

论商品化权的基本概念、性质及分类

李梦佳

(中国政法大学 比较法学研究院,北京 100088)

摘要:当前,我国影视娱乐行业繁荣发展,商品化权相关问题引发关注。现阶段,我国司法实践对商品化权的概念内涵认识不足,权利人的合法利益遭受侵犯却难以寻求救济。商品化权是基于消费者对于真实人物、虚拟角色、标志、符号等形象或事物的吸引力,从而将上述形象或事物进行二次开发、商业化利用的无形财产权。根据属性来源的差异,应将商品化权划分为真实人物商品化权、虚拟角色商品化权以及视听作品形象商品化权,各种类型商品化权其特性及保护规则各有不同。

关键词:商品化权;无形财产;真实人物商品化权;虚拟角色商品化权

中图分类号:D913

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2019)01-0035-10

伴随我国娱乐产业的发展,产生了越来越多的名人明星形象及虚拟角色形象。名人明星形象来源于自然人的人格性要素,虚拟角色形象则来源于影视作品的创作设定。然二者的共同点在于他们在公众当中都享有很高的知名度和影响力,容易被大众记住或喜爱。这些形象已然成为带有特殊情感的符号,具有巨大的商业价值。当商业经营者将这些具有知名度的形象用于商业开发或广告宣传之时,能够迅速吸引消费者的注意力,激发消费者的购物欲望而获取商业利益。

然而,我国部分商业经营者法律意识淡漠,出于利益驱动,未经权利人许可便擅自使用这些形象。名人明星的肖像被滥用在商品包装或宣传单之上,甚至有商家擅自将名人的姓名注册成为商标。各类受欢迎的卡通角色遭致仿冒,“山寨”衍生品充斥于市场之中。权利人亦深感自身利益遭受侵犯,然在诉诸法律时却遭遇困境,我国现有法律未能为商品化权提供充分完善的保护。究其原因,在于我国对商品化权的概念内涵认识不足,错综不一的理解导致无法为商品化权的保护提供坚实的理论基础。因此,我们应当首先厘清商品化权的相关概念、性质及分类,对商品化权的基本理论作一探析。

一、商品化权的历史沿革与发展

商品化权起源于真实人物商品化权^①。所谓真实人物商品化权是指自然人对自己的人格身份进行商业性利用的权利,其中的身份,包括自然人的姓名、声音、肖像等;^[1]其中的商业性利用,包含禁止权和许可权两方面的内容,未经自然人的许可,任何人不得在商品或广告中使用其姓名和肖像等。

真实人物商品化权概念的诞生与隐私权(right of privacy)有着密不可分的关系。美国纽约州最早在

收稿日期:2018-11-15

作者简介:李梦佳(1993—),女,四川乐山人,中国政法大学比较法学研究院博士研究生,北京市影视娱乐法学会理事。

① 商品化权英文为“right of publicity”,对于“right of publicity”的译法,学界存在争议,主要存在“公开权”及“形象权”两种译法。笔者认为,两种译法皆有一定道理,但又各自存在一定缺陷。“公开权”是仿照隐私权“right of privacy”所做的字面直译,译法并不能完全揭示出该权利的内涵。以李明德教授为代表的学者主张应将其译为“形象权”,然而考虑到我国不少学者还在其他意义上使用形象权一词,可能引起语义混淆。根据世界知识产权组织在 1994 年公布的一份“角色商品化”报告,将商品化类型分为“真实人物商品化权”(right of publicity)、“虚拟角色商品化权”(right in characters)、“视听作品形象商品化权”(image merchandising),故笔者认为将其译为真实人物商品化权更为妥当。

1902年因为“罗伯逊”一案^①,颁布了美国历史上的第一部隐私权法,其中涉及到的关于保护自然人姓名、肖像和照片的内容,直至今日,仍是纽约州保护隐私权和真实人物商品化权的主要依据。在本案中,原告是一名年轻貌美的妇女,被告是一家面粉厂,被告在未经原告许可的情形下,便擅自在其面粉广告中使用了原告的肖像,以起到宣传推广、提升销量的作用。随着大量的广告散发到商场、俱乐部等公众场所之中,许多人辨认出广告上所附的原告肖像。原告称其感受到十分耻辱,并遭受到其他人的奚落和嘲笑,甚至因为惊吓而卧病在床。故原告诉向法院提起诉讼,要求下达禁令,禁止被告使用其肖像,并支付其相应损失赔偿。法院最终并未支持原告的请求,由此激怒了社会公众舆论,也促使立法机关做出相应变革。1903年,纽约州议会颁布法律,规定任何人不得在本州之内,出于广告或商业的目的,未经书面许可而使用任何活着的自然人的姓名、肖像和照片。^②

尽管真实人物商品化权通过成文法获得了一定程度的保护,但其一直囿于隐私权的藩篱之下,并未得到足够的重视与保护。随着20世纪中叶的到来,广播、电视、摄影、印刷等传媒技术不断发展革新,这为名人明星乃至政客形象的商业化利用提供了基础条件。正如美国著名知识产权学家尼莫教授所言,在此如此迅猛的传媒条件之下,名人需要的不再是对于隐私的保护,而是占有名人身份中商业价值的权利。商家通过向名人支付一定数量的金钱,获得使用其姓名、照片或者肖像的权利,进而在商品或服务上做广告,以达到吸引公众购买商品或服务的目的。^[2]毫无疑问,商品化权本身具有内在的经济价值和商业价值,这是其与隐私权最为显著的区别。值得一提的是,尽管真实人物商品化权在英美法系国家不断发展完善,逐步受到判例法乃至成文法的保护,然而在传统大陆法系国家,由于深受“人非财产”观念的影响,人格权的财产化无疑会给传统民法“人身—财产权”的二元分类体系带来强烈冲击。因此,相对于英美法系国家对于真实人物商品化权的保护,传统大陆法系国家则采取了相对保守的态度,否认真实人物商品化权的财产权属性。

时间推移到20世纪50年代,随着电影、电视等传媒产业的蓬勃发展,广告营销手段也不断推陈出新,好莱坞呈现出一片欣欣向荣之局面,商品化权的发展也逐渐从名人明星等真实人物延伸至连环画、卡通等虚拟角色领域。例如,迪士尼公司在创造出米老鼠、唐老鸭等经典卡通角色形象之后,为持续利用这些卡通角色以创造出更多的经济利益,其专门成立了一个从事卡通角色商业化利用的“二次开发部门”(secondary exploitation)。该部门负责结合卡通形象的具体人物特性,开发利用其背后的商业价值,以授权许可的方式允许玩具生产商在小件商品上使用其所拥有的卡通形象。从小件玩具到衣物再到其他儿童用品,直至今天庞大的迪士尼乐园,虚拟角色商品化权帮助迪士尼公司获得了巨大的商业成功。虚拟角色商品化的市场最开始只针对青少年、儿童等非成人市场,然而伴随商品化授权背后潜藏的巨大商业利益,针对成年人的虚拟角色商品化也不断发展壮大。“超人”“蝙蝠侠”“蜘蛛侠”“小黄人”等经典角色形象经久不衰,攻占了从电影本身到玩偶、道具、衣物乃至高级奢侈品的巨大经济市场。

随着虚拟角色商品化权的蓬勃发展,角色的范围也呈现出不断扩张之势。最初虚拟角色只聚焦于卡通作品之中的卡通形象,而后逐步扩展至电影作品、电视剧作品,甚至文学作品中仅靠文字描述但并无直观图像支撑的文学角色也获得开发利用。发展至今,可商品化的类型愈加精细化,有时仅是作品或作品中主要角色的名称就蕴含着巨大的商业价值,近年来,围绕“中国好声音”“非诚勿扰”等关键词展开的系列讼争便是典型。当然,可被商品化的虚拟角色也蕴含一定的内在特性。虚拟角色脱胎于各类影视、文学作品,与作品本身的情节、文字、图画、桥段等内容紧密联系,角色本身具有鲜明的个性特征,易被观众记住或喜爱。这直接导致虚拟角色可从作品本身脱离出来,获得独立价值。当商业经营者将此类具有鲜明个性的虚拟角色标志于特定的商品或服务,大众会将其对虚拟角色本身的喜爱与吸引“移情”于该商品或服务,从而唤起消费者的消费欲望,进而促进销售,为商业经营者带来丰厚的经济利益。当然,商业经营者要获得此种授权,需要向虚

① Roberson v. Rochester Folding Box Co., 171 N.Y. 538, 64 N.E. 442 (1902).

② New codified in New York Civil Rights Law, Section 50-51.

拟角色的创作者或权利人缴纳一定数额的许可费用。如此,虚拟角色商品化权的发展不仅能促进商业市场的繁荣发展,同时又能激发作者的创作热情,形成艺术输出与商业运作的良性循环。

二、商品化权的基本概念

商品化权的概念起源于美国,最早于1902年通过“罗伯逊”一案^①提出关于保护自然人的姓名、肖像和照片在商业或广告等方面的用途,而后通过“海兰”案^②正式提出真实人物商品化权的概念(right of publicity),并从传统隐私权的内容中剥离出来。随着好莱坞影视产业的蓬勃发展,卡通形象等虚拟角色商业化授权使用开始兴起,并逐步发展出虚拟角色商品化权(right in characters)的概念。日本因其拥有发达的动漫产业,故具有保护动漫角色对外授权的迫切需求。日本从二十世纪七十年代开始引入英美法系“商品化权”的概念,并将其与自身动漫产业发达的特性相结合,将此概念改称为“商业形象权”。商业形象权这一概念相较于英美法系国家的商品化权而言,保护的权利范畴更为宽广。商业形象权强调独特的个性与外貌,从而对消费者产生的吸引力,除名人之外,动画或漫画中的卡通角色、人物,乃至现实中的动物、其他物品都可以成为商业形象权的客体。^{〔3〕}除此之外,我国台湾地区还提出过“姓名肖像广告权”的概念,此概念与英美法系“真实人物商品化权”的概念有一定相似之处,但此概念保护的权利客体范围更为狭窄,仅局限于保护知名人物而不涉及非知名人物,仅限于姓名权及肖像权而不涉及其他人格权,行使方式上也只限于广告宣传,^{〔4〕}因此整体而言,“姓名肖像广告权”的概念具有很大的局限性。

我国针对商品化权相关的法律研究起步较晚,直至20世纪80年代,电视业在我国开始普及发展,才逐步提出商品化权的概念。最早可追溯至1989年,学者梅慎实在《法学》上撰文评论“济公”磁带的角色权利归属问题,^{〔5〕}开始引入商品化权的概念。而后随着影视产业的不断发展,司法实践中涉及商品化权益的案件数量逐渐增多,围绕商品化权开展的理论研究亦不断增加。由于我国现有法律体系规范中并不存在“商品化权”这一特定概念,学者们基于对英国、美国、日本等国的理论研究出发点各有差异,因此在术语的翻译和概念的界定方面存在区别。目前,围绕商品化权存在的概念术语有形象权、商品化权、角色促销、虚构角色权、公开形象权等,其中“形象权”说和“商品化权”说最为常见,分别代表了两派主流的学术观点。

(一)形象权说

以吴汉东、李明德、郑成思为代表的学者将此概念定义为形象权。吴汉东教授认为形象权是形象在商品化过程中所形成的一种特殊私权形态,其并非通常人格权法所指之形象权,而是具备一定财产价值的形象权。形象本身具备一定知名度,与人格因素或者角色因素相关,由此在商品经济时代,知名形象的某些特征具备“二次开发利用”的价值。吴汉东教授的立足点在于形象权之保护对象必须为知名形象,包含真实人物的知名形象以及虚构角色的知名形象。形象需具备一定的知名度,具有社会大众认可的信誉,这是形象可商品化之前提。同时,形象需具备整体性,对真实人物的形象而言,需具备“可指示性要素”(identifiable elements),即通过对形象的描述能对应指示为某一自然人;对虚拟角色的形象而言,需具备相应个性特征、故事情节及角色反应等要素。由此看出,吴汉东教授对于可商品化的范围采取了较为狭窄的定义,一方面,其强调形象权可保护的范围对象必须为知名形象;另一方面,其认为可商品化的形象必须具备整体性,诸如符号、标记、标题、作品名称等片段乃至工艺品或纯美术作品中的虚构角色,因其缺乏完整的个性化特征,不具

① Roberson v. Rochester Folding Box Co., 171 N.Y. 538, 64 N.E. 442 (1902).

② Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953). 在“海兰”一案中,原告是一家口香糖厂商,其获得了排他性的授权许可,在其生产的口香糖包装上使用一位棒球明星的肖像。被告也是一家口香糖厂商,其与一家经纪人公司签订合同,而在其生产的口香糖包装上也使用了同一位棒球明星的肖像。地方法院在初审中从隐私权的角度切入,支持了被告的抗辩,即尽管原告获得了棒球明星排他性的授权许可,可以公开或者发表球星的肖像,但从隐私权角度而言,一旦该球星的肖像公开和发表,他人的使用就不会对球星的精神造成伤害。地方法院的初审判决显然存在问题,而后第二巡回上诉法院推翻了地方法院的判决,认为除隐私权的保护之外,本案还存在着一个应当予以保护的商品化权。

有形象表现的直接功能,因而被排除在商品化形象权的保护范畴之外。^[6]

学者郑成思将形象权定义为一个全新的、尚未定型的概念,其认为形象权属于一个边缘领域的权利,介于一般民法的人身权与著作权法之间,介于商标、商号、商誉权与著作权法之间。对于这一边缘领域的权利,无论将其单独置于人身权领域亦或是单独置于著作权法领域,都不尽妥当。郑成思教授认为形象权所指形象的范围包罗万象,从真人的形象、虚构人的形象,到创作出的动物形象、人体形象等,但凡能被付诸于商业性使用的权利,都可统称为“形象权”。^[7]

学者李明德所指的形象权仅指与真实的自然人相关的财产权,无论是文学性的虚构人物、卡通形象,还是公司等法人形态均不具备形象权。李明德教授着力于从形象权之起源进行分析,形象权起源于隐私权,由于只有真实的自然人享有隐私权,因此只能是真实且活着的自然人才可能享有形象权,虚拟角色或法人均不可能具有隐私权或形象权。同时,李明德教授强调形象权的保护范围不应只局限于名人,正如每个人都天生享有隐私权一般,无论名人或是非名人都享有形象权。^[8]

(二)商品化权说

学者梅慎实在引入“商品化权”的概念时指出,所谓商品化权是指将小说、漫画、电影等著作中虚构角色的使用作为商品标志的权利。这种做法的目的在于利用观众或读者对于该虚拟角色的喜爱,从而刺激消费者的购买欲望。同时,梅慎实教授认为将角色使用为商品标志的形态,既包括将角色的形象直接印制在书包、衣服等商品之上,同时也包括将角色形象印制于商品的包装器具之上,或是以角色形象作为服务标章等。^[5]尽管梅教授对商品化权的定义存在一定局限性,例如将商品化权的客体范畴仅局限于虚拟角色的层面,以及着重强调有形商品从而忽略了角色形象对于无形服务的标志作用,但不可否认的是,正是由于梅教授早期引入商品化权的概念,才引发我国学术界的多方关注及探讨。随后,学术界对于商品化权的定义呈现出众说纷纭之态。有学者采用列举法,试图从包含的权利客体内容来对商品化权作出概念定义:商品化权是指将语言、题目、标记、名称、人物形象等能够创造大众需求的东西或这些内容的结合适用于商品之上或许可他人使用的权利。^[9]

此后,学者们多从商业价值的独特角度来分析商品化权,试图将其与肖像权、版权等传统民事权利相区别。例如,商品化权是指将真实人物、虚构角色或其他财产的名称、形象等因素“付诸于商业性使用的权利”,凡是被付诸于商业性使用之后,能增强商品或服务对于消费者的吸引力,给商家带来真实利润的形象都可能成为商品化权的客体。^[10]之后,围绕商品化的经济价值特性,学者们相继提出商品化权客体的共性在于“能够创造商业信誉”^[11]“能够创造商业价值”^[12]或“能够吸引大众或引导大众消费”^[13]。

(三)对相关概念之评述

笔者认为,较之于形象权,“商品化权”的概念更为妥当。利用名人形象做广告代言,将受欢迎的卡通人物等虚拟角色形象用于商品包装或注册为商标,可以说是我们日常生活中最为常见的商品化现象。纵观真实人物、虚拟角色、作品名称、角色名称等一切可以被商品化的事物,之所以能够脱离原有作品或活动表现,进入商业领域,都具备共同之特性——消费者吸引力。消费者吸引力对于商业经营者而言最大的意义就在于能够潜移默化地影响消费者的购买决定,从而为商家创造更多的商业利益。尤其是在商品或服务的价格、质量趋同,消费者无从作出决定之时,一个附有消费者熟悉或喜爱的卡通形象或名人形象将成为消费者的最终选择。对于商业经营者而言,其关注的并不是卡通形象的艺术性有多高、作品角色的文学表达性有多强,也即商业经营者利用的并非是形象、符号等事物本身,而是名人、虚拟角色通过作品表达在先前市场中就已累积的对消费者的内在吸引力。“顾客吸引力就像一条无形的纽带将看似截然不同的事物引入商品化的视野,使它们成为商品化权的客体”。同时,商品化是一种二次开发利用的行为。在商品化过程中,被商品化的对象要脱离其原有活动领域及表达领域,转移至广告宣传或商品促销等商业领域之中。^[14]

随着市场经济快速发展、社会关注热点不断更新,可以看到,可被商品化的对象呈现出多样化、细分化的特点。除真实人物、虚拟角色之外,动物形象、作品题目、作品中的角色名称、社会事件、特殊符号标记等都可

能成为商品化的对象。前述“形象权说”学术观点的局限性便日益突出。形象权说定义的对象范围较为狭窄,一方面,形象权说强调形象权可保护的范围对象须为知名形象;另一方面,其认为可商品化的形象必须具备整体性,诸如符号、标记、标题、作品名称等要素均被排除在商品化的保护范畴之外。甚至,有观点认为形象权的范围仅限于真实人物,这显然与快速发展的经济背景下多样化、更新化的商品化内容不相匹配。采用商品化权这一概念便能较好地弥补这一缺陷,商品化权说从商业价值的角度来分析各种形象可能对消费者产生的经济吸引力,为现在尚未预见但未来可能产生商品化价值的各类形象都留有余地。

综上,商品化权这一概念应是指:基于消费者对于真实人物、虚拟角色、标志、符号等形象或事物的吸引力,从而将上述形象或事物进行二次开发、商业化利用的专有权或许可他人使用的权利。

三、商品化权的性质

除商品化权的概念之外,商品化权的权利性质也一直是学术界的争论焦点。目前关于商品化权的属性主要有新型人格权说、知识产权说及无形财产权说三种观点。

(一) 新型人格权说

持新型人格权说观点的学者主要是从该权利的起源进行分析,形象的商业保护起源于隐私权。美国纽约州最早于1903年颁布法律,禁止未经许可而将他人的姓名和肖像用于广告或商业的目的,直至今日,该法律仍是纽约州保护真实人物商品化权的主要依据。^[1]由此看出,商品化权与人格权有着密不可分的关联。对此,部分日本学者亦持相同观点,日本学者将商业形象权的对象分为知名人物、虚拟人物、动物的形象等,并认为商业形象权与人格权有关系。人格权不但保护精神利益,同时还保护经济利益,商业形象权是人格权中的一部分。^[3]

笔者对于新型人格权说持保留态度。首先,商品化权的对象不仅包括真实人物,还包括虚拟角色、作品名称、角色名称等要素,除真实人物属于受人格权保护的民事主体之外,虚拟角色等是创作者在二次开发中形成的商业财产,并无生命特征,也不享有人格权。^① 新型人格权说在调整范围上具有局限性,无法涵盖所有商品化权的对象。其次,从权利客体来看,人格权调整的是肖像、姓名、名誉、荣誉等人格利益,一般来看人格权并不具有直接的财产内容。^[15] 而商品化权则着重强调真实人物、虚拟角色等形象在商业利用过程中的财产价值。二者显然具有较大差别,因此,将商品化权定性为新型人格权难以令人信服。

(二) 知识产权说

目前,学界许多学者认为商品化权的性质为新型知识产权,并给出相应理由。首先,有学者认为根据《建立世界知识产权组织公约》,将知识产权定义为工业、科学、文学或艺术领域一切来自知识活动的权利。而商品化权可归类为“工业领域”中“来自知识活动的权利”。^[12] 此外,知识产权强调创造性,而虚拟角色等商品化权的内容是作者智力创作的成果,体现出独有的创造性。并且有些商品化权的客体本身就是知识产权的客体,例如文学著作中的角色形象、商标中的图案形象等。^[15]

笔者认为知识产权说的观点存在局限性。首先,商品化权主要包含虚拟角色商品化权和真实人物商品化权。虚拟角色商品化权是基于消费者对于卡通形象等虚拟角色的喜爱和吸引,从而将虚拟角色进行衍生开发、商业利用的权利。真实人物商品化权则是自然人(主要为名人)对自己的姓名、肖像、声音、形象等人格性要素进行商业化利用的权利。诚然,虚拟角色商品化权主要通过知识产权中的著作权法、商标法等来提供保护,然而,真实人物商品化权中的姓名、肖像、隐私、名誉等要素则主要通过人格权来实现保护。从我国民法的内容分类来看,知识产权与人格权乃是平行分立的两类权利,尽管知识产权尤其是著作权中有所涉及创

^① 根据《中华人民共和国民法总则》第109条“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。”第110条“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。”由此看出,仅有自然人属于享有人格权的民事主体,法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等部分权利,虚拟角色等形象并不享有人格权。

作者的精神权利,但整体而言,知识产权与人格权这两类权利,并不存在包含与被包含的范围关系。因此,知识产权说无法涵盖对真实人物商品化权的保护,具有一定局限。其次,商品化权并不完全符合知识产权的固有特性。知识产权的固有特性基本可归纳为专有性、期限性、地域性、创造性。商品化权由创作者专有,不存在问题,具有一定时间保护期限,亦自不待言。关键在于地域性及创造性方面,商品化权并不完全具备。就知识产权的地域性而言,是指严格的领土性,知识产权效力通常只及于本国范围之内。而对于商品化权而言,地域性则很难成立。例如,真实人物商品化权中的姓名、肖像、声音等要素乃与生俱来,并不因地域更换而失去保护。同时尽管部分虚拟角色确实饱含作者的创作艰辛,但真实人物的姓名、肖像等形象因素早已为公众所知悉,并不存在智力成果的创造性。^[6]因此,商品化权与知识产权的特征属性并不完全匹配。此外,商品化权与知识产权的利益保护宗旨也存在显著差异。知识产权法的宗旨在于鼓励创造以促进社会精神财富的增加、科学技术的革新,而商品化权的目的则在于防止个人形象、标志符号等具有商业利用价值的要素未经允许被他人擅自利用,同时兼顾调整市场经营秩序、保护消费者的合法权益。因此,难以完全将商品化权纳入知识产权的体系之中。

(三)无形财产权说

无形财产是指非物质性财产,部分西方国家曾以无形财产权来指代有关知识财产的专有权利,按照学者马俊驹的观点,“无形财产不但是一种财产形式,而且是相对有形物所有权的一种财产权体系”。^[16]无形财产权所包含的权利范围广泛,是一个庞大的权利系统,其财产权体系大于知识产权的范围。如吴汉东教授所述,无形财产权包括以下三类:一是创造性成果权。包括著作权、专利权等权利。该类权利保护的对象是人们智力活动创造的成果,一般产生于科学技术、文化等知识领域。客体一定程度的创造性是其取得法律保护的必要条件。二是经营性标记权。包括商标权、商号权、产地标记权、其他与制止不正当竞争有关的识别性标记权。可区别性是该类客体的主要特征,法律保护的目的即是防止他人对此类标记的仿冒。三是经营性资信权。包括商誉权、信用权、商品化(形象)权。该类权利保护的对象系个人或企业所获得的优势及信誉,这种专营优势与商业信誉形成了特定主体高于同行业其他主体获利水平的超额盈利能力。权利客体所涉及的资格或能力,包含明显的财产利益因素,但也有精神利益的内容。^[17]

笔者认为,相较于前述新型人格权说、知识产权说,更宜将商品化权定性为无形财产权。结合上述三类无形财产权的特征来看,商品化权具备创造性成果权、经营性标记权的一定特征,但本质上趋同于经营性资信权。

首先,商品化权之中的虚拟角色商品化权体现出创造性成果权的特征。虚拟角色商品化权的保护对象包含卡通角色及文学角色。无论是卡通角色还是文学角色,都饱含作者的创作艰辛,卡通角色需用线条、色彩、造型创作出生动直观的卡通人物,文学角色则需用语言文字塑造出的具有个性特征的人物形象。这些虚拟角色的诞生来源于创作者的智力劳动,需要创作者通过智力活动赋予其独创性,由此体现出创造性成果权的特征。其次,商品化权一定程度也体现出经营性标记权的特性。随着经济的发展,商业经营者愈发认知到商品化要素的价值。尤其是在商品或服务的价格、质量趋同,消费者无从作出决定之时,一个附有消费者熟悉或喜爱的卡通形象或名人形象将成为消费者的最终选择。近年来,许多权利人选择将名人姓名、虚拟角色的名称提前注册为商标,其目的就在于防止个人形象、标志符号等具有商业价值的要素未经允许被他人擅自利用,避免消费者产生混淆和误认,由此体现出经营性标记权的特性。最后,商品化权本质上更趋同于无形财产权说中的经营性资信权。所谓经营性资信权是指基于专营优势和商业信誉而形成的特定主体高于行业内其他一般主体所享有的特有资格或能力。商品化权所具备的“消费者吸引力”正体现出经营性资信权所要求的“特有的资格或能力”。^[17]纵观真实人物、虚拟角色、作品名称、角色名称等一切可以被商品化的事物,之所以能够脱离原有作品或活动表现,进入商业领域,都具备共同之特性——消费者吸引力。消费者吸引力对于商业经营者而言最大的意义就在于能够潜移默化地影响消费者的购买决定,从而为商家创造更多的商业利益。这种消费者吸引力并不完全来源于智力劳动,其可能来源于其他具有优势的非智力方面。例如演员

英俊的外貌作为广告画并非智力劳动的产物,又如许多具备知名度的卡通角色的美学独创性并不及专业的艺术作品,然其仍具备高度的消费者吸引力和商业开发价值。由此可见,商品化权并不关注卡通形象的艺术创造性有多高、作品角色的文学表达性有多强,也即商业经营者关注的并非是创造性的智力成果本身,而是名人、虚拟角色在市场中累积的对消费者的内在吸引力,以及由此形成的“二次开发利用”的价值。然而,要形成及具备消费者吸引力本身是一个艰辛的过程。对于真实人物而言,名人明星等需要不断加强自我道德约束、奉献出优质的作品才能塑造出良好的公众形象,从而增加自身的市场知名度,拥有其他名人所不具备的特有市场吸引力。对于虚拟角色而言,其创作者在创作过程中势必需要投入大量的人力、物力、财力,呕心沥血方能打造出精彩的作品,其中的虚拟角色才能具备独特的个性,为公众所铭记、喜爱,从而创造出更大的商业开发价值。无论是真实人物还是虚拟角色,商品化权人在打造相关形象过程中都付诸了艰苦卓绝的努力,才能取得高于业内其他一般主体的消费者吸引力,这种商业价值乃是对于商品化权人持续努力和独有魅力的褒奖。这种独特的消费者吸引力仅为真实人物本人或虚拟角色创作者所独有,由此,其便构筑起独有的专营优势和商业信誉,形成高于行业内其他一般主体所享有的“特有资格或能力”,由此体现出无形财产权中经营性资信权的内涵。

经营性资信权的构成,需具备内外两方面因素:其内在因素涉及主体自身的能力、形象、声誉等;其外在因素涉及社会公众的评价或信赖。在商品化权的开发过程中,名人形象及虚拟角色首先需具备一定的鲜明特质或特别能力,即具备内在因素;其次这些特质和能力要对消费者产生吸引力,消费者可能基于喜爱产生购买欲望,此时消费者在内心已对该名人形象或虚拟角色产生一定的评价或信赖,即具备外在因素。^[6]由此可见,商品化权满足经营性资信权所要求的内外两方面因素。从保护措施来看,美国作为英美法系的代表国家,并不存在人格权——财产权二分的民法体系,因此无论对于真实人物商品化权的保护还是对于虚拟角色商品化权的保护,其都一概纳入财产权体系。我国作为传统大陆法系国家,遵循人格权——财产权二分的传统民法体系,尚未在法律制度中确立商品化权这一概念,目前主要采用人格权中姓名权、肖像权、名誉权等对真实人物相关商品化权提供保护,采用著作权、商标权等对虚拟角色相关商品化权提供保护。尽管我国目前对商品化权的保护措施尚不完善,但无法否认商品化权所具备的无形财产权性质。此外,尽管我国目前对虚拟角色商品化权的保护措施主要依赖于知识产权法,但如前所述,无形财产权本身所涉权利范围广泛,知识产权亦包含于无形财产权的权利范畴之内,将商品化权定性为无形财产权似无不妥之处。

四、商品化权的分类

根据世界知识产权组织在1994年公布的一份“角色商品化”报告,根据商品化对象来源的差别,其将商品化权(merchandising right)划分为“真实人物商品化权”(right of publicity)、“虚拟角色商品化权”(right in characters)、“视听作品形象商品化权”(image merchandising)三大类。^①

(一) 真实人物商品化权

真实人物商品化权是指人们对自己的姓名、肖像、声音、形象等人格性要素进行商业化利用的权利,其来源于隐私权,但其强调之重点并非在于独处的隐私权利,而是在于人们身份中的商业性价值。与人格权一样,任何人都享有真实人物商品化权,当商业经营者未经许可擅自使用自然人的形象等人格性要素用作广告宣传等商业用途时,自然人有权制止并要求损害赔偿。相较于普通人而言,明星、政客等名人因其形象曝光率高、享有一定社会知名度,因此更具备大众吸引力,其形象常被商业经营者滥用,商品化权更易遭受损害。

美国第二巡回上诉法院法官弗兰克(Frank)在“海兰案”^②的判决之中曾对真实人物商品化权的内涵和特征做出过一段精彩的论述:很多知名人物(例如演员和球星)并不会因为其形象的公开而感到情感受到伤

① See WIPO, Character merchandising, WO/INF/108 4800S/IPLD. pp. 4 -5.

② Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).

害。但是如果这些知名人物不能授权其他人在广告上使用自己的形象,不能让自己的形象出现在报纸、杂志、地铁等公众场所之中,并且不能由此获得金钱报酬,他们就会痛苦地感觉到被剥夺了什么。^[1]

真实人物商品化权的客体为可以指示自然人身份的要素,包括姓名、肖像、声音、特定物品等。姓名包含本名、笔名、别名、绰号;肖像包含脸部形象、形体特征、侧影、背影等。值得一提的是,在美国法下,独特的声音或声音的风格也是受保护的,例如朗诵者独特的朗诵声音、演唱者独特的演唱声音。此外,在广告中未经权利人许可,故意找声音特技演员或歌手模仿知名歌手的声音,致使消费者引起混淆、误认的,权利人也可获得商品化权的保护,“米德乐”案便是典型案例。^① 随着娱乐产业的发展,真实人物形象的利用方式也更加多元化,有时不直接使用姓名和肖像,公众也能通过特定的物品辨识出使用该物品的人,从而达到与使用该名人的姓名和肖像相同的广告宣传效果,例如篮球明星乔丹著名的“23”号球衣。

真实人物商品化权遭受侵犯时,权利人可寻求的法律救济措施主要为禁令和损害赔偿。在英美法下,法院更多采取的是下达禁令,其次才是损害赔偿,只要法院裁定被告侵犯了原告的真实人物商品化权,就可能下达永久性禁止令,禁止被告再次使用原告的形象。此外,真实人物商品化权的侵权损害赔偿数额存在难以计算的现实难题,所以法院除了以合理的授权费和市场价值来计算之外,通常还要综合考量其他情节,例如被告的主观恶意等等,包括还可判给胜诉方一定的律师费和诉讼费用。除禁令和损害赔偿外,美国纽约州对于真实人物商品化权的救济措施还包括惩罚性损害赔偿,《纽约州民权法》第51条规定:如果被告是故意侵权,或可能违反了轻罪的规定,可由陪审团判给惩罚性损害赔偿。^[1]

(二)虚拟角色商品化权

虚拟角色商品化权是指基于消费者对于卡通形象等虚拟角色的喜爱和吸引,从而将虚拟角色进行二次开发、商业性利用的专有权或许可他人使用的权利。然而,在诸多虚拟角色之中,并非所有的角色都可被商品化,具备可商品化价值的虚拟角色,应具有整体性、独创性、知名度及商业化价值。依据作品类型以及角色表现形式的不同,虚拟角色商品化权通常分为卡通角色、文学角色、作品或角色名称三种类型。

卡通角色是指存在于电影、电视、综艺节目、动画、漫画、网络游戏等各类作品之中,以线条、色彩、造型等形式来表现的具有直观视觉效果的虚拟人物、动植物或无生命物(如机器人)等形象。卡通角色的显著特点在于其具有直观、生动、特定的视觉形象,同时依托于作品情节体现出鲜明的个性特征,从而给观众留下深刻的印象,易于被消费者辨认,例如,迪士尼公司的米老鼠、唐老鸭,我国动画片中的喜羊羊、熊大等。文学角色是指存在于小说、剧本、散文等各类文字作品当中,纯靠作者的语言文字描述塑造出的具有个性特征的人物形象。例如,金庸笔下的乔峰、段誉,鲁迅笔下的孔乙己等。文学角色的最显著特点在于其并无统一确定的角色形象,相较于卡通角色直观特定的视觉形象,文学角色具有较强的主观性与不确定性。随着经济的发展,商业经营者开始更为细分地挖掘具备商业价值的局部角色要素,作品或角色名称的巨大商业价值逐步被开发出来。近年来,与作品或角色名称相关的商标权诉讼、不正当竞争诉讼大量涌现。例如,《非诚勿扰》《中国好声音》已成为家喻户晓的综艺节目,也赋予了“非诚勿扰”“中国好声音”此类词汇特殊的意义与商业价值,由此也产生了一系列商标权诉讼纷争。

(三)视听作品形象商品化权

视听作品形象商品化权是指将演员在电影或电视剧中扮演的虚拟角色用于广告宣传或商品销售的一类商品化权利^②,这类商品化权的客体就是表演形象。由于表演形象是演员的真实人物形象与剧本的虚拟角色形象的结合体,因此视听作品形象商品化权是介于真实人物商品化权和虚拟角色商品化权二者之间的一

^① Midler v. Ford Motor Co., 7 USPQ2d 1398 (9th Cir. 1988). 在本案件中,原告米德乐是一名著名的女歌唱家,具有其独特的演唱风格,曾获“格莱美”奖项。被告福特汽车公司想邀请米德乐来演唱其广告的背景歌曲“Do You Want to Dance”,在遭到米德乐拒绝后,福特公司便擅自雇佣了另一名歌手以模仿米德乐声音的方式演唱了该首歌曲。米德乐向法院提起了诉讼,地方法院在初审中认为不存在保护声音的法律依据,认定米德乐败诉。随后,第九巡回上诉法院推翻了地方法院的判决,认定原告的声音可以获得商品化权的保护。

^② See WIPO, Character merchandising, WO/INF/108 4800S/IPLD. p. 9.

种形式。当演员凭借其精湛的演技生动地扮演了某个角色之后,观众将不自觉地将演员本身的形象代入到角色之中,这时影视作品中的虚拟角色和演员自身的形象可能合二为一,例如,“哈利波特”和其扮演者丹尼尔·雷德克里夫,尽管丹尼尔也拍过许多其他的电影,但其所扮演的“哈利波特”一角最深入人心,当“哈利波特”的电影形象被用于商品化渠道之时,人们便会自然联想到丹尼尔本人。

对于视听作品形象商品化权而言,如何确定其所保护的究竟是真实人物商品化权还是虚拟角色商品化权,需要结合具体情形进行分析。郑成思教授最早在分析演员“剧照”的有关商品化问题时,曾提出过四种分类情形,^[18]而后随着学者们不断补充,得以完善。具体而言,分为以下四种情况:

1. 不知名的演员扮演虚构人物;
2. 不知名的演员扮演真实人物;
3. 知名的演员扮演虚构人物;
4. 知名的演员扮演真实人物。

在第1、第2种情形下,由于此时演员尚不知名、观众并不认识,基本谈不上利用演员自身的知名度来获得社会公众吸引力,因此并不存在演员本身的真实人物商品化权问题。然而,如果在第1种情形下,如果被扮演的虚构角色本身已通过之前的小说等享有社会知名度,此时创造该虚构角色的著作权人,例如文字作品的作者,便享有对该虚拟角色的商品化权。在第2种情形下,如果被扮演的真实人物本身具有社会知名度,则由该真实人物享有商品化权。值得一提的是,尽管不知名的演员本身不享有商品化权,但也不可将印有其肖像的剧照任意进行使用,否则可能触犯演员本人的肖像权保护问题。然而,也存在一种例外情形,特型演员难以对其剧照主张肖像权。所谓特型演员是指依靠外形相似及化妆技术来扮演在历史上有原型并且形象为公众所熟知的特定人物,例如在影视剧中经常扮演毛主席、周总理等特定历史人物的演员。当公众在看到特型演员的剧照之时,脑中自然联想的是相关历史人物,而并非演员本人,因此对此类剧照的使用并未侵犯特型演员本人的人格利益。^[19]

对于第3、第4种情形,通常演员都可依靠其自身具有的社会知名度享有商品化权。但是,还是应当注意,如果该演员所扮演的虚构人物或真实人物本身已经为大众所熟知,并且商家利用的前提并非是借用该演员的名声,而是该角色自身的广泛认知性,则保护的对象应为该角色的权利人。总而言之,应当根据实际情况进行判断,商业宣传目的的达成究竟是凭借演员本人的知名度还是该影视剧角色的知名度,从而才能正确选择应当保护的商品化权对象。^[10]

除上述三类已获得国际公认的商品化类型外,近年来随着经济发展与娱乐产业的腾飞,也不断涌现出其他可商品化的新型事物。例如,真实的动物形象(知名赛马、动物明星等)、社会组织形象(驰名商标企业、知名上榜品牌、著名大学的校名校徽等)、社会历史事件、表演风格、显著服饰等等。尽管这些新型的可商品化事物已逐步被开发出一定的商业价值,但整体相较于上述三类较为成熟的商品化权而言,其尚处于初步开发阶段,商品化开发的规模不大,内容较为分散零碎。因此,在提及商品化权时,主要还是指上述三类真实人物商品化权、虚拟角色商品化权和视听作品形象商品化权。

五、结语

我国影视娱乐产业的发展引发了针对商品化权这一问题的探讨。我国现有法律未能直接为商品化权的保护提供充分完善的准备,长此以往,将会对权利人的合法利益造成损害。无论是将名人的姓名、肖像、声音等人格性要素进行商业化利用,还是对影视作品中卡通形象等虚拟角色进行衍生制造,都会涉及到商品化权的问题。在论及具体的保护措施之前,应当首先厘清商品化权的相关概念、性质及分类,对商品化权的基本理论作一探析。

商品化权这一概念最早诞生于美国,经过几十年的发展,美国已形成充分完备的保护规则。本文通过比较法学的视角,探索商品化权的历史和发展,并尝试对这一概念作出定义:商品化权是指基于消费者对于

真实人物、虚拟角色、标志、符号等形象或事物的吸引力,从而将上述形象或事物进行二次开发、商业化利用的专有权或许可他人使用的权利。从性质而言,宜将商品化权定性为无形财产权。根据属性来源的差异,应将商品化权划分为真实人物商品化权、虚拟角色商品化权以及视听作品形象商品化权。只有通过对商品化权的概念内涵进行充分的探索,才能为后续具体保护规则的制定提供理论基础。

参考文献:

- [1]李明德.美国知识产权法[M].北京:法律出版社,2014:691.
- [2]NIMMER M. The right of publicity[J]. Law & contemporary problems, 1954: 121.
- [3]萩原·有里.日本法律对商业形象权的保护[J].知识产权,2003(5):62.
- [4]甘龙强.电影著作权[M].北京:中国电影出版社,1991:70.
- [5]梅慎实.“角色”的权利归属及其商品化权之保护——兼论“济公活佛”角色的权利归属之争[J].法学,1989(5):31.
- [6]吴汉东.形象的商品化与商品化的形象权[J].法学,2004(10):77.
- [7]郑成思.商品化权刍议[J].中华商标,1996(2):4.
- [8]李明德.美国形象权法研究[J].环球法律评论,2003(4):474.
- [9]杨素娟,杜颖.商品化权议[J].河北法学,1998(1):74.
- [10]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[J].法学,1999(7):63.
- [11]刘春霖.商品化权论[J].西北大学学报(哲学社会科学版),1999(4):57.
- [12]尹芳.试论商品化权[J].贵州警官职业学院学报,2003(1):50.
- [13]李诗鸿.论商品化权[J].江淮论坛,2005(6):58.
- [14]张丹丹.商品化权研究[D].长春:吉林大学,2008:31.
- [15]王利明.人格权法[M].北京:法律出版社,1997:12.
- [16]马俊驹,梅夏英.无形财产的理论和立法问题[J].中国法学,2001(2):103.
- [17]吴汉东.无形财产权的若干理论问题[J].法学研究,1997(4):85.
- [18]郑成思.版权法[M].北京:中国人民大学出版社,1990:300.
- [19]徐坤.浅析影视剧照中肖像权的法律保护[J].科技信息,2012(1):658.

On the Basic Concept, Nature and Classification of the Merchandising Right

LI Mengjia

(College of Comparative Law, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: Recently, China's film and television entertainment industry has been flourishing and developing, and the related issues of the merchandising right have aroused concern. However, presently, the judicial practice in our country has shown insufficient understanding of the concept and connotation of the merchandising right, which leads to the fact that it is difficult for the right holders to seek relief and protection when their legitimate right is infringed. The merchandising right is an intangible property right which exists during the secondary development and commercialization of real persons, fictional characters, symbols and other images or things, based on their attraction to the consumers. According to the difference of attributes, the merchandising right could be divided into right of publicity, right in characters and image merchandising, and their characteristics and protection rules should be recognized separately, so as to better promote the development of cultural and creative industries in China.

Key words: the merchandising right; intangible property; right of publicity; right in characters

(责任编辑:董兴佩)