

# 文学角色可版权性探析

李明霞

(中共泸州市委党校, 四川 泸州 646000)

**摘要:** 文学角色凝结了作者的劳动和创造性表达, 但当前著作权法并未对其明确保护, 这导致了司法实践中或对文学角色不予保护, 或寻求其他法律如商标法、反不正当竞争法的保护。从著作权法的立法目的、利益平衡理论、文学角色本身承载的商业价值出发, 对文学角色保护具有必要性, 从立法空间和司法实践来看, 对文学角色保护可行性。因此, 建议以司法解释的方式对著作权法相关兜底性条款进行扩大解释, 赋予达到独创性和充分描述标准的文学角色版权保护。

**关键词:** 文学角色; 著作权法; 可版权性

根据 2017《世界知识产权报告: 全球价值链中的无形资本》: 知识产权和其他无形资产对产品的增值是有形资本的两倍。而伴随巨大商业利益的驱使, 虚拟角色背后潜藏的价值得以挖掘, 不同于卡通角色和视听角色的有形性和具象性, 文学角色的无形性和不确定性增加了对其保护的难度。有观点认为可根据著作权法对文学角色予以保护, 有观点认为可根据反不正当竞争法予以保护, 有观点认为可根据商标法予以保护, 有观点认为可根据知识共享协议予以保护, 有观点认为可构建以著作权法为核心, 反不正当竞争法、专利法和商标法为补充的, 对文学角色予以交叉保护, 有观点认为既然现有著作权法没有明确规定对文学角色予以保护, 那么也不适宜用反不正当竞争法对其予以保护, 以免造成法益的冲突, 还有观点认为鉴于商标法和反不正当法中只要侵犯名称则构成侵权, 不当再赋予文学角色独立于作品的版权保护, 以免限制后来者的创作和文学艺术的传播……笔者以为, 学界观点不一、法律界定模糊、案例判决结果难料, 其核心争议在于是否应当给予文学角色版权保护? 给予文学角色版权保护的界限在哪里? 是新创设一种文学角色权还是在现有法律框架内予以保护? 而当前学界研究主要针对涉嫌侵权作品与原作品的实质性相似判定方法进行讨论, 如有学者提出采用整体观感法进行判断, 有学者提出结合美国的四种判定法: 充分描述、故事讲述、具体形象、特别鲜明进行判断, 但以上研究少对文学角色可版权性进行分析, 还有观点本末倒置, 提出先判定两部作品是否相似, 然后再判断原作品是否具有可版权性。因此, 本文主要对文学角色的可版权性进行分析, 并尝试提出可版权性的条件和建议。

## 一、文学角色保护现状

### (一) 现有法律对文学角色保护界定模糊

鉴于著作权法、商标法、反不正当竞争法对文学角色保护的不充分和无计划性, 有学者将文学角色形容为知识产权法领域的二等公民。根据我国著作权法第三条, 文学角色并不在作品之列, 不属于著作权法直接保护的对象, 只能通过保护文字作品、戏剧

作品等方式对文学角色予以间接保护。法律上的界定模糊给实践操作带来难题, 有学者提出可根据我国著作权法第三条、第十条、第二十四条等兜底性条款结合法官的自由裁量权对文学角色予以保护, 即将法条中的“其他作品”解释为文学角色, 将法条中的“其他权利”解释为文学角色权。但是这一建议在实施中并不顺利, 如在查良镛与杨治、北京联合出版有限责任公司著作权权属纠纷案中, 原告提出被告杨治未经原告许可, 照搬原告作品中的经典人物, 擅自篡改原告作品人物形象, 严重侵害了原告的改编权、署名权、保护作品完整权及应当由著作权人享有的其他权利(角色商业化使用权)。原告寄希望于著作权法第十条第十七款的兜底条款“应由著作权人享有的其他权利”通过法官自由裁量后对文学角色予以保护, 但是法院并未支持这一主张, 提出原告主张角色商业化使用权, 在著作权法的条文、立法资料、司法实践中均没有任何依据, 因而不支持。

同样, 商标法、反不正当竞争法对文学角色的保护也存在局限性。根据我国商标法规定, 注册商标和非注册商标在专有权、排他权和法律保护程度方面存在较大差异, 这意味这文学角色只有注册为商标才能获得商标法上更加全面的保护, 2017 年最高人民法院出台新的商标法司法解释后, 也只是加强了未注册的“具有较高知名度”的文学角色保护, 而其他未注册的不具备较高知名度的文学角色则仍然处于法律保护的空白地带。而且, 该条款仅针对文学角色的名称进行保护, 文学角色的性格特征、惯用语言、招牌动作、人物关系等结合起来能够直接指向特定文学角色并具有标识作用的属性则难以根据该条款予以保护。此外, 若要获得商标法的保护必须“导致相关公众的误认”, 而占用人可以在其商品上进行简单文字提示或对文学角色进行描述性使用, 说明其与权利人不存在特定联系, 即使如此在实际的商业运作中, 仍然可以吸引权利人的大量粉丝从而带来经济利益。或者从严格意义上讲, 商标法这一解释的出台并未从实质意义上增加文学角色的保护范围, 因为反不正当竞争法规制的混淆行为可以涵盖以上商标占用文学角色名称并造成相关公众误认的行为。需要注意的是, 反不正当竞争法规制的混淆行为在保护文学角色方面同样存在缺陷, 即混淆行为的程度须达到“足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系”, 如前所述, 未经许可的使用文学角色的占用人可通过简单描述使用或文字说明进行免责。实际上, 这一条款在司法实践运用中困难重重, 如在温瑞安与北京玩蟹科技有限公司侵害作品改编权纠纷一案中, 原告主张玩蟹公司将其系列小说中的灵魂人物“四大名捕”改编为卡牌网络游戏人物并未经过许可, 被告游戏卡牌中的“四大神捕”仿冒了原告知名小说中的“四大名捕”, 构成不正当竞争行为。不过法院并未支持

原告这一主张,法院虽然认可了玩蟹公司游戏人物“四大神捕”与温瑞安小说人物“四大名捕”能够一一对应,但判定玩蟹公没有用显著性字体展示“四大神捕”,属于对游戏人物进行描述性使用,因而不会使用户在游戏和小说之间产生联想,也不会将涉案游戏误认为小说,基于以上分析,法院对温瑞安提出玩蟹公司构成仿冒行为的主张不予支持。即否认了在实践中运用反不正当竞争法第六条第四款对文学角色予以保护。那么文学角色在著作权法上地位不明,商标法保护有限,如何使用反不正当竞争法进行保护呢?根据最高人民法院在裁定书中对反不正当竞争法第二条的原则性条款能否作为一般条款适用的说明,虽然反不正当竞争法第二章明确规定了不正当竞争的具体类型,但随着市场竞争行为的千变万化,法律由于滞后性不可能随时应对和防范各种不正当竞争行为和方式,因此可以根据反不正当竞争法第二条的一般规定对不属于第二章明确规定的市场竞争行为予以调整,以保障市场公平竞争。因此,当前对文学角色进行法律保护则主要是依据反不正当竞争法第二条,如在完美世界公司诉火谷网一案中,原告提出其获得了查良镛先生《笑傲江湖》、《倚天屠龙记》、《射雕英雄传》和《神雕侠侣》四部小说的游戏软件改编权,而被告未经许可在其武侠Q传游戏中不正当使用了涉案作品中的小说人物、武功等元素进行了卡牌设置,造成相关社会公众误认为武侠Q传游戏与涉案作品或查良镛先生有关,违反了反不正当竞争法第二条中的诚实信用原则。法院认为原告拥有涉案作品的改编权是其参与市场竞争的优势所在,而被告未经许可无偿使用涉案作品中的相关元素开发游戏,不正当地取得了成本上的优势,破坏了原告的竞争优势,抢占了相关游戏市场,对原告造成了现实的、可以预见的损害,因而支持原告主张,根据反不正当竞争法第二条认定被告行为构成对原告的不正当竞争。不过,利用反不正当竞争法第二条对文学角色进行保护仍然存在较多限制,一方面从习惯上讲将法律原则作为一般条款适用是司法实践中法律适用的例外,另一方面虽然最高人民法院的裁定书意见认可了将反不正当竞争法第二条的原则性条款作为一般条款适用的做法,但同时提出了要严格把握反不正当竞争法第二条的适用,以避免不当干预阻碍市场自由竞争。

## (二) 现有案例对文学角色保护判决不一

从法在社会生活中的功能来看,其指引功能、评价功能、教育功能、预测功能的发挥都需要法律具有一定的明确性和稳定性,法对公民行为的指引、对公民行为合法与否的评判、对公民行为的警示和示范、对公民之间相互行为的预估,有助于构建稳定的社会关系和社会秩序。但由于上述著作权法、商标法、反不正当竞争法在保护文学角色方面定位不明、界定不清、适用模糊,司法实践中出现了类似案件在不同地区判决结果截然不同的情况。

同样是借用武侠小说中的人物形象改编为网络游戏软件,未经许可使用“四大名捕”系列小说文学角色和未经许可使用金庸武侠小说系列文学角色出现了不同判决结果。北京市第一中级人民法院认为被告的武侠Q传游戏软件对于涉案金庸武侠小说系列

作品相关元素的使用主要体现为人物名称及性格特征、兵器、武功招式等,从故事情节和脉络发展看游戏软件中关于涉案小说的表达不够具体,对应元素的使用在游戏软件中没有达到较高数量和比例,因而无法形成对应关系,不构成对涉案作品改编权的侵犯。但法院认为该游戏软件不正当地破坏了他人的竞争优势,抢夺了他人的商业机会,其行为已构成不正当竞争行为。而在另一类类似案件中,北京市海淀区人民法院认为原告温瑞安创作的“四大名捕”系列小说是“温派”武侠小说的重要代表,涉案五个人物是温瑞安小说中独创性程度较高的组成部分,是“温派”武侠思想的重要表达。被告玩蟹公司开发经营的《大掌门》游戏,通过游戏卡牌人物特征、文字介绍和人物关系,能够与温瑞安“四大名捕”系列小说五大人物“无情”“铁手”“追命”“冷血”及“诸葛先生”的形象对应,被告以网络游戏的方式表达了温瑞安小说中的独创性武侠人物,属于对温瑞安作品中独创性人物表达的改编,该行为未经许可且用于商业性运营活动,侵害了涉案文学作品改编权。同时法院认为虽然被告《大掌门》游戏中的四个涉案人物名称“四大神捕”能够对应温瑞安小说的“四大名捕”人物,但被告未以显著性字体展示,属于对相关人物的描述性使用,虽然这一行为会使相关公众对温瑞安武侠小说人物产生联想,但不会使相关公众产生误认,因而对于原告提出的被告行为属于反不正当竞争法规制的仿冒行为的主张,法院不予支持。

对比两个类似案例可以发现,同属于未经许可的武侠小说人物在网络游戏中使用,不同的法院给出了截然不同的判决,一观点主张武侠小说中的知名文学角色属于作者的独创性表达,应受著作权法保护,未经许可改编为网络游戏涉嫌侵犯作者改编权,而非构成不正当竞争。一观点主张武侠小说中的文学角色武侠小说中的知名文学角色是原作品的少量内容与表达,仅借用原作品中的文学角色未达到较高数量与比例不构成对原作品改编权的侵犯,而借用原则品文学角色、武功等具有商业价值的资源投入商业领域使用的行为,违背了诚实信用原则,构成不正当竞争。同样借用小说文学角色而判定构成不正当竞争的还有查良镛与杨治著作权权属纠纷案,而借用小说文学角色判定既不构成不正当竞争也不侵犯改编权的有上海玄霆与北京新华先锋著作权权属纠纷案,对此不再赘述。

笔者以为实践中类似案例法律适用不一致的主要原因是文学角色在著作权法中地位不明,在当前著作权法律体系下只能依赖于作品受到间接保护,而判定涉案作品是否侵权,不同的法院可能采取不同的方法,如采用抽象对比法将著作权法不保护的思想、事实等抽离后对著作权保护的具体表达进行对比,这一方法要求侵权作品与原作品存在量上的实质性相似,即相似部分须达到一定比重,若采用这一方法,则所有文学角色名称、性格特征等在整部作品中占少量比例,即使具有较高知名度和商业价值也难以获得著作权法的保护。如采用整体感知法依据主客观两方面的标准对两部作品进行分析,即使侵权作品与原作品在载体、内容等方面不完全重合,但只要普通公众能判断两部作品在整体概念和



感觉上相似,即可能构成对原作品著作权的侵犯。采用不同的方法和不同的判定标准必然带来不同的结果,但笔者认为当前讨论的重点并不是侵权认定方法选择问题,而是确立文学角色在著作权法上独立地位的问题,赋予文学角色可版权性并明确其受到保护的相应条件可以解决当前法律和司法实践上对文学角色保护的混乱现象,避免文学作品的侵权方法选择之争。

## 二、对文学角色予以版权保护的必要性与可行性

### (一)对文学角色予以版权保护的必要性

华东政法大学王迁教授认为如果仅使用了原作中的角色名称、性格特征、角色关系等难以构成侵权作品与原作品的实质性相似,即认为只有占用文学角色的同时带入了原作的主要情节才能构成实质性相似,而单纯占用文学角色则并不构成侵权,文学角色本身并不享有版权。但笔者以为,结合理论与实践,对文学角色予以著作权法保护存在必要性。

首先,从著作权法的立法目的来看,保护作者的著作权是放在首位的。文学角色经过作者的艰辛创作,具有鲜明的人物性格和特征,甚至文学角色不仅具有文学价值,其符号识别功能还具有标志性,能够使公众看到该文学角色就对作者及其文学作品产生联想,如看到乔峰能够想起金庸和《天龙八部》,看到楚留香能够想起古龙和《楚留香传奇》,如果对这些文学角色不进行版权保护,那么作者的著作权是不完整的,这些文学角色背后蕴含的经济利益很可能被他人占用,结果是作者的著作权受到侵害,但只能寻求其他法律如商标法、反不正当竞争法的保护,因而从著作权法的立法目的来讲,对文学角色进行版权保护是有必要的。

其次,从著作权法的保护范围和期限来看,已经平衡了个人利益与社会公共利益。有学者从利益平衡的角度出发,认为为了平衡原作者和社会公众之间的利益,文学角色不能独立于原作品受版权保护,他人借用原作中的文学角色也不构成侵犯版权,并主张利用他人文学作品的受众基础构成形象权侵权。笔者认为,一方面我国现行法律体系中并没有形象权制度,该建议在适用上没有法律基础。另一方面,从利用平衡的角度来说,著作权法对作品范围和保护期限的限制已经平衡了个人利益与社会公共利益。如根据著作权法二分理论,对于作者的思想不予保护,而只保护思想的表达,又如根据著作权法的唯一表达理论,对于仅存在唯一表达的法律、历法、公式等不予保护。此外著作权法还规定了作品保护期限,对于作者的著作财产权给予50年或权利人死亡后50年的保护期,对于超过保护期限的作品著作财产权不再予以保护,实践中《大掌门》游戏、《六大门派》游戏引起著作权纠纷,而风靡全国的《王者荣耀》游戏虽然使用了大量文学人物角色如花木兰、孙悟空、哪吒等,但并未引起原作者的著作权纠纷,正是著作权法对作品保护期限限制在平衡作者个人利益和社会公共利益方面发挥的作用,这样既能鼓励作者进行创作并保护其个人利益,又能促进后来者学习和借鉴已过保护期限的作品,促进文学艺术的繁荣和发展。既然著作权法对作品的保护范围和保护期限已经平衡了作者和社会公众的利益,那么利益平衡理论不应再

成为对文学角色进行版权保护的障碍。

最后,从文学角色本身承载的商业价值来看,具有进行版权保护的必要。当我们进入商城面对琳琅满目的商品,吸引我们眼球的往往是印有著名人物形象的商品,如印有米老鼠的书包,印有小猪佩奇的T恤,这就是知识产权商品化在生活中的具体体现。这些看似简单平凡的角色背后蕴含着巨大的商业利益,如比利时艺术家 Georges Remi 创作的《丁丁历险记》主人公,围绕其的商业产品包括床上用品、家具、厨房用具等,通过各种营销,主人公丁丁已经成为价值数百万欧元的产业中心人物。这些成功的商业营销吸引了众多的仿冒者生产侵权产品,不仅包括对于人物形象商业利益的占用,还包括对人物名称的商业利益进行掠夺。当前,同人小说、同人游戏之所以使用在先作品中的文学角色,无非是想占用该文学角色后的商业利益,利用原作品的受众基础迅速打开市场,一方面减少创作成本,另一方面挤占原作者经济利益。根据劳动财产权理论,作者的创造性劳动是有价值的,通过作者的创作,散乱的文字组合成了具有文学价值的作品,脱离了单个文字的公共属性,该作品及作者创作的文学角色变为私有,作者通过其劳动享有的财产权并能也不应当被他人随意侵占。因此,如果不对文学角色进行版权保护,则是放任他人掠夺原作者的合法劳动创造的利益。

### (二)对文学角色予以版权保护的可行性

明确了对文学角色进行版权保护的必要性后,那么在我国现有司法环境和法律体系下对其保护具有可行性吗?笔者认为实践中法院对文学角色保护进行了有益探索,立法上著作权法对文学角色保护也提供了适用空间。

一方面,各地法院在对文学角色的保护方面进行了有益探索,或借助于著作权法予以保护,或借助于反不正当竞争法予以保护。如在网络游戏“四大神捕”与武侠小说“四大名捕”的侵权案中,法院先将涉案人物角色认定为原作品中独创性程度较高的组成部分,进而推理出这五个人物角色是原作品的独创性表达,未经原作者许可将其作品中的独创性表达改编为网络游戏,侵犯了作者的改编权。可见,为了遵照思想和表达的二分法原则、避免涉案文学角色沦为符号使用或描述性使用,法院通过概念的解释将文学角色界定为作品中的独创性表达,进而通过作品改编权对其进行保护。又如在金庸诉杨治著作权纠纷案中,法院虽然认定涉案两部作品的文学人物在具体表达的取舍、安排并不一致,涉案大部分人物名称及其性格特征等属于文字作品的惯常表达而非独创性表达,对其文学人物名称、性格特征、人物关系的借用仅构成形式相似而非实质相似,因此并未侵犯原作品的著作权。但同时法院也认为,使用原作者的文学角色、人物关系等进行创作应充分尊重原作者的正当权益,若不符合文化领域的商业道德、对原作市场存在影响则构成不正当竞争。即法院虽然在现行著作权法律体系中否认了角色商业化使用权,但仍然认可了角色背后蕴含的商业利益,并且认为这是原作者的正当权益,应当予以保护。

通过以上案例可以发现,不管是通过著作权法还是反不正当

竞争法对文学角色予以保护，司法实践中法院均对保护文学角色进行了有益探索，并且也倾向于保护凝结了作者劳动创造成果的、蕴含经济利益的文学角色予以保护，这说明在司法实践中对文学角色进行版权保护是有基础的。

### （三）文学角色可版权性条件

既然对文学角色进行版权保护具有必要性和可行性，那么是否所有的文学角色都能受到著作权法的保护呢？换言之对文学角色进行著作权保护的界限在哪里？需要满足那些条件才能对该文学角色进行组做起保护？笔者梳理相关文献后，发现学界对文学角色是否具备可版权性的争议主要存在于以下三个方面：文学角色是否具备独创性、是否具备知名度、是否被充分描述。

### （四）文学角色是否具备独创性

对比上文涉及的“四大名捕”案和“金庸诉江南”案，两法院之所以得出不同的判决结果，其关键在于法院对文学角色的认定，如果法院认定该文学角色是原作品的独创性表达，则未经许可使用该角色可构成对原作品著作权的侵犯。如果法院认定该文学角色在原作品中属于惯常表达而非独创性表达，则未经许可使用该文学角色仅构成抽象的形式相似，因而不构成对原作品著作权的侵犯。可见，文学角色是否具备独创性是其能否获得著作权法保护的关键因素。如德国人物文学角色不符合独创性要求因而不对其进行著作权法保护，但法国认为当文学角色具有独创性且能够被公众识别，那么就应当对其进行保护。

那么何种程度的独创性能够获得保护呢？根据早期的额头出汗理论，只要作者在创作作品的过程中付出了劳动且能够在作品中显示出其劳动和技巧就能获得版权保护。显而易见这一理论与利益平衡理论存在冲突，在原作者、后来者、社会公众之间，如果过度保护其中一方利益，必定带来其他两方利益的失衡。基于额头出汗理论对作者的过度保护，不利于后来者对其进行借鉴，也不利于社会公众文化生活的丰富，在大陆法系国家发展出比其更加严格的创造性标准，即作品不仅要承载作者的劳动成果还要体现出作者的创造性表达才能获得版权保护。如书法家的狂草作品应当受到著作权法的保护，但幼童在宣纸上胡乱涂抹不能获得著作权法的保护，虽然同样凝聚了劳动，但只有前一作品才体现了作者的创造性表达。修正后的标准既保证了作者及其作品获得保护的权益，又平衡了后来者与社会公众的利益，因此采用这一标准后要求文学角色的独创性标准为劳动+创造性，只有达到这一限度才有可能获得版权保护。

### （五）文学角色是否具备知名度

在“四大神捕”游戏侵权案中，尽管当温瑞安先生提出被告游戏角色人物涉嫌侵权时，提交了大量证明其小说及文学角色知名的证据，如作者自1972年至2014年间持续发表、再版四大名捕系列小说，如该系列小说分别在中国大陆、台湾、香港、马来西亚、新加坡、泰国等多个国家和地区畅销、如同名电影的票房、期刊杂志报道等。但被告玩蟹公司提出以上证据只涉及小说、电影的知名度介绍，但并不能说明文学角色的知名度，且提出原告

提供的证据不少是二三十年前的资料，仅能证明其小说在八九十年代具有知名度而不能证明当前状况等抗辩理由，因而不认可原作品及其文学角色的知名度。可见，如果要求原作品中的文学角色具备知名度才给予版权保护，将不适当的加重作者作为原告的举证责任，增加其维权成本和败诉风险，因为作者不仅要提供其作品自发表以来被再版、被改编、被受众喜爱的情况，还要提供证明其截止被侵权行为发生时的知名状态，这将课以作者不合理的负担。

此外，作品及其文学角色是否知名并无明确可界定的标准，要求文学角色具备知名度才予以保护将加重法官的负担，甚至可能引起诉讼滥觞。如针对驰名商标的认定就曾引发许多案例，当企业商标无法通过商标局获得驰名商标认证，或者碍于驰名商标申请行政认定周期过长、费用过高、名额过少等不利条件，则通过诉讼的方式使法官对其商标进行驰名商标进行司法认定，甚至有企业刻意制造商标纠纷，采用虚假诉讼的方式对其商标进行认定，如“汕头康王”驰名商标认定造假案等，这种虚假行为不适当的增加了法官的负担，占用本就稀缺的司法资源。鉴于以上，如果对文学角色的知名度也做如上要求，发生在商标法领域的投机行为可能也会发生在著作权法领域。

最后，从公平公正的角度出发也不应当对文学角色的可版权性提出具备知名度的要求。一个文学角色不论知名与否，都是作者辛勤劳动的成功，只要其符合独创性的要求，达到一定创造性的限度，就应当获得著作权法的保护。如Bach诉Forever Living Products公司一案，被告未经许可在其公司宣传培训材料中使用了原告作品中的文学角色海鸥乔纳森，用以比喻公司的经营壮大过程，法院经过对比后认定海鸥乔纳森这一文学角色原作品中占据主导地位，构成小说的主要情节故事，达到了“被讲述的故事”标准，因此该文学角色能够获得版权保护，被告未经许可使用该文学角色的行为构成侵权。这一案例说明，在美国文学角色受到著作权法保护的焦点不在于其是否具有知名度。即使该角色并不知名，但只要满足了法院认可的文学角色构成“被讲述的故事”标准，就能获得版权保护，这给我国对文学角色的进行版权保护是否需要其具有知名度提供了有益参考。此外，文学角色的知名与否不仅与作者存在关系，还与当时的时代环境、市场营销、受众偏好等相关，如果只对具有较高知名度的文学角色予以著作权法保护，将不公正的对待作者的劳动和创造，甚至打击作者的创造热情，进而对文学艺术领域的发展造成阻碍。

### （六）文学角色是否被充分描述

当前针对文学角色是否能够获得版权保护，域外实践和学界提出了不同标准。上文海鸥乔纳森案中的“被讲述的故事”标准由Warner Bros公司诉Columbia Broadcasting公司案中提出，法官认为文学角色要获得版权保护，必须自身构成被讲述的故事，而不能只是作品中讲故事的工具或载体。有学者认为这一标准是对传统文学角色侵权标准的补充，能够在保护作者的现有表达同时，给新作者在原故事和想法上创作新作品的自由。但是这一标准对



文学角色的版权保护提出了苛刻要求,过度强调角色在构成故事中的比重,缩小了对文学角色的保护范围,给原作者的版权保护不适当的增加了困难。此外,要求文学角色构成故事主要情节或就是整个故事本身,实际上混淆了文学角色与原作品的保护界限,即在此情况下对文学角色单独保护显得多此一举,因为仅就作品本身而言已经构成了实质性相似,借助现有著作权法对作品的保护即可。实际上,真正需要获得版权法独立地位保护的文学角色恰恰是那些无法证明侵权作品与原作品实质性相似或难以证明相似比重较大,但侵权作品确实未经许可使用了原作者精心设计的文学人物的情况,因此笔者以为该标准过度限制了作者合法权益,在我国进行移植并无必要。

“充分描述标准”则由 Learned Hand 法官在 Nichols 诉 Universal Pictures Corporation 公司案中提出,法官认为文学角色要受到版权保护,必须得到充分描述,必须具有充分明确的角色形象、特征、性格,如果角色由于描述不充分而无法获得版权保护,只能理解为是对作者开发该文学角色程度低的惩罚。虽然实践中针对这一标准也有批判,比如什么是“充分描述”实际上是一个模糊的概念,何种文学角色属于充分描述而何种角色不属于充分描述,有赖于法官在个案中的具体判断,但是这一特殊情况是由小说本身的特征所带来的,文学小说对人物的刻画不具备有形性和具象性,如就金庸武侠《天龙八部》的文学角色乔峰而言,电视剧扮演者有黄日华、胡军、钟汉良等,但具体哪一位扮演者真正契合了原著中的表达,不同的读者和观众可能有不同的看法。即不管是采用“被讲述故事标准”还是“充分描述标准”亦或是“整体感官法”等,均不能达到数学公式能够直接运用的明确程度,均需要法官在个案中进行具体判断和分析,因此这一批判不应当是阻止采用“充分描述标准”的理由。

此外还有学者提出“被唤起标准”,该标准认为是否对该文学角色进行版权保护,取决于侵权作品是否使用了原作品中最突出最主要的部分,从而能够唤起受众对原作品的记忆,将侵权作品与原作品产生联想。但这一标准实际上是原作品知名度与充分描述两个条件的混合,即原作品具备知名度,才能使读者看到侵权作品时能联想到原作,针对文学角色是否应当具备知名度,上文已经进行了讨论在此不予赘述。而“充分描述”这一标准既不同于早期的“额头出汗理论”涉嫌对原作者过多保护或可能阻碍文学艺术作品的传播,也不同于“被讲述故事标准”过分限制作者的合法权益,可能增加其维权难度,打击作者的创作积极性。因此笔者以为将这一标准作为文学角色可版权性的条件兼顾了原作者、后来者、社会公众的利益,将之引入我国司法实践对于解决当前的文学角色侵权现状具有现实指导意义。

### 三、结语

知识产权凝结了个体的劳动,也是个体自我人格的表达,知识产权制度目标不仅包括激励个体创作,还包括在创造和传播利用之间平衡各方利益。鉴于当前我国著作权立法中对作品文学角色保护缺位,实践中法院判决标准不一,而对文学角色进行保护

又存在必要性和可行性。因此笔者建议,既然寄托于法官自由裁量对著作权法中的兜底性条款扩大解释在司法实践中遭到了反对,那么可以通过最高人民法院发布司法解释的方式,在现有著作权法体系内,对著作权法的第三条、第十条等条款中的兜底性条款进行扩大解释,将即使不知名但满足独创性要求、充分描述标准的文学角色进行保护,赋予其可版权性,他人一旦对其进行商业性使用即构成侵权,从而解决当前文学角色侵权的乱象,兼顾对社会公众文学创作空间和作者合法权益的保护。

### 参考文献:

- [1] 孙文静.文学角色的著作权法保护研究[D].天津师范大学,2018.
- [2] 陈耀森.同人作品是否侵犯在先作品著作权?——兼评金庸诉江南等著作权纠纷案[J].乐山师范学院学报,2019(5):85-94.
- [3] 申丽影.文学角色的著作权保护[D].黑龙江大学,2018.
- [4] 刘伟.同人文学作品的著作权问题研究[D].广东外语外贸大学,2018.
- [5] 张培艳.虚构角色形象著作权保护研究[D].山东大学,2018.
- [6] 徐雅琴.文学角色再创作的“实质性相似”判断:难题及经验借鉴[J].黑龙江省政法管理干部学院学报,2019,136(01):64-68.
- [7] Zecevic, Jasmina D. Distinctively Delineated Fictional Characters Who Constitute the Story Being Told: , Who Are They and Do They Deserve Separate Copyright Protection?[J]. Bepress Legal, 2005.
- [8] 李思羽.改编文学角色为网络游戏角色的侵权行为认定[J].成都理工大学学报(社会科学版),2019(6).
- [9] 华劼.借用文学作品人物角色创作的版权问题研究——美国判例研究的启示[J].江苏社会科学,2017(004):132-138.
- [10] Feldman D B. Finding a Home for Fictional Characters: A Proposal for Change in Copyright Protection[J]. California Law Review, 1990, 78(3): 687-720.
- [11] 孙文静.文学角色的著作权法保护研究[D].天津师范大学,2018.
- [12] 王迁.同人作品著作权侵权问题初探[J].中国版权,2017(3).
- [13] 华劼.借用文学作品人物角色创作的版权问题研究——美国判例研究的启示[J].江苏社会科学,2017(004):132-138.
- [14] Lien Verbauwhede. Savvy Marketing: Merchandising of Intellectual Property Rights[EB/OL]. [https://www.wipo.int/sme/en/documents/merchandising\\_fulltext.html](https://www.wipo.int/sme/en/documents/merchandising_fulltext.html), 2011-04-11/2020-02-24.
- [15] Coe S J. The Story of a Character: Establishing the Limits of Independent Copyright Protection for Literary Characters[J]. 2011.
- [16] 李思羽.改编文学角色为网络游戏角色的侵权行为认定[J].成都理工大学学报(社会科学版),2019(6).
- [17] 张成志.论知识产权的法哲学基础[D].安徽大学,2014.