

角色促销:商品化权的另一种诠释

刘银良^{**}

【内容摘要】 我国知识产权法学界对“商品化”的概念界定是一种误译。“角色商品化”和“商品化权”分别是对英文“character merchandising”和“merchandising right”的误译,它们的本意仅是“角色促销”和“利用角色进行促销的权利”。“商品化权”的设置没有必要,也不需要专门立法;取而代之,我国只需适当地延伸我国现有知识产权法和人格权保护法即可。研究者应深入、正确理解世界范围内的相关立法和实践活动,避免夸大相关问题的严重性,从而避免我国立法实践中的弯路。

【关键词】 商品化 商品化权 角色 角色促销

在我国民法学界和知识产权法学界,“商品化权”(merchandising right)也被称为“形象权”。从 20 世纪 80 年代末至今约 20 年来,我国知识产权法学者和民法学者对商品化权给予了很多讨论,发表的论文已有几十篇,讨论的主题涉及商品化权的主体、客体、内容、性质、归属和限制等,也已提出立法建议,俨然是商品化权立法的前奏。不过本文要主张的是,学者们辛苦构建的“商品化权”理论大厦在很大程度上并没有牢固的法理基础。之所以如此说,是因为从日本人把“merchandising”译为“商品化”就出现了误解。不幸的是,这种被误解的概念引进中国后却一帆风顺,以至终成“虚构权利”的典型。本文希望纠正对“商品化”和“商品化权”的误解,达到探究相关问题的目的。

一、从“商品化”到“角色促销”:被关注的到底是什么

* 作者单位:中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所。

参见郑成思:《商品化权刍议》,《中华商标》1996 年第 2 期;吴汉东:《形象的商品化与商品化的形象权》,《法学》2004 年第 10 期。也有学者把美国的“right of publicity”译为“形象权”。参见李明德:《美国形象权法研究》,《环球法律评论》2003 年冬季号。本文把前者称为“广义形象权”,把后者即仅对应着美国的“right of publicity”的形象权称为“狭义形象权”。

除上注列举的论文外,较有代表性的论文还包括(按发表时间新旧排序):杨立新、林旭霞:《论人格标识商品化权及其民法保护》,《福建师范大学学报》(哲学社会科学版)2006 年第 1 期;赵凤梅、姜新东:《形象权的哲学思考》,《云南社会科学》2004 年第 4 期;程合红:《商事人格权——人格权的商业利用和保护》,《政法论坛》2000 年第 5 期;刘春霖:《商品化权论》,《西北大学学报》(哲学社会科学版)1999 年第 4 期;孙美兰、孔丁英:《“奥特曼”纠纷案引发的思考——论对商品化权的保护》,《法学》1999 年第 7 期。

1. 为何说“商品化”概念是一个误解

“商品化”的概念最初是日本人从英文“merchandising”翻译而来。按《美国传统辞典》(American Heritage Dictionary)的解释,“merchandising”的含义是“(商品)促销”,即“促进商品销售,例如通过协调生产、销售以及利用广告、展览和销售策略的方式。”本概念的中心词是“merchandise”,有“商品”、“买卖(商品)”和“促销(商品)”三层含义。显然,意指“促销”的“merchandising”来自“merchandise”的第三含义。商品(或服务,下同)促销是商业活动中的一项重要内容,本意是指通过商业活动把相关商品推销出去,而非把某些商品或服务“商品化”,也非把相应活动或用于促销的手段“商品化”。例如美国营销协会(American Marketing Association)就把“促销”解释为,在适当时间和适当地点,以适当价格把适当数量的适当商品营销给适当顾客的计划。因此即使仅从字面上看,把“merchandising”译为“商品化”也有较大出入。

那么从“商品化”的真正含义来理解又如何呢?这就涉及另一个重要概念“角色商品化”。本概念对应的英文是“character merchandising”。根据世界知识产权组织(WIPO)于1994年出具的专门报告Character Merchandising的解释,本概念意指权利人(或被许可人,下同)与商品相联系地使用角色的必要人格特征,利用角色对消费者的吸引力,使潜在消费者产生购买商品的愿望。显然这是指利用角色的吸引力向消费者促销商品,是一种促销商品行为,而不是把使用的角色商品化。换句话说,商家销售的不是角色或其特征,而是角色或其特征附于其上的商品,这些商品通常是玩具、T恤衫、咖啡杯、软饮料等价格便宜的小商品,例如把名模辛迪·克劳馥的肖像印在化妆品上,把姚明的形象印在可口可乐饮料瓶上,把唐老鸭的形象印在咖啡杯上。这时商家真正销售给顾客的是化妆品、饮料或咖啡杯,而不是克劳馥、姚明的肖像或唐老鸭的形象。这些肖像或形象只是促销商品的一种工具或手段,它们本身并不是商品,并没有被“商品化”。

一个法国案例可以帮助理解该现象的本质。在本案中,一个超市在宣传自己时使用了一幅照片,照片中有一个近裸的男士、女士和一个猴子在购物。这似乎是在模仿《人猿泰山》中的形象。《人猿泰山》的作者E. R. Burroughs的继承人以侵犯版权为由起诉超市,超市则辩称对文字作品的版权保护不延及对其中角色的视觉表现。但法院认为这种使用涉及人猿泰山形象的版权保护,应事先征得版权人授权,因此支持了原告诉求。在本案中,超市借用人猿泰山的形象,只是在宣传和促销自己的服务,哪里需要把人猿泰山的形象“商品化”?

因此,无论是从字面理解,还是结合角色考虑,“商品化”或“角色商品化”都很难说是准确的概念。日本人如此翻译,显然是出于对“merchandising”和“character merchandising”的误解。

取而代之,本文认为,无论是结合字典的字面解释,还是结合WIPO对利用角色进行促销的定义,“merchandising”和“character merchandising”都最好译为“促销”和“角色促销”。只有这样才真正回归概念的本义,才能正确解读所谓的“商品化权”。

2. “角色”和“角色促销”

角色促销中的角色(character)其实就是被广泛讨论的“商品化权”的客体,虽然有的研究者把

参见[日]荻原 有里:《日本法律对商业形象权的保护》,《知识产权》2003年第5期。

在英文中,表达“商品化”或“商业化”的概念应是“commercialized”。See WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, p. 9.

See WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, p. 6.

See WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, p. 6.

See WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, Annex I, pp. 5 - 6.

“商品化权”的客体理解为角色的信誉。角色之所以能够帮助完成促销,完全在于角色对消费者的吸引力,例如一个人可能因为喜欢唐老鸭的形象而购买一个咖啡杯。这时他的决定并不依赖唐老鸭的“信誉”作出,事实上他也无从依赖,因为作为文学或艺术角色的唐老鸭本身难有商业信誉可言。另一方面,即使某些角色可能具有信誉,但促销却未必是依赖其信誉完成。例如一个人可能喜欢张曼玉,但当他购买由张曼玉代言的首饰时,则未必是张曼玉的信誉影响他作出购买决定,因为作为一个理性人他应该知道张曼玉是否真正喜欢该首饰和自己是否应该购买该首饰是没有关系的,即使他真心喜欢并信赖张曼玉的电影或为人。这时帮助完成商品促销的,与其说是张曼玉的信誉,毋宁说是张曼玉的形象。把“李宁”作为商标放在运动服上是同样道理:人们购买“李宁牌”运动服并不仅是信赖李宁本人的信誉,而在更大程度上是信赖“李宁”的品牌。因此,把角色的信誉作为“商品化权”的客体,要么是高估了角色的信誉,要么是低估了消费者的判断力,因为用于促销的角色要么无信誉可言,要么仅凭信誉不足于完成促销。

WIPO 报告把经常用于促销的角色分为虚拟角色和真实人物两类。虚拟角色既包括文学和艺术作品中的人物或动物角色,如 007 詹姆斯·邦德、蝙蝠侠、米老鼠和唐老鸭,也包括为广告或宣传目的创作出的角色,如奥运会吉祥物等(它们也可能构成版权法上的作品)。通过改编,虚拟角色可以不同作品形式得到表现,如文字作品中的匹诺曹和 007 可分别转化为电影作品中的匹诺曹和 007,漫画作品中的蝙蝠侠也可转化为电影作品中的蝙蝠侠。另一类角色是真实人物,他们可以是影视、体育或政治明星,也可以是普通人物。无论是虚拟角色还是真实人物,被用于商品促销的多是容易被公众认知的实质人格特征,如角色的名称(姓名)、形象、肖像和声音等。

WIPO 报告把角色促销分为三类,分别是虚拟角色促销、人格促销和形象促销。前两者分别是利用虚拟角色和真实人物的人格特征进行促销,第三种形象促销(image merchandising)或称影视形象促销是介于前两者之间的一种形式,这时影视中的虚拟角色和演员可能合而为一,如 007 和其扮演者皮尔斯·布鲁斯南,当布鲁斯南的形象被用于商品促销时,人们也许就联想到 007 詹姆斯·邦德。可见这三类促销涉及到的角色仍基本是虚拟角色和真实人物两种。

在把真实人物用于促销的情形下,应注意人格促销和人格认可(personality endorsement)的区别。判断标准就是要看消费者是否相信用于促销商品的人物是否认可或支持了促销商品。例如,把戴安娜王妃的形象用于盘子上,没有人会相信戴安娜会认可这些产品,人们购买它在很大程度上是因为喜欢戴妃的形象,这就是人格促销。但是如果把迈克尔·乔丹的形象用于篮球,因为他是本领域的杰出人物,这时消费者可能会在较大程度上相信他认可或支持了该商品,因此可能更为信赖该商品的品质,这也许就应理解为人格认可。只有这时才会有角色的信誉在消费者购买行为中起到一定作用,这也许是为为什么一些研究者会认为信誉是“商品化权”客体的原因。本文认为,可把人格认可理解为人格促销的一种:当角色促销应用的人物是本领域知名人物时,

参见刘春霖:《商品化权论》,《西北大学学报》(哲学社会科学版)1999年第4期;杨素娟、杜颖:《商品化权议》,《河北法学》1998年第1期。

有研究者认为完整的虚构角色形象应是由个性特征、情节和反应构成的整体,因此美术作品或实用艺术作品中的虚构角色因不满足这些条件而不能得到保护。这种观点显然与WIPO报告不一致。参见吴汉东:《形象的商品化与商品化的形象权》,《法学》2004年第10期。

See WIPO, Character Merchandising, WO/INF/108, December 1994, pp. 4 - 5.

See WIPO, Character Merchandising, WO/INF/108, December 1994, pp. 8 - 10.

See Lien Verbauwheide, Savvy Marketing: Merchandising of Intellectual Property Rights, at <http://www.wipo.int/sme/en/documents/merchandising.htm> (visiting on June 16, 2006).

其信誉可能在促销活动中具有一定作用,这样就可能在人格认可的基础上完成了人格促销。应注意此时用于促销的仍属角色,角色的信誉只是角色的一个内在有利条件,它可能帮助角色完成了促销。

除 WIPO 报告提及的虚拟角色和真实人物之外,在现实中还有利用社会事件或机构名称等促销行为。例如,北京奥委会可把“北京 2008 奥运会”连同其吉祥物等用于宣传,或把它们许可给商家使用,收取许可费;在机构方面,美国加州大学洛杉矶分校就把其缩写“UCLA”许可他人用于商品促销,甚至纽约市警察局也试图把其缩写“NYPD”注册为商标以便许可他人使用收取许可费。这时,相应的行为已基本落入商标及其许可范畴,本文在此不过多涉及。

综上,角色促销涉及到的角色主要有虚拟角色和真实人物两种。当它们被用于促销产品或服务时就构成角色促销,在此过程中并不需要角色的“商品化”。

3. “商品化权”有无逻辑基础

与“商品化”相对应,英文“merchandising right”在日本被译为“商品化权”。鉴于“商品化”并非一个准确概念,不能准确描述角色促销行为,与之相对应,“商品化权”也就难以作为一个恰当术语。为方便讨论,本文暂时称之为“(角色)促销权”。接下来的问题是,是否需要一种专门的促销权来保护角色促销?

答案似乎简单明了,因为这就像问这样的问题:如果你有一辆汽车,那么是否需要设置专门的(汽车)运输权来保护你利用汽车运输货物?显然,在如下两个前提条件下,即(1)你合法拥有这辆汽车的所有权或使用权和(2)你运输的货物或运输行为本身合法,那么你就可随意使用汽车运输货物而根本不用要求设置运输权。可把此逻辑抽象为:假如你合法拥有 A 的所有权或使用权,且 B 行为合法,那么你就可自由地利用 A 为 B 而不用要求设置专门的权利。此逻辑可推广到很多满足 A 和 B 条件的行为上:无论 A 是有形财产还是无形财产,也无论 B 是运输行为还是促销行为。

因此,逻辑的推论是:如果你合法拥有一个角色的所有权或使用权,且你的促销行为合法,那么你就可自由地使用该角色促销你的商品或服务,而不用要求专门的“角色促销权”。如果希望逻辑更简单一些,也可假定促销的商品、服务以及促销本身都是合法的(对其合法与否的判断基本属其他法律的管辖范围,本文这样处理并不会产生疏漏),那么只需满足一个条件即可,即你合法拥有角色的所有权或使用权。此条件既能保证你自由使用角色进行促销,也能防止他人利用同样的或近似的角色进行促销,以防止可能混淆消费者。

问题又回归到角色本身:如果现有法律能够保护角色,赋予权利人对角色的所有权,那么就能够保护角色促销,就无需设置专门的角色促销权或“商品化权”。本文现在考察如何利用知识产权法和人格权法保护角色和角色促销,以进一步论证角色促销权的必要性。

二、现有法律制度如何保护角色

依据 WIPO 报告,还没有一个国家设有保护角色或角色促销的专门法律,也没有专门的国际

See Stacey L. Dogan and Mark A. Lemley, *The Merchandising Right: Fragile Theory or Fait Accompli?*, 54 EMORY L.J. 461 (2005), at 461 - 462.

参见杨素娟、杜颖:《商品化权议》,《河北法学》1998年第1期;[日]荻原 有里:《日本法律对商业形象权的保护》,《知识产权》2003年第5期。

条约。这并非意味着角色促销在很多国家都不能得到保护。恰恰相反,虽然没有专门的角色促销保护法,但只要一个国家的法律可以保护权利人合法占有角色就已足够。因此,问题转化为考察一个国家的法律能否保护权利人对角色的占有。一般而言,针对虚拟角色和真实人物,能够为它们提供保护的權利主要有版权、外观设计(专利权)、商标权、反不正当竞争的权利、人格权和公开权等。以下主要依据 WIPO 报告予以阐述。

1. 版权

与文学艺术作品保护关系最为密切的就是版权。版权保护作品的表达,与角色相关的作品主要包括文学作品、美术作品和视听作品(包括摄影作品、电影作品及其静止画面)等。商品促销一般应用角色的名称、形象、外表等特征,那么角色及其特征能否得到版权保护就是关键。利用版权保护真实人物的可能性较少,涉及的作品也主要是摄影作品。

对文学作品中的角色而言,它们能否受到独立于作品的版权保护要看一个国家版权法的具体规定。在澳大利亚、印度、日本和英国,角色名称一般不能得到版权保护,但如果对角色的描述(包括名称)可构成角色特点的实质部分,也可能受到保护。在德国,即使文学角色在脱离作品的情况下尚未达到独创程度也能受版权保护,但保护却不能延及角色名称,因为一般认为角色名称不具足够创造性,或者角色或作品名称仅是用来指示作品或描述内容。在法国,如果文学角色具有足够的原创性,并且在作品之外能够为公众认识,那么该角色及其名称(也可能是作品名称)就能获得版权保护,反之则不能。例如法国商标局就曾撤销申请注册的“Tarzan”(《人猿泰山》中的角色)商标。在美国和加拿大,如果角色被认为已得到足够清楚的描述,已获得显著性和名声,公众能够在作品之外认识它们,那么这些角色(连同其名称)就可能获得版权保护。据此,文学作品中的角色要获得版权保护就要有足够的创造性,并且可独立于作品为公众所认识,或者已在公众中获得显著性的名声。

一般地,无论是原创作品还是改编作品,如果能满足版权保护条件,绘画和漫画中的角色可获得独立于作品的版权保护;连环漫画和动画电影中角色的每一个原创性动作或姿态也能获得版权保护;雕塑和玩偶等三维角色也可获得独立于作品的保护。视听作品不仅整部作品可受保护,其中的单个虚拟角色在有的国家也可获得版权保护,并且保护甚至可延伸至角色的服装和装饰。但是对于影视作品中单独镜头能否获得保护有不同规定:在美国它是作为摄影作品受保护,在英国它是作为电影作品受保护,而在澳大利亚(1968年版权法,1986年修订)则既不是电影作品也是摄影作品。在实践中,在判断他人使用角色是否构成侵权时,需详细比较被诉侵权角色和原角色是否构成实质相似。一般地,把纯文学角色的特征用图画表现出来就难以被认定为侵权。

可见,对角色的版权保护情形较为复杂,各个国家的版权法规定并不一致。相比较而言,法国对角色的保护程度更高一些。

2. 外观设计

将虚拟角色或真实人物的形象用于外观设计时就可能涉及外观设计(专利权)。用于外观设计的虚拟角色主要有卡通角色,涉及的产品主要有文具、玩具、洋娃娃或产品包装等。应用于外

See WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, p. 13.

See WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, p. 17.

See WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, Annex I, pp. 3 - 6.

观设计的真实人物形象主要是影视或体育明星等。

外观设计在很多国家可注册取得,不经过实质审查,但也有一些国家进行实质审查,要求满足新颖性或原创性,如德、美、加拿大、澳大利亚和英国等,但规定并不一致。在澳大利亚,如果角色仅在报刊中公开而没有在工业中应用就不破坏新颖性,但在英国就可能破坏外观设计的新颖性使之不能注册。在美国,外观设计专利需要满足与实用专利类似的新颖性或原创性条件。如果外观设计注册不经过实质性审查,就可能在授权后或在侵权纠纷中面临被宣告无效的命运,造成权利不稳定。在我国,外观设计可申请专利,除需满足美感要求外,还需满足新颖性,外观设计专利不经过实质审查就授权,也有权利相对不稳定的问题。

应用外观设计权保护角色有几个问题需要明确。首先,外观设计权保护范围相对较窄,一般仅禁止他人在相同或相似商品上使用相同或近似的外观设计,如在美国,仅在相同商品上使用实质相同的外观设计才构成侵权;在英国,侵权判断标准是被诉设计和原外观设计没有实质差别;在法国和德国,保护范围较大,包括禁止他人在不相关产品上使用相同或近似的外观设计。其次,外观设计保护期较短,在绝大多数国家仅为10~20年,只有法国是50年。我国对外观设计专利权的保护范围也基本限于同类商品使用的相同外观设计。再次,外观设计保护与版权等权利可能有竞合甚至冲突,可能造成排除版权保护的情形。因为有的国家规定,如果角色的形象已用于工业品外观设计,它就不能再获得版权保护,但在法、德、澳大利亚和美国等则一般不受限制,在一定条件下可同时获得版权和外观设计权保护。我国对同一件作品也可既授予外观设计专利权又赋予其版权。最后,在外观设计中应用的虚拟角色或真实人物一般都先有版权或人格权保护,因此在申请人或注册人申请或注册外观设计权之前需先征得版权或人格权所有人的许可,这可能在一定程度上制约了外观设计权的适用。

但无论如何,如果角色能够受到外观设计权的保护,使用含有该角色的外观设计的促销都应受到该权利的制约,都要事先经过权利人许可。

3. 商标

无论是虚拟角色的名称或形象,还是真实人物的名字、签名、形象或肖像,都可注册为商标受到保护,其中虚拟角色如唐老鸭和米老鼠、真实人物如李宁和姚明。应注意,商标权保护的并非角色本身,而是角色在与商品共同使用时的化身即商标。并且就同一角色权利人可同时拥有商标权和版权。

利用商标保护角色有几个限制。首先,角色注册为商标需有显著性,对于这点虚拟角色和真实人物形象一般都能满足,但角色名称则未必能够;其次,角色注册为商标后必须使用,否则超过一段时间就可能被撤销;再次,商标注册或商标权的行使需受在先权利的限制;最后,商标的使用还要受功能原则的限制。所谓“功能原则”是指,在商标制度的两大基本目标即避免消费者混淆和保护经营者正当竞争之外,商标权人没有足够理由要求独占性地拥有一个商标,如果角色还有

See WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, p. 18, Annex I, pp. 6 - 7.

参见我国《专利法》第23、40条。

See WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, p. 18, Annex I, pp. 7 - 8.

《专利法》第56条第2款。

See WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, Annex I, pp. 1 - 2.

See WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, pp. 19 - 22.

See WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, pp. 19 - 22.

其他功能,如美观功能,则权利人就角色所拥有的商标权并不能排除他人在非商标意义上的使用。此外,和外观设计一样,注册商标使用的角色也多有其他权利如版权或人格权在先,如要注册为商标就需首先取得权利人许可。

综上可知,在同一个角色之上可有多种权利叠加或竞合。如在一个卡通角色之上,就可有版权、外观设计权和商标权存在;对于真实人物的肖像而言,也可有肖像权、商标权和外观设计权的重合。只要权利取得是合法的,而且权利竞合不为法律所禁止,则权利就可同时存在为角色提供保护,不会引起法律冲突。当然也有保护不完全的情形,如虚拟角色或真实人物的名称(姓名)并不总能得到完全保护,这是在保护角色促销时需为社会公共利益保留的空间。至于最后的平衡点如何掌握,就要看是否可能在消费者之间造成混淆,这构成了反不正当竞争的底线。

4. 反不正当竞争

反不正当竞争法是知识产权的兜底保护,当版权、专利权和商标权等不能起到完善保护作用时,权利人可请求法院制止他人的不正当竞争行为从而得到救济。反不正当竞争法有两个主要目标,分别是保护经营者的正当竞争行为和保护消费者利益,这和商标法的宗旨一致,由此既可见证商标保护和反不正当竞争的共同法律渊源(它们都来源于《法国民法典》第1382条),也可理解在为角色促销提供保护方面,反不正当竞争保护的重要性。

如果权利人认为其合法拥有的角色受到侵犯,但现有版权、外观设计权、商标权等又不能或不足以提供保护,那么他就可提出反不正当竞争之诉。反不正当竞争之诉应有法定理由,所诉侵权行为应有损害事实、主观过错和因果关系三项要件。鉴于现在角色在各国知识产权法体系下尚不足以获得全面保护,反不正当竞争的救济显得尤为重要。各国司法实践也证明了这点。例如在法国,著名画家保罗·塞尚(Paul Cezanne)的继承人就能阻止一个画廊使用“Paul Cezanne”作为商店标志;一家名为“Morabito Boutique”的珠宝公司也能阻止名叫Pascal Morabito的珠宝商单独用“Morabito”作为其珠宝行的名称,而必须使用“Pascal Morabito”以避免引起消费者混淆。

在反不正当竞争救济中,“仿冒之诉”是一种重要的诉讼形式,可用来保护经营者商誉,防止他人以“搭便车”的形式不当使用权利人的商标、商号或其他相关因素,以损害正当经营者和消费者的利益。商誉除体现在商标或商号中,还可体现在文学或影视作品的角色之上,因为这些角色对公众的吸引力也可成为“搭便车”的原因。仿冒之诉起源于英国,现在普通法系国家已非常普及。对角色保护而言,仿冒之诉也会遇到困难,因为角色的权利人或角色促销的经营者至少需要证明以下几点,才可赢得仿冒之诉:(1)原告正在从事商业活动,有商誉可言;(2)应有证据证明被告的虚假代表行为造成了消费者混淆,这时法院一般要求被告和原告的商业活动处于共同活动领域,尽管双方不处于同一商业领域也并不必然阻却原告提起仿冒之诉;(3)被告的行为带来了混淆或有混淆可能,如果角色所有人从未进行过角色促销或相关商业活动,要证明这一点可能

See Stacey L. Dogan and Mark A. Lemley, *The Merchandising Right: Fragile Theory or Fait Accompli?*, 54 EMORY L.J. 461 (2005), at 471.

See WIPO, *Character Merchandising*, WO/INF/108, December 1994, Annex I, pp. 15 - 16; 参见郑成思:《知识产权法》(第2版),法律出版社2003年版,第391~392页。

See WIPO, *Character Merchandising*, WO/INF/108, December 1994, Annex I, pp. 15 - 16.

“仿冒”(passing-off)在我国又被称为“假冒”或“冒充”。本文认为,直接侵犯商标权的商标假冒行为可称为“假冒”,对应英文“counterfeit”,而对应着“passing-off”的意图欺骗消费者的行为最好称为“仿冒”。这样或可防止在中英文对照中的混淆。参见郑成思:《知识产权法》(第2版),法律出版社2003年版,第167页。

就有困难,因为被告可能抗辩说消费者并不会误解在原告和被告的商业活动之间有关联。尽管可能会遇到困难,仿冒之诉仍是保护角色促销的一种重要手段。

例如在英国 1983 年的 Lego 案中,原告作为 Lego 牌玩具的制造商诉被告在园艺设备上使用 Lego 商标,法院认定构成仿冒。在 1983 年的 IPC Magazines Ltd v. Black and White Music Corporation 案中,被告未经许可,在唱片上使用了原告杂志上发表的虚拟角色名字,被认为构成仿冒,法官解释说在当今角色促销盛行因而公众熟知的情况下,相当多的唱片购买者和杂志读者会推断唱片得到了原告的授权和允许。在澳大利亚的邓迪案中,扮演“鳄鱼邓迪”(Crocodile Dundee)的演员 Paul Hogan 曾先后于 1988、1989 年提起两件仿冒之诉,分别起诉 Koala Dundee 和 Pacific Dunlop 两家商业公司。其中, Koala Dundee 有几家商店,都叫“邓迪领地”(Dundee County),它还设计了像鳄鱼邓迪那样穿着打扮的考拉熊形象,用在商店内外的标志上和 T 恤衫、购物袋及衣服标签上。法院认为在鳄鱼邓迪和被告的商店及商品之间存在关联,这已构成虚假代表。Pacific Dunlop 公司则是把《鳄鱼邓迪》电影中的一个画面用于宣传它的鞋类商品,法院认为这会欺骗公众,使他们误认活动经过了原告授权而其实它没有。

因此,无论是虚拟角色或真实人物的名字,还是其形象或其他要素,一旦权利人能够证明被告的使用可能在公众之间造成误解或混淆,权利人就可请求法院认定构成仿冒行为,责令被告负担停止侵权和赔偿损失的民事责任。

5. 人格权和公开权

以上的讨论主要是针对虚拟角色的知识产权保护。真实人物的姓名、肖像和形象主要通过人身权或人格权保护法实现,其中包括对抗诽谤、侵犯名誉或隐私等。在传统人格权基础上,法国和德国等大陆法系国家拓展了人格权保护,使之延伸至人格的商业化使用,不仅涉及人格的精神权利,也涉及经济权利;而在美国和日本则演化出公开权来保护对人格特征的商业性利用。就角色促销而言,人格权及公开权的保护和知识产权的保护互补,共同构成对角色及角色促销的保护。

《法国民法典》第 9 条为人格权保护奠定了基础,规定“每个人都有权尊重他的私人生活”,该权利甚至可延伸至去世之后。法院在判例中曾定义人格特征包括姓名、声音、形象等及其相似物,规定未经权利人许可他人不得商业化使用,也不得超越授权范围使用,这种保护甚至可延伸至漫画、图画或照片对人格特征的间接使用。在涉及运动员肖像的一个案件中,照片拍摄的是正在踢球的足球运动员,摄影者把照片出售给广告商,后者把照片用在广告中,在照片中能够辨认出的一位运动员认为广告商未经许可使用其肖像,侵犯了他的精神权利和经济权利,法院认为照片拍摄的是运动员在公共场所进行的职业活动,因此使用行为并未侵犯运动员对肖像的精神权利,但广告商未经许可在广告中使用其肖像,侵犯了他的经济权利,应予赔偿。本案清晰表明,在法国,人格权中既有精神权利也有经济权利,他人未经许可使用就需赔偿权利人的经济损失,但其他案例表明真实人物一旦去世就不再享有人格权中经济权利。

《德国民法典》把人格权定义为个人为国家和其他社会成员尊重为人的排他性权利,受保护

See WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, Annex I, pp. 16 - 20.

See WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, Annex I, pp. 17 - 18.

WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, Annex I, p. 19.

WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, Annex I, pp. 25 - 26.

WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, Annex I, pp. 27 - 28.

的人格特征包括姓名、形象、肖像、声音或其类似物。对姓名的保护可包括常用名、艺名、笔名或其他具有内在显著性或通过使用具有显著性的名称、标志或象征,保护不仅涉及对姓名的直接商业性使用行为,也包括非直接使用行为,例如在广告中声称某明星使用了某产品就可能侵犯了该明星的姓名权等。对于肖像权保护,一般需经过权利人同意才可公开使用或展览,使用去世10年之内的人的肖像需经其近亲同意。对一个人声音的模仿也可能构成侵犯人格权。如果人格权因为与个人相联系而无法转让,则个人可声明放弃权利并准许他人使用其人格特征。

其他一些大陆法系国家或地区也赋予人格以财产特征。如加拿大的魁北克省就规定了范围广泛的人格权,既承认人格权中保护荣誉、尊严和声誉的精神权利,也承认人格权中的财产权性质。在1977年的 *Deschamps v. Renault Canada* 案中,被告雷诺汽车在宣传中使用了原告照片,法院认为,一个人的姓名和类似物涉及财产权,权利人可自由地商业性使用,他人未经许可则不能占用。

在美国发展而来的公开权(right of publicity)在我国也称为“形象权”。本文认为,基于如下理由,称之为“公开权”可能更为合理:(1)英文“publicity”并无“形象”的含义;(2)该权利涉及的各种人格因素未必能够为“形象”一词所能全部概括,如把姓名和声音归入“形象”范畴可能较为牵强,未必符合“形象”一词的传统含义;(3)该权利脱胎于对隐私权的保护,是隐私权的发展,是一对矛盾,用“公开”更能与“隐私”相对应;(4)更重要的是,该权利对“形象”等人格因素的保护不是绝对的,它所禁止的仅是对形象等人格特征的商业性公开,而鉴于对表达自由的保护,该权利并不能限制他人对形象等人格特征的表达性公开或传播性公开,因此笼统称之为“形象权”并不一定合适。本文更愿称该权利为“公开权”或更确切的“商业公开权”。我国学者已对美国的公开权有详细讨论,在此不再赘述。

无论是法国、德国等大陆法系国家的人格权,还是美国和日本的公开权,都能够对真实人物的姓名、肖像、形象、声音等人格因素及其类似物提供保护,使一个人在其人格特征被他人商业性使用的情形下可获得法律救济。

三、是否需要角色促销权:权利思维的误区

1. 是否需要专门的角色促销权

综上,在知识产权和人格权或公开权的保护下,无论是虚拟角色还是真实人物,其名称(姓名)、形象、肖像、声音或类似物等人格因素,都可在现有法律框架下得到一定保护。几十年来角色促销已在美、法、德、英、加拿大、澳大利亚和日本等国家得到广泛发展,这也可理解为这些国家对角色提供的保护是合适的。

由各国实践来看,对角色促销的保护并不需要设置专门的角色促销权或“商品化权”,也不需要专门的法律,而只需利用现有法律体系对角色提供合理保护即可。与此相对应,专门讨论角色

WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, Annex I, p. 28.

WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, Annex I, p. 29.

参见李明德:《美国形象权法研究》,《环球法律评论》2003年冬季号。

参见程合红:《商事人格权——人格权的商业利用和保护》,《政法论坛》2000年第5期。

See McCarthy on Trademark and Unfair Competition (Third Edition), Chapter 28.05, 1995. 转引自李明德:《美国形象权法研究》,《环球法律评论》2003年冬季号。

参见李明德:《美国形象权法研究》,《环球法律评论》2003年冬季号。

促销的 WIPO 报告并没有直接提及角色促销权的概念;并且在角色促销最为活跃的美国,促销权理论也受到严重质疑。至此,本文认为,为我国知识产权法学界和民法学界广泛讨论的“商品化权”概念及专门立法就归于没有必要。

接下来的问题就是如何完善我国的相关法律从而使角色促销在我国能够得到妥善保护。在我国,角色促销活动正蓬勃开展,法律为之提供合理的保护是必要的。如上所述,保护角色促销并不需要专门的角色促销权,只需对角色提供适当保护即可;而对角色保护的完善,按虚拟角色和真实人物的不同,又可分别通过完善相应的知识产权法和人格权法达到目的。

具体而言,适当扩展我国现有知识产权法的规定即可完善对虚拟角色的保护。能够为虚拟角色提供保护的主要有版权、外观设计专利权、商标权和反不正当竞争的权利等,其中尤以版权和反不正当竞争权最为重要。本文认为,我国专利法和商标法针对外观设计专利和注册商标分别提供的保护,对于其中涉及的虚拟角色而言基本足够,因此现阶段只需相应完善版权和反不正当竞争保护即可。在角色促销中应用的虚拟角色或其特征主要包括角色的名称、形象和声音,涉及的作品主要包括文字作品、美术作品和影视作品。我国现有《著作权法》、《著作权法实施条例》和相应的司法解释并未明确对作品中虚拟角色的保护,也未明确排除,因此只需把著作权法为作品提供的保护适当延伸及虚拟角色即可,具体判断条件可参照英国、法国和德国的做法,具体形式可以是修改《著作权法实施条例》或先通过司法解释予以明确。法院在案件审理中对此已进行过有益尝试。

利用反不正当竞争法对涉及知识产权的不正当竞争行为予以规范,从而使知识产权得到更为完善的保护,这是很多国家的通行做法。我国《反不正当竞争法》把不正当竞争行为主体限定为“从事商品或营利性服务的经营者”,包括法人、其他经济组织和个人。批评者认为不正当竞争行为主体有时难以被认定为经营者,尤其是同业经营者,这样规定可能会在一定程度上限制该法的适用,使之不能较好地保护角色促销。但也有研究者认为不正当竞争行为主体不应限定为经营者,尤其是同业经营者。本文虽然基本认同此种论述,但也认为应有其他突破方法,如把“经营者”概念作扩大解释,使之成为广义的经营者。在实际案件中法院已对此作出较好阐述。如在 2004 年判决的“王跃文”案中,长沙中院在考察了反不正当竞争法的立法目的和对经营者主体的规定后,认为在我国现阶段除传统的商品流通市场外,还形成了文化市场、技术市场等新兴市场,作者通过创作和发行作品,从文化市场中换取报酬等对价,作品就成为作者经营的商品,作者就成为文化市场中的商品经营者,因而与被告之间存在竞争关系,属于反不正当竞争法调整的主体。为完善反不正当竞争法对知识产权的保护,在法律完善之前,也可通过司法解释的形式,对主体等相关方面给予明确规定,以完善我国反不正当竞争法对知识产权的保护。

至于对真实人物人格特征的保护,除了也可适用商标、外观设计和反不正当竞争保护之外,

See Stacey L. Dogan and Mark A. Lemley, *The Merchandising Right: Fragile Theory or Fait Accompli?*, 54 EMORY L.J. 461 (2005).

参见范晓波:《公正与效率——“武松打虎”案与“三毛”案引起的法律思考》, <http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=10108>, 2006年6月14日访问。

参见我国《反不正当竞争法》第2条。

参见王文英:《商品化权之反不正当竞争法保护》,《行政与法》2003年第7期。

参见长沙中级人民法院:“湖南王跃文诉河北王跃文等侵犯著作权、不正当竞争纠纷案”判决书。

主要可通过适当延伸我国人格权内涵达到,也根本不需在人格特征之上另行设立“商品化权”。对人格权内涵的延伸只需突破人格权仅为精神权利的传统观念,赋予人格权相应的经济权利即可。这是一种历史趋势,已为法国、德国等传统民法国家所采纳,我国人格权在此方面突破应无太大障碍。一旦在相关法律或司法解释中赋予人格特征以经济权利,权利人就可禁止他人未经许可使用其人格特征,否则就可依法主张损害赔偿。

这样在不用主张增设角色促销权或“商品化权”以及专门立法的情况下,可通过分别完善著作权法、反不正当竞争法和人格权保护法的形式,弥补我国在保护虚拟角色和真实人物的人格特征方面的不足,完善我国对角色促销的保护,以维护经营者的正当竞争行为和保护社会公众的利益。

2. 从“商品化权”概念的流行看权利思维的误区

无论赋予什么样的权利和采取何种法律形式,总会有一些可用于促销的角色得不到法律保护,例如独创性不足或根本没有独创性的角色名称、作品名称、角色附属物(如服装或装饰)或其他。该如何认识这些角色或其特征呢?是扩展现有法律体系使之涵盖促销活动可能涉及的所有角色,还是让独创性不足的角色保留在公共领域、能够更大限度地为社会利用呢?是否应像有的研究者主张的那样,版权不能为角色提供全面保护的“弊端”就足以构成“创设形象权制度”的理由了呢?

对这些问题的回答其实关系到知识产权的一个基本原则,即如何判断哪些客体应得到知识产权保护,可被权利主体独占性地拥有,而哪些客体应保留在公共领域和不被占有?此即角色保护需止于何处的判断。本文认为,赋予每个人对与其相关的任何角色的控制权或促销权,将会在一定程度上限制表达自由,使社会陷于诉讼泥潭,不利于社会公共利益。在这方面,我国可借鉴英国等国家的保守做法。例如对不具可版权性的角色或其要素,如作品或角色名称,最好归入公共领域,除非它在商业使用中产生了“第二含义”,成为商标或其他区别性标志,如果不加限制就可能引起消费者混淆。除此之外,就没有理由可排除他人的正当使用。例如,有古曲《十面埋伏》和小说《十面埋伏》,那么为什么就不能有电影《十面埋伏》呢?每个人的表达都需借鉴他人的智力劳动成果,只是应注意把借鉴保持在一定程度和不侵犯社会公共利益之内。

与此相关的一个重要问题是:是否角色具有市场价值,就一定要给角色的创造者或相关者赋予排他性的财产权呢?对于一些知识产权法学者而言,这似乎是一个认识误区,即“有价值就应设置权利”(if value, then right)。须知一种权利的设置可能会带来很多法律问题和社会问题。就角色保护而言,过多的保护不仅可能限制公众表达,还可能限制经营者的正当竞争,而这两种情形最终都会影响社会公共利益。知识产权法学者对此应给予警觉,不应看到某类事物具有市场价值就主张设置权利加以保护,须知在某种程度上,市场的自我调节机制可能比法律干预更有效

参见杨立新、林旭霞:《论人格标识商品化权及其民法保护》,《福建师范大学学报》(哲学社会科学版)2006年第1期。

参见杨立新、林旭霞:《论人格标识商品化权及其民法保护》,《福建师范大学学报》(哲学社会科学版)2006年第1期;程合红:《商事人格权——人格权的商业利用和保护》,《政法论坛》2000年第5期。

关于人格权中的经济利益与权利的讨论,可参见程合红:《商事人格权——人格权的商业利用和保护》,《政法论坛》2000年第5期。

参见吴汉东:《形象的商品化与商品化的形象权》,《法学》2004年第10期。

See Rochelle C. Dreyfuss, *Expressive Genericity: Trademarks as Language in the Pepsi Generation*, 65 *Notre Dame Law Review* 397 (1990), at 405. Citing in: Stacey L. Dogan and Mark A. Lemley, *The Merchandising Right: Fragile Theory or Fait Accompli?*, 54 *EMORY L.J.* 461 (2005), at 478 - 484.

率,也可能更为公正。例如,对于使用一个“澄清声明”(Disclaimer)就能避免的混淆,为什么非要设置一种权利呢?正如市场主体没有必要也没有可能控制每一个市场环节一样,法律同样没有必要也没有可能控制市场主体的每一种行为和涉及的每一种利益。换句话说,知识产权应为社会公共领域保留适度的自由创造空间,使人们不仅可自由从事文艺和科技方面的创造,也可自由从事商业发展模式和社会调节机制等方面的创新,而这种文艺、科技、商业和社会领域内的创造活动正是人类文明得以进步的基础。权利的设置和法律的不应窒息人类的创造自由,否则知识产权制度就有可能成为反制社会发展的工具。这应是知识产权认识论需要澄清的一个基本原则。

联系到国内学者对“商品化权”的热衷,使之在近年成为一个主流话题,就可能是因为部分研究者持有上述“有价值就应设置权利”的“权利思维”。对于法学者而言,利益或价值需得到权利保护的思维是合理的,需要积极维持,但一旦走得太远,以至于主张任何有市场价值的事物都需设置权利给予法律保护,就可能陷入“权利技术主义”的狭隘思维中,从而不利于社会发展。

四、结论

针对我国知识产权法学界对“商品化权”的广泛讨论,本文在参考 WIPO 报告的基础上,对相关概念和机制进行了分析阐述。本文认为,“角色商品化”和“商品化权”分别是对英文“character merchandising”和“merchandising right”的误译,它们的本意仅是“角色促销”和“利用角色进行促销的权利”。在考察了相关的权利运行基础和讨论了几个主要国家的知识产权法和人格权法对角色的保护之后,本文认为并不需要设置专门的“角色促销权”或“商品化权”,也不需要专门立法为角色促销提供保护,而只需适当延伸我国现有著作权法、反不正当竞争法和人格权保护法即可。在法理上,对角色或角色促销的保护应适可而止,不应放任权利的设置或过度行使,以免使知识产权制度可能成为反制社会文明发展的工具。

总之,本文希望依据 WIPO 报告,帮助国内知识产权法学界了解在世界范围内关于角色促销的立法和实践活动,以正本清源、开阔视界,避免将相关问题神秘化或夸大其严重性,从而避免我国立法实践中的弯路。

See Stacey L. Dogan and Mark A. Lemley, The Merchandising Right: Fragile Theory or Fait Accompli?, 54 EMORY L.J. 461 (2005), at 488 - 489.

See Stacey L. Dogan and Mark A. Lemley, The Merchandising Right: Fragile Theory or Fait Accompli?, 54 EMORY L.J. 461 (2005), at 478 - 481.