

浅谈商品化权的法律保护

●周山

【摘要】高校是高等教育的“航船”，承载着一个国家教育事业发展的重任。高等教育的良好发展将依赖于政府、市场和高校的不断完善，三者作为一个整体，相互影响，相互协调，缺一不可。

【关键词】政府 市场 高校 职能定位

名人的姓名、肖像和作品中的著名虚构角色形象家喻户晓，在公众心目中享有较高的信誉度和美誉度。一些精明的商家正是利用这一点将这些形象使用在商品上进行营利活动，即进行商品化活动。

名气可以创造财富。正是商品化活动产生的巨大利润，使得名人、著名虚构角色的创作者与商家之间的利益冲突日益加剧。这样，为使各方的利益达到平衡，在知识产权领域就出现了一种新型的权利——商品化权。

商品化权起源于角色商品化。虽然“商品化”是一个经济学或商业概念，但是“商品化”的概念对商品化权的概念具有一定的借鉴意义。1993年11月，世界知识产权组织(WIPO)国际局公布了一份关于角色商品化的研究报告。该报告将角色商品化定义为：“为了满足特定顾客的需求，使顾客基于与角色的亲和力而购进这类商品，或要求这类服务，通过虚构角色的创作者或者自然人以及一个或多个合法的第三人

在不同的商品或服务上加工或主要利用该角色的实质人格特征（例如某个人的姓名、肖像、扮演形象以及声音等）”。

笔者认为，给出商品化权的概念，应当全面地考虑商品化权的起源、主体、内容、对象和性质以及该权利的外延。在分析和综合各方学术观点的基础上，笔者给出如下的商品化权的概念：商品化权是指将能够创造大众需求和商业信誉的著名的真实人物的姓名、肖像、声音、作品中的著名的虚构角色的名称、形象、著名的作品标题或片段以及公众熟知的标志、符号等进行商业性使用的无形财产权。

一、商品化权的起源和发展

商品化权起源于美国的卡通角色的商品化。米老鼠、唐老鸭、白雪公主等是美国沃尔特迪斯尼公司在20世纪初创作的家喻户晓的卡通形象。20世纪30年代，该公司的一个名叫 Kay Kamen 的职员成立了一个专门从事卡通形象“再利用”(second exploitation)的部门，

作者简介：周山，中共党员，先后毕业于辽宁师范大学和首都经济贸易大学，法学硕士，讲师，曾在北京前进大学、北京美国英语语言学院、中国信息大学、北京财经学院、北京黄浦大学、北京文理学院、北京民族大学、现代管理大学等高等院校任教。

授予那些生产小件商品(如T恤衫、玩具、纽扣等)的商家利用这些卡通形象的许可证。这一商业行为大获成功,给迪斯尼公司带来了可观的经济效益。商品化活动从此迅速发展起来。到了20世纪50年代,娱乐界、体育界、政界的各类社会名人开始授权许可他人在服装、饰物等商品广告上使用自己的名字和肖像。商品化活动的范围和影响越来越大。

为了使商品化活动中的当事人的利益得到平衡,美国出现了保护虚构角色的“角色权”(rights in characters)和保护真实人物的“公开权”(right of publicity)。美国司法实务界的“综合说”则通过判例将角色商品化分为四种,即:(1)卡通人物的商品化;(2)文学作品人物的商品化;(3)电影作品人物的商品化;(4)真人形象的商品化。其中卡通人物受版权保护,文学作品人物在符合一定标准的情况下也受版权保护,电影作品人物区别具体情况受著作权或“公开权”保护,真人形象则受“公开权”保护。

最早使用“商品化权”这一称谓的国家是日本。20世纪60年代,日本司法与学说将该权利概念从英美法引入并直译为“商品化权”(merchandising right)。日本学者对角色的范围作了扩张性解释,认为商品化的角色主要有三种:(1)漫画和动画片中的出场人物等靠视觉表现出来的臆想角色(Fanciful Character);(2)小说故事中依文字、语言表现出来的虚构角色(Fictional Character);(3)真实人物(Personality)。对于发生的商品化权纠纷,日本仍只是通过法院区别不同“角色”(真实人物、臆想角色和虚构角色),依据姓名肖像权和著作权分别加以保护。

二、商品化权的保护对象

1. 商品化权的对象的特征

从商品化权的概念可以看出,商品化权的对象具有广泛性和著名性的特征。

(1) 商品化权的对象具有广泛性

商品化对象的多样性决定了商品化权的对象的广泛性。随着社会经济的发展,商品化活动规模越来越大,范围也越来越广。商品化的对象已经从最初的卡

通角色,扩展到文学作品、影视作品中的虚构角色和真人形象、真实人物的姓名、肖像、照片、影视剧照、声音、签名、口头禅、作品的标题和片段、标志、符号、数字等等。围绕着这些商品化权的对象产生的纠纷不断出现。1988年,美国联邦第九巡回上诉法院判决Bette Midler v. Ford Motor Co.案的原告著名歌手Midler胜诉。福特汽车公司及其广告代理公司雇了一位歌手故意模仿原告Midler的嗓音和演唱风格演唱了广告歌曲“Do you want to dance”,原告向法院提起诉讼,要求对其声音进行保护。Midler最终获得40万美元的损害赔偿金。可见,真实人物的声音也可以成为受商品化权保护的主体。

(2) 商品化权的对象具有著名性

在特定(或相关)顾客的心目中,著名的真实人物、文学和影视作品中的著名的虚构人物等,享有较高的知名度和较强的亲和力。它们的形象被使用在商品上,会在顾客的头脑中产生联想,进而产生消费需求。因此,商品化权的对象具有著名性,只有名人(如鲁迅、姚明、戴安娜王妃、乔丹)的姓名、肖像、众所周知的作品中的虚构角色(如孙悟空、米老鼠、“三毛”、哈利·波特)、家喻户晓的作品标题(如《刘老根》)、广为人知的标志(如奥运会的“五环”标志)等才能成为商品化权的对象。

2. 商品化权体现着其保护对象的商业信誉

著名的真实人物的姓名、肖像、声音、作品中的著名的虚构角色的名称、形象、著名的作品标题或片段以及公众熟知的标志、符号等因其自身的知名度和影响力而获得公众的认可和好评,这种公正的社会评价就是信誉。社会公众在商品上、服务上或广告宣传上看到这些形象、名称、标题、标志、符号等,就会认为该商品和服务同样是有信誉的,并且认为产品的生产者和服务的提供者也是有信誉的,进而产生消费需求和购买行为。此时,这种信誉就会转化成商业信誉。而商业信誉也正是由这些载体表现出来的。

三、商品化权的主体

商品化权的主体是享有商品化权的权利人,包括

自然人、法人和其他社会组织。商品化权的主体可以有如下两种划分方法：

一是根据商品化权的取得方式，分为原始主体和继受主体。

商品化权的原始主体，大体包括：（1）著名人物本人。如我国前体操运动员李宁、篮球明星乔丹、姚明、喜剧演员赵本山等。（2）著名的虚构角色所属作品的作者。如“哈利·波特”系列小说的作者英国女作家 J.K. 罗琳。（3）著名的作品标题、片段所属作品的作者。如电视剧本《刘老根》的标题“刘老根”的商品化权的主体是电视剧本《刘老根》的作者。（4）众所周知的标志、符号的所有权人。如奥运会的“五环”标志归属于国际奥林匹克委员会这个体育组织。

商品化权的继受主体按取得商品化权的方式大体包括：（1）通过许可方式取得商品化权的继受主体。如姚明与百事可乐公司签约，许可该公司使用他的肖像。则百事可乐公司成为名人商品化权的继受主体。

（2）通过转让方式取得商品化权的继受主体。如女作家 J.K. 罗琳在 1998 年与美国在线—时代华纳旗下的华纳兄弟电影公司签下合约，以 50 万美元的代价将《哈利·波特》的电影改编权、专利使用权和商品化权 (merchandising rights) 授予了这家公司。则该电影公司成为“哈利·波特”这一著名虚构角色商品化权的继受主体。（3）通过继承方式取得商品化权的继受主体。如著名虚构漫画形象“三毛”的作者张乐平去世后，其商品化权应当由其直系亲属继承。张乐平的直系亲属即成为“三毛”这一著名虚构角色商品化权的继受主体。

二是根据商品化权的不同对象，可分为：（1）著名的真实人物形象的商品化权主体；（2）著名虚构角色形象的商品化权主体；（3）著名的作品标题、片段的商品化权主体；（4）公众熟知的标志、符号等的商品化权主体等。

四、商品化权的内容

商品化权是一种新型的财产权，它的内容包括：

1. 专有使用权。商品化权主体可以将能够创

造商业信誉的各类商品化权对象用于自己开发、生产的商品或者自己提供的服务上获得利润。如前述的著名体操运动员李宁将其姓名用作自己公司生产的名牌服装的商标。

2. 许可使用权。商品化权主体可以通过许可合同许可他人对商品化权对象进行商业开发和利用而获得由被许可人支付给自己的许可使用费。

3. 转让权。商品化权主体可以将商品化权转让给他人而获得由受让人支付的转让费。如前述女作家 J.K. 罗琳将其小说《哈利·波特》中的商品化权转让给美国的一家电影公司。

4. 禁止权。商品化权主体有权禁止他人未经许可而擅自将自己享有的商品化权对象进行商业利用。

5. 损害赔偿请求权。当商品化权受到侵害时，商品化权主体有权向法院起诉，请求法院判令侵权人赔偿损失。

在上述商品化权的权能中，专有使用权、许可使用权和转让权属于积极权能，禁止权和损害赔偿请求权属于消极权能。

在商品化权的积极权能中，专有使用权的实现受到一定的限制，因为并非每一个商品化权的原始主体都愿意投身于商业领域或者都有对商品化权对象进行商业开发的经济实力。这样，许可使用权和转让权就成为大多数商品化权主体实现商品化权的主要途径。例如，正像出版商取得许可出版图书获利一样（当然出版商也可以取得商品化权许可），商品化权的被许可人在某些商品上使用文学作品中的著名的虚构角色形象或作品的标题会获取经济利益，这些著名的角色形象或作品标题会增加这些商品对消费者的吸引力并能起到区别市场上的其他商品的作用。很明显，带有“哈利·波特” (Harry Potter) 形象的儿童服装要比普通的儿童服装销量大。

在商品化权的消极权能中，禁止权和损害赔偿请求权均为商品化权受到侵害时权利主体获得救济的权利。美国影片《蜘蛛侠》全球的票房总收入高达 8.21 亿美元，加上 DVD 销售，合计总收入超过了 13 亿美元。

在今年发生在美国的一起与该影片有关的商品化权纠纷中,商品化权人就行使了这两项权能。

五、商品化权的性质

笔者认为,应当将商品化权纳入知识产权的保护范围。

一方面,从国际公约和组织对知识产权保护范围的规定,可以推出商品化权属于知识产权。1967年《成立世界知识产权组织公约》将“知识产权”的范围界定为8个方面,即关于文学、艺术和科学作品的权利;关于表演艺术家的演出、录音和广播的权利;关于人们在一切活动领域的发明的权利;科学发现;关于外观设计的权利;关于商品商标、服务商厂商名称和标记的权利;关于制止不正当竞争的权利;以及在工业、科学、文学或艺术领域内其他一切来自知识活动的权利。商品化权可以归属于“在工业领域里来自知识活动的权利”。“国际保护工业产权协会”(AIPPI)1992年4月在《东京大会报告》中按知识产权的特性,将之划分为“创造性成果”和“识别性标记权”,其中后者涉及商标权、商号权、地理标记及反不正当竞争法中涉及到的有关识别性标记的权利。识别性标识的范围可以拓展到:(1)商业标识(a business identifier);(2)商业包装(trade dress);(3)名人和著名虚构人物。其中名人和著名虚构人物被划入“识别性标识”的范围,是因为在特定顾客心目中,他们享有较高的名望和紧密的亲合力。企业利用这些名人和著名的虚构人物进行广告宣传,可提升企业及其产品的知名度和信任度,增强顾客的吸引力,形成名人、著名虚构人物与特定企业及其产品的关联性。而未经许可擅自使用,则有可能导致混淆和淡化。世界知识产权组织(WIPO)国际局1996年在《关于反不正当竞争保护的示范规定》中,亦规定名人或著名虚构人物“尤其可能被造成混淆”,并规定损害或可能损害名人或著名虚构人物带有的商誉或名声的行为或做法,无论是否造成混淆,均构成不正当竞争。由此可见,以名人、著名虚构人物等识别性标记为对象进行商业开发和利用产生的商品化权,应当纳入知识产权的范围。

另一方面,商品化权具备知识产权所共有的如下特征:

1. 商品化权是无形财产权。商品化权的对象所承载的商业信誉能够给权利人带来经济利益,其本身就是无形财产。对象的非物质性是知识产权的本质属性。商品化权的对象所创造的商业信誉是无形的,因此商品化权是知识产权。另外,商品化权对象所创造的商业信誉也是主体的智力成果。名人和著名虚构角色的创作者在成功的过程中,都必须经过大量的体力和脑力劳动。名人们应当有权控制对他们的自身的信誉的利用,因为通过他们的辛勤劳动和聪明才智创造的商业信誉是带有他们的姓名和肖像的商品销路好的根本原因。

2. 商品化权是专有权。从前文商品化权的内容看,商品化权是权利主体享有的一种专有使用权,具有独占性和排他性。他人未经许可或授权或转让,无权享有和行使该权利。

3. 商品化权具有时间性。知识产权是有时间限制的,它在法律规定的期限内受到保护。超过了受保护的期限,相关的智力成果就进入公有领域,为全社会共同享有。关于商品化权保护的期限,在我国存在着不同的观点。一种观点认为,商品化权的保护期限以权利人终生及死后50年为宜。另有观点认为,角色商品化权的保护期以创造者有生之年加死亡后10年为好。

在这两种观点中,笔者倾向于第一种观点。第一种观点参照了我国《著作权法》规定的著作权保护期限,可以为商品化权提供较长期的保护。但该观点只提及商品化权的主体是自然人的情形,而未提及商品化权的主体是法人或其他组织的情形。笔者认为,应根据商品化权的对象和主体的不同并参照著作权的保护期限而分别做出如下规定:(1)对基于作品中的虚构角色及作品标题产生的商品化权,若商品化权的主体是自然人,则其保护期限为自然人终生加死亡后50年,若商品化权的主体是法人或其他组织,则其保护期限为作品发表后50年。(2)对著名的真实人物



的商品化权，其保护期限应为该名人的终生加死亡后 50 年。

4. 商品化权是域内法权，即商品化权具有地域性。按照一国法律获得承认和保护的商品化权，只能在该国发生法律效力。例如，歌星 Elvis Presley（被歌迷称为“猫王”）的姓名被商业利用，在美国可以获得属于商品化权的“公开权”（right of publicity）的保护，但在英国则因没有相关立法或判例而受到挫折。

笔者认为，无论是版权（著作权）法、商标法、

专利法、反不正当竞争法，还是人格权法，对商品化权的保护都是有限的，只有对商品化权进行专门的立法，才能对其提供充分的保护。知识产权制度的目的是激发智力成果的创造人的积极性、主动性和创造性，进而推动全社会的经济、文化事业的进步。只有在法律上赋予商品化权所有人对自己的智力成果占有、使用、收益和处分的权利，才能有效地打击侵权行为，才能避免挫伤权利人的积极性，才能保障我国经济、文化事业的健康和持续的发展。

参考文献

- [1] 梁慧星著《民法总论》，法律出版社，1996年8月第1版
- [2] 朱川，“商品化权研究”，载《复旦民商法学评论》，总第1期，法律出版社，2002年3月第1版
- [3] 郭玉军、甘勇，“论角色商品化权之法律性质”，载《知识产权》，2000年第6期
- [4] 郑成思著《知识产权论》，法律出版社，1998年版
- [5] 杜颖，“论商品化权”，载梁慧星主编，《民商法论丛》第13卷，法律出版社，2000年版
- [6] 郑成思，“商品化权台议”，载《中华商标》，1996年第2期
- [7] 何英、焦洪涛，“关于角色商品化权法律保护的思考”，载《华中理工大学学报》，2000年第2期
- [8] 刘春田主编《知识产权法》，中国人民大学出版社，2000年3月第1版
- [9] 黄晖著《驰名商标和著名商标的法律保护》，法律出版社，2001年5月第1版