

公开权脱胎于隐私权，是市场经济高度发达的产物  
在今日的社会生活中发挥着日益重要的作用

# 公开权比较研究

A Comparative Study of the  
Right of Publicity

李 丹·著

时事出版社

公开权脱胎于隐私权，是市场经济高度发达的产物  
在今日的社会生活中发挥着日益重要的作用

# 公开权比较研究

A Comparative Study of the  
Right of Publicity

李丹·著

时事出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公开权比较研究/李丹著. —北京: 时事出版社, 2016. 9  
ISBN 978-7-5195-0005-4

I. ①公… II. ①李… III. ①公民权—研究 IV. ①D911. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 136596 号

出版发行: 时事出版社

地 址: 北京市海淀区万寿寺甲 2 号

邮 编: 100081

发行热线: (010) 88547590 88547591

读者服务部: (010) 88547595

传 真: (010) 88547592

电子邮箱: shishichubanshe@sina.com

网 址: www.shishishe.com

印 刷: 北京市昌平百善印刷厂

---

开本: 787×1092 1/16 印张: 12.25 字数: 185 千字

2016 年 9 月第 1 版 2016 年 9 月第 1 次印刷

定价: 55.00 元

(如有印装质量问题, 请与本社发行部联系调换)

# 目 录

---

## CONTENTS

### 绪 论 \_ 1

- 第一节 选题背景 \_ 1
- 第二节 研究对象的界定 \_ 3
- 第三节 研究对象的现状 \_ 6
- 第四节 研究方法和目标 \_ 9

### 第一章 公开权的概念与制度发展 \_ 12

#### 第一节 公开权在美国 \_ 12

- 一、概念 \_ 12
- 二、制度的发展 \_ 15

#### 第二节 公开权在英国 \_ 19

- 一、仿冒之诉 \_ 19
- 二、商标法的保护 \_ 21
- 三、小结 \_ 22

#### 第三节 大陆法系人格权商品化的趋势 \_ 24

- 一、古典“人格权”——侧重于人格物理属性的保护 \_ 24
- 二、现代人格权——向保护精神利益和经济利益的转变 \_ 28
- 三、大陆法系人格权商品化的发展 \_ 31

### 第二章 公开权的性质 \_ 34

#### 第一节 公开权性质的几种观点探讨 \_ 34

一、财产权说 \_ 35

二、人格权说 \_ 36

三、商事人格权说 \_ 37

四、知识产权说 \_ 37

第二节 公开权具有一定的双重属性 \_ 40

第三节 人格要素具有经济价值是公开权形成的内在基础 \_ 42

一、人格要素的经济价值理论分析 \_ 42

二、人格要素经济价值的历史分析 \_ 53

第四节 道德变化和科技发展是公开权产生的外在条件 \_ 57

一、社会道德观念的改变使人格权商品化成为可能 \_ 58

二、科技进步和社会传媒的发展使人格要素商品化成为现实 \_ 62

### 第三章 公开权的特征 \_ 65

第一节 公开权的主体 \_ 65

第二节 公开权的客体 \_ 68

第三节 公开权的可处置性 \_ 69

### 第四章 公开权的典型主体与人格要素 \_ 72

第一节 公开权的典型主体 \_ 72

一、影视明星、体育明星 \_ 72

二、政治家、文学家、艺术家 \_ 77

第二节 有关人格要素 \_ 84

一、姓名 \_ 85

二、肖像 \_ 90

三、声音 \_ 95

四、真实的体育与艺术表演形象 \_ 99

五、其他各种因素的综合 \_ 104

## 第五章 公开权的行使及处置 \_ 107

### 第一节 公开权的行使 \_ 107

#### 一、名人的文学影视传记 \_ 107

#### 二、肖像作品 \_ 108

#### 三、商标与商号 \_ 109

### 第二节 公开权的处置 \_ 113

#### 一、授权许可使用 \_ 114

#### 二、继承与转让 \_ 115

## 第六章 公开权与相关民事权利的比较 \_ 122

### 第一节 公开权与隐私权的关系 \_ 122

#### 一、公开权与隐私权的联系 \_ 122

#### 二、公开权与隐私权的区别 \_ 124

### 第二节 公开权与商标权、著作权和专利权的关系 \_ 127

#### 一、公开权与商标权 \_ 127

#### 二、公开权与著作权 \_ 128

#### 三、公开权与专利权 \_ 130

### 第三节 公开权与反不正当竞争法的关系 \_ 132

## 第七章 公开权的限制与主体责任 \_ 137

### 第一节 公开权受社会道德的限制 \_ 138

### 第二节 公开权既是自然人的个人财富，也是社会财富 \_ 140

### 第三节 公开权受言论自由与新闻自由的限制 \_ 144

### 第四节 公开权的有限继承 \_ 150

### 第五节 公开权主体的社会责任 \_ 160

## 第八章 公开权对我国相关法律改革之意义 \_ 164

### 第一节 借鉴公开权不是要设立新的权利 \_ 164

第二节 公开权对我国人格权发展的启示意义 \_ 168

一、在我国人格要素商品化已经是社会趋势 \_ 168

二、人格权商品化需要突破传统民法理论的某些限制 \_ 171

三、发展建议 \_ 174

第三节 “名人责任”在我国的发展 \_ 177

结 语 \_ 179

参考文献 \_ 182

致 谢 \_ 188

## / 绪 论 /

### 第一节 选题背景

现代社会是一个以市场经济为主导的社会，在市场经济的发展过程中，越来越多的社会因素被商业化，即使是与自然人紧密相关的人格身份也正在商业化的过程中被发掘出潜在的巨大经济价值。

据美国《财富》杂志统计，在过去十几年职业生涯中，美国篮球明星迈克尔·乔丹已经从体育市场上收入了 3.5 亿美元。不仅如此，乔丹在没有退役之前，对美国每年产值高达 2500 亿美元的体育产业也施加了巨大影响。美国财政报告中曾特别指出，乔丹 1998 年一年为美国创造的收入是美国全年国民生产总值（GDP）的 5%，一个人创造了 GDP 的 1/20。

自 2001 年起，美国畅销商业杂志《福布斯》的网站每年都要发布一次已故名人的收入排行榜。许多名人尽管已经过世多年，但凭借巨大的社会号召力，仍然在为其继承人创造着惊人的财富，收入额甚至不逊于其生前。1977 年去世的一代摇滚巨星“猫王”埃尔维斯·普莱斯利（Elvis Presley）的遗产价值从其死时的 490 万美元飙升至 20 世纪 80 年代的 7500 万美元。进入 21 世纪以来，他常年稳居福布斯已故名人排行榜的榜首。

在我国，人格身份商业化的现象呈现加速度的发展趋势。改革开放

三十多年来,我国的经济发展是世界上最快的。人格身份商业化的趋势在我国也日益明显,因人格身份商业化利用而引发的纠纷越来越多,已经成为司法不得不面临并且大大滞后于其发展的一种社会现象。如全国使用“鲁迅”一名来命名的学校就多达十几所。在2008年北京奥运会上,郭晶晶获得了女子个人3米板、女子双人3米板两块金牌后,成为当之无愧的跳水女皇,其在2008年整年的广告收入就达到2000万元人民币。

2008年12月底,在中国庆祝改革开放三十年之际,《第二届天下英才中国演艺名人商业价值报告》出炉,为中国名人的商业价值正式做出市场评价。这是我国国内首次以演艺名人公众美誉度、公众信任度、公众期待值为标准,而非单纯过往收入和人气,充分综合此前公布的公众形象满意度调查数据来为艺人商业价值做排名。调查涵盖的范围除了内地及港台地区的歌星、影视明星、曲艺明星、舞蹈明星外,导演和主持人也被纳入。<sup>①</sup>

市场经济中,自然人的人格身份之所以能够商业化,就是因为其能够给商家带来非常可观的经济效益。在人格身份商业化的社会背景下,欧美国家纷纷对这种社会发展趋势做出了反应。在大陆法系,德国司法实务和民法理论越来越重视人格权的商品化问题,利用自己的人格特点在市场中获利的行为不再被认为是不道德的。而在市场化、商业化高度发达的美国所发展出的公开权(Right of Publicity)制度,则是迄今为止对这种人格身份商业化现象最激进的反应。

美国的公开权制度始于20世纪中叶,主要是伴随着二战后美国媒体科技的进步、现代市场经济的飞速发展以及社会商品化意识的不断提高发展而诞生的。在美国,虽然对公开权的讨论和研究已经过了半个多世纪,但是迄今为止,无论是在理论还是立法与司法实践上,美国司法界

---

<sup>①</sup> 参见中国新闻网, <http://www.chinanews.com.cn/yl/mxzz/news/2008/12-23/1498106.shtml>。

和学术界仍然充满了争议，并没有统一的定论，也没有统一的联邦公开权法律制度。

在我国，对于人格身份的认识长期以来一直停留在大陆法系传统民法认识的概念上，对于人格身份的商业化这一研究也才刚刚起步，学术界对此概念仍处于介绍、解释和初步的讨论阶段，离立法、司法的实际运用还有很远的距离。无论是从社会的商品经济发达程度，还是法律制度建设的完善程度来讲，我国在人格身份的商业化方面与美国以及西欧国家还存在较大的差距。因此，即使公开权及其类似制度还不是很完善、争议重重，研究公开权及其类似制度的发展、特点和司法实践，对于我们建立自己的相关法律制度仍然具有很高的学术和实践意义。

## 第二节 研究对象的界定

我们的研究对象主要聚焦在最能体现自然人人格身份商业化的公开权制度上。作为当今世界经济最为发达的国家，与其经济的市场化程度相对称，美国的公开权可以被视为既存的人格身份商业化方面最为发达的法律制度。本书因此将重点追寻美国公开权的发展历程，从中探讨公开权的本质和特征，希望能够从公开权制度的研究中获得一些启示，从而促进我国人格权商品化方面规章制度的建立和完善。

公开权在美国的产生和发展，源于对自然人个人人格身份保护日益增长的需求，主要从美国隐私权制度中衍生而来，是隐私权制度逐渐不能满足社会实际发展的结果。同时，美国公开权是社会经济高度发达、媒体高度大众化发展的产物，是个人的人格身份逐步社会化、市场化、商品化的结果。

在研究美国公开权的过程中，我国有学者将自然人的人格权、自然人的表演形象以及虚构角色形象统放在一起打包，提出一个“公开权”或“商品化权”的概念统称之，并将其分为两类：一是真实人物的

形象，即自然人在公众面前表现其个性特征的人格形象，它通过姓名、声音、签名、影像等人格因素形成具有实质性区别特征的形象，以表现相应的自然人。二是虚构角色，即创造性作品中塑造的具有个性特征的艺术形象，它通过名称、外形、经典动作、口头禅、关键短语等艺术要素，创造并非真实存在的虚拟性角色。虚构角色包括文学角色、视听角色和卡通角色。<sup>①</sup> 他们之所以提出这样的“公开权”或“商品化权”的概念并将人格权包含在其中，是因为大陆法系人格权的范围只及于真人的姓名、肖像等人格要素以及由此产生的权利，而不包含涵盖虚构人物的各种特征或要素。上述所谓“公开权”或“商品化权”的最大特点就是将权利的主体从自然人扩展到了包括虚构人物、法人在内的所有法律主体，甚至将虚构人物的权利也包括在内。<sup>②</sup>

在美国，学理上确实也有真实人物形象与虚构角色形象之分，但其在法律上具有不同的权利形态。真实人物形象的相关权利为“公开权”（right of publicity），是指“个人对其形象进行商业价值利用的权利”，或表述为“每一个自然人固有的、对其人格要素的商业使用进行控制的权利”。虚构角色形象的相关权利则称之为“角色权”（rights in characters），其权利指向涉及作品中的“艺术形象”，包括“在电影、电视、动画等作品中出现的人物、动物或机器人等，也包括用语言表现的作品中的虚拟形象”。

笔者认为，与真实人物毫无关系的虚构形象、虚构角色，如唐老鸭、三毛等形象，甚至包括真实人物通过扮演、表演而创造出的角色形象，尽管具有一定或相当的市场价值，但始终是虚构角色，而虚构角色与自然人的人格身份属性没有任何关系，不属于人格权的调整范围，不是人格权的保护对象，而应属于著作权、知识产权的调整范围，没有必要将两种不同类型的权利集中到一起“创建”一个新的权利。因此，虚构的

① 吴汉东、胡开忠：《无形财产权制度研究》，法律出版社2005年版，第433—434页。

② 参见李丽峰、李岩：《人格权：从传统走向现代》，中国法制出版社2007年版，第293页。

角色形象，无论是自然人表演的角色还是动画角色，均不属于美国所创制的“公开权”或大陆法系人格权商品化的范畴，不是本书要探讨的内容。

在公开权的发展过程中，关于是不是每个自然人都享有公开权，曾经存在过两种观点。第一种观点认为只有名人才具有公开权，非名人只能主张隐私权，不得主张公开权。另一种观点认为，公开权的主体是一般主体，所有的人对自己的姓名、肖像、生活经历等都享有开发、利用的权利，并禁止他人以营利为目的的未经授权的使用。

在美国公开权发展的早期，确实有一系列的案例将公开权的主体局限于名人、公众人物，原告如果是普通人，只能根据隐私权主张自己的权利。但如今美国多数承认公开权的法院和学者都主张，每一个自然人都应当公平地就其人格身份同时享有隐私权和公开权，并且不受其任何人格要素先前已被利用的影响。

曾任联邦最高法院大法官的霍尔姆斯（Judge Holmes）就提出：“隐私权有别于为商业广告目的使用自己姓名、肖像的权利。后者是一个每个人都拥有的财产权。”<sup>①</sup> 美国著名学者波斯纳也指出，公开权给一个人这样一种权利，即没有得到他本人的同意，不能在任何广告中使用他的姓名和肖像。所有的人都应该受到公开权的保护。<sup>②</sup> 1974 年联邦第九巡回上诉法院也重申每一个人都享有公开权：“一般而言，人格被盗用的人的声望和知名度越大，遭受经济损害的程度也越大。然而，这也是有可能的……一个普通人的人格也可产生先前不曾拥有的经济价值，盗用该人格也会致其经济损失。”<sup>③</sup> 而在现实中，美国认可公开权的约 30 个州，均以法律形式承认每个人天生享有公开权。例如 1990 年加州最高法院在“摩尔”一案中明确提出：“过去的判决都裁定，每个人都就自己

① O'Brien v. Pabst Sales Co., 124 F. 2D 167, at 70 (C. A. 5 1941) .

② 参见 [美] 理查德·A. 波斯纳，苏力译：《超越法律》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 609 页。

③ Motschenbacher v. R. J. Reynolds Tobacco Co., 498 F. 2d 821, ac 824. fn, 11 (C. A. 9 1974) .

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>①</sup>

在我国学者对公开权进行研究的过程中，也有学者认为，只有名人的人格身份才存在被商业化的可能。事实上，名人的知名度也是相对的，公众人物和一般的普通自然人之间有时候并没有一个明确的界限。如果只承认知名人士的公开权，继而对公开权的构成设置名望、地位的要件，则会阻碍普通自然人对他人擅自商业性使用其人格身份的行为按公平的市场价格索取赔偿，使公开权成为名人专享的特权。事实上，任何自然人的人格身份都存在被商业化的可能性，都可能被非法的公开、使用或传播等行为所侵害。公众人物与普通自然人之间在人格身份上只存在商业价值大小的不同，而无关乎权利是否享有的问题。因此，本书研究的对象是每个自然人的人格身份的商业化，但研究重点则放在名人的人格身份商业化上。

### 第三节 研究对象的现状

在国外关于人格身份商品化的研究中，往往把重点笔墨投诸于美国的公开权制度。美国关于公开权的研究历时久、案例多，但是迄今为止仍未形成全国范围内统一的公开权成文法，对于公开权的保护仍属于州法的范畴。公开权在亚利桑那、亚拉巴马、加利福尼亚、康涅狄格、佛罗里达、伊利诺伊、肯塔基、密执安、明尼苏达、俄亥俄、宾夕法尼亚、得克萨斯、犹他、威斯康星、佐治亚、新泽西、夏威夷、密歇根等州以普通法（判例法）的形式存在，在加利福尼亚、佛罗里达、伊利诺伊、印第安纳、肯塔基、内布拉斯加、内华达、纽约、俄亥俄、奥克拉荷马、罗德岛、田纳西、得克萨斯、犹他、弗吉尼亚、华盛顿、马萨诸塞、威

---

<sup>①</sup> Moore v. Universal Pictures, 205 USPQ 1090 (Cal. Supreme Court, 1990)。

斯康星等州以成文法的形式存在,其中八个州同时以两种形式存在。还有一些州在隐私权法或其他类似的法律中对公开权做了宽泛的规定,如纽约州的隐私权法。<sup>①</sup>

这种各州公开权制度上的差异,既有各州传统文化背景的考虑,又有经济利益的驱使,并且后者越来越成为一个推动公开权发展不容忽视的因素。近年来,美国各界关于制定有关公开权的联邦统一立法的呼声不断,主要目的也是希望通过统一的法制来结束美国国内混乱的公开权立法和执法现状,整合法律资源,减少诉讼成本,从而能够最大限度地发掘公开权制度的财富,将人格身份中所蕴含的无形资产的财富创造能力发挥到极致,从而最终实现提升美国在国内外市场上经济竞争力的目的。同时,美国各州基于州际经济竞争而不断升级的有关公开权的立法竞争,客观上也在不断刺激着统一成文化运动的进展。因此我们有理由相信,如同知识产权立法在美国的发展一样,公开权法律的统一也必将成为或迟或早的结果。

相较于其他成熟的法律制度,即使在美国,公开权的发展历史也并不算长,因而不可避免地存在一定的理论与实践上的问题,其他国家对于公开权法律制度的借鉴或认可因而也显得较为谨慎。到目前为止,尽管存在一些类似的法律规定,还没有一个国家像美国一样以正式的法律形式全面地确认公开权制度。同属英美法系的英国既不存在姓名和形象使用的独占权,也不承认或保护公开权,且由于“严格遵循先例”的普通法传统使然,其对人格身份商品化的支持程度远不如“有限遵循先例”的美国发达。英国法中对此方面的保护主要集中于商标法、仿冒(Pass-ing Off)诉讼和版权法,但也只能在有限的范围内提供保护。澳大利亚和加拿大的一些法院近几年开始以判例的形式承认公开权的存在,并且采用公开权理论来解决司法实践中的问题,然而到目前为止,这样的案例数量仍属有限,没有形成足以引起大众广泛关注进而影响国家整体立

---

① Marshall Leaffer, The Right of Publicity, 70 Alb. L. Rev. 1357 (2007) .

法倾向的规模效益。

作为大陆法系的代表,德国司法实务和民法理论越来越重视人格权的商品化问题,但是德国并没有引入公开权概念,该国把对自然人的肖像、声音、姓名等纳入到“其他人格法益”,由民法予以保护。所谓其他人格法益,指一般人格权中未经明定为特别人格权(人格利益)的部分,此一概括部分将随着人格自由、社会进步、侵害的增加而扩大其保护范畴。但是德国已经开始承认人格权的商品化现象。在著名的“Paul Dahlke”一案中,德国联邦最高法院认为,在广告中使用名人的肖像,在很多情况下只有通过巨额费用才能够获取对方的同意,从而在法律上承认了人格权商品化的行为。德国联邦最高法院在此案中将肖像权归入“具有财产价值的排除权”,这一观点此后也适用到了姓名权和一般人格权的案件中。<sup>①</sup>

与我国一水之隔的日本在法律制度上追随英美,因此在人格权的商品化立法方面,采用引进美国公开权制度的方法。日本在20世纪60年代从英美法系引进了“商品化权”(Merchandising Right)一词。1976年5月26日东京地方法院做出了用著作权保护角色形象的首例商品化权判决。在20世纪80年代,日本成立了“商品化权保护协会”等民间组织。尽管案例越来越多,但是直到2003年6月止,日本仍没有关于公开权的最高法院的判决,也没有专门对公开权立法予以保护。<sup>②</sup>

目前,我国也没有以法律的形式正式确认公开权,仅在学术上对公开权进行研究。20世纪90年代初,公开权的概念开始为我国学者所知。随着我国市场经济的发展,以及人格身份商业化利用形式的增多,越来越多的学者对这一权利的探讨产生了浓厚兴趣。有的学者从大陆法人格权保护的角度进行论述,也有学者从知识产权保护的角度进行研究。然

<sup>①</sup> 参见1999年德国联邦最高法院关于“Marlene Dietrich”一案(BGHZ, 214, 219),转引自王利明:《人格权法研究》,中国人民大学出版社2005年版,第278页。

<sup>②</sup> 参见[日]获原有里:《日本法律对商业公开权的保护》,《知识产权》2003年第5期,第62—64页。

而多数学者或是把公开权视作人格权的异化，提出在人格权中增加一项新的权利，或是将其作为所谓“商品化权”的组成部分和虚拟角色的商业使用一并探讨，而对于自然人的人格要素的商业使用的现象，少有学者对其进行专题研究。

从司法实践来看，我国实务界当前对于涉及真实人物人格身份商业化利用的纠纷基本都力图从现有法律中寻找根据，往往采用人格权法、反不正当竞争法、著作权法和商标法等多种方式综合保护的模式——尽管很多情况下这种解决方式都无法解释其中的一些问题。并且，很多学者倾向于将真实人物公开权的保护最终落脚于反不正当竞争法或者知识产权法的保护，并将之纳入立法建议。此外，尽管商家、名人和学者三方都已经清醒地认识到知名人士个人形象的商业价值，但对于是否有必要将之设定为一项法定的权利则异议颇多，即便是有学者支持模仿美国，在中国法律中植入独立的公开权，对其性质的界定也是莫衷一是、各执一词。所以，到现在为止，在我国人格身份的商品化方面，无论是从理论还是司法实务上，都仍处于不断变化的尝试和探索中。

#### 第四节 研究方法和目标

大陆法系传统人格权制度大多集中于人格利益的保护上，特别是人格权受到侵害时的损害赔偿、尤其是精神损害赔偿问题，强调的是人格权的完整性和不可侵犯性。从人格权的静态方面进行规定的多，动态方面的规定少，只是消极、静态的保护，而对于人格权动态的、积极的权利实现，立法和理论研讨则关注不多。而人格权的商品化、公开权制度正是要实现自然人的人格身份要素主动走向市场，积极进入商业社会参与社会财富的创造，这也是我们研究这个命题的目的。

在本书下面章节的论述中，笔者将运用包括比较分析、历史分析、实证（案例）分析以及语理分析在内的基本原理和研究方法，通过对经

验事实的观察和分析来建立和检验各种理论课题。首先，笔者将使用历史分析和实证分析论证公开权的建立过程，探讨公开权的性质、特征，对公开权的司法判例和各种理论进行分析，从中可以看出，公开权其实即是人格身份经济价值属性的体现。另外还对公开权在普通法系国家的不同发展际遇进行介绍和比较，以反映各国现阶段对公开权的利弊考量。其次，与普通法系中“公开权”的发展历史相对应，笔者通过对大陆法系人格权制度的发展运用历史分析的方法，探讨人格权市场化、商品化的真正原因。我们可以看出人格权具有内在的经济价值是人格权商品化的内因和基础，而社会道德变化和科技发展是人格权实现商品化的外在条件。第三，公开权作为普通法系的一项法律制度，借鉴其中的精华纳入我国的人身权体系，法系之间的碰撞和冲突在所难免，因此本书在分析并解构公开权的同时，将公开权与德国、日本、瑞士等大陆法系国家的人格权制度进行了比较，同时反对全盘移植外国法的做法，而是在比较的基础上做出符合本国情况的选择。第四，在分析公开权的性质时，对人格权、财产权、知识产权等概念做了一定程度上的语理分析，其目的即在于梳理各种观点下的概念和术语，避免交流中的障碍和理论上的混乱。

公开权至少可以从两个方面对我国法律具有借鉴意义：第一，人格权是可能也可以具有一定的财产属性的；第二，人格权的内容是可以考虑进行扩充的，凡是可以作为个人身份标识的事物都应该列入人格权商品化的考虑范围。然而，我国百年来传承的都是大陆法系的传统，与普通法系国家的法律体制有着根本性的差异，如何借鉴公开权制度，如何在我国的法律制度中嵌入人格身份商品化的因素，不是一件可以一蹴而就的事情。

在本书中，无论是对公开权概念、特征等基本内涵的论述，还是对人格权商品化的论述，所运用和凭借的概念都是民法中久已广为使用的概念。本书所要梳理的逻辑关系，也是现在法学理论界和实务界的很多学者正在热议的问题。本书研究的预期目标，是通过界定概念，理顺关