

论人像摄影的著作权及其限制

马蒂^a,朱江^b

(四川广播电视大学 a.文法学院;b.党校办,成都 610073)

摘要:权利的相互交叉性是民事权利种类多样化的自然结果,在权利异其主体的情况下极易引发权利冲突。鉴于摄影不同于其他作品的特性,并非所有摄影都当然成为著作权法意义上的作品,应根据摄影作品所包含的创作性成分、是否具有创作的意思等因素来判定一个人像摄影是否受著作权保护。对于受著作权保护的委托人像摄影作品而言,其可能同时并存着作者著作权、作品载体所有权和被摄者肖像权三种合法权利。由于委托摄影作品的著作权主体常常与相片所有权主体相分离,在著作权人不掌握著作权物质化载体的情况下,受托人著作权的行使在很大程度上要受制于委托人所有权和肖像权,著作权具体权利的实现成为事实不能。因此与其徒留理论意义的受托人著作权,不如修改委托作品著作权归属原则,将著作权赋予委托人,以实现委托人像摄影作品权利主体的统一,充分实现委托作品的可利用性。

关键词:人像摄影;可著作权性;著作权;所有权;肖像权

中图分类号:D923.41 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-8580(2015)06-0036-10

随着权利意识的滥觞,民事权利的种类日益多样化,必然导致权利外延上的相互交叉性,合法权利之间的冲突因而无法避免。在一份人像摄影作品上,就可能存在着拍摄者著作权、被摄者肖像权、作品载体所有权三种合法权利,特别是在作品著作权和作品载体所有权的分离成为常态的委托摄影领域,任何一方权利的行使都会受到另一方权利的牵制。学者在论述上述权利冲突时,一方面坚持人格权保护的优先性,一方面更多强调的是所有权的行使应受到著作权的限制。殊不知,著作权各项具体权利的正常实现,不仅要满足不侵害被摄者肖像权这一要求,而且还要以实际控制作品物化载体为前提条件,在这个意义上,委托作品著作权的行使会更多地受到所有权制度和肖像权制度的限制。

基金项目:云南省教育厅年度项目(YNJ0133)

作者简介:马蒂,硕士,副教授(E-mail:cdmadi@163.com)

朱江,副教授(E-mail:411748586@qq.com)

一、文献回顾

就著作权与其他合法权利的冲突与调和,当前学者们主要从作品著作权对所有权行使的限制或者是从肖像权对作品著作权行使的限制展开论述分析,并得出以下研究结论。

1. 甘勇、郭玉军从著作权法的立法目的出发,指出相对于民法物权的一般规定,著作权法是特别法,应优先适用,因此,“著作权法构成了对所有权行使的一种限制”。^[1]

2. 唐昭红认为,作品的著作权与作品原件所有权内容有别,两者当然可以并存。为保护著作权,有必要禁止美术作品原件所有人滥用权利,赋予美术作品作者以追续权以及展览优先权^[2]。

3. 冯晓青从公平与效益价值、著作权法的公共利益目标、作品创作的社会性与继承性、独创性与公有领域等方面对限制著作权的正当性进行了法律经济学、社会学的分析,提出作者只能主张有限的财产权,对作品的利用不是著作权人的绝对权^[3]。

4. 刘敢生、覃兆平认为,作品形式的背叛性是作品的本质,它导致作品与作品形式相分离,并介绍了作品表述载体、固定载体和复制载体的区分及其意义^[4]。

5. 在著作权与肖像权的关系上,任燕在列举了实践中著作权人侵害肖像权人权利的六种情形以及肖像权人侵害著作权人权利的五种典型情形的基础上,强调人格权高于著作权。同时,该作者还认为,由于证件照片缺乏独创性,在司法实践中不受著作权法保护^[5]。

6. 程啸、杨明宇通过考察人格权的历史演进,认为人格权是从有关知识产权精神权利的理论中衍生出来的,肖像作品的作者享有的修改权或保护作品完整权应受一定限制,作者不享有“绝对的修改权”。^[6]

不过,迄今学界似乎还比较缺乏对人像摄影作品的可著作权性的分析,即凡是以人像为对象的摄影都自然成为受著作权保护的作品吗?摄影作品的可著作权性应包含哪些特征?同时,上述研究要么将著作权与所有权作为一对范畴,要么将著作权与肖像权作为一对范畴进行分析,还缺乏将著作权放在一个更广泛的权利冲突视野下,对著作权与其他合法权利的冲突与调和进行整体的分析研究。

要回答以上问题,先需要从人像摄影的可著作权性展开分析。

二、人像摄影的可著作权性分析

(一)摄影≠摄影作品

我国《著作权法》第3条将摄影作品列为受著作权保护的作品之一,摄影作品的著作权性毋庸置疑。然而,是否每一次摄影都会产生受著作权保护的作品却是可以讨论的。在智能手机时代,随时随地皆可拍摄,拍摄的相片瞬间又可删除,随手拍摄如同呼吸般自然,摄影不再是有意识的艺术创作和纪念,其目的更加泛化,如作为证据、作为资料或无任何目的而随意性拍摄。再从拍摄者的主观意愿来看,他更关心的是这个摄影能不能实现微博或微信交际的目的,而不关心其创作性成分的多少,是否能形成独创性的智力成果。而我国立法不仅对作品有“独创性”、“智力成果性”等要求,而且对摄影作品也有定义性规定。摄影作品,是指“借助器械,在

感光材料或者其他介质上记录客观物体形象的艺术作品”(《著作权法实施条例》第4条)。根据形式逻辑,定义的基本原则为“种差+属概念”,摄影作品的上位属概念是“艺术作品”,换句话说讲,成为摄影作品的前提条件是成为艺术作品,只有符合作品的独创性特征、具有最低艺术创造性的那部分摄影,才可能构成著作权法意义上的摄影作品。因此,根据该条的反向解释,并非所有摄影形成的画面都自然受著作权保护,那些不具备艺术作品性质的摄影就不属于著作权的保护客体,它们就只能是摄影而非作品。国外也注意到摄影的这种特征,“有些国家的版权法则只保护带有艺术性质或文献性质的摄影作品”⁷¹。

(二)不同类别人像摄影的可著作权性分析

在摄影界,通常将摄影按对象分为“人像摄影、风光摄影、静物摄影等”⁷²,其中人像摄影,即主要以面部肖像为内容或可以通过画面内容识别被摄者身份的摄影,在实践中最易发生著作权与相片所有权以及肖像权的纠纷。因此,有必要针对不同类别人像摄影的可著作权性进行分析。

1. 许可肖像摄影

许可肖像摄影,通常是指经被摄者许可,以自然人肖像或其形体为拍摄主要内容的摄影。根据摄影实践,许可肖像摄影又可分为三种。

(1)纪实摄影

纪实摄影包括证件照、工作照、集体合影照、部分新闻摄影等。这类摄影首先要么以固定不变的角度记录被摄者以面部为主体的身份特征,要么单纯反映一个客观事实或记录一个真实事件,任何人在同样的位置按动快门都会获得同样的影像。尽管在拍摄时,拍摄者也可能会要求被摄者变动头部位置或脸部的朝向,但这些行为尚够不上创作;影像形成后,拍摄者也可能用 photoshop 等软件进行去掉面部黑痣或疤痕等简单的处理,但类似的加工仍然达不到构成作品所必需的具备一定程度的量的创造性这一要求。其次,拍摄的主要目的在于身份验证或存档纪念,对其客观真实性的要求远远大于对画面美感的追求,故其构图、光影组合一般达不到、也不需要达到构成作品必需的艺术性标准,否则可能适得其反。最后,在摄影家出版的摄影作品集中,一般也不会出现证件照或合影照之类,这从反面证明了它们的非作品性。因此,纪实摄影不受著作权保护。

(2)专业摄影

专业摄影指由摄影工作室、企业或摄影家(以下统称拍摄者)出资,聘请模特,由专业摄影师通过大量摄影技巧的应用或通过大量的后期制作纯为展现视觉之美而形成的摄影,如人体摄影、广告摄影等。拍摄者的摄影造诣与创意直接决定了作品质量的高低,不同的拍摄者所完成的作品各不相同,作品凝结了作者大量的创造性智力劳动,这类作品当然构成摄影作品。同时,模特是受雇佣完成其工作,并且根据雇佣人(拍摄者)的指示完成各种动作造型,如同创作过程中的“道具”,作品主要是表达拍摄者的技巧与审美观,付出创造性智力活动的是拍摄者,该类照片著作权属于拍摄者通常无争议。

(3)委托艺术摄影

委托艺术摄影指出于个人欣赏、珍藏需要,由被摄者负担费用,委托拍摄者有偿拍摄的摄

影,如肖像艺术照、婚纱艺术照、儿童艺术照、艺人的形象宣传照等。这类摄影也凝聚了拍摄者的创造性劳动,作品的最终形成系拍摄者大量智力活动的结果,根据国家版权局《关于对影楼拍摄的照片有无著作权的答复》,应受著作权保护。这类摄影形成的相片所有权通常属于被摄者,而著作权由拍摄者享有,权利主体相分离,产生权利冲突的主要是此类摄影。

2. 新闻肖像摄影

与许可肖像摄影不同,新闻摄影通常是在未征得被摄者许可的情况下,为了新闻报道的需要而进行的摄影。新闻摄影可能会以大型集会为内容,照片上人物众多,难以分辨,而出于报道的需要,也可能会以某个被摄者为主体,致使被摄者身份特征清晰可辨,从而形成新闻肖像摄影,如正在操练中的脸庞汗珠欲滴的受阅士兵特写摄影以及曾获得“2010年度新闻摄影金镜头奖”的《挟尸要价》。优秀的新闻摄影会给读者以极大的震撼力,如中国青年报记者拍摄的后来成为希望工程形象标志的小学生苏娟娟认真听课的照片,这展示了拍摄者高明的视觉构图和绝妙的光影组合。因此,只要新闻肖像摄影具备了著作权法所要求的创作量或艺术性,就应当承认其作品性,以实现智力成果保护的最大化。新闻摄影的著作权性也为我国司法实践所承认,如我国法院就认为拍摄者享有“抗美援朝志愿军老照片”的著作权。

3. 偷拍

尽管新闻摄影通常未征得被摄者明示的同意,但根据摄影实践可以做出被摄者并不反对被拍的推定,与没有任何法律依据的偷拍完全不同。采用秘密手段偷拍的,不管其艺术性如何,因其违法性,不享有著作权^[9]。

(三)摄影作品可著作权性的判断标准

1.客观上,拍摄过程必须有作者适度的智力活动的主动参与,由此产生的作品是一系列脑力活动后形成的思维结果的外在表现,要具备最起码的艺术性或创作性含量。那些机械复制或抄袭也正是因为创作性的缺乏而被著作权制度所否定。在作品创作性的判断上,有人曾提出了作品的个性,作品表现形式的独创性和反映作者一定思想感情的判断标准^[10]。其实,要形成作品,不仅要有创作性这一质的要求,还要有最低限度的创造量这一量的要求,创造量累积到一定程度后可以实现向创作性的“质变”。这也即“创作性+创作量”标准,那些随意性拍摄就可能由于创作性含量低或根本没有而不具有创作性。当然,囿于成文法立法技术,在创作量上很难有可量化的指标或标准,但是两大法系“大都承认要有最低限度的创造性”^[11]。因此,这里所讲的“创作”,通常是指通过作者独立的构思,经过一定程度的思考成本,运用其特有的技巧和风格以及后期技术处理,产生反映作者个性化特点的作品的智力活动。反过来讲,如果任何拍摄者在同样的位置、同样的情形下都可拍摄出同样的效果,那么可以反证其创作性的缺失。

2.主观上,应有艺术创作的意思,拍摄的目的是为了形成作品,而不是为了存档记录或作为证据。如在旅游景点应他人请求为其拍摄人物风光时,即使拍摄者碰巧是位专业摄影人员,他通常都是在拍摄完毕后即将相机还给别人,过后也绝不会去索要所谓的作品著作权。因为在这种情况下,拍摄是对他人施以帮助,拍摄者的主观目的并无任何进行作品创作的意思。

3.不得具有违法性。这是合法权利产生的必要条件,不证自明。

综上,摄影≠摄影作品,只有符合著作权性特征的摄影才构成摄影作品,也才受著作权保护。其实,不单摄影作品如此,其它作品也有类似的特点。如,有学者在论及建筑作品的著作权保护时,写道:“对于那些建筑功能要求和技术指标要求都比较单一的建筑……尽管是不同的建筑师独立创作的,但如果他们无意在其作品中体现‘个性特征’,……不同的建筑师的设计成果中包含的几乎都是‘公共成分’,而体现作者个性思想的特征几近于无,因而这样的作品缺乏‘适量创作’,而不具备著作权作品的独创性,不应受到著作权法保护。”^[12]

三、委托摄影作品著作权受到相片所有权的限制

摄影作品通常以相片为其表现形式。按动快门的自然结果是形成底片和数据存储文件(针对数码摄影,以下称数码底片),普通大众不可能通过观看底片欣赏到光影之美,专业摄影师也不可能通过一个后缀为JPG的计算机文档来评判其艺术造诣,对摄影作品的欣赏必须借助于相片,因此最终要在此基础上形成相应的相片。相片是摄影这种光影艺术的物化结果和物质表现形式,是欣赏、评价摄影作品的媒介。而相片是民法上的物,当然会形成各种物权,尤其是所有权。

(一)相片所有权的分析

相片是以底片为基础,经过专门的显影、定影等技术加工而成的,底片是制作成品相片的基础,谁拥有了底片,就可以依据所有权的权能,复制制作相片。不仅如此,在摄影著作权纠纷中,权利人也通常要借助底片证明其权利的合法性,底片的重要性可见一斑。因此,应当同时将底片所有权纳入考虑范围。

在大多数情况下,底片和相片的所有权人是一致的,一般可依据合同约定、交易习惯和动产所有权归属的原则来确定。

首先,根据委托行为的法律性质和摄影行业交易习惯,通常以“最终付款人”标准来确定底片的归属。如在证件摄影、婚纱摄影中,委托人实际支付了全部费用,最终也会无争议地获得相应底片。在广告摄影、人体摄影中,通常是模特受委托完成各种造型,并由拍摄者负担了包括模特报酬在内的相关费用,因此,由拍摄者享有底片所有权符合公平的法理。如在人体模特汤加丽与摄影师纠纷案中,双方对底片所有权归摄影师所有俱无异议。

其次,可以通过合同来约定所有权。如一张婚纱艺术相片,其所有权的产生来自于影楼的加工、制作等一系列劳动。但影楼都有向顾客提供多少张相片(底片)的约定,这个约定即是表明影楼要向顾客移转相片所有权,明白无误地约定了相片所有权的归属。

以上分析表明,纪实相片和委托艺术相片及其底片的所有权属顾客所有,专业相片和新闻摄影相片及其底片的所有权属拍摄者或其代表的机构所有。

(二)相片所有权对著作权行使的限制

一件摄影作品只享有一个著作权,但这个作品可以制作成无数张相片,而每张相片都是一个所有权的客体。这样,相片就具有了双重性质,一方面它是一件独立的有形财产,另一方面又有著作权附于其上,难以分割。当摄影作品著作权主体和所有权主体相分离时,就可能产生著作权与相片所有权行使的冲突问题。为了使著作权制度的立法目的不致落空,一

般以所有权的行使受著作权的限制为原则,如作品所有权人不得以行使使用权能为由复制、发行该作品,因为这是专属于著作权人的财产权利之一。不过,即使著作权保护高度发达的美国,也通过首次销售理论赋予了合法手段获取著作权产品的所有人或其授权的任何人以不经著作权人授权而进行销售或处分的权利^[3]。这说明,著作权的行使当然也受到所有权权能的若干限制,尤其在委托创作领域。以下以实践中最易发生此类冲突的婚纱摄影为例展开分析。

委托人在合法取得底片和相片所有权后,根据所有权的权能,有对底片和相片进行使用的权利,如展示相片、复制成巨幅相片陈列在婚礼典礼场所、制作个人画册、在网上传送数码底片或发布到个人网络空间上。如其目的仅为介绍照片人物、供亲朋欣赏,而非公开发行或以牟利为目的印刷、复印等都属于在委托创作的特定目的范围内使用该作品,系所有权的正常行使,著作权人不得干涉。反之,由于顾客取得了底片所有权,使著作权人丧失了行使其财产性著作权利的物质基础,著作权的行使成为事实不能,仅存理论上的可能性。

根据著作权权利体系,权利人享有发表权、署名权、修改权和保护作品完整权等人身权利以及复制、发行、展览等财产权利。拍摄者在完成摄影后,能否行使署名权,在照片上标明系“某某影楼作品”?从交易习惯和实际情况来看,这种情况存在但并不多见,几乎很少新人愿意接受在对其具有重大主观价值的相片上署上不相关者的名字,那样会破坏相片的纪念意义和再次利用,致使拍摄婚纱照的根本目的不能实现。当然,实践中也存在有委托人不反对甚至特意在照片上印上某老字号影楼或高档影楼的字号以显示自身身份的情况,但是这种不反对或者特意恰恰从反向证明了署名的权利受到所有权人意愿的制约。

实际上,委托人取得婚纱相片后,如不满意其效果,可以或委托他人对其进行美化处理、艺术加工等二次创作,使自己的肖像更加美观。还有很多人将相片配上音乐、动画效果制作成手机微信图片,作为婚礼邀请函发给亲朋。这是否侵害了著作权人保护作品完整的权利?一般认为,保护作品完整权源自《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》第六条之二,作者“有权反对对其作品的任何有损其声誉的歪曲、割裂或其他更改,或其他损害行为”。而该条恰好赋予了非作者对作品的一般性修改或二次创作的合法性,只要这种修改未构成对作者声誉的歪曲、割裂。也即只有当歪曲、篡改作品行为对作者声誉造成损害时,作者才得行使该权利。总之,保护作品完整并不意味着对作品进行处理的绝对禁止。正常情况下,委托人不可能刻意丑化自己的肖像,从而构成对摄影作品的损害性处理。因此,著作权人保护作品完整的权利不能对抗委托人对自己相片进行美观化处理的权利。

再来看看拍摄者的发表权或修改权。前已论及,婚纱相片及其底片的所有权归属顾客,因此,拍摄者有义务将底片及其照片给付顾客。在拍摄者没有底片的情况下,拍摄者如何发表或修改作品呢?同理,摄影作品著作权人要行使诸如发行、展览、网络传播等财产性权利同样不可能,除非获得所有权人的同意与配合。这种不可能系事实上的不可能。当然,在实践中可能大量存在影楼等拍摄者将数码底片拷贝给顾客后并不删除该底片,而仍旧将之保存的情况。本文认为,复制一个数码相片存储文件,是对数码底片的使用,是数码底片所有权的权能之一,复制权应属于所有权人。影楼作为非所有权人,在未征得合法所

有权人同意的情况下,擅自复制数码底片,系对所有权的侵权行为。影楼利用不当手段获得复印件而形成的所谓“作品”,已属非法作品,借用英美诉讼法“毒树之果”理论,上述“作品”如同违法建筑一样,依法不受著作权保护。该复制不能系法律不可能,属于所有权对著作权的限制。

不仅如此,所有权人还可能抛弃其所有权,毁掉该相片甚至彻底删除数码存储文件,这样,实际上就毁掉著作权的物质表现载体,在没有其他复本留存的情况下,直接导致著作权客体消灭的实际结果。在实行著作权作品权、物同步移转的或实行版权、所有权同归委托人的新西兰等国家^[4],这样的做法无可厚非,然而在“权”、“物”分离的国家,毁损著作权唯一载体的行为是否侵害了著作权?有学者在论及美术作品著作权时强调:“为避免对所有权的自由行使构成不当的限制,一般情况下,毁损著作权所附着的物不构成侵害著作权。只是在壁画的著作权与壁画所附着的物为同一的特殊情况下,且该壁画为著名的艺术品时,对侵害人明知作者及壁画的声誉的情况下而依然故意毁损壁画,例外承认这种情况应该类推适用著作权侵权请求权。”^[1]根据该观点,除成为“著名的艺术品”的婚纱摄影作品外,委托人即使故意毁损作为作品唯一载体的底片,也属于所有权的正当行使,著作权人应承受这一限制。

以上所有权对著作权的限制可以被概括为著作权权利穷竭或权利利用尽,“作品原件的所有权中已经蕴含了一部分著作权因素,著作权人的一部分著作权在原件所有人那里已经被穷竭”^[15],故委托人对委托摄影作品正常的使用不受著作权人精神权利和财产权利的限制。当然,著作权权利穷竭的主体仅限于委托人而言,对于其他的人或机构,著作权人仍可援引著作权法保护自己的合法利益。其次,著作权权利穷竭在内容上仅限于自我欣赏、亲友留念等非盈利性目的,获得相片的人相对特定,相片流通的范围比较狭小。

四、委托摄影作品著作权受到肖像权的限制

(一)与摄影相关的肖像权分析

肖像权起码包括肖像制作权和肖像使用权两个方面。自然人对是否制作以及如何使用自己的肖像享有专有权,未经本人许可或法律授权,任何人不得制作、使用其肖像。摄影是自然人制作自己肖像的最主要方法,但正常情况下,一个人难以自己拍摄自己(特别在对拍摄质量有要求的情况下),故通常是委托他人拍照,委托的同时就授予了对方制作自己肖像的许可。前文许可肖像摄影即是在拍摄者取得了被摄者制作肖像的许可意义上而言的。

与许可肖像摄影不同,新闻肖像摄影通常是在未征得被摄者同意的情况下的拍摄,那么它是否侵犯了被摄者的肖像权?答案是否定的。

首先,新闻报道是为了满足公众知情权的需要,公众知情权体现了社会公众利益的需要,自然人肖像权在权利位阶上要让位于社会公众利益,因此,为报道时事新闻而制作和使用自然人肖像时,即使未经本人同意,也不构成对肖像权的侵害。尤其是新闻报道的主角政治家、影视明星以及运动员等公众人物,他们的肖像本身就处于公开状态。当然,对于普通人而言,公众知情权仅及于其在公共场合的行为,也即,当且仅当普通人出现在公共场合,才能对其拍

摄,当其在私人活动中或在相对隐秘的场所时,不能被偷拍,否则可能涉嫌侵犯其肖像权或隐私权。理由有二:第一,正常情况下,只有进入公共场所,这个人的行为才可能与社会公共利益发生关系,如他在家乱扔垃圾通常属于个人素质问题,而如果在公园乱扔垃圾则影响到公共环境,就可能影响到公共利益;第二,这个人知道或应当知道公共场合的行为不在隐私权的保护范围之内。在资讯发达的当代,地面有新闻记者,天空有天网监控,其行为不可避免地置于他人的注视之下,在明知这样而仍然为之的情况下,可以推定为他同意或至少并不反对被拍摄。

其次,新闻摄影旨在客观记录事件,目的不在于记录人的肖像,即使被摄者在构图中可能被置于正中,其外貌清晰可辨,摄影的主题仍然是事件本身而非人,只是通过对此人的影像的记录来表达、说明一个事件,而不在于表现被摄者的五官或形体的美丑。换句话说,被摄者仅是拍摄者借以说明事件或表达内心情感的“道具”而已。只要不是以违法或采用有违公序良俗的方法进行的拍摄,且拍摄内容是客观真实的,那么被摄者是否会因该相片受到负面评价在所不问。

(二)肖像权对著作权的限制

人像摄影以反映被摄者肖像为主要内容,而肖像受到肖像权的保护。摄影作品著作权人通常不是肖像权人本人,因此,其著作权的产生和行使都可能受到肖像权制度的限制。

首先,人像摄影作品著作权的产生除具备适量的创造性外,同时还以不侵害被摄者肖像权为条件。除新闻肖像摄影外,制作人像相片应事先获得被摄者的同意。一般来说,拍摄者和被摄者可以通过合同来解决该问题,如拍摄者可以在雇佣合同中与模特进行制作和使用其肖像的约定,婚纱摄影合同也当然包含许可制作肖像的合意。

其次,著作权的行使也不得与肖像权制度相冲突。同样以婚纱照照片为例予以说明。

第一,婚纱照照片不仅具有审美性,而且还具有隐私性。对一个心智正常的被摄者来说,他不会随随便便让自己的肖像尤其是这种意义极其特殊的肖像展示在公众视野之下,被一大群陌生人所注视并评头论足。再从权利的内容来看,肖像制作权和肖像使用权是完全不同的两个权利,这两个权利独立存在,可以把肖像制作权和肖像使用权同时许可他人使用,也可以仅将其中之一许可他人使用。因此,拍摄者获得制作被摄者肖像的许可并不等于同时也获得了使用其肖像的许可。在实践中,影楼在未得到被摄者许可的情况下陈列其相片作为广告都可能被判侵权。所以,拍摄者要出版、发行其作品或欲行使作品展览权,应当事先从被摄者处获得使用其肖像的同意。

第二,在获得被摄者对使用其肖像的同意后,还要注意使用肖像的方式方法应不得违反公序良俗。如约定在教学、科研领域使用某人体模特的肖像,而作者却将该人体摄影作品进行商业出版,同样会因超出使用范围而构成侵权(同时构成违约)。即使在约定范围内的适用,仍要注意要按照普通公众可以接受的方式、以合理的注意或按照诚实信用的要求使用肖像,极力避免被摄者肖像被丑化或其名誉被贬损的可能情况出现。

第三,著作权人也不得以保护著作权为由制作或保留其不享有所有权相片的复本。理由很简单,其一,人格利益高于财产利益。相对于财产权利,肖像权是上位权利。任何人不能被强

迫展示自己的肖像,不能因为为了要形成摄影作品而被迫展示肖像,此时,以保护作者财产权益为主旨的著作权应让位于保护人格利益的肖像权;其二,根据前文论述,在这种情况下著作权受到相(底)片所有权的较大限制,是否保留复本对著作权人并无太大意义。

可见,在著作权与肖像权的博弈中,人格权利始终高于财产权利,著作权因此受到肖像权的若干限制。司法实践中的判决结果也支持了这一理论,“凡涉及摄影作品肖像权的法律纠纷中,绝大部分的官司都以摄影师败诉而告终”^[16]。

五、结 语

综上所述,摄影的特性决定了一件摄影既可能是作者匠心独运的艺术杰作,也可能是缺乏最低创造量的对拍摄对象的机械再现。因此,应根据其所具有的艺术创造性成分来判定一个人像摄影是否构成作品。一般而言,证件照、工作照、集体合影照、部分新闻摄影等纪实性质的摄影因其可著作权性特征的缺失,不能构成著作权制度意义上的作品。著作权作为无体财产权,所有权作为有体财产权,肖像权作为人格权,在权利并存的同时,由于权利内容上的相互交叉性,在权利的行使领域必然发生相互冲突与制约。我国理论界也就该问题进行了若干探讨,但似乎始终未能化解矛盾冲突。国外立法为调和上述冲突也做出了种种制度设计,如将肖像或塑像制作的委托作品的原始版权赋予被制作人或被塑人所有,或规定在与肖像有关的作品有形物转移的同时发生版权转移,通过这种著作权与物权同步的制度最大程度降低著作权与所有权相冲突的情况。还有国家直接以著作权法对肖像作品著作权人的权利进行限制或是采用邻接权制度保护摄影作品以缩短作品保护期限^[17],以凸显被摄者肖像权的权利优先性。

上述研究显示,对于委托人像摄影作品而言,其著作权的行使要受到相片所有权以及被摄者肖像权的极大限制,在事实上和法律性质上都存在若干具体权利行使不能的权利窘境,徒有权利之名而无权利之实。同时,就委托行为的法律性质来看,委托的根本目的就在于使用该作品,如果使用委托作品这一根本目的不能实现,那么委托行为恐怕将失去存在的意义。在这个意义上,委托人“在委托创作的特定目的范围内免费使用该作品”的权利应具有优先性,这也为《最高人民法院关于审理著作权纠纷若干问题的解释》第12条所肯定。另一方面,受托人尽管受托从事摄影创作,其创作的原动力和根本目的却在于获得报酬,而且其创造性劳动最终也得到了物质回报。实践中少有影楼为维护其“署名权”、“发表权”等著作权利而与委托人对簿公堂,似乎也说明了受托人更在意的是报酬请求权。为避免无谓的著作权与所有权纠纷,参照委托摄影领域交易习惯,建议我国在未来著作权制度修改时,取消委托作品著作权属于委托人的规定,而改采“付酬人”原则来确定著作权的归属,将受托人名不副实的著作权交由委托人享有,实现委托人像摄影作品著作权、所有权和肖像权的“三权合一”,从而圆满解决这一权利冲突困境。

参考文献:

[1] 甘勇,郭玉军.论美术作品著作权之侵害的例外情形[J].国家检察官学院学报,2004(2):106-115.

- [2] 唐昭红.论美术作品著作权对美术作品原件所有权的限制[J].法商研究,2003(4):114-119.
- [3] 冯晓青.试论著作权限制之正当性[J].湘潭大学学报:哲学社会科学版,2005(5):14-21.
- [4] 刘敢生,覃兆平.美术作品著作权与原件所有权的关系[J].人民司法,2006(3):100-104.
- [5] 任燕.著作权与肖像权冲突之法律探析[J].河南省政法管理干部学院学报,2007(5):127-133.
- [6] 程啸,杨明宇.肖像权与肖像作品著作权冲突的研究[J].四川大学学报:哲学社会科学版,2000(3):111-118.
- [7] 曾璜.与报道摄影有关的法律问题[EB/OL].[2010-08-25].http://www.zjphoto.org/News/20100616/2f60bd3c-a393-44ac-91e6-69dd53a8f6dc_1.html.
- [8] 张舒予.论摄影的分类[J].电化教育研究,2007(10):18-23.
- [9] 袁勇.人像摄影作品著作权和肖像权的归属及法律保护[J].湖北美术学院学报,2002(4):75-77.
- [10] 冯晓青,冯晔.试论著作权法中作品独创性的界定[J].华东政法学院学报,1999(5):35-47.
- [11] 曹世海.广告语的知识产权法保护[J].重庆师范大学学报:哲学社会科学版,2013(5):107-112.
- [12] 荣如侠.建筑作品的著作权保护[D].内蒙古大学,2006:8.
- [13] 金春阳.著作权首次销售理论的效力边界研究[J].西北农林科技大学学报:社会科学版,2013(3):123-126.
- [14] 秦燧,郑友德.从英国和新西兰版权法看数字照片的知识产权归属[J].电子知识产权,2005(5):29-31.
- [15] 郭玉军,向在胜.论美术作品著作权与原件所有权[J].湖北美术学院学报,2010(3):71-74.
- [16] 王效海.照片拍卖中几个法律问题的辨析[EB/OL].[2010-08-25].<http://www.cpanet.cn/cms/html/laozhanshujuzixunzhongxin/zhongguosheyingshaodaodu/20070914/16807.html>.
- [17] 范方红.肖像作品著作权与肖像权的冲突初探[J].贵州民族学院学报:哲学社会科学版,2004(6):71-74.

责任编辑:梁 雁

The Copyright of Human Figures Photography and Its Restraint

MA Di^a, ZHU Jiang^b

(a. School of Humanities and Law; b. Administration Office, Sichuan Radio & TV University, Chengdu 610073, China)

Abstract: The intersectionality of right is the natural result of the civil rights diversity. In case the body of right is changed, it is easy to cause the right conflict. Given the nature of the photography is different from other works, not all the photo works certainly own the copyright. To judge if a photo should be protected with the copyright should be based on its creativity composition and meaning. As for the commissioned portrait photography works, it may contain at the same time the author's copyright ownership, work carrier ownership and portrait rights of the photographed. As the subject of copyright of the commissioned photography is often separated with the photo ownership subject, the realization of copyright becomes actually impossible. Therefore, instead of leaving theoretical significance of copyright, it is better to modify the attribution principle of copyright ownership of the commissioned works, the copyright is granted to the principal to realize the unification of the right subject of the commissioned portrait photography works and fully realize the utilization of the commissioned works.

Key words: portrait photography; copyright possibility; copyright; ownership; right of portrait