

§ 民法典编纂系列专题: 人格权法编 §

# 论肖像的可识别性及其判断

王叶刚

**摘要:** 肖像具有可识别性是其受到法律保护的前提条件, 不论是权利人请求行为人承担侵害肖像权的责任, 还是权利人积极利用其肖像权, 都以其肖像具有可识别性为前提。在判断肖像是否具有可识别性时, 对于直接展现个人形象的肖像载体而言, 可以通过将其与权利人对比的方式予以认定; 对于非直接展现个人形象的肖像载体而言, 应考虑权利人的社会知名度、社会交往范围, 同时结合相关肖像载体所配文字、图片等, 综合判断其是否具有可识别性。

**关键词:** 肖像权; 肖像; 可识别性

**中图分类号:** DF529   **文献标志码:** A   **文章编号:** 1006-0766 (2018) 03-0027-05

## 一、问题的缘起

《最高人民法院公报》曾刊登了“叶璇诉安贞医院、交通出版社广告公司肖像权纠纷案”, 该案案情大致如下: 原告叶璇曾在中国人民解放军空军总医院星源激光医疗中心就脸部先天的青黑色斑痕进行治疗, 治疗效果良好, 后原告发现被告出版发行的《北京交通旅游图》上刊登了安贞医院的广告, 该广告中使用了原告治疗脸部斑痕前后对比的照片作为病案, 因此, 原告请求被告承担侵害肖像权的侵权责任。法院认为, 肖像应当能够再现个人的相貌等综合特征, 并能引起一般人产生与某一自然人有关的思想或感情活动, 否则不能称为肖像。原告所诉的这张照片, 只有脸上的鼻子和嘴部分, 不是完整的特定人形象, 不能引起一般人产生与特定人有关的思想或感情活动, 不是法律意义上的肖像, 因此驳回了叶璇的请求。<sup>①</sup>

该案属于肖像权纠纷, 当事人争议的焦点之一在于, 被告在其广告中所使用的原告的脸部部分照片是否属于肖像, 能否受到肖像权的保护, 这实际上是肖像的可识别性问题, 即借助一定的表现形式从某载体中识别出本人。<sup>②</sup>从我国司法实践来看, 大量的肖像权纠纷都涉及肖像的可识别性问题。<sup>③</sup>从我国现行立法来看, 《民法通则》《侵权责任法》《民法总则》等虽然对肖像权作出了规定, 但并没有对肖像的可识别性作出规定。在此需要探讨的是, 具有可识别性是否为肖像保护的必要条件? 如果行为人所利用的肖像确为权利人的肖像, 但该肖像并不具有可识别性, 行为人的行为是否构成侵权? 与此相关的问题在于, 如何判断肖像的可识别性? 究竟应当以社会一般人能够识别该肖像作为判断标准, 抑或应当以权利人个人能够识别该肖像作为判断标准?

## 二、具有可识别性是肖像受到法律保护的前提条件

从比较法上看, 不论是德国的肖像权, 还是美国的公开权, 都将具有可识别性作为肖像保护的前

作者简介: 王叶刚, 中央民族大学法学院讲师 (北京 100081)

① 《最高人民法院公报》2003年第6期。

② 张红《人格权各论》, 北京: 高等教育出版社, 2016年, 第154页。

③ 具体参见“陈某某诉广州广大医院有限公司肖像权、名誉权纠纷案”, 广东省广州市荔湾区人民法院(2017)粤0103民初4469号民事判决书; “崔永元诉北京华麟企业(集团)有限公司侵害肖像权、名誉权案”, 北京市朝阳区人民法院(1999)朝民初字第4247号民事判决书; “广州网易计算机系统有限公司与叶某肖像权、名誉权纠纷上诉案”, 北京市第三中级人民法院(2017)京03民终11286号民事判决书; “蓝某某诉天伦王朝饭店有限公司等肖像权、名誉权案”, 北京市东城区人民法院(2002)东民初字第6226号民事判决书; “梁某某诉汤森南京酒店管理有限公司肖像权、名誉权纠纷案”, 江苏省南京市江宁区人民法院(2017)苏0115民初8451号民事判决书。

提条件。例如,在德国,肖像在性质上属于一个人的外在形象,是个人外在形象的一种复制,作为肖像权所保护的客体,肖像应当具有可识别性,即通过肖像本身的外在轮廓等能够确定主体的身份。<sup>①</sup>美国《田纳西州法典》第47-25-1102条对公开权的保护作出了规定,该条第5款规定将照片定义为个人运动的或者静止的摄影作品,并且该个人应当具有可识别性。就公开权而言,只要某一行为使用的人格要素能够充分识别具体的个人,则可以判断即构成对他人公开权的侵害。<sup>②</sup>据此,对个人肖像的利用也必须使他人能够从照片或者其他描述中知道具体的个人,才能构成对公开权的侵害。<sup>③</sup>从我国前述司法实践来看,法院一般都将具有可识别性作为肖像保护的前提条件,此种立场值得赞同,具有可识别性应当是肖像受到法律保护的前提条件,主要理由在于:

一方面,这是肖像权标表型人格权的权利属性所决定的。所谓标表型人格权,是指权利人基于其“标表符号”所享有的人格权,标表型人格权包括姓名权和肖像权。<sup>④</sup>按照某些学者的观点,肖像权之所以受到法律保护,主要是基于如下原因:一是自我决定权的发展,按照自我决定权,个人有权决定其私人事务,肖像是个人私人生活的一部分,个人应当有权自主决定其肖像在何时、何地公开或者利用;二是现代科学技术的发展,尤其是摄影摄像技术的发展,使得个人的肖像具有无限的可复制性和再现性,这给个人控制其肖像的利用带来了潜在的危险,而肖像是个人人格的重要体现,对外代表个人的形象,肖像的不当利用可能使外界对个人产生不正确的个人印象,有损个人的人格尊严,这就需要赋予个人肖像权,使个人能够控制其肖像的利用行为。<sup>⑤</sup>笔者认为,肖像的公开和利用之所以成为个人的私人事务,并成为个人人格的重要体现,根本原因在于其具有可识别性。也正是基于这一原因,肖像也才能与个人的人格尊严发生关联。人格权制度的基本功能在于对个人的人格尊严进行保护,<sup>⑥</sup>肖像权也不例外。如果某肖像不具有可识别性,则在行为人对该肖像进行污损或者利用时,相关主体也很难证明其人格尊严因此受到了侵害。

另一方面,肖像具有可识别性也是肖像权消极保护和积极利用的前提。按照传统观点,人格权在在效力上仅具有消极防御的效力,并不包含积极利用的权能,最初只是受到侵权法规则的保护。<sup>⑦</sup>随着经济社会的发展,尤其是随着人格权商业化利用实践的开展,人格权的内涵和效力出现了扩张,部分人格权不再属于消极防御性的权利,而开始具有积极利用的权能。<sup>⑧</sup>肖像权的效力也体现为消极防御与积极利用两个方面,但不论是肖像权遭受侵害后的保护,还是权利人对肖像权的利用,都以肖像具有可识别性为前提:在行为人污损肖像或者未经许可利用某肖像时,如果该肖像不具有可识别性,则无法与权利人的身份产生关联,权利人也无权请求行为人承担侵权责任。例如,在“章金莱与蓝港在线(北京)科技有限公司肖像权、名誉权纠纷上诉案”中,法院认为,只要被告所利用的形象能够反映原告的相貌特征并且能够与原告建立联系,则应当受到肖像权的保护,在具体判断可识别性时,如果行为人的利用行为达到产生误认或者混淆的程度,即可认为具有可识别性,即构成对他人肖像权的侵害。<sup>⑨</sup>如果行为所使用的肖像不具有可识别性,则无须承担侵害肖像权的责任。权利人对肖像权进行积极利用的前提是权利人对其肖像享有专属性的控制权,如果某肖像不具有可识别性,则该肖像与权利人之间的身份关联将被阻断,权利人无法享有对该肖像的专属性控制权,相对人可以自由利用该肖像,而无须与权利人订立肖像权许可使用合同,权利人对肖像的积极利用也无从谈起。

① GRUR, 1966, 102 (102).

② Motschenbacher v. RJ Reynolds Tobacco Co., 498 F.2d 821 (9th Cir. 1974); Waits v. Frito-Lay, Inc., 978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992).

③ Huw Beverley-Smith, *Privacy, Property and Personality: Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation*, New York: Cambridge University Press, 2005, p. 69.

④ 张俊浩主编《民法学原理》(修订第三版)上册,北京:中国政法大学出版社,2000年,第146-151页。

⑤ Hartl Michael, *Persönlichkeitsrechte als verkehrsfähige Vermögensgüter*, Konstanz: University of Konstanz, 2004, S. 22.

⑥ 王利明《人格权法中的人格尊严价值及其实现》,《清华法学》2013年第5期,第5-6页。

⑦ 刘召成《人格权主观权利地位的确立与立法选择》,《法学》2013年第6期,第27页。

⑧ 王泽鉴《人格权法》,台北:三民书局,2012年,第302页。

⑨ 北京市第一中级人民法院(2013)一中民终字第05303号民事判决书。

### 三、肖像可识别性的具体判断

#### (一) 肖像可识别性判断的主体标准

关于肖像可识别性判断的主体标准,有学者认为,应当按照社会一般人的标准加以判断,也就是说,对于某肖像载体,如果其内容能够引起一般人产生与特定个人有关的联想,则其就具有可识别性,反之,就不应当具有可识别性,该载体也很难称为肖像。<sup>①</sup>从我国司法实践来看,关于肖像可识别性判断的主体,法院的立场并不一致,具体而言:

一是社会一般人的标准。多数法院认为,应当按照社会一般人的标准判断肖像是否具有可识别性。例如,在“蓝某某诉天伦王朝饭店有限公司等肖像权、名誉权案”中,法院认为,被告所使用的涉案剧照利用了原告的识别性特征,一般公众不仅可以识别出该剧照是电影《茶馆》中的镜头,而且可以分辨出饰演“秦二爷”角色的表演者是原告,因此,原告对该剧照享有肖像权。<sup>②</sup>再如,在“梁某某诉汤森南京酒店管理有限公司肖像权、名誉权纠纷案”中,法院认为,“汤森公司使用的照片为梁某某胸部以上照片,且用卡通兔图案将梁某某面部完全遮盖,一般人均无法识别该照片为梁某某,故汤森公司并未侵犯梁某某的肖像权”。<sup>③</sup>

二是权利人或者社会一般人标准。有的法院认为,在判断肖像是否具有可识别性时,应当以权利人或者社会一般人能否识别出权利人为判断标准。例如,在“陈某某诉广州广大医院有限公司肖像权、名誉权纠纷案”中,法院认为,在判断某张照片是否为某人的肖像照片时,并不当然需要借助科学技术手段予以证实,对权利人和社会公众而言,一般只能通过肉眼对照片加以识别。<sup>④</sup>当然,在何种情形下应当采用社会一般人标准,在何种情形下应当采用权利人标准,法院并没有作出具体说明。

三是特定范围内的特定主体标准。有的法院认为,在判断肖像是否具有可识别性时,应当以一定范围内的主体作为判断标准。例如,在“章某某与蓝港在线(北京)科技有限公司肖像权、名誉权纠纷上诉案”中,法院认为,在判断章某某对孙悟空形象是否享有肖像权时,应当以一定范围的观众能否从孙悟空形象中识别出章某某作为识别标准。<sup>⑤</sup>

法院的上述做法均有一定的合理性,但完全以社会一般人能否识别某肖像作为肖像可识别性判断的主体标准并不妥当,因为每个人的社会知名度不同,对非公众人物而言,即便行为人利用其照片、录像等肖像,社会一般人也很难将该肖像与权利人联系在一起,一概按照社会一般人的标准作为肖像可识别性判断的主体标准,可能不利于保护权利人的利益。例如,在前述“叶璇诉安贞医院、交通出版社广告公司肖像权纠纷案”中,即便被告使用了原告完整的面部照片,社会一般人也很难予以识别。一概以权利人能否识别某肖像作为肖像可识别性判断的主体标准也不妥当,尤其是在行为人以漫画、雕塑等形式使用某肖像时,在权利人对此类肖像载体主张肖像权时,行为人很难举证推翻该主张。例如,在前述“章某某与蓝港在线(北京)科技有限公司肖像权、名誉权纠纷上诉案”中,被告在网络游戏中使用孙悟空的形象,如果一概以原告能否识别作为肖像可识别性的判断标准,显然会不当扩大肖像的范围,不利于保护个人的行为自由。一定范围内的特定主体标准介于社会一般人标准与权利人标准之间,但应当以何种范围的主体作为可识别性的判断标准,并不明确。笔者认为,在判断肖像的可识别性时,应当区分如下两种情形,分别予以认定:

一是以直接展现个人形象的方式利用肖像,如通过照片、录像、电影等方式直观展现个人形象的方式利用个人肖像。对于此种情形,可以直接将权利人或者其肖像与涉案肖像进行对比,必要时可以

<sup>①</sup> 张红 《肖像权保护中的利益平衡》,《中国法学》2014年第1期,第269页。

<sup>②</sup> 参见北京市东城区人民法院(2002)东民初字第6226号民事判决书。

<sup>③</sup> 参见江苏省南京市江宁区人民法院(2017)苏0115民初8451号民事判决书。其他相关裁判文书参见“马某欣诉深圳市某某文化传媒有限公司肖像权纠纷案”,广东省深圳市龙岗区人民法院(2017)粤0307民初3335号民事判决书“施某某、张某某、桂某某诉徐某某肖像权、名誉权、隐私权纠纷案”,《最高人民法院公报》2016年第4期。

<sup>④</sup> 参见广东省广州市荔湾区人民法院(2017)粤0103民初4469号民事判决书。

<sup>⑤</sup> 参见北京市第一中级人民法院(2013)一中民终字第05303号民事判决书。

借助技术分析手段,判断其是否属于该权利人的肖像。从司法实践来看,有的法院也采用了此种方法。例如,在“张某某诉阆中阿蓝整形美容诊所有限公司肖像权纠纷案”中,在判断涉案照片是否为原告的肖像时,法院直接将涉案照片与原告本人的身份证照片相比对,并结合原告提交的百度拷屏图片,最终认定涉案照片为原告本人照片。<sup>①</sup>在该案中,被告在其商业宣传中使用了涉案照片,由于照片能够直观展示个人形象,因此,并不需要采用社会一般人的标准或者权利人标准认定其是否属于原告的肖像,而可以直接将其与原告照片进行对比,予以认定。

二是以非直接展现个人形象的方式利用肖像。此种情形又可以区分为对照片、录像等直观展示个人形象的载体进行加工后的利用行为,以及以其他艺术手段利用个人形象的行为,前者如对个人肖像进行模糊处理、运用PS技术处理个人照片以及仅使用个人局部形象等,后者如通过漫画、雕塑等方式利用个人形象。<sup>②</sup>对于以非直接展现个人形象的方式利用肖像的行为而言,在判断该肖像是否具有可识别性时,既不能一概以社会一般人的标准加以判断,也不能以权利人能否识别作为判断标准。法律之所以通过赋予个人肖像权保护其对肖像所享有的利益,并不是为了保护肖像本身,而是为了保护因肖像与个人身份之间的关联所产生的人格利益,个人的社会交往范围、社会知名度不同,此种因肖像所产生的人格利益的范围也存在一定的差别,在认定该肖像是否具有可识别性时,应当考虑权利人的社会交往范围、社会知名度等,综合予以判断。例如,行为人在其商业广告中使用了某人眼睛以上的脸部照片,如果权利人并不具有社会知名度,除其本人外,他人很难识别该肖像,则应当认定行为人并未侵犯其肖像权;但如果权利人是某知名演艺人员,其歌迷、影迷能够从该照片中识别出权利人,则应当认定行为人构成对其肖像权的侵害。

## (二) 肖像可识别性的判断依据

所谓肖像可识别性的判断依据,即依据哪些内容判断某肖像是否具有可识别性,也就是说,依据哪些内容判断某肖像载体归属于特定主体。这实际上涉及肖像本身内涵的界定问题,学者对此存在不同观点。一种观点认为,肖像的内涵仅指个人的面部形象。例如,有学者主张,“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”,即便自然人的声音及其他身体部分也能反映该人的肖像,其也不属于肖像。<sup>③</sup>但关于识别肖像是否需要参考其他因素,他们并没有做出进一步说明。另一种观点认为,肖像并不限于面部特征,该人的其他体貌虽然可识别度相对较低,但仍然是个人的外在形象,具有识别个人的作用,也应当属于肖像的范畴。<sup>④</sup>肖像是个人因其外部特征而所享有的利益。<sup>⑤</sup>按照此种观点,判断肖像是否具有可识别性,就不能仅从面部特征加以衡量,身体其他部分特征如果能够使人将其与特定主体相关联,也应当认定该肖像具有可识别性。

笔者赞同后一种观点,即肖像并不限于个人的面部特征,在判断肖像是否具有可识别性时,不应当仅通过面部特征加以判断,如果身体其他部分具有可识别性,也应当认定该肖像具有可识别性,主要理由在于:一方面,从肖像的本义来看是指个人形象的一种展现,其虽然以面部特征为中心,但不应当限于面部特征。另一方面,面部以外的身体其他部分客观上也可能具有可识别性,如个人特有的形体动作、特有的背影等,其与肖像类似,也具有识别个人身份的功能,属于标表型的人格利益,应当受到法律保护。将其纳入肖像的范畴,既符合此种人格利益的特点,也有利于强化对此类人格利益的保护。<sup>⑥</sup>

① 参见北京市丰台区人民法院(2017)京0106民初13813号民事判决书。

② 严格地说,雕塑、漫画等艺术形式所展现的个人形象与个人肖像存在一定区别,但其与照片、录像等形式类似,都可以与特定主体发生关联,也可以纳入肖像权的保护范围。

③ 郭明瑞、张玉东《肖像权三题》,《浙江工商大学学报》2014年第1期,第34页。

④ 隋彭生《论肖像权的客体》,《中国法学》2005年第1期,第51页。

⑤ 杨立新《人身权法论》,北京:人民法院出版社,2002年,第459-460页。

⑥ 在美国法中,只要相关的人格特征具有可识别性,就可以受到公开权的保护。Rashauna A. Norment, "Post-Mortem Right of Publicity in Arkansas: Protecting against the Unauthorized Use of a Person's Identity for Commercial Purposes," *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, Vol. 34, Issue 3, 2012, pp. 507-526. 而我国并不存在公开权,标表型的人格权仅有姓名权和肖像权,此类人格利益显然难以纳入姓名权的范畴,最好的方式就是将其纳入肖像权的范畴,这也有利于更好地保护此类人格利益。

### (三) 肖像可识别性判断需要考虑的其他因素

从司法实践来看,在判断某肖像是否具有可识别性时,除个人的面部特征和其他身体部分外,还可能需要考虑其他因素综合予以判断。举如下两种情形予以说明:

一是肖像在整体涉案图片或者录像等肖像载体中的位置。例如,在“马某欣诉深圳市某某某文化传媒有限公司肖像权纠纷案”中,被告在其影片宣传中使用了原告的肖像,但该宣传片主要是为了宣传车,原告的肖像并没有被作为主要对象来凸显,法院在判断该肖像是否具有可识别性时即考虑了这一因素。<sup>①</sup>笔者认为,肖像在相关载体中的位置可能会影响他人对该肖像的识别,进而影响肖像可识别性的认定,但其主要影响行为人损害赔偿大小,只要按照前述标准能够将该肖像与特定主体的身份联系起来,即应当认定该肖像具有可识别性。

二是肖像载体所配图片、文字等。从实践来看,行为人在利用他人肖像时还可能在相关载体中使用相关的文字、图片,如果该肖像载体所使用的个人形象不具有可识别性,但结合其所使用的文字、图片等,仍然可以将其与特定主体相关联,仍应当认定该肖像具有可识别性。我国司法实践也采纳了此种立场。例如,在“赵本山诉海南天涯在线网络科技有限公司、谷歌信息技术(中国)有限公司侵犯肖像权纠纷案”中,法院认为,被告使用了原告的卡通形象,并配上“您有才”及“咱不差钱”等赵本山的经典台词作为旁白表述,使该卡通形象明确指向原告个人,因此构成对原告肖像权的侵害。<sup>②</sup>

## 四、结 语

传统民法强调抽象的人格保护,侧重于保护个人的主体地位,此种保护通过主体制度和侵权法规即可实现,而现代民法则更多地关注人自身,强调对个人具体人格权的保护。为适应这一发展趋势,我国民法典在人格权保护方面不应当仅满足于人格权的抽象宣示与侵权法规则的保护,而应当在全面确认各项人格权的基础上,明确其内涵、效力、行使规则、保护规则等,这也应当是我国民法典的时代特色。就肖像权而言,我国《民法总则》确认个人享有肖像权,而没有规定包括肖像可识别性在内的各项具体规则,这些规则在性质上并不属于侵权法规范,侵权责任编难以对其作出规定。因此我国民法典应设置独立的人格权编,对各项人格权的具体规则作出规定。

## On the Recognition of the Portrait and Its Judgment

Wang Yegang

**Abstract:** The recognition of the portrait is a precondition for its legal protection. Whether the obligee's claims for compensation of the violated Right of Portrait, or he or she actively uses the Right of Portrait, the portrait, in both conditions, must be recognizable. In determining whether the portrait is recognizable, as for the portrait carrier directly displaying one's image, we can compare the portrait on the portrait carrier with the obligee. As for the portrait carrier indirectly displaying one's image, we should consider the obligee's reputation, social circles as well as the words and pictures used on the portrait carrier to determine whether the portrait is recognizable.

**Key words:** the right of portrait, portrait, recognition

(责任编辑:魏 萍)

<sup>①</sup> 参见广东省深圳市龙岗区人民法院(2017)粤0307民初3335号民事判决书。

<sup>②</sup> 高翼飞《角色形象成为演员肖像权的客体考量》,《人民司法》2013年第16期,第40页。