

论商品化权

□马 蒂 [四川广播电视大学 成都 610073]

[摘 要] 商品化权是将能够创造商业价值的虚拟角色、卡通形象、影视作品片段等进行商业性使用的独占权利,是对已有智力成果的再次利用,系为应对著作权、商标权制度在调整商品化活动中所暴露出的不足而形成的新型知识产权。与传统知识产权相比,商品化权具有权利保护的被动性、权利界定的事后性等特征。

[关键词] 商品化; 商品化权; 知识产权; 比较

[中图分类号] DF414

[文献标识码] A

[文章编号] 1008-8105(2009)06-0039-05

一、概述

研究商品化权应从对商品化的理解开始。世界知识产权组织(WIPO)国际局在1993年公布的报告中将形象的商品化表述为“虚拟角色的创作者或真实人物或其他一个或多个经授权的第三方对于角色的主要个性特征的改编或二次利用,通过将该形象与不同的商品或服务相联系,使得预期的消费者因为对该形象的熟悉和认同而购买该商品或服务”^[1]。近年来,我国的商品化活动更是方兴未艾。从国内商业实践来看,商品化都表现为把虚拟形象、漫画、动画片中的人物角色、动物以及其他对消费者有吸引力的物品进行二次性商业使用以提升产品公众认同度的商业活动。其具体方式主要有:

1) 在商品上或其装潢上印刷特定角色形象或标志,如在T恤衫上印上“2008北京”字样、在男性用品上印上某硬汉的电影剧照等。商品化的最初实践就是从美国迪斯尼公司二次开发部(Secondary Exploitation)授权小商品生产商在产品上印刷迪斯尼卡通人物名字和形象开始的。

2) 以特定角色形象为主题制作产品,如“天线宝宝”玩具、“哈利波特”系列魔法用品;

3) 以名号、作品名称或其谐音命名产品或用作企业字号,如“咸亨酒店”、“泥人张”。

随着商业竞争的深入,商品化的具体方式还会层出不穷,但商品化始终要以明显或潜在的“商业目的”为其核心特征,如为教学、个人欣赏、戏谑

等目的应不构成商品化。

通过以上分析,不难发现商品化通常是对已具有一定知名度或影响力的对象二次利用,将其在一领域形成的知名度移植到另一领域,如将耳熟能详的动画人物印制在儿童产品上,以吸引潜在消费人群的注意力,提高该产品的公众认同度,继而刺激其购买欲。精明的商人也不会使用一名不文的角色形象在其产品上,因为那样难以提升销量。因此,商品化系以已然存在的知名度为其前提,是对已经形成的“声誉”的再利用,而这些知名度或声誉通常以某一知识产权客体为其物质表现。故在形式上,商品化是对具有知识产权属性的物质对象进行再利用,换句话说,商品化是在某些在先权利的基础上进行的。要指出的是,商品化人可以是在先权利人(通常系知识产权人),如上文的“天线宝宝”商标权人,也可以是非在先权利人。在先权利人进行商品化活动通常不会导致法律纠纷,目前有关商品化的利益冲突主要集中在商品化人与在先权利人之间,如著名的江苏“三毛”商标纠纷、云南“五朵金花”商标案、北京“泥人张”商号案等。现实迫使理论界不得不面对下列问题:谁享有进行商品化的权利,商品化权是什么性质的权利,它与在先权利的关系如何协调?

二、商品化权

关于什么是商品化权,目前主要有如下几种观点:

[收稿日期] 2008-11-19

[作者简介] 马 蒂(1972-)男,民商法硕士,四川广播电视大学副教授。

第一,“形象权说”。其主要代表人物为郑成思先生。郑先生将真实人物的形象(例如,在世名人的肖像)、虚构人物的形象、创作出的人和动物形象、人体形象等等通通归于“形象权”,“这些形象被付诸商业性使用的权利,我把它统称‘形象权’”^[2]。

第二,“角色商品实用权说”。该说以朱槟等为代表。他们认为,把作品中的角色形象以及名称用于商品上或服务上,往往会强烈地唤起消费者的消费欲望,取得商业上的成功,“这种谋求作品中角色(名称)的商品化的权利被称为商品化权”^[3]。

第三,“角色印刷权说”。如梅慎宗先生认为,“所谓商品化权一般是指著作权人使用其作品之角色印刷于销售的商品上的专有权利”^[4]。本说将可商品化的客体范围局限于作品之角色,将商品化的方式局限于“印刷”之用,属于最狭义的理解。

第四,“商业性使用权说”。该说认为商品化的对象不仅包括真人的形象、虚构人的形象、虚构的角色,还涉及到著名作品的标题(如《围城》),语言片段(如电影《大话西游》中的“如果非要给这段感情加一个期限,我宁愿是一万年”这一经典对白)以及为公众所熟知的有特定含义的标志^[5]。如刘春霖教授就认为,“商品化权是指,将能够创造商业信誉的人物或动物角色、形象、著名作品的名称或片段,广为人知的标志或它们的结合进行商业性使用的独占权”^[6]。

就以上四说而论,“角色印刷权说”尽管忠于商品化的本源,但将商品化的方式限于印刷作品之角色于销售的商品上,无论从权利标的还是从权利行使方式上都明显落后于当前商品化的客观现实,对商品化权的理解太过狭窄。

“角色商品实用权说”将商品化权的保护对象限于作品中的角色形象以及名称,致使其缺乏一定的周延性,对商品化权的保护失之过窄,同时以“……商品化的权利”来定义商品化权有概念循环之嫌,不符合“种概念+属差”的科学定义规则。

“形象权说”系当前的主导学说,从者甚多。但形象权是否等同于商品化权却值得讨论。形象尽管可分为“虚构角色”形象和“真实人物”形象两种^[7],但形象权(right of publicity)作为法律概念是有特定含义的,是专指自然人对自己显著的个体貌特征(独特的发型、个性化的动作、姿势、演出风格等)或以上特征的综合进行商业性使用、开发的权利,系人格属性的权利^[8]。而“虚构角色”形象形成的权利是“角色权”(rights in characters),系知识产权性质的权利,与商品化权相等同。“形象权说”忽视了真实人物形象权所具有的人格属性,而欲将人格属性的

权利与知识产权属性的权利强行归并在商品化权中,有逻辑混淆之嫌,同时在概念使用上有失严谨,也不足采。

“商业性使用权说”虽然在维护在先权利方面可谓无微不至,但没有注意到权利保护客体与权利公开领域的界限,而对于属于公开领域的对象,人人得为使用,不存在由谁享有专有权的问题。因而,该说将几乎所有可商品化的对象囊括在内,权利对象过于泛化,过分限制了非在先权利人的商品化活动,没有为商品化预留合理的空间。其次,“商业性使用权说”也存在将真实人物与虚构角色的形象混为一谈的问题。

综上,当采修正后的“商业性使用权说”为宜,即商品化权是指,将能够创造商业价值的知名虚拟人物角色、动物角色、卡通形象、影视作品片段、广为人知的标志或它们的结合进行商业性使用的独占权,其主要功能在于解决商品化活动中存在的不正当竞争现象,规范传统知识产权制度所不能涉及的权利空白点问题,以实现商品化人与在先权利人的利益合理平衡。

三、商品化权的保护对象

目前商品化的对象主要包括:1)著名虚构人物,如奥运会吉祥物“福娃”(据估计,福娃的“商业价值将达到40亿元人民币左右”^[9]);2)动画、漫画中的知名角色形象;3)商标标识等图形标记;4)装潢要素、设计和装潢(布置);5)影视剧照;6)知名的作品标题、虚构场所和其他的文字标记,如“围城”、“西游记”、“咸亨酒店”;7)作品角色名,如“阿Q”、“三毛”、“哈里波特”等;8)广为人知的事件,如“2008”、“上海世博会”。

由于商品化是一个动态发展的过程,以上8种商品化的对象应为例示而非列举性规定,以使商品化权利涵摄到将来可能商品化的对象,为经济的发展预留法律空间。

然而,商品化的对象不等同于商品化权的对象。上述第1)~5)种对象不仅是智力创造的成果,而且本身系有名知识产权权利保护的客体,因而属于商品化权的保护对象当无疑义,且通常由其在先权利人享有将之再次进行商业开发的专有权利。而6)、7)、8)种对象就其性质而言属于权利公开领域,不得由任何人享有独占权利,故并非商品化权的保护对象。以下分述之:

(一)作品标题、虚构场所以及虚构角色名
诸如“围城”、“咸亨酒店”、“阿Q”等标题或名

称尽管也来自作者的智力活动,也往往会在读者心目中留下深刻的印象,但这些单纯名称并不因此形成任何独立的权利,如果离开了其作品整体,恐怕这些名词毫无意义。受知识产权保护的是完整的作品,而非一个孤立的词汇。更重要的是,如对上述词汇以商品化权保护会导致商品化权极度泛化,不当限制了后人进行智力创造的可能性,不利人类公共精神财富的创新。更要注意的是,在商品化权的视线中,“三毛”和“三毛”漫画形象是性质完全不同的两个客体。“三毛”这个词汇本身不受商品化权保护,但“三毛”漫画形象确既受著作权保护,又是商品化权的保护客体。单纯使用“三毛”这个词汇并不必然导致消费者直接与那个印象中的“三根长发、圆鼻子的小男孩”相联系,而使用直观的“三毛”漫画形象则直接利用了该图像在人们心中的好感和熟悉度来增加产品的知名度,是对在先权利的“搭便车”使用,换句话说,使用“三毛”漫画直接“盗”用了在先权利人本应获得的某种利益,有违诚实信用,涉嫌构成不正当竞争。而前述“三毛”案的被告如仅注册“三毛”文字商标而非文字图形组合商标的话,恐怕该案的判决结果会有所不同。

(二) 广为人知的社会事件

一些重大的社会事件如“嫦娥登月”、“神舟载人飞行”往往也会吸引公众极大的注意力。精明的商家不失时机地将类似事件商品化,在产品上印上“神舟”字样或飞船模型或二者结合或制作飞船模型以创造消费者的购买欲望。重大的社会事件并非某人有意创造的精神产品,不可能由谁对其享有专有权利,其自始至终为全体社会成员共享,任何社会成员都可无偿使用。但如果将之商品化的后果可能有损社会公序良俗,也当在禁止之列,如有火锅店在汶川大地震后取名为“512震宗锅”就受到了工商部门的查处。

四、权利主体

一般而言,商品化权的权利人可根据知识产权权利主体的确定原则来确定,如将漫画作品中的虚构角色形象、影视剧照等进行商品化的权利原则上归属于著作权人或原权利人,值得讨论的,有以下几点:

(一) 作者死亡后的权利主体

将作品中的虚构角色商品化,其目的在于利用该虚构角色在消费者心目中的影响力或知名度增加该产品的公众认同感,继而刺激其产生购买冲动以提高产品销量。权利人通过商品化的行为谋取的为

财产利益,所以商品化权可以准用著作权的财产利益归属原则归作者的继承人享有,其权利存续期也为作者死后的50年。因此,在“三毛”形象纠纷案中,对“三毛”形象享有商品化权的是原作者张乐平的后代,其他人欲商品化使用“三毛”文字及其图像的,应事先征得张先生后人的同意,否则得为侵权。

(二) 虚构人物商品化权的权利主体

虚构人物商品化权的权利主体系对该人物享有权利的法人或自然人,如奥运会吉祥物“福娃晶晶”、“福娃贝贝”等均由北京奥组委进行了著作权登记,因此其商品化权的权利主体即为北京奥组委,制作有关福娃的动画片、工艺品、邮票、贴画等都需取得奥运会组委会的授权。但奥运会组委会系一临时性机构,该组委会在奥运会结束后即根据惯例解散,解散后“福娃”的权利如何归属呢?根据国际奥委会与中国奥委会和北京签署的《第29届奥林匹克运动会主办城市合同》第40条,组委会在主办国内持有的与其徽记、吉祥物和“城市十年份”奥运会标识有关的任何和所有版权或设计(不论登记与否),均应在不迟于2009年1月1日转让与国际奥委会。故北京奥运会结束后,与之相关的一切与奥运会有关的图像的,视觉的艺术的或知识的作品或创作的一切产权,包括版权,完全归国际奥委会所有(《第29届奥林匹克运动会主办城市合同》第41条)。目前学者皆承认,奥林匹克知识产权没有期限性^[10],所以,历届奥运吉祥物最终能在奥林匹克家庭中“团圆”并得到奥林匹克知识产权体系特殊的保护。不过吉祥物是时效性很强的标志,随着时间流逝,在人们心目中的印象会逐渐淡化直至消失,通常该吉祥物的商业价值会随着特定文体活动的结束而降低。也正是考虑到吉祥物的这个特点,1996年国务院发布的《特殊标志管理条例》规定会徽、吉祥物等标志的有效期限定为4年(可以续展)。因此,对于其他非奥运的标志,在权利有效期经过后,即进入公开领域,任何人得为使用。

五、与传统知识产权之比较

据上述分析,商品化权系在以其他知识产权为基础上对智力成果再利用的权利,它与知识产权有着千丝万缕的联系,具有若干共同的特征,如权利的对象都为智力成果、权利客体都具有无形性等,当前理论研究也一致将其界定为知识产权之一种。当然,与传统知识产权相比,商品化权又存在一些特征。

(一) 制度层面的比较

1. 商品化权与著作权

商品化权与著作权最易产生交叉,除广为人知的社会事件外,实际中商品化的对象皆来自于各种文字、影视作品。当然,这并非说明商品化权以取得著作权为前提条件。诸多作品角色与虚拟人物,尤其是如“阿童木”等卡通造形既直接受著作权保护,也直接受商品化权保护。但著作权的客体是作品,以书稿、曲谱等物质形态为其权利载体,商品化权的客体是“作品中角色、片段或名称对顾客的吸引力,即信誉”^[6],而信誉是无形的,特定角色的吸引力会随着角色知名度的变化而变动,不可能以有形的方式进行事先固定,二者在客体上有所不同。其次,著作权着重保护的是作品的表现形式,它要求该作品是完整的,能表达一个完整的思想或观念。不能独立表达某个思想的作品局部内容不受著作权保护。而商品化权所关注的是其他一切非智力成果创造者是否不正当地利用了原智力创作人思维活动的结晶,是否有违公平正义。再次,著作权是人身权利与财产权利的统一体,商品化权侧重于财产利益。准此以言,商品化权系由诚实信用原则以及公平理念具体化的权利,是一种独立于著作权的新型知识产权。在具体审理商品化权纠纷时,也有必要通过判断案件结果是否符合诚实信用原则来反推侵权是否成立。

2. 商品化权与商标权

很多卡通形象已进行了商标注册,其中不乏驰名商标。因此,将“米老鼠”等形象印刷在自己产品上或作为产品装潢、包装都涉嫌商标侵权(《商标法实施条例》第50条)。但商标的图案必须事先固定化,如果不是机械地对该卡通形象商标复制使用,而是在其原型基础上进行创造后再使用或是使用非注册的商标图案的“米老鼠”形象,恐怕商标权人就无能为力了。同时,我国关于商标权利的取得采注册原则以及分类保护原则,而众多卡通形象不可能一一注册,没有进行商标注册的卡通形象不能得到商标法的保护。当前,我国的动画产业正快速发展,但商标权在角色形象保护方面仍存在相当的空白点,商品化权恰好弥补了这一空白,可以给予这一新兴产业更全面的法律保护。

3. 商品化权与专利权

通常商品化权与专利权很少发生权利交叉的现象。在上举“神舟”之例中,如果神舟飞船已申请了外观设计专利,其外观会受到专利权制度的保护,如果在产品上印刷飞船或以飞船作为产品装潢或直接生产飞船模型会涉嫌专利侵权。不过单纯的使用“神舟”这两个汉字并不构成专利侵权,也与商品

化权无涉。

(二) 理论层面的比较

1. 权利保护的主动性与被动性

著作权等传统知识产权在权利的保护方面具有主动性,如可以采取著作权注册以公示其权利的存在以及权利的保护范围,同时还可以主动采取防御性的技术措施以进行未雨绸缪的自我保护,如注册防御商标、采取防复制的技术手段以防盗版等。而在现行法制下,商品化权权利人缺乏其权利存在的主动标示机制,而且受商品化权的权利属性所限,权利人也难以就权利的外延作出明确的宣言,通常只能在自己知识产权所针对的对象被不当商品化后方能就事论事地进行个案性的法律追溯。假如知识产权人和其他人都不进行商品化活动,此时的商品化权仅处于“休眠”的或“无为”的状态,潜而不发。某种意义上讲,恰恰是非权利人的商品化活动使之从期待的权利状态转化为现实性的权利,继而声讨非权利人的不当行为,主张为自己的智力成果收取合理的对价。因此,在权利的保护上,商品化权系一种被动性的权利。

2. 权利界定的事先性与事后性

商品化权与传统知识产权差异还在于其权利确界的事后性。所谓事后性,是指商品化权权利范围难以事先明确化、固定化,通常只能在纠纷发生后通过具体事例来判断权利的正当界限并决定是否构成对在先权利的不当利用。这与商标权、专利权的权利事先确定性形成鲜明的对比。商标和专利都需要事先通过图案、文字造型或权利请求书明确其权利范围,并仅在该范围内享有专有的排他性权利。其他人在商标、专利权被依法确定前的使用系合法使用,且可在原有使用范围内继续使用,对此,权利人还不得提出任何非难。著作权的产生有的国家采注册主义,有的采自动生成主义,但无论哪种主义,其保护的对象都以作品为限,不可能超越该作品,也即著作权的权利范围也是得预先确定的。而商品化权由于可商品化的对象太多,商品化的方式繁多,事先一一列举具有相当难度。以影视作品为例,我们可以将其中一张剧照进行商品化(当然这可能涉及著作权的侵权),也可以将该剧照中某个角色或某个显著性特征或角色名称商品化。所以,很难以法律术语精确区分合理使用与不当利用的界限,使得事先划定商品化权的权利范围几乎不可能。因此,商品化权的权利范围具有明显的事后界定性。

六、结语

根据《世界知识产权组织公约》第2条第8款的

规定,知识产权应该是一个开放的权利体系,它囊括了在工业、科学、文学或艺术领域里一切其他来自知识活动的权利。商品化权虽未被该条明确列举,但定性为知识产权当无异议。鉴于商品化权在我国知识产权体系中有名化尚有一段时日,目前暂可类推适用著作权法相关规定来确定其权利归属、权利存续期间等问题,以解决现实纠纷,适应经济的发展。

参考文献

- [1] 余俊. 商品化权研究[D]. 北京:中国人民大学,2005.
- [2] 郑成思. 知识产权法[M]. 北京:法律出版社,1997: 32-33.
- [3] 朱槟. 关于角色的商品化权问题[J]. 中外法学,1998, (1): 127-128.

[4] 梅慎宗. 试论影视作品中“虚构角色”商品化权之知识产权保护[J]. 版权参考资料,1986, (6): 44.

[5] 李军, 王刚. 五朵金花案的法律思考——试论商品化权[EB/OL]. [2006-08-18]. <http://www.law863.com/n217335c452.shtml>.

[6] 刘春霖. 商品化权论[J]. 西北大学学报(哲社版), 1999, (4): 54-58.

[7] 吴汉东. 形象的商品化与商品化的形象权[J]. 法学, 2004, (10): 77-89.

[8] 马蒂. 形象权探析[J]. 西南科技大学学报(社科版), 2008, (2): 35-39.

[9] 中国知识产权报, 2005-11-16 (01).

[10] 吕炳斌. 奥林匹克标志应列为“官方标志”[J]. 中华商标, 2007, (1): 37-39.

On the Study of Merchandising Right

MA Di

(Sichuan Radio & TV University Chengdu 610073 China)

Abstract In order to avoid the unlawfully commercialized using of the spiritual production from non-obligees, merchandising right was constituted under the Tenet of Equity. Merchandising right as well as copyright, trade mark right and patent right will establish a whole legal system concerning intellectual property.

Key words commercialization; merchandising right; intellectual property; comparison

编辑 范华丽

(上接第34页)

A Comparative Study of the Internet Service Provider Copyright Infringement Liability between China and the United States

LIU Chun-lin SUN Ling-na

(Hebei University of Economics and Business Shijiazhuang 050061 China)

Abstract A country, of which the development of network technology is late, needs to learn from those countries with top-technology experience. Comparing the Internet service providers responsible for copyright infringement between China and the United States is of great significance. The thesis mainly related to the occurring of the network service providers responsibility for copyright infringement, the Internet service providers copyright liability principles, the duty type, and the limitation of liability comparison of the Sino-US.

Key words Internet service provider; copyright infringement; Tort Liability

编辑 范华丽