

“人格权制度”专题研究

主持人:郭明瑞(山东大学法学院特聘教授、烟台大学法学院教授)

人格利益是自然人的最高利益。对人的利益的保护旨在实现人的社会存在,使其能够真正成为“人”,为人的生产生活提供前提保障。人格利益保护以及人格权制度建设虽然自19世纪末期以来方为各国立法、司法、理论界所关注,但随着以人为本理念不断深入,保障人权思想日益普及,人格权法研究已经成为了21世纪世界民法学研究的一个热点区域。在我国,随着物质生活水平的提高,社会各界对于人格权益保障的呼声日益高涨,立法界和理论界也已经启动了制定“人格权法”的研究。为了推动相关进程,本专题围绕人格权制度展开多层次研究:郭明瑞教授《肖像权三题》一文对于肖像权进行了全面研究,指出肖像权的客体是肖像利益,演员的角色形象不属于肖像权之列,肖像权的权能包括肖像制作权、肖像使用权、肖像利益维护权等。张平华教授《人格的私法构造——以“伦理人”的历史演进为视角》一文对于罗马法以来的“人格”概念进行了全面梳理,指出罗马法的“人格”与近代以来的“人格”截然二物,而伦理人是法律的价值源泉,是权利主体、人格权的诞生地。陈汉副教授《亲属法视野下的人格权冲突——以隐私权为视角》一文对于家庭成员之间的隐私权及其限制进行了比较分析,通过国内外案例的对照,认为,家庭成员相互之间的隐私保护应当受到更多限制,成员之间的知情权应当受到更多保护。张鹏副教授《个人征信语境下的信用权问题》一文对于现代征信体系下的个人信用权问题进行了探讨,相较于传统的信用权,个人征信体系下的个人信用权具有更多的积极权能,征信机构应当负担更多的举证责任,过错标准也要客观化。

肖像权三题

郭明瑞¹, 张玉东²

(1. 山东大学 法学院, 济南 250100; 2. 烟台大学 中欧侵权法研究院, 山东 烟台 264005)

摘要:肖像权是自然人享有的重要人身权。肖像利益是肖像权的客体,既包括人身利益也包括财产利益。角色形象不属于肖像权。肖像权包括肖像制作权、肖像使用权和肖像利益维护权。对肖像权的限制应限于法律明文规定。

关键词:肖像权客体;肖像权内容;肖像权限制

中图分类号:DF51 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2014)01-0033-07

收稿日期:2013-10-28

基金项目:中国法学会课题“《侵权责任法》适用问题研究”(CLS2012C52)

作者简介:郭明瑞,男,山东大学法学院特聘教授、烟台大学法学院教授,主要从事民商法研究;张玉东,男,烟台大学中欧侵权法研究院研究员、烟台大学法学院副教授,主要从事侵权法研究。

Three Issues on Portrait Right

GUO Ming-rui¹, ZHANG Yu-dong²

(1. Law School, Shandong University, Jinan 250100, China; 2. Sino-European Tort Law Institute, Yantai University, Shandong Yantai 264005, China)

Abstract: Portrait right is a very important Personal right of nature person. The interests of portrait are the object of portrait right, including both personal interests and property interests. The role of the image does not belong to portrait right. The content of portrait right includes the right of portrait making, using and the right of portrait protecting. The restrictions on portrait right should be limited to the law expressly provides.

Key words: the object of portrait right; the content of portrait right; the restriction of portrait right

肖像是一个人的形象再现,标志着一个人的形象,既是一个人的身份象征,又体现着一个人的人格。因此,肖像权是自然人享有的重要人身权。《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第100条明确规定:“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。”然而由于《民法通则》对于肖像权的规定过于简单,从而导致理论和实务上对于肖像权的客体、内容以及肖像权与其他权利冲突的解决等诸问题有不同的见解。鉴于肖像权在人身权法中占有重要地位,澄清这些问题,对于完善人身权立法及保护肖像权有重要意义,笔者拟就以下三个问题发表自己的浅见,以求方家指正。

一、关于肖像权的客体

肖像利益是肖像权的客体,肖像利益既包括人身利益也包括财产利益。肖像权的财产利益为自身利益所派生,因此肖像权从根本上仍属人身权而非财产权。肖像既然是自然人形象的再现,也就必然能够反映某一特定自然人的特征。但是能够反映某一自然人特征的形象或者说某一自然人特征的再现是否都属于肖像权呢?对此不无疑问。例如,自然人的声音以及身体的某一特定部位也能反映该人的形象,自然人对其声音及特定部位的再现也享有权利,但这并不属于肖像权。因此,应将肖像与自然人的其他形象区别开来。肖像须能再现自然人的面部特征,只有含有自然人面部特征的形象,才能称为肖像。如果属于并不含有自然人的面部特征但能够反映自然人的其他特征的形象,则其不属于肖像权的客体。但对此等形象利益的保护与肖像权的保护极其相似,因此,笔者认为,立法上可于肖像权的规定中加一条,说明对于声音等形象利益的保护准用关于肖像权的有关规定。这样既有利于明确肖像权保护的客体,也有利于节省立法资源。

肖像是以某种物质载体表现出来的自然人形象。尽管肖像不能离开某种物质载体而存在,但肖像绝不是固定自然人形象的物质载体。因此,在保护自然人的肖像权上应当将肖像与以某种方式固定自然人形象的物质载体区别开。肖像一经固定在某物质载体上,固定该肖像的物质载体就会成为一件作品,如绘画、雕塑、照片等。在这种情形下,作品的著作权、所有权与肖像权的主体不为同一人时会发生权利冲突。各项权利如何行使,何种情形下何种权利优先,应从立法上做出明确规定。笔者主张,在此情形下,当事人有约定的,依其约定;没有约定的,应依习惯;没有习惯的,应优先保护肖像权。也就是说,除另有约定或习惯外,肖像权应有限制著作权、所有权的效力。理由在于,在对民事权利的保护上,

人身权的位阶高于财产权,肖像权属人身权,理应优先给与保护。

肖像是自然人形象的再现。“再现”并不要求在物质载体中表现的形象与本人的真实形象百分之百的完全相同,因此,只要以某种方式在物质载体中表现出的形象能够使他人将其与特定的某人联想为同一人,就可构成“再现”。例如,以漫画表现的人物形象与本人的真实形象并非完全相同,但以该种方式表现的形象也应为肖像。但是,若固定在某种物质载体上的人物形象,使他人并不能够与特定某人联系起来,不能让人认定该形象表现的即为某人,则该形象不能认定为肖像予以保护。

肖像应是自然人形象的真实“再现”,而不是其他形象的“再现”。因此,演员表现的角色形象,尽管也会使人将该形象与特定的演员联系在一起,但它应不属于肖像权保护的范畴。表演者对表演的角色形象所享有的权利不属于肖像权。

就此,值得检讨的是六小龄童肖像权案。^①在本案中,六小龄童的扮演者章金莱起诉蓝港在线科技有限公司,称在未经自己同意的情况下擅自使用其塑造的角色形象作为游戏人物形象进行营销构成侵权,且由于其扮演的角色形象与个人形象的高度一致性,该角色形象应当纳入其肖像权的保护范围,蓝港在线科技有限公司的行为已经侵犯了其肖像权。该案经历了两级法院审理。尽管一、二审法院均未支持章金莱的诉讼请求^②,但两审法院的判决依据却有本质的不同。一审法院认为,“肖像权仅限于反映真实人物的形象特征,而章金莱塑造的‘孙悟空’形象非其本人肖像,因此,蓝港公司在网络游戏中使用‘孙悟空’形象的行为不构成对章金莱本人肖像权的侵犯。”二审法院则认为,“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。章金莱饰演的‘孙悟空’完全与其个人具有一一对应的关系,即该形象与章金莱之间具有可识别性。在相对稳定的时期内,在一定的观众范围里,看到其饰演的‘孙悟空’就能认出饰演者章金莱,并且答案是唯一的。因此,对于章金莱在西游记中的角色形象保护可认定为对其肖像权的保护。”

上述两审法院论证中的根本区别在于角色形象是否属于肖像,进而角色形象是否能为肖像权所涵盖并因此而受到保护。对此,笔者认为,角色形象是否属于肖像和角色形象是否应给与保护是两个问题,不应将其混为一谈。那么,角色形象是否属于肖像呢?从以上对肖像权客体的阐述,笔者认为角色形象无法为肖像权所涵盖。理由在于,肖像权仅应限于对自然人真实形象的“再现”,而演员在影视剧中的角色形象显然已添加了演艺元素,是根据剧情的安排而饰演的另一人物,这并不属于自然人真实形象的“再现”。因此,六小龄童肖像权案一审法院判决的论证可资赞同。

但角色形象无法通过肖像权予以保护并不代表法律不应对角色形象加以保护。对于角色形象是否应给予保护,答案是肯定的。二审法院对角色形象予以保护的态度是正确的,只是其选择的路径存在偏差。当然,这也并不意味着笔者不能理解二审法院的苦衷。因为在之前的司法实践中,对于角色形象的侵犯,法院是以角色形象不属于肖像权而判决原告败诉的。比如,在卓玛诉伊利公司等

^①以下关于本案的介绍均来自此报道。六小龄童肖像权案终审宣判——针对角色形象与自然人肖像权之间的关系法院首次进行了明确认定 <http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/06/id/1017226.shtml>,访问日期2013年9月30日。

^②在一、二审的判决中,一审法院以角色形象不属于肖像权为由而判决蓝港在线科技有限公司并未侵犯章金莱的肖像权;二审法院最终以蓝港公司所使用的“孙悟空”形象与章金莱饰演的“孙悟空”之间存在一定的区别,而认定蓝港在线并未侵犯章金莱的肖像权。

使用其父在影视作品中扮演的角色形象作广告侵害肖像权案^①中,一、二审法院均认为,演员在电影、电视中所饰演的角色不再是其本人形象,而是经过艺术加工的剧目角色形象。伊利公司奶茶粉广告采用思和森在电影《马可·波罗》中扮演的部落酋长贝克托剧照,不构成对思和森肖像权的侵犯。

笔者推测,六小龄童肖像权一案的二审法院恰恰可能是认识到了应改变对于角色形象不予保护的做法,才扩张解释了肖像权的内涵,以实现角色形象给与保护的自的。但此种扩张解释的方法显然值得商榷。

扩张解释,指法律条文之文义失之过于狭窄,不足以表示立法真意,乃扩张法律条文之文义,以求正确阐释法律意义内容之一种解释方法。但扩张解释虽扩张文义范围,但仍在法条可能文义的范围之内。^[1]而角色形象属于影视剧中的的人物形象,已非属真实自然人的肖像,角色形象并不能存在于肖像权所能涵盖的射程范围之内。因此,对于角色形象也就无法通过保护肖像权的方式予以保护。

既然如此,在我国现有法律体系下应如何对角色形象予以保护呢?对此,笔者认为有两种途径可供选用。其一,适用《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第2条。该条规定:“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益,包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”尽管角色形象不能为其中列举的18项权利包括,但其仍可被解释在“人身、财产权益”之中,从而获得侵权法的保护。其二,类推适用肖像权的保护方法。《侵权责任法》颁行之后,有一种观点认为,第2条中的“等人身、财产权益”中究竟包含哪些权益,应由最高人民法院作出解释,而不得由一般法院进行解释。依此观点,则在最高人民法院并未将角色形象解释为第2条中权益之一种时,角色形象不能通过此条的适用获得保护。同时,如上文所述,角色形象也不能通过扩张解释肖像权的方式受到保护。于此情形下,应认为对角色形象的保护存在法律漏洞。而角色形象与肖像权之间具有极强的相似性,前者为角色形象的再现,而后者为自然人真实形象的再现。故而,可以通过类推适用肖像权的保护方式而对角色形象予以保护。

需要指出的是,角色形象应受保护也并不意味着角色形象的利益归属就当然属于扮演该角色的演员,其利益归属应依据演员与制片方之间的约定而确定。

二、关于肖像权的内容

关于肖像权的内容或者说肖像权的权能,学者中主要有二元说、三元说及四元说等不同观点。二元说中有两种观点,一种观点认为肖像权的内容包括肖像使用权和肖像利益维护权^{[2]446},另一种观点认为肖像权的内容包括肖像制作权及肖像专用权^[3];三元说认为,肖像权的具体内容是制作专有权、使用专有权和利益维护权^[4];四元说认为,肖像权包括制作专有权、使用专有权、使用转让权和利益维护权^[5]。笔者赞同三元说。笔者认为,立法上应当确认肖像权包括肖像制作权、肖像使用权和肖像利益维护权三方面内容,具体理由也将在下文一并详述。

^①http://www.chinalawedu.com/news/1900/20/2003/11/li7631273634121113002123358_68768.htm,访问日期2013年9月30日。

(一) 肖像制作权

肖像制作权是指自然人有权决定制作或者不制作自然人的肖像。关于肖像制作权是否为肖像权的内容,学者中存在不同观点。一种观点认为,肖像制作权不是肖像权的权能,因为肖像权是以肖像为客体的权利,肖像尚未存在,也就不存在肖像权;肖像制作权是肖像权存在的前提条件,因为,未经本人许可而制作他人的肖像,不属于侵害肖像权,而应该属于侵害隐私权的范畴。这种观点有一定道理,我们在《民商法原理(一)》一书中也曾是持此观点的。^{[2]447}现在看来,这种观点应予修正。肖像制作权实质上是肖像的自主决定权。也就是说,肖像的制作权属于肖像权人所专有的,其可以决定自己制作肖像,也可以委托或允许他人制作肖像。依肖像制作权要求,不经本人同意不得制作其肖像,而不论制作人是否公开所制作的肖像。不可否认,未经本人许可擅自制作他人的肖像予以公开,可以构成侵害隐私权,但侵害隐私权的行为也并非不能构成侵害肖像权。日本学者五十岚清指出:“的确,即使偷偷地画恋人的肖像并进行收藏,只要不将其公开,就应该不存在肖像权的侵害问题。但是,随着隐私意识的逐渐提高以及摄影技术的过分发达,现在,仅仅因为摄了像,就可以考虑侵害了肖像权。”^[6]也正是从这个意义上,笔者不同意认为“在肖像权保护上应区分肖像的制作和公布,仅以秘藏为目的而制作他人肖像,并没有侵害肖像权人的利益,所以法律不应加以制止”^[7]的观点。因此,现在笔者主张,肖像制作权应该成为肖像权的一项内容。在立法上应该明确规定:自然人有权决定制作自己的肖像,未经本人同意不得擅自制作他人的肖像。也就是说擅自制作他人肖像的,可构成侵害肖像权。对于擅自制作肖像的,肖像权人有权请求其停止制作,销毁或归还制作载有其肖像的作品。

(二) 肖像使用权

肖像使用权是肖像权人使用和许可他人使用其肖像的权利。肖像使用权是肖像权的基本权能,包括两方面内容。其一是肖像权人有权使用自己的肖像,此为当然之意。肖像权人可以使用其肖像,也可以许可他人使用其肖像,但许可他人使用并不意味着转让肖像权,肖像权作为一种固有的人身权并不具有可转让性。事实上,许可他人使用也是自己使用的一种方式。因此,将肖像使用转让权单列为肖像权的独立的权能并无必要,这也是笔者不赞同肖像权四元说的理由。其二是肖像权人有权阻止他人未经允许而使用其肖像。有人认为,依《民法通则》第100条的规定,未经本人同意不得使用他人肖像仅限于以营利为目的的范围内,这种理解与立法目的相悖,是不妥的。从保护肖像权的目的上看,对于肖像的使用,不论是否以营利为目的,都应经本人同意。也就是说,凡未经肖像权人许可,除为肖像权人本人利益或社会公共利益外,任何利用他人肖像的行为,都属于侵害肖像权的行为,肖像权人有权请求其停止使用并要求赔偿损失。对此,立法上也应予以明确规定。

肖像权的使用并不以营利为必要。肖像权人可以非为营利的目的使用其肖像;也可以以营利为目的使用其肖像。以营利为目的使用肖像,也就是肖像权的商业化利用。在美国法上,将其归入 right of publicity,有学者将其翻译为公开权,也有学者将其翻译为形象权。形象权是指人们对自己的身份进行商业性使用的权利,其中的身份,包括人的姓名、肖像等等。^[8]但在我国是否有必要效仿美国将人格权的商业化利用单独规定为形象权呢?对此有不同的观点,笔者认为并无此必要。

一如前述,肖像使用权属于肖像权的一项重要内容,以营利为目的的肖像权使用同样囊括在肖像权之中,从而对权利人给予有效保护。如果对各具体人格权中的商业化利用部分单独规定为一项独立的权利,反倒会打破我国之前所确立的人格权体系。所以,从遵照立法传统的角度看,也无规定

形象权的必要。当然,是否规定公开权,仅关涉到对人格权的商业化利用权是单独规定予以保护,还是仍保留在原有人格权中予以保护。这属于保护权利的路径选择问题,如何选择并无对错之分。在肖像权人许可他人使用肖像用于商业活动时,肖像权人的形象与一定的商品或服务联系在一起,对消费者的消费行为起着引导作用。于此情形下,肖像权人应承担一定的社会责任,不得以其代言形象误导消费者。因此,笔者认为,在立法上,应当对肖像权人商业化利用其肖像的社会责任作出规定,并且应明确规定:肖像权人作为商品或服务形象的代言人,对商品或服务作虚假宣传的,应承担相应的民事责任。

在肖像权的使用上会涉及集体肖像权的使用问题。依王利明教授的观点,所谓集体肖像权是指个人的肖像并存于一个载体上,构成一个完整的、独立于个体的肖像。^[9]在集体肖像权中个人是否有肖像权,学者中也有不同观点。对此,笔者认为,个人对由其组成的集体肖像是享有权利的。但是否享有如个人肖像的肖像权,则应视其在集体肖像中是否能在正常情形下被加以辨识而定。如果能够加以辨识,则其在享有集体肖像权的同时也享有个人肖像权;反之则其仅享有集体肖像权,而无个人肖像权。集体肖像权的使用,由集体肖像权人决定,自不待言。问题是未经集体肖像权人全体同意而使用集体肖像的,其中的某个人可否主张侵权其肖像权呢?对此,有肯定说和否定说两种意见。笔者持肯定意见。但是其主张侵犯肖像权的基础会因为其是否能够被从集体肖像中加以辨识而存在不同。如果可以辨识,则其可以直接主张侵犯其肖像权;如果无法被辨识,则其可基于集体肖像权而主张行为人侵权。当然,这里也存在另外一个问题,在某人肖像无法被辨识的情形下,如果集体肖像权中的其他主体都同意该肖像由他人使用,而仅其中的一个人不同意,其可否主张肖像权受到侵害?笔者认为,此种情形下该人也同样可以主张肖像权受到侵害,只是其请求救济的方式仅局限于损害赔偿。因为在此情形下,涉及到肖像权人之间的利益衡量问题,不能因为一人的反对而令其他肖像权人无法实现其权利。综上,笔者认为,立法上也应明确规定:未经全体肖像权人同意而使用集体肖像权的,肖像权益受侵害的,可根据情况由权利人主张停止使用、赔偿损失等救济措施。

(三) 肖像利益维护权

肖像利益维护权是指肖像权人有权维护自己的肖像不受毁损。肖像权是肖像权人专属的权利,不仅肖像权人可以拥有载有自己的肖像的作品,他人也可以拥有固定有其肖像的作品。但不论何人拥有载有肖像的作品或物质载体,肖像权人都无权阻止他人对其肖像实施毁损行为。因为对肖像的任何歪曲、丑化、玷污、毁损,都会损害肖像权人的形象。因此,在立法上应明确肖像权人的肖像维护权,禁止任何有意歪曲、丑化、玷污或毁损他人肖像的行为。当然,无意地玷污或毁损他人肖像的,不构成侵权。

有学者主张,肖像权的内容还应包括禁止侵害权。禁止侵害权实际上是肖像权的消极权能,当然为肖像权的内容。但笔者认为,肖像权的上述三项内容都既包括积极权能方面也包括消极权能方面,已经将禁止侵权权能包括在内,因此,没有必要单独规定肖像权的禁止侵害问题。

三、关于肖像权的限制

从肖像权的内容可知,未经肖像权人同意,他人不得擅自制作和使用其肖像,但肖像权人的这一权利不能是无限制的。基于社会公共利益或本人利益的需要,在某些情况下,未经肖像权人同意而擅自制作和使用肖像,并不构成对肖像权的侵害。这也就是对肖像权的限制。有学者将其称之为肖像权

的合理使用。

肖像权的限制实际上是在肖像权的保护与社会公共利益、公众利益之间的一种平衡,既不应扩大社会公共利益、公众利益的范围而扩大对肖像权的限制,也不应减缩社会公共利益、公众利益的范围而减缩对肖像权的限制。因此,在立法上应当对于擅自制作、使用他人肖像而又不构成侵害肖像权的行为作出明确规定,否则不利于对肖像权的保护。例如,未经患者同意利用患者治愈前后的照片,以宣传医疗经验的,该行为是有益社会的,但能否就认定该行为属于为社会公共利益而不构成侵害肖像权呢?对此就有绝对相反的两种不同观点。笔者认为,立法上应对肖像权的限制作规定,确认有以下情形之一的,不构成对肖像权的侵害。这些情况包括以下几种:

第一,基于社会公共安全的目的,可以不经本人同意而制作和使用其肖像。例如,公安等有关部门为追捕罪犯而制作和使用犯罪嫌疑人的肖像,为调查犯罪而制作或使用他人肖像,为监视交通违法行为设置装置拍摄超速驾驶司机及其同乘人的照片等,经合法程序在公众活动场所设置摄像头正当拍摄有关画面并在必要时使用等。现有很多商场、购物中心都安装有摄像头,此种拍摄是否侵犯了购物者的肖像权?对此,应认为此种拍摄一方面可防止不法分子为不法行为侵犯商家利益,如偷窃商品,另一方面也具有监视不法分子对其他购物者甚至整个购物公共场所造成损害的功能,因此不应认定其侵犯了公众的肖像权。

第二,基于新闻报道和舆论监督的需要,可以不经本人同意而制作和使用其肖像。例如,为报道某些事件或者为报道某种违法或有违公序良俗的行为而制作、使用当事人或行为人的肖像。但这种使用必须具有真实性、公益性、正当性。这里需要探讨的是,现实生活中拍客的许多拍摄行为应该如何认定?对此,如果其拍摄行为是为了揭露社会的丑恶现象,以唤醒公众的良知,则其行为可不认为侵犯对方的肖像权。而如果拍客仅仅是为了个人原因而拍摄他人,则构成肖像权的侵犯。

第三,在公共活动场所所拍摄公众活动场面或场景、风景。这种情形下,只要不是以某特定人为主要对象,或者某人在该场景中处于非突出或非重要位置,该拍摄行为不构成侵害肖像权。但拍摄的画面超出一般人的容忍程度的,可构成侵权。

第四,正当执行职务中使用他人的肖像。例如,组织人事部门在干部人事管理中使用当事人的肖像,司法机关在司法活动中为证据的提供使用他人肖像等,只要这种使用是正当执行职务所必须的,就不构成对肖像权的侵害。

第五,基于社会公益宣传的需要而使用公众人物的肖像。例如,为宣传公众人物的社会活动而使用其肖像,虽未经其同意也不构成侵权。作为公众人物,公众对其活动有知情权,基于公众知情权,公众人物的肖像权也须受必要的、较普通人更多的限制。但若为不正当的目的而擅自制作、使用公众人物的肖像,也可构成侵权。

第六,为科学文化研究和文化教育目的在必要范围内正当使用他人肖像。例如,在讨论疑难疾病的治疗方案和案例中使用相关患者的肖像,在教研资料中使用相关人物的肖像等,不构成侵权。但为宣传教育质量、教育水平或医疗经验、医疗水平,未经本人同意而使用他人肖像的,可构成侵权。

第七,为本人利益而使用其肖像。例如,为寻找失踪人而使用失踪人的肖像,在庭审中为了受害人的利益而使用受害人的肖像以作为证据,等等。

尽管存在上述七种列举,似乎可以解决肖像权的合理使用问题。但是,在现实生活中,对于肖像的使用是否属于新闻宣传或公共利益的范围仍旧存在争议。比如,上文提及的未经患者同意利用患者治愈前后的照片宣传医疗经验的案件,对是否应属于基于公共利益就发生了争议。刘翔诉《精品指南》报

社案,对是否属于新闻报道也产生了极大的争议。对此,本文仅以著名央视主持人陈铎和李振盛诉山西中远威药业公司一案^①进行分析并做说明。在该案中,原告陈铎和李振盛参加了被告中远威公司赞助的一项摄影比赛,而二者接受颁奖时的照片被拍摄并用在了中远威公司一本彩色广告宣传画册中。法院认为,此次摄影比赛是一次具有公益性质的社会活动,陈、李二人应邀参加并出席开幕式,已成为该活动的成员。特别是二人公开的摄影留念活动,与该比赛密切相关,完全有可能向社会公开传播,只要方式得当,宣传、评价此次公益活动时的照片应被许可,也是肖像权人所应事先预知。且画册中的照片并未对原告形象贬损、歪曲,同时公司对该照片的适用主要目的是介绍自己赞助的比赛,不具有直接赢利目的,不构成侵权。笔者认为,法院所认定的由于原告参加的是公益活动,他人使用该照片就不构成侵权的理由是不能成立的。参加公益活动与照片基于何种目的而使用是两个问题。因为,即便是基于公益活动,但却以营利为目的而使用公益活动的照片,则仍旧构成侵权;反之,如果参加公益活动,而为了新闻报道而使用该照片,则不构成侵权。所以,本案的关键点不在于参加活动是否为公益,而在于照片的使用是否基于公益、或是否属于正常的新闻报道。而对此的判断,应依社会普通人之观点认定。本案宣传册中对照片的使用,显然是为了宣传企业自身形象,从而获得社会认可而增加企业盈利,而并非如新闻报道呈中立态度而报道事实。所以,笔者认为,本案中的法院判决并不恰当。因此,判断公益或新闻报道与否的关键点,在于肖像使用的目的,而这一目的的判断应以社会一般人视角为标准。

参考文献:

- [1] 梁慧星. 民法解释学[M]. 北京:中国政法大学出版社,1995:222.
- [2] 郭明瑞,房绍坤,唐广良. 民商法原理:一[M]. 北京:中国人民大学出版社,1999.
- [3] 张俊浩. 民法学原理[M]. 北京:中国政法大学出版社,2000:149-151.
- [4] 王利明,杨立新. 人格权与新闻侵权[M]. 北京:中国方正出版社,2010:271-272.
- [5] 杨立新. 人格权法[M]. 北京:法律出版社,2011:447-448.
- [6] 五十岚清. 人格权法[M]. 北京:北京大学出版社,2009:134.
- [7] 龙显铭. 私法上人格权之保护[M]. 北京:中华书局,1948:98.
- [8] 李明德. 美国形象权法研究[J]. 环球法律评论,2003(4):87-104.
- [9] 王利明. 人格权法研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2005:469.

(责任编辑 陶舒亚)

^①案件情况的具体介绍,详见董秋云:《肖像权行使也有限制》,载《检察日报》2000年7月6日第5版。