

# 日本商品化权的历史演变与理论探析

张 鹏

内容提要：日本的商品化权概念，通过几十年的发展，在实践中逐渐定型为从人格权理论出发，为自然人人格要素的财产价值提供保护的制度。但是学说上对该权利性质与构成的认识并未局限于人格权理论，而是以顾客吸引力学说或商业标识法体系为中心尝试建立更为综合性的商品化权理论。面对相同的利益关系，到底是通过立法或是司法创设一个更加广义的商品化权，还是以人格权理论着手定义商品化权概念，成为摆在日本学界与实务界面前的未竟课题。与之相对应，对商品化权的主体、客体、存续期间、权利的转移与继承、侵权的判定与抗辩、权利救济等问题也需要放在日本商品化权的理论背景下予以理解，只有这样，才能对相关争议具有全面的认识，进而在比较法上具有共通的借鉴意义。

关键词：商品化权 形象权 人格权理论 顾客吸引力 商业标识

**Abstract:** After decades of development, the right to commercialization has gradually been accepted by the Japanese courts as a jurisprudential derivative of personal rights, tailored to protect the proprietary interests of a natural person as a legal entity. However, the theoretical analysis of the right to commercialization is not confined to the theory of personality rights; rather, by means of the so-called “customer attraction” theory or incorporating the right to commercialization into the trade description system, an attempt to establish a more inclusive concept of the right to commercialization finds more advocates among the scholarships. Which approach is more appropriate? This is still a pending issue in Japan. Accordingly, a thorough understanding of the right to commercialization (as to the subject, object, duration, assignment and succession, infringement decision and defense, relieves and etc.) should be made against the backdrop of Japanese theoretical studies of the right to commercialization. In this way, the Japanese experiences may find its significance in the Chinese jurisprudential development.

**Key Words:** right to commercialization; publicity rights; theory of personality right; theory of customer attraction; trade description

## 一、问题的提出

日本有关商品化权的探讨最初滥觞于美国判例法理，伴随着伊藤正己<sup>①</sup>、阿部浩二<sup>②</sup>两位教授

于二十世纪六七十年代将美国判例法理上既已定型的“形象公开权”<sup>③</sup>概念介绍到日本，并经由一系列下级法院判决及“赛马名称案”<sup>④</sup>、“粉红女

作者简介：张鹏，中国社会科学院法学研究所助理研究员，中国社会科学院知识产权中心研究员

本文的写作承蒙德国慕尼黑大学魏立舟博士的指点与启发，在此特致感谢。

① 东京大学名誉教授，其《隐私权研究》是日本最初研究隐私权的力作，其中介绍了美国公开权如何从隐私权中独立成为一类权利的历史沿革与学说争论。特别是对于公开权的介绍拉开了日本对于商品化现象及其权利体系研究的序幕。伊藤正己著：《プライバシーの権利》，岩波書店1963年版。

② 阿部教授的论文首次从学说角度探讨了商品化权的概念及其要件与效力范围。阿部浩二：《パブリシティの権利と不当利得》，载《注积民法（18）》，有斐阁1976年版，第554页。

③ 李明德教授主张将“right of publicity”翻译为“形象权”而不是“公开权”。并认为“形象权”的术语表达更能揭示该权利源于人格权，又有别于传统人格权的本质特征（李明德：《美国形象权法研究》，载《环球法律评论》2003年冬季号）。同样的用法还可见于董炳和：《论形象权》，载《法律科学》1998年第4期；吴汉东：《形象的商品化与商品化的形象权》，载《法学》2004年第10期；杨立新、林旭霞：《论形象权的独立地位及其基本内容》，载《吉林大学社会科学学报》2006年第1期。事实上，日本司法实践与学说上使用的通常是“right of publicity”的直接假名翻译，但是其内涵并不同于美国学说及判例实践。

④ 最判平成16年2月13日民集58卷2号311頁〔ギャロップレーサー上告審〕。

郎肖像案”<sup>⑤</sup>等近期的最高法院判决发展出特有的“商品化权”概念，又逐渐对这一权利的主体、客体、存续期间、权利的转移与继承、侵权的判定与抗辩、权利救济等问题进行了颇为深入的探讨。特别是围绕商品化权是否仅限于自然人人格利益之保护，抑或从顾客吸引力之概念出发构建较为综合性的商品化权理论的争议不断，这些都极大地丰富了商品化权的理论化进程。

对于商品化权问题，我国下级法院曾较为普遍地依据人格权理论，将自然人姓名权或肖像权的商业化利用活动纳入人格权保护范围，<sup>⑥</sup>而对于非自然人客体的商品化问题，近期在“功夫熊猫案”<sup>⑦</sup>首次判决中，将“商品化权”这一概念明确列为《商标法》第32条前段的“在先权利”范围，进而构成驳回注册的异议事由。我国司法实践中所使用的“商品化权”概念不同于美国学上说普遍承认的“形象公开权”概念，也不出自德国一般人格权之实践，是一个滥觞于日本学说及司法实践的概念体系。因此十分有必要追根溯源，探讨日本商品化权概念体系上的沿革与展开。但是遗憾的是，我国学界除了少数文献外，<sup>⑧</sup>鲜见对日本商品化权历史演变与理论分歧的系统性介绍。故此本文尝试从日本商品化权概念体系的沿革入手，提炼出背后蕴藏的理论争执，并在此基础上对日本商品化权的要件与效果给予详尽展示，只有这样，才能在满足我国实践借鉴需要的同时，从理论上呈现商品化权问题的全貌。

## 二、日本商品化权的实践发展与未竟议题

在司法实践中，日本商品化权概念的提出首先是为了应对演艺明星的姓名与肖像等被他人擅自商业性使用而展开的，之后又逐渐将议论扩展到物之影像和名称的商品化以及虚拟角色等的商品化问题之上，因此以下将围绕这三种可能成为商品化权客体的争议类型在司法实践中的应对，提炼出相关争点，以期呈现日本商品化权实践问题的全貌。

### （一）自然人姓名和肖像等的商品化权

以1976年的“马克·莱斯特案”<sup>⑨</sup>为契机，当演员等的姓名及肖像被擅自商业化使用时，一系列司法实践以损害姓名权或肖像权为由进行了判断。<sup>⑩</sup>在“光GENJI案”<sup>⑪</sup>中首次出现了“商品化权”的用语，之后就围绕这个概念发展出了独立的商品化权保护体系。起初对该权利的认识存在着人格权说与财产权说的争论，<sup>⑫</sup>但是2012年日本最高法院在“粉红女郎案”中对自然人姓名、肖像等商品化权由来于人格权的判断做出后，为这一争论画上了休止符。该案原告为以“粉红女郎”为组合艺名的女性演艺组合，这一组合自1976年出道以来拥有大批粉丝。被告为杂志出版公司，其未经原告许可，将14幅以原告演艺活动中以舞蹈为主题的黑白照片进行剪辑，用以出版介绍各个时代流行的舞蹈姿势的画册。因此原告以被告侵犯其商品化权为由主张损害赔偿。该案全审级均驳回了原告主张，特别是最高法院指出：

⑤ 最判平成24年2月2日民集66卷2号89頁 [ピンク・レディー]。

⑥ 较为典型的案例包括王军霞案（辽宁省高级人民法院民事判决书（2001）辽民终字第162号），刘翔案（北京市第一中级人民法院民事判决书 [2005]一中民终字第8144号），张柏芝案（江苏省高级人民法院民事判决书 [2006]苏民终字第109号），姚明案（湖北省高级人民法院民事判决书 [2012]鄂民三终字第137号）；对于死者的姓名与肖像利用的案例包括鲁迅案（载于《最高人民法院请示与答复（民事卷）》，中国法制出版社2004年版，第92-93页）、王金荣等诉松堂关怀医院案（北京市崇文区人民法院民事判决书 [1999]崇民初字第1189号）。

⑦ 北京市高级人民法院行政判决书（2015）高行（知）终字第1969号。

⑧ 朱槟：《关于角色的商品化权问题》，载《中外法学》1998年第1期，第127-128页。杜颖：《论商品化权》，载《民商法论丛》法律出版社1999年版第21卷；萩原有理：《日本法律对商业形象权的保护》，载《知识产权》2003年第5期。

⑨ 東京地判昭和51年6月29日判時817号23頁 [マーク・レスター]。

⑩ 具体司法实践的详尽介绍请参考：橋谷俊：《ピンク・レディー事件评析》，载《知识产权法政策学研究》2013年第42号，第309页。

⑪ 東京地判平成元年9月27日判時1326号137頁 [光GENJI]。

⑫ 同注释⑩。

“自然人的姓名与肖像等是表征人格的象征，该自然人依据人格权享有使上述客体不为他人随意利用的权利。而当肖像等具有促进商品销售等的顾客吸引力时，这一根据顾客吸引力而具有的排他利用权能是因为肖像等而产生的，因此其权利性质可以归类为自然人人格权的一部分。另一方面，具有顾客吸引力的肖像等主体往往汇集社会之耳目，因此将肖像等用于时事报道、评论、演绎等使用行为，该主体也应对其负有容忍义务”。

在明确商品化权的属性与对抗利益后，最高法院进一步明确了商品化权的权利范围，即：“对于肖像等的未经许可使用行为只有构成下述任何一种：（1）以肖像等本身作为独立鉴赏对象的商品等使用的；（2）以商品等的差别化为目的的附加肖像等的；（3）将肖像等用作商品等的广告等行为，在满足仅以利用肖像等的顾客吸引力为目的的情况下，才构成对商品化权的侵害，从而在侵权行为法上评价为违法”。在上述论述中，最高法院首先通过类型化概括出了可能侵犯商品化权的三种行为类型，通过类似“排他权法定”的方式将行为规范固定，同时又对开放性的“等”做出了限定性，即仅以搭便车为目的的行为为限。以此为标准，该案中被告对原告肖像的利用是以介绍各个时代流行的舞姿为目的，且原告的篇幅仅占全画册200页中的3页，并在每幅引用原告肖像的照片下都对舞姿做出了解说，因此不满足侵犯商品化权的构成要件。此外在该案的附随意见中金築誠志法官指出：“在我国法令中并不存在商品化权的规定，由于承认了商品化权由来自于人格权，对商品化权的损害是对人格利益的经济侧面的侵害，因此由于利用他人的姓名、肖像等而导致的名誉毁损、隐私权侵害等人格利益的侵害仍可以通过这些具体人格权进行救济”。

从上述判例法理来看，对于自然人姓名与肖像等的商品化权定性问题采取人格权理论已经成为既定共识，并且对于商品化权的保护范围问题，通过三种行为类型的界定予以明确。也正因为对人格权理论的依附，自然人的商品化权也由于一身专属性而无法转让及继承（《日本民法》第896条但书），且死者也不享有商品化权。该

案中金築誠志法官的附随意见还明确了商品化权与肖像权、隐私权等一样都是由来自于具体人格权的权利，将某一行为的评价为构成商品化权侵害的同时，也可能同时涉及对其他具体人格权的评价，因此商品化权的保护范围可能与隐私权等具体人格权有重合的部分。

## （二）物之影像和名称的商品化权

对于物之影像和名称的商品化权问题，日本司法实践早期曾尝试适用所有权理论解决物的所有权人对其物之影像和名称利用的保护问题。例如在“长尾鸡案”<sup>⑬</sup>中，原告通过品种改良及特殊的饲养方法培育出了长尾鸡品种，被告对长尾鸡拍照后将照片制作成明信片销售，法院认为，尽管长尾鸡本身不构成著作权保护对象，但是被告的行为构成了对原告所有权的侵害。事实上该案中法院所强调的“长尾鸡所有权”的保护范围并不与被告对于“长尾鸡”影像的商业利用相冲突，因此也有学者主张该案是对于物之影像和名称商品化权的承认，即如果承认被告行为的合法性，那么将对原告开发新品种的激励带来损害。<sup>⑭</sup>

而在“颜真卿自书告身帖案”<sup>⑮</sup>中，最高法院否定了“所有权说”，尽管原告作为博物馆享有“颜真卿自书告身帖”的所有权，但是并不能依据该所有权阻止他人将该告身帖的影像进行商品化活动。对试图通过承认顾客吸引力的独立财产价值而认定物之影像和名称商品化权的尝试，在“赛马名称案”中最高法院也作出了否定性的判决。该案原告为知名赛马的所有权人，并为该马匹命名。被告为游戏软件开发公司，未经原告许可将该赛马之影像和名称纳入其开发的赛马游戏中，因此原告主张被告侵犯其商品化权。最高法院指出：“对赛马等物的所有权仅仅及于对该物有形侧面的支配，对该物的无形侧面不具有支配权能。在现行法上，对物的名称的使用行为，除非依据商标法、著作权法、反不正当竞争法等与知识产权相关的法律给予一定范围内的排他权保护，在上述法律中对于物的名称等权利发生原因、内容、范围、消灭原因等方面并未规定的情况下，如果给予其保护的话，将会对国民经济活

⑬ 高知地判昭和59.10.29判夕559号291頁「長尾鶏事件」。

⑭ 田村善之著：《不正当竞争法概说》，有斐阁2003年第二版，第525页。

⑮ 最判昭和59.1.20民集38卷1号1頁〔顏真卿自書建中告身帖〕。

动与文化活动的自由带来过大的制约”。从“赛马名称案”最高法院的上述判决中可以看出，即使赛马的名称具有顾客吸引力，如果不能够探寻到法定的权利发生理由的话，也不能通过司法创设新的排他权类型。<sup>①⑥</sup>

因此从现阶段判例法理的发展来看，对物之影像和名称商品化权持较为消极的态度，不管是通过所有权理论，还是通过顾客吸引力学说都难以证成物之影像和名称商品化权的合理性。

### （三）虚拟角色等的商品化权

对于虚拟角色等的名称及形象的商品化使用问题，日本司法实践通过对商业标识法理论的发展，从来源识别功能、品质保障功能以及广告宣传功能的发挥角度，在一定程度上给予了虚拟角色等商品化权的防止混淆以及防止不正当利用等的保护。在“NFL标识案”<sup>①⑦</sup>中，原告是足协，它拥有联盟各球队名称及队标的商品化使用权，其通过商品化运营本部选定生产销售商经营特许商品，而被告擅自销售带有球队名称及队标的商品。最高法院指出：“商品化运营本部对使用球队名称及队标生产商品化产品的主体一般都进行严格的选择，并对商品的品质、广告宣传方法进行严格的控制，因此对擅自使用该知名标识生产商品化产品的行为，违反了反不正当竞争法对知名标志的来源识别功能、品质保障功能以及顾客吸引力的保护。反不正当竞争法上所述对他人知名标识的混淆行为，不仅包括使他人误认为同一商品来源主体行为，还包括使他人误认同属于同一商品化事业运营团体授权之下的行为”。该案中通过承认广义的混淆概念，认定被告的行为将会使得消费者误认被告销售的商品也是经过原告特许授权而生产的商品，而消费者也一般会认定带有原告队名和队标的商品都是经过原告授权的，原告对于这些商品的品质与广告宣传施加了管理与控制，因此对于顾客吸引力的搭便车转化

成了对于商誉的混淆与不当利用。在该案判决之后，该判例法理逐渐扩展到动漫角色的商品化开发活动中，对动漫角色的商品化管理主体承认其具有反不正当竞争法上对知名标识保护上的诉权。<sup>①⑧</sup>

但是依据商业标识法理论，对于CD名称、<sup>①⑨</sup>书籍名称、<sup>②⑩</sup>电影作品名称的保护问题，<sup>②⑪</sup>日本司法实践则给予了否定性评价。以书籍名称为例，在“夏目漱石小说集”案<sup>②⑫</sup>中，夏目漱石的遗族为了延续其对于已经罹于著作权保护期限的夏目漱石作品的排他性销售利润，因此将“夏目漱石小说集”进行商标注册，但是并未被商标局授权。对罹于著作权保护期间的作品，如果给予书名商标权注册的话，相当于延长了著作权的保护期间。对于他人将不同内容的作品冠以相同书名的情况，一般通过作者名或出版社名就可以进行区分，因此特定的作品名称并不起到识别作品来源的功能。<sup>②⑬</sup>

也有观点认为，对于电影作品名称、游戏名称来说，由于电影作品与游戏作品都是众多作品的集合，个别作品与游戏或电影作品名称的关联度就会相应降低。这时游戏或电影作品名称作为商业标识代表商誉，并成为识别商品来源的标识的能力就会加强，因此有可能构成商业标识性使用。而一般来说，书籍名称或CD名称仅仅表明作品的内容，故而不具有商品来源识别功能。

此外，对通过虚拟角色等进行的宣传活动，由于消费者都会对知名形象所代言的商品来源有着清晰的认识，知名形象的代言仅仅提高了另一产品的品牌形象，本身并不构成消费者识别商品来源的标记。即使在商品主体擅自使用该形象宣传自身商品的情况下，消费者也并未对商品品质的决定主体存在误认。而作为被宣传对象的商品品质的决定方仍然是商品本身的主体，并不是知名形象等的主体，因此相较于商品化活动的

<sup>①⑥</sup> 田村善之著：《不正当竞争法概说》，有斐阁2003年第二版，第522页。

<sup>①⑦</sup> 最判昭和59年5月29日民集38卷7号920页〔フットボール・シンボルマーク上告審〕。

<sup>①⑧</sup> 最判平成9年7月17日民集51卷6号2714页〔ポパイ・ネクタイ事件上告審〕。

<sup>①⑨</sup> 東京地判平成7年8月22日判タ881号265页〔Under The Sun 事件〕。

<sup>②⑩</sup> 東京地判昭和63年9月16日無休集20卷3号445页〔POS実践マニュアル事件〕；東京地判平成12年9月29日判時1733号108页〔デール・カーネギー事件〕。

<sup>②⑪</sup> 知財高判平成17年10月27日平成17年（ネ）10013号〔超時空要塞マクロス事件〕。

<sup>②⑫</sup> 昭和23年抗告审判第181-190号审判。

<sup>②⑬</sup> 田村善之著：《商标法概说》，弘文堂2000年第二版，第230页。

使用,虚拟形象等的宣传广告活动的使用则难以被纳入商业标识法体系之中。<sup>24</sup>

#### (四) 实践中尚未解决的焦点问题

对于商品化权的构成问题,日本实务界与学界达成共识的领域是:对在世的娱乐明星或体坛明星的姓名与肖像,如果被他人未经允许进行商品化活动或进行宣传广告活动的话,商品化权利主体可以请求他人停止侵害并承担损害赔偿赔偿责任。但是对以下七个问题则尚未达成共识:第一,对娱乐明星或体坛明星外的主体,比如作家或学者,抑或是一般的自然人,尽管他们可能对自己的姓名或肖像用作商业使用感到不快,但是否也可以同样对其赋予商品化权,<sup>25</sup>也就是说,对商品化的主体是否限于以商品化为主要商业模式的主体范围之内;第二,商品化权的权利客体中是否包括物的名称或形象以及虚拟角色等的名称或形象,此外,对自然人而言,除了姓名与肖像等人格表征之外,对身体的一部分、履历等个人信息、声音、姿态等可以表征个人人格的要素,是否也纳入商品化权客体也不乏争议;第三,对权利的存续期间,到底是以自然人生命存续期限为界,还是通过立法或者借鉴著作邻接权规定一个固定期限;<sup>26</sup>第四,自然人死后是否商品化权仍然存在,能否为遗族所继承,以及商品化权是否可以移转或交由集体管理的问题;第五,商品化权的效力范围问题,在“粉红女郎案”中明确了侵犯商品化权的三种商业利用行为之外,是否还存在其他侵权行为的类型;第六,被告得主张何种抗辩的问题,由于商品化权同样存在对抗利益,其中包括表达自由、商业活动自由等,因此如何设置非侵权抗辩也存在争议;第七,商品化权在商标确权程序中的地位问题,如果以人格权为理论基础的话,那么商品化权就构成商标确权中的在先权利,如果以商业标识法体系理解的话,则构成在先的未注册商业标识,两者在处理他人将商品化要素注册为商标时的异议或无效理由上将适用不同规范,产生不同的要件与效果。

### 三、日本商品化权的理论构成

对于上述实践中尚未解决的焦点问题,解决之道基本上取决于论者采取何种理论构成,进而呈现出较大的差异。举例来说,如果从人格权理论出发的话,那么就自然排除了物之影像和名称的商品化权及虚拟角色等的商品化权问题,在权利主体上自然人都可能因其姓名或肖像等被他人擅自使用在商业活动中而感到不快,从而构成人格权的侵害。而在权利主体上限于自然人本人,具有人身专属性,不可继承与转移。在保护范围上要协调与表达自由等对抗利益的平衡;如果将顾客吸引力作为财产权基础的话,那么客体范围则较为多元,防止对他人的顾客吸引力搭便车的行为而依据统一的规则处理相同的利益纠纷。因此日本商品化权在理论构成上存在分割性理解与统一化理解的分歧,并直接导致了商品化权在要件与效果上的学说林立、异彩纷呈。

#### (一) 分割化理解

分割化理解是指:对商品化权权利客体范围内可能包括的自然人的商品化权问题、物之影像和名称的商品化权问题以及虚拟角色等的商品化权问题分别依据不同的理论构成予以理解,而不试图通过统一化的理论根据将三者有机地联系起来。<sup>27</sup>具体来说,对自然人的商品化权的权利属性问题,套用人格权理论予以理解,进而根据民法上人格权理论的发展进程构建自然人商品化权的构成要件与效力范围(“粉红女郎案”为代表);对虚拟角色等的商品化权问题,则套用商业标识法的一般理论,通过反不正当竞争法中关于知名标识的混淆保护与著名标识的宣传广告功能保护来解决虚拟角色名称、形象、作品名称、乐队名称、游戏名称等的商品化问题;而物之影像和名称的商品化权问题则介于自然人与角色商品化权问题之间,有学者试图以所有权作为权原,但伴随着“颜真卿自书告身帖案”与“赛马名称案”对于所有权理论的摒弃,现阶段尚未得

<sup>24</sup> 田村善之著:《不正当竞争法概说》,有斐阁2003年第二版,第511页。田村教授的观点与英美学界对于商标制度功能的划分也有异曲同工之妙。即商业标志法是passing off的体现,针对misrepresentation的行为;但对于利用标志中信息的价值之行为,即misappropriation的行为,非属商业标志法的关切范围。

<sup>25</sup> 井上由里子:《パブリシティの権利の再構成》,载筑波大学大学院企業法学専攻10周年:《現代企業法学の研究》,信山社2001年版,第145页。

<sup>26</sup> 花本広志:《人格権の財産的側面——パブリシティ価値の保護に関する総論的考察》,载《獨協法学》1997年第45号,第19页。

<sup>27</sup> 田村善之教授就是主张分割化理解的代表性人物。见于田村善之著:《不正当竞争法概说》,有斐阁2003年第二版,第511页。

出具有说服力的结论。而物之影像和名称的商品化权问题,也只能寄希望于通过从顾客吸引力角度出发的财产权理论予以证成。

## (二) 统一化理解

不同于分割化理解这种较为现实主义的做法,不少学者注意到了商品化权可能包含的三种客体间所具有的共性,特别是所面对的利益关系的一致性,因此试图以各种学说建立商品化权的统一化理解。在分割化理解下提供的可供选择的三种理论备选,由于人格权理论天然的排除了自然人以外的客体作为商品化权保护客体的可能性,因此只有顾客吸引力学说与商业标识法体系可以提供可能的统一化选项。

### 1. 顾客吸引力学说下的商品化权统一化理解

从现实的利益关系看,不管是自然人的商品化权还是物或者虚拟角色等的商品化权,都是通过对于顾客吸引力的保护,防止他人擅自搭便车行为的发生而设置的排他权。这一创设过程并不是通过立法而实现的,而是通过司法实践创设的。从请求权基础上看,但凡主张顾客吸引力学说的,在实践中都主张了《日本民法》第709条有关侵权行为的一般条款。由于日本民法在侵权构成的限定性与非限定性问题上采取了非限定性的观点,对权利之外承认权益可以作为侵害要件,因此,对不能在既有的知识产权法律体系内寻求保护的利益,一般均再次主张通过侵权行为法上的一般条款予以保护。但是在“赛马名称案”中,最高法院对于一般条款在此种情况下的适用采取了限定性的解释方法,因此可以断定,对非自然人的商品化权试图通过侵权行为一般条款进行保护的做法很难得到支持。<sup>②8</sup>

### 2. 商业标识法体系下的商品化权统一化理解

不管是对虚拟角色等的商品化权,还是对名人的姓名或肖像的商品化权,如果他人擅自将其用于商品化产品的开发与销售或作为宣传广告的手段代言其他产品,那么对上述主体以许可为基础的商业模式受到侵害,因此商品化权客体下的

利益纠纷状况应该是相似的。而对应这种相似利益状况的调整模式,从商业标识法中商业标识的功能角度出发,不管是从来源识别功能、品质保证功能,抑或是宣传广告功能出发,对统一化理解大有裨益。<sup>②9</sup>

从法律保护商业标识的宗旨来看,某一商品提供者通过对商品质量的改善,在相关公众间实现了对商品质量的恒常性期待,而这一凝结为“信用”的期待对经营者来说意味着可以在市场竞争中占有一席之地。因此,为了维持及扩大“信用”范围,附加区分商品来源识别标记,成为经营者提高商品质量的激励。但是如果允许他人未经许可使用该商业标识的话,相关公众可能在混淆商品来源下购买他人商品,这直接导致了原经营者的损失。特别是他人提供的商品在质量低劣的情况下,还会伤害原经营者积蓄的具体信用。<sup>③0</sup>因此,如果不对这种行为予规制的话,将使得标识区别商品来源的功能无法发挥,进而损害通过标识凝结信用的激励机制。<sup>③1</sup>从要件上看,以混淆防止为目的,维护商业标识的来源识别与品质保证功能的商业标识法保护体系至少包括:商品等的标识与所指代的商品等存在一一对应的联系,这种联系构成了“知名”的程度;他人商业标识性使用了商业标识;引起了混淆之虞。

如果将上述要件分别对应于商品化权保护范围中的两种类型,即商品化活动与宣传广告活动的话,首先对商品化活动来说,不管是对于名人的姓名或形象等还是虚拟角色等,其主体都不是无条件地许可任何他人自由开发商品化产品,一般都从品质保证角度施加相应程度的管制,而作为商业模式的一种,在消费者间也达成了相应的认识。他人对这些标识的擅自商业使用行为,使得消费者误认为商品化产品是经过原主体特许经营的,因此产生了广义的混淆状态;而对宣传广告活动来说,可能在某些情况下难以纳入混淆保护的范畴之内,但是随着商业标识法保护法益的变化,宣传广告功能逐渐使得某一标识成为超出

<sup>②8</sup> 丁文杰:《知的財産権・不法行為・自由領域(2) 日韓両国における規範的解釈の試み》,载《知识产权法政策学研究》2015年第47号,第310页。

<sup>②9</sup> 井上由里子:《パブリシティの権利の再構成》,载筑波大学大学院企業法学専攻10周年:《現代企業法学の研究》,信山社2001年版,第145页。

<sup>③0</sup> Akerlof G.A.,The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, 84 Quar. J. Econ. 488 (1970).

<sup>③1</sup> 田村善之著:《商標法概説》,有斐閣2000年第二版,第1页。

仅仅作为识别来源的标识,使其本身具备脱离了商品及服务的独立财产价值的财产,<sup>②</sup>而这也是晚近商标法领域的争议最大点,成为判断商标功能是否实现由“信息传达手段”到“独立财产价值”转变的分水岭。<sup>③</sup>在宣传广告功能下对顾客吸引力的各种纳入方式可能使得商品化权更加易于纳入商业标识法体系。

### (三) 日本商品化权理论构成的评价

从上述对于学说的梳理可以看出,分割化理解最为贴合司法实践的现状,在“粉红女郎案”做出之后,从财产权理论或者商业标识化理论角度建构统一的理解存在不少难度。在商品化权确立的早期,一般都是演艺明星或体坛明星的姓名或肖像被擅自商业利用的案例,因此从朴素的逻辑出发联系到人格权的商业化利用问题,特别是发现人格要素并不仅仅反映人格利益,还包含了对经济利益的反映,这对商品化权的定型有着格外重要的意义。但是在人格权理论使得商品化权概念定型的同时,也不难发现人格权理论本身存在的众多教义并不能充分反映商业实践。特别是三种客体所表达的现实利益关系是一致的,但却需要通过不同的理论予以调整,这种理论与现实的乖离是分割化理解最为受到诟病之处。因此,脱离日本司法现实的理解,探寻理论上的一以贯之成为了学者的使命。也就是在这种情况下统一化理解的学说才应运而生。

对顾客吸引力学说下的统一化尝试最大的质疑就是有违“知识产权法定主义”。对他人的智力成果或商业信用的搭便车行为原则上是并不予禁止的,人类社会也正是因为这种搭便车行为才逐渐走向了文明与进步。<sup>④</sup>但是原则上的自由,不排除在某些情况下设置禁止他人搭便车的例外,比如为了确保创作活动的激励,使得文化的进步与科技的发展这些更为宏观的功利目的不会受到阻碍,因此当设置著作权与专利权的保护所带来的社会福利大于允许这些法定的垄断权带来的弊端时,才会允许上述排他权的设置。在设置程序上应该通过民主程序,特别是立法予以确定,以使得被限制搭便车自由的第三人可以提前预期其

行为。在立法尚未达成一致的情况下,司法应该保持相当的谦抑,这也是所谓知识产权法定主义的初衷。就顾客吸引力学说下对商品化权的设权过程来看,大部分虚拟角色的形象等可能纳入著作权法的保护,而对虚拟人物的名称也可以在推向市场伊始就进行所欲商品化的商品类别的商标申请,将其转化为既有的、为立法所确认的法定权利。在商品化权益主体没有申请商标注册,或其客体无法寻求既有权利保护时,企图通过顾客吸引力这一学说创立一种排他权的做法都有损于法的安定性与可预见性。

对于商业标识法体系下的商品化权统一化尝试,其最大目的就是进一步推进顾客吸引力学说,使得既有的商业标识法保护体系可以得以适用,因此摆脱知识产权法定主义的桎梏。但对其最大的质疑就是:从现实上看,很多商品化活动中的实践很难套入商业标识性使用等具体要件。举例来说,对于商品化活动,如果某一主体销售T恤,并在其正面印制“功夫熊猫”四个字或某一明星的肖像,这一商品化活动中“功夫熊猫”四字并不是消费者识别来源的依据。消费者是因为觉得穿上有“功夫熊猫”四字的衣服比较时尚等原因而购买T恤。T恤之所以可以销售,完全是因为“功夫熊猫”起到的顾客吸引力,消费者并不关心到底是哪个来源生产的T恤,只要有这四个字的T恤就会购买。即使消费者可能信赖了生产这个T恤的主体是取得了商品化权主体的许可,但是这一品质保证的误认对消费者来说并没有实质性利益的损害;另一方面,由于角色名称与形象等不提供商品等品质的信息,因此即使企业通过努力改善商品等的品质也不构成对其凝结信用的激励。因此从消费者的混淆之虞与生产者的商誉积累两个角度都无法证成商业标识法体系下的商品化权保护。

对利用姓名或肖像等进行宣传广告目的使用的活动,消费者都会对名人或知名形象所代言的商品来源有着清晰的认识,名人或知名形象的代言仅仅提高了产品的品牌形象,本身并不构成消

<sup>②</sup> 田村善之:《商标法所保护的利益》,张鹏译,载《法律适用》2012年第10期,第21页;此外,有关商标功能历史转变的详细介绍也可参考杜颖著:《社会进步与商标观念——商标法律制度的过去、现在和未来》,北京大学出版社2012年版,第12-26页。

<sup>③</sup> Lionel BENTLY:“伝達方法(コミュニケーション)からモノへ 商標の財産権としての概念化の史的側面”,大友信秀译,载《知的財産法政策学研究》2008年第19号,第1页。

<sup>④</sup> A Ohly, The Freedom of Imitation and its Limits—a European Perspective (2010) IIC 506, 518.

费者识别商品来源的标记。即使在商品主体擅自使用形象宣传自身商品的情况下,消费者也并未对商品品质的决定主体存在误认,作为被宣传对象的商品品质决定方仍然是商品本身的主体,而不是名人或知名形象等的主体。<sup>③⑤</sup>因此相较于商品化活动的使用,宣传广告活动的使用更加难以被纳入商业标识法体系之中。<sup>③⑥</sup>

#### 四、日本商品化权的构成要件与效力范围

如果仅仅止步于上述日本学说对于商品化权的讨论,那么其比较法上的借鉴意义是有限的,更为重要的是,探寻日本学说与实践如何将不同理论构成贯彻于商品化权具体要件与效力范围的刻画之上。事实上,从商品化权的主体、客体、存续期间、权利的转移与继承、侵权的判定与抗辩、商标确权程序的地位等方面,日本学说与判例都极大地丰富和深化了商品化权的议题,极具启发意义。

##### (一) 商品化权的主体

在人格权理论下商品化权的主体仅限于自然人,且权利的原始归属也必然是自然人。而在财产权等理论的理解下,商品化权的主体则较为多元,既可以是自然人也可以是物或虚拟角色的所有权人或投资人,原始权利也可以归属于对演艺活动或体育活动进行投资的法人团体等。此外,在该理论下的自然人也仅限于有演艺明星或体坛明星等可以享有商品化权,而不同于人格权理论下任何自然人主体都可以享有。在“土井晚翠案”<sup>③⑦</sup>中,原告是已故著名诗人土井晚翠的遗族,

被告作为市政府为了促进途经晚翠故居“晚翠草堂”周边的旅游资源发展,而将故居周边的车站名改为“晚翠草堂站”。法院驳回了原告主张被告停止使用的请求,并指出:“与演艺明星通过商业化活动博取他人对其姓名肖像等的认知,并通过姓名肖像的控制获得收益的商业模式不同,诗人往往是依据其创作活动获得社会评价与版权收益,而并不存在通过姓名、肖像的商品化商业模式获得收益,因此其姓名或肖像并不具有顾客吸引力”。但是也有学说认为,对自然人著名与否的区分并不具有规范意义,且上述区分界限并不明确,即使非著名自然人也会因为未经其允许的商业化利用其姓名或肖像的行为而产生精神上的痛苦。<sup>③⑧</sup>在商业标识法体系下,对现阶段不以人格要素商品化获得收益为主要商业模式的作家、学者等来说,在将来也有可能从事广告宣传等活动,进而造成消费者广义的混淆状态存在。因此不应以职业属性为划分,应该以消费者视角,随着时代的变化判断某一职业是否可能形成对姓名、肖像等人格利用的商业模式。

对于商品化权的原始归属问题,由于明星的艺名、形象、姿态等可能是在演艺公司职务活动中塑造的形象而产生的顾客吸引力,因此是否可以认定演艺公司原始归属这些要素的商品化权成为事关演艺公司投资激励的重大问题。这一问题与商品化权是否可以转让的问题实质是表里一体的,唯原始归属问题更涉及到演艺明星等在职务活动中获得的商品化权益分配问题。如果类比如著作权法上的相关制度,日本著作权法在坚持“创作人主义”的同时,对于职务作品<sup>③⑨</sup>和电影作品<sup>④⑩</sup>设置了例外性规定,从而使得作为雇主的法人与电影作品的制片人成为著作权的原始归

<sup>③⑤</sup> 其中也有观点认为,名人姓名与肖像的宣传广告目的使用可能相比于虚拟角色等的名称与形象等的宣传广告目的使用更易于划入商业标识法的保护范围。井上由里子:《パブリシティの権利の再構成》,载筑波大学大学院企業法学専攻10周年:《現代企業法学の研究》,信山社2001年版,第160页。

<sup>③⑥</sup> 田村善之著:《不正当竞争法概说》,有斐阁2003年第二版,第511页。

<sup>③⑦</sup> 横滨地判平成4年6月4日判时1434号116页[土井晚翠事件]。

<sup>③⑧</sup> 田村善之著:《不正当竞争法概说》,有斐阁2003年第二版,第512页。

<sup>③⑨</sup> 根据《日本著作权法》第16条规定“法人作品”需要满足:由法人或其他雇主提议从事法人业务范围内工作的雇员;依据职务上的任务做成;依法人等的自己的名义进行发表。在上述情况都得到满足的情况下,作品的作者不是直接创作该作品的雇员,而是该法人主体。

<sup>④⑩</sup> 对于电影作品的原始归属问题,在日本著作权法理论上存在“现代作者”(modern author)与“传统作者”(classic author)的分类,其中只有“现代作者”才构成电影作品的作者。而“现代作者”一般是指对于电影作品的产生作出创造性贡献的制片、导演、演出、摄影、美术等主体。而“传统作者”一般是指小说、剧本、音乐等的作者。这些作者并不是整体性的对于电影作品的产生作出创造性贡献。根据《日本著作权法》第16条的规定:电影作品的作者是指除去依据小说、剧本、音乐而改编或复制的作品的原作者以外的,对于电影作品的产生作出创造性贡献的制片、导演、演出、摄影、美术等主体。尽管该条中列举了参与电影作品的制作、导演、演出、摄影、美术等,但是并不是穷尽性质的,最终的判断标准是是否对于电影作品在整体上作出了创造性的贡献,而不仅仅是在某一构成电影作品一部分的元素上作出创造性贡献。

属者。由于在商品化问题上并不存在立法初始性分配权利归属的规则，因此这一问题则可能更多需要从商品化权的继受取得角度予以理解。对于物的商品化权问题，因为否定了所有权理论作为支持权原的依据，因此物的所有权人并不自然地享有物的商品化权，而是依据物所能具有的顾客吸引力，或商业标识识别性的贡献主体享有该权利。对于恶性犯罪人将其肖像商业使用而产生的顾客吸引力问题，日本学说往往依据公序良俗否定该罪犯可以作为主体享有商品化权。<sup>④①</sup>

## （二）商品化权的客体

商品化权的客体中包含自然人的姓名与肖像，几乎是毫无争议的，但对两者之外的人格要素，如声音、姿态、身体的一部分等是否包含在内，则仍有疑问，特别是在人格权理论下由于上述人格要素并未像姓名或肖像那样凝结成具体人格权之一的姓名权或肖像权，因此在多大程度上法定化具体人格权的类别，抑或是通过一般人格权包含这些人格要素的人格利益或财产利益，上述问题的解决仍是仅靠商品化权理论的进步难以达成的，只有依附于人格权理论的发展才有望得以解决。如果脱离人格权理论，那么声音、姿态等只要能够被识别为某一主体的信息，该信息具有的顾客吸引力又可以归因于主体的知名度，那么将其纳入商品化权客体范围是不存在任何困难的。当然，易于识别性如果凝结成商业信誉，通过商业标识法体系进行防止混淆或淡化性质的保护也是顺理成章的。

对人格权理论所排除的自然人姓名、肖像等以外的客体作为商品化权对象的问题，在商业标识法体系下的解释论则稍显复杂。是否能够得到保护，往往取决于对物之影像或虚拟角色等的商业使用活动是否可以令消费者产生该种商业使用活动是在获得特定主体许可后进行的，而消费者又对经过许可后的商品化产品的品质或商誉存在信赖。就虚拟角色形象来说，由于大部分虚拟角色形象都可能构成著作权法下的作品，通过复制权等排他权项的控制，著作权人往往可以垄断性

地控制角色形象的商业利用，而这一控制对消费者而言也是形成共识的信赖来源，因此他人擅自在商业活动的使用很容易使得消费者误认为是经过著作权人许可后进行的，从而在广义上混淆了商品来源。但是对物之影像的商业利用，由于很难找到类似著作权等促进消费者形成对许可关系认识的权原，因此，除非马的所有权人对马的名称和影像的垄断性利用作为商业模式的一种，在消费者间形成了较为固定的认识，否则很难证明他人的擅自使用行为构成了对商誉的混淆。<sup>④②</sup>

## （三）商品化权的存续期间

对商品化权存续期间的解释也取决于对理论的见解。在人格权理论下，自然人死亡后人格权即消失，但是并不意味着顾客吸引力的消失。而在顾客吸引力理论下，自然人生存期间也不意味顾客吸引力能够持续存在。人格之存在取决于自然人之存活，顾客吸引力及其引申出的商业标识与商誉间的一一对应关系则取决于商业活动的持续存在。有观点认为，对自然人死后的商品化权应该借鉴著作人格权的处理方式，对著作人格权所产生的利益，在作者死后其配偶或二亲等以内的遗族在世之内可以请求人格利益（《日本著作权法》第60条、第116条）。<sup>④③</sup>也有观点主张类推适用著作邻接权保护期限的规定，以自然人死后50年设置固定的保护期限。<sup>④④</sup>当然上述对于商品化权固定期限的保护只能寄希望于立法，而不可能依据判例法理得出划一的结论。

从商业活动的持续性角度，也有观点指出，只要商品化使用活动持续存在，商品化权就不罹于期限。<sup>④⑤</sup>但是此种观点并未说明为何商品化活动存在就需要持续保护的积极理由。如果是商品化活动持续存在可以证明顾客吸引力的持续存在，则转移到了顾客吸引力学说在存续期间上的应用；如果商品化活动的持续存在使得商誉形成，则转移到了商业标识法体系的论证范畴。而从商业标识法体系出发，事实上已故的名人需要继续使得其姓名、肖像等受到保护的难度是很高的，

④① 内藤笃、田代贞之著：《パブリシティ权概说》，木铎社2014年第三版，第316页。

④② 井上由里子：《パブリシティの権利の再構成》，载筑波大学大学院企業法学専攻10周年：《現代企業法学の研究》，信山社2001年版，第176页。

④③ 内藤笃、田代贞之著：《パブリシティ权概说》，木铎社2014年第三版，第326页。

④④ 阿部浩二：《パブリシティの権利と不当利得》，载《注釈民法（18）》，有斐阁1976年版，第554页。

④⑤ 牛木理一：《パブリシティの権利の相続性——特に存続期間について》，载《工業所有権法研究第104号》，第17页。

名人在世时，消费者对其从事商品化许可活动存在普遍共识，并因这一共识可能产生广义混淆状态。但是名人死后，消费者则不容易误认某一主体仍旧对许可商品化活动进行某种品质等的控制。除非随着死者姓名、肖像等死后管理组织大量出现，使得由遗族或经纪人继续使用死者生前姓名或肖像等的商业模式形成共识，才可能在商业标识法体系下承认其继续存续。而历史上的名人、伟人等从某种角度已经进入了公有性范畴，成为传达某种信息、文化、情感的代称，因此在解释论上通过商业标识性使用，抑惑普通名称的规律应该可以排除对其继续给予保护。<sup>④6</sup>

#### （四）商品化权的转移与承继

商品化权的转移问题主要是解决主体可否通过合同向第三者转移商品化权的问题。而承继的问题主要涉及自然人死后人格利益的处理问题，往往是人格权理论下派生出的特殊问题。因此以下论述主要集中于前者，并从涵盖全部客体范围的角度探寻一般性的规律。如果从财产权角度出发，那么自然人的姓名与肖像等所具有的经济价值可以与该主体相分离，这些财产权益的行使主体并不必限于自然人本身。对于该自然人的演艺活动或体育活动付出投资的经纪公司等也可以继承受享有商品化权。<sup>④7</sup>但如果从人格权角度出发，受制于人身专属性的教义，经纪公司等则不可能继受成为商品化权的主体。也有学说在借鉴著作人格权与财产权一元论的基础上，提出对于人格权理解下的商品化权，可以通过“设定性转移”而不是“承继性转移”实现一定程度的让渡人格要素的财产利益。<sup>④8</sup>前者主要是指作为母权的人格权仍旧在自然人主体所辖之下，而由母权派生的财产利益可以转移给其他主体。前者相比于后者又具有以下区别：当财产权益的受让人死亡后，且无继承人的情况下，该财产权并不归于国库，而是复归人格权主体；所转让的财产权以受让人的使用目的为限，且不包含转让时尚不存在的将来被开发出来的利用方式；第三者侵害商品

化权的商业利用时，人格权主体同样可以请求救济；财产利益的受让人再次转让财产利益的权利受到限制。

从财产权利与权益的区隔来看，专利法与著作权法等上的权利由于采取了类似物权的构成，因此在二重转让与权利担保上设置了更易于财产流转的规律与制度保障。而对反不正当竞争法或民法一般条款中的权益，由于采取的是行为规范模式，在财产流转上缺少防止二重转让等制度保障，因此原则上对其“转让”是不予承认的。<sup>④9</sup>因而由判例法理形成的商品化权，因不存在登记等公示公告制度设计，故其转让问题也很难从物权构成出发予以探讨。

同样，如果从商业标识法体系出发，承认了排他权地位的转让性的话，那么可能与既有的通过注册而产生公示效果的注册商标制度相抵触。未注册商标标识区别于注册商标的特点在于注册商标通过注册登记这一公告程序获得了公示公信的效力，成为权利而不是权益，而未注册商标的效力只是一个消极性的权益，不具有积极意义的权能，不能转让或许可他人行使。由于没有登记对抗效力的设置，仅仅通过合同转移未注册商标上的权益的话，可能会产生二重转移的现象，这样，将导致在先缔约方取得未注册商标上的权益，而在后缔约方不得不停止使用商标，可能造成对在后缔约方的不公平现象。从原理上看，对于相关公众来说，是否认识到未注册商标达到知名是一个事实状态，而事实状态是无法用合同转移的。<sup>⑤0</sup>对于未注册商标标识连同“营业”一并转移的，由于商誉来源于“营业”本身，而受让人与受让人并不是依据合同将标识进行转移，而是连同营业本身进行转移。对消费者的混淆认知来说，只要认识到“营业”的同一性，就没有产生误认效果，因此应该承认受让方继续受到规范的保护。对于名人人格利益的商业化利用来说，由于人格与主体之间存在密不可分的联系，因此使得消费者认识到商誉与营业一并转让给他人的状态是很难达到的，因此原则上很难承认名人人格

<sup>④6</sup> 井上由里子：《パブリシティの権利の再構成》，载筑波大学大学院企業法学専攻10周年：《現代企業法学の研究》，信山社2001年版，第174页。

<sup>④7</sup> 齐藤博：《氏名・肖像の商業的利用に関する権利》，载《特許研究》1993年第15号，第23页。

<sup>④8</sup> 渡辺修：《人格メルクマークの利用権／人格権の一元的構成に関する覚え書き》，载《法学》1996年第60卷第6号，第286页。

<sup>④9</sup> 中山信弘：《不正競争防止法上の保護を受ける地位の譲渡可能性》，载小野昌延先生還暦記念：《判例不正競争法》，発明協会1992年版，第41页。

<sup>⑤0</sup> 田村善之著：《商標法概説》，有斐閣2000年第二版，第198页。

利益的转让行为。在“加势大周案”<sup>⑤1</sup>中，原演艺公司起诉跳槽艺人不能在新东家使用原有艺名，法院支持了原告的诉讼请求。也有学者对该案的判决提出了不同意见：对消费者而言，“加势大周”这一艺名的信用凝结在该艺人之上，如果在其跳槽后禁止其使用，而是另一个新的主体使用的话，将会使消费者的认识产生混乱。<sup>⑤2</sup>

作为例外，由于经纪人往往使得消费者认识到其运营是以名人中心开展的许可商业模式，因此学说上承认了经纪公司也享有诉权，但这一诉权区别于通过合同转让而来的权益，而是来源于名人顾客吸引力本身。<sup>⑤3</sup>另一方面，对相扑、歌舞伎行业存在的世代流传使用的艺名，往往将其视为某一门派的商誉表达，并不将权益归属于某一具体主体，因此，某一表演门派的继承人在继承“营业”的同时可以享有对于艺名的承继。

### （五）商品化权的侵权判定与抗辩

通过上述“粉红女郎案”判决中明确列举的三种构成侵犯商品化权的行为类型可以看出：在商品化权的侵权判定上采取了限定性做法，特别是强调了仅以利用肖像等的顾客吸引力为目的使用。如何判断“仅以”将是构成侵犯商品化权与否的关键。这一判断标准同时兼顾了商品化权与对抗利益的平衡。作为侵权抗辩，他人以报道目的的使用、戏仿目的的使用等都不构成对“仅以”利用顾客吸引力为目的的使用，从而排除了这些行为的侵权构成。其中与表达自由相关的案例，大多集中在书籍或杂志中使用明星肖像照片的使用类型，该种使用类似于著作权法中“引用”的立法目的，需要区分到底是在报道、批评、研究等目的上的正当范围内引用，还是单纯的使用名人肖像的顾客吸引力。<sup>⑤4</sup>

如果在商业标识法体系下理解的话，那么其构成要件中要求他人商业标识性的使用。这一要件使得一些包含在以人格权理论下的行为类型，

可能将会排除在商业标识法体系的侵权判断之外。举例来说，将名人的姓名或肖像作为书籍内容使用的情况，只有姓名或肖像构成了杂志这种商品来源识别的标识时，才构成商业标识性的使用，否则，即使消费者可能误认该杂志的执笔者得到了该主体的授权，也难以评价为对商品化权的侵害。的确，杂志大量刊载名人姓名及肖像，利用名人对顾客的吸引力博得了大众的眼球。但是从商业标识法体系看，对著名标识顾客吸引力的不当利用行为，往往与表达自由等公益相对抗，因此在设权上要极其慎重，通过对商业标识性的使用要件的调整，可以将一部分行为排除在侵权构成之外。当然这种排除方法到底是采用侵权判定要件的形式，还是采用非侵权抗辩的形式，在日本学说上仍存在争议，<sup>⑤5</sup>本文限于篇幅，不再赘述。

### （六）商品化权在商标确权行政程序中的地位

由于不存在类似我国《商标法》第32条前段中作为阻却商标注册事由的“在先权利”条款，日本对是否将商品化权承认为“权利”或“权益”的争论，在讨论商标确权程序中的异议或无效理由中几乎鲜见。对于商品化权在商标确权行政程序中的地位问题，在《日本商标法》第4条第1款第8项中，仅对注册商标中包含他人的肖像、姓名、名称；名人的雅号、艺名、笔名；以及上述名称中具有著名性的略称阻却注册，如果在审查过程中未发现而予以注册的，也可以在异议及无效程序中作为异议及无效事由提出。<sup>⑤6</sup>其中自然人的姓名、肖像等从人格利益保护角度给予阻却他人注册的地位。由于与自然人的姓名不同，自然人的雅号、艺名、笔名及略称可以随意变更，为了减少对他人自由选择标识进行商业活动的利益，因此要求这类指称只有达到“著名”程度才给予阻却他人注册的地位。<sup>⑤7</sup>由于本项规定的目的不在于防止混淆，因此即使通过施加防止混淆

<sup>⑤1</sup> 东京地判平成4年3月30日判时1440号98页[加势大周事件]。

<sup>⑤2</sup> 井上由里子：《パブリシティの権利の再構成》，载筑波大学大学院企業法学専攻10周年：《現代企業法学の研究》，信山社2001年版，第190页。在我国司法实践中也体现了上述思路，见北京市第三中级人民法院民事判决书（2014）三中民终字第07228号“云菲菲案”。

<sup>⑤3</sup> 井上由里子：《パブリシティの権利の再構成》，载筑波大学大学院企業法学専攻10周年：《現代企業法学の研究》，信山社2001年版，第170页。

<sup>⑤4</sup> 有关日本著作权法上“引用”的规范判断参考：张鹏：《构成著作权法上“研究批判型”引用的界限判断》，载《民商法论丛》2014年第55卷。

<sup>⑤5</sup> 田村善之著：《不正当竞争法概说》，有斐阁2003年第二版，第257页。

<sup>⑤6</sup> 李扬：《商标法中在先权利的知识产权法解释》，载《法律科学》2006年第5期。

<sup>⑤7</sup> 田村善之著：《商標法概説》，有斐閣2001年第二版，第217页。

的措施，而对他人姓名等的注册并未产生混淆效果，也不影响该项规定的适用。除此以外，对其他可能构成在先权利的排他权类型，在商标确权行政程序中并不存在救济的可能性。

当然，如果将上述姓名与肖像等在商标确权程序中的阻却效果归因于人格权保护的话，那么对已经去世的自然人的姓名或肖像等注册商标的行为，日本司法实践中一般依据《日本商标法》第4条第1款第7项中的公序良俗条款予以判断是否阻却注册。<sup>⑤⑧</sup>在“达利案”<sup>⑤⑨</sup>中，被告将著名画家达利的姓名“DARI”在肥皂等类别注册，法院指出：“被告的注册使得消费者联想起画家达利，被告的行为并未经过达利遗族的许可，因此该注册行为不当利用了世界级著名已故人士的姓名的略称。这一行为不仅对逝者的名誉有损害之虞，而且扰乱了市场秩序，有违国际间的诚实信用，因此构成对于公序良俗的违反”。同时上述判例法理也贯彻于《商标审查指南》之中，在“外国周知、著名商标等在日本作为未注册商标或外国人姓名等的保护”中规定：“著名已故人士的姓名或肖像等的注册申请，如果配偶尚在世的，应该取得配偶的同意，如果未取得其配偶的，以《日本商标法》第4条第1款第7项中的公序良俗条款予以驳回”。<sup>⑥⑩</sup>

除上述请求权基础外，对其他在先权利，商标法都未提供可供阻却他人注册的事由。产生上述现象更为本质的背景就在于对商品化权属性的理解上。即商品化权仅仅是行为规范的一种，其排他权范围仅限于特定的行为，而不是概括性地支配一切关于某一名称、形象等的商业性利用行为。特别是在商品化权效力范围问题上，不乏对抗利益之间的平衡关系问题，如表达自由、自由选择商业标识等。因此在注册阶段，对于商标审查部门来说，仅仅面对较为书面的近似性判断材料，对后续市场主体以何种行为方式使用他人名称、形象等往往无从判断。因而除非能够找到较为明确的法定利益，比如民法上对自然人人格的保护，否则，商标法中是不在确权程序中处理此

项问题的。即使有可能侵犯他人商品化权的标识得以注册为商标，但是仅仅获得这一行政行为的注册也不意味着商标权在市场中享有任何积极权能，其效力仍旧是消极性的。举例来说，作为虚拟角色名称“功夫熊猫”有可能在日本获得商标注册，但是假设在所注册的服装类别，“功夫熊猫”的商标权人却无权在市场上销售印有“功夫熊猫”文字，并以“功夫熊猫”文字为主要卖点的服装。如果商标权人以“功夫熊猫”作为产品差别化目的使用，则落入了“功夫熊猫”商品化权人的排他权范围。而如果商标权人不以此种产品差别化目的使用商标权，由于不在商品化权人排他权范围之内，因此构成了正当的商标权行使行为。如果商标注册人完全是出自前者目的，那么其注册商标会因为三年不使用而被撤销，因为其该种使用构成对商品化权的侵权；如果商标注册人是出自后者目的，完全没有必要在商标确权程序中就阻却其注册，因为其使用注册商标的行为完全是正当的。正是出于上述考量，在日本商标确权行政程序中并未对商品化权作出划一的判断，而是留待后续市场交易阶段通过侵权判断与抗辩予以解决。

## 结语

日本的商品化权概念，通过几十年的发展，在实践中逐渐定型为从人格权理论出发，为自然人人格要素的财产价值提供保护的制度。但是学说上对该权利性质与构成的认识并未局限于人格权理论，而是以顾客吸引力学说或商业标识法体系为中心尝试建立更为综合性的商品化权理论。面对相同的利益关系，到底是通过立法或是司法创设一个更加广义的商品化权，还是以人格权理论着手定义商品化权概念，成为摆在日本学界与实务界面前的未竟课题。与之相对应，对商品化权的主体、客体、存续期间、权利的转移与继承、侵权的判定与抗辩、权利救济等问题也需要放在日本商品化权的理论背景下予以理解，只有这样，才能对相关争议具有全面的认识，进而在比较法上具有共通的借鉴意义。■

<sup>⑤⑧</sup> 田村善之：《俳優のしぐさに関する著作権侵害と歴史上の人物名に関する商標権侵害が争われた事例（下）——東京地判平成26.4.30平成24（ワ）964 [CR松方弘樹の名奉行金さん - ]，《IPマネジメントレビュー》2015年第16号，第4-11頁。

<sup>⑤⑨</sup> 東京高判平成14年7月31日判時1802号139頁 [ダリ]。

<sup>⑥⑩</sup> 特許庁審査業務部商標課商標審査基準室編：《商標審査便覧》，见日本特許庁官方网站：<https://www.jpo.go.jp/shiryoku/kijun/kijun2/syouthyoubin.htm>，最后访问日期：2016年2月2日。