

作品元素商品化利用的法律治理

——以“金庸诉江南案”为考察中心

张惠彬

(西南政法大学 民商法学院,重庆 401120)

摘要:作品标题、角色名称、人物形象等元素构成一部完整的作品。作品代表了作家在文化市场上的声誉,能为作者带来经济利益。传统的作品利用方式主要是对作品的全部表达或者部分表达来复制,而现在出现了对作品里简短的元素或抽象的元素进行利用的方式。对作品元素的再利用,一方面是公民表达言论自由的权利;另一方面则可能侵害作者、出版社的合法权益。同人小说、傍名出版等行为导致的法律争议越来越多,成为整顿我国文化市场秩序迫切需要解决的问题。由于著作权法、商标法的缺位,将作家解释为经营者,利用反不正当竞争法规制作品元素商品化利用是我国当前较为妥善的选择。

关键词:作品元素;商品化利用;法律治理;反不正当竞争法

中图分类号:D 913

文献标志码:A

文章编号:1003-9945(2019)06-0019-07

引言

2018年8月,广州市天河区人民法院对于“金庸诉江南等被告著作权侵权及不正当竞争纠纷”案作出一审判决。被告杨治(笔名:江南)及其它被告立即停止侵权并销毁库存书籍,刊登声明赔礼道歉,并由杨治赔偿原告查良镛(笔名:金庸)经济损失168万元,其余两出版社被告就其中30万元承担连带责任^①。根据公开的资料,此案中的被告之一江南是一名作家,原名叫杨治,早年曾求学于北京大学,后在海外攻读博士学位期间,写成文学作品《此间的少年》。故事的背景为北宋嘉祐年间,在首都汴京有一所学校名叫“汴京大学”。在这所“大学”校园里,主人公郭靖、乔峰、杨康等大侠过着很时尚的生活。与我们现在的大学生一样,需要早上起来跑操、上自习、睡懒觉,心里偷偷地暗恋着心仪的姑娘。故事情节也富有趣味性,比如郭靖和黄蓉在一次自行车相撞事件中互相认识,而事件中的自行

车原车主正是化学系教师丘处机。穆念慈从中学时代开始就暗自喜欢上了同窗同学杨康,但她最后由于种种原因还是选择了彭连虎。全新的生活材料、全新的情节、全新的故事,唯独在创作上使用了大量原告作品中的元素。“借用”经典作品的元素再次创作新的作品,是否有侵犯原作著作权的嫌疑?是否存在不正当竞争?诸如“傍名小说”这一类现象涉及复杂的法律关系。当下,文化产业发达,牵涉到巨大的经济利益。因此,这类案件时有发生。厘清作品元素商品化利用的法律边界,不仅对完善相关法律具有积极意义,更有利于推动民间文学创作的繁荣。

一、作品元素商品化利用的意涵

(一)作品与作品元素

作品,在不同的领域有不同的表述。在文学上,作品是指经过作家创作后形成的成品;在法律上,作品是一种具有独创性并能被复制的智力成果^②。本

基金项目:国家社科青年项目《人工智能的知识产权问题研究》(17CFX034);重庆市教委科技项目《重庆市专利资助政策的评估与改进建议研究》(KJQN201900315);重庆市高等教育学会《基于产学研结合的知识产权人才培养模式研究》(CQGJ19)

作者简介:张惠彬(1984—),男,广东惠州人,副教授,法学博士,重庆知识产权保护协同创新中心研究员,研究方向:知识产权。

^① 详情见(2016)粤0106民初12068号判决书。

^② 见《著作权法实施条例》第2条。

文探讨的为法律意义上的“作品”。根据著作权法的概念,构成“作品”需要具备三个基本特征:第一、作品属于文学、艺术和科学领域。这一范围的限定主要是为了告诉人们如何区分著作权与工业产权(商标权、专利权),与商标、专利在工业上利用不同,作品主要通过传播为众人感知从而实现作品的价值,著作权法对传播过程进行控制以保护作者的权益;第二、作品是思想的表达,而不是思想的本身。精神(思想)世界创造,通常以观念、构想或思想(idea)称之。人类精神创作的结果,必须以能够让人的感官感知的方式呈现,才能享有著作权。因此,著作权法保护思想的表达(expression),至于思想本身则非保护的对象^①。此立场预设的前提是观念或想法都可以用各种不同的表达方式来呈现。而观念、构想或想法都应该维持在共有领域,属于公众所有,任何人都可以自由使用;第三、作品具有独创性。独创性分为“独”与“创”,“独”指的是作品须为作者独立完成的,没有剽窃,足以展现作者的个人特质。如果作者自行创作,未原状剽窃或变通剽窃他人作品,即使有相似性也可以得到保护。“创”指的是作品体现了作者的个性,这样的要求是为了排除那些不具有文化创新性质的作品得到著作权法保护。

作品元素,指的是构成一部完整作品必不可少的要件。例如,小说作品包括题材、小说名称、人物特质、情节脉络、人文环境和自然环境等要素。在这些构成要素中,哪些能得到著作权法保护?举例而言,两部前后发表,题材均为谍战片的小说,他们之间具有相同的时代背景(抗日战争时期)、相同的故事结构(都描述了我党情报人员为国家英勇献身的故事)、相似的人物形象(男女主角都互相爱慕却因历史原因不能厮守)。要判断上述作品是否构成实质性相似从而成立著作权侵权,根据思想/表达二分法理论,我们首先要明确哪些是属于思想的范畴?哪些是属于表达的范畴?司法实践显示,越抽象的因素越接近于“思想”,越具有独创性的越接近于“表达”。故事背景、人物关系、情节安排在不同的情况都有可能属于独创性的“表达”而得到法律的保护。唯一没有明确的只有

人物角色的姓名、作品的标题等简短的作品要素。《笑傲江湖》、令狐冲、任盈盈等单独作品标题与角色名称因其短小、独创性有限,一般认为属于公有领域,难以受到著作权法的保护。

(二)作品的利用与作品元素的利用

作品是著作权法保护的对象。一部好的作品不仅体现了作者的思想、性格,还代表了作者良好的声誉,能为作者带来极大的经济利益。著作权由一组权利束组成,分成著作人身权和财产权。著作人身权直接关乎作者的人格利益,法律上不允许其转让。作者死后,或者由其继承人继承,或者由法定机构给予保护。著作财产权主要包括复制权等内容^③。作品的利用,一方面指的是著作权人及其授权的人有权主动使用或禁止他人对作品著作财产权方面的运用;另一方面也指社会公众对作品的合理使用、法定许可等方式的使用。

对作品元素的利用,并不是指未经权利人许可,对作品的全部或部分具有独创性的表达进行利用,此类对作品的利用毫无疑问是受到我国著作权法管制的。我们要探析的“作品元素的利用”,指的是对作品里面简短的元素或抽象的元素进行利用(元素本身不构成作品)。例如在《此间的少年》的争议中,我们看到《此间的少年》并非是在金庸先生的原著基础上的改编、续写等,而是使用了相当数量的与金庸小说中同名的人物角色,如郭靖、黄蓉、穆念慈、丘处机等。人物之间的关系也类似金庸小说的描述,如黄蓉的父亲是黄药师。人物的性格也具有一定的相似度,如郭靖老实敦厚、黄蓉聪明伶俐等。除了这些名字,观其整部作品,实难找到与金庸原著相似的故事情节。

作品元素的利用,包括了商品化利用与非商品化利用^④。商品化利用,即把作品中的元素,包括作品标题、人物形象、角色个性、人物姓名等元素在商业上使用。比如未经作者许可将作品的标题、人物形象注册为商标,利用原作的人物个性、故事背景创作同人小说等。这样的使用有可能导致公众误以为后者的使用是与原作及其作者相关联的,涉嫌侵犯原作者的法定权益。非商品化利用,即把作品中的某些元素进行非商业性使用,常见的包括在科学研究、评论

③ 关于著作权人的权利,见我国《著作权法》第10条。

④ 商品化(Commercialization)专指原本不属于买卖流通和通过货币实行交换的事物,在市场经济条件下已经转化或变异为可以进行买卖和货币等价交换。

中适当引用他人作品的元素,夸张地运用某些作品的人物特征以营造特殊或怪诞的效果等。这样的非商业性使用,一般可被归类为著作权的合理使用或者属于言论自由的范畴而免受侵权的指责。

(三)为何规制作品元素的商品化利用

在提及加强作品保护的时候,人们往往会想到天平的另一面,会不会限制或约束创作自由?创作自由应是每个时代每个人都应拥有的基本人权,没有创作自由就没有文化的进步。本文承认,不是所有对作品元素的利用都是侵权的体现。非商品化使用作品元素创作新的作品,对著作权人造成很小或并无任何的经济损失,该类作品也不大可能取代原作品,甚至在某些情况下使得原作更受欢迎。出于鼓励创新与促进表达自由之目的,法律不应干涉作品元素的非商品化利用。然而,商品化利用作品元素却不一定是表达自由的体现。原因在于一部作品,尤其是在读者中享有盛名的作品,不仅仅体现了作者的精神权利,更是作者在文学市场信誉的写照。如不对知名作品元素的商品化利用进行规制,则会导致以下恶劣影响。

首先,损害作者的市场声誉。作品一方面是作者情感活动的体现,作者通过作品将其对世界的认识、生活的体验或者某一种价值传达给读者。另一方面作品也是作者的“产品”,代表着作者在文化市场的声誉^⑤。放眼当下文学界,诸如韩寒、郭敬明等写而优则编,写而优则导的作家并不少见。金庸先生凭借早年的才华横溢与勤奋创作,一部部佳作的诞生奠定了其江湖地位,他的作品在市场享有盛誉。如果未经金庸先生许可,擅自以商业化的目的对原作品中的各种元素加以动用,不了解前后作品来龙去脉的读者极其可能会将后者与金庸先生相联系,从而可能损害金庸先生的市场声誉。

其次,易致不正当竞争行为。在传统的出版行业中,作品的版权价值实现方式较为单一。例如,金庸先生的作品主要是通过出版小说、改编成电影、电视

获得经济收益。而在网络发达的今天,在粉丝经济越来越发达的时代,一部知名的作品,不仅可以通过出版实体书、网络付费电子书获得收益,还可以通过改编为电视剧、电影以及围绕这部作品衍生的动漫、游戏及其他增值服务盈利。以最近的热播剧《三生三世十里桃花》为例,这部由作家唐七公子在2009年出版的小说,出版后即得到读者的热捧。小说于2016年被改编为电视剧、电影,在电视剧热播后,作品的影响力大大提高,立即推出了网络游戏及纪念品等相关增值服务。如果有人未经权利人同意,任意利用白浅、夜华、墨渊等作品元素进行商业使用,无疑会损害著作权人对原作衍生产品的商业利益,产生不正当竞争^⑥。

二、作品元素商品化利用的类型

司法实践中,涉及作品元素商品化利用的案件主要包括两类:第一,使用作品标题,最早引起关注的案子就是“娃哈哈”案;第二,使用作品当中的人物名称与人物的抽象特征,例如,最近广为关注的“金庸诉江南”案等。

(一)使用作品的标题

在著名的“娃哈哈”案中^⑦,原告主张其对《娃哈哈》中的歌名、歌词拥有著作权。理由是他早在1956年11月就创作了歌曲《娃哈哈》,并同年将改歌曲发表于《儿童音乐》。“娃哈哈”作为歌曲的名字,同时也是歌曲的内容,为原告独创。《娃哈哈》歌曲在发表受到全国听众的欢迎,“娃哈哈”是《娃哈哈》歌曲这一知名商品的特有名称。被告杭州娃哈哈集团公司从1989年起未经原告同意,以“娃哈哈”文字连同图案注册商标,在上海等地销售携带“娃哈哈”商标的商品,这样的行为涉嫌对原告的著作权构成侵犯,同时也是不正当竞争的表现。而被告则认为,歌曲中“娃哈哈”一词既不具有独创性,也不构成作品;“娃哈哈”与“哇哈哈”歌名通用情况,说明“娃哈哈”只是一个象声词,原告对此不

^⑤ 据媒体统计,2016年作家收入排行榜,江南以3800万元的版税收入位列榜首。江南早期正是凭借回忆北大生活的小说《此间的少年》踏入文坛,以中国历史和神话为原型的架空小说《九州缥缈录》,再版两次,单行本销量超过200万册。此后,江南创作的《龙族》系列作品,在中国创下了单本销售240万册的纪录。

^⑥ 笔者查询了“三生三世十里桃花”的注册情况,发现目前该名词已被人注册了52个商标,涵盖了24个类别。见商标局网站:<http://wsjs.saic.gov.cn>,2019年9月21日访问。

^⑦ 案情请见:(1998)沪二中知初字第5号判决书。

享有著作权。被告的商标名称与原告的作品名称属于两个相异的范畴,况且原告不是经营者,被告的产品与原告的作品也不存在误认问题,不受《反不正当竞争法》管辖。此外,原告主张被告侵权已经不在诉讼时效之内,且其请求赔偿损失也缺乏事实依据。

法院在审理中认为,第一、“娃哈哈”一词作为歌词的重要组成部分,其作用主要体现在承上启下的连接作用。该词并不是作者独特思想的表现。所以,原告主张其对“娃哈哈”一词享有著作权,不符合我国著作权法的规定。第二、我国《反不正当竞争法》的调整对象为“经营者”之间的法律关系,但是原告的身份是作曲家而不是经营者,因此主体资格不符合法律规定。双方当事人的作品也分属不同的领域,不能认定为同业竞争关系。因此,此案以原告败诉而终结。

(二)使用作品当中的角色名称、形象

在金庸的这起案件发生之后,使用作品当中的角色名称、形象等争议较多的是同人小说。同人小说起源于日本,通常指原作品(小说、漫画等)的拥戴者自行利用原作品人物角色、故事情节、背景设定等元素创作一部独立的全新剧情的作品。同人小说最大的特点就是“反经典性”。网络上曾经出现许多以中国四大名著为戏仿对象的同人小说,这些小说在情节、人物设置等与原作都差异颇大,而在语言使用上的反经典性则表现为鲜明的互文性^[2]。当前,我国著作权法并无对同人小说完整的法律定义。但已出现过不少类似的争议,2013年重庆作家郑军根据《星球大战》小说的故事背景、人物角色重新创作了“星球大战后传三部曲”——《不朽神皇》《星海孤魂》《苍穹作证》,并由重庆出版社正式出版。对此,有观点认为是“百家争鸣、百花齐放”创作自由的产物,应不受著作权法限制。也有观点认为,同人小说是“傍名牌”,借助原作的知名度在搭便车,藉以谋取不当得利^[3]。当然,要判断郑军的行为是否合法,我们需要具体问题具体分析。首先,从著作权法的角度,“星球大战”四个字本身难以获得独创性而构成作品,郑军使用这四个字作为标题很难认定为侵权。其次,如果郑军的小说内容只用了星球大战的背景、角色的名称,而情节、故事、人物个性等重新创作,我们也很难认定其作

品是抄袭前作的。最后,如果要认定“傍名牌”、“搭便车”等不正当竞争行为,前提是作者之间被认定为“经营者”,前后作品之间具有“竞争关系”。综上,同人小说面临的争议确实是我们亟需破解的一个法律难题。

三、规制作品元素商品化利用的国外经验

目前,英美等发达国家对作品元素的商品化利用进行了知识产权保护。归纳起来,主要是通过反不正当竞争法或者引入商品化权,再辅之以商标法、著作权法等手段。

(一)引入商品化权的概念

商品化权肇始于美国,不过对于商品化权的概念,美国法律中并没有给出精准的定义。郑成思先生曾言,在民法的人身权与著作权、商标权、商誉权之间存在着一个边缘领域,即商品化权。但是这个领域无论放置到任何领域中都不甚妥当^[4]。在司法实践中,美国对商品化权又分为不同种类,其中虚构的与真实的人物形象一直都是采用了分开进行保护的。前者在学术上被称为角色权(rights in character),指涉的是在影视作品中经常出现的人物、动物,甚至机器人等,用语言构建的作品中虚拟形象也在前者的范围之内;后者则被称为“形象权”(rights of publicity),指涉的是每一个自然人固有的、对其人格标示的商业使用进行控制的权利^[5]。作品元素的商品化利用涉及到的就是“角色权”。美国法对于此种虚构角色的形象保护须具备一定的要件,包括:虚构的角色具有名字、身份、外貌描述等个性特征,角色在其所处的环境下的生活历程。虚构的人物形象必须为一般观众所知悉等。而侵权的行为则表现为,未经虚拟角色的创作者或其他权利人的许可,对该虚拟角色进行改编或再创作。在面对着改编或者二次创作后形成的新商品或服务,消费者往往出于对原形象的喜好而购买了新的商品/服务。

在我国的司法实践中也出现过“商品化权”的争议。在“功夫熊猫”案中^⑧,胡某申请注册电影《功夫熊猫》的英文名称“KUNG FU PANDA”为商标,被著作权人梦工厂动画影片公司所反对,理由在与其对《功夫熊猫》的英文名称具有“商品化权”。对此,商标

⑧ 案情请参考:(2015)高行(知)终字第1969号判决书。

评审委员会和随后的一审法院不予认可。因为“商品化权”不是我国现行法中的载明的权利。但是这一结论被二审法院推翻。北京市高级人民法院审理后认为,虽然我国法律并无“商品化权”的规定,如果电影名称或电影中的人物形象、名称有一定的知名度,并且与特定的商品/服务的商业主体或商业行为结合,使得该电影的相关影迷对该电影作品的情感投射于这些作品元素中,并且将此种情感转移于与其结合的商品/服务中。新的商品/服务的提供者由此获得了与原作影迷交易的机会,则该电影名称、人物形象及其名称等作品要素可构成“商品化权”并成为商标注册中的“在先权益”,可以阻却他人对此进行商标注册。然而对于这一新兴“权利”要澄清的问题仍有许多。如果真有此“权利”,其正当性(权利来源)何在?就算有这个权利,何以从人格属性能够一跃转化成为财产权,理由何在?范围如何界定?为何虚拟性的卡通或人物名称连人格权都没有却竟然会有财产权等。

(二)利用假冒之诉进行保护

普通法国家主要通过假冒之诉(Passing Off)对不正当竞争行为进行规制。假冒之诉起源于英国古老的令状制度,在经历普通法和衡平法的司法融合后,英美法院对不正当竞争行为的审判思路从防止欺诈转化为保护商誉财产权。假冒之诉的构成要件包括商誉、虚假陈述、损害及可能性,适用范围包括对未注册商标、人物角色、形象、作品标题等保护^[6]。最早对作品标题的保护可见英国普通法法院在1902年的“沃尔特诉阿什顿”案(Walter v. Ashton)^[9],案件中泰晤士报(Times)是由原告约翰·沃尔特于1785年创办的报纸,在英国富有盛名。被告是一家生产自行车的厂家,生产并销售了一款名为“泰晤士(Times)”的自行车。原告认为被告假冒了泰晤士报的名字,盗用了其报纸的声誉,使得消费者误以为被告的自行车与原告是有联系的,涉嫌欺诈消费者。法院经审理认为,原告的诉求符合假冒之诉的要件:泰晤士报享有商誉、被告涉嫌虚假陈述、被告的行为涉嫌侵犯了原告的商誉。最终认定被告的行为构成了虚假陈述、混淆了消费者的注意力,导致消费者在购买自行车的时候自然而然与原告泰晤士报联系在一起,这样的行为长期以往有可能会

损害到原告的商誉,特别可能稀释泰晤士报的商誉,判决被告停止生产名为“Times”的自行车。

值得强调的是,英美法对“商人(trader)”这一概念没有明确的定义。原因在于商人一词在现代社会中内涵广泛,在没有充分的理据之前提下进行定义的话,会导致许多特别的行业、个人被排除在外。从以往判例看,任何作为商品或服务提供者而获得经济利益的人都在商人的范畴之内,包括从事文学创作的作家,从事表演的演员、专业舞者等。在多年以前的一件案子里,一名律师就以其作为某法学教材编者的身份,通过假冒之诉成功追讨到象征性的损害赔偿。玩味地是,他以其法律专业业务受到损害为理由提起的民事诉讼却未被法院受理^[7]。司法实践中,假冒之诉的原告不用举证证明其业务所谓目的是什么,只要有人虚假陈述,损害了其商誉,他就有权提起反不正当竞争的诉讼。

四、规制作品元素商品化利用的中国方案

当前,以同人小说为代表的网络文学正在悄然勃兴,成为亿万网民的精神食粮。这样一种新兴载体的文学,也为知识产权保护带来了困难。虽然著作权法对作品的保护并非是绝对的,我们也不否认某种新颖、另类的表达方法,融合了原作的元素,使一般人皆可以犀利、直接的方式直抒胸臆,这应视为现代公民自由表达权利的体现。但是我们也需为作品元素的商品化利用划定法律的边界,因为无节制的使用可能会让一般读者产生混淆,也可能会伤害到原作辛苦建立的信誉。针对我国现行的法律规定,应建构以反不正当竞争法为中心的规制体系。理由如下:

(一)作品元素的独创性难以进行认定

在著作权法的框架内,独创性是构成作品的首要前提。而在我国的司法实践中,以短语、人名为表现形式的标题或角色名称往往因为缺乏独创性而无法获得著作权保护。因为在判断作品标题或者角色名称独创性时,我们仅以“标题”“人名”为对象。以《笑傲江湖》为例,作为金庸先生的代表作之一,小说本身具有独创性毋庸置疑。然而标题“笑傲江湖”、人名“令狐冲”“任盈盈”之类的人名或者其他名称在《笑傲

^[9] See Walter v. Ashton [1902] 2 .Ch. 282.

江湖》问世之前就已经存在。因此,很难认定这些人名和断句具有独创性。在“《五朵金花》著作权”案中^⑩,原著作者认为“五朵金花”的名称是自己的智力劳动成果,应当受到法律的认可和保护。但是认为“五朵金花”一词只是单纯的数字与文字的结合,不具有独创性。因此驳回了原告的求情。

(二)作品元素的商标法保护成本较高

根据我国商标法的规定,商标的客体包括任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品/服务与他人的商品/服务区别开的标志^⑪。当然,必须满足显著性也就是识别性的前提特征。从上述法律规定可知,作品中的大多数元素,文字、图形、字母、颜色等都可以注册为商标。但是,如果通过商标法的路径进行保护,这三个问题是无法回避的。第一,有没有现实意义?金庸小说中知名人物可以说上千名,难道为了保护作品元素,金庸必须委托商标代理机构去注册上千的商标,例如将“韦小宝”注册为婚介服务,这或许有显著性而可以得到注册的。但是商标法为了防止商标囤积不用,而规定了三年不使用就被撤销的条款^⑫。即使能成功注册上千的商标,金庸需要花费的注册成本和使用成本极大^⑬,这种保护方式显然不具有现实意义;第二,不是所有作品都有金庸作品的影响力,那么一般的作品的标题或人物姓名能否具有显著性?这又是一个令人疑惑的问题,毕竟不是每部作品都如《交大法学》般幸运,能够成功注册为商标^⑭;第三,我国商标在注

册过程中,采取了注册取得和先申请原则,也就是说,商标权归属于首先成功注册的人。在此情况下,法律不能苛求每一位作者都时刻关注着自己的作品元素有无被他人注册。在司法实践中,作者往往是后知后觉。为了防止抢注导致的作者在先权利被侵犯,商标法规定了无效宣告制度^⑮。但是,能够运用无效宣告的前提是作者拥有“在先权利”,问题又绕回到前文所提的著作权保护的困境,作品元素不构成作品,且我国并无商品化权,那作者拥有的在先权利是什么?类似主张在审判中往往不会得到支持,只有极少数个案获得了胜诉。例如“功夫熊猫商标”案。

(三)应利用反不正当竞争法进行规制

经过上文论述可以得知,当他人未经许可将知名作品的元素进行商品化利用,适用著作权法难以认定作品元素的独创性,适用商标法则费时费力。在这样的困境下,运用反不正当竞争法是一种较为完备的路径。在讨论利用反不正当竞争法进行对作品元素进行保护时,我们需要考量问题:竞争关系的认定、法律依据的适用。

第一,竞争关系的认定。在司法实践中如何认定《反不正当竞争法》所调整的竞争关系一直是个争议不断的问题。传统上,竞争关系指涉的是相同或类似商品/服务的经营者,即直接竞争关系。随着市场经济的发展,“竞争关系”不仅包括直接竞争关系,还包括间接的竞争关系^⑯,以及经营者与消费者之间对向

⑩ 案情请见:(2003)云高民三终字第16号判决书。

⑪ 见我国《商标法》第8条的规定。

⑫ 我国《商标法》第49条规定,注册商标成为其核定使用的商品的通用名称或者没有正当理由连续三年不使用的,任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标。

⑬ 一件商标从提出申请到拿到商标注册证要经过三个程序:形式审查、实质审查和公告。这三个程序每个程序所需要的时间只有公告是确定的三个月,其他时间都有可能延长。在实践中,商标局每天都会收到大量的商标申请,而且数量还有逐年增加的趋势,但商标局的工作人员的数量是有限的,这就决定了递上去的商标申请并不能得到及时的审查,大量的时间都花在了排队上。

⑭ 《交大法学》为上海交通大学创办的学术期刊,2013年上海交通大学向国家工商总局商标局申请注册“交大法学”商标被驳回。而后,上海交通大学对国家工商总局商标局提起了行政诉讼,胜诉后获准注册。参见吴园妹.期刊名称的商标注册问题——上海交通大学诉国家工商总局商标评审委员会商标申请驳回复审行政纠纷案[J].中华商标,2016,(10):36-39.

⑮ 见我国《商标法》第五章的规定。

⑯ 见(2012)津高民三终字第0046号判决书。在这起侵害商标权及不正当竞争纠纷案中,法院认为杭州小拇指公司通过将其拥有的企业标识、注册商标、专利、专有技术等经营资源许可其直营店或加盟店使用,使其成为“小拇指”品牌的运营商,以商业特许经营的方式从事与汽车维修相关的经营活动。因此,二审生效裁判认定,杭州小拇指公司是汽车维修市场的相关经营者,其与天津小拇指公司及天津华商公司之间存在竞争关系,这种竞争关系具有一定的间接性。

的竞争关系^①。本案的原告金庸先生与被告杨治都为作者,他们所创作的小说通过出版发行演变为一种文化商品,可以说二者均为知识生产/文化生产的提供者。在图书销量、相关衍生品方面均有直接的竞争关系,属于《反不正当竞争法》第二条“从事商品生产、经营或者提供服务的自然人”。

第二,法律依据的适用。我国《反不正当竞争法》在第二章列举了常见的不正当竞争行为。作品元素的商品化利用似乎纳入不了任何一种。原告金庸先生也并未依据第二章的条文主张权利,而是认为被告杨治的行为违反了《反不正当竞争法》第二条的“一般条款”^②。最高人民法院曾经在裁定书中对“一般条款”的适用澄清了条件^③:一是法律对该种竞争行为未作出特别规定;二是其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害;三是该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性。最高人民法院在裁定书中强调:虽然人民法院可以适用《反不正当竞争法》的“一般条款”来维护市场公平竞争,但同时应当注意严格把握适用条件,以避免不适当干预而阻碍市场自由竞争。凡是法律已经通过特别规定做出穷尽性保护的行为方式,不宜再适用反不正当竞争法的一般规定予以管制。

本案中,杨治认为其作为金庸先生的读者“出于好玩”的心理适用其作品中大量的元素创作《此间的少年》供网友免费阅读是一种合理使用。但是在拥有了知名度后,杨治将网络小说出版发行,销量巨大,其行为已经超过合理使用的限度。值得注意的一个事实是,杨治曾经在该书首次出版时将副标题命名为“射雕英雄的大学生涯”,此一行无疑是将作品直接指向原告作品,希望通过搭便车谋取自身利益的最大化。由此可见,被告杨治的行为具有不正当性,与

文化产业领域的商业道德相违背,应为法律禁止。

五、结语:在创作自由与私权保护之间

每个时代的人们,在面对生命处境中某些共通经历的时候,都有一种属于这个时代所持有的、集体发展出来的共同的幽默,甚至其中可能还隐藏着一点点叛逆与挑衅的行为,作为用来自我消解面对真实之愤慨与无力感的方式。我们不能排除《此间的少年》或许是作者对金庸作品的热爱所引发的创作灵感而成,作者只是借用小说里的人与事回味那一段轻狂无畏的少年时光。我国的著作权法、商标法、反不正当竞争法也不是绝对禁止这样的一种创作自由。相反,我们应该鼓励这样一种创新,它赋予了旧故事新生命。然而,“发展文化产业,繁荣文化市场”已经成为党的十八大以来我国政府在精神文明建设领域重要的工作。知名作品不仅是作者的智慧结晶,更是作者和出版社共同的市场商誉。借名上位、傍名沾光、移植嫁接等层出不穷的乱象,不仅扰乱文化市场的秩序,还伤害了文化创造与文化生产的源头。我国法律必须予以回应,这既是对文化创造者的尊重和对知识产权人的保护,也是净化图书市场、扶持原创的内在要求。

参考文献:

- [1] 李雨峰.思想/表达二分法的检讨[J].北大法律评论,2007(2):433-452.
 - [2] 李盛涛.论网络同人小说的反经典性[J].江西社会科学,2014(1):102-106.
 - [3] 江楠.中国作家出版星球大战后传,同人小说遭版权质疑[N].新京报,2013-4-9.
 - [4] 郑成思.商标化权刍议[J].中华商标,1996(2):4-8.
 - [5] 吴汉东.形象的商品化与商品化的形象权[J].法学,2004(10):77-89.
- (下转第83页)

^① 在这样的竞争关系中,经营者与消费者属于面对面的竞争。例如《反不正当竞争法》第10条规定,经营者进行有奖销售不得存在下列情形:(一)所设奖的种类、兑奖条件、奖金金额或者奖品等有奖销售信息不明确,影响兑奖;(二)采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售;(三)抽奖式的有奖销售,最高奖的金额超过五万元。

^② 《反不正当竞争法》第2条规定,经营者在生产经营活动中,应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则,遵守法律和商业道德。本法所称的不正当竞争行为,是指经营者在生产经营活动中,违反本法规定,扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。

^③ 见最高人民法院(2009)民申字第1065号山东省食品进出口公司、山东山孚日水有限公司、山东山孚集团有限公司诉青岛圣克达诚贸易有限公司、马达庆不正当竞争纠纷申请再审一案中的表述。

Research on the Improvement of Financial Law on the Transformation of Scientific and Technological Achievements in the Era of Big Data

WANG Feng

(Criminal Justice School, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan 430073, China)

Abstract: Law plays an important role in promoting social progress. The state and local governments have issued a series of laws, regulations and supporting policies to promote the effective combination of science & technology and finance, but the results still need to be improved. It is of great practical significance to re-examine the financial law on the transformation of scientific and technological achievements and promote the improvement of the law through the media of big data and related technologies in the construction of an innovative country and the development of economic transformation. In the era of big data, the improvement of financial law should give full play to the dual advantages of technology and law, and realize the combination of the fundamental improvement of law and the progressive improvement of new technology forms based on the practical needs of technology and finance.

Key words: big data; transformation of scientific and technological achievements; technology finance; science and technology law; blockchain

(上接第25页)

[6] 张惠彬. 规制不正当竞争行为的普通法经验——以假冒之诉为例[J]. 竞争政策研究, 2017(4):48-58.

[7] 张惠彬, 王欣怡. 视频聚合: 对网络视频产业发展的“有理取闹”? [J]. 科技与法律, 2019(4):34-40.

Regulation of Commercialization of Elements of works

——A Close Look at *Jin Yong v. Jiang Nan Case*

ZHANG Hui-bin

(Civil and Commercial Law Department, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: The title of the work, the name of the character, the character image and other elements constitute a complete piece of work. The works represent the writer's reputation in the cultural market and bring economic benefits to the author. The traditional way of making use of works is mainly to copy all or part of the expression of works, but now there is a way of making use of short or abstract elements in works. The use of elements of the work, on the one hand is the right of citizens to express freedom of speech; on the other hand, may infringe the legitimate rights and interests of the author and the publisher. There are more and more legal disputes caused by such behaviors as fan fiction and close publication, which are urgent problems to be solved in order to rectify the cultural market order in China. Due to the absence of copyright law and trademark law, it is a relatively appropriate choice for China to interpret the author as an operator, and regulate the commercialization of elements of works by anti-unfair competition law.

Key words: elements of works; commercialization; legal governance; anti-unfair competition law