

摘 要

形象商品化是自上世纪中期以来迅速发展的文化经济现象，其突出特征是，相关主体利用知名形象的名角效应进行二次开发运用于商品或服务。近几年来，受竞争压力的驱使，知名形象的商品化在我国越来越受到重视。知名形象付诸商业实践后，往往在消费者心中形成强大的购买刺激，从而具有无与伦比的广告公关效应。商家和形象拥有者都已经清醒的认识到知名形象的商业价值，发展前景十分广阔，因此相关的研究和保护确有必要。

本文首先探讨形象商品化的理论问题。从形象范畴入手，界定其内涵和外延，将形象的范围界定为真实人物形象和虚构角色形象，并对形象的特性及表现形式进行了论述。然后对形象商品化现象从法学视角进行了条分缕析，认为形象商品化问题包含两个重要方面，一是知名形象中蕴含的对于公众的吸引力和影响力以及潜在的商业价值，因为这种吸引力具有连带效应、持续效应等类似于名牌效应的多种实质性特征，笔者在本文大胆套用，驳斥了形象商品化权的客体是所谓形象商誉的片面提法，将其表述为类似名牌效应的“名角效应”。二是知名形象商业化开发的过程就是商品化者挖掘并拓展其名角效应的过程。这种过程是对知名形象在原有的表彰或娱乐的基础上进行的二次开发。随后推出形象商品化是相关主体利用知名形象的名角效应进行二次开发运用于商品或服务的营销过程。最后对形象商品化的权利形态的各种学说进行了分析比较，尔后本文将其称为“形象权”。

在经过深入的理论探讨之后，从国内外两方面论证现行法律体系对形象商品化进行调整的可能性及限度。除肯定各部门法所发挥的一定调整作用之外，重点指出其调整的局限性。国内方面，从近年来关于形象商品化的司法实践入手，分析了我国现行的著作权法、商标法以及反不正当竞争法保护形象商品化问题的局限性，并对这些局限性进行了原因分析。国外方面，从著作权制度、商标权制度、外观设计制度、反不正当竞争制度的角度考察了外国关于形象商品化保护制度的立法例和相关的司法实践，并指出了其中的不足与缺陷。

在前文论述的基础上，提出本文的观点——构建一种独立的形象权法律制度，并对其进行了全方位的论证。既明确肯定了权利的性质和法律关系，又科学设计了权利的限制及期限。同时，本文对我国形象权立法的条件和进程作了一番思考。认为目前的立法条件并不成熟，但法学研究须进一步深入。只有在学理上早日设计出合理方案，并充分尊重公众的法律需求，形象权法律制度才能真正进入立法进程。

关键词：形象；形象权；形象商品化

ABSTRACT

Image Merchandising is a cultural and economic phenomenon developing rapidly since mid-20th century, the prominent feature of which is that relevant subjects utilize celebrity effect of well-known stars to carry out secondary development for commodities or services. In recent years, China has attached more importance to image merchandising under the pressure of competition. After commercial practice of famous image put into effect, it is natural to form powerful purchasing activation in the mind of consumer, which is easy to provide incomparable advertisement and public relation effects. Due to the clear-headed cognition to the commercial values of famous image by businessmen and image owners, it is necessary to make relevant studies and protection measures in this filed with long term potential.

Theoretical problem of image merchandising is firstly discussed in this article, the connotation and extension of which are firstly defined from the category of image. The range of image is defined as real individual image and fictitious character image, and the character and manifestation of image are discussed. Then the phenomenon of image merchandising is carefully analyzed in the term of law, and two important aspects are included in image merchandising via analysis. Firstly, image contains attraction and influence to public as well as potential commercial value, and the attraction has many material characters similar to famous band effect, such as joint and several effect, persistency effect. In this article, the object of image merchandising right is not so-called celebrity goodwill is denounced, but considered as "celebrity effects" similar to famous brand effect. Secondly, the development of image merchandising is the course of excavation and development of celebrity effects. The course is a secondary development on the basis of original honor or amusement of famous image. The image merchandising brought forward later is a marketing process by relevant subject utilizing celebrity effects of famous image to carry out secondary development for commodities or services. Finally, various theories for right forms of image merchandising is analyzed and compared, which is called image rights later in this article.

After deep-going theoretical discussion, the feasibility and limit for adjusting image merchandising by current legal system are proofed from home and abroad. Besides affirming certain adjusting roles of each branch law, the limitation of adjustment are pointed out. Starting from judicial practice of image merchandising in recent years, the limitation of current Chinese copyright law, trademark law and anti-unfair competition act in the protection of image merchandising as well as its reason are analyzed. The legislation and relevant judicial practice for image merchandising protection system in abroad are reviewed in the term of copyright system, trademark right system, industrial design system, and anti-unfair competition

system, shortages in which are pointed out.

On the basis of above discussion, the viewpoint of this article –establishing an independent legal system for image right and completely verifying it- is brought forward, which not only definitely confirms right characters and legal relationship, but also scientifically design limitations and terms of right. Simultaneously, conditions and courses for the legislation of Chinese celebrity right are carefully considered in this article. Current legislation conditions are still unripe, but jurisprudential study shall be reinforced. Only rational project is designed in theory and legal requirements of public are fully considered, that legal system for image right can enter legislation process in practice.

Keywords: image, image right, image merchandising

原创性声明

本人声明：所呈交的论文是本人在导师指导下进行的研究工作。除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其他人已发表或撰写过的研究成果。参与同一工作的其他同志对本研究所做的任何贡献均已在论文中作了明确的说明并表示了谢意。

签名： 张明华 日期： 2006.6.27

本论文使用授权说明

本人完全了解上海大学有关保留、使用学位论文的规定，即：学校有权保留论文及送交论文复印件，允许论文被查阅和借阅；学校可以公布论文的全部或部分内容。

(保密的论文在解密后应遵守此规定)

签名： 张明华 导师签名： 蒋波 日期： 2006.6.27

引言

形象的商业化运作，恐怕要追溯到玩具工业的起源。回溯到十八世纪，著名的圣诞老人形象被刻在各种各样的玩具上。十九世纪中叶出现了依照狄更斯（Charles Dickens）著作的场景制作的玩具陶器。1864年甚至还出现了一个代表著名歌星 Jenny Lind 的洋娃娃。除了被制成玩具，日用品也被打上了商品化的烙印。例如 Fels-Naphtha 香皂，Uneeda 饼干，Van Camps 猪排和培根等等。

形象商品化现象以有组织的形式出现，始于 20 世纪 30 年代美国迪斯尼公司的 Kay Kamen 对卡通角色的二次商业性开发。迪斯尼公司在创作了米老鼠、唐老鸭、白雪公主等家喻户晓的动画形象之后，成立了一个专门从事卡通形象“二次开发”部门，授予小件商品（如 T 恤、玩具、纽扣等）生产者利用这些卡通形象的许可证。最初，商业开发的对象主要是文学作品插图中的人物和迪斯尼卡通人物。随后，政界和演艺界的名人从 50 年代起开始将自己的形象在服装广告上授权使用。而随着科学技术的发展，形象商品化涉及面日益广泛，并逐渐产生了一个欣欣向荣的新型产业。

商品化问题的产生主要是源于它所具有的巨大经济利益，如迪斯尼公司商品化部在 1978 年销售印有卡通人物的名字和形象的商品，销售额达到 2.7 亿美元，1979 年销售与电影“星球大战”中的人物有关的商品则达 10 亿美元。¹正是这种商业活动的巨额利润，使权利人与利用人之间的利益严重失衡，从而产生了以法律予以调整的必要性。借用经济学的术语就是产生了“外部经济效果必须用某种办法内部化”的需要。²

西方国家从 20 世纪 50 年代开始研究形象商品化问题，历经半个世纪的理论探讨和司法实践，至今虽没有形成统一的认识，但各国已试图从各个角度对形象商品化进行了一定程度的保护，关于商品化的学说也日益丰富。我国理论界对形象商品化的研究最早见于 20 世纪 80 年代，进一步发展于 90 年代末，然

¹ WIPO, Introduction to Intellectual Property: Theory and Practice, London: Boston: Kluwer Law International, 1997, at p. 309

² 郭玉军、甘勇：《论角色商品化权之法律性质》，知识产权，2000，(6)，p28

而仍处于初始阶段，司法实践虽有所突破，但大多因为立法的空白而浅尝辄止。因此本文将利用规范研究和比较分析的方法，在国内外理论研究的基础上分析形象商品化的实质，以期能为完善形象商品化的理论做点微薄的贡献；并在结合我国保护现状的基础上比较分析国外相关保护制度，试图为我国形象商品化的保护制度的构建提供有益的建议。

第一章 形象商品化的理论探讨

第一节 形象的界定

一、法学视野下的形象概念及分类

要清晰的认识形象商品化问题，首先必须对形象进行明确的界定。在一般意义上，形象是指表现人的思想或感情活动的具体“形状相貌”，或指文学艺术作品中作为“社会生活描写对象”的虚构人物形象或其他生命形象。³而作为商品化对象意义上的形象，范围更为宽泛。而且不难预见，随着传播产业的发展以及大众注意力的转移，可以进入商品化范围的形象会越来越多。因此，法律对形象商品化的调整应保持一种开放的体系，以适应社会形势发展的需要。

由于实践总结和理论研究的不够深入，加之各国法制传统的差异，目前法学界对商品化对象的概念整合及分类，并未做到完全统一。世界知识产权组织在1994年“角色商品化”报告中将商品化的对象表述为“角色”，并认为可分为三类，文学作品中的虚构角色、现实生活中的真实人物以及由真实人物扮演的各种表演形象。⁴美国学理上有真实人物形象和虚构角色形象之分，在法律上分属不同的权利形态。前者的相关权利称为“公开权”（Right of Publicity），是指“个人对其形象进行商业价值利用的权利”；⁵后者的相关权利则称之为“角色权”（Right in Characters），其权利指向涉及作品中的“艺术形象”，包括“在电影、电视、动画等作品中出现的人物、动物或机器人等，也包括用语言表现的作品中的虚拟形象”。日本学者将形象商品化的对象限定于“角色”，并对该词扩充解释，认为包括三种：（1）漫画或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）小说故事中的出场人物等依文字、语言表现出来的虚构角色（Fictional Character）；（3）真实人物

³ 参见《辞海》，上海辞书出版社，P814

⁴ WIPO, Character Merchandising, WO/INF/108 4799S/IPLD, p.9

⁵ Ping Hin Yu: Intellectual Property: E. Publicity Rights, Berkeley Technology Law Journal & Berkeley Center for Law and Technology, 1998

(Personality)。⁶在借鉴上述研究成果的基础上,我国部分学者倾向于以“角色”对商品化对象加以概括,并取其广义之解。如杜颖博士认为,作为商品化对象的角色或角色特征很难穷尽,主要有:(1)人物姓名、肖像;(2)广为人知的片断、题目;(3)虚构角色的剧照、形象;(4)为公众所熟悉的标记、符号等。

7

笔者认为,“角色”之称并不贴切,其所表达的内涵过于具体,缺乏一定的抽象性,不足以对姓名、肖像、姿态等各种形象因素进行一定的概括。而“形象”一词,则能够较好的在更抽象的层面与真实人物、虚构角色等主体相协调。鉴于目前形象商品化的现实需要,笔者认为应将形象分为以下两类:(1)真实人物形象,即自然人在公众面前表现其个性特征的人格形象,它往往通过姓名、声音、签名、影像(包括静态的肖像照片和动态的电视电影中的个人形象)等具有实质性区别特征的人格性因素予以连接,使他人能够凭借自身的心理活动予以再现。(2)虚构角色形象,即创造性作品中塑造的具有个性特征的艺术形象,它通过名称、外形、经典动作、口头禅、关键短语等艺术性要素,创造并非真实存在的虚拟性角色,包括人物、动物。虚构角色包括卡通角色、文学角色以及影视角色(仅指真实人物扮演虚构角色)。

有些学者在上述形象类型之外,还列举了表演形象。笔者认为,表演形象并不是一个独立的形象,在演员表演作品角色的情形下,如果强调的是演员所塑造的角色,则应为虚构角色形象;如果着眼于演员自身的本色,则应归为真实人物形象。而演员若从事的是不涉及作品角色的表演,如马戏表演、杂技表演、魔术表演、体育表演等,则应属于真实人物形象的范畴。

二、形象的特性

并非所有的形象都值得进行商业化运作,也并非所有的形象都有法律规制的必要,须具备特殊的法律属性:

首先,形象必须有独立的个性化特征。这种个性化特征所蕴含的显著区别性使一般公众将其与其他形象区别开来。真实人物形象的个性特征,是可以用

⁶ [日] 藤井义夫:《专有形象标志与肖像》,载《知的所有权论文集》,P887

⁷ 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版,P21

来指示自然人的身份要素，如姓名、肖像、身份和个性等。虚构角色形象只有具备完整性才可能具有独立的个性化特征，而完整的虚构角色形象由个性特征、情节和反应构成。个性特征包括虚构角色的姓名、身份、外貌描述和个性等，情节是指人物在特定生存环境中的经历和故事，反应涉及对人的反应和对物的反应。⁹基于这一要求，纯美术作品或工艺作品中的虚构角色，因不具备完整人物形象的上述要件而不属于本文的形象范畴。

其次，形象必须为众人所知，并能产生良好的公众效应。也即形象必须有知名度。由于形象付诸商业性使用的主要目的就是开发和利用其对公众的吸引力，对于真实人物而言，表现为在相关领域的广泛认知度和社会公众的相当影响力；对虚构角色来讲，则要求该角色的载体即文学作品、影视作品必须公开发表，在媒介和公众中实现流通和认知，并且被公众广泛接受。

最后，形象必须予以商业化运作，即在商品经营或服务中加以运用。经营者通过该形象的公众影响力来提高其产品或服务的信誉，以招徕潜在的消费者。否则，如果将特定形象付诸于公益性非营利性场合，即使满足了前两项要素，仍不属进行商品化的形象。

三、形象的表现形式

形象是一个非常抽象，但内涵又十分丰富的概念。形象虽然是表现特定对象之个性特征的一个整体，但由于其不具有有形财产一样的物理特征，因此难以通过视觉、听觉、触觉而直接感知，容易给人抽象笼统的感觉。在实际生活中，形象总是借助一些具体的特征表现出来，人们对各种形象的把握也总是通过对这些具体特征的印象而获得的。这些连接形象与公众的特征我们称之为形象特征或形象因素。形象特征的形式丰富多样，没有固定不变的范围，并且随着科技进步和文化与产业的发展不断延伸。严格来讲，任何具有鲜明个性、可以激发公众将之与具体形象相连接的因素，都位列其中。例如真实人物的姓名、肖像、声音、体态等专属性人格因素，虚构角色的名称、图形、声音、姿态等艺术性角色因素以及知名作品的名称、片段等等。

⁹ 吴登楼：《论虚构人物形象的知识产权保护》，《著作权》1999年第1期

有学者认为知名作品的名称、片段等形象因素，虽具有个性化特征，在有的情况下也确实有商品化的价值，但是他们并非指示真实或虚构人物、动物或其他生命物，不具备形象表现的直接功能。⁹对此笔者有不同的看法，认为知名作品的名称、片段既可以作为真实人物的形象特征，也可以作为虚构角色的形象特征。当然，知名作品的名称、片段必须在公众中具有较高的知名度，人们在看到作品名称、作品片断，就能想到这个作品的整体以及作品中知名角色的形象，甚至是作者的形象。如果不符合这个特征，即使是知名作者所创造的知名作品的名称和片断，也未必具有商品化的价值，成为表现特定形象的个性特征的媒介。

第二节 形象商品化的法律分析

一、形象商品化的概念及实质

形象商品化最初是作为经济学概念提出的，其产生背景是在现代市场经济条件下，竞争日趋激烈，人物或动物的形象如果享有较高的可信度和良好的公众评价，就会在消费者心目中产生强烈的吸引力，从而形成市场竞争优势。在“关贸总协定”乌拉圭回合谈判知识产权保护范围时，这一经济现象引起了法学界的重视，并称之谓为“角色销售”。¹⁰1993年11月世界知识产权组织(WIPO)国际局公布的一份报告，将形象的商品化表述为“由虚构人物的创作者或真实人物或其他一个或几个被授权的第三方，对角色的基本人格特征进行改编(adaptation)和二次开发利用(secondary exploitation)，并使其与不同的商品或服务产生联系，其目的是使潜在的消费者基于对该角色的亲和力的认可而产生获得该商品或服务的愿望。”¹¹德国学者 Schertz 将形象商品化定义为，“为了旨在销售商品和提供服务(包括促销与广告)的经济用途，权利人自己或通过授权给第三人，除了常见的主要应用之外，广泛的应用群众喜闻乐见的人物，特别是虚构形象、真实人物、姓名、标题、图章、标示语、声音、装潢要素、

⁹ 吴汉东：《形象的商品化与商品化的形象权》，《法学》2004年第10期，p78

¹⁰ 熊伟：《形象商品化与形象权法律保护制度之研究》，载李双元主编：《国际法与比较法论丛》第12辑，p318

¹¹ WIPO, Character Merchandising, WO/INF/108 4799S/IPLD, p.6

设计和画片(除去他们自身的活动和表现领域)”。我国也有学者对角色商品化进行了定义,认为是相关主体对已取得声誉或具有公共吸引力的某些人格因素或个性化的文化因素在其已有的表彰或娱乐功能的基础上,通过以商业使用为目的的商品化二次开发使用,使之具有商品化服务的表示功能而被用以商业经营之上。¹²

笔者认为,上述概括尽管对本文的研究有很大启示,但略显琐碎,容易淡化商品化问题的核心。为了更好的把握形象商品化问题的核心,我们从分析其实质入手。形象商品化的本质直接导源于公众注意力的聚焦,通过将形象与商品结合起来对形象的影响力、吸引力加以商业利用,从而将形象的价值转移附着至商品或服务上,以创造大众需求,并带来可观的经济收益。商家真正利用的是这些形象对顾客的吸引力、亲和力。学者们关于这种吸引力、亲和力的学说很多,如“信誉说”,“商誉说”“大众需求说”以及“消费欲望说”等等,但都有其局限性,只能涵盖形象之相关特性的一部分。

受到企业管理中的名牌效应¹³的概念启发,笔者认为值得进行商业化运作的所谓形象的吸引力和亲和力,与前者在性质上有着极端相似的特点,都是一种广为人知,并深受大众喜爱和信赖的无形财产,能够带来巨大的经济利益。具体分析如下:(1)感召效应:形象商品化中的形象具有强烈的感召力,可以激发消费者的购买欲望。名气越大,潜在的消费群体越多,商品化的市场潜力就越大。通过消费领域的传导和流通范围的扩展,更增强其影响力和感染力,并由此取得良好的经济效果。(2)持续效应:著名形象的市场地位一旦确立,其社会影响和经济效果将长期持续下去,成为一种巨大的无形资产不断发展。如果商业化运作比较成功,还会促使形象不断发展。(3)连带效应:著名形象在其原有

¹² 何英:《角色商品化权的法律保护》,华中科技大学2001年硕士学位论文,p6

¹³ 所谓名牌效应,就是产品质量、信誉的影响力,是产品满足社会需要而获得的经济效果。在市场经济运行过程中,名牌效应关键体现在:①感召效应(扩散效应):名牌产品具有强烈的感召力,它基本可以使消费者为之狂热。名牌越响,名气越大,就会越受消费者的青睐,市场占有率就越高。反之亦然。②持续效应:名牌产品的市场地位一旦确立,其社会影响及经济效果会长期持续下去,成为一种巨大的无形资产不断发展。③连带效应(乘数效应):由于消费者传导和广告宣传的作用,商标信誉的影响力可以超过产品的实际质量水平,名牌产品可以由一种放大为一组产品,爱屋及乌的心理暗示使消费者很容易接受其他相关的产品。④约束效应:名牌产品对企业本身也是一种压力,它迫使企业不断的检查自己的行为,防止自毁名誉的事情发生。为此,企业要不断加强市场调研、科技开发以及质量检测和客户服务等方面的管理,使名牌产品持续发展。由于上述效应的作用,而使名牌产品具有很高的“含金量”。参见韦小明:《在竞争中创造和展示名牌效应》<http://ah-sr.com/in/zs3r3.htm>

领域的影响力，可以超过商品或服务的实际质量水平，但爱屋及乌的心理暗示带动消费者很容易接受与其相关的一种或多种商品或服务。(4)约束效应：著名形象对商品化运用者本身也是一种压力，它会迫使使用者不断提高相关产品和服务的质量和管理，维护形象的声誉，以确保形象商品化的持续发展。毋庸多言，这种各类效应之集合的特殊属性，是“信誉”或“消费欲望”等简单用语所无法囊括的。因此，笔者套用名牌效应的概念，将形象蕴含的这种吸引力、亲和力称为“名角效应”。形象商品化的实质也就非常明显：是将特定的形象所代表的名角效应通过再开发用于商品或服务的营销中，使其原来的名角效应能在商业领域产生相同的名牌效应，进而吸引广大潜在的消费者，达到扩大市场、创造商业效益的过程。这种开发利用名角效应的过程我们称之为“二次开发”，其重点是实现了形象和商品或服务的完美结合，发挥了名角效应，带来了可观的收益。

通过以上对形象商品化实质的分析，形象商品化的定义可以概括为相关主体利用知名形象的名角效应进行二次开发运用于商品或服务的营销过程。这种表述虽然简明扼要，但基本表达了形象商品化的本质含义，并为下文的讨论奠定了基础。

二、形象商品化的表现形式

形象商品化虽然可以相应分为真实人物形象商品化和虚构角色形象商品化两类，但其商品化的形式却有许多相通的地方，以下试简要列举¹⁴：

1、广告宣传。将各种形象运用于广告宣传，借用知名形象推销商品或服务，这是形象商品化最普遍的形式。广告宣传的形式多种多样，主要是借助电视、广播、报纸等大众传媒，以及新兴的互联网络等传播手段。只要能通过宣传，在消费者心目中建立该商品或服务与知名形象的美好联系，就能够达到促销的目的。

2、商品包装装潢。除广告宣传外，在商品的包装装潢上使用某些令人难忘的形象特征，也是形象商品化的一种重要形式。与同类商品相比，印有“米老

¹⁴ 熊伟：《形象商品化与形象权法律保护制度之研究》，载李双元主编：《国际法与比较法论丛》第12辑，p322

鼠”“唐老鸭”等卡通形象的玩具对儿童更具吸引力，商品即可由此而增值。

3、形象改编。形象改编是一种早期的、有组织角色促销行为，主要是将卡通角色、引人入胜的人物绘画以及文学作品角色改编成另外一种表达形式后再投入市场销售。如将小说的主人公改称动画形象或连环画，将电影改编成卡通片或儿童读物等，通过诸如此类的纵深开发，并获取高额利润。

4、制作出售立体形象。如将电影或电视中的卡通形象进行三维的复制，制作小型的玩具或钥匙的饰物。

5、形象变形。例如将二维形象转化为三维的模型，二维形象转化为电视广告中的角色等。如连环画中的人物被以立体形式再现出来，做成娃娃或模型。

6、注册商标或企业名称。将自己拥有的形象注册为商标或企业名称从而获得另一专用权，这既可以保证自己的专有使用权，又可以排斥他人的“搭便车”，是一种非常有效的形象商品化形式。

现实经济生活中的形象商品化形式是无法一一列举的，而且随着法制的健全和技术的进步，人们在进行形象商品化的道路上将更加发挥自己的聪明才智，使各种新形式层出不穷，更好的服务于经济发展的需要。

第三节 形象商品化的权利形态：形象权的概念 与起源

形象权最初起源于美国判例对真实人物形象的保护，由美国一位著名法官 Jerome Frank 首次提出。Jerome Frank 法官在 1953 年的 *Haelen Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum* 案中指出，某些原告因其姓名或肖像被用于推销玉米片或洗发水而感到窘迫和羞辱，而另一些原告因他们的姓名或肖像被投入商业使用但未得到任何报酬而感到愤怒。Frank 法官将一个人控制其姓名或肖像的商业利用的权利称为“right of publicity”，即形象权。就像对一本书或一片土地拥有财产权那样，一个人对姓名也拥有一种财产性权利。¹⁵这种观点提出后并未在美国的立法及司法活动中立即产生多大影响，而是到了六、七十年代，才为一些州的立法以及联邦法院的判决所采纳，使形象权的概念逐渐得以发展和完善。

¹⁵ Don R. Pember: *Mass Media Law (Fifth Edition)* W m. C. Brown Publishers, 1990, p214

然而，“形象权”一词对中国民法学界却是一个比较陌生的概念，它不仅在我国民事法律中未曾出现过，在民法著述中也很少见到。知识产权的学者们更早的注意到了对形象权问题专门研究的必要性，如梅慎实先生在1989年就发表了《试论影视作品中“虚构角色”商品化之知识产权保护》，¹⁶郑成思先生也于1993年在一本研究版权法的书中专设一节对相关问题进行了探讨。¹⁷之后很多年轻学者撰写了不少商品化权方面的文章，推动了对形象商品化问题研究的逐步升温。经过多年的研究和探讨，国内法学界对于应创设一种权利对形象商品化问题加以调整，是不持疑义的。但是这种权利如何命名，其属性如何以及其内涵与外延如何确定，学者们有着各自不同的理解。归纳起来有如下几种观点：

1、“角色商品化权”说。由于对“角色”范围界定不一，“角色商品化权”的外延也就不同。如有的学者将“角色”严格界定为文学艺术作品中的虚构人物及动物形象，所谓的角色商品化权就是指，“著作权人使用其作品之角色印刷于销售的商品之上的专有权利”，¹⁸或者“带有商业目的将虚构角色及其一部或全部的确切因素进行使用以促进商品或服务销售的权利”。¹⁹有的学者则对角色扩充理解，包括真实人物角色、虚构的文学艺术作品角色以及由真人扮演的虚构角色（也称形象角色），由此将角色商品化权定义为，“主体对附载于真实人物形象及作品中塑造的、或由真人扮演的，具有独特的实质人格特征和良好的公众效应，具有商业流通价值的角色声誉，运用于商品或服务上的独占支配权、使用权以及相应的收益权、处分权”。²⁰

2、“公开权”说。从英文“Right of Publicity”直译而来，是指一个人对自己的姓名、肖像和角色拥有、保护和商业利用的权利。所有的人对自己的姓名、肖像、和生活经历都享有开发利用，并阻止他人以营利为目的非法使用的权利。²¹该说将商品化范围限定于真实人物形象。

¹⁶ 梅慎实：《试论影视作品“虚构角色”商品化之知识产权保护》，载《版权参考资料》1989年第6期，p44

¹⁷ 郑成思：《版权法》，中国人民大学出版社1993年版，p300-305

¹⁸ 梅慎实：《试论影视作品“虚构角色”商品化之知识产权保护》，载《版权参考资料》1989年第6期，p44

¹⁹ 郭玉军、甘勇：《论角色商品化权之法律性质》，知识产权，2000，(6)，p30

²⁰ 何英：《角色商品化权的法律保护》，华中科技大学2001年硕士学位论文，p12

²¹ 王利明、杨立新主编：《人格权与新闻侵权》，中国方正出版社1995年版，p427

3、“公开形象权”说。该说将形象商品化方面的权利称为“公开形象权”，并有广义和狭义之分。狭义的形象权，是指在商业活动中利用名人形象的独占权，主要指那些具有实质人格特征因素的形象，如姓名、肖像、签名、声音等。广义的形象权，是除了狭义形象权内容之外，还主张那些与生命特征难以联系，但又具有商业开发价值的观念性内容也可列入保护内容。如甲 A，有特殊含义的数字等。²²

4、“商品化权”说。所谓商品化权是指将能够产生大众需求的角色或角色特征在商品上使用或许可他人使用的权利，主要包括真实人物的商品化权、虚构角色的商品化权以及广为人知的片断、题目和为公众所熟悉的标记、符号等其他可以商品化题材的权利。²³

5、“形象权”说。最早提出形象权概念的郑成思先生认为，所谓形象包括真人的形象（例如在世人的形象）、虚构人的形象、创作出的人及动物形象、人体形象等等，这些形象被付诸商业性使用的权利统称为形象权。²⁴

“角色商品化权”的提法明显受 WIPO 国际局 1994 年提交的“角色商品化报告”的影响，尽管其概念的内涵和外延对我们有颇多值得借鉴之处，但是角色之称难以对真实人物的各种形象因素加以概括，缺乏一定的抽象性。“公开权”和“公开形象权”虽然有语言根据，从“Right of Publicity”直译而来。但是这种直译貌似神离，并不能很好的表达其英文原意，不能传递给读者其他的信息。另外“公开权”和“公开形象权”中的狭义之说，只涵盖真实人物形象，使其范围受到了很大的限制。“商品化权”的提法来源于日本，同“公开形象权”的广义说一样，将其保护对象扩大为一切具备商品化价值的人、事、物，具有无限的包容力。如果不对商品化的对象严格限制和界定，权利的内部就很难协调和统一。因此笔者同意“形象权”的提法，更为具体直观。但笔者认为郑成思先生对形象的分类有些零乱和重复，人体形象可以归类于真实人物形象，而创作出的人及动物形象可以归类于虚构角色形象，所以将形象分为真实人物形象和虚构角色形象更为合适。而所谓的形象权则是指，相关主体对其拥有的知名

²² 薛虹：《名人的“商标权”——公开形象权》，《中华商标》1996年第3期，P10

²³ 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版，P21

²⁴ 郑成思：《版权法》，中国人民大学出版社1993年版，P300-305

形象进行商业性二次开发利用的权利。

第二章 我国形象商品化的知识产权保护现状分析

第一节 我国关于形象商品化的司法实践

形象商品化的权利形态，属一种应然的法意而非实然的法定权利。所以目前国内司法实践通常是采用著作权保护或以著作权为主的综合保护（人格权、著作权、商标权、反不正当竞争法的保护）。虽然现行法律已经通过各种形式使形象利益私有化，并设定了相关主体的利益分配方式。但是由于各自角度不同，调整方式各异，对形象利益的保护仍能觅到空白之处，以至于即使在市场经济初步发展的中国，有一些诉诸法院的案例从现有的权利体系无法找到合理的解决方案。

一、“三毛”角色侵权案

1997年2月，上海市第一中级人民法院审理了“三毛”形象纠纷案。案情如下：原告是已故著名漫画家张乐平的继承人，被告是江苏三毛集团公司。著名漫画家张乐平30年代到90年代在系列作品中，创作了家喻户晓的漫画角色“三毛”：一个三根头发、圆鼻子的小男孩。后被告未经著作权人许可，将一个与“三毛”相似的穿西装的小男孩作为商标注册并广泛使用，还将其作为企业形象在户外广告、职员名片、报刊、企业内部铭牌上使用。原告因此诉至上海市第一中级人民法院要求被告停止侵权，赔礼道歉，赔偿损失100万元，并承担诉讼费用。被告在诉讼中称，申请商标注册是依据商标法的合法行为，商标局依法核准被告的商标注册申请，因此被告依法使用注册了的商标，不构成对原告的侵权。

上海市第一中级人民法院认为：大脑袋、圆鼻子、头上长着三根毛的“三毛”漫画形象系已故作家张乐平生前创作，该作品著作权为张乐平所有。张乐

平去世后，本案原告作为画家继承人，享有在著作权保护期对该作品的使用权和获得报酬权。被告将“三毛”漫画形象作为商标申请注册和企业形象使用的行为构成对著作财产权的侵权。原告继承的是著作权中的财产权，要求被告赔礼道歉于法无据，法院不予支持。最后法院判决，被告停止在产品、企业形象上使用漫画形象，赔偿原告人民币10万元，诉讼费用双方按比例分担。随后被告上诉至上海市高级人民法院，上海市高级人民法院维持了一审判决。

该案的审判员在判决后对本案的几个问题有解释：1、原告的诉讼请求为什么没有得到法院的全部支持。原告要求判令被告赔偿100万元，法院认为该案被告将“三毛”注册为商标的行为不是著作权法上的使用行为，不能使用著作权法的赔偿标准。该行为也不是商标法上的使用行为，因为原告并没有把“三毛”注册为商标，不能使用商标法上的赔偿标准。最后的赔偿额是法院综合考虑原告为制止被告的侵权行为所支出的费用和被告使用侵权作品的实际情况确定的10万元。2、本案的实质是著作权和商标权的冲突，被告侵犯了原告的合法在先权利。²⁵

笔者认为，这个案件并不是著作权和商标权的冲突问题，而是形象权的侵权问题。法院在判决中所陈述的理由是不适当的，但是鉴于我国是成文法国家且对形象权的理论研究的现状，法院做出这样的判决是可以接受的，毕竟维护了权利人的大部分权益。对本案分析如下：

1、本案无法适用著作权法。著作权法保护的是作品，至于作品中的某个角色是否也受著作权法保护，要看这个角色是否也具有著作权法要求的“独创性”。本案中的“三毛”角色形象具有独创性，应受著作权法保护。但是将漫画作品的一个特定角色进行商业性使用，决不是简单的机械复制。从表象上看，将一个漫画角色用作商标只固定使用了有单一动作、姿态、表情的角色形象，但使用的结果是使人不得不联想该角色在整个作品中的整体形象的使用。未经著作权人许可的这种使用侵犯的著作财产权中的何种权利，目前的著作权法无法予以回答。

2、从法院最后在确定赔偿数额时的困难也能看出，对被告这种既不属于著

²⁵ 上海市高级人民法院知识审判庭编著：《知识产权案例精选》，法律出版社，1999年1月第一版，p47-58

著作权法上的使用行为又不属于商标法上的使用行为，不能简单的认定为侵犯著作财产权。而且法院是依原告为诉讼支出的费用和被告的实际使用侵权作品的情况来确定的赔偿额，并没有很好的保护原告的经济权利。因为被告把“三毛”形象注册为商标和用作企业宣传的目的是利用“三毛”所具有的公众吸引力来提高企业和产品的知名度以创造消费需求，所以此案赔偿额的确定应与被告的商业获利相联系。

3、如果将漫画作品的角色形象作为商标注册、使用和宣传是对原作品的“复制”使用还易于接受的话，那么假设仅将该角色的名称“三毛”作为商标进行注册、使用和宣传，是否也构成对原告者著作权的侵权？侵犯的是何种权利？法律依据又是什么？我们知道，角色名称在我国的著作权法上是不受保护的，因此在这种情况下，权利人无法主张自己的权利。

二、“五朵金花”案

电影剧本《五朵金花》是由季康与公仆合作创作，后由长春电影制片厂拍摄成电影。该影片上映后引起巨大轰动，先后在46个国家放映，广受好评。1974年云南省曲靖卷烟厂受启发，开始经营“五朵金花”牌香烟，并于1983年注册“五朵金花”商标，产品已行销市场二十多年。2001年季康与公仆以曲靖卷烟厂侵害其著作权为由，起诉至昆明中级人民法院。曲靖卷烟厂以“五朵金花”无独创性，非我国著作权法保护的作品为由予以反驳。应庭审法院的要求，国家版权局针对这一关键问题作出如下答复：“著作权法对文学作品的名称是否保护没有明确规定……从作品名称来看，利用他人作品名称，主要是为了利用这部作品在社会上已经产生的巨大影响，……应当看作是一种不正当竞争的行为。因此，作品，包括电影文学剧本《五朵金花》的名称不宜受著作权法保护，应该受反不正当竞争法保护……。”

一审法院认定两被告对该剧本依法享有著作权。但仅“五朵金花”一词所表现的内涵不属于其特定人的思想的独特表达，无法认为其反映了作者的全部思想或思想的实质部分，不具备一部完整的文学作品应具备的要素。因此该词得不到著作权法保护。有关著作权方面的规定和政策没有对“作品名称是否受

保护”予以明确。据国家版权局的答复，作品名称不受著作权法的调整，从而驳回原告的侵权之诉。2002年4月，原告上诉。8月24号，云南省高院裁定发回重审。重申几乎以相同的理由，认定被告的行为不构成著作权侵权。另外，根据我国反不正当竞争法，确定不正当竞争行为要以纠纷双方均为从事商品经营或赢利性服务的经营者为前提。而本案原告并非经营者，且双方并未处于同类经营领域。本纠纷不属于我国反不正当竞争法调整的范畴，原告主张被告的行为构成不正当竞争不能成立。仍然驳回了原告的诉讼请求。之后，原、被告双方均提出上诉，2003年9月，二审维持一审判决。²⁶

不难看出，本案涉及的是“五朵金花”这一作品名称的商品化问题。首先，知名作品的名称作为作品当中的重要元素，拥有巨大的商业潜力，应当受保护。其次，不管形象的具体物质表现形式如何，只要未经权利人许可盗用名角效应就构成对形象商品化的侵害。显然，普通人看到“五朵金花”卷烟，自然会想到电影“五朵金花”。“五朵金花”随着同名电影的深入人心，已有了显著的识别性，他人将其注册为商标，显然是利用了大众对其的认同感来达到盈利的目的，构成了对他人的某种权益的侵害，即形象权。当然，只有知名作品的名称符合形象的特性，且具有商品化的价值，才能成为表现特定形象的个性特征的媒介。第三，寻求著作权法上的相关保护。我们抛开“五朵金花”是否具有独创性，是否能受到著作权法的保护问题不谈，我们应当承认具有独创性的作品名称是体现作者创作思想的独特表达，可以作为作品或者独立受到著作权法的调整。然而，仅用著作权法理论必然显得有些苍白无力，因为法院需要判断作品名称的独创性就难以找到合适的标准。而且，基于公共政策考虑，法院也不愿授予作品名称以垄断的权利。因此，主张作品名称适用著作权法保护缺乏法律依据。第四，由于被告利用“五朵金花”导致了公众的混淆和误认，因此还可以寻求反不正当竞争法的保护。大多数国家对此也有明确的规定。遗憾的是，根据我国的立法例，试图运用不正当竞争法缺乏依据。原告不是经营主体，与被告不存在市场竞争关系，本案不适用反不正当竞争法。

²⁶ 具体案情参见韩芳：《“五朵金花”讼案全播》，2003年11月7日《云南法制报》

三、湖南王跃文状告河北王跃文案

2004年，长沙市中级人民法院审理了湖南王跃文状告河北王跃文案。案情如下：湖南王跃文系国家一级作家，以官场小说见长，在全国范围内享有较高的知名度，其1999年创作的代表作《国画》被“中华读书网”称为十大经典反腐小说。河北王跃文，原名王立山，2004年改名为王跃文。在《国风》一书出版前，未发表任何文字作品。2004年6月，湖南王跃文发现市场上正在销售由华龄出版社出版的长篇小说《国风》，封面标注作者为王跃文，在封三下方以小字体标明作者简介“王跃文，男，38岁，河北遵化人氏，职业作家，发表作品近百万字。”与该书一同配发的《国风》大幅广告宣传彩页上用黑色字体写明“王跃文最新长篇小说”、“《国画》之后看《国风》”。湖南王跃文遂以河北王跃文、华龄出版社、北京中元瑞太国际文化传播有限公司为被告向法院提起诉讼，要求被告停止侵犯其著作权、不正当竞争等行为并赔偿经济损失。河北王跃文认为，公民有权决定和更改自己的姓名，其改名行为完全符合法定程序，在《国风》上署名也是正确行使姓名权，因而不构成对原告的著作权侵权及不正当竞争。

长沙市中级人民法院认为，被告王跃文没有侵犯原告的著作权。被告王跃文虽然在原告成名后改名为王跃文，但其改名行为并不违反法律规定，被告依法享有自己的姓名权。虽然原告署名在文化市场已具有的标识利益，被告的行为对其构成一定侵犯，但并不能必然构成著作权法意义上的假冒。然而，被告在没有发表过作品的情况下，在书的简介中做出“已发表作品近百万字”的虚假宣传，加上他的改名行为，使人产生其作品与原告王跃文相关的联想，中元公司在明知被告王跃文与原告王跃文之间不存在任何关系的情况下，在其制作的广告宣传资料中突出使用王跃文名字，并使用“《国画》之后看《国风》”等词句，使人将“王跃文”、“《国风》”等关键词与原告及畅销小说《国画》联系起来，由此混淆作品的来源。法院认为被告的行为构成不正当竞争，判决被告王跃文、北京中元瑞太国际文化传播有限公司赔偿原告10万元，并立即停止侵权。

法院一审判决被告的行为构成不正当竞争，理由是商品是用于交换的劳动

产品，作家通过出售作品的出版发行权等途径而获取交换价值，这种交换就是对其作品的经营，此时的作品就是商品，作家的经济利益产生于这种交换之中。作为文化市场的经营者，作家符合反不正当竞争法对竞争主体的要求。有律师认为此案是“法律上的突破，案例上的突破”、“法院判决认定了作家也是反不正当竞争法中的竞争主体，作家的作品也是商品，这是一个突破。”

笔者认为，长沙市中级人民法院通过适用反不正当竞争法给予权利人适当救济，此种尝试值得肯定。此案中被告没有侵犯原告的著作权是肯定的，著作权是对原创性的保护，河北王跃文的《国风》没有抄袭《国画》的有关内容。著作权中的规定作者的署名权，包括正权利和反权利两种情况：正权利是指作者有权决定对自己作品的署名，包括署真名、假名或笔名等；反权利是指作者有权禁止在他人的作品署自己的名字。而本案被告使用的是经合法变更后的姓名，法律并不能禁止同名，在同名的情况下，如何判断人家署自己的名字侵犯了你的署名反权利？要解决此类问题的冲突仅靠著作权很难完全奏效。有效的一个解决途径就是诉诸形象权利，在判决中法院也提到被告借用“原告在文化市场上具有的声誉”。这说明法院已经认识到原告名字的市场价值，只是因为没有更直接的法律规定才转向反不正当竞争法。

第二节 我国形象商品化知识产权保护的局限性

以上三个案例均是有关形象商品化的经典案例，从近年的相关司法实践我们可以看出，法院在有限的制度下对于擅自商业化利用知名形象的行为进行了一定程度的突破。形象商品化在我国商业实践中已不鲜见，但立法上的保护并未及时补充和完备，造成形象商品化保护制度的硬伤：

一、著作权法保护的缺陷

第一，现行著作权法不能实现对虚构角色的独立保护，只能通过保护作品来间接保护角色，忽视了角色可以独立于作品情节的特性。根据现行著作权法，虚构角色不能独立构成著作权规范的对象。因此，一部对他人作品的虚构角色及其特征进行抄袭的新作，只要在整部作品表达上有独创性就不会构成侵权。当然就卡通角色形象来说，其知名度是因其视觉效果的整体性而导致，其任何

一种形象特征都会使人联想到整个作品（如“三毛”“哈利波特”），受著作权保护属性的依据自然得以映证。然而，文学作品中的虚构角色形象及其特征，即使具有独创性，构成了作品的实质且该部分达到一定的表述程度，也未必能轻易受到著作权法的保护。况且，这种独创性的标准也有待明确。因此，虚构角色形象及形象特征（如角色名称、声音及作品名称等）受到著作权法的规范缺乏确定的依据。

第二，形象的变形是否可以认定为著作权法上的复制，也是著作权制度亟待解决的问题。因为形象的商业化利用的形式是多种多样的，例如将二维形象制作成立体的玩偶，或是作为某一电视广告的一部分，这种情形下是否算作著作权的复制，或是认定为对作品的改编，都需要立法和司法机关做出进一步的明确。同样，其他的商品化的形式，如广告宣传、注册商标和企业名称、制作出售立体形象等等是否算作著作权意义上的复制，也有待明确。

第三，形象商品化的收益与著作权侵权不当得利在计算结果上存在着悬殊的差异。虽然前者可能部分的达到保护作者经济利益的目的，但二者还存在着直接保护与间接保护的差别。一般对商品化做出明确规定的国家，都会对侵犯该种利益的赔偿数额做出清晰的规定。因为商品化是和商业利益相联系的，对于侵犯商品化的权利给予赔偿多少和商业获利相联系，而被告的商业获利是很明确的。以著作权侵权救济方式来处理“三毛”案之类的纠纷并不科学可行，因为类似于本案这种虚构角色用作商标的情况是很难用著作权侵权来衡量的。从法院审理意见中可见，赔偿额的确定使法院陷入了两难的境地。针对被告的行为，不宜按著作权法得出被告的应赔偿数额，也不能按照商标法计算被告的侵权利润，如何找到恰当的救济方式值得我们在实践中继续摸索。

二、商标法保护的缺陷

第一，我国现行商标法规定商标权主体须是企业、事业单位和个体工商户，排除了公民个人申请商标注册的主体资格。作为形象的拥有者只能通过许可其他主体或注册自己的公司的方式来注册和使用商标，使得商标法对形象及形象特征的保护仍然是间接的、部分的。况且，没有市场主体资格，不从事市

场经营活动的形象拥有者也很难意识到申请商标注册的必要性。

第二，我国商标法对注册商标有一些限制性条款，如应具有显著特征，便于识别，不能是“音响商标”、“气味商标”等不具有文字或图形内容的商标等等。这样，一些形象因素如声音、字数过长的短语等，虽具有商品化的价值，但不能用以商标注册。

第三，我国商标法规定，注册商标的使用对象限于业经核定的商品，而不及于其他。若要扩大使用，则必须依商品类别另行提出申请。在没有建立防御商标制度的情形下，要禁止他人对知名形象在包括非注册行业在内的所有商业领域的使用也不可能。²⁷

第四，我国商标权的取得采用申请注册制。公众对知名形象的认同期限和该形象流行的持续期限是有限的。因此申请注册的周期有可能会与形象商品化的市场价值的上升期相抵触，令商品化者错过商业化开发的最佳时期。

第五，商标申请人须是从事相关商业活动，并持续的使用，否则会面临被撤销的危险。这种规定也会限定形象商品化的实现。在许多产业中，先培育品牌市场，而后进行实业生产的现象，甚至只经营品牌或商誉而专供他人的现象是屡见不鲜的。

三、反不正当竞争法保护的缺陷

第一，我国反不正当竞争法要求原告与被告存在直接竞争关系。竞争关系是指具有商品替代关系的经营者之间对市场进行争夺的状况，换言之，当事人应是从事同一行业的经营者。倘若形象的拥有者并未将形象投入到商业领域，或者投入的领域并非侵权人所从事的，则很难形成直接竞争关系，反不正当竞争法保护手段的运用必然受到限制。

第二，反不正当竞争法所提供的保护是通过设定“禁用”范围来防止对形象利益的侵蚀，是一种事后救济式的消极调整，无法保障形象利益的积极实现。

第三，反不正当竞争保护法不是民事权利保护法，而是市场秩序维护法，它对形象商品化的调整表现出明显的公法色彩。这突出表现为反不正当竞争法

²⁷ 刘家瑞、邵春阳：《作品著作权保护的不足及其补充——“武松打虎”案与“三毛”案引起的法律思考》，《河北法学》1998年（5），p80

大量存在的行政法规范，甚至刑法规范，显示出一种以公权力干预私经济生活的立法模式。

第三节 我国知识产权保护的局限性之原因分析

一、局限性存在的内部原因—法律自身的稳定性

法以其特有的规范作用和社会作用对社会生活发生着深刻的影响，是当代社会经济、政治、文化发展和社会全面进步所必不可少的因素。我们必须充分认识和重视法的作用，但也不能陷入“法律万能论”的误区。法对千姿百态、不断变化的社会生活的涵盖性和适应性不可避免的存在一定的限度。法律作为规范，其内容是抽象的、概括的、定型的，制定出来之后有一定的稳定性。法律不能频繁变动，更不能朝令夕改，否则就会失去其权威性和稳定性。但是它处理的现实社会生活则是具体的、形形色色的、易变的。因而，不可能有天衣无缝、预先包容全部社会生活事实的法典。这就使得法律不可能不存在规则真空和一定的不适应性。²⁸

形象商品化是上世纪中期来迅速发展的文化经济现象。进入 20 世纪之后，随着各国和区域间文化交流程度的扩展，尤其是传媒技术在社会生活中影响力的增强，知名形象的商品化在以信息技术为主导的社会中向人们展示了广阔的发展前景。而现行的知识产权法并没有形象商品化的明确规定，只能通过现有的著作权法、商标法及反不正当竞争法对其提供有限的保护，必然会存在一定的局限性。形象商品化的权利形态不属于知识产权三大权利的任何一种，因此用知识产权现有的三大权利来规制形象商品化问题，颇为牵强。所以，知识产权法律自身固有的稳定性是造成知识产权保护局限性存在的内部原因。

二、局限性存在的外部原因—市场经济的发展

市场是一个分散决策的机制，受价值规律影响，各个主体都会以追求个人利益最大化为出发点和归宿。在那只“看不见的手”的指导下，处于市场中的

²⁸ 张文显：《法理学》，高等教育出版社 2002 年版，p207

经济人以追求利益最大化为动机，会不择手段的追逐利润，这是市场经济自发性所表现出的特征。

市场的功能可以这样概括：分散的决策结构能使生产者和消费者对市场经济关系作出灵敏反应，以实现供求平衡，从而达到优化资源配置的目的；以个人利益为中心的动力结构有利于发挥人们的主动性和创造性，促进生产技术、生产组织和产品结构的不断创新，以提高资源配置的效率；以价格体系为主要内容的信息结构能使每个经济行为获得明确的信息，并加以利用，从而保证资源配置的有效性；以竞争为核心的协调结构，通过合理竞争以实现经济过程的均衡。

为了有效配置社会经济资源，不仅需要明确的产权安排，而且还必须排斥各种非经济强制手段对经济行为人利益的剥夺；因此，有必要建立公平的交易规则和牢固的信用体系，使市场主体之间的平等地位得以实现。任何组织和个人都不能凭借经济或非经济的优势通过不正当竞争谋求利益；任何非诚信行为都会在不同层面、不同程度遭到禁止和惩戒。为达到此目的，就必须建立、健全符合上述要求的法律制度，将诚信原则提升为法律规范，通过国家强制力来保证市场经济秩序。²⁹

市场经济某种意义上就是法制经济，法制经济的健康发展离不开法律为其提供良好的法律环境和社会环境，为此法律需要根据经济的发展要求适时地进行自我完善。因为经济基础决定法律，法律的内容必须根据经济的发展不断进行丰富和完善。但是目前我国某些法律制度存在着严重的滞后，本文论述的知识产权法保护的局限性就是一个很好的例证。我国现有的知识产权法律，已经不能为形象利益提供周全的法律保护，不能满足市场经济发展的需求。所以，从经济与法律的关系角度讲，经济发展是导致我国知识产权保护局限性存在的外部原因，也是根本原因。

²⁹ 曲三强：《知识产权法原理》，中国检察出版社 2004 年版 p44-45

第三章 外国关于形象商品化的保护概况及评析

西方国家的司法实践已开始现有的法律制度框架下，寻求合理保护知名形象的方法。美国、日本等国家已出现许多保护知名形象的典型案例，法官在判决及评析中初步阐述了保护知名形象的基本原理。笔者结合国外现有的相关法律制度对司法实践的分析比较，发现国外虽然通过法官解释判例的方法，对知名形象提供了保护的标准。但是以现有的法律制度对其提供保护，仍然存在着难以克服的缺陷。

第一节 形象商品化与著作权制度

一、著作权制度对形象商品化的保护

著作权制度对形象商品化的保护主要是对虚构角色形象商品化的保护，即将虚构角色形象及形象特征作为作品，禁止他人未经许可进行商品化利用。虚构角色形象，一般是文学艺术作品中塑造的具有相对独立性的典型形象，在整部作品背景下体现出作者的创作思想，同时著作权又保护创造性，这就为虚构角色形象的保护创造了符合逻辑的来源。国外的司法界通过案例肯定了著作权保护的方式。如澳大利亚的 *Universal City Studios. v. Mukhtar and Sons Ltd.* 案³⁰和 *King Features Syndicate Inc. v. Kleeman Ltd.* 案³¹都是体现著作权保护的有效性的经典案例。虚构角色形象受著作权法的保护不需要注册，是自动保护的，包含一般是作者生前加上死后五十年。

但是根据现行著作权法及理论，虚构角色形象不独立构成著作权法律关系的客体。著作权法对虚构角色形象进行独立保护的限制主要来自于“思想表达二分法”和“公共领域原则”这两个基本法理。“思想表达二分法”的核心思想是：“著作权所保护的不是思想本身，而是思想的表达形式”。“公共领域原则”则从另一个角度诠释了思想表达二分法的核心内容，即思想等公有知识

³⁰ 该案中，电影“Jaws”的著作权人和影片中独特的鲨鱼形象能够拒绝被告未经许可的复制在他生产的T恤上。

³¹ 该案中，卡通画 Popeye 的著作权人获得了禁止他人未经许可的销售 Popeye 玩具和胸针的禁令。

应不受限制的被广泛利用。根据思想表达二分法和公共领域原则，当且仅当角色构成独特表达时，才受到著作权法保护；若其仅停留于抽象的角色类型层面，未得到充分描述，则属于公有知识。因此各国在依据著作权法寻求虚构角色独立保护时，应当遵循上述两个基本法理，制定保护标准，将尚未构成独特表达的虚构角色类型排除在外。在德国，法律界将作品角色保护问题分为角色名称与角色图像两类。关于角色的名称，该国很少给予保护，因为角色名称不符合独创性要件，关于角色的图像，则不得擅自使用，即使模仿也在禁止之列。³²在日本，法律通过一系列判例确立了对虚构角色的著作权保护。法官认为，角色并不是作品本身，但在作品表现为人物或动物等视觉画像的情况下，该画面带有的著作性不止于图画本身的固定表现，还应及于所表现的人（动）物象。日本判例对角色的著作权保护仅限于以图形表现的卡通角色。³³在加拿大，以可视形式描绘的角色，可以作为艺术作品给予保护。文学作品中的虚构角色，如同文学作品本身享有著作权。³⁴在美国，虚构角色通过法院判例而得到著作权保护，但文学角色与卡通角色的保护标准有较大差异。无论标准如何，美国著作权保护已不限于作品文本，还有条件的扩及角色。法国将虚构角色作为文学作品或艺术作品或者他们的结合（连环画就既是艺术作品又是文学作品）来加以保护。如果虚构角色要受到独立的保护，必须是原创的，并且具有可识别的身份，具体包括角色的名称、形象（physical appearance）和私生活（private life）或者说是个性（nature）这种角色的原创性要根据法庭的评价。³⁵

西方国家已经出现许多通过著作权法保护虚构角色的典型案例，法官在判决及评析中初步阐述了保护虚构角色的基本原理。下面重点介绍分析卡通角色和文学角色的著作权法保护状况。

（一）著作权制度对卡通角色的保护

卡通角色被认为是一种特殊的角色，具有作品性。人们认为卡通角色既区别于文学载体，又区别于卡通连载故事，而应被确切的定性为被添加了要素

³² 吴汉东等：《西方诸国著作权制度研究》，中国政法大学出版社 1998 年版，p54

³³ [日]《判例时报》第 815 号、第 828 号。转引自朱祺：《关于角色的商品化权问题》，《中外法学》1998 年第 1 期；杜颖：《论商品化权》，《民商法论丛》第 13 卷，法律出版社 2000 年版。

³⁴ 吴汉东等：《西方诸国著作权制度研究》，中国政法大学出版社 1998 年版，p298-299

³⁵ John Adams: Character Merchandising. Butterworths. London, Edinburgh, Dublin 1996. p269

(elements)的视觉作品。³⁶由于卡通角色是具可视性的有形角色，因而容易受到著作权的保护。大量案件的判决清楚的表明：并非原封不动的再现特定情节中的卡通人物的姿态才构成复制，而不论情节是否被抄袭，只要被诉的对象反映了原卡通角色的本质特点，甚至是只要单纯卡通角色外形的相似就构成侵权。

日本某汽车运输公司擅自将长谷川町子的漫画作品《SAZAE 夫人》中的主人公 SAZAE 夫人的头像以及另外两个人物 WAKAME 和 KATSUO 的头像，描绘在其旅游汽车的车体两侧。对此，作者诉求汽车公司停止使用并赔偿损失。法院判决该公司使用在报纸上连载多年的漫画角色，侵犯了原告的著作权。判决中对角色的表现形式是这样写的：“给予漫画的出场人物以剧中角色、容貌、姿态等恒久性的表现，应当解释为超越了语言所表达的题目和情节，也超越了某特定场景中特定人物的面部表情、头部方向、身体动作等”，认为角色是“可以使人看出是连载漫画中出场人物的容貌、姿态、性格等的表现”。³⁷美国司法实践中较为典型的案例是迪斯尼诉空中窃贼案。该案中，被告在其供成人阅读的“反正统文化”的卡通杂志中抄袭了迪斯尼公司 17 个动画角色形象，名字也完全相同，而且将米老鼠、唐老鸭等角色塑造成了一群具有反正统文化的逞性妄为、作风不正、吸食毒品的捣蛋鬼，完全失去了原来天真、活泼、可爱的形象。原告迪斯尼公司诉称被告使用其创作并所有的卡通角色，侵犯了其著作权。被告辩称使用角色的行为并未构成对作品的复制，虚构角色不是著作权法独立的保护对象，不应受保护。法院审理认为，虽然卡通角色并不能体现原作品的结构，但是它是作品极端重要的组成部分，复制卡通角色的外形就足以构成侵犯著作权。³⁸德国判例 Asterix 案和 Obelix 案确认不仅角色的具体构图，而且其外部因素和方式表现出来的连环画风格也受著作权保护。³⁹

笔者认为卡通角色侵权中，之所以可以仅依据外形的相似认定侵权是因为卡通角色的形象本身已经构成一种独特的表达。通过线条、轮廓、颜色的运用，

³⁶ Michael V. P. Marks 《The Legal Rights of Fictional Characters》，《ASCAP Copy-right Law Symposium No.25》，Columbia University Press,1980,p40

³⁷ 参见东京地方法院 1976 年 5 月 20 日判决，转引自朱榕：《关于角色的商品化权问题》，《中外法学》1998 年第 1 期,P127

³⁸ 林雅娜：《美国保护虚拟角色的法律模式及其借鉴》，《广西政法管理干部学院》第 18 卷第 5 期，P74-75

³⁹ 郭玉军、甘勇：《论角色商品化之法律性质》，知识产权，2000，（6），p29

角色不再是抽象的思想或概念，而已经成为特定化固定化的具体形象。因此，复制或抄袭形象侵犯了原作品的表达，被著作权法所禁止。

（二）著作权制度对文学角色的保护

文学作品的角色形象，通过抽象的语言描述表现出来，受保护的表达和不受保护的思想间界限模糊不清。如果使用相同或者相似的语言来描述文学角色，很明显是对特定文学角色的抄袭，但如果使用能让读者联想起整个角色形象来的“角色所具有的抽象特性和要素”，则很难辨别被复制或模仿的究竟是角色类型还是特定表达。因此文学角色的保护条件比卡通角色苛刻的多，具体标准的确定也困难的多。尽管如此，美国的司法实践中还是形成了两个较有影响力的标准，值得我们借鉴。

其一、Nichols 标准，又称“独特描述(distinctly delineated)”标准。这一标准形成于 Nichols v. Universal Picture Corp 一案⁴⁰。法官 Learned Hmlld 在案件评析中指出，著作权的保护不能仅限于作品文本，还应扩及角色，并提出了判断角色是否受著作权法保护的 Nichols 标准。根据这一标准，角色越被充分描述，其特征越被深入挖掘就越容易得到著作权法的保护。具体而言，认定侵权时应满足以下两个条件：第一，被侵害的角色应被独创的构思 (originally conceived) 并充分的描述 (presented saliently)。这一条件关注的是原作品中的角色是否具有“可著作权性 (copyrightability)”。第二，侵权角色必须极其相近的模仿被侵害角色，侵权嫌疑人复制的是原作描述角色形成的独特的表达而并不是宽泛的抽象的角色类型。这一条件则是判断新作品的复制是否侵犯了原作品角色的著作权。

其二、Sam Spade 标准，又称“正在讲述的故事 (the story being told)”标准。这一标准形成于 1954 年的 Warner Bros. Pictures Inc V Columbia Broadcasting System Inc 案⁴¹。第九巡回法院在审理此案时，试图以一个更为

⁴⁰ 该案原告指控被告的影片虽不是对其著作权进行了全部和部分抄袭，但被告影片与原作品都以几乎相同的情节描述一个天主教家庭与一个犹太家庭由两家子女通婚而产生矛盾，到最后又都希望见到孙子而和好为主题，从而构成了对原告著作的抽象和提炼。法官判决认为被告行为并不构成侵权，并提出了 Nichols 标准。参见 Nichols v. Universal Pictures Corp. (US Court of Appeals, Second Circuit 45 F.2d 119 1930 cert. denied, 282 U.S. 902 1931) 转引自 Craig Joyce: Copyright Law—Cases and Materials 1986, Matthew Bender & Company Incorporated, p603-608

⁴¹ 在该案中，Dashiell Hammett 是一部名为《马耳他猎鹰》小说的作者，这是一部以侦探 Sam Spade 的经历为线索展开的侦探小说。Dashiell Hammett 和他的出版商先是将小说制作为动画、电视、广播

具体的标准消除 Nichols 标准的不确定性而确立了 Sam Spade 标准。根据这一标准,受到著作权保护的角色必须构成“正在被讲述的故事”,而不能只是在讲述故事过程中象棋子一样任人调遣的工具。只有在角色单独构成了作品全部内容的前提下,该文学作品角色才具有“可著作权性”,因此同 Nichols 标准相比,缩小了文学作品角色的保护范围。由于该标准不仅过于抽象,难以把握,而且过于苛刻,几乎没有文学作品能够符合,以致于一些法院拒绝适用,转而适用 Nichols 标准。⁴²

二、评析

综合上文所述,西方诸国对虚构角色的著作权保护呈以下特点:第一,虚构角色构成著作权客体的独特领域,但不是一类独立作品。各国多将可视角色视为美术作品,而将文学角色作为作品的组成部分,这是虚构角色得到著作权保护的依据。第二,可著作权性是虚构角色受著作权保护的重要条件。角色只有在形成特定表达时,才能脱离“思想内容”的范围,而成为著作权的保护对象。在这一点上,可视角色较之文学角色更容易得到保护。第三,虚构角色拥有的诸如名称、声音、口头禅、经典动作等形象特征,往往是商品化的对象,即引起消费者联想的角色特征,但是这些特征的使用,并不是作品著作权性因

节目的权利转让给华纳兄弟公司。后来, Dashiell Hammett 又以《马耳他猎鹰》中的角色包括 Sam Spade 为素材创作了一部名为《Sam Spade 历险记》的小说,并许可哥伦比亚广播公司在广播节目中使用该作品。华纳公司起诉称其享有在电视、广播节目中使用该小说角色的排他性权利。但第九巡回法庭驳回了华纳公司的诉讼请求,认为在将来的作品中使用角色及其名称的权力并不包括在转让给华纳公司的权利中。法官借题发挥,阐述角色及其名称受著作权法保护的标准:“虽然,该案中的角色(Sam Spade 侦探)构成正在讲述的故事,但是如果在这个故事中角色只是象游戏中的棋子那样可任意调遣,则角色不受著作权法保护。因此即使 Dashiell Hammett 将著作权完全转让给华纳公司,他仍然有权在其他故事中使用 Sam Spade 角色,因为该角色只是叙述故事的工具,出让故事的著作权并不意味着一并转让他叙述故事的工具。”参见 Leslie A. Kurtz, *The Independent Life of Fictional Characters*, 1986Wis. L Rev. 429

⁴² 在美国,有学者对这两个标准持批判态度,认为不论 Nichols 标准或 SamSpade 标准均未给认定侵权提供合理依据。SamSpade 标准过于苛刻严格,按照这一标准即使角色实质相似也难以认定侵权。而 Nichols 标准则过于灵活,法院根据这一标准认定侵权时往往将焦点放在判断角色是否具有“可著作权性”而较不关注侵权与被侵权角色间的相似程度。事实上角色在原作中的描述刻画程度只与侵权形成间接关系,侵权角色和被侵权角色的实质形似才是认定侵权应当关注的焦点问题。该学者进一步提出了认定角色侵权的两步分析法:首先比较侵权角色与被侵权角色以决定相似性是否已经超过思想相似的层面,仅角色类型的相似不构侵权。然后,如果角色不仅仅体现作者思想的相似,则应判断是否已经构成实质的充分的相似以此认定侵权。其间,应当分析两个角色间存在的最细微相似之处,来认定侵权人是否抄袭了构成原角色独特风格的表达。参见 Leslie A. Kurtz, *The Independent Life of Fictional Characters*, 1986Wis. L Rev. 429

素的使用。⁴³因此我们不难看出，虚构角色的著作权保护也是有缺陷的：

第一，虚构角色及形象特征能否作为著作权保护的客体难于认定。英国法认为，与作品标题一样，文学、戏剧作品的角色不享有著作权。⁴⁴美国判例虽然确定角色应当受到著作权保护，但是何种角色应受保护在认定上颇有困难，判例所提出的标准依然不明确。另外，诸如角色的各种形象特征，有的并非是特定表达（如角色名称），有的也不具备独创性条件（如角色的声音），对此著作权法是无能为力的。

第二，即使虚构角色及其形象特征能够作为著作权的客体，则未经授权的商品化侵犯著作权之何种权能，也存有疑问，从而导致认定著作权侵权行为上的困难。

第三，虚构角色商品化的市场价值与著作权侵权的不当得利在计算结果上存在不同的标准。侵犯著作权的救济主要是按照非法复制品的数额计算，而侵犯虚构角色商品化的形式并非非法复制一种，还要综合考虑市场等诸多因素。因此，采取著作权保护往往使相关权利主体的不到合理的救济。

第二节 形象商品化与商标权制度

一、商标权制度对形象商品化的保护

虚构角色包含有“可著作权性”创造性表达，是角色之著作权保护的法理基础。而知名形象包括真实人物形象与虚构角色形象，则因具有识别标志的“可区别性”，还可以受到商标法的保护。商标权保护的基础在于对象的识别功能，质言之，形象特征中可受保护的因素即是其可识别的因素，诸如真实人物的姓名、肖像，虚构角色的名称、造型等，只要具备显著性特征，并且不违反商标法禁用条款，就可以申请注册并取得商标权。例如英国 1994 年商标法扩大了商标注册的范围，人们可以注册虚构角色的名称、形象以及其他可认知的标志，但要满足 1938 年商标法第 9、10 部分项下的独创性要求。未经授权使用任何这类商标均可通过侵权之诉而制止。⁴⁵在商标法上，形象特征能成为商标权的客体，

⁴³ 吴汉东：《形象的商品化与商品化的形象权》，《法学》2004 年第 10 期，p81

⁴⁴ 吴汉东等：《西方诸国著作权制度研究》，中国政法大学出版社 1998 年版，p256

⁴⁵ Tina hart Linda Fazzani: Palgrave Law Masters—Intellectual Property Law 1997,2000

依据的是“第二含义”理论。在美国，“第二含义”主要是指某些描述性或通用性字词通过长时间的使用，在消费者头脑中已经不再是它们的字面含义，而是代表有关商品或服务的提供者，能够揭示商品或服务的来源。⁴⁶具体来讲，形象特征在本来意义上或为真实人物的人格特征，或为虚构角色的艺术特征，不具有区分商品或服务来源的识别功能，但是由于形象商品化的结果，这些形象特征逐渐脱离原来的人格范畴或创作领域，而与某一特定的商品或服务的来源形成单一对应关系，以至于指示该商品或服务的来源成为该形象特征的另一含义。

与著作权法相比，商标法为形象及形象特征提供了更宽泛更灵活的保护。首先，不受著作权法保护的图像及形象特征，只要进行商标注册，就在商标法的保护范围之内。并且商标法为实现形象的永久保护提供了可能，只要该形象持续作为某一商品或服务来源的标志，就不会因为著作权的保护期届满而与作品一起进入共有领域。其次，按照国际条约及各国商标立法通例，对一般商标侵权的判定采用的是“混淆理论”。不需要证明注册商标设计的独创性，只要是未经商标权人许可，在商业活动中于相同或类似商品或服务上使用与该商标相同或近似的商标，并有可能造成公众对商品或服务来源的混淆，就可以认定侵权成立。再次，商标侵权的赔偿计算以相关产品的销售量为准，而不是以非法复制商标的数量为准，因此救济更加充分。

形象商品化中将形象特征附着在特定商品上的形式，之所以能采取商标法的保护，是因为商标本身除了具有标志作用之外，还含有广告宣传、质量担保等作用，对公众的消费引导发挥着明显的影响。而形象的商业化运用能产生积极效应，是因为该形象，无论是虚构角色形象还是真实人物形象，都在一般公众心目中有良好的印象，它的商业化运用则暗示着该形象与该商品或服务有着某种程度上的联系。所以，无论是真实人物的人格特征还是虚构角色的艺术特征，如果相关主体主动申请商标注册，享有商标专用权，则不失为开展形象商品化更便捷的保护方式。

二、评析

将各种形象特征进行商标注册，有助于保护形象拥有者的权利，有利于防止形象商品化过程中的消费者误认和商品来源混淆。但是商标权制度不可能为形象商品化提供全方位的保护，也有其局限性⁴⁷。

第一，主体资格的限制。各国商标法对商标注册申请的主体都有一些资格限定，如有的国家要求商标申请人申请注册商标只能用于其所经营的商品或服务。即形象的拥有者必须证明他直接投入到生产某商品或提供某服务的商业活动中，才有资格受到商标法的保护。然而，他们一般不会亲自从事商品生产经营活动，即不会参加形象的“第二开发利用”的过程。

第二，客体范围的限制。各国商标法对注册商标都有一些限制性条款，且规定各不相同。这样，一些形象因素如声音、字数过长的短语等，虽具有商品化的价值，但不能用以商标注册。

第三，使用对象的限制。各国商标法大都规定，注册商标的使用对象限定于业经核定的商品，而不及于其他。若要扩大使用，则必须依商品类别另行提出申请。在没有建立防御商标制度的国家，要将形象特征作为商标标记适用于所有的商业领域是不可能的。

第四，形象商品化的形式超过商标法的保护范围。商标是区别商品或服务来源的标识，而形象商品化的形式则不限于标识功能，还包括广告宣传、商品包装装潢、形象改编、形象变形、制作出售立体形象等等。单独对标识进行保护的商标法显然不能适应对形象商品化保护的需要。

第三节 形象商品化与外观设计制度

一、外观设计制度对形象商品化的保护

工业品外观设计既符合作品的特征，给人以愉悦和美感，同时又在付诸工业应用。究竟采用工业产权法的保护模式，还是采用著作权法的保护模式，西方诸国法院和立法机关经过多年的徘徊和探索，一直难以得出满意的答案。迄

⁴⁷ 吴汉东：《形象的商品化与商品化的形象权》，《法学》2004年第10期，p82

今为止，有的国家在著作权法中明文规定给工业品外观设计以保护，有的国家制定外观设计专利法以资因应，这些都分别融合了工业产权和著作权保护的不同要求。⁴⁸

1968年英国《外观设计版权法》将对版权和外观设计专利权的关系做出明确规定：（1）一般的外观设计可以作为艺术品自动享有版权保护。（2）外观设计一旦付诸工业应用，则原享有的版权丧失，转而由“特别工业版权”保护。这种保护，使作者有权禁止他人实施其设计（属于专利保护），又有权禁止他人复制其设计形式（属于版权保护），但保护期从传统版权的作者有生之年加死后50年减少为付诸工业应用起15年。（3）按照英国《外观设计注册法》取得专利的外观设计，同时受该专利法以及版权法的双重保护，但保护期也只有15年。⁴⁹英国授予注册的外观设计以15年的垄断期，新颖性和美观性是进行注册的必要条件。即使与外观设计相关的艺术作品已经出版，如果未被工业化用于产品，就可以认定具有新颖性。而且一个具有独立性的相似的外观设计也有可能构成对已注册的外观设计的侵权。美国外观设计制度更为严格，申请人通常必须是外观设计的发明人，外观设计必须涉及一定程度的独创性。这在某种程度上明显的限制了商品化的有效性。而根据澳大利亚1906年外观设计法，外观设计享有16年的保护期，也要具有“新颖的、原创的”。外表主要印有文学作品或美术作品的角色的特定物品，例如书皮、挂历、贺卡、宣传册等都不能被注册，但仍然受到著作权法的保护。（第17(2)条）⁵⁰可见，外观设计法虽然能通过注册的形式为形象的商品化提供一定程度的保护，但还存在诸多限制。

二、评析

首先，工业品外观设计是一个富有美感的整体设计，其中虽然含有某些形象特征，但是任何一个具体的形象特征都难以成为一个独立的外观设计。那么，一个具体的形象特征的商品化行为不构成对外观设计专利权的侵权。

⁴⁸ 熊伟：《形象商品化与形象权法律保护制度之研究》，载李二元主编：《国际法与比较法论丛》第12辑，p348

⁴⁹ 郑成思：《版权法》，中国人民大学出版社1990年版，p74-74

⁵⁰ Terry, Andrew: Proprietary Rights in Merchandising Marks. Australian Business Law Review; Aug 1990; 18, 4; ABI/INFORM Global p231

第二，外观设计的保护期不充分，大多数国家都只有十几年，之后就进入公有状态。这么短的保护期不利于保护形象拥有者的利益。

第三，外观设计只能用于特定化的物品，因此形象的拥有者就需要分别注册可能会用到该设计的每一个物品，使用在未经注册的物品上不能受到外观设计制度的保护。⁵¹

第四，大多数国家对外观设计的申请并不进行实质审查，而只实行形式审查，因此该设计是否符合新颖性或独创性的标准只能在侵权诉讼中由法院裁定。如果外观设计专利权人希望转让或许可他人使用，其在法律上的有效性可能会遭受潜在的受让人或被许可人的怀疑，从而使外观设计的有效价值因为法律评价的不确定性而被贬低。

第四节 形象商品化与反不正当竞争制度

一、反不正当竞争制度对形象商品化的保护

反不正当竞争法的一个功用，就在于对各项知识产权之间的空白地带提供“兜底”保护。这就使得一些“非此非彼”的法益，在无相应权利形态的情况下，能通过反不正当竞争法得到间接保护。显然，形象商品化可以成为该法的调整对象。形象商品化受到侵害，主要是由于经营者未经允许实施商品化行为，表现为三个方面：首先，行为人无偿占有了他人花费劳动和投资形成的名角效应，无异于“他人耕种，自己收获”。其次，使用行为会造成混淆，令人误认为使用形象特征的商品或服务与形象拥有者之间存在某种联系。再次，擅自使用的行为有损形象的名声，可能降低其原有的品位和价值。可见，未经许可使用他人的知名形象，构成不正当竞争。国外的立法和实践已经有了这方面的先例，美国1921年Fisher v. Stsr Co.一案⁵²中，法院就适用反不正当竞争法上的冒用理论来保护漫画作者的卡通绘画。在德国反不正当竞争司法实践中，擅

⁵¹ 熊伟：《形象商品化与形象权法律保护制度之研究》，载李双元主编：《国际法与比较法论丛》第12辑，p351

⁵² 该案中，原告享有著作权的漫画作品中有“Mutt”、“Jeff”两个卡通形象。虽然原告为两个卡通形象的著作权人，他却未主张著作权，而是主张被告人行为不仅欺骗公众，还有害原告。因为模仿原告的作品，使两个角色的崇拜者会购买再有此种模仿的报纸，这可能会导致公众对这些卡通形象的厌恶，且必会造成原告财产的损失和对其技艺的不正当攫取。转引自杜颖：《论商品化权》，载于《民商法论丛》13卷，法律出版社，2000年1月，p18

自使用他人作品中的虚构角色或是实质性人格特征的行为，可被判定是违反该法第1条（一般条款）之规定，构成违背善良风俗、不公平利用或榨取他人成果的不正当竞争行为。⁵³1996年WIPO根据《巴黎公约》和TRIPS协议制定了《反不正当竞争示范法》，其中第2条“关于引起混淆”和第3条“关于损害他人商誉或名声”中将著名人物或虚构角色均作为尤其可能遭致不正当竞争侵害对象的典型示例。它认为，当某一行为并非针对从事该行为人的竞争对手时，可能通过提高该行为人相对于其竞争对手的竞争力来影响市场竞争。在这种并非直接竞争关系的场合，仍可适用该示范条款予以规制。⁵⁴

未经许可对知名形象及形象特征的使用，可以归结为两种不正当竞争行为：一是混淆商品或服务来源，二是不合理的利用他人已被消费者承认的成果。如果未经许可使用知名形象会使消费者产生迷惑，即误以为侵权人的商品或服务由形象拥有者提供或误以为其对侵权人的商品或服务提供了赞助或其他支持，误以为侵权人的商业经营与形象拥有者有其他商业上的联系，那么形象拥有者就可以混淆商品或服务来源为由提起反不正当竞争之诉。如果形象拥有者可以证明其形象是经过大量精力和财力的投入才具有现在的声誉，且对其开发将带来可观的商业利益，那么侵权人未经许可的使用构成了对该形象所蕴藏的商业利益的盗用，形象拥有者可以据此提起反不正当竞争之诉。在英美法上将前述两种诉讼称为“假冒之诉”和“盗用之诉”。反不正当竞争法并不是通过设定权利来保障权利的积极实现，而是通过设定“禁用”来排除对利益的妨害。对形象商品化采取“禁用”保护的途径主要是“假冒之诉”。

“经典的假冒之诉”（classic passing off）以保护商誉（trade goodwill）为目的，以虚假陈述为基础。但虚假陈述能否构成假冒之诉，关键在于被告的虚假陈述是否导致或可能导致消费者对于该产品的商业来源（trade source）产生混淆。这种混淆必须产生于原告与被告之间存有的“共同活动领域”（common field activity），因此“共同活动领域”成为经典的假冒之诉的实质性要件。⁵⁵在英国，假冒之诉只能有限的运用于形象商品化的保护，因为英国的法官尚未

⁵³ Schertz, Merchandising [M]. C. H. Beck Verlag 1997.107

⁵⁴ 郑友德，焦洪涛《反不正当竞争的国际通则》[J].知识产权，1999，（2）：45

⁵⁵ Coronos, S. G.: Basking In Reflected Glory: Recent Character Merchandising. Australian Business Law Review: Feb 1990:18,1:ABI/INFORM Global p5

意识到公众对形象商品化的了解。假冒之诉作为形象商品化的保护形式，在 *McCulloch v. May* [1947] 2 ALL ER 845 案中被法官 Wynn-Parry 的陈述所阻止，法官强调原被告之间缺乏“共同活动领域”，因而拒绝支持假冒之诉。之后的一系列案件，也都以缺乏“共同活动领域”的实质要件不能适用假冒之诉为由而予以驳回。直到涉及擅自使用虚构角色形象的 *Mirage Studios v. Counter-Feat Clothing Co Ltd* [1991] FSR 145 案，法官 Browne-Wilkinson 才以角色形象运用在低级产品上会贬损角色的形象为由向原告授予了相关的禁令。⁵⁶这一判决显示了对于公众深知形象商品化实践的司法上的承认。

然而，“经典的假冒之诉”在澳大利亚则得到了长足的发展，被司法实践修正为“扩展的假冒之诉 (extended passing off)”，运用于形象商品化的保护。在 *J. Bollinger SA v. The Costa Brava Wine Co. Ltd.* 案⁵⁷中，法官 Diplock 认为，“虽然原被告并不处在同一个商业领域，但被告造成的其经营与原告联系在一起的一个虚假陈述的暗示会损害原告的商誉和名誉。”由此可见，确立扩展的假冒之诉只有两个要求：第一，原告的名誉和商誉被盗用；第二，表明双方存在商业联系的虚假陈述可能会导致大量的消费者被误导，或者至少产生这样的混淆即原被告双方存在商业联系。“共同活动领域”原则不再作为假冒之诉的实质要件，保护商誉为目的又发展为保护促销性商誉 (promotional goodwill) 为目的，因此更多的形象商品化的案例可以适用扩展的假冒之诉得以解决。

⁵⁶ 原告创造了“忍者神龟 (Teenage Mutant Ninja Turtle)”的角色，他们也制作并营销了相关的卡通、电影和录像。原告的部分商业活动涉及复制角色在有关产品上的活动颁发许可。没有得到原告的许可的情况下，被告制作了人性化的海龟形象，这个形象与原告的角色在外形上相似，但并不是完全的复制。被告许可服装制造商将他设计的角色复制于 T 恤和其他产品上。在授予原告针对被告的禁令中，*Browne-Wilkinson* 法官采用了 *Erven Warnink v. Townend* [1979] AC 731 经典的假冒诉讼的实验，一个虚假陈述已经发生，因为这种证据表明相当多的购买的公众期望并知道一个著名卡通或电视人物被复制在产品上，这种复制是该角色的著作权或其他权利的所有者授予的许可。被告因此虚假陈述说印有他们的海龟的产品是受到了原告的许可：因为公众将他们的产品和人物的创造者联系起来，将海龟的形象运用在低级产品或低级材料上贬损了海龟的形象，可能会严重降低海龟许可权的价值。

⁵⁷ 本案不存在有关商业来源的虚假陈述，而是关于产品的虚假陈述。被告的产品（西班牙香槟）并没有被假冒为原告中的任何一位生产的葡萄酒，而是因为原告证实“香槟”这个词含有名誉或商誉，这种商誉是和法国“香槟”区从葡萄制造香槟酒的过程联系在一起的。法官判决称，原告有资格阻止被告将其产品作为西班牙香槟出售，因为这样可能会造成消费者的混淆，使他们误以为购买的是真正的香槟。

二、评析

反不正当竞争法虽然不拘泥于著作权法的“可著作权性”以及商标法的“可区别性”的严格要求，为形象商品化提供了较为灵活的保护，弥补了后者的某些缺陷。但是这种兜底保护也有明显的缺陷。

第一，传统的反不正当竞争理论要求原告与被告存在直接竞争关系。竞争关系是指具有商品替代关系的经营者之间对市场进行争夺的状况，换言之，当事人应是从事同一行业的经营者。倘若形象的拥有者并未将形象投入到商业领域，或者投入的领域并非侵权人所从事的，则很难形成直接竞争关系，反不正当竞争法保护手段的运用必然受到限制。1996年发布的WIPO示范法，虽然不再要求行为主体须存在直接竞争关系，但其将所保护的“形象商品化”限定在作品创作者之间或者商品生产者之间，而无法保护二者交错的领域。不过近期这一点已经在国外的司法实践中有所突破。如前文提到的英国和澳大利亚，还有美国的一些判例认为与原告不具有直接竞争关系的被告也可被认定为侵权。⁵⁸

第二，假冒之诉以侵权人存在虚假陈述为前提，非法使用他人形象的行为人，构成虚假使用即混淆了商品的来源才构成“不正当竞争”。但是，基于自由竞争的理论，只要商品生产者采用一种不会混淆公众的方式，如通过“澄清条款”，声明自己与形象的拥有者没有任何关系，从而使消费者不致产生误解。假冒之诉的诉因就不存在，形象的商品化也不能得到保护。

第三，对形象商品化利用缺乏有力保护，从而使形象拥有者与商品化利用者之间的利益失衡。虽然形象商品化的利益在很大程度上来源于形象拥有者的创造性劳动，但如何分享该利益却缺乏现行法依据。在调整形象拥有者与商品生产者间的关系时，反不正当竞争法只是从消极方面禁止他人非法使用知名形象，并不是设定权利来保障积极实现。而且反不正当竞争法的目标在于规制经营秩序，维护合法经营者与消费者的利益，这与保护形象拥有者的法律需求尚有距离。

⁵⁸ 参见：Hirsch v. Johnson & son, Inc. Supreme Court of Wisconsin(1978)

第四章 我国保护形象商品化的对策

形象商品化是相关主体利用知名形象的名角效应进行二次开发运用于商品或服务的营销过程,在这个过程中,形象拥有者与社会公众以及从事形象商品化的经营者之间存在着错综复杂的利益关系,有待相关法律加以调整。前文从著作权制度、商标权制度、外观设计制度以及反不正当竞争制度的角度分别进行了讨论,我们发现,尽管这些法律制度在一定程度上发挥了对形象商品化的调整和规范作用,但各自又存在着难以克服的缺陷与不足。所以笔者认为,应该针对形象利益设计一种独立的权利加以保护,并称之为“形象权”,用以涵盖真实人物形象和虚构角色形象等方面的利益保护问题。有关形象权制度的立法模式,从国际范围来看,各国尚在探索之中,较为成熟且具有国际影响的当为美国立法例。美国采取真实人物形象和虚构角色形象分别保护的做法。前者称为“right of publicity”,即狭义的形象权,目前美国有 24 个州在法律中明确承认形象权,或是通过制定法律保护形象权,或是将形象权纳入隐私权制度之中。⁵⁹后者称为“right in characters”,即所谓的角色权,美国法对此实行著作权法、商标法、反不正当竞争法的交叉保护。英国没有形象权的专门制度,仅是通过著作权法、商标法、外观设计法以及反不正当竞争的“假冒诉讼”,对形象利益提供一些有限的保护。⁶⁰日本从上个世纪 70 年代引进了商业形象权的概念,该国法院也有处理形象权纠纷的若干判例,但尚未建构独立的形象权制度,其判案依据仍是传统的知识产权法。由此可见,西方国家关于形象商品化的法律规制并未形成一个成熟的立法例。但是国内外的许多学者主张建立一种独立的形象权制度,以解决著作权、商标权以及反不正当竞争法分别保护与交叉调整的不足。

⁵⁹ 参见李明德:《美国形象权法研究》,载《环球法律评论》2003 年冬季号

⁶⁰ 张今:《英国:姓名、形象的商品化和商品化权》,《中华商标》2000 年第 8 期

第一节 构建独立的形象权法律制度

一、形象权的基本属性：一种新型的知识产权

对形象权基本属性的确定，应首先讨论它的存在形态。法哲学理论认为，权利可分为应有权利、法定权利和实有权利等三种形态。人们基于一定的社会物质生活条件而产生的权利要求是权利存在的第一种形态“应有权利”。通过立法对应有权利的规定和确认是权利存在的第二种形态“法定权利”。权利的第三种形态，即处于最后发展阶段的是“实有权利”。是通过法律的实施，法律效果的实现，特定权利义务关系的建立，达到人们对法定权利的真正享有、对相应义务的确实承担。形象权即是一种有待从“应有权利”演变成“法定权利”的新型权利。⁶¹形象权调整的是形象利益的分配和归属关系，而形象利益又是一种附载于形象之上的可供商品化的财产利益。为便于这种财产利益的充分实现，形象权应当归入纯粹的财产权体系。由于形象权的客体是一种特殊的知识产品，因而可以被定性为一种新型的知识产权。

（一）知识产权的范围和客体

1、国际条约所划定的知识产权范围

尽管德国于18世纪产生“知识产权”这一术语，但真正在世界范围内使用却是始于1967年建立的世界知识产权组织。《世界知识产权组织公约》第2条（8）款规定，知识产权应包括以下权利：（1）与文学、艺术及科学作品有关的权利。这主要是指作者权，或一般所称的著作权；（2）与表演艺术家的表演活动、与录音制品及广播有关的权利；这主要是指一般所称的邻接权；（3）与人类创造性活动的一切领域内的发明有关的权利。这主要是指就专利发明、实用新型及非专利发明享有的权利；（4）与科学发现有关的权利；（5）与工业品外观设计有关的权利；（6）与商品商标、服务商标、商号及其他商业标记有关的权利；（7）与防止不正当竞争有关的权利；（8）一切其他来自工业、科学及文学艺术领域的智力创作活动所产生的权利。由于该公约16条明文规定了“对本公约，不得作任何保留”，故可以认为，世界上大多数国家（包括中国）均已对

⁶¹ 吕世伦、文正邦主编：《法哲学论》，中国人民大学出版社，1999年2月第一版，p549-550

上述关于知识产权的定义表示接受。⁶²

世界贸易组织中的一份《与贸易有关的知识产权协议》(简称 Trips), 在第一部分第一条也划定了知识产权的范围: (1) 版权与邻接权; (2) 商标权; (3) 地理标志权; (4) 工业品外观设计权; (5) 专利权; (6) 集成电路布图设计(拓朴图)权; (7) 未被披露的信息专有权。⁶³

国际保护工业产权协会(AIPII) 1992年东京大会认为, 知识产权分为“创作性成果权利”和“识别性标记权利”两大类。其中前一类包括7项, 即发明专利权、集成电路权、植物新品种权、Know-How权(也称“技术秘密”权)、工业品外观设计权、版权(著作权)、软件权。后一类包括3项, 即商标权、商号权(也称“厂商名称”权)、其他与制止不正当竞争有关的识别性标记权。⁶⁴

以上几种对知识产权范围的划分, 都是较为广义的观点, 而又各有差别。尤为广义的就是《成立世界知识产权组织公约》中所划的范围, 可以包括一切人类智力创作的成果。对这一范围, 学术上至今仍存在较大争论, 各国立法中真正把世界知识产权组织所称的“知识产权”的内容都当作知识产权对待的国家并不多。国际保护工业产权协会虽然在国内被引述的频率并不高, 但其学界影响却不可小视。许多知识产权的学者按照“以划范围的方式下定义”的方法, 据此将知识产权严格分为“创作性成果权”和“识别性标记权”, 并排斥其他无形财产权进入知识产权的范围。但是随着社会发展, “经营资信”之类的无形资产不断涌出, 将来还可能出现其他类型。如果囿于对传统知识产权的“二分法”, 知识产权的确再也难以包容新的权利类型。然而事实上, AIPII 东京大会报告的“二分法”, 确可以作为“一家之言”。但该报告本身及与会专家们, 并无意就此排斥其他分类法或其他为知识产权下定义的论述。并且, 知识产权受保护客体的新发展, 也已经产生了既难入“创作性”成果一类, 又难入“标示性”成果一类的内容。如世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》明文将“商业秘密”列为一项重要的与贸易有关的知识产权, 同时又认为它属于“反不正当竞争”的一项内容, 应与巴黎公约中的反冒牌货同属一个条文管辖。据

⁶² 郑成思著:《知识产权法》, 法律出版社 2003 年版, p4

⁶³ 同上, p4-5

⁶⁴ 郑成思著:《知识产权法》, 法律出版社 2003 年版, p5-6

此商业秘密应归入“标示性”知识产权。而商业秘密中的“Know-How”在AIPPI东京大会报告中却被列为“创作性”成果，“反不正当竞争”则在“标示性”成果中。又如1996年3月，欧洲议会通过了《数据库保护指令》，同时建议世界知识产权组织通过类似的公约。欧盟国家均必须在1998年1月前，制定出国内相应立法。⁶⁵无论将根本不具有原创性的数据库放入“创作性”成果或是“标示性”成果，结果都不能自圆其说。这说明，世界知识产权保护的实践早就使知识产权突破了创作性成果权利和经营性标记权利的范围。随着市场和技术的深入发展，这种趋势将会更加明显。因此，将经营性资信权归入知识产权的范围在法理上就不会有很大的障碍了。

2、知识产权的客体

当代西方学者根据“知识产权”的财产意蕴，将其客体称为“知识财产”，以对应于“由可移动的物所构成的财产（动产）”、“不可移动的财产（不动产）”。“知识财产”理论认为，智力劳动的创造物之所以被称为“知识财产”，在于该项财产与各种信息有关。人们将这些信息与有形载体相结合，并同时在不同地方进行大量复制。知识财产并不包含在上述复制品中，而是体现在复制品所反映出的信息中。⁶⁶在日本，学者们习惯于用“无形财产权”与“无形财产”的说法来表述相关权利与权利客体。如日本学者小岛庸和在其《无形财产权》一书中将知识财产与无形财产作同等概念看待，并将它们作为知识产权法的保护对象。⁶⁷而著名法学家北川善太郎认为，与日本民法第85条所限定的有体物相比较而言，“无形物”在语感上似乎有些问题，因而不能被普遍接受。为此，他于1988年在《半导体集成电路的法律保护—新的知识所有权的诞生》一文中提出了“知识财产”的术语。⁶⁸

我国学者在20世纪80年代初期曾将关于精神财富所享有的权利称之为“智力成果权”，因而相应的将这类权利客体归结为“智力成果”，并强调其价值不能用货币衡量。⁶⁹这种观点偏重客体的智力创造属性，讳言其财产价值，与当

⁶⁵ 郑成思著：《知识产权法》，法律出版社2003年版，p7-8

⁶⁶ 世界知识产权组织编：《知识产权纵横谈》，世界知识出版社1992年版，P4

⁶⁷ 转引自吴汉东、胡开忠著：《无形财产权制度研究》，法律出版社2001年版，p36

⁶⁸ [日]北川善太郎：《技术革新与知识产权法制》，国家科委政策法规与体制司等译，1998年印，p3。

转引自吴汉东、胡开忠著：《无形财产权制度研究》，法律出版社2001年版，p35

⁶⁹ 佟柔主编：《民法原理》，法律出版社1983年版，p383

时的商品经济和技术市场尚未建立和发展是有很大关系的。随着 1986 年《民法通则》的颁布，“智力成果权”传统提法正式被“知识产权”所取代，而知识产权的客体问题仍然悬而未决。从 20 世纪 80 年代末期开始，我国一直有学者主张建立“知识产品”范畴理论，即把知识产权的客体概括为“知识产品”。⁷⁰本文赞成这种观点，因为知识产品较之物和智力成果更能概括知识产权客体的本质特征。“物的概念突出的是人身以外的物质对象，它可能是未经加工的自然物，也可能是人类物质劳动的创造物，明显的表现出客体的物质性；而知识产品概括了知识形态产品的本质涵义，强调这类客体产生于科学、技术、文化等精神领域，是人类知识的创造物，明显的表现出客体的非物质性。同时，知识产品的内涵突出了它在商品生产条件下的商品属性和财产性质，反映了著作权、商标权、专利权中的财产权利内容；而智力成果作为权利对象的含义，难以明确指向‘知识产权’（Intellectual Property）中包含的‘知识所有权’的原意，无法揭示非物质财富具有价值和使用价值的商品形态。因此我们应将知识产权的客体表述为知识产品，而不是物或智力成果。”⁷¹

根据上述学者的观点，知识产品可以分为三类：一是创造性成果，包括作品及其传播媒介、工业技术；二是经营性标记；三是经营性资信。第一类产生于科学技术及文化领域，后两类产生于工商业经营领域。我们简单介绍一下这三类知识产品⁷²：

作品及其传播媒介，泛指文学艺术领域中以不同表现形式出现并且具有原创性的智力成果，以及在传播作品过程中产生的与原创作品有关联的各种产品、物品或其他传播媒介。工业技术一般指在工业、农业、商业等产业领域中能够物化在物质载体上的知识和技能。它是根据科学原理和生产经验而发展形成的工业操作方法和技能，以及与这些方法和技能相适应的生产工具和其他物质设施。在法律上，工业技术可以表现为取得工业产权的各类专利技术，也可以表现为取得其他知识产权的商业秘密，以及受到工业版权保护的工业产品。

经营性标记一般是指在工业、农业、商业等产业领域中能够标示产品来源

⁷⁰ 吴汉东、闵锋著：《知识产权法概论》，中国政法大学出版社 1987 年版，p34

⁷¹ 吴汉东、胡开忠著：《无形财产权制度研究》，法律出版社 2001 年版，p38-39

⁷² 熊伟：《形象商品化与形象权法律保护制度之研究》，载李双元主编：《国际法与比较法论丛》第 12 辑，p401

和厂家特定人格的区别标记，包括商标、商号、地理名称等。其主要职能是区别商品和生产商品的厂家，使人们易于识别。同时还可用于宣传活动，强化商品、产地或厂家在人们心目中的形象。

经营性资信泛指工商企业在经营活动中所具有的经营资格、经营优势以及在社会上所获得的商业信誉，包括特许经营资格、特许交易资格、信用以及商誉等。从经营性资信的构成来看，其内在因素是主体所拥有的能够用于经营的一种无形资源，这种资源形成了特定主体高于同行业一般企业获利水平的超额盈利能力；其外在因素表现在两个方面，或是来自于某一组织授予的资格，或是来自于社会公众给予的评价和信赖。该类权利客体所涉及的资格、能力或信誉，包含有明显的财产利益因素，但也有精神利益的成分。

从以上可以看出，知识产品是非物质形态的精神产品，具有内在的价值和使用价值，但却没有外在的形体。它既是创造者个人的精神财富，又是社会财富的一部分，法律总是在一段时间内赋予其创造者个人以垄断权利，一旦保护条件和期限失效，知识产品即成为社会的共同财富，为全人类所共同使用。

（二）形象权与知识产权的同质性

学者们在论述知识产权的特点时，为了与其他财产权相区分，一般以“无形性”、“专有性”、“地域性”和“时间性”四个基本特征予以概括。作为知识产权客体的知识产品，不具有一定的物质形态，不占有一定的空间，一般均表现为一定的信息。信息无体，就是说要保护的不是作为有体物存在的信息的载体，而是信息本身。这就是知识产权的第一个、也是最重要的特点，就是无形性。知识产权的专有性就是知识产品只能为权利人所独占，未经法律规定或未经权利人许可，任何人不得使用权利人的知识产品。知识产权的地域性是指，知识产权作为一种专有权，其效力受到地域的限制。除非签有国际公约或双边互惠协定，一般而言，知识产权只在本国范围内有效，其他国家对此没有承认和保护的义务。所谓知识产权的时间性，则是指不管知识产品的经济或技术寿命有多长，只在法律规定的期限内受到保护。一旦超过法律规定的有效期限，权利即自行消灭，相关知识产品成为整个社会的共同财富。

我们稍加对比不难发现，形象权与知识产权具有同质性，符合知识产权的

上述基本特征。首先，形象权的客体满足知识产品的构成要件。学者吴汉东在多种著述中将知识产品的构成要件概括为创造性、非物质性和公开性。同时他认为“形象因素具备知识产品的一些特征，但并不是全部特征。例如，真实人物的形象因素，包括姓名、肖像、形态等，可以说是非物质性客体，也为社会公众所秩序，但他不具备智力成果的创造性。”⁷³也有部分学者对此持赞成态度，对此观点笔者不敢苟同。笔者认为，将形象权的客体表述为形象因素是错误的。形象因素是形象权客体的物质载体，而并非是其客体，形象权的客体是一种经营资信类财产的名角效应。真实人物的名角效应来源于各方的努力，他们要始终保持其名角效应具有稳固的、不断上升的价值，就必须不断地进行体力和脑力的奋斗，这些活动所体现并注入效应之中的创造性劳动同样是不应忽视的。并且，在知识产权的客体范围中，智力创造性成果只占一部分，其余的商业标记和经营性资信都表现为一种竞争优势。如果说其中也存在创造性劳动的话，这种创造性更多地指示体现在商业标识或经营资信之外的形象塑造活动。正是由于这种活动的创造性，使商业标识或经营资信附加了无形的价值，从而成为市场争夺的对象。

其次，形象权符合知识产权的专有性特征。形象权为合法主体所专有，对商品化的形象特征享有独占的、排他的权利。没有法律的直接规定或未经权利人许可，任何人都不得使用，具体表现为使用获酬权以及禁用权。

再次，形象权符合知识产权的地域性特征。虽然各种形象及形象特征通过大众传媒或互联网可以很轻易的在国际间交流，但是形象权受保护的范围限于其依据产生的法律的效力范围，受各国主体的地域限制。而且作为形象权客体的名角效应，本身就是一种社会评价，它的公众认知度及知名度、影响力都受到严格的地域限制。有学者认为“真实人物形象的姓名、肖像等形象因素与生俱来，其权利形态无须特别授予。此类人格性形象因素在商品化利用过程中，不会因地域限制而失去保护。”笔者并不同意这种说法，著作权也是自动产生，无需行政批准的，依然遵守“只依一定国家的法律产生，又只在其依法产生的地域内有效”的地域性规定。

⁷³ 吴汉东：《形象的商品化与商品化的形象权》，《法学》2004年第10期，p85

最后，形象权符合知识产权的时间性特征。形象商品化价值的持续时间远远超出形象权本身的有效期限。一旦保护期限届满，形象所残留的商品化价值就成为了社会的公共财富，可以为任何人所开发和利用。

从以上分析我们可以得出这样的结论：形象权是一种有待立法机关确认的新型权利，但根据该种权利的各种特性，应当归入知识产权的范围，成为一种有广阔发展前景的经营资信权。

二、形象权法律关系

（一）形象权的主体

1、按形象权的取得方式不同划分

（1）原始主体

主要是依自己的智慧创造出虚构角色形象的人物以及知名人士本人，这些主体是形象权的创造者，因而享有充分的权能。当然，商品化的对象不同，原始主体也不同。如果是作品中的人物、动物角色产生形象权，形象权的原始主体就是该作品的著作权人；如果是真实人物的形象及形象特征产生形象权，则形象权的主体就是该真实人物本身。

需要说明的是，原始主体中是否会存在非自然人？一般而言，只有自然人才真正具有从事智力创作的能力。只是在现实生活中，有一些法人或其他组织主持，代表法人或其他组织意志创作，并由法人或其他组织承担责任的作品，著作权法将该法人或其他组织视为作者。所以，法人或其他组织也可能成为法律上的作者，并成为所创作的虚构角色的形象权人。

（2）继受主体

主要是指从形象权的原始主体处取得形象权的自然人、法人和其他组织。主要包括以下两种类型：

①通过继承而取得形象权。形象权是具有保护期限的，所以在原始主体死后还要保护一定的期限，而这是通过其继承人来实现和承受的。同时，形象权的主要内容在于财产权利，是可以通过继承来取得的。

②通过接受许可或转让而取得形象权。形象权是财产权和独占权，权利人

可以对其自由处分，许可和转让是充分行使权利的手段。但实践中很少存在形象权转让的情况，主要源于转让费用的确定之难。形象权的客体一名角效应的价值本身是变化的。某一形象特征初期可能影响面很小，而后日渐声隆，其价值也随之上涨。在这种情况下是否允许形象权原始主体请求变更原来的转让费呢？这只能通过严格解释形象权的地域特征来实现，即将形象权的转让权解释为特定地域内存在的形象权，而后随着商品化影响的扩大，产生了新的地域中的新生形象权。因此，权利人有权就新生权利的对价请求补偿，但是这种地域范围的确定又有相当难度。另外，形象权的转让会使原始主体完全失去对形象权客体的物质载体的控制，这也是形象权人不愿看到的。

2、按形象权的类型划分

(1) 真实人物形象的权利主体

由于我们将形象限定于知名形象，真实人物形象的原始权利主体应为知名人物本身。此类主体一般为自己的形象付出了创造性的劳动，由他们享有形象权，既尊重了其劳动成果，又有利于激励其继续从事创造性劳动，对其他人还会产生一种示范效应。当然，如果形象塑造的过程中掺入了其他人的劳动，则双方可以通过合同约定形象商品化的利益分配，但权利主体仍应归属于该知名人物。

(2) 虚构角色形象的权利主体

虚构角色是作者在文学艺术作品中创作的现实世界根本不存在各种人物或动物形象，因此通常情况下，作者应为虚构角色的形象权的原始主体。

①合作作品角色的权利主体。合作作品是两个或两个以上的作者共同创作的作品，著作权由共同创作作品的作者共有，其角色的形象权也应该由作者共有。任何一方对形象商品化利用，都必须征得其他权利主体的同意，收益也应由权利人共享。

②演绎作品角色的权利主体。演绎作品是对原作经过汇编、改编、翻译、注释、整理等形式衍生出的新作品，演绎作品中的角色一般来源于原作，其形象权也应该由原作的作者享有。当然，如果演绎作品的作者认为自己角色形象的塑造付出了创造性的劳动，使其价值由此骤增，他完全可以通过合同与原

作作者协商确定形象权的归属和利益分配，而无需法律干涉。

③委托作品角色的权利主体。委托作品的创作一般以委托人和受托人之间的委托合同为基础，其角色形象权的归属可以仿照著作权法上的此种做法，遵循双方的约定。如果双方没有订立合同或者合同没有明确约定，角色形象权应由受托人享有。实践中，双方甚至可以约定委托作品的著作权由委托人享有，而角色的形象权由受托人享有，只是双方须对著作权和形象权的各自范围和利用方式做出明确约定。

④职务作品角色的权利主体。公民为完成法人或其他组织的工作任务而创作的作品是职务作品，其角色的形象权一般应由创作作品的作者享有。但如果该角色创作的目的是在法人或其他组织的业务范围内从事商品化活动，如作为产品的包装装潢或用于广告宣传，则单位对该形象在其业务范围内享有使用权且不受期限限制。形象权人在两年内，未经单位同意不得许可第三人以与本单位相同的方式使用该形象。当然，单位的这种使用权并不是一种独立的权利，而是相当于一种被许可的权利，形象权仍归属于作者。由此单位对该形象的权力范围和行使方式受到很大的限制，所以单位和作者可以通过合同对职务作品的角色形象权约定由单位享有，这样单位就可以享有完全的形象权了。

(3) 表演形象的权利主体

表演形象是指由真人扮演虚构角色或真实人物形成的形象。它并不是一类独立的形象，因为其中一部分属于真实人物的形象，一部分属于虚构角色的形象，所以我们对其进行单独的分析。

①不知名的演员扮演虚构人物。在这种情况下，演员不享有形象权，只享有肖像权，在保护水平高的国家可享有表演者权。虚构人物的形象受著作权法保护，但如果其具备形象权意义上形象的特性，则应由著作权人享有形象权。

②不知名的演员扮演真实人物。在这种情况下，演员同样不享有形象权，若真实人物符合形象权意义上形象的特性，则其应拥有形象权。因为人物本身的真实存在使其负有的名誉、名声创造了价值。但值得注意的是，有些真实人物的权利有可能以超过保护期而进入公有领域了。

③知名演员扮演虚构人物。应分三种情况：第一，虚构人物不知名，则由

知名演员享有形象权。第二，虚构人物知名且与知名演员进行了“物理性”的融合。所谓物理性是指能够分清虚构人物与演员，如“小燕子”——赵薇，当人们看到“小燕子”的剧照时，人们会知道这是《还珠格格》里的“小燕子”，并且还知道是赵薇扮演的，这样两者的形象权就相融合了。在这种情况下，演员和作品作者共享形象权，其份额的分配可以由合同约定。第三，虚构人物知名且与知名演员进行了“化学性”结合。如“孙悟空”与六小龄童的表演已经融合，人们在商品广告上注意的可能只是“孙悟空”这个形象，至于是谁在这个形象背后人们是不会究根问底的。这种情况下，六小龄童仅享有肖像权、表演者权等，而“孙悟空”这一形象权应由《西游记》的制片人享有。

④知名演员扮演真实人物。若真实人物不知名，则由演员享有形象权。若真实人物知名，则要根据实际情况判断商品促销目的的达成是凭借演员的知名度还是真实人物的知名度，从而承认或部分承认演员或真实人物的形象权。

（二）形象权的客体

形象权的客体是形象权主体所享有的权利、承担的义务共同指向的对象。学者们对形象权的客体综合看来有两种看法，其一为“形象说”，认为“凡是被付诸于商业性使用之后，能增强商品或服务对消费者的吸引力，给商家带来利润的真实人物、虚构角色或其他财产物的形象、名称等确认因素者都可以是形象权的客体。”⁷⁴“形象权是为调整形象利益的分配和归属而设计的一种新型权利，其客体就是各种有待法律保护的知名形象。”⁷⁵这种看法明显的不足在于混淆了形象权的客体和其物质载体。其二为“信誉说”，认为“形象权的客体是一种信誉，其具有公众吸引力，能够使公众产生消费需求。”此种观点是正确的，但对客体的称谓不够准确。前文在讨论形象商品化的实质时，已经阐明了“名角效应”较之“信誉”以及“消费欲望”，能更鲜明的体现形象商品化的实质，更明确的表达形象所蕴含的对顾客的吸引力和亲和力。形象权源于宣传，却根源于为大众所喜爱并崇拜的人物角色、各种形象等的名角效应。之所以称为形象权，也是因为知名形象体现的名角效应通过商品化使用创造了价值，从而对

⁷⁴ 孙美兰、孔丁英：《奥特曼纠纷引发的思考——论对商品化权的保护》，《法学》1999（7），p62-64

⁷⁵ 熊伟：《形象商品化与形象权法律保护制度之研究》，载李双元主编：《国际法与比较法论丛》第12辑，p375

这部分价值主张权利。形象权的实现最终是通过物质形式，即知名形象的利用来进行的。这种利用并非简单的复制，而是通过使用这些知名形象创造出大众需求，也即“公众吸引力”。

所以我们认为形象权的客体是各种知名形象及其形象特征等本身具有的并为公众知晓的，能刺激公众消费需求的名角效应。它依附于角色、名称等形象特征之上，消费者在商品上、商品包装上、服务上或广告宣传中使用的这些角色、名称等形象特征，就会不由自主的联想到它们内在蕴含的东西，因此这些知名的形象特征，只是形象权客体的物质载体，是商品化的对象，但并不是形象权的客体。

（三）形象权的内容

形象权实际上是利用知名形象进行二次开发而将其所代表的名角效应（公众吸引力）移用于商业促销的权利。只要名角效应的物质载体在商业使用中以合法形式表现出来，不违反法律和公众秩序、善良风俗等方面的强行性规定，形象权人对名角效应的商业使用就具有独占性、排他性和绝对性。形象权是一种对世权，其权利主体是特定的，而义务主体并不特定，权利人以外的第三人都负有尊重形象权人的合法权益的义务。形象权作为一种垄断权或财产权，在权能上可以从积极和消极两个方面进行阐述。

1、形象使用权

形象使用权是积极权能，即形象权人对自己拥有的知名形象投入商品化使用的权利。将标的使用于商品这一点上，与商标权有相似之处。无论是形象还是商标，总是与特定的商品相联系。形象是商品的作用物，商标是商品的附着物。所不同的是，商标专用权的范围，以核准的商标和核定的商品为限，其范围是主管机关从商标和商品两个方面的结合来界定的。而形象使用权的范围则无须主管机关逐一审核，其使用方式只要不违反法律明确禁止的方式既可。

形象权人对形象的使用，既可以是自己将各种形象特征使用于商品之中，从而依靠该形象的公众吸引力在商品经营中直接获取利益；也可以是转让或许可他人将上述形象特征用于相关商品中，从而收取转让费或许可费。由于形象权人大都不会亲自经营商品，所以授权他人使用是形象权实现的主要途径。

2、形象禁用权

形象禁用权属于消极权能，即形象权人排除他人擅自将自己拥有的知名形象进行商业化使用的权利。同所有权等物权形式不同，形象权的客体是无法为权利人实际占有和控制的无形财产。权利人以外的人可以获取其形象的外在特征，例如真实人物的照片、签名，虚构角色的图像、名称等，也就是说未经许可而使用他人的形象，不是事实不能，而是法律不能。因此保护形象权，需要法律创设禁用权以排除非权利人对形象的非法使用。

在使用权和禁用权的效力范围方面，形象权与商标权也有区别。依据商标法规定，注册商标禁用权的范围，不仅涵盖专用权所指向的核准商标和核定商品，而且还延及“近似商标”和“类似商品”。形象权责不然，其禁止权和使用权的效力范围是一致的。只要不是法律明文禁止的使用方式，任何形象商品化的方式既是形象使用权的范围，也是形象禁用权的范围。⁷⁶

三、形象权的限制与期限

（一）形象权的限制

形象权是一种绝对权，但并非是无限制的垄断权利。形象权制度在其内部具有保护与限制的双重功能，它不仅维护着权利人在形象商品化过程中所享有的利益，而且也规制着权利人从事商品化活动的自由。所以，法律除了从正面赋予形象权人从事一定活动的自由外，还必须从反面廓清这种自由之“度”。

1、公序良俗对形象权的限制

公序良俗原则是现代民法一项重要的法律原则，我国《民法通则》第6条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。”这说明，民事活动当事人在行使权利和履行义务的过程中，必须实现个人利益和社会利益的平衡，不得违反公共秩序和善良风俗，否则该行为将受到否定性的评价。一般认为，“公序”是为社会秩序，包括政治、经济、文化等公共秩序；“良俗”是为社会道德，涉及社会存在的一般道德、伦理和风俗等。形象权虽然是相关主体将自己拥有的知名形象商品化或禁止他人

⁷⁶ 吴汉东：《形象的商品化与商品化的形象权》，《法学》2004年第10期，p87

将其商品化的权利，但是并不意味着权利行使的“无序化”、“非正当化”和“不良化”。对违反公序良俗原则的行为，法官可依社会正义的一般观念，确认其行为无效。

2、言论自由对形象权的限制

言论自由是各国普遍肯定的宪法权利，即公民对国家和社会的各项问题有自由发表意见的权利。言论自由的方式，包括语言形式和文字形式，如报刊、杂志、音乐、电视、广播、电影等都可以成为公民发表言论的手段。自由言论所涉及的信息，即图像、资料、意见、观念等，可能就是形象权中的形象因素，因此在一定情况下，两种权利会发生冲突。一般认为，相对于经济自由等权利，表现自由应当具有“优越地位”，应看作是具有优先性的法价值。⁷⁷因此，形象权的独占性质不能成为思想表现和信息交流的障碍。

如果我们不考虑言论自由对形象权的限制，则报纸、电视、广播、互联网等大众传媒，因为它的营利性质，就必须为自己的形象使用行为申请许可，并支付费用。但是，大众传媒除了增加媒体利润的作用外，还具有更广泛的社会价值。它是公民了解社会信息、政治信息、经济信息，参与社会政治、经济、文化事务的重要途径。因此，只要对形象使用适度，且不至于危及权利人的职业生存，就应充分享受言论自由的保护。

3、权利穷竭对形象权的限制

权利穷竭，对于形象权是指含有知名形象的商品以合法方式销售或分发出去后，无论该商品再辗转到何人之手，形象权人均无权再控制该商品的流转，即权利人行使一次即耗尽了有关的形象权，不能再次行使。⁷⁸权利穷竭制度的目的在于消除形象权的专有性对商品流通所产生的消极影响，因为如果听任形象权的效力延及已经合法销售或分发出去的商品，则必将为商品的自由流通造成巨大障碍，妨碍自由竞争的顺利进行。而权利穷竭制度的设计。既维护了形象权人对其形象的获益权，又维护了商品购买人的利益，使形象权与商品的所有权处于平衡状态，从而均衡了形象权人的利益和社会公众的利益，避免了贸

⁷⁷ 杜钢建：《论表现自由的保障原则》，《中外法学》1995年第2期

⁷⁸ 郑成思：《版权法》，中国人民大学出版社1990年版，p272

易中的不公平竞争。⁷⁹

权利穷竭的范围是及于一国之内还是及于其他国家，我们认为应该效仿商标权的模式。绝大多数国家认为附有商标的商品一旦售出，商标权人就无权再控制该商品的再次出售和进出口，即商标权的穷竭效力不受地域限制，其效力及与其他国家。形象权的穷竭也不应受地域限制，效力及于其他国家，这对商品的自由流通有很大的促进作用。

（二）形象权的期限

形象权的期限问题，是保护个人独占利益与维护社会公共利益相协调的问题。虽然形象权是一种财产权，但因为其无形性特征，涉及到言论自由和经营自由，为使私的利益保护与公的利益维护协调起来，应同其他知识产权一样，规定形象权保护的期限。一般认为，形象权的保护期限及于权利人终身，自不待言；该权利在权利人死后仍将延续，亦不存争议。由于形象类型不同，真实人物的形象权和虚构角色的形象权之延伸保护，在法理机制上有所不同。⁸⁰因此我们分开讨论。

虚构角色形象及各种形象因素是作者的智力创作成果，是著作权作品的一部分，因此虚构角色形象权的保护期限可以参照著作权保护期限的规定，应截止至著作权保护期间完了。否则会出现著作权保护的作品已进入公有领域，而作品中的一部分却仍受独占性、排他性的保护，从而发生矛盾冲突。

对于真实人物形象而言，其与传统的人格有关。有学者认为，民事主体在其诞生前和死亡后，存在着与人身权利相区分的先期法益和延续法益。对死者可提供不同于人身权的法益延伸保护。“延伸保护”意在说明人身法益与人身权利的相互衔接，以构成统一民事主体完整的人身利益。该理论对阐明真实人物形象延伸保护的法理基础有可取之处。形象权主体的生前保护与死后保护之对象都涉及到人格。与人身权不同的是，其延伸保护的形式仍为权利而非法意，这是由于形象权的财产性质所致。关于形象权的期限，可考虑为权利人有生之年加上死后 50 年。⁸¹这一做法借鉴了著作权保护期限的合理内核（对虚构角色

⁷⁹ 吴汉东、胡开忠：《无形财产权制度研究》，法律出版社 2001 年版，p146

⁸⁰ 吴汉东：《形象的商品化与商品化的形象权》，《法学》2004 年第 10 期，p88

⁸¹ 吴汉东：《形象的商品化与商品化的形象权》，《法学》2004 年第 10 期，p88

形象的保护),也考虑到国外相关立法例的合理规定(对真实人物形象的保护)⁸²,充分体现了对权利人死亡后延续财产利益的尊重。

四、形象权的侵权与救济

侵犯形象权的行为,是指未经授权,又无法律许可,擅自对他人形象进行商业化利用的行为。提起形象权侵权之诉,须具备以下几个条件:第一,权利的主体即是诉讼的主体。权利主体享有有效的形象权,有资格提起诉讼的包括形象权人、形象权受让人、形象权的独占被许可人;第二,侵权行为即是法律禁止的行为。形象权的保护对象是指真实人物或虚构角色的各种形象特征,如姓名、肖像、图像、声音、姿态等。凡未经授权而将上述形象特征进行商业化利用,即构成侵权,但法律有限制规定的除外;第三,利益损害即是财产利益损害的事实。侵犯形象权所造成的损害,应是权利人对其形象所享有的商业价值,即形象商品化财产利益。倘若将他人形象特征用于特定商品而损害其人格,如将他人肖像用于厕具,即构成亵渎性使用,应以侵犯一般人格权论处。

关于形象权的救济,在这里应为民事救济措施。民法对形象权的保护,其功能有二:一是维护权利状态,二是填补财产损失。由于形象权客体的非物质性特征,对该项权利的保护不适用请求恢复原状之诉和请求返还原物之诉,因此法律救济的主要手段是禁令和损害赔偿。所谓禁令即是请求停止侵害,它是一种“物权之诉”。对于可能出现或已经发生之侵害,都可以适用禁止令。在真实人物形象的侵权案件中,如果损害数额不大或损害赔偿很难计算,下达禁令特别是永久性禁令,是一种有效保护的方法。所谓损害赔偿,则是一种“债权之诉”。当形象权受到损害时,权利人可以请求侵权人支付一定数额的金钱予以赔偿。这一救济措施的适用,涉及两个问题:一是损害赔偿归责原则。侵权损害赔偿责任的适用,应考虑被告主观上有无过错。参照知识产权法的侵权损害赔偿的归责原则,以规定过错责任或过错推定责任为宜。二是损害赔偿计算标准。填补权利人损害,以恢复损害事故未曾发生之原状为标准。因此,在计算赔偿数额时,应考虑形象特征的市场价值,或是侵权人所得的非法利润。

⁸² 美国加州民法典第 900 条规定,形象权人死后,其形象权可以获得 50 年的保护。参见李明德:《美国形象权法研究》,《环球法律评论》2003 年冬季号

在市场价值与非法所得不易确定时，可由法官根据侵权行为的社会影响、侵权手段与情节、侵权范围与时间等，做出相应的裁量。⁶³

第二节 我国形象权立法的条件和进程

知名形象的法律保护是当今法学研究的一个新课题，各国的立法、判例和学理都在为探寻一种有效的形象商品化调整方式而努力，相关国际组织也对该问题给予了高度关注。从充分挖掘现有的制度资源看，著作权法、商标法、专利法、反不正当竞争法等都可以对形象的商品化利益提供一定程度的保护作用，但是如前文所述，各自存在着难以克服的缺陷和漏洞。正因为如此，笔者认为需要创设一种新型的权利，即形象权，来专门调整形象商品化现象，实现对形象利益的法律保护。

我国近年来形象利益被侵犯的典型案例频频发生，人们对于知名形象能否商品化以及如何商品化的讨论也逐渐深入。有学者主张在立法方面打破现行法的框架，完善现行著作权法、商标法以及反不正当竞争法等的相关规定，重新构建保护形象商品化法律模式。也有学者主张加紧形象权立法的工作，以更好的保护权利人的合法权益。笔者认为，上述两种主张均有失偏颇。一方面，在理论研究和实践经验并不丰富的情况下就轻易的修改和完善现行的相关法律规定，不利于维护法律的稳定性和威严性。另一方面，任何立法规划都必须经过充分的理论研究和实践经验的积累。具体原因可以从以下四个方面加以阐述：

首先，我国目前对形象利益保护缺乏足够的实践经验，人们对形象权立法的必要性认识不足。虽然近年来发生的有关形象权的案例越来越多，然而人们习惯于从现行的著作权法以及反不正当竞争法的角度去思考法律适用问题。即使感觉这些法律在调整形象商品化方面存在明显的缺陷，也不愿意跳出现有的法律体系构建一种新的权力类型。因此，有关形象权的法律意识有待于在实践中逐渐培养和建立。所以只要不断总结经验，并通过典型案例广泛展开讨论，人们就能逐渐认识到建立形象权法律制度的必要性。

其次，我国目前对形象利益保护的理论研究不透，特别是对形象权法律制度的具体内容把握不准。尽管法学界已经开始对形象权从各种不同的角度进行

⁶³ 吴汉东：《形象的商品化与商品化的形象权》，《法学》2004年第10期，p89

研究，但是这些研究成果都还非常不成熟。特别是在具体的制度设计方面，欠缺周密详实的论证。本文在借鉴前人的研究基础上，虽有一定程度的深入。但仍然感觉对形象权的主体、客体、内容设计显得过于粗糙，对形象权的限制考虑也不够细致。如果现在就急于对形象权制度立法，结果肯定难如人意。与其如此，不如待研究成果能够支持一个成熟的形象权设计方案时，再考虑立法也不迟。

再次，在专门的形象权立法出台之前，现有的著作权法、商标法以及反不正当竞争法等尚能对形象商品化发挥一定程度的调整和规范作用，可以充分挖掘这些制度资源的利用潜力。对于超出著作权法、商标法调整范围的典型案例，可以利用反不正当竞争法的一般条款，将其纳入广义的竞争关系的范畴。尽管反不正当竞争法很难保障形象利益的积极开发和利用，但在制止利益受损害方面仍有独到的功效。因此，只有人们真正认识到现行法律体系在保护形象利益商品化方面的根本缺陷，形象权立法才可能提上议事日程。

最后，我国目前在形象权保护方面，并没有承担国际义务，因此不存在形象权立法的国际压力。从前文外国关于形象商品化的保护情况看，西方国家对形象商品化的立法也正处于一个逐步摸索的过程中，国际公约将来在很大程度上只会认可各国的努力成果，不大可能划定一个统一的模式。因此，我国的学界和立法部门，可以在未来的几年内密切关注其他国家的立法动态，注意借鉴别国的先进成果，待条件成熟时再出台相关法律。

如果我国形象权立法的进程如上文所示，本文的写作只是其进程中的一块小小的铺路石。虽然显得有些超前，但并非没有价值，望能为形象权立法的理论研究贡献微薄之力。

结论

形象商品化的运用由来已久，表现形式复杂多样，创造的商业价值非常可观，发展前景十分广阔，因此相关的研究和保护确有必要。本文理论探讨部分首先从形象范畴入手，界定其内涵和外延，将形象的范围界定为真实人物形象

和虚构角色形象，并对形象的特性及表现形式进行了论述。然后对形象商品化现象从法学视角进行了条分缕析，认为形象商品化问题包含两个重要方面，一是知名形象中蕴含的对于公众的吸引力和影响力以及潜在的商业价值，因为这种吸引力具有连带效应、持续效应等类似于名牌效应的多种实质性特征，笔者在本文大胆套用，驳斥了形象商品化权的客体是所谓形象商誉的片面提法，将其表述为类似名牌效应的“名牌效应”。二是知名形象商业化开发的过程就是商品化者挖掘并拓展其名角效应的过程。这种过程是对知名形象的原有的表彰或娱乐的基础上进行的二次开发。随后推出形象商品化是相关主体利用知名形象的名角效应进行二次开发运用于商品或服务的营销过程。最后对形象商品化的权利形态的各种学说进行了分析比较，尔后将其称为“形象权”。

经过深入的理论探讨之后，笔者从近年来我国关于形象商品化的司法实践入手，分析了我国现行的著作权法、商标法以及反不正当竞争法保护形象商品化问题的局限性，并对其进行了理论分析。然后从著作权制度、商标权制度、外观设计制度、反不正当竞争制度等各个角度考察了外国关于形象商品化保护制度的立法例和相关的司法实践。各国尚未建立独立的保护制度，而是在现有的法律制度的基础上，从上述各个方面实现对形象商品化的交叉保护。笔者在分析国外相关制度对形象商品化的保护的同时，评析了其中的不足与缺陷。从而在文章的最后得出本文的观点——构建统一的形象权概念，明确肯定了权利的性质和法律关系，科学设计了权利的期限及限制。当然经过分析我们发现，形象权立法的条件和时机并不成熟，但却是一种必然的趋势。

笔者在行文过程中发现，真实人物的形象商品化的保护跟民法中的人格权密切相关，囿于本文是探讨形象商品化的知识产权保护问题，故对人格权对形象商品化的调整并没有涉及。再者，影视作品中真实人物扮演虚构角色或真实人物的表演形象的权利主体较为复杂。牵涉到制片人、演员本人和原文学作品的创作者三方的利益，文中的分析并不透彻，望请教于方家。

参考文献

中文论文:

- 【1】郭玉军、甘勇:《论角色商品化权之法律性质》,知识产权,2000,(6)
- 【2】[日]藤井义夫:《专有形象标志与肖像》,载《知的所有权论文集》
- 【3】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200年版
- 【4】吴登楼:《论虚构人物形象的知识产权保护》,《著作权》1999年第1期
- 【5】吴汉东:《形象的商品化与商品化的形象权》,《法学》2004年第10期
- 【6】熊伟:《形象商品化与形象权法律保护制度之研究》,载李双元主编:《国际法与比较法论丛》第12辑
- 【7】何英:《角色商品化权的法律保护》,华中科技大学2001年硕士学位论文
- 【8】韦小明:《在竞争中创造和展示名牌效应》<http://ah-sr.com/in/zs3r3.htm>
- 【9】梅慎实:《试论影视作品“虚构角色”商品化之知识产权保护》,载《版权参考资料》1989年第6期,
- 【10】薛虹:《名人的“商标权”——公开形象权》,《中华商标》1996年第3期
- 【11】韩芳:《“五朵金花”讼案全播》,2003年11月7日《云南法制报》
- 【12】刘家瑞、邵春阳:《作品著作权保护的不足及其补充——“武松打虎”案与“三毛”案引起的法律思考》,《河北法学》1998年(5)
- 【13】朱焜:《关于角色的商品化权问题》,《中外法学》1998年第1期
- 【14】林雅娜:《美国保护虚拟角色的法律模式及其借鉴》,《广西政法管理干部学院》第18卷第5期
- 【15】郑友德、焦洪涛《反不正当竞争的国际通则》[J].知识产权,1999,(2)
- 【16】张今:《英国:姓名、形象的商品化和商品化权》,《中华商标》2000年第8期
- 【17】[日]北川善太郎:《技术革新与知识产权法制》,国家科委政策法规与体制司等译,1998年印
- 【18】孙美兰、孔丁英:《奥特曼纠纷引发的思考——论对商品化权的保护》,《法学》1999(7)
- 【19】杜钢建:《论表现自由的保障原则》,《中外法学》1995年第2期
- 【20】董炳和:《论形象权》[J],《法律科学》1998,(4)
- 【21】郑有德、伍春燕:《浅谈角色商品化权》[J],《福建政法管理干部学院学报》,2001,(1)
- 【22】普翔:《商品化权研究》,首都经济贸易大学2002年硕士学位论文
- 【23】郑成思:《商品化权刍议》[J]《中华商标》,1996,(3)
- 【24】刘春霖:《商品化权论》,《西北大学学报(哲社版)》1999年第4期
- 【25】吴登楼:《论虚构人物形象的知识产权法保护》,《著作权》1999年第1期
- 【26】吴汉东:《无形财产权的若干理论问题》,《法学研究》1997年第4期
- 【27】吴汉东:《关于知识产权基本制度的经济学思考》,《法学》2000年第4期
- 【28】孔祥俊:《反不正当竞争法中的竞争关系》,载王利民主编:《判例研究》2002年第2辑
- 【29】吴汉东:《关于知识产权本体、主体与客体的重新认识——以财产所有权为比较研究对象》,《法学评论》2000年第5期

中文著作:

- 【30】《辞海》，上海辞书出版社
- 【31】郑成思：《版权法》，中国人民大学出版社 1993 年版
- 【32】上海市高级人民法院知识审判庭编著：《知识产权案例精选》，法律出版社，1999 年 1 月第一版
- 【33】张文显：《法理学》，高等教育出版社 2002 年版
- 【34】曲三强：《知识产权法原理》，中国检察出版社 2004 年版
- 【35】吴汉东等：《西方诸国著作权制度研究》，中国政法大学出版社 1998 年版
- 【36】李明德：《美国知识产权法》，法律出版社 2003 年版
- 【37】吕世伦、文正邦主编：《法哲学论》，中国人民大学出版社，1999 年 2 月第一版
- 【38】郑成思著：《知识产权法》，法律出版社 2003 年版
- 【39】世界知识产权组织编：《知识产权纵横谈》，世界知识出版社 1992 年版
- 【40】吴汉东、胡开忠著：《无形财产权制度研究》，法律出版社 2001 年版
- 【41】佟柔主编：《民法原理》，法律出版社 1983 年版
- 【42】吴汉东、闵锋著：《知识产权法概论》，中国政法大学出版社 1987 年版
- 【43】郑成思：《版权法》，中国人民大学出版社 1990 年版

英文论著:

- 【44】WIPO, Introduction to Intellectual Property: Theory and Practice, London: Boston:Kluwer Law International,1997
- 【45】WIPO, Character Merchandising, WO/INF/108 4799S/IPLD
- 【46】Ping Hin Yu: Intellectual Property: E. Publicity Rights, Berkeley Technology Law Journal & Berkeley Center for Law and Technology, 1998
- 【47】Don R. Pember: Mass Media Law (Fifth Edition) W m. C. Brown Publishers, 1990
- 【48】John Adams: Character Merchandising. Butterworths. London, Edinburgh, Dublin 1996
- 【49】Michael V. P. Marks 《The Legal Rights of Fictional Characters》, 《ASCAP Copy-right Law Symposium No.25》, Columbia University Press, 1980
- 【50】Craig Joyce: Copyright Law—Cases and Materials 1986, Matthew Bender & Company Incorporated
- 【51】Leslie A. Kurtz, The Independent Life of Fictional Characters, 1986 Wis. L Rev
- 【52】Tina hart Linda Fazzani: Palgrave Law Masters—Intellectual Property Law 1997, 2000 series editor: Marise Cremona Printed and bound in Great Britain by Creative Print & Design (Wales) Ebbwale
- 【53】Terry, Andrew: Proprietary Rights in Merchandising Marks. Australian Business Law Review; Aug 1990; 18, 4; ABI/INFORM Global
- 【54】Schertz. Merchandising [M]. C. H. Beck Verlag 1997
- 【55】Corones, S. G.: Basking In Reflected Glory: Recent Character Merchandising. Australian Business Law Review: Feb 1990; 18, 1; ABI/INFORM Global
- 【56】Hirsch v. Johnson & son, Inc. Supreme Court of Wisconsin (1978)

作者在攻读硕士学位期间公开发表的论文

- 【1】《从美国安全港提议透析我国的网络隐私权保护模式》，《江汉论坛》2005年11月刊
总第319期，p156
- 【2】《公开行政公共信息 保障公民的知情权》，《法学研究》，文汇出版社2005年版，
p242
- 【3】《世博会的知识产权保护问题—展品篇》，《上海大学研究生学刊》第四期，p52
- 【4】上海市“科教兴市”立法规划研究课题，上海市科学技术发展基金项目，编号：046921028

致 谢

导师蒋坡治学严谨，学识渊博，品德高尚，桃李满天下，在我学习期间给了我很大的帮助，这些都将使我终生受益。无论是在理论学习阶段，还是在论文的选题、资料查询、开题、研究和撰写的每一个环节，无不得到导师的悉心指导和帮助。借此机会我向导师表示衷心的感谢！

回顾三年学习期间的日日夜夜，自己为有机会摆脱种种烦恼与浮躁，静心钻研，潜心研究，并取得初步研究成果而感到欣慰。欣慰之余，我要向关心和支持我学习的家人和所有老师以及朋友们表示真挚的谢意！感谢他们对我的关心、关注和支持！

其生有涯而知无涯，我愿在未来的学习和工作过程中，以更加丰厚的成果来答谢曾经关心、帮助和支持过我的所有领导、老师、同学和朋友。