

罗易论动画角色的著作权保护

Total click count:6

在日常生活中，不时看到米老鼠、唐老鸭等动画角色或出现在服饰、日常用品上，或者制成玩偶贩卖。以近年来风靡全国的国产原创动画《喜羊羊与灰太狼》为例，剧中的“喜羊羊”“美羊羊”“灰太狼”等动画角色从电视到电影再到舞台剧，其周边产品层出不穷，如玩偶、铅笔刀、文具盒、马克杯、T恤、书包、纪念手表等，产品种类繁多，可谓琳琅满目，令人瞠目结舌。这种将动画角色附着于销售商品之上或者藉由动画角色之高知名度来增加商品销售量和市场竞争力的现象，就是动画角色商品化现象¹，是社会经济发展所产生的新现象。通过动画角色的商品化，使得商品得以顺利、快速地渗入各消费阶层，获取较佳的销售量，同时，商品的获利及市场的扩张，亦使得动画角色的知名度得到进一步提升，这种鱼帮水、水帮鱼的相互作用的效果在今日物流发达的现状下更是明显，所产摘要：动画角色商品化指的是将动画角色附着于销售商品之上或者藉由动画角色之高知名度来增加商品销售量和市场竞争力的现象。这种商业利用的模式具备极其可观的经济价值。近年来，动画角色商品化权纠纷常见诸报端，但由于目前我国立法及司法方面对该权利的法律规制还处于探索阶段，如何保护权利人的权利已成为不可回避的难题。本文就实践中利用著作权法对动画角色商品化权的保护展开了探讨，并尝试性地探寻我国动画角色商品化权保护的途径和方式。关键词：动画角色 商品化权 著作权生的经济效益更为庞大²。也正因动画角色商品化所带来的庞大商

机和市场利润，一些不法经营者或未经许可授权直接将动画角色印制于自己的商品上，或未经许可授权直接使用动画角色在各种各样的广告上，以吸引更多的消费者，导致纠纷时有发生，权利人饱受困扰，而目前我国立法及司法方面对动画角色商品化权的法律规制还处于探索阶段，如何保护权利人的权利已成为不可回避的难题。

一、动画角色商品化的历史沿革

动画角色的商品化运作要追溯到玩具工业的起源。20 世纪初“彼得兔”系列深受大众喜爱，其中的一些角色就被制作成玩具在市场上销售。而在随后的 30 年代，美国沃尔特·迪斯尼公司在创造了深受人们喜爱和关注的“米老鼠”“唐老鸭”和“高菲狗”等

1 商品化本质上是企业主为取得其商品销售市场的扩展，将商品或服务与消费者产生好感并渴望拥有的人物、角色或商标产生关联的商业策略，藉此使商品更具市场竞争力，并因此获得庞大的市场。2 如星球大战的周边商品至今的销售数字已经达到 45 亿美金之多，载 <http://info.gift.hc360.com/2005/06/23080511206.shtml>；“喜羊羊”的市值据业内测算可达 10 亿元，载 <http://toys.yidaba.com/201001/081108141002100100020947414.shtml>；

迪斯尼授权商品每年在中国的交易额已达 4 亿多美元，载 http://news.sina.com.cn/c/sd/2009-12-10/093919230519_2.shtml。以上网址均于 2011 年 5 月 7 日访问。

浅议动画角色商品化权的著作权法保护□ 厉国华 黄维 74 中国发明与专利 2014 年第 5 期 CHINA INVENTION & PATENT 法案法务 Cases & Legal 一系列动画角色后，发觉这些动画角色蕴涵的商业价值，随即设立一个专门从事动画形象

再利用（secondaryexploitation）部门，授权一些小件商品（如T恤、背包、玩具、文具等）生产者利用角色的许可证，准予他们将动画角色形象印制在其商品上[1]。这一举措不仅给迪斯尼公司带来了非常丰厚的经济效益，而且使得这些动画角色经久不衰的存留在人们的记忆中。随着各种角色频繁的被商品化利用，动画角色商品化问题越来越受到商业界、司法界、文化出版界等领域及社会公众的关注。

1994年，世界知识产权组织（WIPO）国际局在其公布的《关于角色商品化权报告》中，首次正式承认角色商品化权，它在报告中将角色商品化权（right in characters）解释为：“虚拟角色的创作者，或该角色的真实人物，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进行改变或二次利用，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[2]”。二、动画角色商品化权可用著作权法加以保护商品化权纠纷尤其是动画角色商品化权纠纷在我国已初见端倪，如“喜羊羊”“灰太郎”“奥特曼”“铠甲勇士”等动画角色权利人诉侵权者的相关案件已见诸报端。作为一种新型权利，国内对很多问题的探讨还不成熟，在很多方面也未达成共识。比如对商品化权的表述就不尽相同，如郑成思先生称之为“形象权”[3]，王利民教授称之为“公开权”[4]，薛虹教授称之为“公开形象权”[5]，吴汉东教授的称之为“商品化权”[6]等，对商品化权的性质学界也是莫衷一是。而在过去的司法实践中，如著名的“奥特曼闹钟”案、“小破孩”案都引发了司法界对动画角色商品化权的激烈探讨，各方观点亦不统一。其实，无论如何界定商品化权，

其目的都是为了更好地保护权利人的利益，而法律制度的设计只是一种手段。在商品化权本身还没有发展成熟的前提下，不妨在现有法律制度中寻求对商品化权纠纷的解决方案。由于动画作品本身受著作权法的保护，而动画角色初始的表现形式也往往是美术作品，动画角色商品化与著作权法保护有着天然的联系。笔者认为可用著作权法对动画角色商品化权加以保护。

三、著作权法保护动画角色商品化权需要解决的问题

(一) 动画角色能否构成著作权法保护的客体

一部完整的动画作品毫无疑问能够构成著作权法意义上的作品，那动画作品中的动画角色是否能独立于原动画作品，构成著作权法保护的客体呢？这是用著作权法保护动画角色商品化权的首要前提。其实，国外的司法实践已给了我们答案，有大量案件的判决清楚的表明动画角色也是一种独特的表达，可以作为独立的客体受著作权法的保护。如在美国的典型案例 *Walt Disney Production VS. Air Privates* 中^[7]，法院就判决认为，米老鼠和其他迪斯尼的著名角色能够与他们最初所依附的故事完全分离而独立受到著作权法的保护。国外的司法实践对我们处理类似问题具有非常重要的参考价值，然而动画角色是否构成著作权法意义上的作品，还是需要从我国著作权的立法出发寻求立足点，并在此基础上进行分析和解决。我国现行的著作权法实施条例第 2 条明确规定：“著作权法所称的作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。”因此，对“作品”这一定义，独创性是核心³。对于独创性的内涵，包括我国在内的世界各国均没有在立法上进行定义或给予解释，这为法官在司法实践中判定作品的

独创性带来了困难，也造成了判定标准的不稳定性和不统一性。近年来的司法实践中，法院在作出裁判时所持的独创性判断标准在水平上更接近于美国的“最低限度的创造性”标准或法国的作品“个性”标准，即作品应当体现作者的智力投入，受篇幅所限，本文笔者不再详述。

法案法务 Cases & Legal 2014 年第 5 期中国发明与专利 75 CHINA INVENTION & PATENT 笔者认为，虽然动画角色只是原作品的部分，不能体现原作品的结构，但它是作品极端重要的组成部分，而且动画角色通过线条、轮廓、颜色等视觉画面的运用，已成为具有特定化、直观化和固定化的具体形式，包含了独特的表达，体现了作者的智力投入，具有独创性。如《大闹天宫》中为了塑造孙悟空嫉恶如仇的英雄性格，万氏兄弟特别为他设计了尖尖的下颌和接近于直立的眼睛，而沃尔特迪斯尼则是通过将尖尖的老鼠头部变圆，塑造出一个可亲可爱、近乎顽童的米老鼠形象。除却角色的外貌特征外，动画作品往往还通过故事情节的设计、发展来丰富动画角色的个性特征，使之既具有直观性，又具有认知性，通过电影、电视作品所具备的表现手法综合性、视觉听觉等感官逼真性、形体动作生动性，加之镜头组接、剪辑等技术手段所造成的强烈的情感对比、背景烘托等综合效应，动画角色形象极为鲜明[8]，其形态、特征、容貌、姿态等具备独有的风格和个性，应当认为具有独创性。比如《功夫熊猫》中的熊猫阿宝，就以其娴熟的拉面动作、搞怪的面部表情、嫉恶如仇的善良本性和劫富济贫的狭义心肠，具备了区别与其他熊猫形象不同的特征，其独特的表达应受到著作权法的保护。应该说，动画角色脱胎于原作，但又

与原作分离，它通过手工绘制或电脑制作的线条、色彩等所形成的视觉图像，结合线条、轮廓、颜色的运用成为特定化、固定化的具体形象，具备独创性，应独立于原作品而单独受到著作权法的保护。（二）

未经许可的动画角色商品化是否会构成侵权对于未经许可的动画角色商品化是否构成侵权，以下将尝试从著作权侵权判定的一般规则“分层过滤法”逐步展开。1. 第一层过滤：是否发生了“使用”行为该层过滤关注的核心在于被告是否使用了权利人的动画角色。如果未使用，则不构成侵权，反之，则可能构成侵权。著作权法意义上的“使用”，指的是实施受著作权专有权利控制的行为，如复制、发行、出租等。作为著作权法的核心内容，每项专有权利都意味着能够控制他人利用作品的特定行为。[9] 若他人在未经许可或缺乏法律依据的情况下实施受著作权专有权利控制的行为，即可能构成著作权侵权。例如，“发行权”⁴ 作为一项专有权利，控制的是以转移作品有形载体所有权的方式向公众提供作品的行为，若他人未经许可，以出售或赠与的方式向公众提供作品的原作或者复制件，就有可能侵犯了著作权人的发行权。故判断动画角色商品化是否是一种“使用”行为，关键在于其实施行为是否受到专有权利的控制以及受到何种专有权利的控制。笔者认为，动画角色商品化能构成著作权法意义上的“使用”。例如将“喜羊羊”的角色形象印制在一件 T 恤衫上，这种将动画角色附着于商品上的行为构成典型的以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的复制行为。2. 第二层过滤：该“使用”行为是否属于“合理使用”经过第一层过滤，如果认定被告未经权利人

许可“使用”了动画角色，第二层过滤则是审查被告的“使用”是否属于合理使用。在著作权法领域，并非所有的未经权利人许可的使用行为都构成侵犯著作权的行为。作为平衡权利人和社会公益的一项社会政策，合理使用制度允许他人一定条件下未经许可甚至无偿使用作品。我国著作权法第22条列出了12种可构成“合理使用”的情形，同时《信息网络传播权保护条例》第6条也规定了8种数字环境中“合理使用”的情形。笔者认为，动画角色商品化是一种商业化使用的行为，一般来说不会出现合理使用的情形。

4 著作权法意义上的发行区别于日常生活的“发行”，口语中的“发行”一般指的是发出新货币、新书刊、新唱片、新邮票等，而著作权法第十条第六项将发行权定义为“以出售或者赠与的方式向公众提供作品的原件或者复制件的权利”。⁷⁶ 中国发明与专利 2014 年第 5 期 CHINA INVENTION & PATENT 法案法务 Cases & Legal3.

第三层过滤：该“使用行为”是否构成可诉的侵权行为经过第二层过滤，如果判定被告的行为不属于合理使用，则应继续第三层的过滤——即审查被控使用行为是否达到了如下程度，即被告所使用的动画角色与权利人的作品构成实质性相似，以至于应承担侵权责任。对实质性相似的判断在司法实践中非常难把握，它处于完全不同到完全相同这两个极端之间，对临界点的把握正如美国著名法官勒尼德·汉德曾说过的“这条界线无论划在哪里都似乎是武断的”^[10]。如果商家原封不动地再现了特定情节中角色的姿态，那毫无疑问，构成实质性相似。然而现实生活中，大量的商家在使用动画角色时都做过一定的改变，其使用的图片往往不完全相同于原作品中动画角色的

形象，有时候甚至差别巨大。笔者认为，动画角色初始的表现形式可能也就是一幅幅的图画，其表现方式是片段式的，是以图片连续播放的形式留给人们的映像，其留给人们的往往不是某个画面中的姿态和表情，而是作为角色总体的性格、容貌和姿态等连续的印象，因此，当他人擅自使用图片招揽顾客时，只要在画面中采用了能表现这个动画角色的一些特征，从而使人们联想到该角色整体即可构成实质性相似。通过“分层过滤法”的分析，未取得授权的动画角色商品化能构成著作权法意义上的侵权。（三）最终目的——著作权法能否提供充分的救济就性质上而言，动画角色商品化权更多体现出的还是一种财产性权利，因此，权利人财产权益所受到的损失能否得到适当的赔偿，关系到用著作权法对动画角色商品化权进行救济的合理性评价问题。我国著作权法第 49 条规定：“侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。赔偿数额还应包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的赔偿。”可以看出，我国著作权法规定的是全部赔偿原则，受害人的全部损害理应得到赔偿。但由于动画角色商品化权有不同于一般著作财产权的地方，若以一般侵权案件中以侵犯著作权之复制品本身的价值为基础，来确定侵权人的赔偿数额，可能会与权利人的实际损失有一定差距。如像米老鼠等属于世界闻名的动画角色，侵权人给角色权利人造成的损失，远比按照侵犯著作权方法所计算之损失要

大得多。有学者认为，在此类案件中，可以以权利人的商业利润为基础考虑权利人的实际损失。[11]笔者基本同意该学者的观点。由于司法实践中权利人一般很难有证据证明自己的实际损失和侵权人的获利情况，法院适用法定赔偿的情形占了多数，笔者认为此类案件中，法院在适用法定赔偿确定赔偿数额时，可以综合考虑侵权人的主观过错程度、侵权的时间、侵犯范围、动画角色的知名度、权利人的商业利润、许可使用费用等因素酌情确定。通过以上分析看出，著作权法基本上可以实现对动画角色商品化权的保护，这符合著作权法的立法目的和功能。美国、日本等国家均是以著作权法为主对动画角色商品化权进行保护的，而我国通过著作权法对动画角色商品化权加以保护，是顺应国际趋势的。

四、我国保护动画角色商品化权的途径和方式

一些学者认为应在立法上正式确立动画角色商品化权的合法地位，将动画角色商品化权作为一项独立的财产权利予以保护。对于这种观点笔者认为，动画角色商品化权作为一种新型的权利，对其进行具体的立法还有待于进一步的研究和剖析。任何制度的构建都需要一个相当长的酝酿过程，正如美国法官 HOLMES 所说的那样：“除非从调整现状中能够获得明显的利益，否则立法这种笨重而昂贵的机器就不应当开动。”[12] 包括对商品化权理论与实务研究都已相当发达的美国在内，世界上至今无任何法案法条 **Cases & Legal** 国家制定专门法律来保护这一权利，我国对其单独立法更需慎行。作为全球第一动漫大国，日本在动漫产业上的年平均收益达 230 万亿日元。其将动画角色商品化权这一新型权利融入现有的知识产权法律中予以保护的作法和利用

经验值得借鉴。虽然日本法律没有关于动画角色商品化权的相关规定，但在学说上予以承认。司法实践中也通过一系列的判例，确立了对动画角色的著作权保护[13]。我国虽然同样不实行判例法，但由法院讨论通过并予公布的案例，如最高院的公报和各省高院的案例指导，在实际上也起着指导审判、统一司法的作用。笔者认为，动画角色商品化权纠纷随着我国经济的快速发展将会不断涌现，对此类理论界尚未达成共识、实践中难以把握的案件，最高人民法院可适时以公布带有普遍指导意义的典型判决的形式，阐明其对动画角色商品化权的保护立场、保护方法及保护标准等内容，并在此类判决中，加强说理、充足论证、严密推理，使得法官在适用法律及裁量幅度上都可以参照相关判例进行判决。这样，存在于判例中的动画角色的保护标准，会随其指导性作用的发挥而潜移默化的启发法官的思维，从而得到广泛应用及检验，并且有可能在不断举一反三、触类旁通中得到完善。时机成熟时，最高人民法院即可通过司法解释，形成具有约束力且普遍应用的动画角色商品化权的保护标准。

五、结语正如一位著名学者说的，法律的相对稳定性和社会变动性必然使法律留下某些空白地带。在法无明文规定的动画角色商品化权问题上，宜在正确理解现有知识产权内涵的基础上，合理扩充其外延，努力挖掘原有外延中没有发现而其本来就有的内容，更为透彻更为全面地分析知识产权发生合理的原则及目的，最大限度地将之纳入现有法