

2017年12月21日

环球法律专递

GLO Legal Updates



“形象权”在中国法下的适用途径探析——写在新修订的《反不正当竞争法》即将实施之际

作者：张宏斌 | 王维多

一、需要探析的法律问题

根据世界知识产权组织（WIPO）的定义，“Right of Publicity”（通常被译作“形象权”或“公开权”，本文译作“形象权”）作为角色商品化权（Character Merchandising）的一种具体类型，是指与真实人物（主要是艺人等知名人士）身份 / Identity 相关联的姓名、肖像、外形、声音等可以产生商业化利益的元素所包含的权利或权益。【1】

在娱乐产业全球化的背景下，在处理与国外艺人相关的知识产权协议中，经常会遇

到基于艺人的“Right of Publicity” / “形象权”这个“权利”而授予的许可。考虑到“形象权”并不是我国法下一个法定的权利，那么理解“Right of Publicity”在所适用的法律下（如美国某一个州的法律）的范围对于被许可一方具有实际的履约上的意义；同时，对于在中国发生的超出许可范围的未经授权的行为，国外艺人或其授权主体要根据中国法律进行维权，就必须根据中国法律来解构“形象权”，选择适用的法律依据——这些实务问题有必要思考和探讨。

二、“Right of Publicity”的含义

（一）形象权（Right of Publicity）具有财产属性——区别于人格利益

形象权（Right of Publicity）是一项基于普通法而不断发展和完善的权利，且美国已有些州通过成文法的方式将形象权（Right

of Publicity) 列为一项成文法规定的“权利”。形象权 (Right of Publicity) 可以被理解为自然人对于其身份 (identity) 进行控制和获得收益的权利。【2】这项“权利”系从隐私权 (Right of Privacy) 中分离出来, 逐渐发展为与“隐私权”相独立的“权利”, 其区别于“隐私权”所保护的人格权益, 而更多的具有了财产权属性。

例如, 在 *Haelan* 案中, 法院认为, 对于公众人物而言, 将其照片公开进行商业化使用可能不会侵犯其隐私权, 但却会损害其期得的经济利益:

“A man has a right in the publicity value of his photograph, i.e., the right to grant the exclusive privilege of publishing his picture, ... This right might be called a ‘right of publicity’. For it is common knowledge that many prominent persons (especially actors and ball-players), far from having their feelings bruised through public exposure of their likenesses, would feel sorely deprived if they no longer received money for authorizing advertisements, popularizing their countenances, displayed in newspapers, magazines, busses, trains and subways. This right of publicity would usually yield them no money unless it could be made the subject of an exclusive grant which barred any other advertiser from using their pictures.” 【3】

(二) 形象权的保护范围——以能够识别该自然人身份 (identity) 为标准, 并保持开放性

关于形象权涉及的标的范围, 对于能够指向该自然人、导致公众将商业化的产品或服务与该自然人的身份联系起来任何元素, 包括自然人的姓名、声音、签名、照片、形象、生平事迹等, 都可以被纳入到形象权所保护的范围内。

例如, 在 *Midler v. Ford Motor Co.* 案中, 对于被告模仿原告声音 (而并非直接使用原告声音) 宣传被告产品的行为, 法院表示, “When a distinctive voice of a professional singer is widely known and is deliberately imitated in order to sell a product, the sellers have appropriated what is not theirs and have committed a tort in California.”

在 *Motschenbacher* 案中, 被告使用了知名赛车选手 (原告) 的赛车照片对被告产品进行广告宣传, 尽管照片中并没有显示赛车手本人的形象, 且照片中的赛车号码和细微装饰也已经被被告修改, 法院仍然认为, 被告展示的赛车具有较强的可识别性, 仍能指向该名赛车选手 (原告), 使得公众认为被告所宣传的产品与该名赛车手 (原告) 存在关联。【4】

在 *White v. Samsung* 一案中【5】，原告 Vanna White 是知名电视节目“Wheel of Fortune”的主持人，被告 Samsung 在其产品广告中使用了发型、服饰等装扮与原告极为相似的机器人形象，以及“Wheel of Fortune”节目中曾经常出现的游戏屏幕；原告主张被告侵害了其形象权，但被告认为，依据所适用的法律条款【6】，被告并未使用原告的“name, voice, signature, photograph, or likeness”。然而法院认为，对于“Right of Publicity”的保护不能限制在对以上元素的狭义定义的范围内，将被告所使用的各项元素综合起来，可以认定被告使用了原告的“identity”（身份），侵害了原告的形象权。

（三）形象权的保护期限

关于形象权的保护期限，没有统一的规定，一般至少会持续到该自然人死亡后的一段时间，例如，根据美国加利福尼亚州民法典 §3344.1(g) 条的规定，“Right of Publicity”的保护期限持续至该自然人死亡后的 70 年。

（四）侵害形象权的判断标准

在前述的 *White v. Samsung* 一案中【7】，法院总结了侵害形象权的法律构成要件：
(1) 被告使用了原告的“身份”；(2) 被告获得

了利益，商业上的或者其他利益；(3) 未经原告同意；(4) 造成了损害。

（五）对“形象”的合理使用不构成侵权

在认定是否侵害形象权时，被告可以基于合理使用主张不侵权抗辩，例如，为新闻报道的目的，在报道所必需的范围内使用相关人物的姓名、形象等元素【8】，或为了非商业性的目的进行戏仿（parody）。

【9】

三、解构“形象权”以在中国法下适用

我国法律并未明确将真实人物的“形象权”规定为一项类似于著作权的民事权利。尽管根据《民法总则》（2017）第一百一十条第一款的规定，自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利，但按照上述对于“形象权”宽泛的理解，其涵盖范围要宽于《民法总则》（2017）第一百一十条第一款界定的“姓名权”和“肖像权”——例如，自然人的声音、生平事迹、特殊的形象或神态等不属于《民法总则》明确列举的权利，但她们又可能是与自然人身份相关联的元素。这些元素在中国法下是否应当予以保护，或者说，更为进一步的问题是：如何进行保护？

（一）对于使用肖像的情形

对于使用肖像的情形，可以根据《民法总则》（2017）第一百一十条第一款列举的“肖像权”作为请求权基础。例如，在章金莱与蓝港在线一案中，【10】法院阐明了保护肖像权的目的：“法律认可来自个人投资和努力演绎出的形象所具有的商业上的价值，当被他人擅自使用时，不仅仅侵犯肖像权上承载的人格尊严，也侵犯了权利人自己使用或者许可他人使用的财产上之利益。这样不仅会降低回报，挫伤权利人积极投入和努力创造的动力，最终还会影响广大公众从中受益。”

在上述案件中，在具体侵权判断的标准上，法院似乎采用了“肖像相似”加“识别身份”两个构成要件，例如，法院认为：“当某一角色形象，能够反映出饰演者体貌特征并与饰演者具有可识别性的条件下，将该形象作为自然人的肖像予以保护，是防止对人格权实施商品化侵权的前提。”

（二）对于使用姓名的情形

对于使用自然人姓名的情形，可以根据《民法总则》（2017）第一百一十条第一款列举的“姓名权”作为请求权基础。例如，在乔丹案里，【11】最高法院认为：“自然人就特定名称主张姓名权保护的，该特定名称应当符合以下三项条件：其一，该特定名称在我国具有一定的知名度、为相关

公众所知悉；其二，相关公众使用该特定名称指代该自然人；其三，该特定名称已经与该自然人之间建立了稳定的对应关系。”

（三）使用其他可归属于自然人身份的元素

对于其他可归属于自然人身份的元素，我国法律并没有规定为法定的“权利”，但司法实践亦曾通过个案给予保护，并有时将之称为“商品化权”——尽管法律条文并没有规定这个“权利”。

而 2018 年起即将实施的修订后的《反不正当竞争法》（2017 修订）第六条第（四）项规定，“经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：（四）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。”可以预期，通过该项规定，可以将这些元素根据《反不正当竞争法》予以一定程度的保护：参照前述第 2.4 部分中侵害“Right of Publicity”的构成要件，与上述反法第六条第（四）项的规定相比较：要件（1）“被告使用了原告身份（identity）”与该条款“引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系”相近似；要件（2）“商业化使用”即反法所规制的“生产经营活动”；要件（3）“未经许可”，以及要件（4）“对原

告造成损害”亦为反法该条款所暗含的应有之义。

综合以上探析，对于自然人身份元素的保护不仅仅局限于基于我国法律明文规定的姓名权和肖像权。随着新的反不正当竞争法的实施，自然人（特别是知名艺人、明星等）的声音（无论是否是其本人的声音）、独特造型、生平事迹等能够指向该自然人的元素都可能会依据《反不正当竞争法》（2017）第六条第（四）项的规定给予一定程度的保护。可以预期，在新的《反不正当竞争法》实施后，“Right of Publicity”（“形象权”）这项“权利”可以在中国法下得到更大程度的保护。

尾注：

1. “Character merchandising can be defined as the adaptation or secondary exploitation, by the creator of a fictional character or by a real person or by one or several authorized third parties, of the essential personality features (such as the name, image, or appearance) of a character in relation to various goods and/or series with a view to creating in prospective customers a desire to acquire those goods and/ or to use those services because of the customer’s affinity with that

character... With respect to real persons, the rights attached to, inter alia, the name image, or appearance of a real person may be referred to as ‘personality rights’ or ‘publicity rights’.”

See, WIPO: CHARACTER MERCHANDISING, WO/INF/108, December 1994. Available at: http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/wo_inf_108.pdf.

2. 例如，加州民法典第 3344 条有规定，任何人未经许可使用他人的姓名、声音、签名、照片或其他可归属于该人身份的元素，并用于产品或服务中，或用于对产品或服务的营销或推广中，都应对任何损害后果承担法律责任。

3. See, Haelan Laboratories Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).

4. See, Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co. 498 F.2d 821 (9th Cir. 1974).

5. See, White v. Samsung Electronics America, Inc., 508 U.S. 951 (1993).

6. California Civil Code §3344 (a), “Any person who knowingly uses another’s name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods or services, without such person’s

prior consent, or, in the case of a minor, the prior consent of his parent or legal guardian, shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof.”

7. See, supra note 6.

8. 例如，在 *New Kids* 案中，法院认为，“Both *The Star* and *USA Today* reference the *New Kids* only to the extent necessary to identify them as the subject of the polls; they do not use the *New Kids*’ distinctive logo or anything else that isn’t needed to make the announcements intelligible to readers [and] nothing in the announcements suggests joint sponsorship or endorsement by the *New Kids*.” See, *New Kids on the Block v. News America Publishing*, 971 F.2d 302 (9th Cir. 1992).

9. 例如，在前述的 *White v. Samsung* 案中，对于被告的“戏仿”抗辩，法院未予认可，因为被告的使用行为系商业化使用，而非“戏仿”，具有明显的营利目的。See, *White v. Samsung Electronics America, Inc.*, 508 U.S. 951 (1993).

10. 见（2013）一中民终字第 05303 号民事判决书。

11. 见（2016）最高法行再 26 号行政判决书。

张宏斌 律师为环球律师事务所常驻北京的合伙人，执业领域为知识产权诉讼和争议解决。

邮箱：zhanghongbin@glo.com.cn

王维多 为环球律师事务所北京办公室的律师助理，主要从事知识产权法律业务。

邮箱：victoria.wang@glo.com.cn

版权. 环球律师事务所保留对本文的所有权利。如需转载，请注明作者姓名、作者单位以及文章来源，并保证文章的完整性。

免责. 本文及其内容并不代表环球律师事务所对有关法律问题的法律意见，同时我们并不保证将会在载明日期之后继续对有关内容进行更新，我们不建议读者仅仅依赖于本文中的全部或部分内容进行任何决策，因此造成的后果将由行为人自行负责。如果您需要法律意见或其他专家意见，我们建议您向具有相关资格的专业人士寻求专业帮助。



微信号：[globallawoffice](https://www.glo.com.cn)