



文创产业中 商品化权与知识产权研究

Study on the right of publicity and intellectual property
in cultural and creative industries

谌远知 / 著



经济科学出版社
Economic Science Press

G124
49

文创产业中 商品化权与知识产权研究

Study on the right of publicity and intellectual property
in cultural and creative industries

—— 湛远知 / 著



经济科学出版社
Economic Science Press

图书在版编目 (CIP) 数据

文创产业中商品化权与知识产权研究 / 湛远知著.
—北京: 经济科学出版社, 2012. 12
ISBN 978 - 7 - 5141 - 2539 - 9

I. ①文… II. ①湛… III. ①文化产业 - 商品化 -
研究 - 中国②文化产业 - 知识产权 - 研究 - 中国
IV. ①G124②D923. 404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 246569 号

责任编辑: 段 钢
责任校对: 杨晓莹
版式设计: 齐 杰
责任印制: 邱 天

文创产业中商品化权与知识产权研究

湛远知 著

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销
社址: 北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮编: 100142
总编部电话: 88191217 发行部电话: 88191537

网址: [www. esp. com. cn](http://www.esp.com.cn)

电子邮件: [esp@ esp. com. cn](mailto:esp@esp.com.cn)

北京季蜂印刷有限公司印装

710 × 1000 16 开 13.75 印张 250000 字

2012 年 12 月第 1 版 2012 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5141 - 2539 - 9 定价: 36.00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换。电话: 88191502)

(版权所有 翻印必究)

目 录

绪论：雏凤清于老风声	1
------------------	---

第一篇 相互关系篇

第一章 文化创意产业与知识产权	7
第一节 文化创意产业	8
一、文化创意产业的争鸣	8
二、文化创意产业的内涵与外延	9
第二节 文化创意产业的认识历程	10
一、从批判到宽容	11
二、从怀疑到扶持	14
第三节 文化创意产业与知识产权	16
一、数字化与高科技	16
二、分歧与属性	18
三、文化创意产业与知识产权	21
第二章 知识产权与商品化权	24
第一节 知识产权的属性与范畴	25
一、知识产权的主流观点与分析	25
二、知识产权类型化与范围	26
三、知识产权的价值目标与保障	27

第二节 知识产权与商品化权	30
一、文化创意产业与知识产权关联	30
二、文化创意产业与新型知识产权利益	31
三、文化创意产业的衍生化与商品化权制度	32
第三节 商品化权是一种新型权利	34
一、商品化权属于私权性质	34
二、商品化权的构成要素	35
三、商品化权是一种多维度的权利	37
四、商品化权客体具有独特性	37
五、商品化权是一种人格性财产权	38

第二篇 基础理论篇

第三章 商品化权的基础法理分析	41
第一节 商品化权的源起与呈现	42
一、商品化权的源起	42
二、商品化权在文化创意产业中的具体呈现	43
第二节 商品化权的基本属性争论	47
一、财产权说与无形财产权说	48
二、知识产权说	49
三、边缘权利说	50
四、人格权说	51
第三节 商品化权应该归属知识产权法范畴	51
一、商品化权属于无形财产权	52
二、商品化权应该归属知识产权法范畴	53
第四节 商品化权的流派与争论	56
一、商品化权两大流派与观点	56
二、商品化权的争论	57
第五节 商品化权与人格权比较	59
一、商品化权是财产权	59
二、商品化权在人格权理论中的困境和出路	60



第六节 商品化权的法理基础分析	61
一、以洛克为代表劳动财产说	61
二、以康德、黑格尔为代表的自由意志财产权理论	63
三、以波斯纳为代表的法经济学说	65
 第四章 商品化权的现实价值与法学新命题	67
第一节 商品化权的现实价值	67
一、商品化权是商品化的保障	68
二、商品化权是形成良性产业链的基础	70
三、商品化权可以使得商业价值最大化	71
第二节 文化创意产业中的法学新命题	73
一、新型权利与保护机制	73
二、权利行使与继承期限	74
三、侵权赔偿与合理使用	74
四、限制抗辩与异域借鉴	74
 第三篇 权利行使篇	
 第五章 商品化权的客体主体内容	77
第一节 商品化权的客体	77
一、客体实质是形象标识的营销影响力	78
二、客体是精神内核的符号化产物	78
三、客体的两个类别	79
四、客体的法律特征	80
第二节 商品化权客体种类	85
一、姓名与肖像	85
二、角色与声音	87
三、具有识别性的物品与表演	88
四、作品标题	88
第三节 商品化权的主体	91
一、商品化权的权利主体	92

二、商品化权的权利主体的类别	92
第四节 商品化权的内容	94
一、控制权与使用权	94
二、收益权与处分权	96
三、可转让性与可继承性	97
第五节 商品化权保护期限	97
一、涉及自然人的形象标识保护年限	98
二、涉及虚构的形象标识保护年限	99
三、保护期限的延展问题	99

第六章 商品化权的商业开发与使用 101

第一节 商业开发使用的通行做法	102
一、许可性与专业化	102
二、契约化与授权性	103
第二节 形象标识商业开发与使用的三种情形	103
一、“广告型”形象标识的商业开发与利用	104
二、“附着式”形象标识的商业开发与利用	105
三、“衍生品”形象标识的商业开发与利用	106
第三节 商品化权的商业开发与利用的合同	106
一、商业开发使用的法律操作	106
二、商业开发使用的合同分析	107
三、注意力与必杀技	107

第七章 商品化权的侵权与救济 109

第一节 商品化权的侵权行为法律特征	109
一、对现有的知名形象标识擅自使用	110
二、以商业盈利为目的	110
三、指向特定唯一的主体	110
四、造成了对合法权利人的损害事实	111
第二节 商品化权的侵权行为表现方式	111
一、转化与改变	111

二、演绎与恶搞	113
三、“搭便车”	116
第三节 商品化权的侵权救济	117
一、商品化权的侵权救济的思考	117
二、商品化权的侵权之诉	118
三、商品化权的侵权救济方式	119
第四节 商品化权的侵权赔偿	119
一、摒弃著作权侵权的赔偿做法	119
二、借鉴商标权侵权的赔偿做法	120
三、侵权赔偿基本构想	121
第五节 互联网状态下的侵权	122
一、快捷无成本	123
二、权益损失更加巨大	123
三、P2P 形式下的例外	123
四、主动上传属于侵权行为	124
五、宜采用二元归责原则救济	124

第八章 商品化权的权利限制与抗辩

第一节 表达自由限制	127
一、基本人权的保障	127
二、法定权利的优先	127
三、价值阶层的前置	128
第二节 权利穷竭限制	129
一、商品化权的非排他性与物权排他性	129
二、权利人的垄断权与社会公众的占有权	130
三、实践的模糊性与理论的创新性	130
第三节 公序良俗和社会道德限制	131
一、平衡与制约	131
二、最小公约数与利益最大化	132
第四节 合理使用的限制	132
一、制度移植	133

二、判定标准	134
第五节 “先用权”的限制	134
一、适当容忍混淆	135
二、先用权的行使条件	135
三、私权公权化的体现	136

第四篇 立法构建篇

第九章 目前知识产权法对商品化权保护的缺陷	139
第一节 商标法对商品化权保护的缺陷	139
一、行政确认性与时尚性冲突	140
二、客体有限性与多样性冲突	140
三、有限授予性与广泛性冲突	141
四、持续使用性与不确定性冲突	141
五、使用刻板性与灵活性冲突	142
六、一个选择性保护路径	142
第二节 著作权法对商品化权保护的缺陷	143
一、著作权法实施保护无说服力	144
二、著作权法侵权救济无能为力	144
三、著作权法保护客体无法全包	145
四、著作权法立法目的无法兼容	145
五、著作权法权利性质无法同一	145
六、著作权法保护期限无法面对	146
第三节 专利权对商品化权保护的缺陷	146
一、先决条件很难满足	147
二、申请注册时间过长	147
三、权利保护期限过短	147
四、一个选择性保护路径	148

第十章 反不正当竞争法对商品化权保护的缺陷与出路	149
第一节 反不正当竞争法只是一种补充作用	150

一、“最后一道防线”	150
二、积极性保护与消极性保护不吻合	151
第二节 立法目的与保护范围的缺陷	151
一、立法目的与商品化权不符	151
二、保护范围无法完全解决无竞争行为	152
第三节 反不正当竞争法解决商品化权出路	153
一、采用扩大解释办法	153
二、将客体视为“吸引力”	153
 第十一章 商品化权保护的基本思路	155
第一节 宽严适度	156
一、标准与尺度适度	156
二、占有与传播平衡	157
三、力度与速度匹配	158
第二节 利益平衡	158
一、发展与动态的平衡	159
二、公平与效率的平衡	159
 第十二章 商品化权保护的外国法借鉴	161
第一节 两种保护模式的实践	162
一、两种保护模式的实践与探索	162
二、分类保护	162
第二节 人格权保护模式的借鉴	163
一、人格权保护模式——以德国为例	163
二、两种主要保护对象	164
第三节 财产权保护模式借鉴	166
一、财产权保护模式——以美国法为例	166
二、商品化权发端于隐私权	167
三、法官造法	167
四、确立角色形象保护标准	169
五、内容不断丰富	170

六、突出公共领域的保护	171
-------------------	-----

第十三章 商品化权的立法构建

173

第一节 商品化权立法背景与现状	173
-----------------------	-----

一、立法的现实背景	174
-----------------	-----

二、尴尬的法律法规现状	174
-------------------	-----

三、立法的两种争论	175
-----------------	-----

第二节 商品化权立法构建	176
--------------------	-----

一、立法总体思路	176
----------------	-----

二、立法设想	177
--------------	-----

三、立体式保护	179
---------------	-----

第三节 司法能动性 with 立法的互补	180
----------------------------	-----

一、及时公布典型案例	180
------------------	-----

二、颁布司法解释	181
----------------	-----

三、法官自由裁量权的发挥	181
--------------------	-----

第十四章 结论：文章合为时而著

183

一、商品化权制度的价值取向应该兼顾法学与经济学双重价值

本位	183
----------	-----

二、商品化权客体是营销影响力	184
----------------------	-----

三、商品化权的客体种类是一个群落	184
------------------------	-----

四、商品化权实现了权利价值与资源有效配置	184
----------------------------	-----

五、商品化权实现了人格符号的扩张与人格性财产的外化	185
---------------------------------	-----

六、急需规范侵权制裁与构建侵权救济制度	185
---------------------------	-----

七、保护制约并举与公平正义价值实现是商品化权内在追求	186
----------------------------------	-----

八、目前知识产权体系保护商品化权存在诸多困境	187
------------------------------	-----

九、反不正当竞争法保护商品化权存在缺陷	188
---------------------------	-----

十、确立宽严适度与利益平衡的商品化权保护思路	189
------------------------------	-----

十一、异域借鉴与本土生长是商品化权成长的双重路径	189
--------------------------------	-----

十二、从“法律国际化”转向“法律本土化”是商品化权立法构建的基本方向	190
--	-----



十三、商品化权的立法构建总体思路和设想	190
参考文献	192
后记	207

绪论：雏凤清于老凤声

中国十年文化创意产业，群雄逐鹿。究竟何谓文化创意产业呈现出仁者见仁智者见智的纷争之态，精彩纷呈。

我们将对文化创意产业进行深入研究，我们发现文化与产业结合后产生了正向效应；文化与创意结合，与知识产权的深度结合，使得文化的溢价附加值大大增加，改变了经济产业结构，成为国家谋求知识产品竞争发展优势和话语权的重要支撑点；知识产权制度保障和激励文化创意主体的价值实现，还保证和满足公众自由分享、合理消费知识产品公众利益的理性诉求；作为知识产权领域的新成员，商品化权成为是一种提高挖掘文化创意产业潜在价值的重要手段，商品化权为文化创意的后期开发，衍生品的生产提供制度支持和运行保障；商品化权的客体形态，能将潜在的价值转化为现实价值，具有人格身份性、资信担保性的独特特征，是权利利益的承载者，是权利结构的基础和支点，形成独特的权利内涵；商品化权的实践为文创产业良好产业链的形成，兑现各方利益，延伸声誉和信誉，确保商业价值最大化提供了可行的路径。

一、正向效应与话语支撑

回顾历史，我们可以看到，自从文化与产业捆绑联姻以来，学者们认为，文化的产业化趋势将会对文化自身产生负面影响。这种看法一度成为主流观点，学者们对各种对文化的产业化批判否定之

声不绝于耳。

但是我们发现，文化在市场经济的条件下，在文化产业的商业化、资本化的状态下，并未丧失其主动性，并未成为商业社会的附属品。文化的产业化对文化自身发展带来的正向效应。特别是当文化与创意结合，同高科技联姻，并且与知识产权的深度开发和灵活运用相嫁接，使得文化的溢价附加值大大增加。它改变了经济产业结构，已发展成为一个国家和地区软实力的重要体现，成为国家谋求知识产品竞争发展优势和话语权的重要支撑点。

在数字化、高科技的背景下第三次技术革命，文化创意产业以文化和技术等无形资产作为核心要素，成为了以知识和信息生产、分配的知识经济的核心产业，形成相关自主知识产权高附加值的产业类型。

二、激励补偿与理性诉求

文化创意产业的产品呈现出一种无形性、非竞争性、非排他性以及生产高成本与传播低成本等特性，这些都需要恰当的制度为其保驾护航。知识产权制度恰好可以解决这些内在需求，满足文化创意产业这些内在、客观要求。知识产权制度的既可以保障和激励文化创意主体的价值实现，提供一种激励、补偿机制，又能够保证和满足公众自由分享、合理消费知识产品公众利益的理性诉求。

三、制度支持与运行保障

在文化创意产业中，知识产权不断突破原来以“保护”为侧重点的思维路径，慢慢转变到“经营”的精耕细作模式，强调知识产权的利用、发展、再利用、再发展不断向纵深延伸的全新理念。

在这种理念的指导下，那些在文化创意产业里具有特殊影响力的形象标识成为经营时竞相争夺的目标。这些形象标识与其他传统

的知识产权客体完全不同，是一种营销影响力，它突破了传统类型的知识产权客体包含范畴。在文化创意产业不断向纵深发展的过程中，渐渐形成以这种营销影响力的形象标识作为客体的一种新型的知识产权类别，我们称之为商品化权。

商品化权是知识产权综合性经营的表现。商品化权成为是一种提高挖掘文化创意产业潜在价值的重要手段，成为文化创意领域中具有现实价值的全新领域。商品化权为文化创意的后期开发，衍生品的生产提供制度支持和运行保障。

四、基础支点与有效路径

这种商品化权类型是权利客体拓展、变化的结果。商品化权的客体形态，是一种抽象的营销影响力，能将潜在的价值转化为现实价值，具有人格身份性、资信担保性的独特特征。它们是权利利益的承载者，是权利结构的基础和支点，形成独特的权利内涵。

尽管学者们对这种新权利的命名争论不休，但慢慢地基本认可和接受了商品化权这一称呼。商品化权是一种人格性财产权的扩张，它是对那些具有影响力、号召力和亲和力的形象标识的“二次性”的商业利用，与商品或服务有机结合，创造更高经济价值。

商品化权不同于传统的人格权也非传统的“财产权”，是“为了人格的财产权”。究其本质而言商品化权可以归纳到知识产权法的范畴，它符合知识产权的基本特征，与知识产权的“客体共享，权利专有”法哲学观相一致，并能够被开放状态下的知识产权法律体系接纳。

商品化权为文创产业中具有特殊精神内涵的形象标识商品化提供了保障。商品化权的鲜活实践为文创产业良好产业链的形成，各方利益的兑现，声誉、信誉的延伸，以及确保商业价值最大化提供了行之有效、切实可行的路径。



总而言之，作为一种新型权利类型，它的权利主体、客体、内容有着自身的特点。这种新型权利在我国目前的法律体系中无法得到充分有效的保护，需要我们建立科学合理的保护机制，其权利的行使范围、限制、期限、转让、继承、侵权、违法等基本问题都有待我们细化。

雏凤清于老凤声。商品化权属于新生事物，是市场经济高度发达发展下的产物，源于市场创新，虽然带有强烈的身份因素，却有别于传统意义上的人身权，具有明显的财产权特征。商品化权可以被知识产权法律体系接受，但也是不同于传统意义上的著作权、商标权、专利权，有着自己明显的特征，这些都有待我们下文对此进一步深入研究。

第一篇

相互关系篇