

作品名称的多重功能与多元保护

——兼评反不正当竞争法第6条第3项

彭学龙^{*}

内容提要：作为文化创意领域重要的商业标志，作品名称发挥着微妙的标识作用，牵涉多重复杂的权利关系。申言之，如能发挥标示和区分特定作品的功能，作品名称宜受标题权保护；尚若实际起到标识作品出处的作用，作品名称又可纳入商标保护范围。而对于名作名篇，作品名称还具备宣传促销功能，其商品化权亦当受到法律调整。在反不正当竞争法修订之前，中国法律只能比照“知名商品特有名称”给予知名作品名称极为有限的保护，较之欧美法律尚存不小差距。这就决定了，一方面，在中国本土，作品名称难以得到有效保护；另一方面，在海外市场，中国企业维权和规避法律风险的能力又会明显不足。反不正当竞争法的修订在我国引入作品名称保护制度方面进行了有益探索。虽然其第6条第3项最终只明确提及“域名主体部分、网站名称、网页”，但其列举式立法模式和第4项兜底条款，为给予曾出现在修订草案中的“频道、节目、栏目的名称及标识”和图书、报刊、电影、软件、游戏名称和标识的适当保护预留了合理空间。就短期而言，可在后续司法实践的基础上进一步修订第6条第3项，建立更具针对性的作品名称保护制度；从长远考虑，则应同时修订反不正当竞争法和商标法，将作品名称纳入商标法的调整范围，正式确立标题权。

关键词：作品名称 标题权 商标权 商品化权 反不正当竞争法

一、问题的提出

2017年11月4日修订的反不正当竞争法第6条规定：“经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：……（三）擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等。”而此前公布的《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案）》（下称“修订草案”）同项规定禁止“擅自使用”的客体除上列“域名主体部分、

^{*} 中南财经政法大学知识产权研究中心教授。
本文系国家社科基金项目“12BFX114”的中期成果。

网站名称、网页”外,还包括“频道、节目、栏目的名称及标识等”。〔1〕国务院法制办送审的反不正当竞争法修订草案(下称“送审稿”)则明确将“域名主体部分、网站名称、网页、频道、节目、栏目的名称、标识”纳入商业标识范围,亦即“区分商品生产者或者经营者的标志”。〔2〕就立法技术而言,其中所谓“域名主体部分、网站名称、网页”乃至“频道、节目、栏目的名称及标识”都应当是一种列举。实际上,图书、报刊、电影、软件乃至游戏名称,与上述名称和标识一样,都属同一类型的商业标识,均可归入作品名称之列。作为文化创意领域重要的商业标志,作品名称在交易中发挥着微妙的标识作用,牵涉多重复杂的权利关系。首要的当属标示和区分特定作品,从而可以受标题权保护;其次,如“送审稿”所言,是“区分商品生产者或者经营者”,属商标法或者反不正当竞争法的调整范围;最后,对于鸿篇巨制,其名称“对顾客有吸引力”,〔3〕具备“宣传促销和说明保证”功能,〔4〕则牵涉到商品化权,在实践中亦可由反不正当竞争法调整。在不同语境下,作品名称又称为“标题”或者“题目”,表述虽异,含义无别。本文亦根据上下文需要,在相同语义上使用以上不同术语。

当今时代,随着创意产业迅猛发展,文化产品在国内市场乃至国际贸易中的地位日趋凸显。〔5〕在交易和传播过程中,这类产品大多有一个吸引眼球的名称,其作为商业标识的价值受到特别关注,法律保护问题渐次浮出水面。在商业标识语境下,标题所标示的“作品”是一个宽泛的概念,不以严格的独创性为要件,“毋宁说,在商业标识权意义上,存在一个区别于著作权的独立的作品概念”。〔6〕其范围大致与文化产品相当,那些极具商业价值却未必满足著作权法要求的信息产品、数据库,都可囊括在内。单就作品名称而言,由于其与作品之间天然的紧密联系,在法律保护上,人们首先想到的往往是著作权法。但由于作品名称一般过于简短,本身难以构成作品,适用著作权法的空间极小。因此,在作品名称的保护上,相比于著作权,商业标识权扮演着更为重要的角色。〔7〕在国际上,“一些很有声望的专家主张,标题的使用应始终服从于反不正当竞争条例”。〔8〕在我国,国家版

〔1〕“修订草案”第6条规定:“经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易:……(三)擅自使用他人的域名主体部分、网站名称、网页以及频道、节目、栏目的名称及标识等,引人误认为是他人的商品。”

〔2〕“送审稿”第5条第2款规定:“本法所称的商业标识,是指区分商品生产者或者经营者的标志,包括但不限于知名商品特有的名称、包装、装潢、商品形状、商标、企业和企业集团名称及其简称、字号、域名主体部分、网站名称、网页、姓名、笔名、艺名、频道节目栏目的名称、标识等。”

〔3〕〔日〕萩原·有里:《日本法律对商业形象权的保护》,《知识产权》2003年第5期,第62页。

〔4〕参见朱川:《商品化权研究》,载《复旦民商法学评论》第1辑,法律出版社2002年版,第76页。

〔5〕有关文化产品及其贸易情形,参见刘亚军:《国际文化产品贸易中的知识产权保护逻辑》,《当代法学》2016年第3期,第130页。

〔6〕Begründung zum MarkenG, Bundestagsdrucksache 12/6581, vom 14. Januar 1994, S. 67; Karl-Heinz Fezer, Markenrecht-Kommentar zum Markengesetz, C. H. Beck Verlag, 2009, 4. Auflage, § 5, Rn. 5.

〔7〕Johann Ossing, Der kennzeichnungsrechtliche Schutz der Bezeichnung einer Druckschrift und sonstiger Werke, GRUR 1992, 85. 商业标识权与智力成果权系知识产权的两种基本类型。前者包含商标权、地理标志权、商号权(企业名称权)、域名权、标题权、对知名商品特有的名称、包装、装潢的权利(权益);后者主要涵盖专利权、著作权(邻接权)和集成电路布图设计权。就商业标识权而言,国际上已普遍认可商标权和地理标志权的专有属性,而对商号、域名、标题、知名商品特有的名称、包装、装潢的保护,至少可以适用反不正当竞争法的反混淆保护。在有些国家如德国,法律已认可商号权(企业名称权)和标题权的专有地位。

〔8〕〔德〕德利娅·利普希克:《著作权与邻接权》,中国对外翻译出版公司2000年版,第88页,注39。

权局亦持类似观点，认为“对作品名称适用反不正当竞争法调整更为恰当”。〔9〕美国版权局的立场则更为鲜明，“标题并非版权法的保护对象”，“作品必须达到一定的‘原创性’，但标题无论如何达不到这一标准”。〔10〕但这并不排除在一定条件下，美国联邦层面的兰哈姆法和美国州法给予作品标题的反不正当竞争保护。

所谓“服从于反不正当竞争条例”或者“适用反不正当竞争法调整”，其实质就是，将作品名称视作一种商业标志，赋予其使用者禁止权和损害赔偿请求权，以制止他人使用相同或者近似的作品名称，其目的就是防止混淆。在这种情况下，使用者对于作品名称并不享有完整的专有权，而只能主张由禁止权“反射”而来的法益。就法理而论，某种客体受反不正当竞争法保护，却不能纳入权利（知识产权）体系，其原因不外乎两种：其一，该客体虽代表了某种法益，但在创造性或者标识性（显著性）上达不到知识产权的严格要求。其二，这种法益尚不够普遍、典型，暂时将其归入反不正当竞争法的保护之下，便于在正式赋权之前进行一种法律实验。随着社会进步、市场发展，一旦该法益被推向前台，获得普遍认可，立法者就可修订法律，将其升格为正式的绝对权。就此而言，德国的做法颇具参考价值。德国在法律上对作品名称的正式保护始于其1896年反不正当竞争法，至此，发端于19世纪中叶的著作权与反不正当竞争保护模式之争得以终结。〔11〕根据该法第16条第1款，“任何人，在商业交易中以某种方式使用印刷作品的特殊名称，只要这种使用足以导致与他人有权使用的特殊名称相混淆，该他人即可请求其停止上述使用。如果使用者明知或应知其上述不当使用足以导致混淆，其即有义务赔偿权利人的损失。”〔12〕随后，德国判例与学说逐渐提炼出标题权概念。作为一种具备排他性的绝对权，该权利最终成长为一项独具特色的工业产权。〔13〕1994年，德国对商业标志法律体系进行重大改革，作品名称正式“晋级”，被纳入《商标与其他商业标志法》（下称“德国商标法”）的调整范围，实证法上的标题权正式确立。〔14〕但德国商标法有关标题权的规定主要是宣示性的，具体制度至今仍主要以判例和习惯的形式存在。

〔9〕 国家版权局版权管理司：《关于文学作品名称不宜受著作权法保护的答复》（权司（2001）65号）。

〔10〕 United States Copyright Office, circular 34 “Copyright Protection Not Available for Names, Titles, or Short Phrases”, <http://www.copyright.gov/circs/circ34.pdf>, 2017年3月22日访问。

〔11〕 Jan Görden, Vorgezogener Werktitelschutz, Mohr Siebeck 2009, S. 14.

〔12〕 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 (RGBI. S. 499).

〔13〕 Deutsch, Ellerbrock, Titelschutz, Verlag C. H. Beck München 2004, S. 1. 工业产权与文学产权亦属知识产权的基本分类，前者包括专利权、商标权和地理标志权等可以在产业中应用的权利；后者则主要指著作权（包括邻接权）。

〔14〕 该法第15条赋予商业标志所有人排他权、停止侵害请求权和损害赔偿请求权。其中，“商业标志”包括企业名称和作品名称。德国商标法第5条第1款规定：“企业名称和作品标题作为商业标志受本法保护。”在标题权的称谓上，人们常常使用“标题保护”（Titelschutz）一词，但也不排斥“标题权”（Titelrecht）。晚近出版、德国商标法权威 Karl-Heinz Fezer 教授指导的博士论文就用“Titelrecht”来指称“标题权”。Siehe Romen Link, Der Werktitel als Immaterialgüterrecht, Mohr Siebeck Tübingen. 相比于“标题权”，“标题保护”一词带有明显的反不正当竞争法保护的烙印。可见，尽管“标题保护”已依法“升格”为“标题权”，但在观念上，人们仍然受到反不正当竞争法保护模式的影响。这种现象并不限于标题权。事实上，德国学术界对早已融入民事权利体系（Ausschließliches Recht）的专利权、商标权、集成电路布图设计权和品种权等工业产权仍然习惯于使用“Patentschutz”、“Markenschutz”、“Halbleiterschutz”、“Sortenschutz”和“Gewerblicher Rechtsschutz”等称谓。Siehe Matthias Pierson, Thomas Ahrens und Karsten Fischer, Recht des geistigen Eigentums, Verlag Franz Vahlen München, S. 9.

作品名称作为专门的商业标志,标识特定作品系其基础功能,也是本文立论的出发点。如果作品名称同时发挥着标识作品出处的功能,其与一般意义上的商标亦存在微妙却并非不重要的区别。对于那些享有盛誉的名片巨制,其名称的商品化及其保护自有其独特之处。有鉴于此,本文拟结合德(欧)、美相关制度和被司法认可的行业习惯,对作品名称多重功能与多元保护作一探讨,希冀对该项法律制度的完善有所助益。

二、作品名称标识作品的功能与标题权保护

对作品名称的专门保护建立在其标识和区分作品这一功能的基础之上。具体来说,对这种标识功能可从两方面理解:其一,标示、称呼和指向特定作品;其二,将该作品与其他作品尤其是同类竞争性作品区别开来。这就使得作品名称“具有一种鉴别能力,它可避免同其他作品混淆”。^[15]标题权正是为维护上述功能而针对作品名称量身定制的一种新型商业标识权。

(一) 标题权语境下的作品范围

在标题权语境下,作为标识对象的作品并不严格受限于著作权法意义上的独创性,而是一个极为宽泛的概念,涵盖各种文化创意产品。单就法律规定而言,德国1896年反不正当竞争法只提及“印刷作品”。德国现行商标法第5条则规定,“作品标题是指印刷作品、电影作品、声音作品、戏剧作品或其他类似作品的名称或特殊标志”。相比之下,标题权保护所及之作品类型和范围大为拓展。德国联邦法院判例和权威学说认为,该法条所及作品类型只是列举,其中兜底性规定——“其他类似作品”尤为重要,该规定为制度发展预留了合理空间。^[16]实际上,计算机软件、电子游戏、电视栏目、报刊乃至其栏目名称在系讼作品标题案件中就占据不小比重。^[17]关于如何把握标题权保护所及之作品的认定标准,本文试结合德国判例和学说作简要分析。^[18]

首先,作品是指一种交流媒介,它必须传递某种思想内容。但标题保护只及于标题本身,而不考虑作品内容。这里的作品概念不必像著作权法那样,把同样体现思想内容的专利、实用新型和外观设计隔离出去。这样,各领域的智力成果,诸如网络节目、网页、培训方案、饮食节目、财务产品乃至处方,都可归入“其他类似作品”之列。唯一的要求就在于,无形的成果必须以足够具体的方式表述出来。这种成果不必满足严格的独创性要求,但至少不得侵犯他人知识产权和其他权利。其次,作品的思想内容只有通过受众的智力转换才能被感知。作品无形的内容自身无法直接呈现,图书必须经由阅读、音乐只能通过聆听、戏剧唯有借助观赏,其内容才能为读者、听众或者观众感知。第三,根据交易观念,相关作品类型必须具备可标示性。具备独创性的无题诗、画和无标题音乐,无疑可归入著

[15] 前引[8],利普希克书,第86页。

[16] Fezer, Zum Anwendungsbereich des Werktitelrechts, GRUR 2001, 369; Askan Deutsch, Neues zum Titelschutz, GRUR 2013, 113. “德国联邦法院”(BGH)并非联邦各级法院的通称,而是德国联邦民事审判最高法院的专名。

[17] BGH GRUR 1993, 767-Zappel-Fisch.

[18] Siehe Ingerl/Rohnke, Markengesetz Kommentar, 3. Auflage, C. H. Beck Verlag, 2010, § 5 Rn. 80; Anja Steinbeck, Zum Tatbestandsmerkmal der “sonstigen vergleichbaren Werke” im Sinne von § 5 Abs. 3 MarkenG, MarkenR 2000 (9), 301; 前引[13], Deutsch等书,边码48。

作权意义上的作品，却无从纳入受标题权保护的作品范围。当然，只要无题作品具有流传价值，在传播过程中，人们会逐渐采用合适的名称来称呼它们。长期下来，约定俗成，作品就不再是“无题”的。最后，标题所标识之作品在交易中给人的主要印象乃是其思想内容，而非产品特征。这就是说，对于特定交易对象，其思想内容相对于其商品或服务特征不得处于次要地位，而是必须居于支配地位。进而言之，人们作出购买决策时主要依据该产品无形的思想内容，而有形的产品特征只起辅助作用。

（二）作品名称标示并区分特定作品的功能

作品名称用于标示特定的精神产品，在这个意义上，作品名称属于产品标志，因而具有产品个性化标示功能。比较作品名称与商标，前者标示特种产品即作品，后者所标示的则是一般意义上的商品或者服务出处。同属“名称”，作品名称与企业名称的区别特别明显，前者实际上是一种市场交易客体的名称，后者则直接指称特定市场主体，从中并不能当然读出具体的产品信息。^[19] 在德国，作品名称与企业名称同由商标法第5条调整，并在具体规则上准用商标法其他条款的规定，且作品名称完全有可能同时发挥商标的功能，研究作品名称保护，要特别重视相关功能与保护方式之间的区别与关联。^[20]

在中国，论及作品名称的识别功能，人们常常联想到商标，甚至将其与商标混为一谈。语言学家认为，标题“有如言语作品的商标，要引人注目，吸引读者”。^[21] 上述比喻在非精确的意义上，形象地揭示出标题对于促进作品传播的价值。细究起来，标题的功能却与商标迥然有别。具体说来，在本原意义上，标题所标示和区分的乃是特定作品，虽有可能让读者由作品进而联想到作者、出版社，但这类联想居于第二顺位；而商标则直接指向商品（作品）的提供者。进而言之，由标题联想到作者一般是间接的，联想的强度相对较弱，而要进一步联想到出版社，则常常需要额外的条件。在现实的市场上，多个出版社出版同一部作品的现象并不罕见。这就表明，作品标题实际发挥的作用十分微妙，围绕这一商业标识的制度设计和法律适用必须特别精细。对于特定作品，在特定条件下，其标题确有可能发挥商标的功能，指向作者、出版社乃至导演、制片人。但这只是意味着同一商业标志既指称特定作品，又扮演着商标的角色，并不代表作品名称等同于商标。

必须注意，并非所有作品名称都具备标识特定作品的功能。教科书诸如《物理》《化学》《法学概论》《民法学》一类的书名，一般作品诸如《春》《爱》《论竞争》《论友谊》一类的标题，就不具备标题权保护所要求的标识特定作品功能。而中国小说《围城》《野火春风斗古城》《大红灯笼高高挂》，外国作品《少年维特之烦恼》《丧钟为谁而鸣》《追忆似水年华》《乱世佳人》，其名称则与作品一一对应。在后作者使用上述名称创作和发行新的作品，极有可能造成市场混淆。

（三）标题权的生成机理

对于标题权的产生，德国法律本身未置一词。迄今为止，德国亦未设立任何正式的作品名称登记或者管理机构。在这样的背景下，有关标题权的许多关键问题，包括权利主体、

[19] Patrick Baronikians, Der Schutz des Werktitels, Carl Heymamms Verlag, 2008, Rn. 4.

[20] 同上书，前言，第V页。

[21] 尹世超：《标题语法》，商务印书馆2001年，第59页。

权利范围乃至权利的产生机理，多有争论。^[22]

总体来说，标题权源于在作品发行、传播过程中对特定名称的实际使用。^[23]只要名称具备最低程度的显著性，则标题权随使用而即时产生。反之，如果名称描述性太强，则只有通过长时间使用，且经证明业已获得显著性，标题权才能产生。而实际使用的成就，必须满足两个条件：第一，作品业经创作完成并进入流通领域。而何谓“完成”，亦视作品性质和市场实情而有所差别。对于有些作品，其制作和发行往往分为几个阶段，即先向部分顾客提供样本或者试验版，待根据所收集意见修改后才正式上市。在这种情况下，一旦试验版推出，相关作品就可视为已完成。^[24]第二，在已创作完成并进入流通领域的作品上按照通常方式使用了符合要求的名称，以便读者和其他受众基于该名称识别作品。在作品创作完成之前、在图书策划组稿阶段、在影片策划、宣传、拍摄过程中，用特定名称对处于策划、组稿、创作或者拍摄阶段的作品进行宣传，标题权仍然无从产生。

尽管如此，如果法律对处于创作过程中的作品拟用名称不给予任何保护，则至少会引发两个问题。首先，经过充分广告宣传的作品名称完全可能被他人同类或者竞争作品上“合法”抢先使用，而事先选定该名称的人却无从获得任何救济，这必将导致作品名称重陷“丛林法则”。其次，作者、出版者和制作者为避免作品名称被他人“抢用”，在作品正式创作完成之前，只能对其名称采取严格的保密措施。这样，作品推出前的宣传活动必然无从开展。为解决上述困境，业界习惯与司法判例互动，最终形成了独特的标题预告制度。根据该制度，在作品最终创作完成之前，作者、出版社、电视台或者制片人可在业内认可的媒体上按照通常方式公告拟采用的作品名称，只要在随后合理期限内其作品以所公告的名称为题出版发行，公告发布者对该名称所享标题权的优先权可回溯至公告之日。^[25]

上述规则并未改变标题权依作品名称实际使用而产生的确权模式，却十分巧妙地将权利优先权日向前推移合理期间，这就为有效解决前述困境提供了有力保障。具体说来，这一规则具有以下特点：第一，在公告之后、作品面市之前，公告者对所公告标题并不享有权利。在此期间，即便他人在竞争作品上使用相同或者近似名称，公告者亦只能凭借所发布公告请求其停止使用，如果该他人拒不听从，公告者必须等到其作品面市才可依法行使权利，并请求损害赔偿。第二，合理期间的限定兼顾了同业竞争者使用相同或者近似作品名称的正当需求。换言之，如果合理期限届满，公告者未能正式出版作品，则不得主张优先权。第三，合理期间的长短视作品类型和行业惯例而定，这一期间就是创作、制作一部作品通常所需时间。比如，筹拍一部影片耗时1年以上；筹办一本杂志则要花6个月；而推出一项计算机游戏一般只需3个月。也就是说，对于上举各类作品，只要公告者在上列期间内推出作品，就可主张优先权。当然，上述期间并非绝对，而是随个案具体情形有所变化。第四，为了保守竞争秘密，标题保护公告还可以通过代理人以匿名的方式发表。第五，为预留充分的选择空间，对一部筹备中的作品可以同时公告多个标题，但也并非全无限制。

[22] 前引[19]，Baronikians书，前言，第V页。

[23] 前引[18]，Ingerl/Rohnke评注，第5条，边码82。

[24] BGH GRUR 2009, 1055—Airdsl.

[25] BGH GRUR 2001, 1054—Tagesreport; BGH GRUR 1989, 760-Titelschutzanzeige.

允许预留过多标题，就会不合理地限制其他竞争者选用标题的自由。^[26] 总之，标题预告虽非法律明定，却是理解整项标题保护制度的关键。^[27]

与主要体现为行业惯例并得到司法认可的德国标题预告制度相仿，美国电影协会为解决片名纠纷，早在 1925 年就建立起电影名称登记制度，并逐渐形成一套行之有效的谈判与仲裁机制。美国电影协会（MPAA）系美国电影、家庭视频和电视产业的代言人，其名称登记办公室（TRB）业已登记并实际管理着 15 万个以上电影名称，MPAA 所有成员同时也是 TRB 会员。这些成员要使用新的片名，须先行登记，每个会员最多可登记 250 个永久片名，并可在任何时候寻求保护。尽管有此上限，通过设立子公司，大型电影公司实际可预留的永久片名数以千计，而会员登记非永久片名则不限数量。TRB 每天都发布片名登记报告，如有会员认为新片名与其在先登记的片名过于近似，则可在 10 个工作日内投诉。在投诉处理完结之前，被投诉片名不得使用。投诉所牵涉的当事人将面临两种选择，要么通过谈判达成协议，要么将投诉提交 MPAA 主席。主席则将投诉送交至少由三名无利害关系的片名委员会成员组成的仲裁小组。在权力上，这些仲裁员相当于法官；实际上，他们却只是来自电影公司的管理者。根据美国联邦仲裁法，其裁决可到法院申请强制执行。^[28]

概括起来，这种片名登记和纠纷解决机制具有以下特点：第一，业已建立庞大的片名数据库，且每天都发布新的登记报告，方便会员在选用和登记新片名之前进行检索。第二，逐渐形成一种高效的纠纷解决机制。接到被投诉通知的会员必须快速回应，与投诉者进行谈判。多数投诉都可通过协商解决，只有 4% 进入仲裁程序。第三，数量庞大的永久片名登记为新片名的选用设置了过高的障碍，因而常常遭受妨碍创作和言论自由的批评。第四，这种自治规范只能用于解决 MPAA 会员之间的纠纷，无法适用于其他主体和其他类型的作品。而德国的标题预告制度则具有开放性和普适性。

就我国而言，当下只在出版行政管理层面建立了重大选题的备案和审批制度。其中，“重大选题”包括作品名称或者标题、题材乃至具体内容，而作品范围则涵盖图书、电影、电视节目和音像制品。电影拍摄和电视栏目的设置则有更为严格的审查制度。^[29] 这种备案和审批制度主要着眼于政治影响和公序良俗等公共利益和公共政策的考量，与作品名称的产权保护无关。尽管如此，只要我国立法机关通过修订反不正当竞争法建立起专门的作品名称保护制度，依托上述选题备案和审批制度以及相应的行政机构乃至中国版权保护中心、国家和省级版权登记中心、现有的各种著作权集体管理组织，完全可以在短时间内按照作品类别建立起美国式的作品名称登记制度或者德国式的标题预告制度。这样，既有利于加强出版行政管理，又便于宣传、彰显作品名称专门保护的法律意识。

（四）作品名称的显著性

显著性并非专属于商标，而是所有商业标志的共同属性。大凡商业标志，都有所标示、

[26] 前引〔18〕，Ingerl/Rohnke 评注，第 5 条，边码 88。

[27] 参见前引〔11〕，Görden 书，第 270 页以下。

[28] See Edward Robert McCarthy, *How Important is a Title? An Examination of the Private Law Created by The Motion Picture Association of America*, 56 University Of Miami Law Review 1071, 1094 (2002).

[29] 参见《出版管理条例》（2016 年修订）第 20 条；《图书、期刊、音像制品、电子出版物重大选题备案办法》（新出图〔1997〕860 号）；《新闻出版署关于加强和改进重大选题备案工作的通知》（新出图〔1999〕198 号）；《新闻出版署关于重大选题备案工作补充规定的通知》（新出图〔2001〕291 号）。

有所区分。所异者，只是标示与区分的具体内容。商标标示和区分的，是特定商品或服务的出处，企业名称则标示和区分企业本身，而作品名称标示和区分的则是特定作品。这样，在标题权语境下，显著性就是指作品名称所具有的标示和区分特定作品的含义。就创作动机而言，作者拟定作品标题的首要目的在于“提炼并向读者展示整部作品的主旨和精华”。^[30]这就决定了，标题本身往往具有很强的描述性。对作品内容有所描述本属标题的应有功能，甚至是第一位的功能。但是，作品名称的描述性与显著性是可以兼容的，显著性的获取和加强并不以描述性的削弱甚至完全丧失为代价。理想的作品名称既能充分揭示作品主旨和精华，又具备极强的标识和区分功能。作品名称的上述特点，与商标形成鲜明对比。由于商标的首要功能是标识和区分商品出处，尽管商标使用人也常常希望商标能对其所附着商品作正面的描述，但过强的描述性却与商标本性和应有功能相冲突。随着商标影响增大，显著性强化，其固有的描述性会不断弱化。

进而言之，作品名称虽然简短，毕竟具备一定容量，人们在作品名称的拟定和选用上具有相当的自由度。也就是说，某个强描述性的名称被某部作品的权利人专有，对其他创作者在后选拟作品名称并不会造成明显妨碍。相比之下，企业在选用商标时则明显受制于字数，^[31]在所选字、词的描述性上，法律有更严格的限制。在注册审查时，商标构词上的描述性成为明显的障碍。对于通过实际使用取得商标权，德国法特别强调，相关标识必须被所在交易范围内的消费者视作商标，换言之，即获得商标意义上的显著性。而对于作品名称，只要其达到最低限度的显著性要求，一经实际使用，就可受到标题权的保护，创作者、出版者无需证明其业已被读者和其他消费者视作标题。这就表明，法律对作品名称显著性的要求原则上低于商标。^[32]

作品名称最低显著性的具体要求也明显有别于商标。申言之，对于一般作品，标题只需宜于将该作品与其他作品区别开来即为已足。^[33]对于一份杂志，其名称只需具备最低限度的个性即在市场上能够将该杂志与其他杂志区别开来就可满足要求。^[34]这样，在特定市场，一定数量的近似标题可以并存，人们已习惯于关注其间的特殊区别。有时，一部作品主角的大名或者其他对内容富于特色的描述性表述均可将该作品与其他作品区别开。特定市场已习惯于用描述性表述标识作品。^[35]这就进一步验证了，在认定作品名称的显著性时，描述性并不构成明显的妨碍。一般来说，只有那些在消费者眼里其内容纯属描述所标识作品的名称、^[36]仅由作品种类名称和纯描述性词语组成的作品名称，如“法学导论”“文学导论”“美学概论”“论爱情”“晨报”“晚报”“早报”，才可能达不到最低限度的显著性要求。在德国，描述性很强的电视栏目名称诸如“Tagesschau（每日新闻）”“Tages-

[30] Eugen Ulmer, Urheber-und Verlagsrecht, 3. Aufl., Springer-Verlag, 1980, S. 173.

[31] 根据语言学 and 营销学的研究成果，汉语商标命名表现出很强的双音节倾向（78%），三音节则占到19%，四音节及以上的商标只占不到3%，而单音节商标占比为1%以下。参见黄月圆等：《汉语品名的语言特性》，《语言文字应用》2003年第3期，第81页。西语商标命名在音节和构词长短上也表现出类似特点。

[32] Aml. Begr., BT-Dr 12/6581, S. 62; BGR, GRUR 2009, 949 (950)—My World; GRUR 2010, 640 (641)—Hey!.

[33] BGR GRUR 2003, 440, 441—Winnetous Rückkehr.

[34] BGR GRUR 2002, 176—Auto Magazin.

[35] 前引[18]，Ingerl/Rohnke评注，第5条，边码91。

[36] BGH, GRUR 2000, 608 (610)—ARD-1.

theme（每日主题）”都可受标题权保护。与此相类，在中国，同样强描述性的栏目名称如央视“新闻联播”“焦点访谈”“今日说法”也可通过标题权意义上的显著性审查。就期刊而言，诸如《法学研究》《中国法学》《法律科学》《法学评论》一类的刊名，无不着眼于描述办刊宗旨和学科领域，但其间细微的差别亦足以将同一市场的不同期刊区别开来，因而完全具备标题保护所要求的显著性。给予上述期刊以刊名专用权，亦不会妨碍他人选用新刊名创办竞争性期刊。

（五）标题权的保护范围

1. 标题权的主体

有关标题权的归属，一般来说与所标识作品的产权保持一致。对于图书，标题权原始归属于作者，也可由出版者继受取得。至于已进入公有领域的作品，每个用原标题出版该作品的人都享有标题权，并有权阻止他人将该标题用于标示其他作品。^[37] 如果出版社为由不同作者创作的系列丛书拟定了丛书名称，则该出版社可以成为针对该名称之标题权的原始权利人。对于报纸或者杂志名称，其标题权归于出版者。对于广电节目，其名称之标题权归于制作单位。如果一部作品由单个或者为数不多的多位作者完成，原则上，其标题权归于实际作者。如果一部作品在统一领导下由许多人共同参与完成，则通常其标题权归于行使该领导权的人，比如杂志的出版社、电影制片公司或者软件工作室。在存在委托代笔关系的特殊情形下，作品标题权归于实际署名者，这样，便于其对外行使权利。^[38]

2. 标题权的内容

根据德国商标法第 15 条，在具体内容上，标题权既包括积极的利用权和排他权，同时也具备禁止权、损害赔偿请求权。但在财产属性和可转让性上，标题权却与商标权有所区别。原因在于，标题与作品的关联度远胜于商标与商品，且其所标识对象即作品上设立的著作权包含有人身权，其转让和流转自然受到更多限制。标题权的保护范围主要是指权利人享有的禁止权的大小。与商标权一样，基于标题权的禁止权范围并非整齐划一，而是取决于作品及其标题的实际影响，这就绕不开混淆和混淆可能性的认定。正如所有商业标志都具备显著性这一特征，混淆概念对于商业标识也是通用的。^[39] 就作品创造者和传播者而言，其采用作品标题意在强化作品的识别性，以维系作品对公众的吸引力，并防止混淆。从读者和一般公众来说，其可以凭借标题搜寻作品、避免混淆。^[40] 这样，标题保护的实质就在于防止他人使用后使用相同或足以引起混淆的近似作品标题。^[41]

[37] 作品标题权并不因为作品著作权保护期届满而终止。在这种情况下，尽管任何人都可以出版该作品，但只能以原标题出版。任何人不得以相同或者足够近似的标题出版其他可能导致市场混淆的作品。此时的标题权，其意义主要在于维护市场上作品相互区分的正常秩序，而非保护作者或者出版者的私益。Siehe BGH GRUR 2003, 440, 441—Winnetous Rückkehr. 比如，在中国，每家出版社都有权出版《红楼梦》，并有权阻止他人用该书名出版其他著作。正如标题权因对标题的实际使用而产生，其终止也只能是由于所标示作品停止流通。当然，停止流通必须持续足够的期间，以至标题的影响不复存在。具体期间的长短，则因作品种类、市场特点和实际案情而异。囿于篇幅限制，本文对标题权的终止不作专论。

[38] 前引〔18〕，Ingerl/Rohnke 评注，第 5 条，边码 102。

[39] BGH GRUR 1957, 29, 31 Der Spiegel; BGH GRUR 1959, 182, 183 Quick. 当然，在商标标识法律体系中，商标“混淆”和“混淆可能性”概念具有样板和范式作用。参见王太平：《商标侵权的判断标准：相似性与混淆可能性之关系》，《法学研究》2014 年第 6 期，第 162 页。

[40] BGH GRUR 1982, 431, 432 - POINT.

[41] 前引〔19〕，Baronikians 书，边码 6。

3. 一般标题的禁止权

德国商标法第15条第2款规定,“未经许可,第三人不得以容易导致与受保护之作品名称相混淆的方式在交易中使用与其相同或者近似的作品名称。”^[42]将上述条款(下称“标题条款”)与调整商标禁止权的对应条款即第14条第2款第1项和第2项(下称“商标条款”)进行比较,不难发现,“标题条款”未提及所标识对象即作品的类别,“商标条款”则就在相同商品或者服务上使用相同标志与在类似商品或者服务上使用相同或者近似商标作了明确区分,对于前者的禁止无需考虑混淆问题,对于后者,则以存在混淆可能性为前提。但这并不意味着,在确定标题权的保护范围时,不受作品类型的限制。标题条款不提示对象,其原因主要在于:第一,该条款并非专门针对作品名称而设,而是同时调整企业名称和作品名称,因而在行文上难以明确提及作品类型。第二,确定禁止权范围的关键在于混淆可能性的认定,就此而言,“商标条款”的规定具有示范作用和类推效力。这样,“标题条款”只需承认混淆可能性标准,在实际认定中可参照“商标条款”考虑系争两造作品类别的远近。

在具体案例中,德国法院主要考量三个因素:第一,在先标题的显著性程度;第二,两造作品类型相同或者类似的程度;第三,两造作品标题相同或者近似的程度。^[43]这样,对于普通作品,其标题权利人只能阻止他人在相同或相近的作品类别上使用可能导致混淆的相同或近似标题。尽管如此,作品类型的相同或者相近,并非完全根据著作权法的划分来认定,而是要综合考虑在创作和传播市场上作品之间的关联程度。比如,小说系文字作品,电影则属完全不同的作品类别。但如果某部电影使用与他人在先出版之小说相同或者近似的名称,则极易让人误认,以为该电影系由同名小说改编。换言之,在小说和电影名称之间也存在混淆可能性。^[44]同样,网络游戏常常取材于小说,如果网络游戏名称与他人小说名称相同或者相近,也可认定存在混淆可能性。可见,在标题权保护范围的划定上,是否存在混淆可能性才是决定性的。

在标题侵权案件中,德国法院区分直接混淆与间接混淆。其中,直接混淆又有广狭之分。狭义混淆限于传统的混淆,即读者和其他消费者误以为被控标题所标示作品系权利人同名和近似名称的作品。而广义混淆是指,对相同标识的使用可能导致人们产生这样的印象,在标题权人和将该标识用于标识其他客体的人之间存在某种组织上、经济上的联系或许可关系。如果将在先标题用于标识非同类的作品或其他与作品无关的设施、商品或产品,也可能导致广义的混淆可能性。^[45]广义混淆的成就必须在交易圈内产生这样的印象,标题权利人赋予了其使用者利用该标题的相应权利。^[46]而所谓间接混淆,则发生在以下情形:尽管两造作品类型相同,但标题只有部分相同,其他部分则存在显著区别,这样,受众能够将二者区别开来。只是基于其中相同部分的强显著性,受众可能误以为,两部作品构成

[42] 原条文与“作品名称”相对应的词为“商业标志”。根据德国商标法第5条第1款,所谓“商业标志”,包括作品名称和企业名称。对于下文所引德国商标法第15条第3款的内容,笔者也作了同样的置换。

[43] 前引[19], Baronikians书,边码321。

[44] BGH GRUR 2003, 440f - Winnetous Rückkehr.

[45] 前引[13], Deutsch等书,第45页。

[46] BGH GRUR 1983, 262, 263 - Uwe; BGH GRUR 1993, 151, 153 - Universitätseblem.

一个系列，进而源于同一出处。^[47]如曾在我国引起高度关注的《人在囧途》与《人再囧途之泰囧》之争，就可归入其中。通过广义混淆和间接混淆，标题权人的禁止权在范围上可以得到极大扩展。但其适用一般要求标题同时也具备标识出处的功能，原因在于，无论是广义混淆意义上误以为被告与原告存在某种组织上、经济上的联系或者许可关系，还是间接混淆语境下误认为被控作品与原告作品构成一个系列甚而源于同一出处，都牵涉到有关作品出处、作品创作者、提供者的联想。由于一般作品名称并不具备标识出处的功能，法院在适用广义混淆和间接混淆时，一般都持较为审慎和保守的态度。^[48]

4. 驰名标题的禁止权

具体规定见于德国商标法第15条第3款（下称“驰名条款”）：“如系国内驰名作品名称，则即便不存在前款意义上的混淆可能性，第三人亦不得在商业交易中使用该作品名称或者类似标志，只要这种使用缺乏合法理由、不正当地利用或损害该作品名称的显著性或者声誉。”这就是说，对于已在德国驰名的作品名称，其保护范围不再限于存在混淆可能性的情形。尽管如此，上述条款在作品名称保护上鲜有适用的空间，联邦法院态度极为保守。^[49]其原因固然在于驰名标准的要求太高，而德国法院在断案时往往更倾向于适用广义混淆，也在一定程度上导致该条款被虚置。实际上，基于广义混淆的标题保护确与驰名标题保护表现出一定的共性。在两种情形之下，消费者尽管均能区分原告作品与采用了系争标题的被告作品，却误认为二者之间存在联想性关联。但是，广义混淆并未完全排斥驰名标题保护。根据德国联邦法院判例，广义混淆只对系列作品标题有适用余地，对于单部作品标题的保护，“驰名条款”具有重要意义。即便对于系列作品标题，“驰名条款”也有适用的空间。例如，在戏仿或者贬低性标题使用案件中，消费者无从基于许可推定而形成“联想性关联”，广义混淆难以认定，权利人和法院都只能诉诸“驰名条款”。^[50]

驰名条款的适用必须满足以下条件：第一，请求保护之作品及其标题的驰名不能仅流于泛泛。可考量因素固然可以参照驰名商标认定，包括民众中知悉原告作品及其名称者所占比例、作品传播和标题使用强度、地理广度和时间长度。但由于作品与一般商品相比的特殊性，这种特殊保护对驰名的要求更高。实际上，大片上映、节目播出，只要宣传到位、内容切合受众，完全可以在短短几天内家喻户晓。第二，被告所用标题让受众误以为其与请求保护之作品存在想象性关联。这就要求，两造标题之间的相同点与区别足以引发受众关联性联想，却又不会导致混淆性误认。在一个德国案例中，新推出的电视真人秀节目《好邻居坏邻居》与常年热播的电视连续剧《好时代坏时代》在名称上存在明显区别，观众不会混淆，但由于在先连续剧的高收视率和良好声誉，两档节目名称在“好……坏……”结构和音节上的相似性，观众极可能因在后节目名称联想到在先热播节目，这样，在后节目就可不当利用在先节目的盛誉吸引观众。^[51]第三，被告对被诉标志进行了标识性使用。如果与权利人标题相同或者近似的标志只是作为装饰使用，则受众无从产生关联性联想。

[47] 前引〔19〕，Baronikians书，边码318。

[48] 同上。

[49] 前引〔13〕，Deutsch等书，第208页。

[50] 前引〔19〕，Baronikians书，边码460，461和463。

[51] KG, 07.01.2000 5 U 7969/99 - “Gute Zeiten, Schlechte Zeiten”, GRUR 2000, 906.

基于原告标题的高显著性和名声，对其仅作装饰性使用实在匪夷所思，这就要求被告充分的证明之责。第四，利用或者损害原告标题的声誉。作品标题声誉的产生途径是多元的，原作者、制片人或者发行人的阵容和名望、作品本身的传统和质量都可融入其中。这样，对他人作品标题声誉的利用往往是通过有违商业道德或者有伤风化的方式与该作品“搭上线”，目的在于推销自己的作品、商品或者服务。第五，行为不正当且缺乏合法理由。这种不正当不能仅据标题驰名而直接推定，应综合考量被诉者的使用动机、使用方式、市场实情和行业惯例。^[52]

三、作品名称标识出处的功能与商标权保护

一般来说，作品名称并不当然具备标示作品出处的功能。换言之，标识出处并非作品名称的必备功能，而是其作品标识功能的合理延伸。而且，即便是具备出处标识功能的作品名称，其区别作用也与一般商标存在虽极细微却不容忽视的差别。这就决定了，法律对这些功能的保护不能简单照搬传统商标法的规则，而是必须作出相应的调整。其中，协调同一作品名称上的标题权与商标权，妥善处理兼具标题和商标功能之作品标题与相关商品或服务类别上在先已注册商标和在后拟注册商标之间的冲突与纠纷，是正确适用法律和维护作品名称多重区分功能的关键。

（一）作品名称出处标识功能及其特殊性

单部作品，无论一篇散文、一部小说还是一首诗歌，其名称一般都只指向特定作品，难以同时发挥标示出处的作用。这些作品在出版、发行和传播过程中，往往同时标出了标题、作者和出版社，且标注方式亦已约定俗成。这些标记各自发挥其固有的识别功能。只有定期出版物如报刊杂志和广电节目即通常所谓系列作品，其名称才可能基于高知名度和定期出版的特点，获得标示出处的功能。^[53]系列作品（丛书）标题、报刊名称、报刊专栏名称、系列或者单部有影响的电影片名、电视连续剧和电视栏目名称不仅标示特定作品（丛书或者作为汇编作品的杂志），而且还起到标示丛书出版社、期刊杂志社或报纸出版者、影视制作者的作用。在我国，《人民文学》《法学研究》等杂志的名称，就既指向作为汇编作品的每一期杂志，又直接标示出编辑出版该汇编作品的杂志社。在实践中，人们常常将报纸、期刊名称或丛书名、节目或者栏目名称注册为商标。在上述情形下，作品名称自可作为注册商标或者未注册商标受到商标法或反不正当竞争法的保护。

作品标题可以发挥商标的功能，并不意味着所有标题都是商标；部分作品标题被注册为商标的事实，亦不足以证明对其他作品标题的使用就是商标性使用。可见，作品标题极有可能却并不必然与商标出现交集。即便某一作品名称“一身二任”，兼具标题和商标功能，标题性使用与商标性使用也并非一回事，所适用的只能是不同的规则。标题权与商标权在保护条件、保护范围乃至保护机制上，都存在明显区别。同时，必须注意，同样是作为商标，作品名称标示作品出处的功能也有别于一般商标。这种区别建立在作品创作、制

[52] 前引 [19]，Baronikians 书，边码 464 以下。

[53] 同上书，边码 7。

作、发行和传播的特殊性之上。对于传统图书，作者和出版社都构成其出处。对于电影作品，原著作者、编剧、导演、制片人也可在不同意义上视为出处。不同作品，同类却影响大小不一的作品，其标题的具体标示功能也各不相同。在作品发行之初，标题只具备原初的描述功能。随着作品在市场上不断流转，标题在相关公众心目中与该作品的联系日趋紧密。这样，标题就开始发挥标示特定作品的功能。随着作品影响进一步增大，公众开始关注作品的作者、编剧、出版社、导演或者制片人，标题与各种意义上的出处之间的关联不断得到强化。这样，标题也就具备了标示出处的功能。

质言之，作品名称实际发挥的功能是动态的，始终处于变化之中。就作品名称的出处标识功能与商标权保护而言，最值得关注、最易引起纷争的就是这种动态性。具备商标功能的电影、节目名称首先标识的还是作品即电影和节目本身，在具备出处标识功能后，不仅有可能与注册在相应类别商品或者服务上的在先相同或者近似商标发生冲突，而且可成为阻止他人在相关商品或者服务上注册相同或者近似商标的在先权利或者权益。具体说来，包括但不限于：第一，电影、电视节目名称与在第41类之4105组广电节目制作、演出制作、影片制作等服务上已注或拟注商标；第二，图书名称与在第16类纸制品、印刷出版物上已注或拟注商标；第三，音乐作品名称与在第15类乐器上已注或拟注商标；第四，软件游戏名称与在第9类磁性数据载体、录音盘、光盘、DVD盘、计算机和计算机软件上已注或拟注商标。以下以第一种情形为例，分析具备商标功能的作品名称与相关类别商品或者服务上相同或近似商标之间的冲突。

（二）具备出处标识功能的作品名称与相关类别商品或者服务上注册商标的冲突

作品名称一经广泛传播和使用，在受众眼中，就可能既指称特定作品，又直接指向作品出版者、制作者。那么具备出处标识功能的作品名称权利人能否阻止同一行业的经营者在后注册或者使用与其名称相同或者近似的商标？答案是肯定的。首先，如果权利人已将具备出处标识功能的作品名称注册为商标，则其享有商标专用权，自可阻止他人在可能引起混淆误认的情况下将其作品名称作为商标注册和使用。其次，如果权利人并未将上述作品名称注册为商标，则该作品名称可认定为未注册商标，权利人可根据中国商标法第32条的规定，即“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”，阻止他人注册。第三，权利人可依据新修订的反不正当竞争法第6条的规定，阻止他人在可能引起混淆的情形下擅自使用其作品名称（详见下文）。

如果在作品所属行业存在与作品名称相同或者近似的在先注册商标，经使用和传播获得出处标识功能的作品名称是否与该在先商标相冲突？以下结合案例对这一问题略作分析。

1. “非诚勿扰”商标侵权案

在本来意义上，“非诚勿扰”只是一个常用语。2008年，随着同名贺岁片热映，“非诚勿扰”成为一时热词，获得多重含义：首先，该词描述和揭示了电影的相亲主题和内容；其次，该词直接指向一部电影，具备标识特定作品意义上的显著性；第三，该词会让相当数量观众（民众）联想起导演冯小刚、制片方华谊兄弟公司（下称“华谊兄弟”），因而具备商标功能。实际上，华谊兄弟在影片公映前就提交了“非诚勿扰”商标注册申请，指定类别涵盖第41类服务（含电视文娱节目）。2010年1月，江苏卫视开播同名婚恋交友节目，据称其使用该节目名称事先获得华谊兄弟许可。但无论冯小刚还是华谊兄弟，都只是案外

人,本案一审原告金阿欢只是于2009年在第45类(婚恋交友服务)上抢注了“非诚勿扰”文字和图案商标的自然人。由于金阿欢所指定第45类与江苏卫视所在第41类不构成类似商品或者服务,一审原告最终败诉。该案本身并不复杂,但历经三次审理,当事人、法官乃至案外人的观点和论断都值得深入分析。^[54]

首先,江苏卫视使用“非诚勿扰”在法律上的定性。再审法院和一审原告都认为,江苏卫视在节目宣传和播出过程中对“非诚勿扰”的使用属于商标性使用,而江苏卫视也如此自认。主要理由在于:其一,实践中,许多节目、栏目名称都被电视台注册为商标,江苏卫视自身也有类似的注册或申请行为。其二,在节目宣传、推广和播出过程中,江苏卫视对“非诚勿扰”进行了突出性使用。但实际上,江苏卫视本来或许无意将“非诚勿扰”用作商标,上述定性值得商榷。许多栏目名称被注册为商标或者实际发挥着商标的作用,并不能证明所有栏目名称都是商标,亦不足以证明,对栏目名称的使用一定构成商标性使用。进而言之,“突出使用”并非商标性使用的“专利”,而是包括节目名称在内之所有商业标记的基本使用方式。当事人和法官在使用行为定性上的上述“共识”充分表明,法律共同体和文化市场主体对商标性使用和标题性(名称性)使用的认知存在严重偏差。

其次,主观心态或者意图对于节目名称使用行为定性的影响。在制作和播出一档节目时,电视台一般无意将节目名称用作商标。比如,央视“新闻联播”“焦点访谈”等节目,其名称均着眼于描述节目内容和主题,同时也将该节目与同一电视台和其他电视台的其他节目区别开来。但随着时间推移,节目影响增大,节目名称在观众心目中逐渐与播出该节目的电视台联系起来,开始发挥商标的功能。“非诚勿扰”案也是如此。无论江苏卫视使用“非诚勿扰”节目名称的初衷如何,其间的心态如何变化,客观上,相当数量电视观众和一般民众都将该词与江苏卫视联系在一起。换言之,就指向江苏卫视而言,“非诚勿扰”实际上发挥着商标的作用。在这个意义上,再审法院和当事人虽然在“非诚勿扰”使用行为定性上都存在认知的错误,但其认定结果却与客观现实暗合。

最后,江苏卫视与华谊兄弟之间的许可关系。虽然具体内容不得而知,但江苏卫视与华谊兄弟的许可关系值得深究。首先,作为贺岁大片,《非诚勿扰》无疑可认定为原反不正当竞争法语境下的“知名商品特有名称”,华谊兄弟可据此阻止他人擅自使用其片名作为同类题材相亲节目的名称。^[55]其次,作为第41类服务(含电视文娱节目)上“非诚勿扰”注册商标的专用权人,华谊兄弟完全可以起诉江苏卫视同名节目名称侵犯其商标权。事先获得华谊兄弟许可,对江苏卫视而言,实属先见之明。

2. “如果爱”商标侵权案

自然人赵光辉系2009年获准注册之“如果爱”商标专用权人,核定服务为第41类(含电视文娱节目)。2014年,湖北卫视推出“如果爱”真人秀节目,于是成讼。两审均判赵光辉败诉,主要理由包括:第一,湖北卫视选用“如果爱”节目名称,旨在揭示节目内容与主题。其次,赵光辉不具备从事电视文娱节目服务的法定资质,未实际使用涉案商标。

[54] 参见江苏省广播电视总台等与金阿欢侵害商标权纠纷再审案民事判决书,广东省高级人民法院(2016)粤民再447号。该案历经初审、二审和再审,并入选最高人民法院2016年十大知识产权典型案例。

[55] 可参见四川广播电视台与北京万合天宜影视文化有限公司等不正当竞争纠纷二审民事判决书,北京知识产权法院(2015)京知民终字第2004号。

再次，湖北卫视对“如果爱”的使用完全符合行业惯例和表达习惯。最后，作为节目名称，“如果爱”并未发挥标识出处的功能，亦不会导致相关公众混淆。^[56]不难看出，本案两审法院在节目名称使用的定性上，正好与“非诚勿扰”案法院的立场相反。“如果爱”两审法院完全否认该节目名称的商标功能与事实不符。

实际上，在本案中，“如果爱”除了揭示主题和标识节目外，也同时起到了标识出处的作用。原因在于，除非毫无影响，节目播出后必然会令相当数量的观众在心目中将节目名称与特定电视台联系起来，上述结果的出现不以节目名称使用者的内心意图为转移。这就意味着，节目名称确有可能与注册在第41类服务上的在先商标发生冲突。节目越成功，在业界声誉越高，其名称标识出处的功能越发凸显，与在先商标的冲突越严重。反之，在节目播出之初，或者在节目尚无影响之时，其名称只具备描述节目主题、指称特定节目的功能，而不会产生有关出处的联想，与在先商标无冲突可言。对于旨在获得成功的节目而言，如江苏卫视那样事先获得许可就是必要的。

（三）未注册为商标的作品名称出处标识功能的反不正当竞争法保护

我国1993年反不正当竞争法第5条第1款规定：“经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易，损害竞争对手：……（二）擅自使用知名商品特有的名称，……或者使用该知名商品近似的名称，……造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误以为是该知名商品。”根据上述条款，未注册为商标的作品名称可依法认定为“知名商品特有名称”而受到反不正当竞争法的保护。^[57]这种不正当竞争构成要件中所谓“造成和他人的知名商标相混淆，使购买者误以为是该知名商品”，与一般商标侵权的混淆要件并无二致。当然，能受到上述保护的只限于少数“知名作品名称”，亦即不仅标识特定作品而且指向特定出处的作品名称。

2017年11月4日修订的反不正当竞争法第6条规定，“经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：（一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称……相同或者近似的标识。……（三）擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等。”构成上述不正当竞争的核心要件依然是“混淆”、“引入误认为是他人商品或者与他人存在特定联系”。

能够被认定为“有一定影响的商品名称”的作品名称，自可适用新法第6条第1项。而正如前文所述，新法第6条第3项所列保护客体只是一种列举，理当涵盖曾经出现在送审稿和修订草案各稿中的“频道、节目、栏目的名称及标识”，乃至未曾出现在立法文件中的电影、图书、软件和游戏名称，其构成要件同样包括所谓“有一定影响”。这样，就作品名称而言，新法第6条第1项和第3项所提供的保护大致相当。总的说来，新法对于作品名称的保护程度要高于旧法，主要表现在两个方面：第一，禁止范围从可能引起狭义混淆扩展到包含可能引起广义混淆的行为。新法所谓“混淆”不仅包括“引人误认为是他人商品”

[56] 参见赵光辉与湖北广播电视台侵害商标专用权纠纷二审民事判决书，湖北省高级人民法院（2016）鄂民终109号。

[57] 参见杨远斌、朱雪忠：《论作品名称的法律保护》，《知识产权》2000年第6期，第43页以下；高富平、张立德：《作品标题的法律保护》，《法学》2003年第3期，第120页以下；张耕：《论作品标题的法律保护》，《时代法学》2004年第2期，第77页以下；张学军：《论作品名称应否作为独立作品受著作权法保护》，《人民司法》2009年第10期，第89页以下。

的狭义混淆行为,而且涵盖“引人误以为与他人存在特定联系”的广义混淆行为。第二,“有一定影响的商品名称”相对于“知名商品特有名称”而言,在作品影响力和知名度的要求上有所降低。易言之,根据新法,更多的作品名称标识出处功能可以得到反不正当竞争法的保护,且保护范围更宽。尽管如此,在混淆的认定上,符合条件的作品名称在保护范围上都只能涵盖相同或者类似的作品,难以延及商标保护语境下的相同或者类似商品。这就是说,我国法律给予作品名称的反不正当竞争保护虽然参照未注册商标,但在保护范围上则与德国标题权相同。

在美国,其联邦法律并不承认作品名称为一种独立的商业标识。^[58]在涉及作品标题保护问题时,无论其联邦专利商标局(PTO)还是联邦法院,所采用的都是衡量商标保护的法定尺度和话语体系。对于报纸、期刊和丛书类系列出版物,其名称尚可可通过获得显著性的检验而受到商标保护,而就单部作品无论是图书还是电影而言,联邦专利商标局则坚持,其名称恰如一般商品的通用名称,只能起到指称特定作品并描述题材和内容的作用,因而拒绝接受这类作品名称的商标注册。^[59]但在美国联邦法院系统,只要业经证明单部作品名称已获显著性,即指向特定出处,其权利人有权请求商标保护。^[60]对作品名称实际的保护程度与其所获商标意义上的显著性强度直接相关。^[61]为此,权威学者指出,“注册机构与法院之间的这种不谐音,严重损害了美国商标注册贴近市场实际的能力。”^[62]

对于单部作品名称,由于不能获准注册,即便法院认可其已获第二含义,依据兰哈姆法给予的反不正当竞争保护在范围上也有别于商标保护。一般来说,其权利人只有权禁止他人在相同或类似作品上使用可能引起混淆的相同或近似标题。其中,起决定作用的还是混淆可能性的认定。为此,法院常常考量作品呈现给最终消费者的总体视觉印象,包括图书开本、装帧和其他相关的区别性文字和设计。如果案外存在许多使用近似标题的同类作品,法院在混淆认定时会特别谨慎。而在不同类型、非直接竞争的作品之间,法院往往不愿作出存在混淆可能性的认定。即便两造标题高度近似,也是如此。但如果在先标题具有较强显著性,并具有一定声誉,则其权利人可以享有跨越作品类别的保护。对于定期出版物和系列丛书、电影,其标题保护范围也类似于单独作品,一般只限于同类或类似作品之间。^[63]这充分说明,在美国,无论具备商标性显著性的定期出版物和系列作品标题,还是业经证明获得显著性的单部作品标题,其所受商标性保护的实际上与德国法上的标题权大致相当。而要获得以上大致相同的保护,美国权利人的举证责任要远重于在德国请求保护的权利人。这就足以解释,美国电影协会何以自创适用于其会员的电影名称登记与仲裁制度。

可见,中美两国通过反不正当竞争法给予作品名称的商标性保护,在保护范围和强度

[58] Siehe Dr. Lars Björn Gutheil, *Der Schutz des Werktitels im U. S. -amerikanischen Recht*, LIT Verlag, 2003, S. 258.

[59] “单部作品标题既不能在主簿亦不可在副簿注册。” *Practitioner's Trademark Manual of Examining Procedure* § 1202. 8.

[60] James E. Harper, *Single Literary Titles and Federal Trademark Protection: The Anomaly between the USPTO and Case Law Precedents*, 45 *IDEA* 77 (2004 - 2005).

[61] 参见前引 [28], McCarthy 文, 第 1094 页。

[62] See J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, Vol. 2, 4th ed., 2006, § 10: 4 - 4. 1.

[63] 同上书, 第 10:15 - 17 节。

上都只相当于德国的标题权。在保护条件上,无论证明“有一定影响”(中国),还是获得商标意义上的显著性(美国),其难度都要高于证明标识特定作品意义上的显著性(德国)。其中,根据中国反不正当竞争法,无论是“有一定影响的商品名称”还是“有一定影响的域名主体部分等”,在保护条件的设置上都要高于美国法律对于作品名称获得显著性的要求。如果进而考虑前述美国电影名称登记与仲裁机制,美、德对作品名称的保护强度或许大致趋平,而中、美间的保护差距则进一步扩大。这就表明,中国现行法律难以充分维护文化创意市场上作品名称应有和实然的标识与区别功能。在这样的背景下,无论是宽泛意义上的作品权利人还是其他市场主体,均很难建立正确的作品名称权利观念。这就决定了,即便在中国市场上,相比于来自欧美的影视公司,本土企业的维权意识和能力也存在明显不足。而一旦角逐于欧美市场,长期浸淫于作品名称弱保护文化的中国出版、影视公司,在维权意识和规避法律风险的能力上亦难以与当地竞争者相抗衡。

四、作品名称的宣传促销功能与商品化权保护

在当今社会,作为市场营销的常用手段,商品化可谓司空见惯,而商品化权则依然主要停留在法理层面。与此同时,各种论著也在大致相当的意义上使用“形象权”一词。形象权最初起源于隐私保护,并一度和隐私权纠缠在一起。隐私权着眼于保护个人私密信息不被非法公开和利用,形象权则强调保障个人形象的商业开发和利用,两种权利似可构成一枚硬币的两面。随着经济形态升级和竞争加剧,营销模式不断创新,可资利用的形象逐渐从真实人物拓展到虚构角色乃至卡通形象。最终,广为人知的作品片段、标题和其他标记都在促销活动中扮演着重要角色。^[64]这样,在保护对象上,形象权就与隐私权明显区别开来。而在促销语境下,相比于形象权,商品化权又表现出更大的包容性,因而被广泛使用。尽管如此,在世界范围内,商品化的市场实践、商品化权的法理设计和制度实践之间却存在严重的脱节现象。

(一) 作品名称商品化权的法理基础与制度缺失

根据世界知识产权组织有关角色商品化的研究报告,所谓“角色商品化”,是指作者或获得授权的第三人,基于特定角色的亲和力对其本质特征以创造消费需求为目的的二次利用。^[65]稍作修改,上述定义完全可适用于作品名称等标识。一般来说,商品化都在其客体原初所在领域之外进行,亦即,表现为宽泛的二次利用。就绝大多数客体而言,首次利用往往出现在极易吸引眼球的娱乐、体育或者宣传产业,二次利用的价值正好建立在首次利用所获人气和盛名的基础之上。^[66]由此,商品化的基本特征可概括为:第一,其客体基于首次利用获得的声誉,对于消费大众具有极强的吸引力和亲和力。第二,商品化是将客体运用在有别于首次利用的商品或者服务上。第三,由于爱屋及乌的移情作用,消费者对特

[64] 参见吴汉东:《形象的商品化与商品化的形象权》,《法学》2004年第10期;李明德:《美国形象权法研究》,《环球法律评论》2003年第4期,第474页;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年版,第1页。

[65] See WIPO, Character Merchandising, WO/ INF/ 108, December 1994, p. 6.

[66] Christian Schertz, Merchandising-Rechtsgrundlagen und Rechtspraxis, C. H. Beck Verlagsbuchhandlung, 1997, Rn. 13.

定客体的好感、信赖乃至喜爱转移到新的商品或者服务上,进而产生购买和消费欲。可见,在本质上,商品化就是一种促销和宣传活动。

按照德国学者的定义,商品化的客体十分广泛,主要表现为广受民众喜爱的各种“形象”,尤其包括虚构角色、真实人物形象、名称/姓名、标题、商业标记、其他标识、装饰元素、设计和图片。在商业标志体系中,作品标题营销或者商品化可谓独具特色。通过适当的广告宣传,作品及其标题都可在极短时间内获得惊人的知名度,影院大片、热播新剧、畅销图书、热门软件和电子游戏都是如此。在这种情况下,作品标题既承载着巨大的商业价值,又特别仰赖法律的有效保护。与此同时,受档期和其他商业周期的限制,这些作品及其标题可供集中开发利用的时间一般不长,而利润又可能特别高,因而对那些有组织的“市场海盗”极具吸引力。一般来说,由于与作品紧密关联,标题常常充分提炼、浓缩和凝聚其内容的精华,因而不仅引人关注、使人在轻松愉快的氛围中铭记在心,而且在很大程度上还承载着激情迸发的想象和期望。凡此种种,均可通过合理营销转移到作品之外的商品上。而如果作品标题遭受扭曲性使用,其所承载的声誉和形象又极易受损。^[67]这就从正反两方面揭示出标题商品化的商业价值和给予其法律保护的迫切需要。

对于作品名称、卡通形象和虚构角色而言,虽然商品化许可成为影视衍生产业发展的重要支撑,但在司法实践中,法院仍然倾向于在传统知识产权法中寻找法律依据。在美国,如果作品名称同时也是角色名称,则其商品化可受版权法保护,具体标准又因文学作品角色、卡通形象和影视作品角色而不同。而纯粹的作品名称,其商品化的保护则只能适用商标法获得显著性法理、反不正当竞争语境下的混淆、不合理利用他人成果等规则。^[68]在影片角色和名称商品化许可日益普遍的背景下,消费者已习惯于认为,在使用电影名称和角色形象的商品与影片权利人之间存在许可关系。这样,赞助、联盟、许可、认可和联想性混淆的适用就足以确保实际上已被认定为商标权人的作品名称权利人有效控制对其标题的各种商品化营销。^[69]在德国,其法律对真实人物人格要素以外之商品化权的保护同样诉诸著作权法、邻接权法、外观设计法、商标法和反不正当竞争法。^[70]而真实人物姓名、形象等人格要素商品化,则概由一般人格权来调整和保护。可以说,在世界范围内,实体意义上的商品化权专门保护制度尚付阙如,只有美国建立在州法基础上以真实人物人格要素为保护对象的形象权制度属于例外。

(二) 当下中国制止商标抢注语境下的作品名称商品化权

在当下中国,节目名称、影视片名的商品化现象十分普遍。其中,最为典型的莫过于将影视大片名称注册为商标,利用影视大片的声誉和亲和力培育品牌、促销商品。为防止这类商标抢注,影片和节目权利人常常将其作品名称在不同类别商品或者服务上大量注册

[67] 前引[18], Ingerl/Rohnke 评注,第15条,第213节。

[68] 同属角色名称之作品名称商品化的版权保护标准分为以下三种情形:第一,文学作品角色是指完全通过语言进行描述的虚构角色。第二,就卡通角色而言,只有本身构成独立表达因而可认定为作品的角色才受版权法保护。第三,影视作品角色的保护则兼采文学作品角色和卡通形象的保护标准。参见刘亚军、曹军婧:《虚拟角色商品化权法律保护刍议——美国实践的启示》,《当代法学》2008年第4期,第53页。

[69] 参见前引[62], McCarthy 书,第10:18-21节。

[70] Christian Schertz, Merchandising-Rechtsgrundlagen und Rechtspraxis, C. H. Beck Verlagsbuchhandlung, 1997, S. 126-162; Matthias F. Meyer, Charakter Merchandising—Der Schutz fiktiver Figuren als Marke, Peter Lang GmbH, 2003.

商标。尽管如此，借力注册商标维护作品名称权益并非万全之策，原因在于：首先，大量注册乃是一项特别繁琐的工作，且无论如何，商标注册不可能全类覆盖。其次，要维持有效注册，注册者必须实际使用商标。这也超出影视作品权利人的能力范围。这样，只有在法律上明确承认知名作品名称构成我国商标法第32条意义上的在先权利或法益，作者、制片人可据此对作品名称商标抢注者提出异议或请求宣告无效，其正当权益才能得到有效维护。就此而言，2003年“五朵金花”案乃是承认知名作品名称商品化权的先声。经二审法院主持调解，“五朵金花”商标注册者一次性补偿电影《五朵金花》剧本作者税后40万元。这就在实质上表明，将知名影片名称注册为香烟商标，是对影片声誉和影响的不当利用。^[71]

近年来，无论负责商标复审的商标评审委员会（简称“商评委”）还是商标行政诉讼终审法院北京市高级人民法院，对知名作品著作权人针对抢注其作品名称者所提起的无效宣告请求均持支持态度，但裁定和判决理由却存在明显区别。商评委认为，将他人知名节目名称注册为商标，有商标法第10条第8项意义上的“其他不良影响”，这样的注册应依法宣告无效。^[72]而北京高院则主张，知名节目名称属于商标法第32条意义上的合法权益，^[73]亦即商品化权，^[74]节目制作人可据此制止他人将其节目名称注册为商标。后来，商评委最终也认可了“申请人基于同名系列影视作品名称而享有的在先权益”。^[75]最高人民法院在其新近颁布的司法解释中也有条件地认可，具有较高知名度的作品名称构成商标法上的在先权益。^[76]在当下中国，在制止商标抢注的语境下，对知名作品名称商品化权的适用条件和法理基础可作如下分析：

第一，作品尚在著作权保护期内，且作品名称具有较高知名度。保护期届满的作品依法进入公共领域，其名称自无产权可言。而具有较高知名度，更需要从多方面进行分析。首先，作品名称的知名度源于劳动和资本的投入，源于成功的营销宣传和广泛传播，更源于原作者、改编者、剧作者和导演的天赋和才情。这就在朴素的财产权劳动观念层面为作品名称的产权归属奠定了正当性基础。其次，知名度意味着吸引力，意味着宣传促销价值，也只有那些具备较高知名度的作品名称才有条件投入商品化营销。再次，具有较高知名度的作品名称，在指向特定作品的同时，往往也获得了标识和区分作品出处的强显著性，而作品出处又常常是多元的，包括作者、改编者、剧作者、出版社、导演、制片公司乃至主要演员，这就使得作品名称不仅可在标识多元出处意义上作为未注册驰名商标受保护，而且又由于承载多重主体的良好声誉，为商品化营销奠定坚实基础。可以说，具备较高知名

[71] 参见张晓宁、张洋：《关于保护作品标题的研究》，《中国检察官》2011年第6期，第67页以下。

[72] “中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会等与泉州市天线宝宝食品有限公司商标撤销争议复审行政纠纷上诉案”，北京市高级人民法院（2010）高行终字第1237号行政判决书。

[73] 参见“迪斯全球有限公司等诉商评委商标争议行政纠纷案”，北京市高级人民法院（2014）高行（知）终字第2484号行政判决书。

[74] “梦工厂动画影片公司等诉商评委商标异议复审行政纠纷案”，北京市高级人民法院（2015）高行（知）终字第1973号行政判决书。

[75] 第10660950号“太空堡垒·卡拉狄加 BATTLESTAR GALACTICA”商标无效宣告案。

[76] 《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》（法释〔2017〕2号）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。”相关评述参见杜颖、赵乃馨：《缓行中的商品化权保护——〈关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定〉第22条第2款的解读》，《法律适用》2017年第17期，第2页。

度的作品名称已非单纯的作品名称，而是具有丰富含义、凝聚极高价值的商业标志。

第二，将知名作品名称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，其实质就是容易让相关公众混淆误认，这是一种广义的混淆。而按照北京高院的想法，“相关公众将对作品的认知与情感投射到名称之上，并移情于使用了该名称的商品或者服务上，作品权利人由此获得新的商业价值和交易机会，并对作品名称享有商品化权。”〔77〕如果他人未经许可对作品名称作了上述类型的使用，则侵犯权利人的商品化权。

第三，关于知名作品名称商品化权的保护范围。在商品化权语境下，我国商评委将对影视名称的保护范围限定在常见影视衍生商品或者服务类别上。〔78〕实际上，作品题材、内容、情节、受众、导演、制片人和出版社等都会对其名声和影响所及的人群和行业产生影响。就商品化所赖以开展的“移情”“爱屋及乌”等心理活动而言，对特定作品的“情”“爱”往往只能“移”到有限的商品或者服务类别，就影视作品来说，则限于影视衍生产业。

结 论

在市场上，各种商业标志共同的作用都在于有所标识和区分，在标识和区分的具体内容上，却存在或明显或细微的差异。由于作品不同于一般商品，作品名称的标识与区分作用自然有别于一般商品的通用乃至特有名称。进而言之，作品名称的标识与区别机理与商标、商号虽存在共同基础，却不乏自身特色。在文化创意产业迅猛发展的当下，作为这一特殊市场独有的商业标志，文化产品即广义作品之名称理当在商业标识法体系中占据应有的地位。

在商业标识整体立法上，本文重点研究的德国和美国都采取统一立法模式。在德国，商标、企业名称、作品名称和地理标志都由其商标法调整，反不正当竞争法则提供一种补充和兜底性保护。在美国联邦法律层面，上列各种商业标志的保护乃至反不正当竞争保护都集中在一部兰哈姆法。尽管如此，在具体制度设计上，德、美的差异十分明显。德国特别重视各种商业标志的特殊性，创设出包括商标权、标题权、商号权、地理标志权在内的多种商业标识权。可以说，德国商标法既十分强调这些权利的共同基础，又特别关注其各自特点。实际上，在欧盟范围内，法国和意大利等主要国家亦建立了与德国标题权相类的作品名称保护制度。〔79〕而在美国，商标权则是所有商业标志保护的样板。在整个商业标志领域，无论立法还是司法，采用的都是商标式话语体系。这一话语体系看似普遍适用，实

〔77〕 前引〔74〕判决书。

〔78〕 “如果他人将知名影视名称注册和使用在常见影视衍生商品上，容易使相关公众误以为该他人与知名影视发行方具有关联或已获其授权，从而对商品产生好感以及信任感。”参见前引〔75〕，第10660950号商标无效宣告案。

〔79〕 法国知识产权法典第L112-4条规定：“即便作品已不再受保护，其标题也不得在可能引起混淆的情况下用于区分同类作品。”该条款虽然出现在著作权部分，其目的却是防止混淆。如要定性，当属商业标识权或者反不正当竞争法保护。意大利著作权法亦有类似规定：“重制或仿制他人同类著作名称、标记、装帧等足以混淆原著的，视为不正当竞争予以制止。”参见前引〔57〕，杨远斌等文，第44页。有关欧洲国家保护作品名称的具体情形，参见Melissa Sayiner-Fraser of Lovat, *Werktitelschutz in Europa*, Wissenschaftlicher Verlag Berlin 2010。

则难免“失语”。尽管存在上述区别，但无论德国还是美国，对作品名称的保护程度都高于中国当下法律。这种现状不仅不利于培养国内文化创意企业保护作品名称的法律意识，而且可能导致本土企业在维权和法律风险防范能力上，相比于欧美企业处于明显下风。

我国法律的近代转型主要借鉴了以德国为代表的大陆法系立法，反不正当竞争法的制度设计也受到德国法系诸多影响，同一领域的理论研究亦是如此。因此，借鉴德国标题权立法，建立专门的作品名称保护制度，既是文化创意产业迅猛发展的客观需求，又契合我国法律移植传统，且能与现行法制充分兼容。正如作品名称的标识功能与保护机理不同于商标和企业名称，不同类型作品名称的作用机理与保护机制亦不尽相同。本文主要针对传统图书、报刊、电影和电视节目名称的研究，还只是一个开端。

Abstract: As a special business sign in the culture market, the title of a work plays an extremely subtle role of identification, which involves multiple legal relations. In terms of the basic function of identifying and distinguishing a particular work, the title of a work shall be protected by *sui generis* title right. If the title actually identifies the origin of the work, it may be protected as a trademark. As to cultural masterpieces, the titles also function as a channel of advertisement and promotion, of which merchandising right should be regulated by law. Although titles of works could be subject matter of multiple rights, they only enjoy very limited protection as “specific names of famous products” before the newly promulgated revision of the Anti-Unfair Competition Law in China. As a result, titles of works are not effectively protected domestically and Chinese enterprises lack the ability to enforce their rights and prevent risks when competing with their counterparts in overseas markets. In the revision of the Anti-Unfair Competition Law, China has made some beneficial explorations in introducing the legal framework of title protection. Although Article 6 (3) of the Law only explicitly mentions “main part of domain names, web names and web pages”, the enumerative approach of legislation and its catch-all Article 6 (4) opens a possibility to provide the above-mentioned protection to titles of newspapers and magazine, films, software and video games, etc. In the short term, amendment to Article 6 (3) could be made on the basis of its judicial application so as to set up a more targeted *sui generis* regime of title protection. In the long run, it is necessary to revise both Anti-Unfair Competition Law and Trademark Law to enable the Trademark Law to cover title protection and officially establish *sui generis* title right.

Key Words: titles of works, title right, trademark right, merchandising right, Anti-Unfair Competition Law
