



现阶段运动员形象商业开发和利益分配制度的完善*

张志伟

(河南师范大学 法学院 河南 新乡 453007)

摘要:不少学者主张在法律上设置形象权来解决运动员形象商业开发和利益分配中国家与个人的突出矛盾。但在举国体制依然是我国体育事业指导方针的现阶段,设置形象权尚缺乏足够的正当性。因为设置形象权与举国体制下形象财产权利主体的双重性相矛盾,同时不利于我国举国体制目标的实现。现有制度在解决运动员形象商业开发和利益分配问题上并没有忽视运动员的个人权益,它在坚持举国体制的前提下,有统筹兼顾运动员权益的进步意义,但其问题在于形象商业开发上运动员被管得太死和利益分配上太过统一。国家应针对现有制度中存在的问题,通过完善现有制度以解决国家与个人的突出矛盾。现有制度可以考虑这样的完善思路:在商业开发问题上以国家主导为主,赋予运动员一定的自主开发权;在保证运动员享有最低分配比例收益的基础上,分配比例多元化、动态化。

关键词:运动员形象权;形象财产;商业开发;利益分配;举国体制

文章编号:1001-747X(2019)01-0018-08

文献标志码:A

中图分类号:D912.16

DOI:10.16063/j.cnki.issn1001-747x.2019.01.003

Perfection of Athlete Image Business Development and Profit Distribution System at the Present Stage

ZHANG Zhiwei

(Law School of Henan Normal University, Xinxiang 453007, China)

Abstract: Many scholars advocate setting up right of publicity in law to solve highlighted contradiction on athlete image business development and profit distribution between country and individual. However, at the background of the whole nation system, it's lack of legitimacy to set up right of publicity. Setting the image right under the national system contradicts the duality of the subject of the image property, and not conducive to the realization of the objective of sports system in China. The existing system to solve the problem on athlete image business development and profit distribution doesn't ignore the personal rights, it makes progress on overall consideration athlete's rights; however, athletes are micromanaged as well as profit distribution is too unified on business development. Country should solve the problems in the existing system, by improving the existing system in order to solve the contradiction of the State and the individual. The paper could consider such a complete train of thought: on the problem of business development, it is mainly dominated by our country, meanwhile athletes are given certain independent development right; on the basis of the minimum allocation proportion for athletes, allocation manner could be diversified and dynamic.

Key words: athlete right of publicity; image property; business development; profit distribution; the whole nation system.

1 问题的提出

知名运动员的形象是一项无形财产,蕴含着很大的商业价值。但这些年来,围绕着这一无形财产,国家队运动员与其所在的相应运动管理中心纠纷不断,如“姚明的一元钱诉讼”“田亮被中国跳水队开除”“罗雪娟被下放”“孙杨公开跟国家游泳管理中心交恶”等^[1-2],这些纠纷主要源于运动员形象商

业开发与利益分配上存在的问题,体现在2个方面:运动员想自主参加商业活动和运动管理中心对运动员训练管理之间的矛盾;运动员形象价值被商业开发后,物质利益如何分配的矛盾。运动员往往主张独享商业收益,而管理中心则坚持分配应体现国家和集体的利益。以“宁泽涛事件”为例,2011年中国游泳协会下发的《国家游泳队在役运动员从事广告经营、社会活动的管理方法》规定,国家在役游泳运动

* 收稿日期:2018-01-15;修回日期:2018-04-07

基金项目:国家社会科学基金项目(14BTY042)

作者简介:张志伟(1977-),男,河南杞县人,教授,博士后,研究方向为法理学、知识产权。

员的无形财产属国家所有。因此,在役运动员必须经游泳运动管理中心批准,方可进行广告经营活动和社会活动。宁泽涛不经游泳管理中心许可,与游泳管理中心赞助商蒙牛处于竞争对手的伊利签订了广告合同,致使宁泽涛几乎无缘里约奥运会。“商业代言要不要经过管理中心批准”“宁泽涛代言的广告费到底该给谁”,“宁泽涛事件”出现后,更是引起越来越多的人关注和思考这方面的问题。

国家体育总局 2006-09 公布实施的《关于对国家队运动员商业活动试行合同管理的通知》(以下简称《管理通知》)、国家体育总局 2001-10 公布实施的《关于运动项目管理中心工作关于化有关问题的通知》(以下简称《问题通知》)是现行的关于运动员形象商业开发和利益分配问题的 2 个规范性文件,文件在效力级别上属于部委规章。规章属于我国法的渊源,具有法的效力。前者重点在于规范运动员形象商业开发权的问题,后者重点在于规范运动员商业开发利益的分配问题。不少学者都认为在日益强调个人利益和个人权利的今天,这 2 个文件已落伍。因为这 2 个文件实质上是以行政管理的方式来处理运动员形象的商业开发与利益分配问题,忽视了运动员的个人权利和利益。但规范运动员形象商业开发和利益分配的 2 个文件是否真的忽视了运动员的个人权益,是需要立足于实际给予认真评析的,否则就是主观主义的认识。

很多人主张在法律上设置形象权,认为这样不但有利于保护运动员形象这一无形财产利益,而且有利于解决运动员的形象开发和利益分配问题^[1]。有人认为形象权归运动员个人独享^[3]。也有人认为运动员形象权并不一定归个人所有^[4]。在笔者看来,现阶段我国法律上设置形象权是否具有足够的正当性是值得商榷的问题,下文将对这一问题进行专门论述。另外一种思路是基于我国运动员的形象资产在产权归属上属于混合制性质或者说共有制性质,主张现阶段我国政府应当尽快完善运动员形象商业开发和利益分配制度^[5]。但是如何完善则缺乏有说服力的研究。如有学者认为,优秀运动员的个人无形资产开发应该由运动员个人行使,但各级体育组织代表国家培养运动员也需要运动员通过创造优异成绩来完成本职工作,因而运动员应该服从管理^[6]。一方面要求运动员服从管理,一方面赋予运动员自主开发权,二者显然是矛盾的。有人认为,商业开发权交给国家,由国家代表形象财产的权利主体经营开发,收益则由双方共享^[7]。但商业开发权完全交给国家,则意味着运动员在形象商业开发收益中总是处于被动的地位,因为国家和运动员

在利益目标上并不完全一致,国家偏重于竞技成绩而非形象的商业开发。也有人认为,俱乐部产权制度是适合运动员人力资本特征的最有效的产权制度,可以突破我国运动员人力资本的“产权困境”^[8]。但问题是我国现阶段整体上还不可能通过体育俱乐部的方式培养运动员,现阶段我国对体育人才的培养仍依赖举国体制。

总之,当前对运动员形象商业开发和利益分配问题的研究虽然取得了丰硕的成果,但如何从制度上现实、合理地解决运动员商业开发与利益分配中的问题仍需做进一步的研究。笔者将在辨析法律上设置形象权的正当性是否充分和评析 2 个规范性文件的基础上,提出完善现有制度的具体思路,以解决现阶段运动员形象商业开发和利益分配中的突出矛盾。

2 法律上设置形象权作为解决运动员形象商业开发和利益分配制度的正当性不足

2.1 设置形象权与举国体制下形象财产权利主体的双重性相矛盾

通过自然人形象的符号意义来推销商品,业已成为一种重要的商业运作模式。为调整由形象符号商业化使用带来的利益分配问题,有的国家产生了形象权法律制度。形象权最早起源于美国,1953 年纽约第二巡回上诉法院在海兰实验室诉口香糖公司案中首次提出了“形象权”概念,审判法官在审理此案中这样认为“很多知名人物(尤其是演员和球星)并不因为他们肖像的公开而感到情感的伤害。除了独立的隐私权之外,每个人还应就其肖像的商业价值享有权利,即享有允许他人独占性地使用自己肖像的权利……这种权利可以称之为‘个人形象权’”^[9]。我国现行法律并没有设置形象权。我国学者在翻译国外形象权资料时开始了对它的研究。对于何为形象权,我国学界有多种定义。吴汉东教授的观点颇具代表性,他认为“所谓形象权是指民事主体对其知名形象进行商品化利用并享有利益的权利”^[10]。由美国的判例和我国学者的定义可以看出形象权的权利主体是人格符号指代的知名人士。尽管人们对形象权的内涵存在诸多争议,如形象权的客体是否包括非人格形象,主体是否仅局限于名人而不包括普通人等。但对以人格形象为客体的形象权,权利主体是人格形象符号所指向的自然人这一点上大家是没有分歧的,已经形成了普遍共识。因为形象权是基于人格权发展而来的新型私权,注定这一制度与人格权有不解之缘。在民事客体范畴中,诸如姓名、肖像等人格利益,在传统上属于人格

权的保护范围。形象权是人格权的一部分^[11],人格权是与人身须臾不可分离的一项民事权利,它的主体必须是特定的个人。但形象权又是一项财产权,权利人可以有偿许可他人使用。这就与纯粹的人格权区分开来。虽然传统的人格权如肖像权受到侵害后可以获得一定的财产补偿作为精神损害赔偿,但财产利益并不是人格权的当然内容^[12]。形象权是一项复合型权利,具有人格权与财产权的双重属性^[9]。人格权的属性注定其权利主体是特定的个人。所以,运动员形象权一般是指知名运动员将表现其身份的个性特征用于商业使用的权利。从权利主体来看,只能是运动员本人。设立形象权意味着权利主体是确定的个人,但是反过来,如果不设置形象权,仅讨论形象财产的产权归属,就可以摆脱形象权主体特定的问题。形象权是欧美国家基于本国的法律实践发展出来的解决知名运动员等形象产权归属的一条法律路径,却不一定适合我国。并且形象作为一项无形财产,其产权归属从理论上讲并非一定专属于人格符号指代的个人^[13]。

知名运动员的形象蕴含着极高的商业价值。之所以蕴含极高的商业价值是因为该形象的知名度高,对社会大众或者消费者而言有着很强的吸引力,即信誉,这种形象转向市场后与特定的商品相结合就能够使消费者产生好感。从而使商家形成市场竞争优势,迅速占据市场份额,获得巨大的商业利益。但这种信誉是怎么来的呢?是运动员凭借自己先天的人格符号难道就能获得吗?显然不是,一个运动员由不知名到知名需要一个过程。运动员形象之所以成为财产,根本上在于其知名。而一个普通的运动员要成为一个知名的运动员主要靠的是什么呢?应该说主要靠运动成绩。运动成绩是运动员安身立命、得以扬名的主要因素。世界上知名的运动员基本上都是运动成绩优异、获得诸多荣誉的运动员。成绩优异的运动员未必成为知名的运动员,但成绩不突出的运动员基本上不可能成为知名的运动员。运动员形象所具有的吸引力主要来自于运动员的成绩。姚明、刘翔、宁泽涛等这些体育明星的形象价值始终与其运动成绩成正比就可以说明这一点。另外,我国不少知名运动员退役后都进军娱乐圈,但却鲜有成功者,也足以证明成绩在维系运动员知名形象中的显著作用。那么,运动员的优异成绩是怎么取得呢?这个问题的分析直接关系到形象财产的产权归属。

欧美发达国家对运动员的培养是运动员一开始就作为劳动主体进入体育市场,走职业化道路,运动员从小到大的整个成长过程基本上都是个人和家庭

的投入,其成名后的所有商业收益及权益以及未成名的风险都由运动员本人自己承担,在这种培养模式下,自然地其产权就全部归属于运动员本人。形象权制度起源于美国,从一开始就将形象权的主体界定为本人是有实践背景的。而目前我国的竞技体育实行的是举国体制,从业余体校、专业体校到省市体工队再到国家队,运动员要通过层层输送、选拔,而能够成为世界冠军的寥寥无几。在这个过程中,运动员的培养依靠国家大量的人力、物力、财力的投入。高水平运动员参与的国内、外重大赛事的各项决策都属于政府行为,支撑我国高水平运动员训练比赛的各项物质基础同样来源于政府财政^[14]。我国运动员的成长离不开国家的培养,和欧美国家运动员主要靠自身和家庭投入不同,具有鲜明的中国特色。所以,形象财产的产权在欧美国家不是个问题,在我国就成了一个突出问题。从产权经济学来看,产权的界定一般按照“谁投入、谁所有”的原则进行,那么国家理应享有形象财产的产权。但运动员也有理由认为产权是属于自己的,因为他也有投入,包括运动天赋、机会成本、高风险性等^[15]。从广义上说,一切能带来财富和利益的手段都可以称为资本。这些资本可分为人力资本和非人力资本^[16]。运动员本身的投入属于人力资本投入,而国家以非人力资本投入为主。运动员和国家都属于资本的投入者。二者都是形象财产的权利主体,是形象财产的共有人。

国家体育总局发布的《管理通知》中明确表示,运动员无形财产的形成,是国家、集体大力投入、培养和保障的结果,同时也是运动员个人努力的结果。应该说这种表述是客观中肯的。同时,也间接地规定了运动员形象财产的权利主体是国家(涵盖集体)和运动员共同所有。在举国体制下形象作为一项无形财产,其权利主体并非仅是运动员,而是由国家、集体和运动员共同所有。这些年来,诸多相关研究都没有区分形象财产与形象权的异同。有人认为,运动员形象权归国家所有^[4]。这种观点同认为运动员形象上面所承载的财产一定属于运动员个人独有的观点一样,都混淆了形象与形象权的关系。原国家体委1996年颁布的《关于加强在役运动员从事广告等经营活动管理的通知》(505号文件)第1条第1款“在役运动员形象权归国家所有”,这个规定不仅违反了绝对权须法律创设的立法原则,还对形象权的主体进行了错误的界定。其实该规定要说的是形象财产归国家所有。形象作为一项无形财产,其权利主体是不确定的。但形象权作为一项复合型民事权利,其权利主体是确定的,即拥有特定人格符号

的个人。有人认为我国立法应该引进形象权, 形象权归属运动员本人所有, 投资者有权分享运动员的形象权的使用权和收益权^[17]。这种观点较为流行。但形象权是民法上的一项绝对权^[12], 具有垄断和独占的权利属性。权利主体对其形象有支配、使用、收益的排他性权利。他人不经权利人许可是没有资格与权利人共同行使权利、分享利益的。这是民事绝对权的基本原则。

2.2 不利于我国举国体制目标的实现

在法律上设置形象权不但与举国体制下形象财产权利主体的双重性相矛盾, 还会与举国体制的目标相冲突。举国体制是指国家以国家利益为最高目标, 动员和调配国家的一切精神和物质资源, 攻克某一项世界尖端领域或国家级特别重大的项目的工作体制和运动机制。相应的, 举国体制下国家运动员主要任务是完成训练和比赛任务, 取得优异成绩, 为国争光。若是在法律上设置形象权, 意味着管理中心将无法以行政管理的方式限制运动员做广告等商业活动和分配商业利益。因为形象权是法律规定的公民的一项重要民事权利, 国家有尊重和保障的义务。运动员和各运动管理中心的关系将会变得平等, 如同欧美国家运动员和俱乐部或者体育行会之间的关系一样。运动员与俱乐部或者体育行会关于运动员形象开发方面存在着利益冲突, 运动员虽处于弱势, 但国家通过《劳动法》等社会保障法基本上使双方处于平等协商的地位, 运动员在形象商业开发方面仍保留着较大的自主权。在我国不设定形象权的情况下, 形象财产由国家和运动员个人共同共有。根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 89 条, 共同共有对共有财产享有共同的权利, 承担共同的义务, 一方使用共有财产要经过对方同意。共同共有是一种民事法律关系。但在举国体制下国家与运动员之间首先是一种管理与被管理的行政法律关系。不过, 由于这种共同共有的民事法律关系和管理与被管理的行政法律关系二者之间有一定的交集——运动员商业开发自己的形象要经过国家同意, 所以, 这 2 种不同的法律关系可以不相冲突地存在。需要指出的是, 国家如果要对运动员形象进行商业开发, 则不能单方进行, 须经运动员本人同意, 因为国家与运动员之间的行政法律关系在内容上主要是训练管理, 不包括国家主动进行的形象商业活动。反之, 运动员对形象进行商业开发, 属于训练管理的内容, 需要经过国家的同意, 因为运动员主动从事形象商业活动往往关系到训练能否正常进行。

我国法律赋予运动员形象权之后, 其商业活动

将会增加, 客观上会使其训练受到较大的消极影响, 比赛成绩会因为训练的弱化而下滑。国家耗费巨资培养的体育健儿可能会因为过多的追求形象权带来的利益而不太重视运动本身。这完全有悖于我国举国体制的目标。事实上, 这种情况一旦发生不仅仅是国家的损失, 对运动员本身也是一种遗憾。我国尚处于社会主义初级阶段, 还不是一个体育强国, 同时, 市场对体育的调节还不深入, 社会对运动项目的赞助体系还不健全, 故而不能建立, 也不可能建立像美国、欧洲等发达国家一样的竞技模式^[18]。举国体制在现阶段的中国仍有继续存在的正当性和合理性。这就说明了加强体育训练和政府投资体育的重要性, 就需要对运动员的商业活动给予必要的限制。形象权的设置无疑对运动员的权利与利益起到了更好的保护作用。但在举国体制下, 国家的利益依旧是最高利益, 在一定程度上是高于个人利益的。而形象权, 则完全是个人权益觉醒的产物, 它要求对个人权利的高度保护, 因此, 法律上设置形象权暂时不符合我国举国体制的大背景。从保护形象财产的角度讲, 借用现行的反不正当竞争法的一般条款完全可以做到有法可依。所以, 我国现阶段在法律上设置形象权尚缺乏足够的正当性。

3 既有文件在解决运动员形象商业开发和利益分配问题上的进步与不足

既有文件指的是国家体育总局 2006 年公布实施的《关于对国家队运动员商业活动试行合同管理的通知》和国家体育总局 2001 年公布实施的《关于运动项目管理中心工作规范化有关问题的通知》。举国体制下我国竞技体育的目标是集中有关的人力、物力、财力, 提高运动员的专业素养, 在国际体育项目比赛中获得优异的成绩。这就与运动员追求的经济利益存在一定的冲突。习近平总书记在会见第 31 届奥林匹克运动会中国体育代表团全体成员时指出, 加快推进体育改革创新步伐, 更新体育理念, 借鉴国外有益经验, 更好发挥举国体制在攀登顶峰中的重要作用, 为我国体育事业发展注入新的活力和动力^[19]。不难看出里面有 2 层意思: 第一是坚持举国体制; 第二是通过改革现有制度完善举国体制。完善举国体制需要从完善改革具体的制度做起, 需要看到现有制度的进步和不足。上面 2 个文件是规范运动员形象商业开发和利益分配的主要制度。相比以前的同类文件有其进步意义。《管理通知》取消了 1996 年 505 号文件《关于加强在役运动员从事广告等经营活动管理的通知》中一些明显不合理的规定, 如“运动员的无形财产属国家所有”。《管理

通知》同时指出,“运动员商业开发活动应当服务于项目发展和运动队建设,有利于运动队的教育和管理,不得冲击队伍的正常训练秩序,影响队伍的稳定和发展。要保障国家队训练竞赛任务的顺利完成,同时在保障国家集体荣誉的前提下,充分尊重运动员的各项权益”。既要保障国家对训练比赛任务的顺利完成,又要保障运动员的合法权益,这比原来只提国家利益、不提个人利益的规定进步了,符合市场经济条件下利益多元化的社会现实。国家体育总局在《问题通知》中规定,运动员商业性广告收入的分配应兼顾各方面的利益,使中心与地方的利益得到合理体现。原则上应当按照运动员个人 50%、教练员和其他有功人员 15%、全国性单项体育协会的项目发展基金 15%、运动员输送单位 20% 的比例进行分配。这个文件基本上规定了我国运动员的商业价值的归属和利益分配的标准。可以看出,体育总局的这项规定意在兼顾各方主体的利益。在确保国家利益的前提下,承认和兼顾个人利益、集体利益和地方利益。这个规定的进步意义在于通过这一具体的分配原则不仅承认了运动员形象财产权利主体的非单一性,即不为国家独享,也不为运动员独享,更为重要的是,它体现了利益均衡的分配指导思想:在对运动员商业活动所得的利益进行分配时,要统筹各方面的利益,以实现价值分配的均衡化、合理化。这个分配方案对运动员的分配利益规定为 50%,采取了共有财产在份额无法确定时共有财产平均分配的思想,从立法精神看是公平的。有这样一个明确的方案,实践当中也为运动员获取分配利益提供了合法性基础。应该说这个规定在维护运动员个人权益、平衡各方利益方面还是有积极作用的。在肯定现有制度进步意义的同时,也应该看到这 2 个文件所存在的问题。

根据《管理通知》,运动员可以与主管部门通过签订合同的方式,协商运动员在商业开发过程中的程序性问题,选择自己认为合理的开发模式,确定好权利归属问题。双方协商、订立合同应该说是解决运动员形象商业开发问题的理想方式,在运动员入队之前把所有的权利、义务和责任以合同的方式确定下来,有助于运动员与管理中心之间权责明确,激发运动员为国效力的热情,也会减少利益主体之间的冲突。但是一个公正的合同需要在双方处于平等的条件下方能达成。运动管理中心与运动员相比处于强势地位,运动员明显处于弱势地位。这是因为现阶段国家投入依然是竞技体育发展的主要保障,竞技体育人才的培养并没有真正走进市场、面向社会,竞技体育的运行模式依然是行政管理体制。代

表国家的运动管理中心是管理者,而运动员是被管理者。运动员签订的基本上都是运动管理中心拟定好的格式合同,几乎没有商量的余地。并且《管理通知》中规定“各单位实行运动员商业活动合同管理要注意与国家队现行规章制度的衔接”,管理国家队的现行规章制度基本都是行政管理性质的,如运动员参加商业活动应征得运动管理中心的同意,并且接受其管理的方式。所以,合同管理仅具有形式意义,对运动员商业开发活动的管理依然是行政监管模式。各个项目运动管理中心视自己为运动员的“代言人”。这种行政管理模式的最大问题是对运动员管得太死,对运动员形象商业开发的自主性缺乏关照,这就导致运动员的利益很难得到应有的保障,就无法适应社会转型引起的利益主体多元的社会现实。《管理通知》与 505 号文件相比在对运动员的管理上并没有实质性地改变,都是对运动员管得过死。另外,《问题通知》对运动员形象商业收益的分配采取一刀切,而不考虑运动项目的特点区别分配比例,也是欠缺合理性的。刘翔在 2004 年的雅典奥运会上勇夺亚洲首枚男子 110 m 跨栏项目的金牌,实现了亚洲人在男子短距离项目上的突破,他顿时成为全国乃至全世界关注的公众人物。与跳水、乒乓球、射击等我国的传统优势项目相比,其个人的贡献度明显超过这些项目中取得冠军的运动员的贡献度。如果以同样的比例分配商业收益,则显失公平。

现有制度在坚持举国体制、维护国家利益的前提下,试图通过合同管理和明确的利益分配比例来解决运动员形象商业开发与利益分配中的矛盾,应该说有统筹兼顾运动员个人权益的进步意义,但由于存在商业开发上运动员被管得太死和利益分配上太过统一的问题,国家与运动员个人的矛盾仍然比较突出。

4 我国运动员形象商业开发与利益分配制度的完善

在确保国家利益的前提下,更好地兼顾个人利益,是时代发展的要求,无疑是完善举国体制的重要内容。有学者认为“这个阶段,我们首先要承认和兼顾运动员个体的利益”^[14]。事实上,国家体育总局以规章的方式一直在推进运动员形象商业开发和利益分配问题的解决,如规章中通过明确的分配比例规则来解决收益分配问题,以避免使用行政手段硬性分配。“要保障国家队训练竞赛任务的顺利完成,同时在保障国家集体荣誉的前提下,充分尊重运动员的各项权益”,这个指导思想立足于我国举国

体制和利益多元化的实际情况,大方向是对的,只是在具体规则方面可以规定得更科学、合理一些。为解决运动员形象商业开发和利益分配中国家与个人的突出矛盾,国家应针对现有制度中存在的问题,通过完善现有的制度加以解决而非另起炉灶。

有学者认为西方发达国家在解决运动员与俱乐部之间的形象商业开发与利益分配的问题时,通过集体谈判制度协调各方利益是比较成功的方式^[14]。运动员通过集体谈判可以最大限度地获得自身利益,而且俱乐部管理自己的运动员也就有了正当的依据。集体谈判是控制员工和雇主关系的一个理想的民主方式和自律系统^[20]。但这个建议能否用于解决我国运动员形象商业开发与利益分配的问题呢?答案是否定的。现代各国劳动法普遍规定的集体谈判制度是国家调整雇佣关系的重要途径。集体谈判是劳动者的基本权利,也称劳动基本权,它是使劳动者拥有的其他具体权利得以实现的重要保障。集体谈判适合对雇佣关系的调整,这一机制使劳资双方处于实质平等的地位,从而更好地实现雇佣关系中的劳资自治。但我国现阶段运动员和代表国家的各管理中心之间的关系不是一种民事雇佣关系。在举国体制下,行政法律关系是二者之间主要的法律关系。行政法律关系的最大特点是主体双方的不对等性和内容的法定性^[21]。行政主体作为国家利益的代表,以国家的名义参与法律关系并以强制力保证其职权的行使,这就决定了行政主体在行政法律关系中处于主导地位,行政相对人则处于从属的地位。另外,行政法律关系的内容涉及国家利益,其内容往往具有法定性,不能随意约定权利义务。这明显区别于民事法律关系的平等、自愿、等价有偿和意思表示一致性的特点。尽管国家体育总局试图用合同这一民法方式来缓解运动员和运动管理中心之间在形象财产问题上的矛盾,但现阶段不可能改变行政管理关系的优先性。所以,集体谈判制度缺乏介入的基本条件。看来,要解决运动员形象商业开发和利益分配中的突出矛盾,需要立足于我国的实际,以存在的问题为导向,完善现有制度。

4.1 以国家主导为主,赋予运动员一定的自主开发权

商业开发以国家为主导是由我国举国体制的大背景决定的,在以国家利益为先、争得比赛荣誉的体育模式下,国家队的主要任务是完成训练和比赛任务,为国争光,运动队和运动员的一切行为都应围绕这一核心任务进行。但如果仅仅重视运动员形象商业开发的国家主导,而让运动员没有一定的形象商业开发自主权,就会管得太死。运动员形象商业开

发制度的完善,重要的是在国家集中管理和运动员分散自主之间寻求相对合理的平衡点,不能顾此失彼,从一个极端走到另一个极端。可以从时间上寻找这一平衡点,即形象商业开发仍由国家主导,但运动员在适当的时间段自主行使商业开发权。

需要赋予运动员形象商业开发一定的自主权,有 3 个原因:第一,有利于运动员从形象开发中受益。就个人而言,最关心形象财产开发的就是运动员本人,其本人是形象财产开发利益的直接受益者。虽然在利益分配中,国家有可能拿的比运动员多,但是这部分收益在教练员及其他有功人员、单项体育协会(运动管理中心)、运动员输送单位进行再分配,相比之下,运动员的直接收益相比其他个人是最大的。站在一个理性人的角度,运动员最希望能够自主开发形象,从中收益。而实践中,运动员所在的管理中心掌握着形象商业开发决定权,运动管理中心是一个代表国家对运动员实施管理的集体组织,运动员管理部门关注的是运动员的成绩,而不是运动员形象商业开发利益。在这样的体制下,运动员形象的开发和利用受到很大的限制和束缚。形象是一种无形财产,必须商业化才能变成实在的物质利益,不进行商业化也就意味着运动员无法从中收益。第二,有利于形象价值的及时实现和消除运动员的后顾之忧。运动员的形象价值具有时效性,知名的期间往往就是其在役取得优异成绩的时间段,退役后知名度一般会淡化,运动员形象所蕴含的价值也会缩小。如果服役期间不赋予其一定的自主权,则很有可能丧失将其形象商业化的良好机会,使其得不到应有的回报。另外,运动员入队后,就放弃了其他的机会利益,导致不少运动员退役后生活艰难。运动员成名后,如果让其享有一定的自主开发权,则意味着运动员必然会获得一定的物质利益,这就为其退役后开始新的生活奠定了较好的物质基础,消除其对未来的担心。第三,激励更多的人从事竞技体育运动,努力成为知名运动员。知名运动员是从事竞技体育职业的佼佼者和普通运动员学习的榜样。在市场经济条件下,如果运动员通过努力拼搏,仅得到名但很难得到相应的利,知名运动员的吸引力就会打折扣。知名运动员意味着更多的名利双收,才会激励更多的人从事竞技体育运动,激励一般运动员通过取得优异成绩成为知名的运动员。

在竞技体育,举国体制是以世界大赛的冠军(特别是奥运会)为最高目标,统一动员和调配全国有关的力量,包括精神意志和物质资源,来夺取比赛好成绩的工作体系和运行机制。这些世界大赛如奥运会、世界杯等都具有较强的周期性,奥运会 4 年 1

次,在这么长的周期中,如果都将形象商业开发的决定权赋予运动管理中心,客观上实无必要。一般情况下,奥运会举行前1年是国家队集中备战奥运的时间。这段时间运动员需要全身心地投入到训练中去,否则,参加商业活动必然会影响训练的时间和质量。在这段时间内,运动员要服从运动管理中心的训练安排,未经许可禁止参加商业活动是合理的。但如果在距离奥运会举行很长的时间段中,对运动员参加商业活动还要经过中心批准,就显得没有必要。现阶段要想合理解决商业开发与训练比赛之间的矛盾,可以从比赛周期方面着手。在比赛周期中的初始阶段赋予运动员形象商业开发的自主权,可以不经许可参加商业广告等活动,但必须告知运动管理中心,将相关的商业活动文件到管理中心备案。里约奥运会上中国女排如愿夺得奥运会冠军,在2016-08-21奥运会结束后到2017-04-05再次集训这段时间,国家队的女排队员就可以自主参加商业代言活动。事实上,中国排球运动管理中心基于中国女排在奥运会上的出色表现,在这段时间实质上并没有对女排运动员的商业活动进行行政管理,朱婷、惠若琪、魏秋月和张常宁等多位国手参加了很多个人代言、杂志采访及封面推广等商业活动。女排运动员在这段时间的商业代言活动也提升了排球职业联赛的热度。2017年的排球联赛,无论是比赛的转播,还是现场的上座率都得到了显著提高。这说明,适时赋予运动员商业开发的自主权,不仅可以获取更多的个人利益,而且也会有利于体育赛事的推广和联赛职业化水平的提升。而在比赛周期的关键备战阶段则应禁止运动员参加商业活动,即使运动管理中心批准也不具备合法的效力。运动管理中心尽管在代表国家对运动员实施管理,但为了保障国家利益的实现,防止商业活动干扰国家队完成训练和比赛任务,有必要做出这一刚性限制。从宁泽涛等案例可以看出,大赛前的备战阶段,是运动员与运动管理中心在商业开发这一问题上容易激化矛盾的时候,这种硬性规定即是在约束运动管理中心,同时也是在为其提供管理上的合法性,减少运动员与运动管理中心的直接冲突,因为这是国家的立法规定而非运动管理中心的意志。在大赛前的中期阶段,则应将运动员形象商业开发权赋予运动管理中心,这个时候运动员参加商业广告活动,应当经过运动管理中心的批准。这个时候将形象商业开发权赋予运动管理中心,运动员也不会有太大抵触,因为运动员的商业自主开发权已经在之前享有,对于运动管理中心而言自己的管理地位也得到了尊重,这有利于对运动队的教育和管理,有利于商业活动服务于运

动队的建设。

4.2 保证运动员享有最低分配比例收益的基础上,分配比例多元化、动态化

在举国体制的背景下,高级别竞技成绩的取得离不开国家的投资,也凝结了运动员个人奋斗和与生俱来的自然资源,但由于无法区分国家和个人贡献的大小,因而划分科学的分配比例就显得非常困难。但可以采取横向比较的方法,使得这一分配比例相对合理。国家对各个运动项目的投资主要是物质性投资,这种投资也许在不同的运动项目中投资量不同,但客观上都为运动员提供了完成训练和参加比赛应有的物质技术条件。虽然运动员所在的项目不同,但国家为每个人提供的获得优异比赛成绩的机会是平等的。在机会均等的情况下,各个项目取得优异成绩的难易程度(包括风险程度)却不同。难易程度不同也就意味着运动员在横向比较的情况下运动员对国家体育事业的贡献度不同。在国家与个人的分配比例中,贡献度大的运动员就应该多分形象商业开发利益,贡献度小的运动员就应该少分形象商业开发利益。形象商业开发收益在不同的运动项目实行不同的分配比例,等于把不同项目的运动员对国家体育事业的贡献进行比较,这是具有可比性的。运动员的贡献度应从运动员的自身条件和体育项目的多样性2个方面寻求具体参考因素。具体可以从以下几个方面考察:(1)运动项目对个人天赋的依赖程度。运动员形象财产的形成与提升,虽然有赖于国家的各项投入,但是不同的体育项目对个人天赋和国家的资金投入倚重程度并不相同。如田径等项目更侧重于人自身的身体素质和天赋,跳水、射击等项目等更侧重于国家投入训练的经费的多寡。(2)是否传统优势项目。我国在不同的体育项目上所具有的优势不同,作为“国球”的乒乓球,我国在国际比赛上具有优势地位,中国乒乓球队是一个强大的集体,这个集体为个人获取好的成绩提供了很好的平台。而男子排球、足球等有所欠缺,是我国体育项目中的劣势项目,这些项目要想取得好成绩缺乏传统优势,需要依赖优秀运动员的开拓性贡献。(3)运动项目的影响力。不同的运动项目具有不同的社会影响力,项目影响力越大,该项目的竞争程度就越高,运动员脱颖而出就越难,说明其对形象财产的贡献越大。如三大球代表竞技体育运动的制高点,竞争异常激烈,三大球中的运动员要想成名是非常不容易的。(4)巅峰期的长短。不同的运动项目,运动员的巅峰期保持时间不一样,有些项目主要依靠运动员具有心理稳定、时间感觉、平衡、注意力集中、协调等项素质,因而可以保持较长的运动

周期,射击冠军王义夫的竞技状态就可以保持到 40 多岁,形象商业收益的周期也较长。但有的项目依靠高强度体能、技术、心理对抗,因而运动员巅峰期保持时间较短。对于巅峰期保持时间短的项目,运动员人力资本投资的风险性就高一些。高风险则应高回报。投资风险的大小也可以作为考量运动员贡献度的一个因素。

其次,分配比例的动态化。主要从 2 个方面来理解分配比例的动态化。第一,随着市场经济体制的不断完善,竞技体育商业化也在快速发展,运动项目职业化的推进会减少国家对运动员培养的投入,对于职业化程度高的项目,更多靠的是运动员自身努力和投入完成,则应提高运动员的分配比例。第二,对运动员的形象商业收益,国家应采取运动员提取比例逐年递增的方式,这样不但可以满足运动员的既得利益,而且可以激励其继续奋斗。不少运动员在成名后往往会产生功成身退的想法,这种方式可以增强其继续留在国家队、再创佳绩的动力。对国家而言,国家花费很大成本培养出一个优秀运动员十分不容易,优秀的运动员能够继续留在国家队,不但可以保持该项目的竞技实力,而且可以发挥其领军作用,带好未取得优秀成绩的运动员。

最后,需要指出的是,为了充分保障运动员的应得利益并激励运动员继续拼搏奋斗,应将运动员享有形象商业开发收益的 50% 作为最低收益比例,也许在有些运动项目中,国家的投入可能超过 50%,但由于这个分配比例已经长时间被施行,降低的话,会削弱运动员继续拼搏的积极性,将 50% 设置为最低比例会让运动员获得尊重感。同时,在 50% 这个最低分配比例的基础上,实行形象商业收益分配比例的多元化和动态化,即照顾到了不同运动项目的运动员对国家体育事业的贡献度,同时也充分保障了不同运动项目运动员的利益,就显得比较公平合理,并且从长远的角度看,也有利于我国竞技体育运动项目的均衡发展。

参考文献:

[1] 曹世华. 知名运动员形象的商品化权及其相关利益平衡

[J]. 上海体育学院学报 2006 30(4):5-9.

[2] 姚颖靖,彭辉. 后奥运时期的运动员形象权法律保护研究[J]. 河北科技大学学报(社会科学版) 2014(4):37-44.

[3] 刘泽玉,杜以同. 运动员形象权研究[J]. 山东体育学院学报 2015 31(1):25-29.

[4] 林晞. 我国运动员人力资本产权归属解构[J]. 首都体育学院学报 2001 23(1):20-23.

[5] 孙娟,翟丽娟. 我国运动员人力资本产权的性质分析[J]. 体育学刊 2009 16(4):20-22.

[6] 王三保. 我国优秀运动员人力资本产权流动的优化设计研究[J]. 河北体育学院学报 2012 26(4):1-5.

[7] 邵峰. 转型时期我国竞技运动员人力资本产权界定与产权分割的研究[J]. 北京体育大学学报 2016 39(4):1-5.

[8] 高明华,曾广录. 运动员人力资本“产权困境”与俱乐部模型[J]. 体育科学 2009 29(2):55-58.

[9] 马波. 美国形象权法律制度研究[M]. 北京:知识产权出版社 2012:11.

[10] 吴汉东. 无形财产权基本问题研究[J]. 北京:中国人民大学出版社 2013:198.

[11] 荻原有里. 日本法律对商业形象权的保护[J]. 知识产权 2003(5):30-36.

[12] 吴汉东,胡开忠. 无形财产权制度研究[M]. 北京:法律出版社 2001:206.

[13] 史密斯. 人格的商业利用[M]. 李志刚,缪因如,译. 北京:北京大学出版社 2007:341.

[14] 于文谦,王乐. 中国高水平运动员产权的形成及分配策略[J]. 中国体育科技 2010 46(1):58-64.

[15] 谢亚龙. 金牌的产权究竟属于谁[J]. 体育文化导刊, 2005(3):20-21.

[16] 萨缪尔森. 经济学:上册[M]. 高鸿业,译. 北京:中国发展出版社,1992:88.

[17] 苏号朋,赵双艳. 体育法热点问题研究[M]. 上海:对外经济贸易大学出版社 2010:36.

[18] 梁晓龙,鲍明晓,张林. 举国体制[M]. 北京:人民体育出版社 2005:171-178.

[19] 习近平在会见第 31 届奥运会中国体育代表团时的讲话[N]. 人民日报 2016-08-26(1).

[20] 多伦,舒尔乐. 人力资源管理[M]. 董克用,译. 北京:中国劳动和社会保障出版社 2000:90.

[21] 马怀德. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京:中国法制出版社 2007:66.