而对相对人的信赖保护予以限制的价值决断。而同意撤回的特性在于,其可排除他人对撤回权人人格领域的介入,有利于撤回权人对其人格领域的自我决定和意思自治。换言之,当撤回存在错误时,撤回权人的人格自我决定和意思自治与相对人的信赖保护之间并不存在冲突,认定存在错误的同意撤回有效,既有利于表意人的人格自我决定和意思自治,又有利于相对人的信赖保护。因而,不可适用或类推适用意思表示可撤销的规则,而应认定存在错误的撤回有效。至于被错误撤回的同意,权利人可以非常方便地随时通过新的同意对其予以弥补和纠正。同意撤回若因相对人的欺诈、胁迫或强制而作出,则构成对当事人人格自我决定的严重侵害且因为没有交易安全利益保护的需要,其法律后果不宜为可撤销而应为无效。^⑦

同意撤回权不得放弃,也不得约定同意不可撤回地授予相对人。权利之行使有其限度,不得侵害公共利益或他人利益已成共识,但权利之行使仅影响权利人自身利益的,可否为法律所禁止却较少受到关注。权利行使对权利人自身利益的一般影响属于权利人自主和自我决定的权限范畴,法律并不禁

止。不过,由于权利也属于超越个体的客观价值秩序的组成部分,权利主体对其权利的处置权限应受此客观价值的拘束。^⑧如果失去同意撤回权,权利人将丧失排除与其真意不符的他人对其人格领域之介入的可能性,权利人的人格将成为他主决定的对象而非自我决定的目的,在根本上与人之尊严的客观价值秩序相悖。因而,同意撤回权应被排除出撤回权人可得放弃的权限范畴,同意撤回权的放弃或同意无撤回权的特别约定无效。^⑨

四、合同相对人的信赖利益损害赔偿请求权

以合同关系为基础作出的同意为合同义务之履行,相对人除基于同意人之同意表达所产生的信赖之外,还获得了基于合同义务约束所产生的合同信赖,由此产生的高度信赖不能为法律所无视而应予兼顾。因而,在存在合同关系的前提下,撤回权人撤回其同意之后,应对相对人的损害作出赔偿。^⑩

将同意及其撤回置于合同及其履行的教义学体系中观察,同意撤回可归类为合同原初履行义务的排除事由。《民法典》第580条第1款规定了多种排除合同原初履行义务的法定事由,包括法律上或事实上的不能履行、债务标的的不适于强制履行或者履行费用过高以及债权人在合理期限内未请求履行。一般认为,该条款在法律后果上赋予债务人拒绝履行抗辩权,债务人原初的履行义务由此被排除。^⑪同意撤回权旨在排除他人对撤回权人人格领域的介入以实现其人格自我决定,在逻辑和价值上与此一贯的必然结论是,撤回权行使后相对人丧失了依据合同要求撤回权人继续履行原初同意的请求权,否则将与撤回的规范目的及法效果相悖。因而,同意撤回应被认定为合同法上的原初履行义务排除事由,但无法归入《民法典》第580条第1款的范畴。其一,《民法典》第580条第1款所规定的合同原初履行义务排除事由为封闭性列举,同意撤回无法归入其中任何一种类型。其二,同意撤回通过合同义务人积极形成权行使的规范目的与法效果排除合同相对人履行请求权的方式排除合同原初履行义务,与《民法典》第580条第1款通过赋予合同义务人消极的拒绝履行抗辩权的方式排除合同原初履行义务有所不同。于前者,债权人的履行请求权被排除;于后者,

债权人的履行请求权并未被排除而只是被债务人的抗辩权所限制。两者在实体法和程序法上均有诸多差异,不可不察。故此,《民法典》第580条第1款未对合同原初履行义务排除事由予以完全类型化,在其之外还存在同意撤回这种合同原初履行义务排除事由的类型。

在《民法典》第580条第1款规定的事由发生后,债务人的合同原初履行义务被排除,^⑥但其并未在根本上消灭而是转化为损害赔偿义务的形态。^⑦此为立法者衡量合同债务人与债权人双方的利益关系并认定不可期待债务人履行原初的合同履行义务后,为调和双方之利益而作出的以次生的损害赔偿义务替代原初履行义务的制度安排,德国法上称之为替代履行的损害赔偿。^⑧债权人可主张的是履行利益损害赔偿,当然,也可选择因信赖合同得到履行而徒然支出的费用即信赖利益损害赔偿。^⑨与此类似,在撤回权人撤回同意后,合同相对人亦可向其主张损害赔偿。不过,相对人可得主张的是因信赖合同得到遵守而徒然支出的费用等信赖利益损害赔偿而非履行利益损害赔偿。理由有以下三点。

其一,于内在价值判断而言,作为合同原初履行义务排除代价的到底是履行利益损害赔偿还是信赖利益损害赔偿,归根究底取决于债权人与债务人之间利益冲突的衡量。相较于履行利益损害赔偿,信赖利益损害赔偿对债务人更加有利,其背后体现的是对债务人利益更高的价值评价和优待。同意撤回权所保护的是居于宪法和法律价值秩序核心的同意人的人格自我决定,其所获得之价值评价显然应高于普通债务人的财产利益。因而,撤回权人须承担的赔偿责任应轻于《民法典》第580条第1款情形下债务人所应承担的赔偿责任。在损害赔偿的类型认定上,不应要求其承担履行利益损害赔偿,仅可要求其承担更为有利的信赖利益损害赔偿。

其二,于外在规范逻辑而言,依据《民法典》第580条第1款,虽然债权人的履行请求权被债务人的抗辩权所限制,但其履行利益未被排除,债务人通过主张抗辩权也只是可得免于履行原初的合同履行义务,由此产生的债务未履行的后果未从根本上被正

当化并排除违约的定性。在比较法上,依据《德国民法典》第275条主张拒绝履行抗辩权的债务人的债务未履行,就被认定为违反合同义务的行为。^⑩因而,债务人需要承担替代原初履行义务的履行利益损害赔偿义务。而撤回权赋予撤回权人的是积极的形成权,权利行使的法效果排除了债权人的履行请求权和履行利益,正当化了撤回权人的债务未履行,消除了其违反合同义务的定性。因而,债权人不得主张履行利益的损害赔偿,不过,履行利益被排除导致其基于合同的高度信赖落空,其信赖利益损害应由撤回权人作出赔偿。

其三,于制度组合的实施效果而言,相较于和履行利益损害赔偿责任的组合,撤回权和信赖利益损害赔偿责任的组合能够更好地实现撤回权的功能。在比较法上,撤回权与信赖利益损害赔偿责任的组合而非撤回权与履行利益损害赔偿责任的组合已成为德国学界的主流学说。^⑪履行利益损害赔偿责任的数额较大,为了避免承担此种沉重的赔偿责任,撤回权人往往选择牺牲其人格自我决定自由而不行使撤回权,导致撤回权制度不能实现预定的保护目的。而信赖利益损害赔偿负担较轻,不会对撤回权人撤回权的行使造成过度阻碍,更有利于撤回权的功能实现。

需注意的是,撤回权人承担信赖利益损害赔偿的前提是相对人具有基于合同的高度信赖,而后者在根本上是基于同意作为合同义务所具有的约束力而产生。因而,根据同意为主给付义务还是从给付义务抑或附随义务的不同,相对人之信赖的存续阶段有所不同,从而产生撤回权人之信赖利益损害赔偿责任有无的差异。若同意为合同主给付义务,相对人在整个合同期间对同意之存续都具有高度信赖,撤回权人无论何时撤回同意均须赔偿相对人的信赖利益损害。从给付义务或附随义务则为因应合同发展进程的需要而适时出现,其存在大多具有阶段性。因而,若同意为从给付义务或附随义务,相对人仅在同意作为从给付义务或附随义务的阶段对同意具有基于合同约束所产生的高度信赖。撤回权人在此阶段撤回同意的,应赔偿相对人的信赖利益损害。

注释:

①参见陆青:《个人信息保护中“同意”规则的规范构造》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2019年第5期,第122页。

②参见姚辉:《关于人格权商业化利用的若干问题》,载《法学论坛》2011年第6期,第15页。

③参见万方:《个人信息处理中的“同意”与“同意撤回”》,载《中国法学》2021年第1期,第174页。

④Vgl. Ansgar Ohly, "Volenti non fit iniuria" Die Einwilligung im Privatrecht, J. C. B. Mohr Verlag, 2002, S. 26.

⑤Vgl. Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, J. Guttentag Verlag, 1888, S. 730.

⑥Vgl. Wolfhard Kohte, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 1985, 105, 110.

⑦参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2021年版,第353页。

⑧Vgl. BVerfG, NJW 1979, 1925, 1929.

⑨Vgl. Claus Ahrens, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen, Ergon Verlag, 2002, S. 311.

⑩Vgl. Nadine Klass, Erman Kommentar zum BGB, Dr. Otto Schmidt KG Verlag, 14. Aufl., 2014, Anh. § 12, Rn. 229.

⑪Vgl. Ehmann, Erman Kommentar zum BGB, Dr. Otto Schmidt KG Verlag, 11. Aufl., 2008, Anh. § 12, Rn. 256.

⑫Vgl. Ansgar Ohly, "Volenti non fit iniuria" Die Einwilligung im Privatrecht, J. C. B. Mohr Verlag, 2002, S. 186.

⑬参见沈德咏、刘静坤:《尊严死亡的权利分析与程序规制》,载《法学研究》2021年第3期,第14页。

⑭Vgl. Horst-Peter Götting, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, J. C. B. Mohr Verlag, 1995, S. 159.

⑮参见郑观:《个人信息对价化及其基本制度构建》,载《中外法学》2019年第2期,第498页。

⑯Vgl. Axel Metzger, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 2016, 817, 832.

⑰Vgl. BfDI, Datenschutz-Grundverordnung, Appel & Klinger Druck und Medien GmbH, 2017, S. 60.

⑱参见王利明:《人格尊严:民法典人格权编的首要价值》,载《当代法学》2021年第1期,第3页。

⑲参见[德]康德:《实践理性批判》,邓晓芒译,人民出版社2003年版,第118页。

⑳参见胡玉鸿:《个人的独特性与人的尊严之证成》,载《法学评论》2021年第2期,第52页。

㉑参见郑贤君:《宪法“人格尊严”条款的规范地位之辨》,载《中国法学》2012年第2期,第87页。

㉒参见林来梵:《人的尊严与人格尊严——兼论中国宪法第38条的解释方案》,载《浙江社会科学》2008年第3期,第52页。

㉓参见石毕凡:《作为基本权利的人格尊严及其规范意涵——以“卖淫女示众事件”为例》,载《现代法学》2008年第5期,第149页;刘召成:《民法一般人格权的创设技术与规范构造》,载《法学》2019年第10期,第38页。

㉔参见杨立新:《人身自由与人格尊严:从公权利到私权利的转变》,载《现代法学》2018年第3期,第10页。

㉕Vgl. Klaus Ulrich Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, Mohr Siebeck Verlag, 2014, S. 87.

㉖关于人格权的价值位阶,参见朱晓峰:《人格权侵害民事责任认定条款适用论》,载《中国法学》2021年第4期,第58页。

㉗Vgl. Norbert Dasch, Die Einwilligung zum Eingriff in das Recht am eigenen Bild, C. H. Beck Verlag, 1990, S. 86.

㉘参见王千维:《继续性债之关系之基本理论》,新学林出版股份有限公司2020年版,第66页。

㉙Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Grundrecht und Privatrecht, De Gruyter Verlag, 1999, S. 86.

㉚Vgl. Matthias Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, J. C. B. Mohr Verlag, 2001, S. 208.

㉛Vgl. Ansgar Ohly, "Volenti non fit iniuria" Die Einwilligung im Privatrecht, J. C. B. Mohr Verlag, 2002, S. 88.

㉜参见刘志刚:《公序良俗与基本权利》,载《法律科学》2009年第3期,第65页。

㉝Vgl. BVerfG, NJW 2020, 905, 914.

㉞Vgl. Benedikt Buchner, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, Mohr Siebeck Verlag, 2006, S. 233.

㉟Vgl. Nadine Klass, Rechtliche Grenzen des Realitätsfernsehens, Mohr Siebeck Verlag, 2004, S. 257.

㊱Vgl. Nadine Klass, Erman Kommentar zum BGB, Dr. Otto Schmidt KG Verlag, 14. Aufl., 2014, S. 91.

㊲Vgl. Wolfhard Kohte, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185, 105, 137.

㊳有观点认为同意为意思表示,属于法律行为,参见陆青:《个人信息保护中“同意”规则的规范构造》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2019年第5期,第122页;有观点认为其为意思通知,属于准法律行为,参见张平华:《人格权行为:基本类型与立法问题》,载《经贸法律评论》2019年第5期,第114页;有观点认为其为事实行为,参见Erwin Deutsch/Hans-Jürgen Ahrens, Deliktsrecht, Carl Heymanns Verlag, 5. Aufl., 2009, S. 44.

㊴参见李昊、王文娜:《婚姻缔结行为的效力瑕疵——兼评民法典婚姻家庭编草案的相关规定》,载《法学研究》2019年第4期,第108页。

㊵Vgl. Reinhard Singer/Jörg Benedict, Staudinger BGB Kommentar §§ 90-124; 130-133, De Gruyter Verlag, 2017, §

130, Rn. 100.

④① Vgl. Hannes Ludyga, Widerruf einer Einwilligung zur Verbreitung und Veröffentlichung von eigenen Bildnissen durch Dritte, MMR 2017, 158, 160.

④② Vgl. Nils Teifke, Das Prinzip Menschenwürde, Mohr Siebeck Verlag, 2011, S. 86.

④③ Vgl. Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, C. H. Beck Verlag, 2. Aufl., 2019, S. 441.

④④ Vgl. Buchner/Kühling, Datenschutz- Grundverordnung/ BDSG Kommentar, C. H. Beck Verlag, 2. Aufl., 2018, S. 296.

④⑤ Vgl. Michael Funke, Dogmatik und Voraussetzungen der datenschutzrechtlichen Einwilligung im Zivilrecht, Nomos Verlag, 2017, S. 323; Philipp Hacker, Datenprivatrecht, Mohr Siebeck Verlag, 2020, S. 209; Bastian Stemmer, BeckOK Datenschutzrecht, C. H. Beck Verlag, 37. Aufl., 2021, Art. 7, Rn. 90.

④⑥ Vgl. Andreas Spickhoff, Autonomie und Heteronomie im Alter, AcP 2008, 346, 385.

④⑦ Vgl. Karl Riesenhuber, Die Einwilligung des Arbeitnehmers im Datenschutzrecht, RdA 2011, 257, 258.

④⑧ Vgl. Bastian Stemmer, BeckOK Datenschutzrecht, C. H. Beck Verlag, 2021, 37. Aufl., Art. 7, Rn. 92.

④⑨ Vgl. Marlene Voigt, Die datenschutzrechtliche Einwilligung, Nomos Verlag, 2020, S. 154.

⑤① Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Grundrecht und Privatrecht, AcP 1984, 201, 233. 在其中译本中,“撤回权”被错误地翻译为“撤销权”。参见[德]克劳斯-威尔海姆·卡纳里斯:《基本权利与私法》,曾韬、曹昱晨译,载《比较法研究》2015年第1期,第189页。

⑤② Vgl. Mary-Rose McGuire, Die Lizenz, Mohr Siebeck Verlag, 2012, S. 742.

⑤③ Vgl. Nadine Klass, Rechtliche Grenzen des Realitätsfernsehens, Mohr Siebeck Verlag, 2004, S. 257.

⑤④ Vgl. Hartmut Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, J. C. B. Mohr Verlag, 1994, S. 249.

⑤⑤ 参见陈自强:《违约责任与契约解消》,元照出版有限公司2016年版,第275-276页。

⑤⑥ Vgl. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht: allgemeiner und besonderer Teil, De Gruyter Verlag, 11. Aufl., 2017, S. 351.

⑤⑦ 在终止权人的义务违反行为居于主导地位时,其终止权被排除。Vgl. BGH, NJW 1981, 1264, 1265. 而在我国,存在违约方可否拥有解除权的重大争议,参见孙良国:《违约方合同解除的理论争议、司法实践与路径设计》,载《法学》2019年

第7期,第39-40页。

⑤⑧ Vgl. Reinhard Gaier, Münchener Kommentar zum BGB, Band 3, C. H. Beck Verlag, 8. Aufl., 2019, § 314, Rn. 35.

⑤⑨ Vgl. Patrick Bruns, BeckOK Mietrecht, C. H. Beck Verlag, 25. Aufl., 2021, BGB § 542, Rn. 201.

⑤⑩ 参见刘召成:《法律规范合宪性解释的方法论构造》,载《法学研究》2020年第6期,第92页。

⑥① Vgl. Erwin Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Carl Heymanns Verlag, 2. Aufl., 1996, S. 186.

⑥② Vgl. BGH, NJW 1980, 676.

⑥③ Vgl. Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, Nomos Verlag, 2019, S. 566.

⑥④ Vgl. Horst- Peter Götting, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, J. C. B. Mohr Verlag, 1995, S. 151.

⑥⑤ Vgl. Nadine Klass, Die zivilrechtliche Einwilligung als Instrument zur Disposition über Persönlichkeitsrechte: Verfassungsrechtliche Vorgaben, AfP 2005, 507, 515.

⑥⑥ 相似观点参见郑观:《个人信息对价化及其基本制度构建》,载《中外法学》2019年第2期,第498页。

⑥⑦ 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第271-273页;朱广新、谢鸿飞主编:《民法典评注:合同编通则》,中国法制出版社2020年版,第338-339页。《德国民法典》第275条的规定与我国稍有不同,在履行不能的情形下债权人的履行请求权被排除,在履行费用过高和不可期待亲自履行的情形下债务人享有拒绝履行抗辩权。Vgl. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht: allgemeiner und besonderer Teil, De Gruyter Verlag, 11. Aufl., 2017, S. 224.

⑥⑧ Vgl. Dirk Looschelders, Schuldrecht: allgemeiner Teil, Franz Vahlen Verlag, 17. Aufl., 2019, S. 172.

⑥⑨ 参见朱广新:《合同法总则研究》(下册),中国人民大学出版社2018年版,第685页。

⑥⑩ Vgl. Thomas Riehm, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, Mohr Siebeck Verlag, 2015, S. 269-270.

⑥⑪ 参见张金海:《论合同解除与违约损害赔偿的关系》,载《华东政法大学学报》2012年第4期,第27页。

⑥⑫ Vgl. Roland Schwarz, Staudinger BGB Kommentar §§ 255-304, De Gruyter Verlag, 2019, § 283, Rn. 13.

⑥⑬ Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Grundrecht und Privatrecht, AcP 1984, 201, 233; Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., C. H. Beck, 2019, S. 754; Philipp Hacker, Datenprivatrecht, Mohr Siebeck Verlag, 2020, S. 230.