

论采风权与肖像权的冲突与协调

张新宇, 杨璇, 张玲玲

(石家庄城市职业学院, 河北 石家庄 050091)

[摘要]我国传统的法学理论普遍认为,在权利与权利之间是可以明确划出一条清晰的界限的,只要一个人能够正确合理地行使自己的权利,一般认为是不会侵犯他人的权利的,但是从法律经济学的分析可以看出由于权利具有相互性,所以权利与权利之间会产生冲突,肖像权与采风权之间也不例外。为解决肖像权与采风权之间的冲突,要对肖像权进行合理限制,基于以下五个方面可以不经权利人许可使用他人的肖像——依法强制使用肖像或为了肖像权人本人的利益使用其肖像;出于新闻报道的目的而使用新闻价值人物的肖像;行使舆论监督权而使用他人肖像;基于科学研究或文化教育目的而在特殊场合使用他人肖像;其他以社会公共利益为目的而确有必要使用自然人的肖像。

[关键词]采风权;肖像权;冲突;协调

[中图分类号] D913 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-9477(2011)02-0004-06

一、采风与采风权

严格意义上说,采风权并不是一个法律概念,它只是来描述人们的一种创作活动,即创作者利用一切外在事物体进行的智力创作。在《现代汉语词典》中是这样解释“采风”——搜集民歌^①。这是采用了最为狭义的解释。《辞海》则是这样解释——对民情风俗的采集;特指对地方民歌的搜集。《辞海》给出的英文解释——collect folk songs^②。对此印证最好的例子就是王骆宾先生在我国西部地区进行了大量的民歌创作并对原有的素材进行了大规模的搜集和整理,这也是狭义的“采风”。无论是哪本书上的解释都采用了这种狭义的解释,在资讯传媒发达的今天,创作者的创作范围日渐广泛,从词曲到美术作品再到影视作品。都已成为创作主体采风的范围。若作为一项权利,“采风权”一词的内涵具有太多的不确定性,因为进入信息化的时代和全民娱乐时代带给我们的是创作方法的多样性和复杂性,想要解释清楚这样一个生活用语是十分困难的,莫不如将其归入“表达自由”序列规范而进行抽象的解释,避免对其进行无用的法律解释。这样做有如下的好处:一是省去了麻烦的法律解释,利于法官的审判实践;二是避免创设新的权利,节约了立法成本,立法机关完全不必重新立法,而将法律解释的权力交还于法官;三是“表达自由”的权利也完全适用对“采风权”保护,因为“表达自由”不仅是宪法上的权利,而且也在民法上给予了完全的保护,在特别法上则是知识产权法,只不过是保护的角度不同,完全可以拿来使用。

二、采风权与肖像权的冲突

(一)肖像与肖像权

肖像,是以某一个人为主体的画像或照片等。是通过绘画、照相、雕刻、录像、电影等艺术形式在物质载

体上再现某一个自然人的相貌特征。肖像的特征,肖像与原型除在客观上相互独立成为能支配的物品外,再就是具有完整、清晰、直观、可辨的形象再现性或称形象标识性^③。换句话说,这里所说的形象是指原型人相貌综合特征给他人形成的、能引起一般人产生与原型人有关的思想或感情活动的视觉效果。法律规定的肖像权,基于公民的肖像产生。作为精神性人格权的一种,肖像权着重保护的是自然人的精神性人格利益。它突出了民事主体以自己的意志对自身的人格利益进行的控制。它又是一种对世权,任何人都负有不可侵犯的义务。杨立新先生将肖像权归纳为四个法律特征,是比较恰当的:第一,肖像权的基本利益是精神利益;第二,肖像权具有明显的经济利益;第三,肖像权是自然人专有的民事权利;第四,肖像权的主体只是特定的自然人。在此看来,肖像权首先体现的是对人的一种基本尊重,是民事主体免于被“不法打扰的权利”。想要保护这种权利,只能在处分他人的人格利益时征得他人的同意,这反映了肖像权权能之一的专有权,这意味着任何人对肖像的使用而未经本人同意,都是对肖像专有权的侵害。在布兰代斯与沃伦在保护隐私权的开山之作《论隐私权》里更是将隐私扩展到了如下几项内容:姓名权、肖像权、独处权、不愿公开的个人秘密和令人尴尬的个人信息^④。无疑,英美法将个人的肖像保护提高到了隐私权的保护高度,足可以看出肖像对个人的公共生活和私人生活的重要意义。

(二)肖像权与采风权的冲突

既然是隐私的内容,那么纯粹的精神利益无可置疑的将被放在首要位置来保护,使个人在群体生活中享有生活安宁的权利。我们还记得这样一个轰动一时的案例,就是由于拍摄电影《秋菊打官司》而引发的官司。看过电影《秋菊打官司》的观众都会有这样一个印

象:秋菊第一次到市里,被一个拉三轮车的车夫骗走了30元钱,一位看自行车的老太太看到便劝她买一身好衣裳,秋菊换上了西装,剧情到此,银幕上出现一位带着变色眼镜的妇女构成的半身特写镜头,位于整个银幕的左端,占整体银幕的三分之二,持续四秒钟,形象十分清晰,这便是本案的原告贾桂花。众所周知,拍摄组采用了大量的偷拍手法将宝鸡成千上万的毫不知情的群众放到了镜头里。1993年12月11日,贾桂花向北京市海淀区人民法院提起诉讼,请求法院判令北京青年电影制片厂从《秋菊打官司》影片拷贝上剪除侵权镜头,在一家全国性报纸上向贾桂花致歉,并赔偿精神损失8000元。此案经过审理,海淀区人民法院于1994年12月8日做出了一审判决,认为剧组的行为不构成侵权,驳回贾氏的诉讼请求。合议庭的理由是:电影创作运用偷拍的方式获取某一特定人的肖像是为了实现客观现实的需要。只要内容积极健康且符合社会公共准则,不侵害他人合法权益,一般不为法律所禁止。因为此案中贾桂花被使用的肖像不具有独立的经济和艺术价值,该肖像所有人就不应该反对使用并且提出肖像报酬的权利。否则,类似这种情景的电影创作可能无法进行。该电影制片厂由于创作需要,在拍摄截取街头实景时将贾桂花纳入其中,作为电影背景的一种烘托并无过错,虽然定格长达四秒钟,但摄制组主观上不存在恶意,客观上也没有侵害贾桂花任何权益。因此人物镜头的拍摄与使用属于合理的权益范围。并且贾桂花的肖像在此影片中并非广告性质,也不存在独立完整的商业价值。该影片的赢利与使用贾桂花的肖像没有必然因果关系。社会一般舆论对贾桂花形象的评价,按照正常的社会评价标准一般不足以给贾桂花造成法律意义上的精神伤害。所以,本片虽未经贾桂花本人同意,拍摄过程中使用其肖像镜头,并不违背现行法律保护公民肖像项权利的禁止性规定,因此不构成对贾桂花肖像权的侵害^⑤。所以,肖像权与采风权的最大冲突在于使用他人肖像是否必须经过权利人的允许。

从这个案例来看,这属于在电影拍摄的过程中他人同意使用他人肖像的行为。这就是说为了进行个人的创作,是否可以不经过他人的允许而使用他人的肖像。可以说,合议庭所作出的法律判断与解释在当时的法律实务界带有一定的普遍性。其判决的依据是《中华人民共和国民事诉讼法》100条:“公民享有肖像权,未经本人同意,不得以赢利为目的使用公民的肖像。”其司法实务的依据还有《民通意见》139条规定:以赢利为目的,未经公民同意利用其肖像做广告、商标、装饰橱窗等,应当认定为侵犯公民肖像权的行为。如果仅仅就这两款法律条文来看,本案的核心问题便是拍摄电影是否构成赢利的行为。在解决了这个问题之后,本案似乎迎刃而解了。基于法律规定,本案并不像朱苏力老师所说的“这是一个非常难办的案件。”或像西方法谚所说的:难办的案件容易引出坏法律。一位江西省赣州地区中级人民法院的法官在他的文章中

对此案有一个较为详细的分析。他认为肖像权侵权案件必须满足三个条件:一是使用了公民的肖像,二是行为人使用该肖时未经其同意,三是行为人使用该公民的肖像的目的是赢利。最后他认定电影制片厂的拍摄行为是营利行为,得出的结论是电影制片厂的行为是侵害公民肖像权的行为^⑥。还有资料表明某省高级人民法院总结:“依据《民法通则》100条规定精神,构成侵害肖像权必须具备两个条件:(1)使用肖像权未经本人同意。使用无民事行为能力或限制行为能力人的肖像,没征得其监护人的同意。(2)使用肖像是以赢利为目的。”《最高人民法院公报》2007年第二期中“李海峰等诉叶集公安分局、安徽电视台等侵犯名誉权、肖像权纠纷案”中也是赞成这种说法的。由此看来,司法实务当中法官还是严格遵守成文法的,对侵害肖像权责任构成要件掌握是一致的。那么,侵害肖像权的构成要件究竟要不要以营利为目的,我们要从两个角度分析。

1. 立法层面与司法层面的肖像权。首先从肖像权的性质来看,肖像权是一种人格权,是一种绝对权,权利人之外的任何人都负有尊重此法律地位的义务。肖像权人有权排斥他人未经许可的任何人对自己的肖像进行干预和妨害,附加赢利这一限制性条件肖像权人仅仅禁止他人以营利为目的而使用自己的肖像,这在权利人将支配肖像的利益仅仅局限在经济利益层面上,使得权利人不能通过控制自己的肖像权来维护自己的人格利益,不利于公民的肖像权的保护。坚持把以营利为目的作为侵害肖像权责任的构成要件,将不能规制非营利目的的其他非法使用肖像行为。无论从情理上还是从实际社会生活中都是无法令人接受的。而其他不具有阻违法事由的非营利目的地使用肖像行为却是大量的,诸如侮辱性使用或恶意使用他人肖像行为等。目前,在司法实务中存在的无法对侮辱性使用肖像行为予以制裁的问题,正是坚持营利目的为侵权要件所造成的后果之一。再次,坚持营利目的为侵害肖像权责任的构成要件,将会扭曲人格权立法的意图,使人格被作为一种商品来买卖。肖像不是纯粹意义上的物,它确实能带来财产利益,但其财产性确实次要的、补充性的、附属性的。法律解释在此也无能为力。我国《民法通则》100条确立了我国对肖像权的保护:公民享有肖像权,未经本人同意,不得以赢利为目的使用公民的肖像权。该条文规定在民事权利一章中,并未规定在民事责任一章中,所以以此来看该条文并不是规定侵害肖像权责任的构成,而是一个授权性法律规范。从语言学角度分析看,立法者的目的在于授权而非规定的侵权要件。条文的前段“公民享有肖像权”,将肖像权纳入了我国民法的权利体系,昭示了肖像权的法律地位。条文后段“未经本人同意,不得以赢利为目的使用公民的肖像”是一个双重否定句,与“经本人同意,可以以赢利为目的使用公民的肖像”等同^⑦。但法律调整的空白是“未经本人同意,能否以非赢利目的使用公民的肖像”。我们无法用法律解释的

方法推断立法者在当时的立法含义,因为“法律解释必须先从文义入手,且所作解释不能超过可能的文义。解释法律,应从法条文上就能显示法律的尊严及其稳定性价值。否则,超越法律解释范围,则进入另一阶段制造法活动^⑧。法官不过是“法律之嘴”,通过制定法将法官的能动性限制在法条之内,其重要的理由之一是,法官不能把自己的法律政治观念代替立法者的决定。但是,这种理想在一旦出现法律漏洞,不能对已经出现的法律问题作出充足的答案时,立刻显得苍白无力。说白了,法官作为一个能动的思维主体,究竟能在多大程度上恪守成文法而“严格”执法,这本身就是个值得怀疑的问题。表面看来,制定法中的法官只是一架机器,立法者自以为在每一个具体的判决中,是法典而不是法官在发出声音。但这只是制度设计的理想,法条是立法者理性的结晶,而裁判更是一种经验的哲学。所以这种类似的争端便是“法官的法”和“法学家的法”相冲突的结果^⑨。

2. 法经济学视野下的权利的冲突。所谓权利的冲突,我们在此采用朱苏力先生在讨论这个问题时的观点,他认为权利的冲突就是权利的相互性,他指出“法律只要保护一种权利时,实际上必然要侵犯另一种权利。”关于权利的相互性朱苏力教授在文中又做了进一步的阐述:提到权利冲突,我更愿意称之为权利的相互性——美国法律经济学家、诺贝尔经济学家获得者科斯的一个创举。科斯在分析“公害(nuisance)”以及诸如如此的侵权案件时指出,传统的做法要求公害施放者对其引起的公害应当给予赔偿。这种似乎是毫无疑问的做法,实质上掩盖了不得不做出选择的一种现实。人们对此类问题处理一般视为甲给乙造成损害,因而法律的作为是:如何制止甲。但这是错误的。我们面临的问题是具有相互性,如果避免对乙产生损害很可能就会使甲遭受损害,所以我们决定的真正问题是:是允许甲损害乙,还是允许乙损害甲?^⑩……无论法院最终决定如何,只要决定保护一种权利就必然侵犯了另一种权利,这就是权利的相互性。之所以这样界定权利的冲突,因为他揭示了相互冲突权利的真实性,即相互冲突的两种权利都是法律保护的正当的权利。隐藏在两者背后的实际上都是一种利益的冲突。之所以不同的人会有不同的利益诉求,源于人的社会性的特点。人总是生活在一定的社会关系中,自己利益的首先满足是他生存的基本条件。满足这个条件后,人又会和其他的人发生各种各样的关系,于是这样一个矛盾产生了:人既要保护自己,又要同他人发生利益联系,维持社会关系。如果我们想象一下鲁宾逊生活的那个荒岛,岛上荒芜一人,权利的冲突会产生吗?肯定不会,但是如果有另一个人来到了荒岛上,恐怕这个岛上的生活又会是另一个样子的。“把人和人连接起来的唯一纽带是天然必然性,是需要和私人利益^⑪。”“人们奋斗和争取的一切,都同他们的利益有关^⑫。”所以权利的界定,就是利益的界定,就是权利的边际,法律就是通过确认、界定、分配各种利益,将它所确认的利益

固定下来并通过各种救济途径加以保护,使社会达到一种适合人类总体生活的较为理想的有序的环境。庞德说过“我们主要是通过把我们所称的法律权利赋予主张各种利益的人并保障这些(得到承认并划定界限的)利益的^⑬。”那为什么法律也有对权利调整的模糊地带?这就是权利冲突的原因,这是个比较复杂的问题,有人对这个问题作出了如下总结:权利的涉他性、权利的排他性、权利边界的模糊性^⑭。一面是公民的肖像权,另一方面是公民的创作权抑或电影摄制组的采风权,法律究竟把权利界定给哪一方。

关于权利的配置应该是有一定标准的。如果承认权利的相互性,我们应当判断保护何种权利,保护谁的权利。传统的法学理论对此没有给予论理充分的回答,甚至没有给予提示,似乎除了做出某种价值的判断之外,谁也不能和合乎情理地、令人信服地声称自己的权利是优先的,并因此要求他人的权力必须为自己的权利让步;而除了对诸多权利分享类似的价值判断之外,谁也无法心悦诚服地接受他人的价值判断。从权利的社会效益来看,社会之所以将初始权利配置给了他们,并不是他们个人天然有什么优越,而是社会为了避免一种更大的伤害。我们都知道,行使权利是要付出成本的,就是行使权利有外部性因素。权利的外部性因素,是一个权利人对另一个权利人行使权利产生的效果,而这种效果并没有从货币、市场交易或其他合法行为中反映出来。当生产或消费对其他人产生附带的成本或效益时,成本或效益被加于其他人身上,施加这种影响的人却没有为此付出代价。我们所说的这个避免更大伤害的标准,就是经济行为或经济绩效的评价——帕累托最优。帕累托最优是指资源分配的一种状态,在不使任何人境况变坏的情况下,而不可能再使某些人的处境变好。我们具体分析一下这个案例:被告在未经贾桂花同意的情况下将其摄入电影中,在电影公映后贾桂花受到了挖苦与讽刺,精神上受到了巨大的伤害,这可看作是被告行使电影拍摄的采风权降低原告的福利。朱苏力先生在他的文章中称原告所受的精神伤害与拍摄行为无关,而是其周围的人对她的挖苦和讽刺,她过于敏感所致。我认为这种说法并不成立,因为贾桂花并无负有容忍的义务,在这里我们应以他自己感觉的主观标准为准。而被告电影制片厂也承认了这一事实,至于我们在判断他们的拍摄行为是否是赢利的前提下,被告给予了否认,称拍摄行为不是商业行为,拍摄并未给其带来经济利益。那么这就导致了一方福利受损,而另一方福利并没有改善的非帕累托状态,因为两者相加的福利为负,那么为什么制片厂不把含有原告肖像的胶片删减呢?如果被告将含有原告肖像的胶片减去,原告的精神痛苦就会随之消失,而依被告的陈述制片厂也不会受什么损失,那么被告为什么不进行福利帕累托改进的活动呢?答案就是法院的判决:法院将产权界定给了被告,被告可以做这种“损人不利己”的活动。

科斯定理在这里提供了一个启示:在交易成本为

正的情况下,不同的初始产权安排,将导致不同的经济绩效^⑧。在本案中我们把产权界定给不同的主体,会有不同的效果。如果将带有原告肖像的胶片视为一种消费品的话,我们可以采取让原告采用货币赎买的办法来解决这个问题。第一种情况,将含有贾桂花肖像的胶片的产权界定给她本人,被告电影制片厂不享有拍摄此镜头的采风权,那么原告为了消除自己的这种痛苦可以拿货币购买胶片,而被告删除此镜头也几乎是无条件的,双方不必花太多的交易成本就可以达成一致,从而达到社会福利的帕累托改进^⑨。我们现在社会、电视、网络等各种媒体出现的邀请名人代言做广告的情形不是很类似的情况吗?第二种情况,将含有贾桂花肖像的胶片的产权界定给被告,被告拥有拍摄权。那么情况对于原告来说就是另外一种情况了。对于她来说,花钱赎买带有其肖像则是一种必须的行为,因为只要有电影胶片的存在,她就会感到十分痛苦,就会减少她的福利。如果双方进行谈判的话,被告肯定会漫天要价,双方不会达成交易,从而使社会福利偏离了帕累托最优和帕累托改进的状态。如此看来,我们站到贾桂花角度来看,我们也许某一天自己的形象将会成为摄影者们捕捉的对象,他们是这样一种“职业工作者”:他们以各种高超的技术拍摄了一些为我们所不愿公开的镜头,这些镜头会使我们处在痛苦和尴尬的情形中,然后向我们漫天要价赎买,要不然就将这些窘像公布于众……这当然不是一种导致“避免社会更大伤害的”活动,我们也不允许这种活动存在和发展。所以,法院的判决实际上将自然人的肖像权赋予了他人,无论怎样都是不正确的行为,应该由被告对原告进行精神损害赔偿,才能使社会福利得到改善。

三、肖像权与采风权的协调

以上从法经济学的视野中,我们应该将权利界定给肖像权人。一般来说,肖像的使用应该基于肖像权人与使用人的合同约定。但是社会生活的广泛性和复杂性决定了人们有可能在未经他人许可的情况下大量使用他人肖像的情况,如果无一例外地对此禁止,那么社会进步将付出巨大的成本,人们的知情权将受到剥夺,文化教育和科学研究将无法进行,这将给社会带来灾难性的结果。基于人群共处相互容忍的必要,肖像权的保护应受限制。现代社会人类共同生活,基于社会公共利益的需要,法律上有必要对肖像权人的权利进行一系列的限定,即肖像权的合理使用。这阻却了未经他人许可使用他人肖像行为的违法性,不构成肖像权侵权行为。

(一)依法强制使用肖像或为了肖像权人本人的利益使用其肖像

前者主要是指国家机关的刑事司法行为,主要是公安机关为追捕逃犯而发出的通缉令,该通缉令使用了逃犯的肖像,由于有法律的规定和执行公务的正当性,不构成侵犯肖像权。例如,2005年11月,为通缉近年来涉案的16名杀人在逃犯,河南省荥阳市公安局受美国成功抓获萨达姆办法的启发,将16名在逃犯的头像和资料制作成扑克牌发给火车站过往的旅客,希望

广大群众据此提供线索。还有侦察活动中的类似的受害人或目击者辨认犯罪嫌疑人活动^⑩,当然法院在审判活动中作为证据而使用他人的肖像也在正当使用的范围之内,不构成侵权;后者主要指为寻找下落不明者在张贴的寻人启事上使用其照片,亦不构成侵害肖像权。

(二)出于新闻报道的目的而使用新闻价值人物的肖像

新闻可以被看做是言论自由最重要的领地,因为言论自由乃是宪法规定的公民的基本权利,新闻自由已经是言论自由的最重要的表象形式之一。当代社会资讯发达,为使人们更多了解政治、军事、科技、文化等信息,媒体对各种具有新闻价值的人物,外交官、政府首脑、体育明星、艺术家、作家等社会知名人士或新闻当事人进行报道时,不可避免的要使用这些人物的肖像,倘若这些人以肖像权属于绝对权为由,要求新闻媒体经过自己的允许之后才能使用其肖像,必然会妨碍了新闻自由,阻碍了广大民众的知情权,进而损害社会的公共利益。因此这些人在主动接受传媒采访而被制作其肖像时或该肖像在以新闻报道和传播的范围内使用,都不构成侵权。所以,在使用具有新闻价值的人物肖像时,判断是否构成侵权只有一个标准就是使用肖像目的正当性——应该在报道新闻的目的范围内合理使用,超出这一范围制作或使用他人肖像,即使肖像权人属于有新闻价值的人物,也构成侵权^⑪。如果新闻图片不是成为新闻报道中的一部分,而是用作一般文章的插图,尤其用作具有一定商业利益的宣传性文章的插图,应当遵循谨慎性原则。这一类文章虽不是广告,但会产生一定的商业利益,容易被人认为文字性广告,因此使用人物肖像照片时,如有可能的话,应当取得肖像权人的同意,以免陷入侵犯肖像权的纠纷中去。如1998年5月18日,北京大学法律系教师王爱军将中国民航广告宣传公司和中国民航报社记者刘建峰告上法庭,起诉两被告侵害其肖像权,证据是刘建峰未经原告同意,拍摄了含有原告肖像的两张照片,中国民航广告宣传公司擅自将这两张照片作为一篇宣传性文章《你会买优惠机票吗?》的插图,刊登在《中国民航》杂志1998年第1期上,使原告的肖像附加上了商业利益,侵犯了他的肖像权。经北京市东城区人民法院审判,判决两被告侵犯了王爱军的肖像权。两被告不服,上诉至北京市第二中级人民法院,终审判决两被告败诉。此案就是因为新闻媒体忽视新闻图片中人物的肖像权问题,导致了肖像权纠纷,最终以新闻媒体败诉而告终^⑫。

(三)行使舆论监督权而使用他人肖像

这种情况下,容易与新闻报道情况相混淆。其实二者有一定的重合性,关键二者的区别在于监督权的评论性更强,叙述事实往往就是为了监督本身来服务,还有新闻报道的主体远远小于监督权,监督权可以由每个公民来行使。但是有争议的是监督的对象是什么?一对上海情侣在地铁吻别的视频被上传到网上,把当事人推到了风口浪尖。最后上海地铁公司承认是地铁的工作人员将争议视频上传到网上并加入了个人的评论。笔者觉得这不是在行使监督权,因为我们不应认为在公共场合接吻有什么不合适,它不同于公交车上的不让座或是随意毁坏花草树木行为,所以这样的行为被记录下来传播到网络本身就是一种对他人的

“打扰行为”,所以工作人员的行为是违法的。再例,2008年1月7日下午湖北天门市城管局近50名工作人员,在该市竟陵办事处湾坝村天皂公路与当地村民发生冲突。途径该处的天门市水利建筑工程公司经理魏文华用手机拍摄现场被城管人员发现遭围殴致死。抛开该案的刑事因素,该经理用手机记录下的视频资料可用来行使监督权,因为该事件涉及到了执法人员的执法过程,与公民的生活息息相关,是公民社会责任的体现,也是公民作为一个社会群体的人应该享有的基本权利。如果限制公民行使这一权利就会产生对社会发展不利的后果,公民为求自保而急于行使此权利,社会不良现象就会不断滋长,舆论监督对此无能为力,这是我们最不愿看到的结果。但是行使此种权利也应有明确的界限,除了曝光其肖像外不应再曝光不良行为人的其他个人信息,如家庭住址或是工作单位等,这些都是他人的私人信息,他人享有对此信息秘密的保有权利^②。若果泄露了这些秘密,舆论监督的目的就变了性质,就会大大妨碍了个人自由,也会破坏社会的安宁秩序。

(四)基于科学研究或文化教育目的而在特殊场合使用他人肖像

我们的语文教科书中在介绍文学家鲁迅而使用其本人肖像,在医院的科研或教学活动中展示某类疾病患者的肖像等,这都由于使用目的具有正当性而不构成侵权。比较有争议的就是拍摄电影时对他人的偷拍(如上文所谈“贾桂花”案)是否构成侵权。笔者认为应该区别对待:凡是一般的商业电影虽然也具有一定的艺术性应该经过权利人许可而使用他人肖像,因为它遵循的仍是商业模式,它的追求仍是厂商利益的最大化,而且人物形象虽不可复制但是仍然可以找他人替代,只不过是一部分成本的支出;而以特定社会公益为目的的电影、纪录片、广告则不同,它以其社会效益最大化为目标,是要达到宣扬美德或其他社会教化的目的,与一般商业模式区别是很大的。我们在申办第29届北京2008年夏季奥运会时拍摄了许多介绍北京和中国的宣传片,在拍摄取景时大量使用了他人的肖像,包括在开幕式和闭幕式中大量使用了他人肖像。所以,遵循何种运作模式在此是极为重要的,既然是商业模式,我们就理应让他付出一些成本,因为在这其巨大收益面前的确算不了什么。

(五)其他以社会公共利益为目的而确有必要使用自然人的肖像的

杨立新老师的《中华人民共和国侵权责任法建议稿》中有如下规定:第三十八条——未经本人同意许可,擅自制作、复制、使用、销售、毁损他人肖像的,应当承担停止侵害、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。以营利为目的侵害他人肖像权的,受害人还有权在获利范围内请求赔偿损失。第三十九条——有下列情形之一的,使用他人肖像不承担民事责任:(1)为了科学研究和文化教育目的而在一定范围内使用他人肖像;(2)为了新闻和舆论监督的需要而确有必要使用他人的肖像;(3)以社会公共利益为目的使用公众人物的肖像;(4)国家机关为执行公务而确有必要强制使用他人的肖像;(5)为了本人的利益而确有必要使用其肖像;(6)在诉讼过程中,当事人确有必要为主张自己的权利、证明案件的事实,而在举证中涉及有关自然人的肖像;(7)其他以社会公共利益为目的而确有必要使用自然人的肖像

的^③。以上建议条文还比较全面的例举了肖像权的合理使用,这也意味着法律解释的权利又转移给了法官。

四、结语

其实肖像权和采风权的冲突就是权利的冲突,权利的冲突就是权利的相互性,而个人的绝对权利一旦进入了社会公共领域就会受到限制。所以肖像权的合理限制就是要在个人权利和一般的社会自由找一个合适的度,掌握好这个度,不仅个人的权利受到较好保护,而且社会也会不断进步,所以肖像权和采风权平衡只是社会权利冲突的一个缩影。

[注释]

- ①中国社会科学院语言研究所编辞典编辑室.现代汉语词典(修订版)[Z].商务印书馆,2000,115.
- ②http://dic123.com/dict/ChineseToEnglish/detail_247eadc2-dc0e-4291-82ba-619ac6869514.html.2008-08-26.
- ③“叶璇诉安贞医院、交通出版社、广告公司肖像权纠纷”,载《最高人民法院公报》,2003,(6).
- ④徐爱国,等.译.哈佛法律评论—侵权法学精粹[M].北京:法律出版社,2006.
- ⑤北京市海淀区人民法院(1993)海民初字第3991号民事判决书[Z].
- ⑥赖虔千.也谈电影《秋菊打官司》引出的肖像权纠纷[J].法律与适用,1995,(2):36
- ⑦杨立新,尹艳.侵害肖像权及其民事责任[J].法学研究,1994,(1):45
- ⑧彭娟.法律解释语境下侵犯肖像权行为之界定[J].政法学刊,2004,(6):12
- ⑨梁慧星.民法解释学[M].北京:中国政法大学出版社,1995,214.
- ⑩类似的观点都能在比较法的某些著作中找到,如亨利·梅利曼.大陆法系[M].顾培东,禄正平,译.北京:法律出版社,2004.
- ⑪苏力.法制及其本土资源[M].北京:中国政法大学出版社,2004,192.转引自罗纳德·哈里·科斯:“社会成本问题”,论生产的制度结构[M].盛洪,陈郁.译校.上海:上海三联书店,1994,142.
- ⑫马克思,恩格斯.马克思恩格斯全集(第一卷)[M].北京:人民出版社,1972,439.
- ⑬马克思,恩格斯.马克思恩格斯全集(第一卷)[M].北京:人民出版社,1972,439.
- ⑭(美)庞德.通过法律的社会控制法律的任务[M].沈宗灵,董世忠.译.商务印书馆,1984,42.
- ⑮具体分析参考路艳娥.法经济学视野中的权利冲突[C].武汉大学硕士学位论文(2005).
- ⑯科斯本人并没有给出科斯定理的内容,科斯定理主要是由其他学者总结概括,在此不再赘述其内容.
- ⑰帕累托改进指:一个人的境况变好,它能够补偿另一方福利所受的损失并且有剩余,社会总福利就会得到改善.
- ⑱参见扑克牌通缉令点源自缉捕萨达姆,不构成肖像权[N].广州日报,2005-11-16.
- ⑲北京市海淀区人民法院(2005)海民初字第2938号民事判决书;北京市第一中级人民法院(2005)一中民终字第8144号民事判决书.
- ⑳参见张西明、康长庆:《新闻侵权:从传统媒介到网络》,新华出版社,2000.12,第246、128页.类似的情况还有冠名为“人肉搜索”的网络空间,主要对一些社会不良事件进行曝光,其中竟然将一些当事人的个人信息公布到网上,引起了广大网民的争论.适逢人大常委会正在审议的刑法修正案,又将个人信息纳入刑法保护范围,足以看到社会发展对个人隐私造成的巨大冲击.

(下转第16页)

氏”三字,笔札宛然前夫手泽也。急足已不见。启缄读之,其辞云:“十年结发夫妻,一生祭祀之主。朝连暮以同欢,俸有餘而共聚。忽大幻以长往,慕何人而轻许。遗弃我之田畴,移资财而别户。不恤我之有子,不念我之有父。义不足以为人之妇,慈不足以为人之母。吾已诉诸上苍,行理对乎幽府。”陆氏叹恨,不意三日而亡。其书为郑从弟甸所得,尝出示胡儵然。

就本事而言,二者的相同是显而易见的。

现在的问题是:有没有可能是《劝惩故事》的《违誓再醮》其实出自《夷坚甲志》,而汪氏错标成了《秉烛清谈》呢?答案应该是否定的。这主要是因为二者的开篇有一明显区别:《违誓再醮》首先点明了郑某“朝议子”的出身,如果不是原文即有,汪氏不大可能去凭空添改;而《陆氏负约》开篇则明言郑某籍贯:“衢州人郑某……”(明江南詹詹外史辑《情史类略》卷十六《情报

类》引之,改题《陆氏女》,首句同;明凌濛初编《二刻拍案惊奇》卷十一人话乃这一故事的白话版:“宋时衢州有一人,姓郑……”,“宋时”当为编者据《夷坚甲志》著者年代所加),通篇亦未及其出身。所以,我们有理由认为,《违誓再醮》确应出自《秉烛清谈》,是周静轩据《陆氏负约》本事增饰而成的一篇新作。

新发现的这篇《秉烛清谈》佚文,虽吉光片羽,仍弥足珍贵,对于了解周静轩其人其书不无助益。

[参考文献]

- [1][日]长泽规矩也.和刻本类书集成(第三辑)[M].东京汲古书院,1984;上海:上海古籍出版社,1990.422.

[责任编辑:王云江]

The new finding of Zhou Jingxuan's *Free talk under the candlelight*

YANG Guo - yu

(Department of Social Science, Hebei University of Engineering, Handan 056038, China)

Abstract: The new finding of Zhou Jingxuan's *Free Talk Under the Candlelight* is incomplete, but it is still very precious, which is useful for the reader to get better understanding of Zhou Jingxuan's books.

Key words: Zhou Jingxuan; *Free Talk Under the Candlelight*; *Punishment Stories*; *Yi Jian Jia Zhi*

(上接第8页)

②杨立新,张新宝,姚辉.侵权法三人谈[M].北京:法律出版社,2007,322-323.

[参考文献]

- [1]理查德·波斯纳.法理学问题[M].苏力译,北京:中国政法大学出版社,2002.
- [2]理查德·波斯纳.超越法律[M].苏力译,北京:中国政法大学出版社,2001.
- [3]苏力.法治及其本土资源[M].北京:中国政法大学出版社,2004.
- [4]程啸.侵权行为法总论[M].北京:中国人民大学出版社,2008.
- [5]杨立新,张新宝,姚辉.侵权法三人谈[M].北京:法律出版社,2007.
- [6]王利明.中国民法典学者建议稿及其立法理由侵权行为编[M].北京:法律出版社,2005.
- [7]王泽鉴.民法学说与判例研究(1-8)[M].北京:中国政法大学出版,1998.
- [8]张正德,李莹.论经济分析法学效率与正义的关系[J].北京科技大学学报(社会科学版),2006,22(1):36.
- [9]关今华.权利冲突的制约、均衡和言论自由优先配置质疑——也论“〈秋菊打官司〉案、邱氏鼠药案和言论自由”[J].法学研究,2000(3):54.
- [10]路艳娥.法经济学视野中的权利冲突[D].武汉大学硕士学位论文,2005.
- [11]彭娟.法律解释语境下侵犯肖像权行为之界定[J].政法学刊,2004(6):65.

[责任编辑:陶爱新]

Folk songs and the portrait of the right of conflict and coordination

ZHANG Xin - yu, YANG Xuan, ZHANG Ling - ling

(Shijiazhuang City Vocational College, Shijiazhuang 050091, China)

Abstract: China's traditional legal theory generally agreed that there is a clear boundary between rights. As long as one can properly and reasonably exercise their rights, generally speaking, they can't infringe the rights of others. But rights are mutual from the analysis of law and economics, therefore, there are conflicts between rights. Portrait right and portrait are no exception. In order to solve the conflicts, we have to put reasonable restrictions on portrait right. Based on the following five aspects, others' portrait can be used without the permission of obligee.

Key words: the right to collect folk songs; portrait rights; the conflict; the coordination