



中国法律高等职业教育新编全景式法学案例教材系列丛书

中国法学会重点课题成果

侵权行为法卷

QIN QUAN XING WEI FA JUAN

李娟 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

新编全景式法学案例教材系列丛书

侵权行为法卷

主 编:李 娟

副主编:樊友辉

朱 平

周美艳

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

侵权行为法卷/李娟主编. —北京:法律出版社,
2006.6
(新编全景式法学案例教材系列丛书)
ISBN 7-5036-6406-1
I. 侵… II. 李… III. 侵权行为—民法—案例—
中国—教材 IV. D920.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 056042 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/潘洪兴	装帧设计/乔智炜
出版/法律出版社	编辑统筹/法律应用出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶 松
开本/787×1092 毫米 1/16	印张/18.25 字数/395 千
版本/2006 年 8 月第 1 版	印次/2006 年 8 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995	苏州公司/0512-65193110
书号:ISBN 7-5036-6406-1/D·6123	定价:37.00 元
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)	

中国法律高等职业教育案例教材 编审委员会

主任委员

陈卫东 杨小军 赵旭东 张景荪

执行主任

赵宏伟

委员

何 华	谭恩惠	李 威	邹大力
赵大为	张建明	安凤国	薄锡年
李 娟	陈明添	吴国平	潘志学
肖峰昌	董文才	阎绪安	张 昆
陈志林	叶群声	万安中	朱绵茂

编写与使用说明

根据教育部有关文件要求,高职高专院校应该加强实训课程,其课时不低于总课时的40%。鉴于国内法律实训课程的教材比较缺乏,为落实这一文件精神,中国法学会牵头组织全国政法院系的专家编写了这套《中国法律高等职业教育全景式法学案例教材》,系中国法学会2005年重点课题《法律职业技能及其教育方法与教材建设研究》的重要成果之一。本教材在吸收现有案例教材以案说法、注重法律适用推理的优点基础上,以培养学生解决实际问题的能力为出发点,以接近于全景式的真实案例为基础,在编写思想和体例上做了以下创新与探索:

1. **程序与实体合一**:在诉讼实践中,任何一个案件的解决必然同时涉及到程序与实体两个方面的法律问题,不可能是割裂的。尽管现有教材体系历经多年发展和完善已经很成熟,在培养法学理论素养方面不仅是有效的也是功不可没的,但从培养解决问题能力的角度看,程序与实体合一的体例更能反映现实世界的真实面貌,可能更有利于解决问题能力的培养。

2. **全景式案例,再现案件事实与诉讼过程全貌**:全景式再现各个审级的审判与诉辩全过程,

不仅提供了接近于真实的难得案例教学资料,也为全景式实务评析和案件焦点评析提供了基础和可能。特别是诉讼法中程序问题的实务性特征,全景式案例的再现,使得诉讼法的学习置于鲜活的应用环境而避免了枯燥。

3. **案件焦点评析+全景式实务评析**:对案件的评析,包括焦点评析和实务评析,二者各有侧重。焦点评析侧重以案说法,注重案件事实与法律和法学原理的关联推理,突出法律适用推理,并对重要的问题给予法理的分析 and 提升。实务评析涵盖各个审级的审判活动和诉辩活动,侧重诉讼实务,直击各方诉讼得失,让学生明白实际如何、应该如何。

值得一提的是,无论是焦点评析还是实务评析,都包括了实体与程序两个方面。

4. **以问题驱动学习**:每个案例均根据该案例所涉及到的程序与实体问题,设计了要求学生思考和完成的问题,并将问题按照分析案件的逻辑而结构化,不仅期望以此启发学生主动探究式学习,让学生在教师的指导下,成为问题解决的承担者,而且,通过教材所设计的结构化问题本身,让学生掌握分析案件的层次和内在逻辑结构,从而培养学生分析和解决问题的能力。

5. **真实案例演练**:教材配有真实案例供学生演练。演练案例没有评析,也不设计案

件涉及的问题。在老师指导下,由学生识别出案件涉及的有关问题,在分析和解决各个问题的基础上,完成一个律师实务性任务,如起诉状、答辩状等,形成最终学习产物。

关于教材使用:本教材与传统理论教材并列进入课堂,主要服务于实训课程。建议教师先让学生思考并解决教材中每个案例所设计的问题,再讲解评析部分。本教材不仅适合于高职高专院校的学生,对于法学本科和法律硕士的学生,也是很有裨益的补充教材。

必须要说明的是,由于本教材的创新体例,国内又缺乏同类的教材可供参考,加之编写人员的经验不足与时间仓促,教材在知识体系性、实务评析的精准性等方面尚存在不足,希望各院校及读者在使用过程中提出更多宝贵意见,以便再版修订时进一步完善。

中国法律高等职业教育案例教材编审委员会

目 录

一、李军诉六合卷烟厂侵害肖像权、名誉权纠纷案	(1)
二、陈香漪诉某医院医疗纠纷损害赔偿案	(16)
三、张大明等三人诉李春花医疗纠纷赔偿案	(38)
四、贾丽丽诉田春雨人身损害赔偿案	(58)
五、李小玉等三人诉张利民人身损害赔偿案	(71)
六、张鲁鸣诉吴怀喜、邹平安人身损害赔偿案	(87)
七、巴依尔诉谭立人身损害赔偿案	(99)
八、王英、徐树诉某汽车公司产品侵权人身损害赔偿案	(115)
九、吴锋诉甲铁路分局、乙火车站和丙列车段旅客运输合同损害赔偿纠纷案	(134)
十、陈轶诉××县供电公司、丽华酒店管理人人身损害赔偿案	(152)
十一、张秀琴等五人诉×县水利局、×县水利工程队人身损害赔偿案	(168)
十二、郭启富诉白桦集团公司人身损害赔偿案	(187)
十三、昊翔宾馆诉王强要求返还在内部承包期间发生交通事故垫付的赔款 案	(202)
十四、王燕诉李新生侵害贞操权精神损害赔偿案	(219)
十五、宏美公司诉博尔公司名称侵权案	(236)
十六、田中科诉伍俊峰合伙侵权案	(259)

一、李军诉六合卷烟厂侵害肖像权、 名誉权纠纷案

学习目标

一、实体法

1. 公益广告和商业广告的区别与认定肖像侵权、名誉权的关系
2. 没有侮辱、诽谤情形与构成名誉侵权的关系
3. 在当时法无明文规定的情况下,如何确定该两项侵权损害精神损害赔偿的数额

二、程序法

1. 证据的证明力
2. 地域管辖问题
3. 涉港证据的效力认定

案情简介

一、事实经过

李军在某届奥运会上夺得了5000米跑金牌,她站在颁奖台上,胸前佩带金牌,右手高举鲜花,面带微笑,这一镜头被记者拍下。1996年8月6日在香港某报B6广告版整版登载六合卷烟厂的“红牡丹”香烟广告,该版面广告主体部分是李军在奥运会冠军领奖台领奖的正面照片,上方写有“热烈庆祝中国奥运代表团高奏凯歌”字样,李军肖像右侧是三盒“红牡丹”香烟,其中一盒打开烟盒并抽出一支香烟,抽出的香烟过滤嘴对着李军肖像面部,香烟上方写有“国际名烟,时尚味道”,香烟下方写有“中国六合卷烟厂出品”,李军肖像左侧腰部写有“红牡丹过滤嘴香烟”字样,广告下部用中英两种文字标明“香港政府忠告市民,吸烟害己害人,焦油含量中”。

二、诉讼请求

1997年,李军的朋友误以为李军走了“广告”之路,询问时,李军方知此事,后李军在住所地城市见到了该“香港某报”,遂于1998年4月30日以该广告侵害肖像权、名誉权为由诉至某市中级人民法院,请求法院判令六合卷烟厂停止侵害,以书面形式公开为李军恢复名誉、消除影响、赔礼道歉,并赔偿由此造成的经济损失和精神损害1000万元。

三、本案诉讼过程及争议焦点

本案经过一审、上诉审,并涉及涉港证据的认定等程序问题。

本案双方对香港某报发布该则广告的事实几乎没有争议,争议的焦点在于:1. 谁是该广告的广告主。李军认为六合卷烟厂是广告主,因为在香港某报上,注明“中国六合卷烟厂出品”;六合卷烟厂认为自己并不是广告主,香港顺达资源有限公司(以下简称顺达公司)才是广告主,因为是香港顺达资源有限公司付费登载的广告。2. 本案广告是公益广告还是商业广告。3. 本案广告行为是否侵犯肖像权及名誉权。

学习任务——问题

(要求学生根据事实和法律,以书面形式完成下列任务)

一、实体问题

1. 根据《广告法》,本案六合卷烟厂是否是广告主?为什么?
2. 本案商业广告与公益广告之争是否对侵害肖像权发生影响?以营利为目的是否为该构成要件的组成部分?
3. 本案广告行为是否侵害了原告的名誉权?
4. 本案是否适用精神损害赔偿的规定?其数额如何确定?

二、程序问题

1. 本案可供选择的受诉法院应为哪几个?原告选择自己住所地法院作为受诉法院,对其有何益处?
2. 本案原告在上诉时提出追加香港某报和顺达资源有限公司作为被告和第三人,其是否有权提出?法院是否应当准许?
3. 本案一审法院和二审法院在对同一证据(香港某报)均予认定的情况下,所适用的法律却并不相同,审判的结论也截然不同,那么,法院在对证据进行审核时,如何认定证据有无证明力?

三、实务研习(由学生在完成上述问题及学习评析之后完成)

1. 请你为被告起草一份针对原告起诉书的答辩状。
2. 如果你作为被告和被上诉人的律师,请你起草一份针对一审原告起诉代理词的答辩代理词、针对二审上诉代理词的答辩代理词。
3. 如果你作为本案主审法官,请草拟一份一审判决书。

案例评析:分评 + 总评

分评

一审阶段评析

诉讼文书

原告起诉状摘要

原告:李军

被告:六合卷烟厂

诉讼请求:判令被告停止侵害,并以书面形式为原告恢复名誉,消除影响,赔礼道歉;判令被告赔偿原告经济损失及精神由此受到的损害1000万元;判令被告承担一切诉讼费用。

事实与理由:1996年,某届奥运会,原告夺得5000米跑金牌后,站在颁奖台上,手举鲜花,面露微笑,这一镜头被记者拍下。然而被告却用之在香港某报上发布广告:一支由被告生产的“红牡丹”香烟冲着原告微笑的嘴,仿佛是“红牡丹”香烟使原告走上冠军领奖台,使国旗再一次升起。

原告认为:根据我国法律的有关规定,公民享有肖像权、名誉权。被告未经原告本人同意,使用原告的肖像,此举侵犯了原告的肖像权。同时由于被告在此广告中,把一支支由其生产的“红牡丹”香烟冲着原告的嘴,将原告多年艰苦训练、奋力拼搏取得的荣誉,丑化为是吸了“红牡丹”香烟的结果,公然地诋毁原告的人格,毁损原告的名誉。被告此举侵犯了原告的名誉权。由于被告的侵权行为,给原告的身心造成巨大创伤,使原告的精神受到严重打击。根据《民法通则》第一百条、第一百零一条,根据《民事诉讼法》第一百零八条的规定,原告依法起诉,请求人民法院依法判令被告停止侵害,以书面形式,公开地为原告恢复名誉,消除影响,赔礼道歉,并赔偿原告由此造成的经济损失和精神损害,并承担一切诉讼费用。

此致

××市中级人民法院

附:

1. 本起诉状副本一份。
2. 1996年8月6日的香港某报B6广告版整版一份。

具状人:李 军

1998年4月30日

评析

1. 就起诉状本身而言,原告叙述事实清楚、理由充分、法律依据得当,其所主张的非财产民事责任的承担亦切合实际,但其所主张的1000万元的财产责任的承担,却缺乏支持这一巨大数额的事实和法律依据;同时,值得一提的是,因原告没有强调香港某报上标注的“中国六合卷烟厂出品”系被告为侵权行为人的确凿证据这一事实,从而使被告有条件以始终否认是自己实施了侵权行为的方式进行辩驳,一审中原告变得比较被动,无法进一步主张肖像权、名誉权被侵犯之诉求。

2. 从诉讼策略来看,原告将经济和精神损害赔偿数额定在1000万元,系更多地从名人效应的角度出发,而未根据法律的规定,评估其诉讼请求的合理性。过去的实践中,当事人经常抱着宁多勿少的原则确定诉讼请求,徒然增加诉讼成本,是不明智的。起诉前,应根据案件的事实,结合有关法律规定,提出合理的请求,以减少诉讼成本,也有利于查清事实,正确适用法律,维护合法权益。

被告答辩状摘要

答辩人:六合卷烟厂

被答辩人根据1996年8月6日香港某报上一幅没有广告发布人的广告,诉称答辩人侵害

被告辩人名誉权、肖像权。对此,答辩人做如下答辩:

一、答辩人不是被告辩人所诉1996年8月6日香港某报侵权广告的广告发布人。

二、答辩人也没有委托过任何人在1996年8月6日的香港某报上发布过广告。

综上所述,答辩人认为答辩人与被告辩人之间没有任何侵权事实存在,因此,请求法院依法驳回原告人的诉讼请求。

此致

××市中级人民法院

附:本答辩状副本一份。

答辩人:六合卷烟厂

1998年5月10日

评析

答辩状本应针对起诉状中的诉讼请求、事实和理由进行答复和辩解,首先针对事实是否真实进行答辩,然后针对理由和适用法律予以反驳,并阐明自己对本案的主张。但本案被告仅以两句话进行了否定性的陈述,既未谈事实,又未讲理由,更未凭借法律依据支持自己的主张。如此简陋的答辩状,似乎标示着被告对此案必胜的内在信心,其不屑于进行答辩;又似乎标示着被告在诉讼策略上另有打算,准备在代理词上下一番工夫。然而事实上,被告的代理词并未展开有理有据的、针锋相对的辩驳。

被告代理词

一、原告人是以被告人的行为侵犯其名誉权和肖像权为由提起侵权之诉的。而根据法律规定,是否构成侵害名誉权、肖像权的一个基本要素是被告人实施了侵权行为,在本案中被告人根本就没有实施过侵权行为,因此,争论该行为是否侵权也就毫无意义。

二、原告人的代理人认为,根据“举证责任倒置”的原则,被告人既然说自己没有实施过该行为,就有义务举证证明。我们认为:

首先,所谓“举证”是就某件事实已经发生过而提供材料进行证明。而我们的观点是我们从来没有实施过某行为。没有发生过的事情是无法证明的。这是证据学上的一个基本原理。举一个例子,原告人在起诉状中说,1996年8月6日香港某报上刊载她的肖像未经她同意,那么她起诉时是否也要先举证证明“她没有同意”这一事实呢?我们认为不需要,因为没有发生过的事实是无法证明的。只要对方不能提供经她本人同意的证据材料,就应该推定为未经她同意。

其次,对于哪些诉讼中适用“举证责任倒置”的原则,法律是有明确规定的,本案很明显不适用该原则。同时,我方已经向法庭提交了相关的证据材料,证明该行为的实施另有其人。行为实施人已经以新闻发布会的形式向社会公开宣布该事件与被告无关,在这样的情况下,我们不理解为什么原告非要抓着根本没有实施过该行为的被告不放呢?

三、原告人的代理人认为,即使广告不是被告人发布的,但被告人是《广告法》所述的广告主,因此作为广告主也要承担责任。我们认为原告代理人的观点是对《广告法》的曲解。

《广告法》明确规定:“本法所称的广告主,是指为推销商品或者提供服务,自行或者委托他人设计、制作、发布广告的法人、其他经济组织或个人。”本案争议的这一幅广告既不是被告

自行发布的,也不是被告委托任何人发布的。因此,被告人根本不是该广告的广告主。不能要求被告承担责任。

综上所述,因为我们与原告人之间没有任何侵权法律关系存在,因此,请求法院依法驳回原告人的诉讼请求。

评析

一、程序问题

被告仅一再辩驳自己不是侵权行为人没有实际意义。因原告已提供1996年8月6日香港某报这一有利证据,证明是被告(“中国六合卷烟厂出品”)登载的广告,至此,原告已对自己提出的诉讼请求所依据的事实承担了举证责任。对此,被告有责任就反驳对方诉讼请求所依据的事实进行举证,被告应举证证明其虽在香港某报上以“中国六合卷烟厂出品”具名,但该具名非自己所为,而是他人(顺达公司)所为,且该他人与自己并不存在委托代理关系,该他人的行为应由本人负责,从而排除自己作为侵权人的责任。

被告在代理词中提及“行为实施人已经以新闻发布会的形式向社会公开宣布该事件与被告本人无关”,这种语言表述的形式不是证据,不能证明事实真相。

二、实务问题

如果说被告试图以雄辩的代理词代替答辩状的简陋,那么,被告的代理词应具有相当的说服力,按照这一诉讼策略,被告应首先出具能够证明自己不是侵权人的强有力证据,然后再据理力争。但是,尽管被告的代理词分三个层次,但通篇重复的仍然是一句话——我不是侵权人。被告没有充分证明:(一)为什么其不是侵权人?在原告已有确凿证据证明被告已有“中国六合卷烟厂出品”的具名情况下,被告不能仅以一句“我们从来没有实施过某行为”来辩驳,其有义务提供“没有实施”的事实,以此反驳原告的主张。(二)为什么其不是广告主?广告主的身份通常以广告行为公示,原告正因为看到香港某报所公示的“中国六合卷烟厂出品”,才认定被告是广告主,进而认定其侵权,被告仅称自己没有发布,也没有委托他人发布该广告,仍然不出具证据证明,其如何能够逃脱承担侵权责任的命运呢?

应该说,被告之所以最终败诉,是与被告始终没有提供证据证明自己没有实施侵权行为有直接关系的。

一审判决摘要

当事人的基本情况(略)

案由及合议庭组织情况(略)

原告诉称(略)

被告辩称(略)

经审理查明,原告在1996年某届奥运会上夺得了5000米跑金牌。原告站在领奖台上,右手高举鲜花,面带微笑,这一镜头被记者拍下。1996年8月6日在香港某报广告版登载“红牡丹”香烟的广告,该版面右侧是原告在领奖的照片,左侧是“红牡丹”香烟,其中一盒是打开烟盒并抽出一支支香烟,上方写有“热烈庆祝中国奥运代表团高奏凯歌”字样,右上侧写有“国际名烟,时尚味道”,下侧写明“中国六合卷烟厂出品”。原告以该广告侵害其肖像权、名誉权为由诉至法院,请求法院判令被告停止侵害,并以书面形式为原告恢复名誉、消除影响、

赔礼道歉;判令被告赔偿原告经济损失及精神由此受到的损害人民币一千万元,并承担一切诉讼费用。

以上事实有原告提供的一九九六年八月六日香港某报广告版及当事人陈述等证据,并经庭审质证,本院予以确认。

本院认为,原告主张被告侵害其肖像权、名誉权,其证据不足。原告提供的证据不足以证明被告是一九九六年八月六日香港某报登载的“红牡丹”香烟广告的广告主或广告发布者,该广告又不能反映对原告有污辱、诽谤的情形,原告又提供不出其他证据证明,故原告要求停止侵害、赔偿经济损失及精神损害的主张不予支持,应驳回原告之诉讼请求。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定,判决如下:

驳回原告之诉讼请求。

案件受理费六万零一十元由原告承担。

尾部(略)。

评析

1. 本案地域管辖问题

本案案由为侵犯肖像权、名誉权,原告住所地为甲地,被告住所地为乙地,按照《民事诉讼法》第29条规定:“因侵权纠纷提起的诉讼,由侵权行为地或被告住所地法院管辖。”1992年最高人民法院关于适用《民事诉讼法》意见第28条对侵权行为地进行了具体解释:“民事诉讼法第29条规定的侵权行为地,包括侵权行为实施地、侵权结果发生地。”本案甲地应为侵权结果发生地,乙地为被告住所地,本案可供选择的受诉法院为甲市法院、乙市法院。另外,1993年《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》第4条也规定:“名誉权案件如何确定管辖?适用民事诉讼法第29条的规定。”

2. 程序方面问题(见总评部分)

3. 实体方面问题(见总评部分)

二审阶段评析

诉讼文书

上诉状摘要

上诉人(原审原告):李军

被上诉人(原审被告):六合卷烟厂

上诉请求:

1. 确认被上诉人侵犯上诉人肖像权、名誉权;
2. 判令被上诉人停止侵权,并以书面形式为上诉人恢复名誉,消除影响,赔礼道歉;
3. 判令被上诉人赔偿上诉人一千万元;
4. 诉讼费用由被上诉人承担。

事实与理由:

一、原判认定:“原告主张被告侵害肖像权、名誉权,其证据不足。”上诉人认为,这样认定是错误的。因为:

首先,从上诉人一审起诉时的证据——香港某报(一九九六年八月六日广告版)来看,依据《民法通则》第一百条、第一百零一条之规定,此广告未经上诉人同意,使用上诉人肖像权为被上诉人在香港某报上作香烟广告,侵犯了上诉人的肖像权。这本是不争的事实,但一审法院却未能予以认定。

在一审时,被上诉人主张其不是此香烟广告的广告发布人,亦没有委托过他人发布此广告,但并没有出具任何有效的证据并得到一审法院的确认。因此被上诉人的答辩主张是没有证据支持的。一审法院面对有效证据不予认定,面对没有证据支持的主张却予以确认,显然是错误的。

其次,此广告突出了香烟的主题,使公众明确地感受到刊登广告的主要意图是为香烟作广告,祝贺只是方式,目的就是用商业广告的手段在推销,在进行营利,这是完全意义上的商业广告,而非被上诉人主张的“公益广告”。

而此广告将上诉人与香烟广告联系在一起,当然地让人想到上诉人为赚钱而不惜为香烟作广告,除非上诉人自愿,否则公众对上诉人社会评价会降低,给上诉人的名誉造成毁损。故侵权的结果已发生。

一审法院认定此香烟广告没有侵犯上诉人的名誉权是错误的,应予纠正。

二、被上诉人应承担侵权的民事责任,原判不予认定是错误的。

首先,被上诉人未提供出有效证据来支持其不承担民事责任的主张,一审就予以保护,显然错误。

其次,以上诉人的证据——香港某报为依据,被上诉人应当被确认为此香烟广告的广告主,根据我国《广告法》第二条和第五条,广告主从事广告活动,应当遵守法律,并承担相应的民事责任。在上诉人的合法权利受到侵害的情况下,被上诉人又未能提出有效的证据抗辩上诉人主张,故被上诉人应当对侵权结果承担民事责任。

综上,上诉人认为:上诉人的肖像权、名誉权均已受到侵犯,而在被上诉人未能举出有效证据,解除自己法律责任的情况下,被上诉人应当对上诉人承担侵权的民事责任。请上级法院予以公断。

尾部(略)。

评析

1. 上诉人抓住一审在没有认定被上诉人的任何证据情况下,支持被上诉人是错误的,这一诉讼策略非常好,其提出的一审没有认定被上诉人是广告主、有侵犯肖像权和名誉权行为的理由也较充分,但如果能进一步论证肖像侵权行为及其民事责任的承担、名誉侵权行为及其民事责任的承担就更有理有据了。

2. 上诉人论及的商业广告与公益广告的区别对肖像侵权的构成影响不大,但对名誉侵权的构成有一定意义,确有论述的必要。

3. 上诉人的第二段民事责任的论述因无具体的法理依据而显得有些多余,其可或者以第一段论述结尾的方式简单谈及追究被上诉人的民事责任,或者应在第二段中着重论及被上诉人应怎样承担非财产责任、精神损害赔偿责任。

上诉代理词摘要

审判长、审判员：

一、关于本案诉讼主体——六合卷烟厂是第一被告，香港某报是第二被告，顺达公司是第三人。

六合卷烟厂是当然的第一被告，理由是：(1)在上诉人巨幅照片的右方摆放两盒六合卷烟厂出品的香烟，左方注明是红牡丹过滤嘴香烟，右下方载明是中国六合卷烟厂出品，这就是证据。清楚地告知读者，这是六合卷烟厂做的广告。(2)作广告的目的很明确，是介绍六合卷烟厂出品红牡丹香烟的“国际名烟，时尚味道”。(3)六合卷烟厂是广告社会、经济效应的受益者。(4)香港某报经营副总经理刘嘉博的亲笔信，证实这幅广告是香港顺达资源集团公司发布的，顺达公司是代理在香港销售红牡丹香烟的，同六合卷烟厂是代理关系，所以，被代理人应承担责任的。

香港某报应列为第二被告，理由是：(1)广告版面是由香港某报设计的；(2)上诉人的照片是由香港某报特派记者拍摄，照片是由香港某报提供的；(3)香港某报是刊登这幅广告的宣传载体；(4)根据香港的法律，在报上刊登广告使用别人照片，应得到本人同意，香港某报没有征得上诉人的同意，就提供照片，设计版面，不管出于什么样的宣传动机，根据《民法通则》第一百条和《广告法》第二十五条规定，都构成侵害肖像权；(5)根据香港法律规定，是不准许刊登香烟广告的，明知违法，仍设计刊登，这是打着宣传中国奥运金牌选手的幌子，实为宣传红牡丹香烟，收取广告费，这是知法犯法。

顺达公司应列为第三人：根据香港某报出具的广告欠款发通稿这一证据，付费单位是香港顺达资源集团有限公司，广告名称是红牡丹香烟，广告费是54 000港元，实收18 000港元。证据证实，这幅广告是顺达公司发布的，作为代理商，是为六合卷烟厂宣传红牡丹香烟的广告。所以应列为第三人(该公司经营不好，现已关闭)。

二、广告发布人、设计制作人双方都收缴了广告费，证实是营利性的广告。未经本人同意，已构成对上诉人肖像权、名誉权的侵害。

香港某报于1996年8月6日第六版以整版篇幅刊登六合卷烟厂的香烟广告，广告上方写有“热烈祝贺中国奥运代表团高奏凯歌”的字样，在这一行显赫的大字下面则是上诉人站在领奖台上的巨幅照片，在人物右边有醒目而时髦的广告词：“国际名烟，时尚味道。”稍下一点，摆放两盒六合卷烟厂的香烟，其中一盒已启封，几支半截香烟抽出盒外，其过滤嘴香烟倾斜的方向正对着微笑的上诉人，左下方印着红牡丹香烟的字样，右下方载明是中国六合卷烟厂出品(证据1)。

这幅广告明明白白、清清楚楚说明了，是利用中国奥运代表团胜利归来之机，利用宣传中国奥运金牌选手上诉人为幌子，实际目的是宣传六合卷烟厂的红牡丹香烟。

据调查取证证实，这幅广告是由香港顺达资源集团公司发布的(证据2和3)，广告费是54 000港元，该公司已付给香港某报18 000港元(证据4)，显然顺达公司缴付了广告费，香港某报也收取了广告费，看来双方都是以营利为目的使用了上诉人的肖像，利用祝贺的手段，借用奥运冠军的名人效应，突出宣传香烟的主题，从而提高红牡丹香烟的知名度，进而创造销售利润。根据《广告法》第二十五条规定：“广告主或者广告经营者在广告中使用他人名义、形象的，应当事先取得他人的书面同意。”显然广告发布人顺达公司和广告设计制作人香港某报都没有在事先征得上诉人的书面同意，看来是否营利为目的、是否征得本人同意是区别是否

侵权的重要标志和政策法律界限。既然双方都是以营利为目的,双方都没有征得上诉人本人的同意,根据《广告法》第四十七条规定,双方都构成了侵害上诉人的肖像权。

六合卷烟厂在一审中辩称:这是公益性的广告。在香港公益性广告范围是指:(1)特区政府发布的新闻;(2)公共事务;(3)环境卫生;(4)社会公德事项;(5)表扬好人好事;(6)稿件调整不过来,用公益性广告撤换版面。显然六合卷烟厂作的宣传促销红牡丹香烟的广告,不属于公益性的范围,特别是双方都收取广告费,不管广告费收缴多少,都属于营利性的商业广告。可见,辩称是公益性,完全是无理诡辩。

上诉人站在领奖台领取奥运金牌的巨幅照片是珍贵的历史照片,但在这幅宣传六合卷烟厂红牡丹香烟的广告上,一盒已启封的一支香烟正对着微笑的上诉人的嘴,好像是吸了红牡丹香烟才使上诉人走上了冠军领奖台,广告发布后使公众误以为上诉人违反规定谋取私利作广告赚钱,造成了上诉人社会评价率的降低,根据《民法通则》第一百零一条规定,构成了对上诉人名誉权的侵害。

应当严肃指出,按香港地区法律规定,是不准刊登香烟广告的,要刊登香烟广告是要作技术处理的,厂家、香烟牌子都不准刊登出来。这幅广告不仅载明是六合卷烟厂出品,而且还摆放两盒六合卷烟厂生产的红牡丹香烟。根据《广告法》第十八条规定:“禁止利用……报纸、期刊发布烟草广告”,实属是违反国家法律的违法行为。

三、分别追究六合卷烟厂、香港某报侵权的经济法律责任。

顺达公司作为代理商为了在港澳地区使红牡丹打开销路,采用促销手段在报纸、电视、路牌作广告,而且确实在香港某报上为六合卷烟厂作了巨幅广告。根据《民法通则》第六十三条第二款规定,被代理人对代理人的代理行为,承担民事责任。六合卷烟厂在答辩状中说,自己没有发布,也没有委托任何人发布,这是推却责任的诡辩。不管是否委托,六合卷烟厂对代理商的侵权行为,应依法承担经济法律责任。

香港某报提供上诉人照片,进行版面设计、制作广告,并收取广告费,对造成这起侵权负有直接的责任(证据2,3,4,5),应依法承担经济法律责任。

由于侵权行为发生在香港,该报发行国内外,为此,请法院裁定由六合卷烟厂和香港某报在该报上公开刊登承认其侵权行为并赔礼道歉。

建议法院裁定,肖像侵权赔偿金 600 000 元,名誉侵权赔偿金 400 000 元,经济损失 800 000 元,由六合卷烟厂和香港某报各承担 50%。只有这样支持、保护当事人的合法权益,严处违法行为,才能维护法律的尊严。

尾部(略)。

评析

1. 关于上诉人要求追加香港某报为被告、顺达公司为第三人的问题(评析见总评部分)。

2. 尽管上诉人很详尽地从事实上和法律上论述了被上诉人和香港某报侵权行为的成立,几乎可以说有理有据,但在证据问题上,上诉人的律师忽略了一个至关重要的问题——涉港证据的公证证明力问题(详见对一审判决程序方面的评析)。因此,尽管上诉人提供了若干份赴港采集到的证据,但二审法院无法对之予以认定,加之被上诉人提供的证据也不具有公证证明的效力,以致整个案件中只有一个能够被认定的证据——1996年8月6日香港某报,这不能不说是本案的一个重大遗憾。

3. 在上诉中,上诉人将原来1000万元的经济、精神损害赔偿金的数额降低到180万元,而且是对两个被告的共同要求,每个被告应承担的只是90万元的赔偿,这应该是一个务实得多的决定。

二审判决书摘要

.....

经审理查明,上诉人在1996年某届奥运会上夺得了5000米跑金牌。上诉人站在颁奖台上,胸前佩戴金牌,右手高举鲜花,面带微笑,这一镜头被记者拍下。1996年8月6日在香港某报B6广告版整版登载被上诉人六合卷烟厂生产的红牡丹香烟广告。该版面广告主体部分是上诉人在奥运会冠军领奖台领奖的正面照片。上方写有“热烈祝贺中国奥运代表团高奏凯歌”字样,上诉人肖像右侧是三盒红牡丹香烟,其中一盒打开烟盒并抽出两支香烟,抽出的香烟过滤嘴对着上诉人肖像面部,香烟上方写有“国际名烟,时尚味道”,香烟下方写有“中国六合卷烟厂出品”。上诉人肖像左侧腰部写有“红牡丹过滤嘴香烟”字样,广告下部用中英两种文字标明“香港政府忠告市民,吸烟害己害人,焦油含量中”。上诉人以该广告侵害肖像权、名誉权为由诉至原审法院,请求法院判令六合卷烟厂停止侵害,以书面形式公开为上诉人恢复名誉,消除影响,赔礼道歉,并赔偿其由此造成的经济损失和精神损害1000万元,并承担一切诉讼费用。一审时六合卷烟厂称,我厂不是上诉人所诉侵权广告的广告发布人,我厂也未委托过任何人在1996年8月6日香港某报上发布过广告,该广告不是其发布、制作,而是香港顺达资源集团公司与香港某报所作的公益广告。故请求法院依法驳回上诉人的诉讼请求。六合卷烟厂向原审法院提交了香港某报致该报云南联络处的函及该报刘嘉博给云南联络处林芳的信,上诉人对该两份证据提出异议,经审查,该两份证据均系传真件的复印件,且未经司法部委托的香港律师办理公证证明。

一审法院认为,原告主张六合卷烟厂侵害其肖像权、名誉权证据不足。原告提供的证据不足以证明六合卷烟厂是1996年8月6日香港某报登载的红牡丹香烟广告的广告主或广告发布者,该广告又不能反映对原告有侮辱或者诽谤的情形,原告又提供不出其他证据证明,故对原告要求停止侵害,赔偿经济损失及精神损害的主张不予支持,应驳回原告之诉讼请求。据此判决:驳回原告之诉讼请求。案件受理费60 010.00元由原告承担。

原告的主要上诉理由是:上诉人一审期间提供的证据(香港某报广告)足以证明被上诉人擅自利用上诉人的照片作香烟广告,侵害了上诉人的肖像权。该广告系商业广告而非公益广告,广告将上诉人与香烟联系在一起,侵害了上诉人的名誉权。被上诉人一审期间没有提供任何有效证据证明其不是该广告的广告主或广告发布者,一审判决驳回原告的诉讼请求是错误的。

本院认为,公民的肖像权、名誉权受法律保护。登载在香港某报上具有上诉人肖像的红牡丹香烟广告,属于具有营利性质的商业性广告,而非公益性广告。该广告未经上诉人同意,擅自使用上诉人肖像照片在香港某报上登载署名为六合卷烟厂出品的红牡丹香烟广告,其行为侵犯了上诉人的肖像权。虽然从该则广告上不能反映出对上诉人有侮辱、诽谤的情形,但由于该广告是社会不提倡使用的特殊商品即香烟的广告,其在一定程度上给上诉人的名誉造成了不良影响。故六合卷烟厂应当承担相应的民事责任。因上述侵权行为使上诉人的人身及精神上受到无辜损害,给上诉人造成了一定经济损失,故上诉人要求六合卷烟厂赔礼道歉,