

君合专题研究报告



2020年11月6日

公众人物肖像使用的合理边界

——兼论《民法典》对肖像权的保护

近期，某微博博主发帖爆料称，其此前发布的有关某流量女星发型的文章被该女星起诉侵犯肖像权，并索赔人民币40余万元的损害赔偿；现上海某法院已就该案作出一审判决，驳回该女星提出的全部诉讼请求。从微博中披露的一审判决内容截图可以看到，一审判决驳回该女星诉请的主要理由在于：被告尽管并未得到女星的授权使用肖像，但是被告并未对女星的肖像进行丑化、贬损，且于庭前已经删除，故法院未支持该女星要求被告承担侵权责任的主张；同时，法院在一审判决中还表明，该女星作为演艺圈公众人物，对社会公众就其公开发布的照片进行评价理应负有一定的容忍义务。

虽然一审判决仍有待终审判决的结果，但这个事件却引发了关注，即公众人物的肖像使用的合理界限在哪里？特别是，自媒体爆发的时代，娱乐评论类自媒体井喷式增长，公众人物，特别是明星的肖像自然成为自媒体的“宠儿”。明星的发型、着装、恋情、新剧、代言、直播都可能为津津乐道的吃瓜群众所关注，成为自媒体的话题焦点。可以说，公众人物的热点话题频繁被消费，公众人物的肖像频繁被

使用，很多公众人物也是“欲哭无泪”。然而，《民法典》出台后，肖像权的保护规则较此前有较大的变化，那么对于公众人物肖像的使用，应当注意哪些问题？公众人物对于他人使用其肖像的容忍界限又在哪里？

我们希望能够通过本文浅析，从肖像权是什么、肖像权如何保护、使用公众人物肖像的合理边界三个问题切入，探求公众人物肖像使用及保护的合法及合理路径。

一、《民法典》出台前，肖像的一般概念

1、《民法典》出台前，司法实践中逐渐形成“可识别性”原则

肖像是什么？《民法典》出台前，立法层面并未予明确。理论界对于“肖像”的概念存在诸多不同的观点。学理传统上将肖像的概念限于以面部特征为中心的形象，但也有学者认为肖像不应当仅限于面部特征，其他外部特征亦应当包括在内。虽然不存在明确的法律规定，但司法实践中法院广泛采用了“可识别性”原则作为认定肖像的标准¹。根据司法

¹ 例如：（1）“上海第九城市信息技术有限公司等诉北京新浪互联信息服务有限公司姓名权、肖像权纠纷案”中，北京市高级人民法院认定“人的肖像是自然人具有可识别性外部特征的展现，常以画像、照片等为载体，其内容能够再现原形人的形象特征。法律规范赋予肖像权的主体依法享有

实践中所确立的“可识别性”原则，肖像是指“自然人具有可识别性外部特征的展现”。由“可识别性”原则拓展而来，司法实践中保护的肖像权客体已不局限于真人肖像，艺人在影视作品中塑造的角色形象、艺人的漫画形象，只要具备“可识别性”的特征，均可能被纳入肖像权的保护范围。例如，“章金莱（六小龄童）与蓝港在线（北京）科技有限公司肖像权、名誉权纠纷上诉案”²中，北京市第一中级人民法院二审审理后认为：“章金莱所饰演的孙悟空形象，虽然是基于古典文学作品所创作，并进行了艺术化处理，但是该形象与章金莱个人的五官特征、轮廓、面部表情密不可分。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。”

相对而言，不具备可识别性的形象，则不能给予肖像权保护。最为典型的案例是美国运动球星乔丹（Michael Jordan）与乔丹体育股份有限公司（下称“乔丹体育”）关于商标及肖像使用的争议。乔丹主张，乔丹体育的注册商标，与乔丹运动形象的身体轮廓基本一致（二者几乎重合），构成对其肖像权的侵害。然而，最高人民法院认为“虽然该标识与照片中再审申请人（即乔丹）运动形象的身体轮廓的镜像基本一致，但该标识仅仅是黑色人形剪影，除身体轮廓外，其中并未包含任何与再审申请人有关的个人特征”，由此认定，该标识并不具有可识别性，不能明确指代乔丹，从而不构成肖像权侵权。

2、《民法典》出台后，对于“肖像”的定义

《民法典》第 1018 条明确，“肖像是通过影像、雕塑、绘画等方式在一定载体上所反映的特定自然人可以被识别的外部形象”。《民法典》于立法层面明确了“可识别性”要件。同时，《民法典》通过非

穷尽式列举的方式列明肖像的载体，包括但不限于影像、雕塑、绘画等。显然，《民法典》对于肖像的定义，沿用了多年司法实践中形成的“可识别性”原则，在立法层面给予公民更多诉诸保护的空间。

二、《民法典》前后的肖像权保护

1、《民法典》出台前，非营利性目的使用无法得到保护

《民法典》颁布以前，肖像权的侵权受制于“营利性目的”要求，未经授权的非营利性使用，只要未扭曲、贬损肖像，可能无法构成肖像权侵权。

“营利性目的”标准在司法实践中被广泛地适用，但同时也遭受诟病。实践中出现很多以非营利为目的使用、但是自然人的肖像权益却受到损害的情形。例如，非营利法人，如公立医院、公立学校，未经患者、学生的许可，对外公布患者或是学生的肖像。该等使用在原有的立法项下很难构成肖像权侵权，相关权利主体仅能寻求隐私权、名誉权等法律保护。

除了营利性目的的要求之外，法律及司法解释均未明确，自然人肖像被丑化、污损情形下，权利人是否有权主张肖像权侵权。

2、《民法典》项下，肖像权的保护范围得以扩张

根据《民法典》第 1019 条，下列对自然人肖像予以使用的行为落入肖像权人的权利保护范围，包括：

- ✓ 丑化、污损肖像
- ✓ 利用信息技术手段伪造肖像
- ✓ 制作、使用、公开肖像

对自己的形象再现的排他性支配权，包括肖像的使用权和完整权。”；（2）“周星驰诉中建荣真无锡建材科技有限公司肖像权、姓名权纠纷案”中，上海一中院认为“肖像是自然人的外貌在物质载体上通过绘画、照相、电影、电视、录像、雕塑等形式再现的视觉形象”。

² 二审案号：（2013）一中民终字第 05303 号。

- ✓ 肖像作品权利人以发表、复制、发行、出租、展览等方式使用或公开肖像

《民法典》对于肖像权使用规则的最大变化即在于《民法典》第 1020 条创设的合理使用制度。根据上述规定，肖像权的使用是否合理，不再以是否以营利为目的作为判断标准，而是以合理使用制度替代“营利性目的”使用禁止。

根据《民法典》第 999 条及第 1020 条，下列情形可以不经肖像权利人许可，在必要范围内使用其肖像：

- ✓ 为公共利益实施新闻报道、舆论监督合理使用
- ✓ 个人学习、艺术欣赏、课堂教学、科学研究使用
已公开肖像
- ✓ 为实施新闻报道而不可避免地制作、使用、公开
- ✓ 国家机关为履行职责在必要范围内制作、使用、公开
- ✓ 为展示特定公共环境而不可避免地制作、使用、公开
- ✓ 为维护公共利益或肖像权人合法权益而制作、使用、公开

我们认为，对于肖像权合理使用制度设立的意义在于，在明确了肖像权的定义及保护范围的同时，也规定了对于肖像权的合理使用。这一制度将使现实生活中基于个人合理理由以及社会公益目的的使用情形予以排除，显然顺应了时代的要求。

3、肖像如何授权

如前述分析，对未落入合理使用范畴肖像的使用应当得到权利人的授权。《民法典》第 1021 条、第 1022 条对于肖像许可合同的解释及肖像许可合同的解除规则予以规制，使得肖像权授权合同的解

释及解除有章可循。

值得注意的是，第 1021 条规定，肖像许可使用合同项下，合同各方就肖像使用条款有争议情形下，应作出有利于肖像权人的解释；同时，根据第 1022 条，肖像权人在以下情形下享有合同解除权：（1）期限没有约定或约定不明，肖像权人享有任意解除权；（2）期限约定明确，但肖像权人有正当理由，享有单方解除权。这些规定将有利于肖像权人对于自身肖像权益的保护。

三、使用公众人物肖像的合理边界

1、一般规则

结合我们的经验，我们总结了以下几大法则：

首先，使用肖像原则上应得到授权。肖像不仅可能体现在包含人物面部特征的照片，也可能反映在绘画、雕塑、影像等其他载体之上，甚至“Q 版”的漫画形象也都可能具有可识别性。因此，无论是哪一种情况，但凡该等载体所展现的自然人外部形象具有可识别性、能够与肖像权人本人建立密切联系，就应当遵循肖像使用的法律规则。无论是商业使用，还是非商业使用，原则上都应当获得授权。

其次，谨慎判断是否构成合理使用。《民法典》第 999 条及第 1020 条虽然规定了合理使用情形，但我们建议谨慎评估。为公共利益、新闻报道、国家机关履行职责的使用，需要注意必要性原则、是否不可避免。个人学习、艺术欣赏、课堂教学、科学研究的使用，必须仅限于“已公开肖像”，且应当注意必要的限度。当然，所有的使用都不应出现丑化、污损或者扭曲肖像权人的情形。

再者，切忌夹带私货式的使用。现今存在很多“标题党”，通过引发公众好奇心的标题吸引公众点击；也存在很多“软文”，文章主旨似乎是评论某公众人物的穿搭或皮肤，读到文末才发现是广告推广。诸如此类的“夹带私货式”商业软文比比皆是。类

似的推广文章，如果使用到公众人物的肖像，显然具有极高的侵权风险。我们认为，此种“套路”并不可取，依靠公众人物热点或肖像“吸睛”，从而实现商业推广的目的，显然已经超出合理使用的范畴。

最后，肖像作品权利人应在授权范围内使用。

肖像权授权合同中应当对使用范围作出明确且清晰的约定。特别是，根据《民法典》设定的解释规则，在授权范围约定不明的情形下，应作出有利于肖像权人的解释。因此，合同中对于授权期限、授权范围等条款的约定尤为重要。例如，合同中未约定肖像作品权利人可使用肖像照片参展，而肖像作品权利人用于参展使用，那么显然超越授权，可能构成侵权。因而，对于肖像作品权利人而言，在签署合同时应当明确将来肖像可能使用的范围按照需求获得相应授权；如合同约定不明，应当及时与肖像权人沟通获得补充授权，以避免不必要的风险。

2、商业公众号如何合理使用公众人物已公开肖像

互联网时代，几乎人人都是自媒体，许多企业都有自媒体公众号，通过向订阅用户发送推送文章的方式打造企业形象、宣传企业文化、保持品牌热度。娱乐圈的自媒体更是生机勃勃，这些公众号定期更新，甚至有些自媒体以关注明星八卦、明星穿搭、明星美妆作为生存之道。演艺明星的话题也往往容易被这些公众号“蹭热度”、“吸流量”，某明星的最新妆容、最新穿搭、某男明星交了哪个新的女朋友、某明星最新演了什么电影，都可能成为这些推文“消费”的内容。这其中，明星的肖像也被频繁使用。

《民法典》生效后，频繁消费公众人物肖像的自媒体还能够依赖明星肖像生存吗？我们的答案是：需要谨慎使用。《民法典》第 999 条及第 1020 条虽然规定了对于已公开肖像的合理使用情形，但并不包括娱乐评论使用，而仅限于以“个人学习、艺术欣赏、课堂教学、科学研究”为目的、在必要范围内的

使用。但是，何为“艺术欣赏”，《民法典》并没有明确；同时，在实践中，这一概念也较难明确，这使得“艺术欣赏”为目的的使用存在一定的解释空间。

结合我们对市场中公众号的观察，我们按照侵权风险的高低对公众号使用已公开肖像的情形做了以下红灯、黄灯、绿灯分类：



红灯，高能预警，包括但不限于：

- 对某明星的照片进行丑化 PS，例如将发量多的明星 PS 为发量少的状态
- 擅自制作公众人物表情包、动漫形象并在推文中使用
- 将公众人物在私人社交网络中上传的照片下载后在推文中发布、评论
- 将公众人物网络直播内容予以截屏、录屏并通过公众号转发、评论
- 为推广产品，擅自使用明星肖像、使用明星参演影视剧、综艺节目的剧照



黄灯，谨慎使用，包括但不限于：

（前提是文章链接中不含有软性广告植入）：

- 以艺术欣赏为目的，对某明星的照片作美化 PS 处理
- 以艺术欣赏为目的，为介绍穿搭，使用某明星

的穿着照片举例说明



绿灯，合理使用，包括但不限于：

- 在公众人物所涉及的新闻事件中使用公众人物肖像
- 以艺术欣赏为目的，评论某明星参与的影视剧或综艺节目等。但是，该等使用行为仍然要注意“必要范围”的问题，应当谨慎、克制。

四、结语

《民法典》生效后，对于自然人人格利益，特别是肖像利益的保护力度增加。因此，相关主体对于公众人物肖像的使用，更应持有谨慎态度。当然，公众人物对于社会公众的关注、相关媒体的肖像使用也需持有一定的容忍度。我们建议相关媒体，如认为有必要使用公众人物的肖像，应当以善意地、合法的方式使用，以获得公众人物的认可；如超出个人学习、艺术欣赏、新闻报道以及社会公众利益层面进行使用，应当及时获得授权。

可以预见，《民法典》生效后，肖像权纠纷的案件会有所增多。相信司法实践会进一步明确肖像权保护及合理使用的边界，我们会对此持续保持关注，并与大家分享。

黄荣楠	合伙人	电话：86 21 2208 6280	邮箱地址：huangrn@junhe.com
刘佳迪	合伙人	电话：86 21 2208 6399	邮箱地址：liujd@junhe.com
龚稣尼	律师	电话：86 21 2283 8298	邮箱地址：gongsu@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

