

## 美国形象权法研究

李明德<sup>\*</sup>

### 一 引言

形象权是指人们对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。其中的使用,包括自己的商业性使用和许可他人的商业性使用,如许可他人商品上或广告上使用自己的姓名和肖像等等。未经许可而商业性地使用他人的身份,就是对他人形象权的侵犯,属于不正当竞争行为。与此相应,保护形象权的法律也是反不正当竞争法的一个组成部分。

形象权起源于隐私权。在美国,隐私权的起源可以追溯到1890年由沃伦和布兰蒂斯所写的论文“关于隐私的权利”。他们在文章中论证说,法律应当承认隐私权,禁止擅自公开他人的私生活、习惯、行为和与私人生活相关的一些东西。这些东西虽然是真实的,但擅自公开会干扰他人的正常生活,使他人感到窘困和不安。一般认为,这篇文章开辟了美国法律中保护个人隐私的新纪元,促使法律承认了个人的隐私权。

在1902年的“罗伯逊”一案中,纽约州上诉法院却驳斥了沃伦和布兰蒂斯关于“隐私权”的说法。该案的原告是一位年轻漂亮的妇女,被告是一家面粉厂,未经许可就在有关面粉的广告中使用了原告的肖像。原告诉称,因为许多人在认出自己的面孔后进行嘲笑和讥讽,她感到非常耻辱,并因为惊吓而卧病在床。原告在诉讼中要求法院下达禁令,禁止被告使用自己的肖像,并要求被告支付精神损失和身体损失1.5万美元。纽约州上诉法院则认为,原告没有提起诉讼的理由,所谓的隐私权尚没有在我们的法律制度中产生。法院还认为,如果做出有利于原告的判决,就会打开一个“潘多拉盒子”,导致大量的荒谬诉讼充斥法院。然而,“罗伯逊”一案的判决却激怒了社会公众和舆论,也促使立法机关很快就做出了相应的反应。1903年春天,纽约州议会颁布法律,规定为了广告或商业的目的,未经许可而使用他人的姓名和肖像,属于侵权和轻罪。这样,纽约州就颁布了美国历史上的第一部隐私权法。直到今天,这部法律仍然是纽约州保护隐私权和形象权的主要依据。

1905年由佐治亚州最高法院判决的“帕夫斯卡”一案,则采取了与纽约州上诉法院截然不同的态度,采纳了沃伦和布兰蒂斯文章中的“隐私权”概念。“帕夫斯卡”一案与“罗伯逊”一案的情形大体一致,被告是一家人寿保险公司,未经许可而在广告上使用了原告的肖像。佐治亚州最高法院裁定,被告的行为侵犯了原告的隐私权,并通过这个判例在该州的普通法中确立了隐私权的观念。

由于隐私权观念的影响,在未经许可而商业性地使用他人身份的问题上,早期的判例总是局限于侵犯隐私权和由此而产生的后果上。例如,未经许可而将他人的姓名或肖像广泛使用于广告上,等于将他

\* 中国社会科学院法学研究所研究员。

英文中的形象权是 right of publicity,曾经有人将之翻译为“公开化权”。在仔细阅读了相关的判例和研究成果以后,作者认为将 right of publicity 翻译为“形象权”比较合适。事实上,“形象”的基本含义是某人在公众中的形象,“形象权”则是其控制该形象之商业化使用的权利。

Warren & Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 *Harvard Law Review* 193 (1890).

Roberson v. Rochester Folding Box Co., 171 N. Y. 538, 64 N. E. 442 (1902).

Now codified in New York Civil Rights Laws, Sections 50 - 51.

Pavesich v. New England Life Insurance Co., 122 Ga. 190, 50 S. E. 68 (1905).

人的姓名或肖像暴露在公众面前,伤害了他人的尊严,造成了他人的精神损害。与此相应,法院判给原告的损害赔偿也是依据原告所遭受的精神痛苦的程度来确定的。“帕夫斯卡”一案所反映的正是这种情形。这种状况又可以追溯到隐私权中的一个基本观念,即每个人都享有“独处的权利”(right to be left alone)。“罗伯逊”和“帕夫斯卡”两案的被告,都是未经许可而使用了原告的肖像或姓名,将原告强行暴露在公众的面前,严重侵犯了原告的“独处的权利”。然而,当原告是知名人士的时候,或者说他人未经许可而商业性地使用了知名人士的姓名和肖像时,法官就很难套用“独处的权利”,或者很难认定原告遭受了某种程度的精神痛苦。既然名人的姓名或肖像已经广泛出现在新闻媒体上,已经暴露在公众面前,那么再多一些未经许可的使用也不会对他们造成什么精神损害。在这种情况下,法官甚至会否认名人受到了损害。显然,传统的隐私权概念,包括其中的“独处的权利”,已经不能容纳名人身份中的商业性价值,相关的法律制度面临着变革。

在1953年的“海兰”一案中,第二巡回上诉法院的弗兰克法官明确提出了“形象权”(the right of publicity)的概念,并就形象权的含义进行了论证。他说:

我们认为,除了独立的隐私权(这在纽约州见于法典的规定),每个人还就其肖像的形象价值享有权利。这就是允许他人独占性地使用自己肖像的权利。而且这种授权可以是‘毛’(in gross)授权,即不与营业或商誉一道转让的授权。……这个权利可以称之为‘形象权’。因为常识告诉我们,许多知名人物(尤其是演员和球星)并不因为他们肖像的公开而感到情感的伤害。但如果他们不能授权他人在广告上使用自己的肖像,不能让自己的肖像出现在报纸、杂志、公共汽车、火车或地铁上,并且不能由此而获得金钱报酬,他们就会痛苦地感觉到被剥夺了什么。

正是在这里,弗兰克法官突破了传统的隐私权观念,不再将商业性地使用他人的身份局限在精神痛苦的范围之内。与此同时,“形象权”也被定义为一种财产权,每个人的身份如姓名、肖像等等,都具有财产的性质。在形象权的形成和发展史上,“海兰”是一个里程碑性质的判决。

在“海兰”一案的次年,著名知识产权学家尼莫教授发表了一篇题为“论形象权”的文章,认为名人需要的不是对于隐私的保护,而是对于自己身份的商业价值的保护,以及控制自己身份中的商业性价值的权利。他说:

与这些产业(广告、电影、电视和广播)相关联的知名人士,并不追逐布兰蒂斯和沃伦所主张保护的‘独处和隐私’。毫无疑问,隐私确实是他们‘要求和需要’的东西。但他们更关注自己的公开形象,这可以看作是隐私这一硬币的另一面。尽管名人不愿意将自己隐藏在隐私的盾牌之后,但他们也绝对不愿意让他人未经自己的许可,或者未向自己支付报酬而使用、公开自己的姓名、肖像或形象。

这样,在弗兰克法官和尼莫教授的共同努力之下,“形象权”的概念不仅得以确立,而且被定义为一种财产权。至此,形象权终于从传统的隐私权中独立出来,形成一种新的知识产权。

正当形象权成为一种新的知识产权的时候,对于隐私权的研究也出现了重大的突破。1960年,普罗瑟教授发表了其著名文章“论隐私”,重新界定了隐私权的范围和类别。在文章中,普罗瑟教授将所有的侵犯他人隐私的行为归纳为四大类:侵犯了原告的独处权;公开披露原告的令人窘迫的私人生活;在公众面前将原告置于误导性的灯光之下;盗取原告姓名或肖像中的商业价值。其中的第四类就是弗兰克法官和尼莫教授所界定的形象权。这样,即使是在隐私权中,形象权也有了明确的界定和地位。值得说明的是,上述分类法在后来成了法院审理隐私权案件的分析依据,被统称为“普罗瑟隐私侵

See McCarthy on Trademark and Unfair Competition (Third Edition), Chapter 28.01(2)(b), 1995.

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

Melville Nimmer, "The Right of Publicity", Law & Contemporary Problems 203 (1954).

Prosser, "Privacy", California Law Review, 383 (1960).

权四分法”(Prosser's Four Torts of Privacy)。

在形象权的发展过程中,1977年由最高法院判决的“萨奇尼”是另一个具有标志性意义的判例。<sup>①</sup>严格说来,“萨奇尼”不是一个典型的形象权案件,而是一个电视新闻节目与言论自由关系的案件。但由于相关的电视节目涉及了表演者的形象,最高法院在判决中也论述了形象权与言论自由的关系,因而产生了广泛的影响。到目前为止,“萨奇尼”仍然是惟一的由最高法院判决的形象权案件。正是从这个意义上说,“萨奇尼”一案标志着形象权在全美国的范围之内获得了认可。

基于判例法和州法的有关规定,1995年由美国法学会公布的《反不正当竞争法重述》(第三版)也纳入了形象权保护的内容。<sup>②</sup>在《反不正当竞争法重述》中,形象权见于第4章“盗取他人商业价值”中。根据第46条的规定,为了商业性的目的,未经许可而使用他人的姓名、肖像或其他身份标记,属于盗取他人身份中的商业价值,应当承担禁令和损害赔偿的责任。事实上,第46条的标题就是“盗取他人身份中的商业价值:形象权”。第47条则具体界定了“为了商业目的”的使用。根据规定,如果某人的姓名、肖像或其他身份标记被用来宣传使用者的商品或服务,或者被使用者置于商品上,或者被使用者用于服务之中,都属于商业性的目的。第48条和第49条分别规定了侵权者应当承担的禁令责任和损害赔偿责任。

在美国,不存在联邦一级的保护形象权的制定法。与商业秘密的保护相似,对于形象权的保护属于州法的范畴。到目前为止,有24个州在法律中明确承认形象权。<sup>③</sup>其中又分为三种情况。第一种是在判例法中承认形象权,如佐治亚、新泽西、密歇根、夏威夷等13个州。第二种是制定了成文的保护形象权的法律,如加利福尼亚、佛罗里达、得克萨斯和威斯康星。同时,这四个州在判例法中也承认形象权,又属于第一种情形中的13个州。<sup>④</sup>第三种情况是,有些州虽然没有制定明确的保护形象权的成文法,但这些州的隐私权法或其他的类似法律具有宽泛的规定,可以将形象权的保护纳入其中。其中最典型的就纽约州的隐私权法。在形象权的保护方面,加利福尼亚州和纽约州最具有代表性。这显然是因为加州和纽约州是演艺界、文化界和体育界明星会聚的地方,不仅有关形象权的案件比较多,而且许多判例都具有典型意义。所以,本章的讨论将不断引证这两个州的成文法和判例法,以说明有关的问题。

此外,由“引言”的叙述也可以看出,形象权在美国是一种新型的知识产权,关于形象权的范围、侵权的认定标准、权利的限制和例外等等,还都在发展之中。与专利权、版权和商标权等知识产权相比,保护形象权的法律制度还远远不够成熟,许多问题都值得立法上、司法上和学理上的进一步探讨。

## 二 形象权的概念

在论述了形象权的起源之后,本文将从概念上进一步阐释形象权,说明形象权与隐私权的关系,形象权与版权、商标权和制止虚假广告权的关系。

形象权是一种仅仅与真实的自然人相关的财产权。公司、合伙组织等法人,以及文学性的虚构人物,包括卡通形象,都不具有形象权。例如,“加州民法典”(California Civil Code)第3344条明确规定保护自然人的姓名、肖像、声音和签名等等。又如,“纽约州民法”第50条和第51条规定,保护“任何活着的人”(any living person)的权利,禁止未经许可而使用他人的姓名和肖像。纽约州的法院还一致裁定,任何法人都不得依据上述规定主张权利,只有真实的自然人才可以依据上述规定主张自己的权利。<sup>⑤</sup>

形象权是一种财产权,形象权法律所保护的是自然人身份中的商业性价值或财产权益。事实上,形

<sup>①</sup> Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 205 USPQ 741 (1977). 关于该案的详细讨论,见本章第4节。

<sup>②</sup> American Law Society, Restatement (third) of Unfair Competition, Sections 46, 47, 48, 49.

<sup>③</sup> McCarthy on Trademark and Unfair Competition (Third Edition), Chapter 28.04(1), 1995.

<sup>④</sup> 加州于1972年制定了保护形象权的法律,1985年又作了修订,并将有关的规定纳入了“加州民法典”第3344条和第900条。同时,该州法院明确裁定,在保护形象权方面,制定法与判例构成的普通法共存。

<sup>⑤</sup> McCarthy on Trademark and Unfair Competition (Third Edition), Chapter 28.04(4)(b), 1995.

象权本身就是因为保护这种财产权益而发展起来的。正如 1983 年的“卡森”一案所说：

形象权是为了保护名人身份中的商业性利益而产生的。这种权利的理论依据是,名人的身份在促销产品方面是有价值的,名人享有的权益应当得到保护,名人可以制止他人未经许可而商业性地利用其身份。<sup>①</sup>

“卡森”是就该案所涉及的名人所说的,所以只提到了名人的形象权和名人身份中的财产权益。但在事实上,无论是名人还是非名人,每个自然人都享有形象权,都就自己身份中的财产权益享有权利。正如加州最高法院在 1990 年的“梦露”一案中所说：

过去的判决都裁定,每个人都就自己的形象享有财产权益,未经许可的商业性使用属于应当加以纠正的侵权。<sup>②</sup>

当然,就其中的商业性价值来说,名人的形象权要远远超出非名人的形象权。越是名人,其身份中的市场价值也就越高,也就越值得他人加以利用。广告宣传者总是愿意使用名人的形象来推销自己的产品。正如第九巡回上诉法院在“怀特”一案中所说：

名人越有名,认出他的人越多,也就越具有宣传产品的显著性。那些最受大众喜爱的名人的身份,不仅对广告宣传者具有最大的吸引力,而且也最容易引起大众的关注,甚至不必借助于姓名、肖像或声音等明显的手段。

第九巡回上诉法院还指出,电视和其他媒体的产生,使得名人的身份具有了可观的市场价值,名人也花费大量的精力设法利用自己的身份,以获取利润。法律保护名人利用这一价值的专有权利,而不论他们是通过杰出的才能还是通过偶然的运气,或者是通过二者的结合而获得自己的名声。<sup>③</sup>

形象权起源于隐私权的事实,也表明只有真实的自然人才有可能享有形象权。因为,无论是法人还是虚构的文学性人物,都不可能具有隐私或享有隐私权。隐私权的享有者,只能是真实的并且是活着的自然人。假如硬要说法人也有什么“隐私”的话,那只能属于商业秘密的范畴。既然形象权起源于隐私权,既然隐私权的享有者只能是自然人,那么,形象权的享有者也只能是真实的自然人。而且,正如每个人都天生享有隐私权一样,每个人也天生享有形象权。在这方面,名人与非名人并没有本质的区别。

虽然形象权起源于隐私权,但形象权与隐私权又是截然不同的两种权利。隐私权是保护个人的自尊和尊严,防止他人侵入自己的私生活,损害自己的自尊和尊严。而形象权则是保护个人身份中的商业性价值,禁止他人商业性地利用自己的身份,造成自己经济上的损失。与此相应,在侵犯隐私权的案件中,法官所关注的是对人的尊严的损害,损害赔偿的数额也是依据精神损害的程度来确定的。而在侵犯形象权的案件中,法官所关注的是对权利人身份中的商业性价值的损害,损害赔偿的数额是依据市场损失的程度来确定的。所以,一个行为究竟是侵犯了他人的隐私权,还是侵犯了他人的形象权,判定的标准不是行为人的行为,而是受到损害的权利是什么。<sup>④</sup>当然在某些特定的情形下,侵权者的行为可能是既侵犯了他人的隐私权,又侵犯了他人的形象权。例如,未经许可而将一个无名人物的姓名或肖像用于广告之中,宣传或推销质量低劣的产品。一方面,这会侵犯他的隐私权,将他推到公众面前,并因劣质产品而受到奚落。另一方面,这又会侵犯他的形象权,未经许可而商业性地利用了他的身份,造成了他在金钱上的损失。尽管如此,原告在寻求隐私权保护时,只能以个人尊严受到损害而寻求救济,而在寻求形象权保护时,只能依据身份中的商业性价值受到损害而寻求救济。显然,两种诉讼的基点是不同的。

由于形象权起源于隐私权,在早期的判决中甚至出现过这样一种论点,即名人的出名意味着他对于

<sup>①</sup> Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc., 218 USPQ 1 (6th Cir. 1983).

<sup>②</sup> Moore v. Universal Pictures, 205 USPQ 1090 (Cal. Supreme Court, 1990).

<sup>③</sup> White v. Samsung Electronics American, 23 USPQ2d 1583 (9th Cir. 1992).

<sup>④</sup> McCarthy on Trademark and Unfair Competition (Third Edition), Chapter 28.01(3), 1995.

自己形象权的放弃。但这是不准确的。正如尼莫教授在“隐私权”一文中所说：

原告成为著名人物,绝不意味着对于形象权的放弃。事实上,只有当原告(或者潜在的原  
告)已经获得了某种程度的知名身份时,形象权才会变得重要起来。<sup>①</sup>

在1970年的“乌勒德”一案中,<sup>②</sup>被告也提出,原告在新闻媒体上频频出现,任何人都知道其姓名,都可以获得有关他的资料,这意味着原告的姓名或有关资料已经进入公有领域,原告已经放弃了寻求救济的权利。法院指出,这是混淆了形象权与隐私权的区别。就形象权的保护来说,某人的姓名或肖像仅仅是因为以往的披露,因为公众对该姓名或肖像的认可,才变得具有商业性价值。如果裁定这种公开性破坏了(原告)针对他人盗用其姓名或肖像而提起诉讼的权利,就会否定所有的诉因。因为只有公开披露和公众接受,才使得某一名人的姓名具有了价值,并且可以由此而制止未经授权的使用。

在1977年的“萨奇尼”一案中,最高法院也探讨了形象权与隐私权,尤其是与侵犯隐私权中的“误导性灯光”的不同。<sup>③</sup>法院的判决说,“这两种侵权的不同是非常重要的”。第一,在两种侵权诉讼中,国家所保护的利益是不同的。在“误导性灯光”的诉讼中,国家所保护的是原告的名誉,与诽谤中的精神痛苦相似。而在形象权的诉讼中,国家所保护的是个人的财产权益。正如我们后来指出的那样,这里的国家利益与专利法和版权法的宗旨极为相似,关注的是个人从劳动中获得收益的权利,与情感或名誉的保护没有什么关系。第二,在未经许可而向公众传播信息方面,两种侵权的程度是不同的。在“误导性灯光”的诉讼中,保护相关利益的惟一方式是,尽量降低损害他人的信息的传播。而在“形象权”诉讼中,惟一的问题是谁有权利公布或发表有关的信息。最高法院指出,就像本案的原告一样,杂技演员通常并不反对将他们的表演广泛传播,但其前提条件是获得相应的商业性利益。“事实上,本案的原告并不禁止播放他的表演,他只是通过损害赔偿的方式来寻求播放的报酬。”<sup>④</sup>

现在来看形象权与版权的区别。版权保护关于思想观念的表述,不保护思想观念本身。而形象权的客体,如姓名和肖像等等,则相当于版权法所说的思想观念。因此,形象权不属于版权法保护的对象。例如,依据“纽约州民法法”有关形象权的规定,任何职业摄影师都可以在自己的照相馆内陈列所拍摄的照片,除非被拍摄的人提出书面异议。显然,这一规定隐含着这样一些意思:摄影师对于所拍摄的照片享有版权,因而可以在照相馆内陈设有关系的照片;同时,被拍摄的人对于自己的肖像享有形象权,可以要求摄影师不要陈列自己的照片。与此相应,摄影师不能阻拦被拍摄的人商业性地使用自己的肖像,而被拍摄的人也不得未经摄影师的许可而商业性地复制有关的摄影作品。

美国版权法第301条有“排除州法”的规定。根据规定,当一件作品在某种介质上固定之后,当作品属于联邦版权法规定的保护客体时,当州法就作品所授予的权利等同于联邦版权法所授予的权利时,该作品只能受联邦版权法的保护。这被称之为排除州法的规定。尽管有人曾经提出,联邦版权法排除了州法对形象权的保护,但这是不确切的。因为,形象权的对象如姓名、肖像等等属于思想观念的范畴,既不受联邦版权法的保护,也不受各州版权法的保护。所以,联邦版权法并不排除州法对于形象权的保护。

形象权与商标权具有一些相似之处。例如,形象权和商标权都属于知识产权,都属于反不正当竞争的范畴。然而,二者所具有的不同之处更为显著。例如,商标的作用是指示或区别商品或服务的来源,尽管这一来源可能并不明确。而形象权的对象,如姓名和肖像等等,其作用是指示某一具体的自然人。商标法所保护的是体现在商标中的商誉,而形象权法所保护的是体现在自然人身份中的商业性价值。显然,商标权和形象权不同的根本点在于二者的起源不同,即前者起源于商业欺诈的法律,后者起源于隐私权法律。

<sup>①</sup> Melville Nimmer, “The Right of Publicity”, Law & Contemporary Problems 203 (1954).

<sup>②</sup> Uhlaender v. Henricksen, 316 F. Supp. 1277. (D. C. Minn. 1970).

<sup>③</sup> 普罗瑟教授将所有侵犯他人隐私的行为归纳为四大类,“误导性灯光”为其中之一。

<sup>④</sup> Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 205 USPQ 741 (1977).

在某些特殊的情况下,某人的姓名或肖像也可以作为商标。在这种情形下,这个人的姓名或肖像就具有了双重含义。一方面,他的姓名或肖像具有指示他本人的作用,这是他的姓名或肖像所具有的原始的或主要的含义。另一方面,他的姓名或肖像又具有指示商品或服务来源的作用,这是他的姓名或肖像所具有的“第二含义”。因为,就商标的显著性来说,姓名或肖像本身不具有内在的显著性,只有在与商品或服务连带使用并且在市场上获得了“第二含义”之后,才具有指示商品来源的作用。从肖像权来说,每个人都天生具有自己的姓名和肖像,天生享有形象权。从商标权来说,只有极少数的人可以将自己的姓名或肖像作为商标,并由此而获得商标权。当然,当一个人就自己的姓名或肖像既享有形象权,又享有商标权时,如果他的姓名或形象受到侵犯,他或者可以从形象权的角度主张自己的权利,或者可以从商标权的角度主张自己的权利。<sup>①</sup>这是从不同的角度,用不同的权利来保护同一个客体。例如,在1992年的“怀特”一案中,原告怀特女士是“幸运之轮”节目的主持人,在公众中具有很高的知名度。当被告三星电子公司未经许可而在广告上使用了她的形象后,怀特女士依据自己的商标权和形象权提起了针对被告的诉讼。法院也就被告的商标侵权和形象权侵权问题进行讨论,并做出了相应的裁决。<sup>②</sup>

由于未经许可而使用他人的姓名或肖像,往往发生于广告之中,这又使得形象权的保护与制止虚假广告联系起来。首先,侵犯形象权与发布虚假广告具有本质的不同。就虚假广告来说,“虚假性”是构成这种侵权的基本要素。但在侵犯形象权的情形中,“虚假性”并不是一个必备的要素。从某种意义上说,侵权人是未经许可而真实地使用了他人的形象。麦卡锡教授曾举过这样一个例子:

著名垒球球星山姆在球队中可能是最棒的,但是他从来没有品尝过 HIGH FIVE 的运动饮料,你为什么不去品尝呢?<sup>③</sup>

从字面上说,这里没有任何虚假的成分,不构成虚假广告。但从整个句子来看,又商业性地使用了球星山姆的名字,侵犯了山姆的形象权。其次,未经许可而将他人的形象使用在广告上,在很多情况下又很容易误导消费者,让消费者误以为形象权所有人认可或支持了相关的产品或服务,从而引发虚假广告的诉因。在这种情况下,形象权人也是既可以提起形象权侵权的诉讼,又可以提起虚假广告的诉讼。当然,两种侵权诉讼的法律规则和证据要求都是不同的。

1985年的“艾伦”一案,<sup>④</sup>是一个说明虚假广告不同于形象权侵权的典型判例。乌迪·艾伦是美国著名的电影导演、作家、演员和喜剧明星,是许多喜剧电影的作者、导演和演员。巴拉夫是一个外貌与艾伦相似的人。当被告在其所属的录像连锁店的促销广告中,使用了巴拉夫的肖像后,乌迪·艾伦提起了诉讼,诉因包括形象权侵权和虚假广告。由于被告在广告中使用的是巴拉夫而非艾伦的肖像,法院感到难以适用纽约州保护形象权的法律规定,认为最好是适用“兰哈姆法”第43条第1款关于虚假广告的规定处理。法院在判决中裁定,被告的广告有可能让消费者产生混淆,认为原告认可了被告的产品或服务,或者与被告的产品或服务有关。被告在诉讼中辩解说,自己的广告所使用的不是艾伦的肖像,不存在艾伦认可自己产品或服务的问题。法院则反驳说,“乌迪·艾伦是一个公众人物,当他的身影出现在广告中的时候,这种现象本身就不可避免地意味着认可。”法院还针对被告之一的巴拉夫下达了禁令,“不得出现在这样的广告上,即该广告有可能让具有一般理性的人认为他就是真正的原告,或者原告认可了他在广告上的出现。”当然,法院也考虑了巴拉夫的生活需求,允许他以自己的形象提供广告服务,但整体的广告背景必须完全表明他只是相似而已,原告乌迪·艾伦与相关的产品毫无关系。

<sup>①</sup> McCarthy on Trademark and Unfair Competition (Third Edition), Chapter 28.02, 1995.

<sup>②</sup> White v. Samsung Electronics American, 23 USPQ2d 1583 (9th Cir. 1992).

<sup>③</sup> McCarthy on Trademark and Unfair Competition (Third Edition), Chapter 28.03(1), 1995.

<sup>④</sup> Allen v. National Video, Inc., 226 USPQ 483 (S. D. N. Y. 1985).

### 三 形象权的客体

形象权的客体是自然人的身份及其商业价值,或者说是可以用来指示自然人的那些身份要素。具体说来,这些身份要素包括姓名、肖像、声音、签名等等。根据“纽约州民法”第51条,个人身份中受保护的要素有“姓名、肖像或照片”,这被称为“法定三要素”。又据“加州民法典”第3344条,如果未经许可而商业性地使用“他人的姓名、声音、签名、照片或肖像”,应当承担相应的民事责任。大体说来,形象权的客体包括姓名、肖像、声音、签名、表演风格和显著服饰等等。

在侵犯形象权的诉讼中,判定某一要素是否属于形象权的客体,基本的要件是看该要素能否指示某一自然人。如果某一身份要素能够指示相应的自然人,就属于形象权的客体。如果不能,则不属于形象权的客体。所以,法律上将这些要素称之为“可指示性要素”(identifiable element)。

#### (一)姓名

姓名包括人的姓、名、笔名、别称和绰号等等。由于很多人都具有同样的姓名,所以在侵犯形象权的诉讼中,原告必须证明被告所使用的就是他的姓名,或者说被告所使用的姓名是指向自己。否则就不能证明被告侵犯了自己的形象权。例如,在1982年的“胡克”一案中,<sup>①</sup>被告哥伦比亚电影公司拍摄了一部电视系列片,以一名虚构的名为“胡克”的警察作为电视系列片的主角。原告是一位木雕艺术家,名字也叫“胡克”。法院经过审理后指出:

依据原告所提供的事实和情形可以裁定,被告虚构的电视系列片中所使用的姓名胡克,在任何意义上都不是指向真实的胡克。

1979年的“赫斯克”一案涉及了一名橄榄球星的绰号。<sup>②</sup>原告赫斯克是一位著名的橄榄球星,他被描述为那个时代的超级球星,并作过许多商业性广告。赫斯克的奔跑风格非常独特,就像一架忽忽旋转的飞轮,因而获得了“疯狂之腿”(Crazylegs)的绰号。被告是一家化妆品厂商,在女用剃须胶上使用了“疯狂之腿”的名字。而且,被告第一次促销该产品就是在一次女子赛跑活动中,被告推出的电视广告中所具有的“疯狂之腿”的欢呼声,也像橄榄球比赛中观众对赫斯克的欢呼一样。正是基于这样的事实,威斯康星上诉法院裁定被告侵犯了原告的形象权。在上诉中,被告提出了没有使用原告真实姓名的辩解。法院则在判决中指出:

虽然被告所使用的“疯狂之腿”是赫斯克的绰号而非他的真实姓名,但这并不妨碍原告提起诉讼。这里所需要的仅仅是,有关的姓名清楚地指示了受到伤害的个人。在眼前的案子中,在这个案子的关键点上,绰号毫无疑问地指示了原告赫斯克。

在判决中,法院还讨论了虚构的名字与真实的自然人之间的关系,如作为真实姓名的 Samuel Clemens 与作为笔名的马克·吐温的关系。显然,作家 Samuel Clemens 如果不能阻止他人未经许可而将马克·吐温的笔名用于广告之中,那将是非常荒谬的。法院得出结论说:如果一个虚构的姓名使用在某种背景之中,表明该姓名就是原告的姓名,那就强化了指示其身份的事实。

在形象权的保护中,对于姓名的理解,不能仅仅局限于被告是否在字面上使用了原告的姓名,还必须将有关的因素综合起来,判定被告是否使用了原告的身份,或者有关的使用是否指示了原告。在1983年的“卡森”一案中,<sup>③</sup>原告约翰·卡森是电视节目“今夜秀”(Tonight Show)的主持人和明星。每当节目开始和卡森即将出场之时,都有一个拖长的声音介绍说“这里是强尼”(Here's Johnny)。由于这个节目是由美国广播公司播放,每星期播放5次,观众非常广泛,所以人们在听到“这里是强尼”的声音时,都

<sup>①</sup> T.J. Hooker v. Columbia Pictures Industry, Inc., 551 F. Supp. 1062 (N.D. Ill. 1982).

<sup>②</sup> Hirsch v. S. C. Johnson & Sons, Inc., 90 Wis. 2d, 205 USPQ 920 (1979).

<sup>③</sup> Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc., 218 USPQ 1 (6th Cir. 1983).

知道原告即将出场。也就是说,“这里是强尼”与原告密切相关,可以指示原告的身份。早在1967年时,原告还授权一家连锁饭店使用这句话,而连锁饭店的名字就叫做“这里是强尼饭店”。“卡森”一案的被告是一家方便厕所的出租和销售公司。当被告的公司开张时,由于“这里是强尼”已经家喻户晓,公司的总裁为公司取名“这里是强尼方便厕所”。于是,原告诉被告侵犯了自己的形象权。联邦地方法院在审理后裁定,形象权的保护仅仅及于“姓名和肖像”,不及于像“这里是强尼”的短句。由于被告没有使用原告的姓名或肖像,所以没有侵犯原告的形象权。显然,联邦地方法院将形象权的客体局限在了具体的姓名和肖像上。

第六巡回上诉法原则推翻了地方法院的裁定,认为地方法院对形象权概念的理解过于狭窄。法院说,“正如我们已经宣告过的那样,形象权是指名人在商业性地利用自己身份的时候,享有应受保护的金钱利益。如果有人商业性地利用了名人的身份,那就侵犯了他的权利,而不论他的‘姓名或肖像’是否被使用。即使卡森的姓名或肖像没有被使用,他的身份也可能被利用。”在“卡森”一案中,肯尼迪法官不同意多数法官的意见,坚持认为短句不属于形象权的保护对象。“尽管我同意个人身份未经许可不得利用,但我确实认为普通法的形象权不能超出个人姓名、肖像、成就、身份特征和真实表演的范围,不能包括仅仅与某个个人相关的短句或其他东西,诸如‘这里是强尼’。”肯尼迪法官担心,如果对形象权的保护及于短句一类的东西,会将某些原本属于公有领域的东西纳入专有领域之中,有悖于知识产权保护的宗旨。显然,肯尼迪法官把形象权的保护对象局限在了具体的身份特征上,而多数意见则把形象权的保护对象放在了属于上位概念的“身份”上。如果把形象权的保护对象定义为个人的“身份”,那么所有的指示个人身份的要素,诸如姓名、肖像和短句等等,都应该受到保护。事实上,形象权的保护对象正是随着对于“身份”这一概念的解释而不断扩大的。

## (二) 肖像

人的肖像不仅包括脸部形象,还包括人的其他身体特征,如形体特征、侧影或背影等等。在这里,不能将人的肖像局限为脸部形象。未经许可而使用的肖像,可以是照片、画像,还可以是与名人酷似的肖像。

1978年的“阿里”是一个有关肖像的典型判例。<sup>①</sup>该案的原告阿里是美国著名的重量级拳王,被告是一家杂志社。被告在自己的杂志上刊登了一幅图画,画面为一个裸体男性黑人,坐在用绳子围起来的拳击场的一角,双手抱在一起,胳膊靠在两边的绳索上。画面旁边还配有“最伟大的”(the Greatest)字样,这是阿里通常称呼自己的用语。阿里由此而诉被告侵犯了自己的形象权。法院在审理后认定,尽管被告在图画的下面还写上了“神秘的人”,但有关的细节都表明图画中的裸体男性黑人就是拳王阿里。法院在判决中还指出,画面中人物的脸部细节,如“颧骨、宽阔的鼻子和棕黑色的眼睛,以及独特的微笑和卷曲的黑头发,都是公认的阿里的特征。”此外,阿里通常称呼自己的“最伟大的”几个字,也证实被告确实侵犯了阿里的形象权。

在某些情况下,尽管被告使用的是他人的肖像,而该肖像又与某一名人的肖像相似,法院也可以判定被告侵犯了该名人的形象权。由于使用相似肖像而侵权,仅仅发生在名人的身上,所以这又称之为“与名人相似的肖像”。1984年的“奥纳西斯”就是这样一个判例。<sup>②</sup>该案的原告是美国前总统肯尼迪的夫人,属于一个公众人物。被告在杂志上刊登了一幅广告画,使用了一个酷似肯尼迪夫人的模特的肖像。纽约州最高法院裁定被告侵犯了原告的形象权,下达禁令禁止被告在广告上使用该模特的肖像。在判决中,法院把相似的肖像看作是指示原告身份的因素。判决书指出,就照片来说,不过是某人在镜头前的真实写照。就肖像或绘画来说,则具有更为广泛的含义,包括了一些传达某人实质性特点和相像之处的要素。这些要素虽然不完全真实,但是却接近真实或与真实相似。而且更为重要的是,“任何人都不能为了商业性目的任意使用他人的姓名或外表,任何人都不能因为使用了与原型相似,但又与原型

<sup>①</sup> Ali v. Playgirl, Inc., 206 USPQ 1021 (S.D.N.Y. 1978).

<sup>②</sup> Onassis v. Christian Dior-New York, Inc., 472 N.Y.S.2d 254 (Sup.Ct. 1984).



不完全相同的姓名或外表而要求豁免。”

禁止使用与名人相似的他人的肖像,这实际上意味着在某种程度上剥夺了他人使用自己肖像的权利。而且,使用他人的肖像,从严格的意义上说并没有侵犯名人的形象权。因为这里所使用的是他人的而非该名人的肖像。但是,如果任由商家使用与名人相似的他人的肖像,又会造成消费者在商品或服务认可上的混淆。因此,在这种情况下,有的法院不是从侵犯名人形象权的角度,而是从虚假广告和消费者混淆的可能性来加以规范。例如,前一节所讨论的“艾伦”就属于这样一个判例。<sup>①</sup>在“艾伦”一案中,法院还从相似的程度出发,对“奥纳西斯”一案作了甄别。“在奥纳西斯一案中,相似者难以与相关的名人区别开来,而广告的背景也清楚地表明他或她就是真实的名人。所以法院可以裁定,从法律上说,相似者的外貌就是原告的肖像或图画。”“艾伦”一案还指出,“奥纳西斯”一案所展现的是一种独特的事实情景。在这种情景之中,想像性与真实性交织在一起,几乎不可避免地指向了真实的名人。如果本案的原告艾伦想让法院得出同样的结论,就必须说明有关的事实已经无可争议地证明,从法律上说,相关的照片造成了艾伦在事实上出现在广告中的印象。

尽管“艾伦”一案从相似性程度的视角甄别了“奥纳西斯”一案,但是在形象权的保护中,使用他人的与名人相似的肖像,仍然是一个有待于进一步解决的问题。

### (三) 声音

在某些特定的情形下,独特的声音或声音的风格,如演唱者独特的演唱声音,朗诵者独特的朗诵声音,也可以指示该演唱者或朗诵者的身份,因而可以作为形象权的保护对象。例如,“加州民法典”第3344条和900条就规定,形象权的对象包括“声音”。

早期的一些判例裁定,形象权的保护不禁止他人对名人声音的模仿。在这类情况下,原告只能依据反不正当竞争的规定获得法律救济。例如,在1962年的“拉尔”一案中,<sup>②</sup>原告拉尔是一名声音特技演员,在一部卡通电视系列片中为一只鸭子配音。被告是一家化工厂,在为自己产品制作的电视广告中,让另一名特技演员模仿了原告的配音。原告因此而诉被告未经许可使用了自己的声音,侵犯了自己的形象权。第一巡回上诉法院认为,尽管被告偷取了原告的声音,尽管广告听众认为所听到的声音是原告的声音,但这不属于“纽约州民法”所保护的“声音”的范围。同时,被告的行为又确实侵犯了原告的某种权益,原告可以依据反不正当竞争法获得救济。

后来的一些判例,却逐渐将形象权的保护对象扩大到了“声音的相似”。在这方面,1988年由第九巡回上诉法院判决的“米德乐”是一个典型判例。<sup>③</sup>原告米德乐是一位著名的女歌唱家,她的演唱声音具有独特的个人风格。被告福特汽车公司制作了一条关于自己产品的广告,想使用米德乐演唱的“你想跳舞吗”(Do You Want to Dance)作为背景音乐。被告虽然从词曲的版权人那里获得了授权,但米德乐却拒绝了福特公司的邀约,不同意使用自己的声音。在万般无奈的情况下,被告雇佣了另一名歌手,尽可能像地模仿了米德乐的演唱声音,并将模仿的演唱用在了广告之中。原告由此而诉被告侵犯了自己的形象权。第九巡回上诉法院认为,原告应当依据普通法而不是加州的形象权法律来主张权利。法院指出,加州的形象权法律确实保护每个人的声音,但这无助于原告主张自己的权利。因为,被告所使用的声音不是原告的声音,而是另一名歌手的声音。但是在另一方面,模仿原告独特的声音和演唱风格,其效果与使用录有原告演唱的磁带一样,都是对于原告形象权的侵犯。法院还在判决中谨慎地说,这样的裁定并不意味着为了商业性目的的每一种声音模仿都应当被禁止。但是,“当某一专业演唱家的声音广为人知的时候,当他的独特声音被刻意模仿以销售某种产品时,销售者就盗取了不属于他们自己的东西,就在加州侵犯了他人的权利。”

由“米德乐”一案可以看出,在名人形象权的保护上,“相似的声音”与“相似的肖像”,都有值得进一

<sup>①</sup> Allen v. National Video, Inc., 226 USPQ 483 (S. D. N. Y. 1985).

<sup>②</sup> Lahr v. Adell Chemical Co., 132 USPQ 662 (1st Cir. 1962).

<sup>③</sup> Midler v. Ford Motor Co., 7 USPQ2d 1398 (9th Cir. 1988).

步探讨的地方。

#### (四) 各种因素的综合

形象权所保护的是人的身份中的商业性价值。就人的身份来说,姓名、肖像和声音等等都是具体的身份特征。未经许可而商业性地使用他人的姓名、肖像或声音,显然是侵犯了他人的形象权。但在某些特殊的情况下,被告可能以模糊的方式使用了原告的姓名、肖像和声音,如“卡森”一案中的“这里是强尼”、“奥纳西斯”一案中的肖像的相似,“米德乐”一案中的声音的相似。在另外一些情况下,被告甚至没有使用原告的姓名、肖像和声音,而是使用了其他的一些可以指示原告身份的因素,如原告所使用的赛车、原告的特殊装扮等等。根据法院的有关判例,如果将有关的因素综合起来,明确无误地指向了原告,或者说让消费者意识到了原告,仍然可以判定为侵犯了原告的形象权。从这个角度来说,法院已经不再将形象权的保护对象局限于姓名、肖像和声音等等。

在1974年的“毛茨”一案中,<sup>①</sup>原告是一位著名的国际赛车手,被告是一家烟草公司。被告拍摄了一条关于香烟的电视广告片,使用了原告正在驾驶赛车的照片。虽然在照片中原告的面部特征不太清楚,但是拍摄照片时原告确实是在车中。此外,原告的赛车也具有独特的装饰风格,明显不同于其他车手的赛车。尽管被告对赛车做了一些轻微的改变,尽管原告的“肖像”在画面中难以辨认,但第九巡回上诉法院还是裁定,依据加州关于形象权的法律,形象权的保护延及于原告的赛车,因为该赛车是指示原告身份特征的要素之一。法院还指出,地方法院仅仅以驾驶者难以辨认为由,裁定被告没有侵犯原告的形象权是错误的,因为它完全忽略了赛车所具有的独特的装饰意义。“这些装饰性标志不仅是原告的赛车所独有的,而且使某些人想到这辆赛车是原告的,并且由此而推断驾驶赛车的那个人就是原告。”

1992年的“怀特”一案,<sup>②</sup>是另一个将各种因素综合起来判定是否侵犯了他人形象权的典型判例。原告怀特是著名的电视娱乐节目“幸运之轮”(Wheel of Fortune)的女主持人,收看该节目的电视观众非常广泛。被告三星电子公司为新上市的盒式磁带制作了一则广告,画面为一个拟人的机器人形象,头戴金色假发,身着晚礼服,佩戴珍珠项链。这是广告设计者刻意模仿怀特穿着的结果。除此之外,这个类似机器人的形象还站立在一块竞赛牌子(牌子上写有各种英文字母)的旁边,就像怀特主持“幸运之轮”节目时所做的那样。当广告发布后,怀特提出了三项诉讼请求:被告侵犯了自己依据加州民法典第3344条享有的权利(加州关于形象权的制定法);被告侵犯了自己依据加州普通法享有的形象权;被告侵犯了自己依据“兰哈姆法”第43条第1款所享有的未注册商标权。法院裁定,由于第3344条只规定了“姓名、声音、签名、照片和肖像”,由于广告中的类似机器人的形象不是原告的肖像,所以被告没有违反第3344条。关于被告是否侵犯了原告的商标权,法院裁定应当由陪审团做出进一步的认定。在判决中,第九巡回上诉法院重点讨论了原告的第二个诉讼请求,即被告侵犯了自己依据加州普通法所享有的形象权。

在“怀特”一案的审理中,地方法院裁定形象权的保护对象仅仅包括姓名和肖像。第九巡回上诉法院引证以往的判例对此进行了澄清。法院说,在“毛茨”一案中,被告虽然仅仅使用了原告的赛车,原告的肖像虽然难以辨认,但法院还是裁定被告使用了原告的身份。在“米德乐”一案中,虽然被告使用的是“相似的声音”,但法院裁定被告盗用了原告的身份。在“卡森”一案中,法院裁定,被告所使用的“这里是强尼”的短句,在事实上使用了原告的身份。“这些判例告诉我们,普通法中的形象权不仅包括姓名或肖像以外的使用方式,而且具体的使用方式仅仅在确定被告是否在事实上使用了原告的身份时才是相关的。形象权并不要求对于身份的使用必须通过某些具体的可以提起诉讼的手段。”第九巡回上诉法院指出,在这些判例中,被告都没有采用最明显的使用原告身份的方式,但被告的行为都在事实上盗用了他人形象权中的商业价值。正是在这里,第九巡回上诉法院写下了一段非常深刻的,广为引用的文字:

被告“如何”使用原告的身份并不重要,重要的是被告“是否”使用了原告的身份。“毛茨”、

<sup>①</sup> Mtschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co., 498 F.2d 821 (9th Cir. 1974).

<sup>②</sup> White v. Samsung Electronics American, Inc., 23 USPQ2d 1583 (9th Cir. 1992).

“米德乐”和“卡森”告诉我们,将使用人们身份的具体方式列在一个洗衣清单中,将形象权视为仅仅保护这个清单中的具体方式,那是不可能的。如果某一规定说,只有九种不同的使用他人身份的方法可以被用来侵犯形象权,那么这一规定不过是向聪明的广告战略家提出挑战,让他们创造出第十种方式来。

就“怀特”一案的具体案情来说,第九巡回上诉法院认为,如果将广告中的各个要素分开来看,不能说被告侵犯了原告的权利。但如果将其中的各个要素综合起来,毫无疑问广告所描绘的就是原告。法院指出,女性形状的机器人穿着长长的晚礼服,头上戴着金色假发,脖子上佩戴着珍珠项链,这与怀特和其他许多女性一样。但是女性形状的机器人站在字母显示牌的旁边,正在翻动上面的字母,却是怀特所独有的姿势。也就是说,在“幸运之轮”的电视竞赛节目中,怀特就是穿着如此的服饰,翻动着显示牌上的字母。从这个角度说,怀特是独一无二的。所以,将广告中的各种要素综合起来,被告显然是使用了原告的身份。

#### 四 形象权的限制

形象权不是一项绝对的权利。与任何知识产权一样,形象权也应当受到某种程度的限制。正如纽约州法院的一个判例所说:

在形象权获得认可的地方,形象权并没有赋予某一人这样的权利,即为了金钱的目的而控制社会公众对其姓名或肖像的每一次使用。应当受到禁止的是未经授权的,为了广告目的而与产品销售相关的使用。所以,“形象权”与“隐私权”一样,……当某一姓名或肖像的使用是与公众事务或公众利益相关联时,应当裁定该权利是不适用的。因为,这类使用是受到宪法保护的,必须超越任何个人的关于金钱的考虑。即使是那些主张广泛认可形象权的人,对此也予以承认。<sup>①</sup>

在对于形象权的限制方面,最主要的就是宪法第一修正案所规定的言论自由和新闻自由对于形象权的限制。由美国最高法院于1977年的判决的“萨奇尼”一案,<sup>②</sup>是探讨形象权与宪法第一修正案的一个典型判例。本案的原告萨奇尼是一位杂技演员,在俄亥俄州的一个集市上表演“人体炮弹”的节目,每次表演的持续时间约为15秒钟。被告是当地的一家电视台,在原告反对的情形下拍摄了全部表演过程,并在晚间新闻中加以播放。于是,原告告诉被告侵犯了自己的专有财产权。初审法院做出了有利于被告的判决,而上诉法院则推翻了初审法院的判决,裁定被告非法占有了原告的财产。上诉法院的一名法官在单独的附属意见中还指出,原告就其表演活动享有形象权,被告侵犯了原告的形象权。被告对此判决不服,又上诉至俄亥俄州最高法院。俄亥俄州最高法院认为,原告确实就其表演活动享有形象权,有权控制其表演活动和人格的商业性利用。但在另一方面又裁定,作为被告的电视台享有报道新闻事件的自由,电视台只是报道了原告的表演,并没有利用原告身份或表演中的商业价值。最后,最高法院受理了原告的上诉,讨论了言论(新闻)自由与形象权的问题。

在“萨奇尼”一案的判决中,最高法院一方面重申了被告享有第一修正案所规定的言论自由和新闻自由,重申了言论自由和新闻自由是对于形象权的一种限制。但在另一方面,最高法院又裁定,第一修正案并没有赋予被告播放原告的全部表演过程的权利。事实上,最高法院讨论的重点是在后一个问题上。

最高法院指出,原告对于他在集市上的表演和表演所具有的新闻价值并不质疑,原告的主张仅仅在于被告拍摄和播放了他的全部表演过程,因而侵犯了他的专有财产权。显然,原告依据普通法所享有的

<sup>①</sup> Paulsen v. Personality Posters, Inc., 59 Misc. 2d 444, 299 N. Y. S. 2d 501 (1968).

<sup>②</sup> Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 205 USPQ 741 (1977).

形象权,不能阻止被告报道新闻事件,包括报道原告的表演。但是,被告播放全部表演过程,却极大地损害了原告的经济利益,相当于不让原告收取观看表演的入场费。最高法院说:

与未经授权而商业性地使用他人的姓名或肖像不一样,与媒体附带使用他人的姓名或肖像不一样,播放原告的全部表演这一事实,直接进入了问题的核心,即原告作为杂技演员获得自己生计的问题。

最高法院在判决中还指出,原告在自己的表演中投入了大量的时间和精力,有权利就此获得相应的报酬。形象权所保护的就是权利人的经济利益。就原告来说,这种保护提供了一种经济动力,促使他投资制作有关的表演。这与版权法和专利法的宗旨一样。“宪法并不妨碍俄亥俄州在这里做出类似的选择,保护杂技演员的经济动力,以鼓励这类作品的产生。”

应该说,“萨奇尼”一案是从否定的角度探讨了言论自由对形象权的限制。或者说,宪法所规定的言论和新闻自由,并没有赋予电视台未经许可而播放他人全部表演过程的权利。而加利福尼亚和纽约等州的形象权法律,则从正面规定了言论自由对形象权的限制。由于加州和纽约州是美国的娱乐业中心,有关形象权的法律或判例也具有典型意义,所以这里仅以加州和纽约州为例。

加州民法典第 3344 条和第 900 条规定,“与新闻、公共事务、体育广播或报道、政治活动相关联”而使用他人的身份,属于形象权的例外。<sup>①</sup>在上述情况下,有关的使用者不必获得权利人的许可,有关的使用也不会构成对于他人形象权的侵犯。根据上述两条的规定,当未经许可的使用发生在商业性媒体上的时候,并不必然构成对于他人形象权的侵犯。这要看未经许可的对他人身份的使用,是否与广告的出资者具有直接的关联。如果没有直接的关联,则不存在侵权。根据加州民法典,上述规定不仅适用于活着的人,而且适用于已经去世的人。显然,通过这样的一些规定,言论自由对形象权的限制就在很大的程度上得以具体和明确,而加州法院也依据上述规定做出了一系列有关的判决。

此外,加州民法典第 3344 条和第 900 条还规定,媒体的所有人或雇员,对媒体上登载的侵犯他人形象权的广告,不承担侵权责任,除非有关媒体的所有人或雇员知道广告中对于他人身份的使用是未经许可的使用。这样,在绝大多数的情形下,报纸、杂志、电台和电视台就可以免除侵犯他人形象权的担忧,不必担心会因为他人的广告而承担侵权责任。显然,这对于媒体的发展具有重要意义。

与加州民法典相比,“纽约州民法”没有明确而具体的关于形象权例外的规定。但是,纽约州的法院,包括设立在纽约州的联邦法院,则通过解释“民法”中的某些规定,具体探讨了言论自由对于形象权的限制。

纽约州民法第 51 条规定,任何人不得“为了广告的目的或为了商业的目的”,未经许可而使用他人的身份。<sup>②</sup>正是这样一个简单的规定,成了法院一系列判决的依据。大体说来,这一规定可以分为两个部分。一是“为了广告目的”而未经许可的使用,这是法院判定某人侵犯他人形象权的依据。二是“为了商业目的”而未经许可的使用,这是法院判定形象权受到言论自由限制的依据。也就是说,如果有关的使用不是为了商业的目的,而是为了诸如新闻报道的使用,就不构成对于形象权的侵犯,就属于形象权保护的例外。在这方面,纽约州的法院还把这种例外称之为“具有新闻价值的例外”(newsworthiness exception)。正如纽约州上诉法院所说:

长期以来我们一直承认,如果媒体对于某一姓名或肖像的使用,是与某一具有新闻价值的信息相关,则这种使用受到第一修正案的保护,不属于民法所规定的为了商业目的而使用的范围。<sup>③</sup>

而纽约州最高法院也强调,“新闻”这一概念具有非常广泛的含义,包括让新闻媒体自由使用他人的

① California Civil Code, sections 3344, 900.

② New York Civil Rights Law, section 51.

③ Davis v. High Society Magazine, Inc., 90 Appellate Division, second 374, 457 N. Y. S. 2d 308 (1982).

姓名和肖像,发表具有教育和科学意义的文章。“应当广泛适用‘具有新闻价值的例外’。……‘新闻价值’的问题,最好是由合理的编辑判断或编辑裁量来处理。而司法的介入,仅仅应当发生在这样的事例中,即在肖像和文章之间没有‘真正的联系’,或者该文章是经过伪装的广告。”例如,一家杂志刊登了一篇讨论受孕的文章,认为使用咖啡因可以增加受孕的可能性,并在文章中使用了一对夫妻和他们的6个孩子的照片。法院裁定,在以受孕为主题的文章和这幅大家庭的照片之间,存在着一种“真正的联系”,因而未经许可的使用符合“具有新闻价值的例外”,没有侵犯原告的形象权。<sup>①</sup>

在1984年的“斯丹弗诺”一案中,<sup>②</sup>纽约州上诉法院还深入探讨了广告与新闻的区别。在该案中,被告在自己的杂志上发表了一篇关于夹克的新闻特写,其中刊登了一幅原告穿着夹克的照片。法院裁定,被告使用原告的照片不是为了广告或商业的目的,因而没有侵犯原告的形象权。法院还指出,虽然纽约州关于形象权的法律没有具体界定什么是为了广告或商业目的,但是“从它颁布之始,法院就一直裁定,这些术语不应当适用于新闻事件或公共利益事务。”在纽约州上诉法院看来,“具有新闻价值的例外”不仅适用于政治事件和社会事件的报道,而且适用于涉及消费者利益的新闻报道或文章。正是从这里入手,法院讨论了新闻与广告的区别。法院说,虽然被告在专栏中刊登这幅照片,主要的或唯一的目的是增加杂志的销售,是为了赚取利润。但是,这并不意味着在法律规定的意义上,被告为了商业性目的而使用了原告的照片。毫无疑问,绝大多数的出版物都想增加他们的销售量,同时也扩大他们的利润。在这里,区别新闻价值与广告或商业目的的,不是出版者的动机,而是文章的内容。“是文章的内容,而不是被告增加发行量或主要是增加发行的动机,决定着文章是否具有新闻价值。”

在加州和纽约州,法院在相关的判决中还发展出了一种称之为“附带使用”(incidental use)的例外。按照这种例外,未经许可对他人身份的使用,与商业目的之间必须有某种“直接的关联”才构成侵权。否则,就属于“附带使用”,不构成对于他人形象权的侵犯。例如,在1974年的“强生”一案中,<sup>③</sup>被告所出版的大学英语教材中,有一篇关于申请和返还基金的课文,其中使用了原告的姓名和经历。加州上诉法院裁定,被告的使用不是为了广告或征求他人购买该教科书的目的,因而没有侵犯原告的形象权。法院还指出,在英语教科书中,原告的姓名和经历仅仅是作为教育方式来使用的。使用原告的姓名和经历,不是教科书的主要目的,也与学生购买该教科书没有实质性的关系。在使用原告的身份与发行教科书的商业目的之间,不存在“直接的关联”。纽约州法院在1991年的一个判例中也说:

附带使用的规则,系针对如下的担忧而产生,即如果惩罚每一种对于他人姓名或肖像的使用,而不论该种使用是如何没有意义或一带而过,就会不恰当地妨碍言论表达。

这样,对于他人身份的没有重要意义的使用或一带而过的使用,都不属于对他人形象权的侵犯。

在保护形象权与保障言论自由的关系上,麦卡锡教授还提出了一个观点,即某一特定的对于他人身份的使用,或者可以纳入“传播性”(communicative)的范畴,或者可以纳入“商业性”(commercial)的范畴。所谓“传播性的使用”是指,对于他人身份的使用是为了传播信息,因而言论自由的考虑高于形象权保护的考虑。所谓“商业性的使用”是指,对于他人身份的使用虽然也有传达信息的意味,但主要是商业性的。在这方面,使用他人身份的媒介往往是至关重要的。例如,未经许可而将他人的姓名或肖像使用在产品上,如咖啡杯、T恤衫上,那就是商业性的。相反,未经许可而使用他人的姓名或肖像,是为了说明报纸上或杂志上的一篇报道,或者是为了说明某一条电视新闻,那就是传播性的使用,没有侵犯他人的形象权。<sup>④</sup>

<sup>①</sup> Finger v. Omni Publications Ltd., 77 N. Y. 2d 138, 564 N. Y. S. 2d 1014 (1990).

<sup>②</sup> Stephano v. News Group Publications, 64 N. Y. 2d 174, 485 N. Y. S. 2d 220 (1984).

<sup>③</sup> Johnson v. Harcourt, Brace, Jovanovich, 43 Cal. App. 3d 880, 118 Cal. Reporter 370 (1974).

<sup>④</sup> McCarthy on Trademark and Unfair Competition (Third Edition), Chapter 28.05, 1995.

## 五 形象权的保护期

为了说明形象权的保护期限,先来看隐私权的保护期限。隐私权所保护的是个人的尊严、名誉、情感和身体等等。在隐私权受到侵害的情形下,只有受到侵害的个人有权提起诉讼,主张自己的权利,他人不得代为主张权利。这表明,隐私权是与人身密切相关的权利。与此相应,一旦某人死亡,他的隐私权也随之而消失,不存在由他人继承其隐私权的问题。即使在某人死后发生了他人侵犯其“隐私权”的问题,他的继承人也没有提起诉讼和主张权利的依据。隐私权的保护期限为权利人的有生之年。

由于形象权起源于隐私权,受隐私权保护期限的影响,在早期的有关判例中,形象权的保护期限也是某个人的有生之年。然而,形象权是一种财产权,毕竟不同于仅仅与人身相连的隐私权。作为一种财产权,形象权可以转让或许可给他人商业性地使用,而隐私权则不具有这样的性质。作为一种财产权,形象权应当与其他财产权如版权一样,可以转移给继承人,这与隐私权的不可转让性和不可继承性截然不同。所以,随着形象权保护范围的逐渐扩大和对于形象权认识的逐步深入,大多数法院已经确认形象权可以在形象权人死后由他人继承或受让,可以在形象权人死后继续得到保护。当然,这种保护也应当具有一定的期限,而不是没有期限的。

在死后形象权的保护方面,有些法院提出过这样一种观点,即只有当形象权人在活着的时候,曾经商业性地利用过自己的身份,才能够获得死后的保护。否则就不能获得死后形象权的保护。这是对原来的不保护死后形象权的一个折衷,但又不是完全地保护死后的形象权。1979年由加州最高法院判决的“卢戈斯”就是这样一个判例。<sup>①</sup>在这个判例中,著名电影明星卢戈斯死后,他人未经许可而商业性地使用了卢戈斯的身份,卢戈斯的继承人因此而诉被告侵犯了形象权。加州最高法院以4:3的结果裁定,由于卢戈斯在生前没有商业性地利用过自己的身份,因而其继承人没有主张形象权的依据。但是,加州最高法院并没有写出多数判决的意见,而只是将上诉法院的判决意见发表而已。这样,加州最高法院的判决意见和推理依据究竟是什么,就不太具体和明确。后来,第二巡回上诉法院在一个判决中认为,“卢戈斯”一案的多数意见可能有两种含义。一是加州法院在任何情况下都不承认形象权可以继承;二是相关的名人在生前就商业性地使用了自己的身份,其形象权可以由他人继承,并且由继承人行使其权利。一般认为,加州最高法院关于“卢戈斯”一案的判决,所具有的含义应当是后者。<sup>②</sup>

“卢戈斯”一案的判决引起了社会公众的广泛注意,也引发了许多批评意见,并最终导致加州立法机关制定了新的形象权法律。新的立法主要有两个方面。一是修订了加州民法典第3344条,即原来的形象权法律。二是制定了新的第900条,专门规定了形象权人死后的法律保护。显然,第900条是针对“卢戈斯”一案,是为了推翻和澄清“卢戈斯”一案而制定的。1985年1月1日,新的加州形象权法律开始生效。

在死后形象权的保护方面,加州民法典第900条有两个特点。一是明确规定了形象权的保护期。根据规定,形象权人死后,其形象权可以获得50年的保护。显然,这是比照了版权法中的保护期限,即版权的保护期是作者的有生之年加50年。二是明确规定,“无论某一自然人在生前是否在产品、商品上,或产品、商品中,或为了广告或销售的目的,或为了吸引他人购买产品、商品或服务的目的,而使用了他或她的姓名、声音、签名、照片或肖像,其形象权在死后都受到保护。这样,新制定的第900条就否定了“卢戈斯”一案的裁定,即形象权在某一自然人死后的保护,不以该自然人生前商业性地利用了自己的身份为前提。

事实上,“生前利用”的要求不仅在加州遭到了立法的否定,在其他承认形象权的州也遭到了或是立法的或是司法的否定。例如,在1983年由第十一巡回上诉法院判决的一个案例中,被告未经许可而制

<sup>①</sup> Lugosi v. Universal Pictures, 25 Cal. 3d 813, 205 USPQ 1090 (1979).

<sup>②</sup> Goucho Marx Productions, Inc. v. Day & Night Co., 216 USPQ 553 (1982).

造和出售已故民权运动领导人马丁·路德·金的塑料半身像,马丁·路德·金的继承人提起了侵犯形象权的诉讼。在上诉审中,第十一巡回上诉法院认为,按照佐治亚州的判例法,没有关于自然人死后形象权保护的规定,因而请示佐治亚州最高法院,形象权是否可以在该自然人死后得到保护。佐治亚州最高法院裁定,形象权可以继承,形象权在某一自然人死后的保护不以其“生前的利用”为前提。该州最高法院的裁定说:

某人虽然在生前不利用(自己的形象),在其死后,他的形象仍然可以获得保护以排除他人的利用。毫无疑问,金博士在生前可以使用自己的姓名和肖像。他不想利用这种机会,选择不以某种方式使用自己的姓名和肖像,并不表明他人有权利以某种方式使用他的姓名和肖像。这也没有剥夺他的家人和继承人控制、保护和延伸他的地位和声誉的权利,也没有剥夺他们防止他人未经授权而以他们认为不合适的方式使用他的肖像的权利。我们不能仅仅因为金博士在生前选择不使用或商业性地利用自己的身份,就剥夺他们(继承人)的这种权利。<sup>①</sup>

此外,在死后形象权的保护方面,还有一些法院曾经明确裁定,不存在某一自然人死后形象权的问题。但这类判例或者被后来的判例所推翻,或者被新的立法所推翻。例如,在1980年由第六巡回上诉法院判决的“孟菲斯”一案中,<sup>②</sup>法院依据田纳西州的普通法明确裁定,不存在死后的形象权保护问题。随后,田纳西州的立法机关很快就修订了关于形象权保护的制定法,明确规定了自然人死后其形象权仍然可以得到保护。田纳西的州法院也做出了相应的判决。又如,加州最高法院做出“卢戈斯”一案的判决后,按第二巡回上诉法院的解释,其含义之一是在加州不存在任何死后的形象权。随后,加州立法机关修订关于形象权保护的法律规定,明确规定形象权的保护期为该自然人的有生之年加50年,从而否定了“卢戈斯”一案的上述的可能解释。

随着形象权的研究者、法院和立法机关对于形象权的财产权性质的深入理解,随着立法和司法对于不存在死后形象权看法的否定,自然人的形象权在其死后仍然可以得到保护的观念已经被广泛认可。此外,某些州通过立法和法院的判决,也确立了死后形象权的保护不以该自然人生前的商业性利用为前提。目前,在保护形象权的绝大多数州中,或通过明确的立法,或通过判例,都明确规定或裁定形象权是一种财产权,存在于某一自然人死亡之后,可以由他人继承。根据统计,目前共有12个州承认死后的形象权。其中有9个州是通过制定法,有三个州是通过判例法承认死后的形象权。在9个有制定法的州中,或明确规定或暗示了死后形象权的保护期。例如,俄克拉荷马州的制定法规定,形象权的保护期是死后100年。这是目前所见最长的保护期。加州、内华达、肯塔基等州的制定法规定形象权的保护期是死后50年。田纳西州的制定法规定,形象权的保护期是死后10年,或者一直持续到有关的形象没有商业性利用的价值为止。此外,另有三个州的判例法也承认死后形象权的保护,但没有明确规定死后形象权的保护期限。一般认为,在没有规定明确的死后形象权保护期限的情形下,形象权可以在某一自然人死后获得某种期限的,不附加其他条件的保护。例如,只要某人的身份还具有商业性利用的价值,就可以一直保护下去。<sup>③</sup>当然,即使是在保护形象权的州中,也还有一些州的制定法或判例法尚没有确定死后形象权的保护期。

在死后形象权的保护上,纽约州是一个特殊的事例。早在1903年,纽约州就制定了保护隐私权的法律,并被纳入了“纽约州民法”的第50条和第51条中。事实上,这一法律所包含的内容就是对于形象权的保护。1953年的“海兰”是一个管辖不同州的当事人的案件,因而由联邦法院依据纽约州的法律来审理。<sup>④</sup>正是在这个判例中,第二巡回上诉法院的弗兰克法官不仅首次提出了“形象权”的概念,而且

<sup>①</sup> Martin Luther King, Jr., Center for Social Change, Inc. v. American Heritage Products, Inc., 216 USPQ 711 (1982).

<sup>②</sup> Memphis Development Foundation v. Factors Etc., Inc., 205 USPQ 784 (6th Cir. 1980).

<sup>③</sup> McCarthy, the Rights of Publicity and Privacy, section 9.5 (1996 rev.); McCarthy on Trademark and Unfair Competition (Third Edition), Chapter 28.06(4), 1995.

<sup>④</sup> Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).

还做出了一个突破性的裁定,即纽约州的普通法承认形象权是一种财产权。按照这个裁定,除了纽约州1903年的隐私权法,还存在着独立的保护形象权的普通法。而且,普通法对于形象权的保护,是将形象权作为一种财产权,不以原告的感情受到伤害为前提。与此相应,对于某一自然人形象权的保护,也可以延及于该自然人死亡之后。自“海兰”一案以后,设立在纽约州的联邦系统的法院正是依据这样的思路,连续一致地裁定了一系列的案件,承认纽约州存在着死后形象权的保护。

然而,到了80年代初期,纽约州的法院(不是联邦系统的法院)却否定了纽约州存在着保护形象权的普通法。先是在1982年的“阿灵顿”一案中,<sup>①</sup>纽约州上诉法院指出,1903年隐私权法的制定,是对“罗伯逊”一案的否定,标志着制定法独立于判例法而存在。“第50条和第51条的制定范围非常狭窄,仅仅包括了对于个人姓名或肖像的商业性使用,而没有其他的东西。”而且,也不存在从制定法再回到判例法的问题,更不存在扩大第50条和第51条范围的问题。所以,在纽约州“不存在所谓的普通法的形象权法”。在1984年的“斯丹弗诺”一案中,<sup>②</sup>纽约州最高法院更是明确裁定,该州不存在普通法的形象权法。“由于形象权作为隐私权的一个方面已经包含在民法法中,所以正如有人指出的那样,形象权在本州仅规定于制定法中,原告不可能依据独立的普通法形象权法来主张权利。”纽约州最高法院还指出,由于纽约州隐私权法系针对“罗伯逊”一案而制定,这导致某些法院错误地认定,纽约州隐私权法仅仅适用于类似“罗伯逊”案的情形,因而不妨碍纽约州存在保护形象权的普通法。但这是错误的。“隐私权法并不局限于这样的情形,即被告的行为造成了原告的精神痛苦,原告不想让自己的生活受到商业性利用的影响。”在否定该州普通法的形象权法方面,纽约州最高法院还特地引证了联邦法院判决的“海兰”等案,认为那些判例误解了纽约州的法律。

随着“斯丹弗诺”一案的判决,无论是纽约州的法院还是设在纽约州的联邦法院,在形象权的保护问题上都回到了纽约州民法法的第50条和第51条。而依据上述制定法,隐私权(包括形象权)与人身紧密相连,不存在自然人死后的隐私权,也不存在死后形象权的保护问题。例如,在1968年的“安东尼特”一案中,<sup>③</sup>被告未经许可将某一民权运动领袖人物的姓名作为购物中心名称来使用,法院裁定原告不能主张权利,因为该领袖人物已经死亡。又如,在1986年的“史密斯”一案中,<sup>④</sup>被告未经许可而使用了已经死去的一位儿童病人的照片,为自己的医院做广告,法院裁定该儿童病人的父母亲没有主张权利的依据。与此相应,第二巡回上诉法院也在1990年的一个判例中裁定,纽约州不存在死后形象权的保护问题。<sup>⑤</sup>在这个判例中,第二巡回上诉法院承认,1984年的“斯丹弗诺”一案已经裁定纽约州不存在普通法的形象权法,联邦法院以前有关普通法形象权保护的裁定都是不准确的。第二巡回上诉法院还认定,依据纽约州隐私权法,形象权的保护仅仅与活着的自然人相关,不存在死后的形象权。联邦法院以前关于死后形象权保护的裁定也是不准确的。

这样,随着“斯丹弗诺”一案对联邦法院确定的普通法形象权法的否定,纽约州就从原来的保护死后形象权,回到了不保护死后的形象权。显然,这一状况的改变,还有待于纽约州立法机关的行为。

## 六 形象权的侵权与救济

形象权的侵权是指,他人未经授权而商业性地使用了权利人的身份。认定形象权的侵权,必须具备以下两个要素:权利人或受让人拥有有效的形象权;被告未经许可而使用了形象权人身份的某些方面,并且有可能损害该身份中的商业性价值。

正如本文第三部分所讨论的那样,形象权所保护的主体是可以指示自然人身份的要素。因而,被告

<sup>①</sup> Arrington v. New York Times Co., 55 N. Y. 2d 433, 449 N. Y. S. 2d 941 (1982).

<sup>②</sup> Stephano v. News Group Publications, 64 N. Y. 2d 174, 485 N. Y. S. 2d 220 (1984).

<sup>③</sup> Antonetty v. Suomo, 131 Misc. 2d 1041, 502 N. Y. 2d 902 (1968).

<sup>④</sup> Smith v. Long Island Jewish Hillside Medical Center, 118 App. Div. 2d 553, 499 N. Y. S. 2d 167 (1986).

<sup>⑤</sup> Prone v. MacMillan, Inc., 13 USPQ2d 1799 (2d Cir. 1990).



未经授权而使用的形象权人身份的那些要素,必须是能够指示出权利人的那些要素。在这方面,麦卡锡教授分别就名人和非名人提出了判定侵权的标准。就名人来说,判定侵权的标准是“无辅助的识别”(unaided identification),即只要有相当数量的一般水平的观众或听众,通过被告未经许可的使用辨别出了原告,被告就构成了侵权。就非名人来说,判定侵权的标准是“有辅助的识别”(aided identification),即原告必须证明未经授权而使用的某些身份要素,在事实上就是指向诉讼中的原告或形象权人。<sup>①</sup>

在形象权的侵权诉讼中,有资格提起诉讼的有形象权人、形象权的受让人和形象权的独占被许可人。形象权可以转让给他人,即把形象权的所有权转让给他人。这种转让,可以是因为继承的转让,也可以是基于合同的转让。正如“海兰”等一系列判例所确立的那样,形象权的转让可以是“毛”转让,即不与商业或服务相关联的转让。这与商标权的转让不同。在美国,商标权转让的规则是与营业一同转让的规则,或者说是“禁止毛转让”(anti-assignment-in-gross)的规则。

形象权也可以许可给他人使用。这种许可,可以是普通许可,即权利人把自己的形象许可给许多家使用;也可以是独占性许可,即权利人只把自己的形象许可给一家使用,并且不再许可给他人。根据纽约州民法的规定,形象权的许可必须采取书面形式。如果所许可的是未成年人的形象,则必须获得未成年人父母的书面许可。加州和其他州的形象权法律没有书面许可的要求。同样,形象权的许可可以是“裸许可”(naked license),即许可人不需要对被许可人的产品或服务进行质量控制。这与商标的许可不同。在美国,商标的许可有“质量控制”(quality control)的要求。此外,许可合同还可以依据法律的一般规定,确定使用某人形象的方式和范围。例如,许可使用的是姓名还是肖像,许可的期间,被许可人在何种产品或服务上使用,权利金的数额,等等。如果被许可人超出合同范围而使用了权利人的身份,不仅会产生违反合同的问题,还会产生侵犯形象权的问题。例如,在1983年的“乔达什”一案中,<sup>②</sup>原告是一位职业模特,许可被告在杂志的广告上使用自己的形象,而被告则将原告的形象用在了大型的招贴广告上。法院裁定被告既违反了合同又侵犯了原告的形象权。

在绝大多数情形下,侵犯形象权的构成要件之一是无过错责任,即无论侵权人是否具有主观上的故意或过失,只要其行为在客观上构成了对他人形象权的侵犯,就可以认定侵权的成立。根据纽约州的法律和判例,无论是禁令的下达还是实际损害赔偿的判给,都不要求侵权人具有主观上的故意或意图。只有在判给惩罚性损害赔偿时,法院才要求侵权人具有主观上的故意。<sup>③</sup>又据加州民法典的有关规定,侵犯他人死后的形象权,不要求侵权者具有主观上的故意或意图。虽然在侵犯活人的形象权方面,加州民法典第3344条要求侵权者应当具有主观上的故意,但法院和形象权研究者一般都认为,依据加州的普通法,无论是侵犯形象权还是隐私权,侵权者的故意或意图都不是侵权构成的要件。第3344条关于故意的要求,并未改变普通法中的相反规定。这意味着,原告可以依据第3344条和普通法同时提起诉讼,既主张自己的权利,又不必去证明被告主观上的故意。<sup>④</sup>

在侵犯形象权的法律救济方面,最主要的是禁令和损害赔偿。一般说来,在侵犯形象权方面,法院更多的是下达禁令而不是判给损害赔偿。这是基于两个原因:一是形象权是一种财产权,他人不得侵犯;二是形象权侵权的损害赔偿很难计算。所以,只要法院裁定被告侵犯了原告的形象权,就可以下达永久性禁令。例如,在1984年的“奥纳西斯”一案中,纽约州最高法院指出,只要原告证明被告侵犯了自己的形象权,“就具有绝对的获得禁令的权利,而不论当事人的损害赔偿是多少。”<sup>⑤</sup>在判给损害赔偿方面,除了以合理的权利金或市场价值来计算之外,法院还可以根据具体情节,如被告的恶意等,判决被告支付惩罚性赔偿金。在很多情况下,法院还可以判给胜诉方以相当的律师费和诉讼费。

<sup>①</sup> McCarthy, the Rights of Publicity and Privacy, section 3.4 (1996 rev.); McCarthy on Trademark and Unfair Competition (Third Edition), Chapter 28.01(4), 1995.

<sup>②</sup> Dzurenko v. Jordache Inc., 59 N. Y. 2d 788, 464 N. Y. S. 2d 730 (1983).

<sup>③</sup> McCarthy on Trademark and Unfair Competition (Third Edition), Chapter 28.04(4), 1995.

<sup>④</sup> McCarthy on Trademark and Unfair Competition (Third Edition), Chapter 28.04(3), 1995.

<sup>⑤</sup> Onassis v. Christian Dior-New York, Inc., 472 N. Y. S. 2d 254 (Sup. Ct. 1984).

“加州民法典”第 3344 条和第 900 条规定,被告应当向原告支付所有因为侵权而产生的损害赔偿金。这种损害赔偿金,可以是原告因为侵权而遭受的损失,也可以是被告因为侵权而获得的利润。在证明被告的利润所得时,原告只需证明被告因为侵权而获得的总收入,由被告承担进一步的举证责任,说明总收入中应当减去的成本。在判定损害赔偿方面,法院还可以责令被告向原告支付惩罚性赔偿。除此之外,胜诉方还可以获得一定的律师费和诉讼费。值得注意的是,加州民法典虽然没有明确规定制止进一步侵权的禁令,但这并不妨碍法院下达禁令。事实上,法院总是在适当的情况下下达针对被告的禁令。<sup>①</sup>

纽约州民权法规定,如果被告未经许可而商业性地使用了他人的身份,原告可以获得以下三种法律救济:防止进一步侵权的禁令;损害赔偿;如果被告是“故意”使用他人身份,法院可以判决被告向原告支付惩罚性损害赔偿金。由于纽约州关于形象权保护的法律规定于 1903 年,并且主要是针对原告的精神损害而制定的,所以在早期关于形象权的判例中,损害赔偿往往是基于原告的精神损害而判定。但是到了后来,纽约州法院在判定损害赔偿上,已经不再局限于原告的精神损害。在 1984 年的“斯丹弗诺”一案中,纽约州上诉法院更是明确裁定,纽约州关于形象权保护的法律规定并不局限于因精神或情感的伤害而获得赔偿。因为,法律所规定的是“任何伤害”,这包括了对他人身份中商业性价值的损害,也包括了对他人身份中的商业性价值来计算损害赔偿的数额。<sup>②</sup>

在侵犯形象权的法律救济方面,1992 年由第九巡回上诉法院判决的“韦茨”是一个典型判例。<sup>③</sup>在这个判例中,法院以市场价值的计算方式,判给原告以 10 万美元的赔偿金;因为原告的“平静、幸福和情感”受到损害,判给原告以 20 万美元的赔偿金;因为原告的商誉和未来的形象权价值受到损害,判给原告以 7.5 万美元的赔偿金。除此之外,由于被告是故意侵权,法院还判决被告向原告支付 200 万美元的惩罚性损害赔偿。

---

[ Abstract ] The right of publicity, protecting one's name and likeness from being commercially used by others without the permission of the owner, is located in the new frontier area of intellectual property. Although China has several cases concerning the right of publicity, the right itself is unfamiliar to many people, including experts, judges and legislators in the field of intellectual property law. Even the term the right of publicity has different translations in Chinese. This article has conducted a detailed study on the law of publicity right in the United States, especially on the case law decided by various state courts. On the basis of the study, the article further discusses the concept, subject matter, limitation and duration of publicity right, and the infringement and remedies with respect to the publicity right. As the United States has an advanced law to protect the right of publicity, a thorough examination of the experiences of the United States is very important to us in the field of intellectual property law. It is no doubt that a good knowledge and understanding of the law on right of publicity in the United States will in turn help China improve its protection of the right of publicity.

---

<sup>①</sup> McCarthy on Trademark and Unfair Competition (Third Edition), Chapter 28.04(3), 1995.

<sup>②</sup> Stephano v. News Group Publications, 64 N. Y. 2d 174, 485 N. Y. S. 2d 220 (1984).

<sup>③</sup> Waits v. Frito-Lay, Inc., 978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992).