

作品元素商品化权益保护研究

——以“葵花宝典案”为切入点

靳思梦

华东政法大学知识产权学院, 上海

收稿日期: 2023年1月9日; 录用日期: 2023年2月27日; 发布日期: 2023年3月7日

摘要

“商品化权益”并非法律概念, 却引发诸多纠纷。备受瞩目的“葵花宝典案”几经波折, 将作品元素商品化权益之保护问题推上风口浪尖。可商品化的作品元素, 包括不构成作品且未注册的角色名称、角色关键语句、作品名称、特定标题、特定物品的名称或代称等。作品元素商品化权益受保护在我国司法实践中逐渐被认可, 但路径上仍存争议。实践中商标法“在先权利”条款应用虽广, 其本质也是制止不正当竞争行为。相较之下, 以混淆理论和不当占用理论作为正当性基础, 适用反不正当竞争法进行保护更能实现理论自治和利益平衡。在商品化权益不正当竞争行为纠纷的法律适用过程中, 应先明确混淆条款和一般条款的适用顺序, 并遵循以下认定逻辑: 在从宽解释“经营者”、“竞争关系”的基础上, 借助“混淆可能性”和“反淡化”理论对行为不当性进行认定。

关键词

商品化权益, 作品元素, 在先权利, 反不正当竞争法

Research on the Protection of Merchandising Rights on Work Elements

—With “The Book of Kuihua Case” as an Entry Point

Simeng Jin

Intellectual Property School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jan. 9th, 2023; accepted: Feb. 27th, 2023; published: Mar. 7th, 2023

Abstract

“Merchandising rights” is not a legal term, but has led to lots of disputes. After several twists and

turns, “The Book of Kuihua Case” brought the controversy over the protection of merchandising rights on work elements, such as names or key phrases of characters, names of works, names or pronouns of other specific terms which do not constitute works and are not registered. Merchandising rights on those elements are gradually recognized by our judiciaries, but there are still disputes on the protection method. Although the “earlier rights” clause in trademark law was practiced frequently, it is essential to invoke the Anti-unfair competition law sometimes. The theory of confusion and misappropriation could be the basis of legitimacy, so that the application of Anti-unfair competition law can achieve more theoretical self-consistency and dynamic protection. Specifically, the confusion clause should be applied prior to the general one, in which the “manager” and “competitive relation” shall be ulteriorly redefined and the misconduct shall be determined on the combination of likelihood of confusion or dilution theory.

Keywords

Merchandising Rights, Work Elements, Earlier Rights, Anti-Unfair Competition Law

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

近期, 经历了一波三折的“葵花宝典案”随着再审判决的做出落下帷幕。金庸所著《笑傲江湖》虚构的武功秘籍“葵花宝典”是否可以“商品化权益”的形式作为在先权益被保护是该案争辩焦点。“商品化权益”并非我国法律明确规定的权利或类型化法益, 但诸如“007 案”、“功夫熊猫案”、“冰雪奇缘案”和“葵花宝典案”等主要围绕“商品化权益”展开的案例频繁出现在大众视野。

最高院于 2017 年发布的《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》(下称“商标授权确权规定”)第二十二条款虽未指明“商品化权益”, 但被学界普遍认为是“两类名称”商品化权益保护之法律依据[1]。“葵花宝典”不属该条明确列举的两类名称之列, 再审判决却援引了该规定, 使得“两类名称”外其他作品元素商品化权益之保护再次成为探讨焦点。在此背景下, 有必要厘清作品元素商品化权益之内涵, 并通过分析我国探索过程和内在逻辑, 完善我国作品元素商品化权益保护路径。

2. 作品元素商品化权益的内涵界定

2.1. 商品化权益的内涵

“葵花宝典案”一审、二审和再审中都对“商品化权益”进行了回应, 但是并未详细界定其内涵和边界¹。从来源上看, 商品化脱胎于商业活动, 指商家将特定对象进行商业利用或二次开发, 借用该对象的原有影响力吸引消费者注意力, 从而获取商业价值的行为。随着商品化经济的深化, 商品化行为产生了越来越高的商业价值, 对于此类商业价值的保护, 学界抽象出了商品化权或商品化权益的指称。权益, 在我国法律上指代权利和利益。因我国现行法律体系中并未设定“商品化权”这一专有权利, “商品化权益”作为一种描述性称谓, 指代商品化行为可能涉及的具体权利或利益的集合更为恰当, 这在我国司法实践和学理中基本达成共识[2]。

¹北京知识产权法院(2017)京 73 行初 2800 号行政判决书, 北京市高级人民法院(2018)京行终 6240 号行政判决书, 最高人民法院(2021)最高法行再 254 号行政判决书。

商品化权益，在各国法律体系中尚无明确定义。我国最早介绍该概念的学者指出其即将作品中角色做商品或服务标志使用的权利[3]。后来，有学者主张其为真人形象、虚构的形象付诸商业性使用的权利[4]。现有观点认为，商品化权是控制他人在商品或服务上使用自身所拥有的人格元素或者作品名称、作品中角色名称等、物的名称或者形象的权利[5]。由此可见，商品化权益可描述成“商业化某些对象的权利”[6]，不同定义的主要差异在于可商品化的对象类型。其中，作品元素便是一种常见的商品化对象。

2.2. 可商品化作品元素的内涵

随着娱乐经济的发展，各商事主体争相购买“大IP”的势头空前浩大。通过借助各类作品原有知名度自热话题讨论、吸引潜在客户并实现流量变现，业已成为一种成熟的商业开发模式。作品衍生的部分元素具有可商品化的特性，典型如虚拟角色、作品名称、特定标题、特定物品名称等。《商标授权确权规定》为“两类名称”商品化权益之保护提供了依据，“葵花宝典案”再审判决对“等”字的解释使得对作品元素作为商品化权益的类型化对象有了更多可探讨性²。

作品元素构成中，虚拟角色无疑是重中之重。知名虚拟角色背后蕴含着强大的市场号召力。近年来，角色名称、外形频繁被抢注，使用原作虚拟角色进行同人创作的行为也屡见不鲜。《商标授权确权规定》对作品中的角色名称施加保护，然而角色名称只是虚拟角色构成要素的一部分。对于虚拟角色的内涵，很多学者主张对虚拟角色做整体性理解[7]，有学者认为虚拟角色即为集姓名、外观、声音、性格、经历、人物关系等多个方面的融合体[8]。在虚拟角色二次创作引发的纠纷中，对双方作品中虚拟形象进行抽象概括并比对是常见的。如国内“同人作品第一案”——“此间的少年案”中，法院即通过对包括“乔峰”、“康敏”、“郭靖”、“黄蓉”等一系列角色在内的人物性格特征、人物关系和故事情节进行比对得出了《此间的少年》并未构成著作权侵权的结论³。然而虚拟角色的商品化除体现在二次创作上外，更常见表现为在商品或服务上使用，此时虚拟角色更具象化，多体现为可视化图像或简短的名称。从作品元素的角度出发，虚拟角色其实只是作品中角色相关元素的集合，包括角色名称、角色外观、角色经典台词等。

在我国现有法律保护体系下，如果作品元素可以构成法律明确规定的权利客体，则一般不做“商品化权(益)”客体讨论[9]。具体而言，部分元素的视觉外观可独立构成美术作品，便可直接适用著作权法保护⁴；特定元素已注册为商标的，权利人可依法主张注册商标专用权。未注册且通常过于短小的角色名称、角色特定语句、作品名称、特定标题、特定物品名称等在内的其他作品元素，无法产生注册商标专用权和著作权，即本文研究所称“作品元素”。

3. 作品元素商品化权益保护的争议

“葵花宝典案”再审判决中，法院肯定了特定作品元素的商品化权益可援引《商标授权确权规定》的“在先权利”条款进行保护⁵，然而该条款对商标确权授权之外的行为无能为力，实践中多转向反不正当竞争法。关于作品元素是否应当受保护以及应当如何受到保护的问题，下文将从我国司法实践出发进行讨论。

3.1. 作品元素商品化权益保护之依据的争议

早年间，我国司法界对商品化权益受法律保护并不认可。“娃哈哈案”中，法院认为，“娃哈哈”

²最高人民法院(2021)最高法行再254号行政判决书。

³广东省广州市天河区人民法院(2016)粤0106民初12068号民事判决书。

⁴湖北省高级人民法院(2012)鄂民三终字第23号民事判决书。

⁵最高人民法院(2021)最高法行再254号行政判决书。

只是歌曲中一段副歌短句，由于过于短小，无法反应作者的内心情感和思想内涵，不受著作权法保护。加之原告不具经营者身份，所以被诉商标的注册也不构成不正当竞争⁶。“五朵金花案”中，法院认定原被告之间不存在竞争关系，故不适用反法保护⁷。“梵净山案”中，一审法院认为，商品化权并非法定权利，其权利内容亦无法明确，故驳回原告主张其在先权利的请求⁸。不过，随着知名虚拟角色被恶意抢注商标的现象频繁发生，正常市场竞争秩序受到损害的风险日益加大，法院对作品元素商品化权益保护的态度也有所转变。在尚无专门法律规定的情况下，法院通常援引商标法或反不正当竞争法处理相关纠纷。

3.1.1. 以商标法为法律依据进行保护

1) “不良影响”、“其他不正当手段”条款。缺乏统一法律依据的情况下，法院早先采取较迂回的方式保护商品化权益。“哈利波特案”判决中，法院援引“不良影响”条款，认定注册与知名角色名称“哈利波特”相似的商标违反诚实信用原则，具有不良影响⁹。“黑子的篮球案”和“蜡笔小新案”中，法院则援引了“其他不正当手段”这一条款对当事人的抢注行为予以规制¹⁰。“不良影响”条款和“其他不正当手段”条款在保护作品元素商品化权益上的适用显然有些牵强，司法实践后来形成了以“在先权利”条款对抢注行为进行规制的趋势。

2) “在先权利”条款。“007案”被视作我国法院明确角色名称商品化权益可作为在先权利予以保护的第一案¹¹。“功夫熊猫案”进一步明确，商品化权益虽非法定权益类型，但当作品名称、角色名称借助原有知名度可带来额外商业价值与交易机会时，可适用《商标权法》第三十二条保护¹²。《商标授权确权规定》的出台，被视作商品化在先权益的有名化^[10]。在此基础上，更多法院开始认可保护作品元素商品化权益的必要性。不过该条款其实对商品化权益未明确定性，因此法院有时会采取审慎的态度¹³。不过我国司法实践总体上保持积极探索的正向态度。2021北京知产法院调研报告指出要深化改革，推进商品化权益发展¹⁴。“葵花宝典案”再审判决中指出，商品化权益虽非法律规定的概念，但不能径行得出其不受我国法律保护的结论。该判决援引《商标授权确权规定》，实际上拓展了可纳入“在先权利”条款保护的商品化权益对象。不过，“在先权利”条款表述中的“等”字及“保护期”要求为该条款的适用带来一些理论上的争议。加之商标法“在先权利”条款只能规制抢注行为，其他未经授权的商业化行为则更多通过《反不正当竞争法》进行规制。

3.1.2. 以反不正当竞争法为法律依据进行保护

反法规制的途径分为两种，一是通过适用具体条款规制混淆行为，二是适用一般条款规制“搭便车”行为。

1) 混淆条款。在消费者对商品服务来源产生混淆的情况下，法院通常援引反法的混淆条款，即93年反法的第五条、现行反法的第六条。在“泰囧案”中，法院认为，“人在囧途”可构成“知名商品特有名称”，被告使用“人在囧途之泰囧”的说法，容易造成相关公众对“人在囧途”和“泰囧”的误认，

⁶上海市第二中级人民法院(1998)沪二中知初字第5号民事判决书。

⁷云南省昆明市中级人民法院(2002)昆民六重字第02号民事判决书。

⁸北京市第一中级人民法院(2010)一中知行初字第432号行政判决书。

⁹北京市高级人民法院(2011)高行终字第541号行政判决书。

¹⁰北京知识产权法院(2015)京知行初字第6058号行政判决书，北京市高级人民法院(2006)高行终字第373号行政判决书。

¹¹北京市高级人民法院(2011)高行终字第374号行政判决书。

¹²北京市高级人民法院(2015)高行(知)终字第1969号行政判决书。

¹³北京市高级人民法院民三庭2016年5月6日发布的《当前知识产权审判中需要注意的若干法律问题》要求涉及此类问题的案件事先报备，也得到了最高人民法院的肯定。

¹⁴最高人民法院2021年发布的《关于人民法院知识产权审判工作情况的报告》中表明我国审判机关自十八大以来在知识产权审判工作中“积极探索商品化权益保护”。

构成不正当竞争行为¹⁵。在“《我叫MT》案”中，法院认为原游戏名称及游戏中人物名称构成“知名服务特有名称”，被告进行了易使相关公众产生误认的宣传，构成不正当竞争。在“高效能人士的七个习惯案”中，二审法院认为，中青社出版的《高效能人士的七个习惯》具有较高商业价值，构成知名商品，其名称和装潢构成上述规定的“知名商品特有名称和特有装潢”，被告的行为构成不正当竞争¹⁶。

2) 一般条款。对作品元素进行商品化利用，有时并不会产生混淆误认，但借助原作知名度“搭便车”的行为可使权利人商誉受到大幅减损，司法实践中有时会援引反不正当竞争法一般条款进行规制。“此间的少年案”中，法院即适用反法第二条对虚拟角色的二次创作进行规制¹⁷；“武侠Q传案”中，法院亦认为游戏公司未经许可利用金庸武侠作品元素的行为，不正当地破坏他人竞争优势，构成不正当竞争¹⁸；“魔兽世界案”中，法院认定“全民魔兽”擅自使用知名服务“魔兽世界”相关任务名称的行为同时违反了反法第二条、第六条¹⁹。然而一般条款的模糊性是其适用的争议性来源。

3.2. 作品元素商品化权益保护之正当性基础的争议

对一项客体是否应当保护以及如何保护取决于合理的正当性基础。我国早年间对作品元素商品化权益并不认可，后来也坚持保持谦抑性，主要理由便在于“于法无据”。司法实践逐渐认可商品化权益应受法律保护后，判决所采正当性基础却并不相同。虽然《商标授权确权规定》的出台使得大多案件的适用规范趋于统一，但案件判决中的论证仍存在较大差别。我国的司法实践和学理探讨中，对作品元素商品化权益施加法律保护的理论基础主要有以下四种：

首先是劳动价值理论。洛克的劳动价值理论认为，人们应对付出劳动所获得的成果享有权利^[11]。具体到作品元素上来，该理论的拥趸认为，作品元素凝聚了作者的精心构思，其形成的知名度蕴含了制作者的创作和宣传的时间、金钱等成本，利用这些元素附带的影响力能够刺激消费者的购买欲望，为经营者占据更多市场份额。无偿占用这些知名元素进行促销无疑会挤占他人的商业机会，若法律不加以保护，无疑不利于促进市场公平竞争。在“阿童木案”中，法院认为出品单位为知名角色名称“阿童木”获得知名度投入了大量劳动和资本，这些投入带来的交易机会和商业价值应为该单位所有²⁰。批判劳动价值理论的观点认为，劳动者不天然享有劳动成果所代表的全部市场价值，因为市场价值的来源还包括市场力量和制度安排^[12]。此外，角色影响力的形成不仅依靠作者的巧思，还应归功于媒体的宣传，乃至彼时消费者的喜好和价值取向等。这些理论其实并未否定劳动者对其劳动成果所产生经济价值的贡献，不能否定其保护合理性。但在市场活动中，竞争利益是此消彼长的，无法进行量化比较的劳动价值理论无法在个案的利益平衡中提供强有力的论证基础。

其次，作品元素出自作品，激励理论通常被认为是著作权法对作品保护的理论基础。同样是上述“阿童木案”，法院还认为，原作虚拟角色具有广泛受众，可产生巨额商业价值，对其进行保护有助于激发创作激情，促进文化事业发展，这其实就是激励理论的论证逻辑²¹。各国法律通过赋予创作者一定期限内的专有权利，使其可从所创作的文艺作品中获得合理回报，进一步激励创作。作品元素，尤其是家喻户晓的作品元素，是知名作品的重要组成部分，能够带来丰厚利益回报，法律对其保护同样将助力文学艺术领域优质成果的涌现。然而该理论的最大问题在于，其对不构成作品的作品元素提供类似著作权法

¹⁵ 最高人民法院(2015)民三终字第4号民事判决书。

¹⁶ 北京知识产权法院民事判决书(2016)京73民终822号。

¹⁷ 广东省广州市天河区人民法院民事判决书(2016)粤0106民初12068号。

¹⁸ 北京市高级人民法院(2018)京民终226号民事判决书。

¹⁹ 广东省高级人民法院(2016)粤民终1775号民事判决书。

²⁰ 北京市高级人民法院(2018)京行终1245号行政判决书。

²¹ 北京市高级人民法院(2018)京行终1245号行政判决书。

的保护,实际上延伸了著作权法保护边界,有悖于知识产权制度设计中的利益平衡机制[13],《商标授权确权规定》对商品化权益的保护要求原作品未超过著作权保护期也因此成为了学界批判的一大问题。

再次是混淆理论。“功夫熊猫案”中,法院提出认定商品化权益是否受侵害时,要综合考虑被异议商标与原作之间关系混淆误认的可能性,这是我国法院较早依据混淆理论认定作品元素商品化权益的案例²²。“围裙妈妈案”中,法院即认定被异议商标“围裙妈妈”的核定使用范围与原作动画“围裙妈妈”的气质形象契合,易使公众产生二者相关联的误解误认,因此认定权利人在先权利收到损害²³。商品化行为易使消费者产生许可或赞助上的混淆,有时也会使之产生“售前混淆”[14]。售前混淆,又可称作初始兴趣混淆,虽然相关公众只需要投入一般的注意力即可辨别其真实来源,不会产生混淆误认,但这类“搭便车”行为仍然可以通过吸引消费者注意力的方式增加获取交易机会的机率。

最后,在非类似的商品或服务上使用原作作品元素,一般不会使消费者产生混淆,但亦可借他人之投入获取竞争优势,此时不能适用混淆理论,而应适用“不当占用”理论。在市场竞争中,在一定程度上借用他人有所投入的东西属于正常现象,占用、盗用他人商誉和名气,并且淡化甚至隔断商业标识与原权利人之间唯一指向关系的行为才应受到规制[15]。“此间的少年案”中,法院认为被告不正当地攀附原告的名气,为自身增多潜在交易机会的同时,挤压了原作的市场空间,构成不正当竞争,这正是实践中使用不当占用理论论证判决的典型一例。

笔者认为,在我国司法实践使用的论证逻辑中,劳动价值理论有一定合理性,但在个案中无法对权益之保护做出充分论证,而基于激励理论会使得知识产权的保护发生溢出效应。相比之下,混淆理论和不当占用理论为作品元素商品化权益之保护提供了正当性理由。对于作品元素商品化权益的保护,英国和澳大利亚采用的仿冒之诉即基于混淆理论,美国采取不当占用的不正当竞争之诉则主要基于“不当占用”原则,堪为我国保护路径之借鉴。

4. 作品元素商品化权益保护路径构建

商品化对象在商品化行为中充当类似商业标识的作用,因此学界一般认为商品化权益的保护客体应当是类商业标识的所指——商誉,这也是应适用混淆理论和不当占用理论保护作品元素商品化权益的另一正当理由。世界各国对商誉的保护主要是通过商标法和反不正当竞争法完成的,我国现有法律体系下,司法解释的出台对商标法“在先权利”条款的适用提供了更为有力的保障。

4.1. 商标法“在先权利”条款的过渡保护

“007案”中,法院认定,知名角色名称应属于“在先权利”保护范畴²⁴。“功夫熊猫案”终审中,法院进而为将知名电影角色名称商品化权益纳入商标法“在先权利”条款保护进行了论证²⁵。上述案件以及此后的“哈利波特案”等对商标法“在先权利”条款的解释和适用取得了良好社会效果,在总结这些案例审判经验的基础上,最高法通过《商标授权确权规定》肯定了两类名称的商品化权益,但是法院在适用时一向保持审慎的态度,归根结底在于其要件还有待进一步厘清。此外,在商品化权益的内涵不断发展的情况下,该司法解释中的“等”字表述为两类名称外的其他作品元素适用该条款保护提供了空间,但是“等”字的模糊性也构成了阻碍。“葵花宝典案”一审中,合议庭多数意见便秉持着审慎的态度,否定了“葵花宝典”不能构成该司法解释中“等”字范围内的保护对象²⁶。

²²北京市高级人民法院(2015)高行(知)终字第1969号行政判决书。

²³北京市高级人民法院(2018)京行终6286号行政判决书。

²⁴北京市高级人民法院(2011)高行终字第374号行政判决书。

²⁵北京市高级人民法院(2015)高行(知)终字第1969号行政判决书。

²⁶北京知识产权法院(2017)京73行初2800号行政判决书。

“葵花宝典案”的再审判决则最终为该司法解释条款的适用提供了指导。最高人民法院明确指出，“作品名称、作品中的角色名称等”作为“在先权利”受到保护，须满足“知名度”、“保护期”和“混淆可能性”三个要件。其中，知名度要件要求作品元素具有较高知名度。擅自占用他人类似“葵花宝典”这些声名赫赫的作品元素用于商品化行为，更容易侵占他人的交易机会和商业价值，如果不加保护，会对正常市场秩序造成较大破坏。保护期要件即要求相关作品应处于著作权保护期限内。混淆可能性要件，即商品化行为造成公众混淆误认的可能性较大，如被异议商标“葵花宝典”的核定使用范围就容易使相关公众产生“许可混淆”。该案对“葵花宝典”的认定则意味着“等”字应理解为列举未尽的“等外等”，符合上述条件的其他作品元素亦可依之受到保护。

然而，作品元素商品化权益的保护适用“在先权利”条款的在理论上仍面临诸多争议。首先，正如前所述，其保护期要件备受诟病。篇幅短小的作品元素本不受著作权法保护，而保护期要件似乎意味着作品元素纳入“在先权利”保护要求作品存在著作权，这造成了著作权法保护边界的延伸。其次，“在先权利”条款的适用范围只局限在商标授权确权过程中，对于其他商品化行为则无法规制。此外，北京高院2019年出台的《商标授权确权审理指南》对《商标授权确权规定》的适用采取了收紧的态度，认为在符合特定条件时，应当依据反法第六条进行认定。另外有必要提到的是，对于判断其他作品元素是否可以属于“等”字所包含的内容，理论界认为只有当该类作品元素的知名度足够高，并且申请注册人的商品化行为足以阻断其与原作之间稳定指向关系时才可适用，笔者亦深以为然。

4.2. 适用反不正当竞争法规制不当商品化行为

4.2.1. 反不正当竞争法保护路径的正当性

从理论上讲，商标法的基石在于注册取得机制，本文讨论的对象为未注册的可作为商业标识的作品元素，商标法与作品元素商品化权益保护的不兼容性可见一斑。反不正当竞争法不以注册为起点，而着眼于使用，通过对损害他人利益行为的规制，实现对法律应当提供保护之权益的动态保护。商标法“在先权利”条款保护的其实也非商标法的核心——注册商标专用权，更多是其他法定权益。“葵花宝典案”二审中，法院曾指出，此案的“在先权利”是指反法规制不正当竞争行为时，受该行为影响的特定民事主体享受到的反射性利益²⁷。

从渊源上看，商品化行为是一种市场行为。在市场经济中，商品化的本质在于借作品元素之吸引力获得市场优势，提高自身竞争力。围绕商品化权益之讨论因明确法律规定的缺失总显得有气无力，且商品化行为多种多样，并不局限于商标性使用行为，反不正当竞争法可通过对各类不正当竞争行为进行规范维护公平竞争秩序，体现了较好的灵活性和自治性。如前所述，根据劳动价值理论，商品化权益的所属并非单一的，而是多元的，这与竞争利益同出一辙。传统观点上，自由竞争是被鼓励的，竞争利益此消彼长，需要进行衡量，这说明商品化行为本身并不必然侵权，只有构成不正当竞争行为时才应受到规制。

从正当性基础上看，防止混淆是商标法的理论根基，而反不正当竞争法除混淆条款外，另设一般条款辅助认定“不当”，与保护商品化权益的不当占用理论相对应。域外实践上，根据英国法官对“Advocaat案”做出的判决，仿冒之诉的构成要件可以概括为被告经营者对潜在消费者做出恶意虚假陈述致使原告的商誉遭受或可能遭受损害[16]，这与不正当竞争行为的构成要件有异曲同工之妙。对于未注册的角色名称以及与角色相关的重要语句等作品元素，美国法院基于反不正当竞争法禁止被告擅自进行商品化行为的案例并不鲜见。事实上，美国部分州承认不当占用他人商业价值可作为诉因[17]。可见，不正当竞争行为的认定为规范商品化行为、保护商品化权益提供了一个较好的思路，并在国际范围内广泛应用。

²⁷北京市高级人民法院(2018)京行终6240号行政判决书。

4.2.2. 反不正当竞争法保护路径的完善

由反不正当竞争法对本文所称作品元素的商品化权益进行保护,可以实现理论上的自治,亦被我国实践接受。如前所述,法院在对商品化行为进行规制时,主要分为两种方式:一是适用混淆条款;二是适用第二条一般条款,然而司法实践中也对其适用存在争议。

首先是适用条款的原则。前文提到,一般认为混淆条款适用于造成混淆误认的情景,反法第二条则应当保持谦抑性,适用于虽不构成混淆,但有违诚实信用原则和商业道德的“搭便车”行为。然而2017年反法修订前,作品元素能否构成“知名商品的特有名称”一度有争议。如“摸金校尉”案中,法院认为作品角色名称不能作为“知名商品特有名称”作为保护,不可适用混淆条款,如能够产生“足以区分”的效果,可适用反不正当竞争法²⁸。此处并未指明具体条款,应为一般条款。反法修订后,第六条第四项引入了针对“混淆行为”的兜底条款,最高人民法院发布的《关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》第四条第一款扩大了该条的保护对象,也为规制仿冒未注册商业标识的行为提供了更合适的法律依据,应当优先于一般条款适用。不过,无论是该条款还是反法第二条,都是概括性条款,缺乏更为具体的适用要件,这是司法实践的又一大难题。其次是适用要件的明晰:

1) “经营者”的扩大解释。法院适用反不正当竞争法保护商品化权益时,被告通常会以原告不符合反法所称“经营者”进行抗辩。不过,随着经济发展的态样多元化,“经营者”所涵盖的范围更加广阔,一些并未直接从事或参与商品生产、经营或提供特定服务的主体,亦有可能被纳入“经营者”的范畴[18]。至此,主体间是否存在竞争关系又成为主体要件的争议焦点。在学术界,有学者认为竞争关系要件的存在束缚了反不正当竞争法的立法价值,违背了其行为规制法的本质,应当予以弱化[19]。在司法实践中,竞争关系也有逐步被淡化的趋势²⁹。2022年3月,最高人民法院发布了《关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》(下称新《反法司法解释》),其第二条对竞争关系做出从宽解释,即“存在可能的争夺交易机会、损害竞争优势等关系”。笔者认为,竞争关系的存在是必要的。对不当商品化行为的规制间接保护了权利人的商品化利益,减损对其他经营者的市场价值以提高自身竞争优势正是竞争关系存在的证明。对于竞争关系的认定,可通过“领域的关联程度”、“用户的重合程度”和“市场替代性”等因素进行考量。

2) 行为不正当性的认定。判断一项竞争行为本身具有不正当性是认定不正当竞争行为的另一决定性要件。根据一般条款,行为的不正当性在于违反诚实信用原则和公认的商业道德。诚实信用原则和公认的商业道德的认定存在界限不清的问题,对此,笔者将结合作品元素不当商品化行为的特征分别进行分析。

首先是混淆行为。通过混淆条款规制商品化行为,要求经营者不正当地使自己的商品被误认为是他人的商品或与他人有特定关联[20]。实践中,混淆可能性的认定应结合多方面因素加以认定。其一为知名度要件。反法第六条第三项的“具有一定影响”即意味着作品元素需要具有足以引起混淆的知名度。其二是稳定指向要件。混淆的出发点是标识来源的功能,如果作品元素不能让相关公众对其商品提供者产生足够强的特定指向关系,那权利人就无所谓商誉。需要说明的是,这里的权利人并非特指创作者,而是与被诉侵权经营者存在竞争关系的、可与作品元素产生稳定对应关系的商品提供者或潜在商品提供者。

对于某些搭便车行为,消费者通常不会产生混淆可能性,但其对商品或服务者的关联性联想却有减损权利人商誉的可能。这类搭便车行为不当占用了他人的良好商誉,对他人造成了损害。反淡化理论原本适用于“未注册的驰名商标”,作为混淆理论的补充,意在提供跨类保护,正可用于规制不当占用行为。我国反不正当竞争法目前尚未增加反淡化的内容,故通常由一般条款进行规制。由于作品元素的商品化行为往往是从文学艺术领域到商业领域的跨越,对其进行保护时要求具有更高的知名度。如在“巫

²⁸ 参见上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第838号民事判决书。

²⁹ 上海市徐汇区人民法院(2015)徐民三(知)初字第1324号民事判决书。

颂”、“机械战姬”案中，法院即认定案涉作品元素不具有延及其他商品或服务的知名度，所以案诉商品化行为不可能不当利用原告的良好商誉。

5. 结语

近期，历经一波三折的“葵花宝典案”终于随着再审判决落下帷幕。该案一审、二审和再审判决围绕“葵花宝典”这一作品中的元素是否可以“商品化权益”的形式被保护展开讨论，将作品元素商品化权益的保护争议推上了风口浪尖。

“商品化权益”并非法律概念，一般被用来指代商品化行为所涉权利或利益的集合。可商品化对象中，作品元素是一类重要对象。随着娱乐经济的发展，实践中围绕作品元素商品化权益的纠纷正逐渐增多。如果作品元素可以构成法律明确规定的权利客体，一般不做“商品化权(益)”客体讨论。因此本文语境下，商品化权益纠纷所涉作品元素范围包括角色名称、角色关键语句、作品名称、特定标题、特定物品的名称或代称等。

对于作品元素商品化权益的保护，我国司法界的态度经历了从不认可到认可的转变，目前在保护路径上仍存在争议。一般而言，保护路径的差异取决于所采正当性基础的差异。劳动价值理论是判决中常见的论证基础，激励理论亦然。然而，市场活动中的竞争利益注定此消彼长，无法进行量化比较的劳动价值理论无法在个案利益平衡中提供强有力的论证基础，激励理论则有导致知识产权溢出保护的嫌疑，故本文认为，混淆理论和不当占用理论作为论证作品元素商品化权益受法律保护正当性的理论基础更为合理。

由于并无明确法律规定或专门条款，我国主要通过商标法或反不正当竞争法保护作品元素商品化权益。《商标授权确权规定》对“两类名称”的规定被认为是作品元素商品化权益可为商标法保护的重要法律依据。但“葵花宝典案”的一审、二审却对该条款的适用持审慎态度，主要原因在于“葵花宝典”并非该条款所明确的“两类名称”。再审判决虽为该条的“等”字进行了解释，然而由“在先权利”条款对商品元素商品化权益进行保护本质上并不符合商标法的立法精神。商标法的基石在于注册，“在先权利”条款在实践中的应用虽广，却对商标确权授权之外的行为无能为力，且其本质是制止不正当竞争行为的思路。

相较之下，适用反不正当竞争法可以实现理论的自洽和个案中的动态保护。具体适用时，需先明确混淆条款和一般条款的适用顺序：为避免向一般条款逃逸，应当优先适用混淆条款这一具体条款。混淆条款在作品元素商品化权益保护中发挥作用的关键是其兜底条款，这决定了其适用还依赖于对不正当竞争行为认定逻辑的进一步梳理。本文认为，在不正当竞争行为的认定中，首先应结合反不正当竞争法的立法精神和所涉领域的惯例对“经营者”、“竞争关系”进行扩大解释，其次再根据“混淆可能性”和“反淡化”理论综合多元因素判定行为不当性，以免不正当竞争纠纷处理趋于道德化。

参考文献

- [1] 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[J]. 现代法学, 2018, 40(2): 57-74.
- [2] 冯颢宁. 商品化权“新型知识产权说”之证伪——基于权益区分理论的解构[J]. 电子知识产权, 2016(5): 47-56.
- [3] 梅慎实. “角色”的权利归属及其商品化权之保护——兼论“济公活佛”角色的权利归属之争[J]. 法学, 1989(5): 33-35.
- [4] 郑成思. 版权法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1993: 300-305.
- [5] 李扬. 反不正当竞争法基本原理[M]. 北京: 知识产权出版社, 2022: 288-290.
- [6] 廖继博. 中国语境下的商品化法益及其正当性[J]. 法律适用, 2018(1): 90-96.

-
- [7] 丛立先, 刘乾. 同人作品使用原作虚拟角色的版权界限[J]. 华东政法大学学报, 2021, 24(4): 175-192.
- [8] Marks, M.V.P. (1975) The Legal Rights of Fictional Characters. *Copyright Law Symposium (ASCAP)*, **25**, 35-92.
- [9] 刘晓春. 作品元素的反不正当竞争法保护: 案例梳理与学说评论[J]. 中国版权, 2018(1): 58-59.
- [10] 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[J]. 法律适用, 2017(17): 2-8.
- [11] 洛克. 政府论(下) [M]. 叶启芳, 瞿菊农, 译. 北京: 商务印书馆, 1964: 18.
- [12] Hettinger, E.C. (1989) Justifying Intellectual Property. *Philosophy & Public Affairs*, **18**, 31-52.
- [13] 孔祥俊. 反不正当竞争法新原理·原论[M]. 北京: 法律出版社, 2019: 280.
- [14] 李阁霞. 论商标与商誉[M]. 北京: 知识产权出版社, 2018: 8-12.
- [15] 黄武双, 于帮清. 论反不正当竞争法对知识产权的附加保护[C]//中南财经政法大学知识产权研究中心. 中国知识产权发展战略论坛论文集: 2005 年卷. 武汉: 中南财经政法大学知识产权研究中心教育部人文社会科学重点研究基地, 2005: 198-216.
- [16] Cornish, W.R., Llewelyn, D. and Aplin, T. (2013) *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*. 8th Edition, Sweet & Maxwell, London, 742.
- [17] 李明德. 美国知识产权法(第二版) [M]. 北京: 法律出版社, 2014: 675.
- [18] 邹津宁, 陈艳. 我国竞争法中“经营者”概念探析[J]. 学术界, 2011(6): 154-159+287.
- [19] 张占江. 不正当竞争行为认定范式的嬗变从“保护竞争者”到“保护竞争” [J]. 中外法学, 2019, 31(1): 203-223.
- [20] 李士林. 商业标识的反不正当竞争法规整——兼评《反不正当竞争法》第 6 条[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2019, 37(6): 167-177.