

## 作品元素商品化利用的法律规制 ——兼论对独立商品化权益的否定

虞婷婷\*

---

**内容提要：**著作权法和商标法在保护知名作品元素的顾客吸引力方面存在空白，但对这一空白地带单独赋权的正当性存疑。盗用理论不能证成作品权利人具有应受保护的利益，其依托的劳动财产权学说也过分夸大了赋权的好处。经过赋权成本和收益的权衡可以发现，不管是激励创作开发还是纠正低效使用，其带来的收益都是不确定的，因为在著作权之外另行设立商品化权益存在着重复激励以及损害竞争自由的问题，故单独赋权并不合理。对作品元素商品化利用的规制，仍然需要著作权法和商标法的共同发力。前者在认定虚拟角色等作品元素的可版权性时门槛不宜过高，否则容易造成反法一般条款的滥用。后者要以禁止混淆误认为核心，重视商品的类似性，但不应要求作品元素事先进行了额外的商品化活动。

**关键词：**作品元素 商品化权益 盗用理论 可版权性 混淆可能性

---

### 一、问题的提出

作品元素的商品化利用是近几年商业发展的一种流行趋势。一些知名作品的标志性要素如作品名称、人物角色、经典台词乃至场景物件都可以作为商品化的对象。对此，我们不妨将作品元素吸引顾客进而使其产生购买欲的能力称为“顾客吸引力”<sup>〔1〕</sup>。作品元素的商品化，本质上就是一种利用作品元素的顾客吸引力进行的促销和宣传活动。作品元素能够在商品化利用中创造巨大的经济价值，但这种经济价值应当如何分配？是由开发创作作品元素的著作权人独享，还是应当划入公有领域？就此而言，我国规范层面的表述并不十分清晰，而司法实务的处理也令人困惑。

\* 虞婷婷，杭州师范大学沈钧儒法学院讲师。

〔1〕 廖继博：《中国语境下的商品化法益及其正当性》，载《法律适用》2018年第1期，第93页。

在规范层面,《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》(以下简称《商标授权确权规定》)第22条将作品元素作为一种可以禁止他人注册的“在先权益”。〔2〕但从条文规定来看,作品元素“在先权益”的性质是模糊的,一方面要求作品在“著作权保护期限内”,但又以“误认”作为侵权判断的标准,到底是采取著作权法保护路径还是商标法保护路径?另一方面,如果仍然以“误认”作为侵权认定标准,为何控制的商品类别没有“相同或类似”的要求,而仅仅需要满足“相关”,“相关商品”的范围有多大?正因如此,有学者批评这一条文规定中的商品化权益是一个不应当存在的“四不像”〔3〕。在以“侵害在先权益”为由禁止注册的商标授权案件中,尽管判决在说理时都强调禁止混淆,但由于不同法院对作品的衍生商品范围存在不同认识,混淆认定的宽严也就不一,很多时候可能超过了禁止混淆的边界。在此背景下,我们需要回答,在著作权法和商标法[包括《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)第6条的禁止仿冒规定]保护之外,是否要给予作品元素的创作者一项独立的商品化权益。〔4〕

现有研究没有给出足够有说服力的论证。在反对者看来,不具有可版权性的作品元素不受著作权法保护,商品化权益不是著作权的派生权益,而应当回归商标法框架,适用“有一定影响的未注册商标”保护即可。〔5〕反对者直接否定了独立商品化权益的存在,认为著作权法和商标法之外不存在需要特别关注的利益。但既不属于著作权又不属于商标权的客体就一定不受法律保护了吗?反对者并没有仔细权衡单独赋权的成本收益。与此相对,支持者则大多基于对盗用或者搭便车的抵触,主张适用《反不正当竞争法》第2条来保护独立的商品化权益。〔6〕但反对搭便车的前提是要有一个值得保护的利益,而这恰恰是支持者需要证成的。仅仅出于对劳动和投资的保护就禁止搭便车也是失之偏颇的,因为这往往夸大了赋权的收益,并没有统筹考量赋权的成本。总体而言,无论是支持者还是反对者,都缺乏对独立商品化权益全面的成本收益分析。

基于此,本文首先从事实层面考察,我国著作权法和商标法在规制作品元素商品化利用的问题上是否存在空白之处;如果确实存在未尽之处,本文接下来将从价值层面衡量对空白地带单独赋权的正当性(即赋权的成本效益分析)。如果赋权得以证成,文章将进一步完善相关配套制度,确定该项权益的保护模式、保护门槛以及保护限制,如果赋权难以被证成,那么文章将进一步讨论如何完善现有的规制方案,以期达到更优的法律适用效果。

---

〔2〕《商标授权确权规定》第22条第2款规定:“对于著作权保护期限内的作品,如果作品名称、作品中的角色名称等具有较高知名度,将其作为商标使用在相关商品上容易导致相关公众误认为其经过权利人的许可或者与权利人存在特定联系,当事人以此主张构成在先权益的,人民法院予以支持。”

〔3〕蒋利玮:《论商品化权的非正当性》,载《知识产权》2017年第3期,第34页。

〔4〕本文所关心的商品化权益,既包括权利也包括利益。目前对独立商品化权益持肯定意见的观点大多主张适用《反不正当竞争法》第2条对搭便车行为予以规制,这也是在著作权法和商标法之外单独设权的体现,只不过设权方式采取了行为法模式。

〔5〕参见孔祥俊:《作品名称与角色名称商品化权益的反思与重构——关于保护正当性和保护路径的实证分析》,载《现代法学》2018年第2期。

〔6〕参见冯术杰:《“搭便车”的竞争法规制》,载《清华法学》2019年第1期。

## 二、著作权法和商标法对作品元素的保护存在空白

### （一）非版权客体不受著作权法保护

作品元素本身具有多样性，商品化利用的方式也不一而足，因此，作品元素的商品化利用行为是否受著作权法规制并不可一概而论，问题的核心仍然在于作品元素的可版权性。《中华人民共和国著作权法》（以下简称《著作权法》）第3条规定：“作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果。”作品元素作为作者精心构思的产物，肯定属于文学艺术领域内的智力成果无疑，不管是作品名称、人物角色还是其他作品元素也都是能够为他人客观感知的存在，能够满足“以一定形式表现”的要求。存在争议的是，作品元素是否满足“独创性”要件，并且不属于“思想—表达”二分法则排除的“思想”范畴。前者关注客体的选择安排空间是否足够，即客体是否属于小概率的信息成果，后者则考察著作权保护是否会对后续创作产生封锁效果，如果给思想以著作权保护，则会对思想的自由流动产生阻碍。<sup>〔7〕</sup>

就此而言，绝大多数单一的作品名称、角色名称或其他短语构成的作品元素因字数有限、内容简短，无法体现作者独有的选择安排空间。虽然字数长短不是独创性的决定性因素，但不充分的表达或多或少会阻碍独创性的发挥。除了独创性的考虑之外，对过于简短的文字给予著作专有保护，还有可能对他人的创作自由造成过大的妨碍。因此，在规制这类作品元素的商品化利用时，著作权法就显得捉襟见肘，我们不能也不应动用著作权法的武器来保护不具有可版权性的客体。但令人感到困惑的是，《商标授权确权规定》第22条将作品元素“在先权益”限定在“著作权保护期限内”，实际上仍是将其当成从属于著作权或者由著作权派生的权利。<sup>〔8〕</sup>在“葵花宝典案”的再审判决中，最高人民法院认为“葵花宝典”这一作品元素属于《商标授权确权规定》第22条规定的可以禁止他人注册的“在先权益”，即满足“在著作权保护期+具有较高知名度+存在较大混淆可能性”等要件。在商标法的混淆误认分析框架之外，最高人民法院接着又对“商品化权”进行了法理阐释，并指出作品名称、武侠小说名称等作品元素纳入“在先权益”保护的法律依据之一就是《著作权法》第10条第1款第17项规定的“应当由著作权人享有的其他权利”。<sup>〔9〕</sup>由此可知，最高人民法院似乎倾向于将这类“在先权益”作为著作权派生的权利，甚至就是著作权的一部分。然而，诚如有研究指出的，最高人民法院并没有将“葵花宝典”认定为作品，就不应将其产生的权益视为著作权的组成部分。<sup>〔10〕</sup>《著作权法》第10条是对著作权控制范围的界定，也是对作品实质性利用行为的规制，不管是复制权、发行权这类有名权能还是“其他

〔7〕 参见蒋莉：《论著作权法的“宽进宽出”结构》，载《中外法学》2021年第2期。

〔8〕 参见邓朝霞：《虚构角色的商品化权之批判性思考：中美比较视角》，载《电子知识产权》2022年第4期。

〔9〕 判决原文如下：著作权法第十条第一款第十七项规定的“应当由著作权人享有的其他权利”，表明在第一款明确列举的十六项权利之外，著作权人还享有其他法律赋予的权利，未列举的不等于著作权人没有这些权利。《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》将符合特定条件的“作品名称、作品中的角色名称等”纳入“在先权利”给予保护，并非在著作权法等法律之外创设了新的权益。参见最高人民法院（2021）最高法行再254号行政判决书。

〔10〕 参见陈锦川：《从著作权法视角看〈葵花宝典〉案再审判决——兼评最高法院〈商标授权确权司法解释〉第22条第2款》，载 [https://www.ipeconomy.cn/index.php/index/news/magazine\\_details/id/5532.html](https://www.ipeconomy.cn/index.php/index/news/magazine_details/id/5532.html)，最后访问时间：2023年9月14日。

权利”，针对的都应是“作品”的利用，而作品名称等元素在不具有可版权性的情境下，就不应动用著作权法来为之提供说理支撑。

由于作品元素与作品有着天然的亲近关系，以调整作品利用的著作权法来处理作品元素的商品化利用行为就显得格外自然。然而，作品元素的可版权性仅具有或然性而非必然性，许多简短的作品名称、角色名称难以认定为具有独创性的表达，也就不能用著作权法分析框架予以调整。在此背景下，我们还要进一步探寻，对于著作权法所不及的空白领域，商标法能否完全填补。

## （二）非混淆性使用不受商标法控制

对于不具有可版权性的作品元素而言，商标法（包括《反不正当竞争法》第6条的禁止仿冒规定）确实可以提供一定程度的保护。例如，作品元素的权利人（包括电影制片人、小说运营方）可以将其注册为商标，也可以通过在实践中使用从而形成有一定影响的未注册商标，无论是注册商标还是有一定影响的未注册商标，都可以在禁止注册和禁止使用环节获得各自的保护。<sup>〔11〕</sup>然而，商标法保护有着较高的代价和条件。商标的注册和维持需要耗费成本，权利人需要在若干商品和服务类别上注册相当多的标识，即使是“护城河”式的事先保护也难免挂一漏万。也正是基于此，实践中引发争议的作品元素都是未注册标识，作品元素的知名度可以帮助其达到“有一定影响”的要求。但无论是注册商标（注册驰名商标除外）还是有一定影响的未注册商标，在侵权认定环节都需要以“混淆可能性”为核心，而这恰恰是目前很多作品元素商品化利用行为难以满足的条件。商标法的立法目的在于降低消费者的搜寻成本，因此，商标侵权的认定也始终以消费者混淆可能性为核心。商标法上的混淆既包括来源混淆，也包括关联混淆，即虽不会认为侵权人商品来自商标权人，但会误认为侵权人与商标权人之间存在赞助、许可、附属等关联关系。<sup>〔12〕</sup>《反不正当竞争法》第6条虽然没有出现“混淆”字眼，但“误认为是他人商品或者与他人存在特定联系”的本质仍然是混淆，实践中法院亦认可仿冒不正当竞争的认定方法与商标法的原则方法是一致的。<sup>〔13〕</sup>但无论是狭义的来源混淆还是广义的关联混淆，都不包括引起联想的使用行为，引起联想采取“可识别性”标准，即消费者能够从被告的使用中识别出原告的形象或标志即可。<sup>〔14〕</sup>“单纯让消费者想到了另外一个商标不构成混淆。”<sup>〔15〕</sup>质言之，商标法意义上的“混淆可能性”排除“引起联想的可能”，而后者正是目前对知名作品元素进行商品化利用的主要方式，商家正是通过知名作品元素让消费者想到原作品，产生移情的促销效果。

在作品元素商品化利用的情景中，作品元素并不一定是消费者识别来源的依据，将其使用在与原作品相距较远的商品上也很难说会造成“混淆可能性”。消费者之所以购买附有作品元素的商品并不是基于对商品提供者商誉的认可，而是因为作品元素“为公众熟知或迎合了公众的审美取向或特定心理，有助于激发消费者的购买欲，而商家所要利用的，也正是隐藏在这些事物背后的这种潜在价值——顾客吸引力”<sup>〔16〕</sup>。哪怕相关公众清晰地认知到标识使用人与作品权利人之间

〔11〕 参见《中华人民共和国商标法》第30条、第32条和第57条，以及《反不正当竞争法》第6条。

〔12〕 参见姚鹤徽：《论商标侵权判定的混淆标准——对我国〈商标法〉第57条第2项的解释》，载《法学家》2015年第6期。

〔13〕 参见广州知识产权法院（2015）粤知法著民终字第30号民事判决书。

〔14〕 参见张丹丹：《商品化权研究》，吉林大学2008年博士学位论文，第162-163页。

〔15〕 杜颖：《商标法》，北京大学出版社2016年版，第146页。

〔16〕 张丹丹：《商品化权研究》，吉林大学2008年博士学位论文，第124页。

不存在任何关系，也会出于对该作品元素的认同、喜爱而消费。这种顾客吸引力产生的利益，既无法通过著作权法获得全部保护，也不能完全依靠商标法，但这并不意味着独立商品化权益没有存在的必要。接下来，我们就要讨论对这种空白地带单独赋权是否具有正当性。

### 三、对空白地带单独赋权缺乏正当性

#### （一）盗用理论的说理力有限

##### 1. 盗用理论的运行逻辑

在著作权法和商标法之外，支持作品元素独立商品化权益最常见的理由就是盗用理论，其体现了学者们对“搭便车”和“不劳而获”的抵触。有学者认为，对商品化权益予以法律保护，是为了保护为获得并维系标识知名度而付出的智力劳动和资本投入，搭便车理论完全可以从反不正当竞争法的角度对“商品化权”背后的权益保护提供法律依据。<sup>〔17〕</sup>盗用理论起源于美国法院1918年对事实性新闻加以保护的“美联社诉国际新闻社案”，该案中国际新闻社未经美联社许可，复制并传播了美联社采集的第一次世界大战前线新闻。美国最高法院认定，这些新闻是美联社通过劳动、技能和金钱的支出才收集到的，美联社对此拥有一项“准财产”权利，因此不应该允许国际新闻社“不劳而获”。<sup>〔18〕</sup>盗用理论的运行逻辑在于，权利人因其劳动而获得财产权，利用者的不劳而获行为应当被禁止。后来适用盗用理论的判例中，法院也会首先强调原告在时间、金钱和精力上的投入，接下来再以禁止不劳而获为由制止被告行为。<sup>〔19〕</sup>

##### 2. 盗用理论的本土适用

我国法院在规制作品元素商品化利用时也采纳了盗用理论，具体而言又有两种适用方式，一是以禁止混淆为名行禁止搭便车之实，二是直接禁止搭便车的盗用行为。以禁止混淆为名行禁止搭便车之实的案件大多发生于2017年《商标授权确权规定》颁布之后。如前所述，《商标授权确权规定》在保护作品名称、角色名称等在先权益时也要满足引起“误认”的效果，但作品元素的商品化利用行为不一定会导致误认，而仅仅是引起消费者的联想，从而获得顾客吸引力。正是基于此种规范和现实的悖论，我国法院在很多案件中宽泛认定“相关商品”的范围，将大部分日常用品都视为原作品的衍生行业，从而实际上禁止了使用者的搭便车行为。例如在“花无缺案”中，法院对混淆可能性的分析一笔带过，但却花了很大篇幅强调权利人对该作品元素的劳动投入。<sup>〔20〕</sup>而直接禁止搭便车的案件则主要见于《商标授权确权规定》颁布之前。在这一阶段，由于规范层面没有混淆误认的要求，故法院也没有强行去论证作品元素的商品化利用会造成消费者误认，而是直接将知名的作品元素作为一种在先权益。例如，在“邦德 007 BOND案”中，法院认为“007”“JAMES BOND”作为角色名称，其知名度的取得是创造性劳动的结晶，所带来的

〔17〕 参见冯术杰：《“搭便车”的竞争法规制》，载《清华法学》2019年第1期。

〔18〕 See *International News Service v. Associated Press*, 248 U. S. 215 (1918).

〔19〕 See Thomas N. Crowther, *Misappropriation of Trade Symbols—Synthesis of Public and Private Priorities*, 3 Utah Law Review 552, 558 (1969).

〔20〕 参见北京知识产权法院（2021）京73行初5347号行政判决书。

商业价值和商业机会是丹乔公司投入大量劳动和资本所获得的。因此，作为在先知名的电影人物角色名称应当作为在先权利得到保护。<sup>[21]</sup>

### 3. 盗用理论的理据不足

禁止搭便车有着天然的正义感，但其在商品化权益的证成上说服力仍然有限。首先，盗用理论存在循环论证的逻辑谬误。无论是禁止搭便车还是不当得利，前提都是存在一个应当受保护的利益，而这恰恰是需要我们仔细论证的。只有当法律首先保护作品元素的商品化利用，才存在搭便车行为的不正当。如果认为权利人对其作品元素有着商品化利用的财产利益，那么这种财产利益的正当性基础又是什么？因此，如果深入追究，盗用理论可能最终还要诉诸其他理论来论证商品化权益的正当性。<sup>[22]</sup>事实上，无论是搭便车还是不当得利，都是我们最后认定的结果而不是规制的理由，盗用理论通常只能解释有责任的情形，无法解释无责任的情况。<sup>[23]</sup>质言之，盗用理论在逻辑上犯了“倒果为因”的错误。其次，盗用理论模糊不清，适用起来比较困难。在大多数美国学者看来，发源于普通法的盗用理论是一种定义不清的侵权行为，且容易和联邦知识产权法产生冲突。<sup>[24]</sup>盗用理论虽然可以防止对作品元素知名度的不劳而获，但也时刻面临着“竞争自由、模仿自由”的质疑。也正是基于此，20世纪后半叶以来法院就逐渐缩减了盗用理论的适用范围，一般局限于与新闻报道有关的案件。<sup>[25]</sup>最后，盗用理论的哲学源泉也不够充分。如果我们进一步考察盗用理论的哲学依据，就会发现其很大程度上是对洛克的劳动财产权学说的遵循。在洛克看来，既然每个人都对自己身体的劳动拥有产权，当一个人把他的劳动与“自然的”或无主的东西混合在一起时，产品因此就成为他的财产。<sup>[26]</sup>作品元素商品化权益保护的案件中，法院都非常重视权利人投入的劳动、金钱或其他努力，这同样受到了劳动财产权学说的影响。然而，劳动财产权学说也只能为商品化权益提供道德上的正当性，它不能告诉我们投入要达到何种程度才能赋权。很多时候，投入劳动的多少并不是认定在先权益的决定因素，劳动与其成果之间经常不成比例，呕心沥血的成果可能无人问津，灵光一现的作品反而大获成功，这些都无法在劳动理论下得到合理解释。<sup>[27]</sup>此外，劳动财产权学说也可能过分夸大了赋权的收益，对赋权带来的负外部性缺乏整体衡量。

### （二）赋权成本和收益的权衡

德姆塞茨以美洲印第安人土地私有产权的发展为例阐释了经典的赋权成本理论，即产权的一个主要功能在于提供将外部性内部化的激励，当内部化的收益大于内部化的成本时，财产权才

[21] 参见北京市高级人民法院（2011）高行终字第374号行政裁定书。

[22] 参见张丹丹：《商品化权研究》，吉林大学2008年博士学位论文，第83页。

[23] See Mark F. Grady, *A Positive Economic Theory of the Right of Publicity*, 1 *UCLA Entertainment Law Review* 97, 110-111 (1994).

[24] See David J. Meyer, *Misapplication of the Misappropriation Doctrine to Merchandising*, 11 *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts* 601 (1987).

[25] See Ralph S. Brown Jr., *Advertising and the Public Interest: Legal Protection of Trade Symbols*, 108 *Yale Law Journal* 1619 (1999).

[26] 参见〔英〕洛克：《政府论》（下篇），瞿菊农、叶启芳译，商务印书馆1964年版，第17-32页。

[27] 参见董晓敏：《〈反不正当竞争法〉一般条款适用研究》，知识产权出版社2019年版，第74页。

有设立的必要。<sup>[28]</sup> 在作品元素商品化利用的情形下，知名的作品元素具有较强的顾客吸引力，由此能够为商品或服务提供者带来可观的经济价值。质言之，商家确实能够因“擅自”利用作品名称、角色名称等作品元素而获利，作品元素所具有的商品促销作用无疑是在作品之外产生的正外部性，问题在于作品权利人是否有权将这一外部性全部内部化。要回答这一问题，仍然需要权衡赋权的成本和收益。

### 1. 独立商品化权益的制度收益

从赋权收益的角度来看，独立商品化权益的好处主要体现为以下两个方面：一是激励（有吸引力）作品元素的产出；二是促进作品元素的有效利用，单一控制可以避免同质信息泛滥。

#### （1）激励创作开发

激励理论的核心思想是，财产的私有化有利于激励主体对生产的投入，从而创造更多的财富。<sup>[29]</sup> 以专利法和版权法为代表的知识产权制度可谓激励论的最好阐释，我国《著作权法》第1条就开宗明义地阐明了保护著作权的目的，即“鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播，促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣”。在独立商品化权益的讨论中，我国亦有学者持激励论，如李扬教授认为商品化权益存在的一个前提是，不赋权可能会“减弱相关主体从事文艺事业、体育事业、创作活动、其他相关事业活动的动力，导致相关成果的市场供应不足”<sup>[30]</sup>。我国司法实务中也有判决认可了激励论，在“功夫熊猫案”中，二审法院就认为，将知名电影作品名称、知名电影人物形象及其名称作为民事权益予以保护，将鼓励智慧成果的创作激情与财产投入，促进文化和科学事业的发展与繁荣。<sup>[31]</sup> 按照激励论的思路，一项独立的商品化权益之所以能够激励创作开发，必然是因为作品元素的商品化使用已经是创作者收回投资成本的主要方式，如果不承认独立的商品化权益，创作者就没有动力生产出优质的作品元素。

#### （2）纠正低效使用

如果说激励创作开发是站在事前激励的视角，那么纠正低效使用就是站在事后激励的视角，即只有让作品权利人单一控制才能促进作品元素的有效利用，避免同质信息的泛滥。“公地悲剧”理论是纠正低效使用的逻辑起点。1968年，加勒特·哈丁描述了公共草地被过度放牧导致的悲剧。<sup>[32]</sup> 在没有界定产权的公共牧场上，牧民会无节制地放牧，因为他们不需要考虑其使用对其他人造成的成本，最终会造成草地退化、牧民破产的悲剧。过度放牧不仅会导致资源枯竭，还会带来资源的低效利用。牧民竞相以最快的速度放牧，这种竞赛被经济学家称为“租值耗散”（rent dissipation），即由于资源过度使用导致其价值下降。<sup>[33]</sup> 但如果赋予单一主体产权，那么

[28] See Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 *The American Economic Review* 347 (1967).

[29] See Julius C. S. Pinckaers, *From Privacy toward a New Intellectual Property Right in Persona: The Right of Publicity (United States) and Portrait Law (Netherlands) Balanced with Freedom of Speech and Free Trade Principles*, Kluwer Law International Press, 1996, p. 248.

[30] 李扬：《反不正当竞争法基本原理》，知识产权出版社2022年版，第296-298页。

[31] 参见北京市高级人民法院（2015）高行（知）终字第1969号行政判决书。

[32] See Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons: The Population Problem Has no Technical Solution; It Requires a Fundamental Extension in Morality*, 162 *Science* 1243 (1968).

[33] See Mark F. Grady & Jay I. Alexander, *Patent Law and Rent Dissipation*, 78 *Virginia Law Review* 305 (1992).

他就会有动机来防止草地资源枯竭，并合理安排放牧的节奏，实现资源利用价值的最大化。

在与真人形象有关的商品化利用问题上，不少学者也强调单一控制的经济效率。他们认为名人形象不是纯粹的公共产品，不加控制的过度曝光会损害名人形象的价值。“如果任何生产者都能在其广告中使用某人的姓名和照片，那么对消费者而言，名人特许的任何信息都是没有价值的。”<sup>〔34〕</sup> 为了确保形象资产不被争先恐后地用完而浪费（价值贬损），需要有公开权（right of publicity）。<sup>〔35〕</sup> 在作品元素商品化的场景下，亦有研究认为权利人单一控制才能纠正作品元素的低效使用。如德尼科拉（Denicola）强调，设立一种由权利人管理作品元素商品化利用的机制是可取的。如果公众太频繁地遇到一个标志，他们可能会对它的装饰性使用感到厌倦，无限制的使用可能会破坏市场。<sup>〔36〕</sup> 这样一来，作品元素本来具有的顾客吸引力（公众的认同和情感）或者独特性也会消失殆尽。相反，将作品元素维持在一定的稀缺状态才能发挥有意义的信息传递功能。

## 2. 独立商品化权益的制度成本

### （1）形成重复激励

尽管我们在直觉上会认为独立商品化权益有激励创作开发的功效，但这很难经得起实践的检验。作品元素本就是作品的组成部分，如果我们已经对相关成果给予了著作权法保护，则现有的激励机制已经足够，另行创设商品化权益会形成重复激励。诚如有学者所言，对不构成作品的元素另外进行商品化权益保护，无异于延伸了著作权保护的边界，破坏著作权制度设计中的利益平衡机制。<sup>〔37〕</sup> 激励论用于证成商品化权益的前提是，如果不赋予单独的商品化权益，创作者就没有动力生产出优质的作品元素，以至于该成果的供应不足。<sup>〔38〕</sup> 但这一前提是否真的存在呢？对于具有可版权性的虚构角色等作品元素而言，其商品化利用行为完全可以在著作权法的框架下运行，商品化权益只是一种叠床架屋的存在。对于不具有可版权性的简单作品名称、角色名称等，即使不赋予作品权利人一个单独的商品化利用之权，相关作品的开发并不会受到影响，小说出版、电影上映等传统的作品利用方式已经足以使投资人收回创作成本，商品化利用本就不是这些不具有可版权性的作品元素盈利的主要方式。质言之，即使事先不存在一个独立的商品化权益，也不会影响金庸创作出《射雕英雄传》这部精彩的武侠小说，更不会阻碍其塑造出“郭靖”“黄蓉”“欧阳锋”这些经典人物形象，因为作品元素的商品化利用取决于作品创作完成后的影响力与知名度，其商业价值实现具有很大的偶然性，这种收益的存在与否并不足以影响作者进行创作的动机。在作品的最初创作活动中，如果说作者是因为受到某种财产权的激励，这种财产权也应该是著作权。

### （2）损害竞争自由

支持独立商品化权益最主要的理由其实并不是激励创作开发，而是激励有效的利用，通过权利人的单一控制避免同质信息的泛滥（即过度曝光），确保作品元素的价值不会因为过度使用而

〔34〕 〔美〕理查德·A·波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，法律出版社2012年版，第61-62页。

〔35〕 See Mark F Grady, *A Positive Economic Theory of the Right of Publicity*, 1 *UCLA Entertainment Law Review* 97, 103-104 (1994).

〔36〕 See Robert C. Denicola, *Institutional Publicity Rights: An Analysis of the Merchandising of Famous Trade Symbols*, 62 *North Carolina Law Review* 603, 637-641 (1984).

〔37〕 参见孔祥俊：《作品名称与角色名称商品化权益的反思与重构——关于保护正当性和保护路径的实证分析》，载《现代法学》2018年第2期。

〔38〕 参见李扬：《反不正当竞争法基本原理》，知识产权出版社2022年版，第296-298页。

耗散。然而这一论断的合理性仍然存疑，一方面，作品元素价值的耗散不具有必然性，作品权利人也并不当然因为无法控制作品元素的商品化利用而遭受损失。在自由竞争的市场环境下，即使授权的销售者和未经授权的销售者同时存在，“官方认证商品”的诱惑也难以否认。<sup>〔39〕</sup> 作品权利人可以通过更优的设计、更好的质量获得消费者的认可。在大学名称商品化利用的场景下，各个高校官方出品的纪念品与各个街边小贩出售的纪念品（在不造成混淆可能性的前提下）往往同时存在于市场，但仍有很多消费者更加倾心于官方产品。另一方面，即使作品元素的价值被耗散，也不一定会减损社会福利，与此相反，单一控制反而会带来垄断的无效，即损害竞争自由和消费者福利。经济学理论认为，在竞争激烈的市场中，只要商品的定价超过生产该商品的边际成本，企业就会继续额外产出，这是有效的市场运作。然而，在一个限制准入的市场中，垄断者控制着市场上商品的数量，这就导致了人为的稀缺性。为了利润最大化，垄断者会选择抬高商品的市场价格，最终会给消费者造成损失，这是低效的市场运作。<sup>〔40〕</sup>

就作品元素的商品化利用而言，赋予作品权利人一个独家的商品化权益本质上也是在人为地制造稀缺性。排他性权利的存在或多或少会形成对作品元素的垄断性使用，至少可以为潜在竞争对手进入市场制造障碍。权利人利用消费者对特定作品元素的有利心理反应来调节消费者的购买行为，极大地提高了该作品元素作为无形资产的价值。由于消费者对作品元素的忠诚和喜爱，处于垄断地位的权利人可以制定高价或者说没有人能够保证获得垄断地位的权利人会对商品化的产品进行合理定价。<sup>〔41〕</sup> 即使权利人可以通过发放多个普通许可的方式利用其作品元素，但许可机制以及许可费用的存在仍然提高了生产成本和交易成本，消费者只能以更高的价格购买同样的商品。支持权利人单一控制的学者认为，独立商品化权益对消费者的影响是有限的，因为带有作品元素的商品的需求是有弹性的，一旦权利人定价过高，消费者需求量会显著减少，只有一小部分的消费者会宁愿花费高价购买。<sup>〔42〕</sup> 但这种观点忽略了垄断定价带来的无谓损失，那些本来可以负担的消费者难以接触到该商品，这本身就是消费者福利受损的体现。正如美国学者莱姆利（Lemley）所言，即使某一资源对其所有者的价值会随着过度使用而下降，也不一定对社会有害，因为完全竞争的市场总是有效的。但如果我们只让一个人控制特定类型的信息，那么信息的自由流动就会被限制，产品的价格也将随之上升，生产者虽然可以攫取更多的利润，但对社会而言没有好处，因为支付意愿高于边际成本但低于垄断价格的消费者仍然无法获得。<sup>〔43〕</sup>

### 3. 小结

激励创作开发是独立商品化权益难以承受的任务，作品权利人即使不能控制作品元素的商品化利用也不会影响其创作开发的动力，如果在著作权激励之外另行创设一项商品化权益，反而造

〔39〕 See Stephanie Frank, *Showing Your School Spirit: Why University Color Schemes and Indicia Do Not Deserve Trademark Protection*, 92 Boston University Law Review 329, 356 (2012).

〔40〕 See Veronica J. Cherniak, *Ornamental Use of Trademarks: The Judicial Development and Economic Implications of an Exclusive Merchandising Right*, 69 Tulane Law Review 1311, 1346-1347 (1995).

〔41〕 参见黄武双：《对注册商标未授权商品化行为现行规制模式的反思》，载《现代法学》2022年第6期。

〔42〕 See Robert C. Denicola, *Institutional Publicity Rights: An Analysis of the Merchandising of Famous Trade Symbols*, 62 North Carolina Law Review 603, 637-641 (1984).

〔43〕 See Mark A. Lemley, *Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, 71 University of Chicago Law Review 129, 143-145 (2004).

成重复激励，破坏著作权体系应有的利益平衡。纠正低效使用看似为独立商品化权益提供了一定的正当性支撑，作品元素的过度曝光的确可能会减损其原有的价值与吸引力，但权利人遭受的这一损失需要与消费者因作品元素垄断使用遭受的不利益进行权衡。此时，我们实际上需要衡量的是社会更能接受同质化竞争，还是更能接受垄断。前者是不单独赋权可能带来的结果，后者则是单一控制的负面作用。同质化竞争虽然对社会意义不大，但可以通过市场调节得到缓和，有特色或者高质量的提供者最后会胜出，而垄断则需要法律介入。在作品元素商品化利用的场景下，自由竞争及其促进的消费者福利应当被赋予更高的权重，尤其是当作品元素不具有可版权性也不会因其使用带来混淆误认的可能时，权利人私人利益应当让位于公共福利。

当然，在我国商标抢注十分盛行的当下，赋予权利人对作品元素商品化利用一个单一的控制权还有打击商标抢注“军备竞赛”的考虑。通常而言，我们将知识产权客体视为不具有排他性和竞争性的公共产品，但商标却有一定的特殊性，标识的竞争性往往高于其他知识产品。当相关主体将作品元素注册为商标时，对其消费就会转变为竞争性消费，注册商标专用权意味着其他人不得在某一类商品或服务之上再将其作为商标使用。基于此，有观点指出，如果不赋予作品权利人一项独立的商品化权益，理论上所有人都可以将其注册为商标，再加上我国商标注册制度采用“先申请制度”，市场主体便有了动机以最快的速度尽可能多地抢注商标，从而掀起了商标注册的“军备竞赛。”但商标抢注的负面效果不应被过分放大。如果确实是公有领域的信息（不构成作品的客体），其他商家为何不能注册？抢注一般在作品大热后才进行，而作品权利人其实与抢注者处于同一地位，甚至处于优势地位，很多影视作品上映之前，制片方的知识产权保护就已开始运作。如果权利人认为自己更能在与作品本身相距较远的商品或服务领域管理、运营好某一知名作品元素，完全可以去进行商标注册，而不是先验地赋予其对作品元素广泛的排他权。

#### 四、作品元素商品化利用规制的优化

在著作权法和商标法不及的空白地带，赋予作品权利人一项单独的商品化权益是不合理的，但这并不意味着作品元素商品化利用行为不需要规制。著作权法和商标法只是难以处理非版权客体以及非混淆性利用行为，但对于符合作品要件的客体或足以造成混淆误认的利用仍然有适用空间。事实上，在否认独立商品化权益之后，作品元素在法律上可供保护的利益就主要表现为创新性权益和标识性权益，二者分别由著作权法和商标法（包括《反不正当竞争法》第6条的禁止仿冒条款）予以规制。由此带来的问题就是，在作品元素商品化利用的场景下，著作权法和商标法能够适用的范围究竟有多宽。如果说本文第二部分从反面界定了著作权法和商标法适用之不及，那么接下来本文将从正面讨论二者应有的规制范围。

##### （一）放宽版权法的规制范围：承认虚拟角色的可版权性

尽管单一的作品名称、角色名称或其他短语构成的作品元素因字数有限、内容简短，不符合著作权客体的要求，但仍有部分作品元素或元素的组合因能满足独创性要件而应获得著作权法保护。当作品元素或者作品元素的组合满足可版权性要件时，著作权法上实质性相似的侵权认定标准以及合理使用的免责出口，都能为我们在保护作品元素的创新性权益时提供有益的分析框架。就此而言，作品中虚构的人物角色就完全有可能达到“独创性表达”的要求。对于可视化角色而

言，利用线条、图案、色彩等表现方法形成的人物造型本身往往就是一个单独的美术作品，可以独立于原作品而受到著作权法保护。对于文学角色而言，虽然单独的人物名称或者人物性格难以满足独创性或者表达的门槛，但人物姓名、人物关系、性格勾勒和简单情节的组合却不止于此。一方面，文学角色本身的描述及其与其他角色关系、简单情节的组合很有可能属于小概率信息成果，能够反映作者的选择安排空间，满足独创性的要求。另一方面，文学角色尽管比可视化角色更加抽象，但不能因此将之完全等同于抽象的思想，名称、外貌、性格以及人物关系等都属有形且有具体的文字描述，将其作为著作权法保护的客体也不会过分阻碍后续创作的自由。

遗憾的是，我国部分法院在认定作品虚构角色的可版权性时设定了过高的门槛，使得明明可以在著作权法框架下处理的商品化利用行为被推向了《反不正当竞争法》一般条款。例如，在与可视化角色商品化利用有关的“煎饼侠案”中，法院虽然认可“煎饼侠”这一人物形象的塑造具有一定的独创性，但却认为其不满足美术作品“物质媒介”的要求，由于被告确实利用了煎饼侠这一形象的知名度和影响力，法院遂以《反不正当竞争法》第2条为之提供保护。<sup>〔44〕</sup>诚然，“煎饼侠”这一影视形象并不是用线条、图案、色彩等传统表现方法塑造的美术作品，但其具有可视化的外观，在形象设计上具有独创性，经过同样的化妆和造型设计能够被客观识别出来，足以满足美术作品的形式要件，法院的观点明显属于对美术作品过于僵化的理解。再如文学角色的可版权性，在利用文学角色创作同人作品的“金庸诉江南案”中，一审法院认为：“脱离了具体故事情节的人物名称、人物关系、性格特征的单纯要素，往往难以构成具体的表达。”<sup>〔45〕</sup>然而，即便文学角色不像可视化角色那样能够被读者直观感知和清晰界定，但并不能直接排除其可版权性。具体到本案，被告创作的《此间的少年》一书中几乎所有的角色都来自金庸武侠小说，包括角色的名称、主要性格特征、身份背景、人物关系，这些作品元素的组合更加接近于独创性表达而非抽象的思想，即使把这些角色与原作不同的部分全部剔除，只保留与原作相同的元素，也可以构成一份创作脚本。令人欣喜的是，2023年5月，广州知识产权法院推翻了该案一审判决，认定郭靖、黄蓉等文学角色组成的人物群像体现了金庸的选择、安排，且已经充分描述、足够具体，属于著作权法保护的“表达”。<sup>〔46〕</sup>对于二审的改判，业界的反对意见仍不少。反对者的一个核心论点是，文学角色无法成为一个可被感知的表达，无法独立于原作品而存在，如果给予其著作权法保护，则会限制在后创作的自由。<sup>〔47〕</sup>这种担忧是多余的。一方面，“可被感知”并不等同于“可被视觉感知”，文学角色透过作者的文字刻画同样能够为读者所感知。另一方面，文学角色与原作品能够实现分离，同人作品的创作过程中，单独借用原作的角色而不抽离出相应的故事情节，是很常见的创作手法。承认文学角色的可版权性并不意味着一定要将其作为独立的作品类型，而是说当原告塑造的虚构角色构成独创性表达时，被告对其角色的挪用也会满足著作权侵权的实质性相似要求。将充分描述而具有独创性的文学角色纳入著作权分析框架并不当然会挤占后来创作者的发挥空间，即便法院认为确有必要关注在后创新，也可以通过著作权法的合理使用制度给被

〔44〕 参见北京市大兴区人民法院（2015）大民（知）初字第17452号民事判决书。

〔45〕 广州市天河区人民法院（2016）粤0106民初12068号民事判决书。

〔46〕 参见广州知识产权法院（2018）粤73民终3169号民事判决书。

〔47〕 参见陶乾：《文学角色的可版权性批判》，载 [https://www.sohu.com/a/677037371\\_121124708](https://www.sohu.com/a/677037371_121124708)，最后访问时间：2023年9月14日；金水：《“金庸诉江南案”之后中国将再无同人作品》，载 <https://www.36kr.com/p/2262679371653123>，最后访问时间：2023年9月14日。

告提供一个免责的出口，而不是在侵权认定的前端就一概排除。金庸诉江南案的改判亦说明人物角色等作品元素的可版权性标准不应被过分拔高，著作权法在规制作品元素的商品化利用行为时应当保持足够的宽容，采取“宽进宽出”的结构，<sup>[48]</sup>唯有如此，才能发挥著作权法分析框架的认知优势，避免适用混沌模糊的《反不正当竞争法》一般条款。

## （二）限定商标法的规制范围：坚持以制止混淆为核心

与著作权法对独创性的智力成果加以保护不同，商标法保护的则是所谓的“经营性标记”，后者主要指向一种标识性权益。商业标识是一个外延十分广泛的客体，对其定义多采取“归纳+列举”的方式，“经营者在商业活动中使用的、具有识别功能的各种标记的统称，包括商标、企业名称、域名、商品特有名称、包装等”<sup>[49]</sup>。在我国，商业标识的法律保护是由《中华人民共和国商标法》（以下简称《商标法》）和《反不正当竞争法》共同完成的，因此本文所述的商标法也包括《反不正当竞争法》的相关规则。作品元素作为一种标识性权益，如果事先进行了商标注册自然可以获得商标专用权保护，而对于尚未注册为商标的作品元素而言，则至少需要满足“有一定影响的商标”的要求，商标法才会予以关注。除非某一作品元素满足已注册驰名商标的条件，否则其保护范围仍然以防止混淆为核心，而商标混淆所波及的商品范围是有限的，原则上以类似商品为限。

然而，我国司法实践对作品元素商品化利用的商标法规制却明显超过了商标法禁止混淆的范畴，即“以禁止混淆为名行禁止搭便车之实”。《商标授权确权规定》第22条虽然名义上还是禁止引发误认的使用行为，但禁止的范围从传统商标法上的“类似商品”扩展到“相关商品”，不再有商品类别的限制。北京知识产权法院在《关于涉作品名称及角色名称在先权益保护商标案件的调研报告》中也指出，作品名称及角色名称在先权益的保护范围并不限于其作品所属领域，还涵盖了其知名度所及的日常生活领域。<sup>[50]</sup>“日常生活领域”是一个何其宽泛的范围，虽然部分法院会以商品或服务类别差异过大为由拒绝保护，<sup>[51]</sup>但大部分法院对“日常生活领域”的认定都非常宽松，作品元素的禁注权范围已经包括第11、12、16、17、18、12、21、25、27、34、44等商品或服务类别，大有超越驰名商标进行全类别保护的趋势。<sup>[52]</sup>有的法院甚至将商品或服务的内容、对象等方面相差甚远的领域也视为衍生品范围。例如，法院禁止将“KUNG FU PANDA”注册在方向盘罩上，<sup>[53]</sup>禁止将“鹿鼎记”注册在饮品上，<sup>[54]</sup>禁止将“卤西西”注册在猪肉食品上，<sup>[55]</sup>禁止将“七个葫芦娃”注册在啤酒饮料上，<sup>[56]</sup>禁止将“王者荣耀”注册在电动三轮车上。<sup>[57]</sup>有的法院甚至前后矛盾，一方面否定了商标侵权的混淆可能性，另一方面又认为存在误认可能性。例如在“LEAGUE OF LEGENDS（英雄联盟）案”中，法院认为将

[48] 参见蒋舸：《论著作权法的“宽进宽出”结构》，载《中外法学》2021年第2期。

[49] 王莲峰：《商业标识立法保护的新发展》，载《重庆邮电大学学报（社会科学版）》2014年第6期，第23页。

[50] 参见北京知识产权法院：《关于涉作品名称及角色名称在先权益保护商标案件的调研报告》，载 <https://www.ciplawyer.cn/html/fgsb/20210513/146733.html>，最后访问时间：2023年3月13日。

[51] 参见北京知识产权法院（2017）京73行初6807号行政判决书。

[52] 参见赵明：《作品名称、作品中的角色名称保护路径再探索——兼述“冰雪奇缘”系列商标确权案》，载《中华商标》2020年第7期。

[53] 参见北京市高级人民法院（2015）高行（知）终字第1969号行政判决书。

[54] 参见北京市高级人民法院（2021）京行终7411号行政判决书。

[55] 参见北京市高级人民法院（2021）京行终5091号行政判决书。

[56] 参见北京知识产权法院（2020）京73行初17687号行政判决书。

[57] 参见北京市高级人民法院（2020）京行终2012号行政判决书。

“LEAGUE OF LEGENDS”注册在“裤子、上衣”等商品上不会导致相关公对商品的来源产生混淆或误认，因为“裤子、上衣”等商品与权利人所在的“计算机软件、游戏、娱乐服务”等领域不相似。但接着又指出“裤子、上衣”系日常生活必需品及英雄联盟游戏的常见衍生商品，使相关公众对诉争商标核定使用的商品来源与在先作品名称的所有人产生混淆误认。<sup>[58]</sup>由此可见，我国法院对作品元素知名度能够波及的“相关商品”范围的认识是模糊的。

如果我们按照“有一定影响的商标”对于作品元素商品化利用行为进行规制的话，则《商标授权确权规定》第22条第2款就没有存在的必要，应当予以删除。一方面，该条确立的所谓作品名称、角色名称等“在先权益”属于“四不像”的存在，究竟是偏著作权利益还是商标利益并不明确，且“相关商品”的表述容易让法院宽泛地认定作品的衍生商品范围，超越商标法混淆误认的侵权边界。另一方面，对于商标注册阶段的商品化利用行为，我们完全可以用《商标法》第32条后半段“不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标”予以规制。至于并非在商标注册阶段而是在使用中发生的不正当竞争行为，《反不正当竞争法》第6条也足以回应。问题的关键还是混淆可能性所及的商品范围。目前我国司法实务对于作品元素知名度波及范围的认定过于宽泛，基本覆盖了大部分“日常生活用品”，而在说理时仅仅以“相关公众的重合程度较高”一笔带过，显然超越了商标法应有的规制范围。尽管商品类似并非认定混淆可能性的决定因素，但在我国商标法语境下，商品类似仍然发挥着不可替代的作用，通常情况下，只有已注册驰名商标才享受跨类别保护。如果商标所使用的商品差别较大，商品创造出的完全不同的环境就会提醒消费者，使之不容易发生混淆。<sup>[59]</sup>因此，我们仍然应当重视商品类别的相似性，虽不需要严格拘泥于《类似商品和服务区分表》的限制，但也应从功能用途、销售渠道以及消费群体等因素综合把握。法院在类似程度更弱的商品上认定混淆可能性时应当保持足够的谦抑和谨慎，不能将日常生活领域都视为作品知名度所及范畴，并非任何程度的联系都存在混淆可能性，应当至少达到或等同于许可关系的程度，而这需要一定的数据支持和充分的判决说理。

此外，反对独立商品化权益的学者虽然也认可在“有一定影响的商标”的框架下处理作品元素的商品化利用行为，但对于作品元素“在先使用”的要求过于严格，认为作品元素只有事先进行额外的商品化活动之后才能阻却他人的注册和使用。<sup>[60]</sup>按照这样的标准，如果作品元素不存在一个事先的商品化行为，而仅仅作为作品的一部分出版发行和传播，很有可能无法满足“在先商品化利用”的要求。然而，“在先使用”并不局限于“在先商品化利用”。“有一定影响的商标”获得保护的前提是“在先使用”，权利人对作品进行商业宣传、出版放映、信息网络传播也属于“在先使用”，不应要求有额外的商品化活动。只要该作品元素“在先使用”的领域（即作品所处的领域）与侵权商家使用或意图注册的领域是类似的，就应认定其满足“在先使用”的要求。在这种情境下，即使作品元素没有被实际用作商标，他人将其注册或使用在类似商品上，也应当推定混淆可能性是存在的，会使相关公众误认为二者存在特定联系。

[58] 参见北京知识产权法院（2018）京73行初10121号行政判决书。

[59] 参见姚鹤徽：《论商标侵权判定的混淆标准——对我国〈商标法〉第57条第2项的解释》，载《法学家》2015年第6期。

[60] 参见孔祥俊：《作品名称与角色名称商品化权益的反思与重构——关于保护正当性和保护路径的实证分析》，载《现代法学》2018年第2期。

## 五、结 语

知名的作品名称、角色名称等作品元素无疑具有极高的商业价值，也是众多商家在商品促销活动中竞相“搭便车”的对象，此种“搭便车”的商品化利用行为是否正当是我们不得不面临的一个问题。著作权法无法规制不具有可版权性的对象，简单的作品名称、角色名称也就难以获得著作权法保护。而商标法仅仅禁止可能引起混淆的商品化利用行为，引发消费者联想的商品促销行为，并不在商标法的射程之内。就此空白地带，仅仅依靠反对“搭便车”的盗用理论很难证成作品权利人享有受保护的利益，我们需要综合衡量独立商品化权益的成本和收益。一方面，激励创作开发是独立商品化权益难以承受的任务，在著作权激励之外另行创设一项商品化权益，反而会造成重复激励。另一方面，纠正低效使用看似为独立商品化权益提供了一定的正当性支撑，但若让作品权利人单一控制又会损害竞争自由，最终减损消费者的福利。因此，独立商品化权益并不是“一剂良方”，我们仍然要发挥并完善现有著作权法和商标法的功效。著作权法虽然不处理非版权客体，但在正面认定可版权性门槛时应当足够宽容，至少应当承认虚拟角色的可版权性。商标法规制的核心是混淆可能性，未注册又不具有可版权性的作品元素，完全可以在“有一定影响的商标”框架下处理，而无需单独将其作为一项“在先权益”，《商标授权确权规定》第22条第2款也就属于画蛇添足，应予删除。与此同时，在著作权法和商标法（包括《反不正当竞争法》第6条）已经足以对作品元素的创新性权益和标识性权益提供保护的背景下，也不应再适用模糊不清的《反不正当竞争法》第2条对空白地带进行扩张保护。

---

**Abstract:** Copyright law and trademark law cannot fully protect the customer magnetism of elements of works, but it is questionable to grant an independent merchandising right. The misappropriation doctrine does not establish that rights holders have a protectable interest, and Locke's labor theory overstates its benefits. The benefits of incentivizing creativity and correcting inefficient use are uncertain, since creating a merchandising right beyond copyright law would lead to duplicate incentives and undermine competition freedom. Hence it is unreasonable to establish an independent merchandising right. The regulation for the merchandising of work elements still requires the joint efforts of copyright law and trademark law. The threshold of copyrightability should be lower to prevent the abuse of the general clause of anti-unfair competition law. Trademark law should still focus on the similarity of goods in determining whether there is a likelihood of confusion, but there is no need for prior commercialization activities.

**Key Words:** elements of works, merchandising right, the misappropriation doctrine, copyrightability, likelihood of confusion

---

(责任编辑：张金平)