广 州 知 识 产 权 法 院

民 事 判 决 书

（2018）粤73民终3169号

上诉人（原审原告）：林乐怡。

委托诉讼代理人：刘俊，广东英驰律师事务所律师。

委托诉讼代理人：牟晋军，北京市盈科（广州）律师事务所律师。

上诉人（原审被告）：杨治。

委托诉讼代理人：胡科，北京市竞天公诚律师事务所律师。

委托诉讼代理人：刘悦，北京市竞天公诚律师事务所上海分所律师。

上诉人（原审被告）：北京精典博维文化传媒有限公司。

法定代表人：陈黎明，该公司董事长。

委托诉讼代理人：梁朝玉，北京观韬中茂律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：北京联合出版有限责任公司。

法定代表人：赵红仕，该公司董事长。

委托诉讼代理人：梁朝玉，北京观韬中茂律师事务所律师。

原审被告：广州购书中心有限公司，住所地广东省广州市天河区天河路123号。

法定代表人：白宜纳，该公司董事长。

委托诉讼代理人：何辉，上海锦天城（广州）律师事务所律师。

委托诉讼代理人：严咏仪，上海锦天城（广州）律师事务所律师。

上诉人林乐怡、杨治、北京精典博维文化传媒有限公司（以下简称精典博维公司）因与被上诉人北京联合出版有限责任公司（以下简称联合出版公司）、原审被告广州购书中心有限公司（以下简称广州购书中心）著作权侵权及不正当竞争纠纷一案,不服广东省广州市天河区人民法院（2016）粤0106民初12068号民事判决，向本院提起上诉。本院于2018年10月11日立案后，依法组成合议庭开庭进行了审理。林乐怡的委托诉讼代理人刘俊、牟晋军，杨治的委托诉讼代理人胡科、刘悦，精典博维公司及联合出版公司的共同委托诉讼代理人梁朝玉，广州购书中心的委托诉讼代理人何辉、严咏仪均到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

林乐怡上诉请求：1.撤销广东省广州市天河区人民法院（2016）粤0106民初12068号民事判决第一、二、三、五项，改判杨治、联合出版公司、精典博维公司于判决发生法律效力之日立即停止涉案著作权侵权及不正当竞争行为，停止出版发行小说《此间的少年》并销毁库存书籍；2.杨治、联合出版公司、精典博维公司于判决发生法律效力之日起十五日内在《中国新闻出版广电报》中缝以外的版面刊登声明，同时在新浪新闻news.sina.com.cn首页显著位置连续七十二小时刊登声明，向查良镛公开赔礼道歉，并消除著作权侵权及不正当竞争行为所造成的不良影响（内容需经法院审核，逾期不履行，法院将在相关媒体公布判决书主要内容，费用由杨治、联合出版公司、精典博维公司承担）；3.杨治于判决发生法律效力之日起十日内赔偿林乐怡经济损失5000000元，联合出版公司、精典博维公司就其中1003420元承担连带责任；4.杨治、联合出版公司、精典博维公司承担本案一审、二审的诉讼费用。

事实和理由：一审判决错误认定《此间的少年》未侵害涉案查良镛作品著作权，并在判定赔偿金额方面存在明显偏差。

一、《此间的少年》存在侵害涉案查良镛作品改编权、署名权、保护作品完整权及人物角色商品化权之情形，杨治、联合出版公司、精典博维公司应依法承担相应民事责任

（一）关于涉案查良镛作品中应受著作权法保护的对象

思想、表达二分法是界定著作权法保护客体的基本原则，涉案查良镛作品中的哪些元素属于受著作权法保护的表达，是首先应明确的问题。涉案查良镛作品中所塑造的由人物名称、人物关系、人物特征等元素所构成的作为整体的“人物”以及相关故事情节均属于具有独创性的表达，应受著作权法的保护。

1．关于“人物”。人物、故事情节和场景构成小说的三要素。其中，人物是核心，故事情节是骨架，场景是依托。塑造人物是一部小说最核心的任务，也是小说独创性最重要的体现。任何一部小说的成功，无不有赖于成功塑造了一个或多个人物。需要强调的是，此处的“人物”并非仅指单纯的人物名称，而是由人物名称、人物特征、人物关系等综合构建起来的整体人物形象。读者在读完一部优秀的小说之后，脑海中印象最深的通常并非其讲述的故事，而是其塑造的人物。对于一部优秀的小说作品，其中的经典人物事实上已经成为整部作品的浓缩，读者只要看到人物名称，即可以在脑海中自动补充其细节，使人物丰满、鲜活起来，与其他作品中的人物相区别。由此，该人物本身即构成对作品最简约的表达。

虽然由于创作高度的原因，实践中鲜有人物这一要素受到著作权法保护的案例，但我国著作权法及相关法律法规、司法实践并未明确将“人物”一概排除在保护范围之外。对于某部作品中的人物是否应当给予著作权法上的保护，应遵循个案认定的原则，进行具体分析。《此间的少年》中所使用的与涉案查良镛作品雷同的众多人物，除张三丰、丘处机等极个别人物在历史上存在以外，绝大部分人物是查良镛原创。即便是张三丰、丘处机等个别历史上存在的人物，查良镛也在作品中为其设定了虚构的人物关系、虚构的故事，从而塑造了崭新的、艺术化的形象。上述人物在作品中得到了充分加工和塑造，具有鲜明的特征。随着作品的广泛传播，这些人物的形象深入人心，能引起读者强烈的感情共鸣，具有很高的知名度和号召力。因而从整体看，涉案查良镛作品中的人物并非是抽象的、干瘪的人物，而是代入了情节的、具体的、丰满的、足够个性化的人物。这些人物显然不应再归入属于思想范畴的“抽象的人物关系和人物形象”，而更接近于属于表达的“与具体故事情节紧密结合的人物形象、关系”，应受著作权法的保护。

2.关于故事情节。涉案查良镛作品中与本案相关联的诸多情节，如郭靖的身世及出场、黄蓉的身世及出场、郭靖与黄蓉初相识、郭靖与黄蓉的相恋、杨康的身世及出场、穆念慈暗恋杨康、杨康与穆念慈的若即若离等，如果单单抽出某一个情节，然后进行抽象，或许可以归入思想或惯常表达，但由这众多前后连贯的情节所构成的整体，体现着查良镛的独特创意，演绎出公众所熟知的经典故事，已足够与其他作品中的情节相区别，显然不应归入“一般套路、必要场景、历史事件”，而应归为“包含了时间、地点、人物、起因、经过、结果的故事情节”，属于典型的表达的范畴，应当受到著作权法的保护。

（二）《此间的少年》存在的侵权情形及一审判决存在的错误

1．《此间的少年》照搬涉案查良镛作品中的经典人物，包括人物姓名、人物关系、人物性格等，然后在不同时空环境下为这些人物量身定做与涉案查良镛作品相似的故事情节，构成实质性相似，侵犯了查良镛的改编权。通过比对可以看出，《此间的少年》对于涉案查良镛作品中人物及故事情节的使用，并非偶尔的、孤立的、片面的，而是成体系的。《此间的少年》的人物姓名、人物关系、人物性格与涉案查良镛作品一一对应，具体而明确，其来源于涉案查良镛作品的事实确定无疑。《此间的少年》中的郭靖仍然是由母亲独自抚养成人，来自蒙古，憨憨的、傻傻的；黄蓉仍然是家境富足，母亲冯蘅因难产去世，父亲黄药师对其宠爱有加，长相漂亮、性格刁蛮。二人再次演绎了一个爱情故事：第一次见面，黄蓉本来只是想利用郭靖，但郭靖赤诚相待，让渴望关怀的黄蓉深受感动，其后郭靖对黄蓉关怀备至，言听计从，由此赢得黄蓉的芳心。显然，《此间的少年》中的郭靖、黄蓉，不仅与涉案查良镛作品《射雕英雄传》中的郭靖、黄蓉具有相同的特征，而且演绎的爱情故事在架构和情节推进上与《射雕英雄传》如出一辙，其对涉案查良镛作品的模仿显而易见。

一审判决未将“人物”作为整体纳入保护范围，而是将其割裂为人物名称、人物关系、人物性格等部分，对其进行单独分析，从而得出各部分“属于抽象的思想领域，不受著作权法的保护”的结论，是错误的。以郭靖为例，作为人名的郭靖，只是两个汉字，但作为经典文学角色，它蕴含了丰富的精神内涵。“来自蒙古”“早年丧父”是常见的家庭状况，“老实木讷”是常见的人物性格，“情侣关系”是常见的人物关系，但“来自蒙古”“早年丧父”“老实木讷”“与黄蓉是情侣关系”的郭靖是涉案查良镛作品中的经典人物，足以在读者心中形成明确的映射关系，不再是类型化的东西，应属于表达的范畴。

一审判决将情节的相似性作为判断两个作品是否具有实质性相似的唯一标准，且将情节相似等同于细节相同，偏离了整体性比较的原则，也是错误的。上诉人不反对对作品进行解构，亦不否认《此间的少年》的人物及故事情节在细节上与涉案查良镛作品存在一定差异，但反对以偏概全。以靖蓉恋为例，如前所述，《此间的少年》直接使用涉案查良镛作品中郭靖、黄蓉的名称、人物关系、性格特征，演绎出类似于涉案查良镛作品的故事情节，足以构成与涉案查良镛作品的实质性相似。至于《此间的少年》中的郭靖没有与华筝演绎一段感情故事、没有发生与黄药师的误会、没有学习全真教和丐帮武功，只是细枝末节的差异，无损于对二者实质相似性的判断。对于二者是否构成实质性相似，读者的阅读体验更能说明问题。李树波曾以《印证的乐趣》为题，为《此间的少年》的一个版本作序，在李树波看来，同样的人物在《此间的少年》中与在涉案查良镛作品中是一致的，读《此间的少年》给他带来的是一种印证的乐趣。

2．《此间的少年》构成对涉案查良镛作品的改编而不标明改编来源，侵害了查良镛的署名权。一审判决基于否定《此间的少年》侵害涉案查良镛作品改编权，错误认定《此间的少年》“无需署上原告的名字”“亦不会对原告作品中的人物形象产生意识上的混乱”。

3．《此间的少年》擅自肢解涉案查良镛的几部作品，进行重构和演绎，且歪曲了涉案查良镛作品中对于部分人物的描述。如《此间的少年》将涉案查良镛作品中风骚淫荡、自私、狠毒的康敏改写成聪明干练、善良、甚至有些含蓄的形象，将其在涉案查良镛作品中陷害乔峰改写为帮助乔峰；将乔峰在涉案查良镛作品中厌恶康敏改写为爱慕康敏。使得二人在涉案查良镛作品中的形象受到歪曲，颠覆了读者的认知，侵害查良镛保护作品完整权。一审判决将上述侵权行为错误地作为证明《此间的少年》与涉案查良镛作品不构成实质性相似的理由，混淆了是非。

4．《此间的少年》侵害了上诉人对知名作品人物角色的商品化权。查良镛以独创性的人物设定、故事情节及语言文字塑造出郭靖、黄蓉等经典人物角色。随着作品的广泛传播，这些人物角色深入人心，在读者心目中已形成固化形象，该形象一定程度上能够脱离原著具体的故事情节而存在。正因为如此，他们具有可复制性和可演绎性，也具有极高的商品化使用价值。《此间的少年》未经许可，使用了这些知名人物角色用于出版谋利，是典型的商品化使用。目前，国内已有众多判例认可作者对知名人物角色享有的商品化权利，究其实质，系因作者创作作品而产生，应属于著作权法第十条第一款第十七项规定的“应当由著作权人享有的其他权利”范畴。著作权法是保护作者权益的基本法，寻求著作权法的保护是作者合法权益受到侵害时的优先选择，在著作权法框架内制止侵权行为、对上诉人的权利进行保护，更能体现保护原创、鼓励原创的著作权法立法宗旨。

二、一审判决对于损失赔偿数额的确定，存在明显的逻辑错误

《此间的少年》出版发行的全部侵权获利为5608900元，其中十周年纪念版出版发行的侵权获利为1003420元。杨治应就全部侵权获利承担赔偿责任，联合出版公司、精典博维公司应就其中十周年纪念版的侵权获利承担连带赔偿责任。既然是非法的侵权获利，理所当然各侵权行为人应予以全额赔付（上诉人仅主张杨治赔偿5000000元，放弃超过部分）。然而，一审法院综合考虑涉案查良镛作品元素在《此间的少年》中所占比例及重要性程度，酌情确定贡献率为30%，判定杨治赔偿经济损失的数额为168万元（约560万元×30%），联合出版公司、精典博维公司对其中30万元承担连带责任（约1003420×30%）。此做法无异于把侵权行为等同于合法行为，把对权利人的赔偿等同于合作作品“按贡献率分成”，是完全错误的。侵权行为人从严重的侵权行为中获取得可观的经济收益，背离了公众的价值判断，上诉人不能接受。

综上所述，一审判决在认定《此间的少年》是否构成著作权侵权及确定各侵权行为人赔偿数额方面存在错误，请二审法院依法予以纠正，以维护上诉人的合法权益及良好的市场秩序。

杨治辩称，1.单独的人物名称、人物关系、人物性格或形象不是受著作权法保护的“独创性表达”，而故事情节也需要具体到一定程度才会被认定为属于独创性表达。2.《此间的少年》没有侵害涉案作品的改编权。3.《此间的少年》并未侵犯查良镛的署名权。4.《此间的少年》没有侵害查良镛的保护作品完整权。5.“人物角色商品化权”不构成著作权保护的客体，且《此间的少年》未侵犯所谓的商品化权。6.由于查良镛先生在二审过程去世，其人身权利不能由继承人或遗嘱执行人继承，林乐怡主张的一审判决涉及到杨治应当赔礼道歉等人身内容，应当予以驳回。综上，林乐怡的主张没有事实和法律依据，请求人民法院依法驳回林乐怡的全部上诉请求。

联合出版公司、精典博维公司共同辩称，不同意林乐怡的上诉请求，同意杨治的上诉请求和理由，作为出版社在本案中不具有过错，不具有行为上的违法性，不承担连带责任。

广州购书中心述称，广州购书中心有图书销售的资质，作为《此间的少年》纪念版的销售者，具有合法来源，已尽到注意义务；而且在一审应诉后已经停止销售行为，主观上没有过错，不构成著作权侵权和不正当竞争，同意一审法院对广州购书中心的判决。

杨治上诉请求：1.撤销广东省广州市天河区人民法院（2016）粤0106民初12068号民事判决第一、二、三、四项判决；2.驳回林乐怡全部诉讼请求；3.林乐怡承担全部诉讼费用（包括杨治的上诉费用）。

事实和理由：一审判决对于杨治是否构成不正当竞争的事实认定不清，证据不足，法律适用错误。一审判决援引了最高人民法院在（2009）民申字1065号案件（以下称“马达庆案”）中确定的适用反不正当竞争法第二条的基本规则，作为本案认定“不正当竞争行为”的依据。但是，最高人民法院在该案件中提出的三项基本条件，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，在本案中均不具备。一审法院根据反不正当竞争法第二条认定杨治出版《此间的少年》构成不正当竞争，在事实认定和法律适用上均存在重大错误，依法应予以改判。

一、诉争行为已经由著作权法作出特别规定，不属于反不正当竞争法调整的范围，一审判决法律适用错误

一审中，查良镛提出《此间的少年》侵犯了其在著作权法下的改编权、署名权、保护作品完整权和其他权利中的“角色商业化使用权”，一审判决认定诉争作品未侵害查良镛的著作权。查良镛的该种主张和一审判决的认定，均认可了诉争行为已经由著作权法作出了“特别规定”，可适用著作权法进行调整。而根据著作权法进行分析和判断得出的结论是，《此间的少年》是杨治重新创作的文学作品，并非根据查良镛作品的改编作品，不构成著作权法下的侵权。可见，本案诉争行为并不属于“法律对该种竞争行为未作出特别规定”的行为，而是属于著作权法已经作出了特别规定的行为，且本案所涉情节并未构成著作权法下的侵权。

著作权法已对文学创作领域作出特别规定，在该领域适用反不正当竞争法原则条款进行干预，会与著作权法的立法政策产生根本抵触。因此，本案诉争行为不应当适用反不正当竞争法第二条一般原则进行调整。

一审判决以“杨治使用原告作品元素创作《此间的少年》并出版发行的行为不属于反不正当竞争法第二章列举的不正当竞争行为、原告也并未依据该列举式规定主张权利”为由，认定诉争行为满足“马达庆案”确立的第一项条件，但对著作权法已作出特别规定的抗辩不予置评，适用法律存在明显错误，更会造成反不正当竞争法进一步侵入和干预著作权法实施的严重后果。

二、一审判决对“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”的论证，缺乏事实证据支持，法律论证前后矛盾

“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”包含三个构成要件：（1）经营者实施了竞争行为；（2）其他经营者的合法权益受到损害；（3）竞争行为与受到损害之间存在因果关系。一审判决在这一点的基本论述逻辑为杨治使用了查良镛的作品元素，查良镛使用原作品元素发展新作品的市场空间被挤占，因此受到损失。但在案事实不能支持杨治“同时挤占了原告使用其作品元素发展新作品的市场空间，夺取了本该由原告所享有的商业利益”的认定。

就现有利益的减少而言，查良镛亦没有提供证据证明其既有利益因杨治的行为而受到实际损害。就潜在利益的减少而言，一审判决法律论证前后矛盾：一方面认可《此间的少年》与查良镛作品在文学作品中分属于武侠小说、校园青春小说，二者读者群有所区分，尚有共存空间；另一方面又认为杨治作品夺取了本该属于查良镛作品的商业机会，暗含了非此即彼的逻辑。而且，一审判决在没有事实依据的情况下，假设了查良镛将会使用其作品元素发展新作品这一市场的存在，并在没有事实依据的情况下，继续假设了杨治具有完整著作权的作品将会攫取查良镛作品在这一市场上的商业机会。一审判决的论证逻辑在没有任何事实依据的前提下，预设结论、循环论证：查良镛的作品元素应当受到保护，因此利用作品元素发展新作品的市场空间属于查良镛，因此查良镛受到损失，进而论证查良镛的作品元素应当受到保护。

查良镛的作品元素是否应当被保护，在著作权法上已经有了明确的认定，即在在先作品著作权控制的范围之外，在后作品可以自由使用在先作品的表达和思想，因此，使用原作品元素发展新作品的市场空间并不专属于查良镛，杨治的作品并不会导致查良镛受到损失。查良镛也没有提出任何证据证明这种损失的存在或其可能性。

一审判决中的“在文化产业领域，文学创作提倡题材、体裁、形式的多样化，鼓励不同学术观点和学派的自由讨论，使用他人作品的人物名称、人物关系等元素进行创作并出版发行时应当遵循行业规范”论述指出，使用作品元素进行创作和出版发行的市场，只要不构成著作权侵权行为，则并不专属于原作品作者。因此，按此逻辑，证明查良镛对于利用作品元素开发新市场存在合法权益的一方应当承担充分的举证责任，自由创作应是原则，元素垄断应是例外。但是一审判决又直接认定杨治的行为挤占了查良镛的市场空间，前后矛盾的论断中缺乏足够的事实证据和逻辑推理支持，实难使人信服，令人无所适从。

因此，一审法院对于最高人民法院在“马达庆案”中确定的第二项基本条件的适用，完全是建立在没有事实依据基础上的主观假设和臆断，完全背离了以事实为依据的基本法律准则。

三、一审判决对“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”的认定，缺乏事实证据支持，法律论证矛盾

就最高人民法院在“马达庆案”中确定第三项基本条件“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”而言，一审判决的论述也缺乏事实证据支持，且存在内在矛盾。

1.一审判决提出了“公认的商业道德”的判断标准，但并未遵循该标准，而是另行论证。一审判决提出了“公认的商业道德”的判断标准：“认定是否符合文化产业领域公认的商业道德，应考虑使用人的身份、使用的目的、原作的性质、出版发行对原作市场或价值的潜在影响等因素”，且不论该标准的设定是否存在事实和法律依据，仅就该标准而言，一审判决并未按照此标准进行充分论证，而是采用了“是否营利”作为唯一的判断标准，导致法律论证自相矛盾。

一审判决认为：“若‘同人作品’创作仅为满足个人创作愿望或原作读者的需求，不以营利为目的，新作具备新的信息，新的审美和新的洞见，能与原作形成良性互动，亦可为思想的传播而丰富文化市场”“但本案中……以营利为目的多次出版且发行量巨大，其行为已超出必要的限度，属于以不正当手段……”。根据一审判决的前述论证，杨治创作同人作品，如果不通过其作品营利，便是丰富文化市场的行为；但如果营利，便是不正当竞争。这种判断标准“一刀切”地以营利与否来判断行为是否合法，不仅与一审判决前文中确定的“使用人的身份、使用的目的、原作的性质、出版发行对原作市场或价值的潜在影响等因素”的判断标准不符，也与人民法院在著作权纠纷司法实践中适用“四要素”进行“合理使用”分析的方法迥然不同。

一审判决还将“多次出版且发行量巨大”作为认定“不正当手段”的因素。按照此种逻辑，若仅出版了少量作品且没有引起市场关注，则符合文化产业领域公认的商业道德，但是一旦因创作水平高超而受到市场喜爱、引发读者关注而多印多版，则将不符合文化产业领域公认的商业道德。这种逻辑显然也是不符合文化市场的客观规律和大众对商业道德的认知的。一审判决在提出标准之后却没有根据该标准来展开论证，而是忽略客观存在的事实和行业规范，以偏概全，前后矛盾，缺乏事实依据，适用法律错误。

2.一审判决中未采纳杨治证明作品符合商业道德的有力证据。一审判决中论述的“诚实信用原则更多的是以公认的商业道德的形式体现出来，即特定商业领域普遍认知和接受的行为标准，具有公认性和一般性”，查良镛并未提供证据证明文学出版领域有一般的行业规范、商业惯例可以涵盖本案中杨治的行为。查良镛提供的百度百科、百度贴吧、知乎等网页证据只能证明读者认为《此间的少年》人物名称与查良镛作品的人物名称相同，且该等证据经过筛选，缺乏统计上的意义，无法证明杨治违反了“特定商业领域的普遍认知”。

杨治提出获奖等事实，用以证明作品符合行业专业人员和一般受众认可的商业道德的，一审判决对此未予考虑评述。杨治提交的证据6是《此间的少年》在“网络文学十年盘点”中以最高分获得“优秀作品十佳”的相关报道，该评比为中国作家协会、中国作家出版集团、中文在线主办，专家评审和读者共同选拔而出。被行业内有公信力的奖项认可，足以说明，无论是文学领域的专家，亦或是一般读者，均认可杨治的作品具有高超的创作水准和独特的欣赏价值，这样的作品符合“特定商业领域普遍认知和接受的行为标准”。

“公认的商业道德”不应是法院脱离实践、闭门造车的价值判断，而应是大众或行业一致认可的社会规范。《此间的少年》多次获得各种专家和大众评审出的奖项，恰恰证明了无论是业内专家、同仁，还是普通社会大众——作为“公认的商业道德”的认知来源和实践主体——对于杨治作品的认可。一审法院认定的商业道德，既没有客观证据和事实支持，也与社会大众所普遍认可和实践的商业道德不同。

3.一审判决用十几年前的创作和出版行为指责杨治“主观恶意明显”，忽视了时代和社会认知迁变的客观事实。《此间的少年》创作于2000年，初次出版于2002年。从杨治最初创作、出版《此间的少年》迄今，在“同人作品”这一领域，杨治除了依据著作权法合理相信《此间的少年》并不侵权（并已为一审法院所认可），并无“公认的商业道德”可以遵从，也无其他法律（包括使用《反不正当竞争法》第二条的案例）可以参照。

一审判决在查良镛没有提交任何证据证明、法院也没有调取任何证据证明《此间的少年》首次出版时至当前的“公认的商业道德”的情况下，依赖被上诉人在本案诉讼发生后收集的、严重缺乏科学调研方法和实证统计意义的部分网友言论，忽视《此间的少年》创作、发行的历史背景和客观事实，径行对2002年至当前的“公认的商业道德”进行司法认定，违反认知规律，严重超越职权。

一审判决特别指出2002年版本的小说书名副标题为“射雕英雄的大学生涯”，借以证明杨治“借助原告作品的影响力吸引读者获取利益的意图尤为明显”。但该“副标题”在杨治原稿、网络连载版本、后续出版版本中均不存在，系2002年版本的出版商添加，没有征求杨治的同意，而杨治也没有话语权。一审判决以此认定杨治存在“主观恶意”，明显缺乏依据，以此作为判决赔礼道歉和承担巨额经济损失的考虑因素，违反证明的基本规律和规则，与客观严重不符。

四、一审判决对不涉及人身权利的“不正当竞争”行为适用“赔礼道歉、消除影响”的侵权责任，属于法律适用错误

一审判决适用侵权责任法第十五条要求杨治因商业领域的“不正当竞争行为”承担“赔礼道歉、消除影响”的侵权责任，明显属于法律适用错误。“赔礼道歉”应当适用于自然人人身权利受到侵害的案件事实，而“消除影响”应当在查良镛能够证明其声誉或商誉受到严重损害之时方可适用。查良镛在起诉状中主张的“赔礼道歉、消除影响”亦是对应其“侵权著作权（尤其是署名权、保护作品完整权这两项著作人身权）”的请求，而其在著作权法下的主张已经被驳回。一审判决对于这一问题没有进行任何事实认定，仅以“亦对原告产生一定的负面影响”一笔带过，没有事实依据。因此，在一审判决认定查良镛人身权利并未遭受侵害的情况下，亦无证据证明其声誉或商誉遭受了严重损害，一审判决适用侵权责任法第十五条要求杨治承担“赔礼道歉、消除影响”的侵权责任，属于法律适用错误。

五、一审判决不采纳杨治关于诉讼时效的抗辩，混淆了“知道”和“应当知道”，加重了杨治的举证责任，属于事实认定不清，且法律适用错误

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十四条：“审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。”本案中，查良镛是否知道诉争作品的存在，确实因其2005年初的言论并未指名道姓指向诉争作品和杨治而难以判断。但是，查良镛应当知道诉争作品的存在，可以结合“逻辑推理和日常生活经验”进行判断。

杨治提供的证据3和证据4为两篇查良镛在2005年1月的新浪第二届华语原创文学大奖赛上的视频采访整理而成的新闻报道（视频因年代久远已不可查），其中提到：“金庸说，现在有人拿他的小说人物写小说，郭靖怎么样，黄蓉怎么样，这是文抄公的行为。他没有追究并不是表示同意这样做，‘你是小孩子我不来理你，真要理你，你已经犯法了’。”该报道下亦通过“相关链接”的方式，明确提到了“很多人都会联想到去年非常走红的《此间的少年》”。

结合2004年、2005年中国内地小说的发展背景，当时除了《此间的少年》，没有其他采用金庸小说人物写作的知名小说。结合“逻辑推理和日常生活经验”可知，证据3和证据4已经足以证明查良镛应当知道诉争作品的存在，否则，当时的讲话岂不变成无源之水、无本之木。即便其的确不知道，这也是由于其在明知存在此类作品而“没有追究”“不来理你”，也应当相应地承担起怠于进行最低限度的查问、怠于行使权利的不利后果。这恰恰是诉讼时效制度的题中应有之义。

鉴于是否指向诉争作品属于查良镛的主观认知，当年没有其他同类知名作品存在，属于难以证明的消极事实，因此，杨治已经尽自己所能进行举证。查良镛对此有异议的，应当提出反驳证据。因此，一审判决不采纳杨治关于2005年查良镛已经应当知道诉争行为、应当自起诉之日向前推算二年计算损害赔偿数额的诉讼时效抗辩，事实认定不清，法律适用错误。

六、一审判决的损害赔偿金额和分配方式缺乏事实根据，适用法律错误

联合出版公司、精典博维公司作为发行、出版单位，依赖《此间的少年》已有数个版本合法出版多年的事实，通过正常商业合作、合法取得杨治的授权，发行、出版《此间的少年》，既无违反商业道德，更无侵害查良镛权益的意图，也未造成侵害结果。杨治与联合出版公司、精典博维公司并无侵权的意思联络，不构成共同侵权。

根据侵权责任法第十二条的规定，在确定多主体的责任承担时，能够确定责任大小的，应当各自承担相应的责任。杨治作为作者，仅在作品出版发行中获取版税，一审判决在未查明一审其他被告获利事实和比例的情况下，直接判决杨治应当对作者、图书策划单位、出版发行单位共三方的全部“推定”获利金额承担责任，在此基础上认定出所谓的“侵权获利”，并认定查良镛作品元素贡献率为30%，要求杨治承担责任，缺乏事实和法律依据。一审法院错误地要求杨治承担图书策划单位、出版发行单位的收益，违反了图书出版领域确定损害赔偿的一般规则，严重有违公平。并且，一审判决认定“原告未能举证其实际损失”，但同时又在没有证据支持的情况下，确定了1680000元的高额赔偿，缺乏证据支持。

综上，一审判决事实认定不清，证据不足，法律适用错误，请求人民法院依法改判。

林乐怡辩称，1.诉争行为属于反不正当竞争法的调整范围，一审判决适用反不正当竞争法作出相关判项是正确的。2.一审判决适用反不正当竞争法第二条的一般条款进行判决有充分理由。3.一审判决判令杨治赔礼道歉、消除影响符合案件实际，确有必要。4.一审判决关于诉讼时效问题的认定正确。5.赔偿金额应按全部侵权所得给予赔偿（超出诉讼请求的除外）。

联合出版公司、精典博维公司述称，同意杨治的上诉意见。

广州购书中心述称，广州购书中心有图书销售的资质，作为《此间的少年》纪念版的销售者，具有合法来源，已尽到注意义务；而且在一审应诉后已经停止销售行为，主观上没有过错，不构成著作权侵权和不正当竞争，同意一审法院对广州购书中心的判决。

精典博维公司上诉请求：1.撤销广东省广州市天河区人民法院（2016）粤0106民初12068号民事判决，驳回林乐怡的全部诉讼请求；2.林乐怡承担本案一审、二审的全部诉讼费用。

事实和理由：一、一审法院认为精典博维公司在策划出版《此间的少年》纪念版这一行为主观上存在过错，构成帮助侵权，该事实认定错误。一审中精典博维公司出具了与北京九州天辰信息咨询有限公司（以下简称九州公司）签署的《作品开发许可合作协议》、杨治给九州公司的《授权书》，精典博维公司出版、发行和销售行为已获得权利人的合法授权。精典博维公司出版《此间的少年》图书并非该书的首次公开出版，在此之前该书已出版过四个版本，在长达十多年的时间内并无任何版权纠纷，也未有第三人主张过任何权利，且九州公司向精典博维公司作出书面保证该授权行为不致对任何第三人的权利存在侵权。精典博维公司对出版行为所获得的授权、稿件来源和署名、所编辑出版物的内容等已尽到合理的注意和审查义务。

精典博维公司在收到明河社出版有限公司发送的《律师函》后，及时与对方律师做了沟通。因考虑到查良镛的知名度和影响力等因素，精典博维公司给予了足够重视。为核明事实，沟通后精典博维公司就该作品是否构成著作权侵权及不正当竞争查阅资料并咨询相关律师及专家学者，得到的答复都是否定的。精典博维公司有权在查明事实的情况下不停止出版发行行为，一审法院认为精典博维公司应在收到明河社出版有限公司发送的《律师函》后就应立即停止出版发行工作，并以此认为精典博维公司存在主观过错不能成立。

二、精典博维公司不构成不正当竞争，亦不构成帮助侵权，一审法院适用法律错误。首先，精典博维公司并未违背诚实信用原则和公认的商业道德，亦未对查良镛的合法权益造成实际损害，不构成不正当竞争行为及帮助侵权。精典博维公司作为策划方与查良镛不构成不正当竞争关系，其行为不应受反不正当竞争法的规制。其次，精典博维公司未实施任何不正当竞争行为，其收入为正常的图书策划出版行为所得，不应承担任何民事责任，包括经济赔偿、赔礼道歉等。综上，请法院支持精典博维公司的全部上诉请求。

林乐怡辩称，1.一审判决认定精典博维公司构成帮助侵权有充分的事实和法律依据。2.精典博维公司的行为构成帮助侵权，其行为相对于杨治的行为具有依附性，在杨治构成侵权的情况下，其对于侵权图书的策划出版行为也应当构成侵权。

杨治、联合出版公司述称，同意精典博维公司的上诉意见。

广州购书中心述称，广州购书中心有图书销售的资质，作为《此间的少年》纪念版的销售者，具有合法来源，已尽到注意义务；而且在一审应诉后已经停止销售行为，主观上没有过错，不构成著作权侵权和不正当竞争，同意一审法院对广州购书中心的判决。

查良镛（CHA，Louis）向一审法院提出诉讼请求：1.杨治、联合出版公司、精典博维公司、广州购书中心立即停止侵犯查良镛著作权及不正当竞争的行为，停止复制、发行小说《此间的少年》，封存并销毁库存图书；2.杨治、联合出版公司、精典博维公司在《中国新闻出版广电报》、新浪网刊登经法院审核的致歉声明，向查良镛公开赔礼道歉，消除影响；3.杨治赔偿查良镛经济损失人民币500万元，联合出版公司、精典博维公司就策划出版《此间的少年》十周年纪念版所造成的经济损失人民币1003420元承担连带责任；4.杨治、联合出版公司、精典博维公司、广州购书中心共同赔偿查良镛为维权所支出的合理费用人民币20万元。

一审法院经审理查明：

（一）查良镛作品出版发行及知名度相关事实

查良镛所著《射雕英雄传》《笑傲江湖》《天龙八部》《神雕侠侣》四书（以下简称查良镛作品）由三联书店于1994年5月在内地出版，对应新修版由广州出版社于2013年4月在内地出版，新修版对三联版的故事时间线等有所修改。查良镛作品各版本中郭靖、黄蓉、杨康、穆念慈、乔峰（萧峰）、康敏、令狐冲等人物名称、人物关系、性格特征和故事情节基本一致。

查良镛作品曾多次入选内地、香港及外国教材。其中，《射雕英雄传》入选百卷《中国新文学大系》，《天龙八部》第41回曾入选人民教育出版社出版的高中《语文课本》第4册，《笑傲江湖》和《天龙八部》列入高考参考书籍，《射雕英雄传》第8、30回节选列入香港中学语文参考文章，《射雕英雄传》《神雕侠侣》成为香港初中参考书籍，《射雕英雄传》第35回列入新加坡中学华文文学课程的文学作品选读。查良镛作品曾被多次改编为电影、电视剧。

公开新闻报道显示，从2004年以来的第三次至第七次全国国民阅读调查显示，查良镛连续五次位列读者最喜爱的十大作家排名之首。查良镛作品位于各大高校、市区图书馆的借阅前列，在各地农家书屋也较受欢迎。

学术界就金庸作品的研究已形成“金学”流派，市场上存在《金庸传——书写侠义，笔战江湖》等多个版本的《金庸传》。社会各界人士包括姚明、马云、李开复，著名学者陈平原、陈墨，中国文联主席孙家正、冯其庸，导演侯孝贤等均对查良镛及其作品作出过较高的评价。

相关百度搜索、百度百科网页页面显示，《射雕英雄传》《笑傲江湖》《天龙八部》《神雕侠侣》作品名称的百度搜索结果分别约2500万、4400万、9300万、4600万条，人物名称郭靖、黄蓉、令狐冲、乔峰、杨康、穆念慈、康敏等的百度搜索结果分别约1110万、1340万、905万、651万、565万、270万、931万条。

（二）《此间的少年》的创作和出版发行相关事实

杨治于2000年创作《此间的少年》并发表于网络。2002年，该作品由西北大学出版社出版，书名为《此间的少年：射雕英雄的大学生涯》；《此间的少年》另有华文出版社2003年、2004年、2007年三版，定价依次为人民币18元、18元、25元（以下币种均为人民币）；另有联合出版公司2012年版以及《此间的少年2》（网络版）。其中，由联合出版公司出版的《此间的少年》（2001-2011十周年纪念珍藏版）（以下简称《此间的少年》纪念版），定价28元。该书封面“创作履历与个人大事记”载有“2000年：创作《此间的少年》，出版单行本行销中国，迄今历5个版本，110万册”等简介内容。《此间的少年》各个版本中，郭靖、黄蓉、杨康、穆念慈、乔峰、康敏、令狐冲等七个主要人物的人物名称、人物关系、性格特征和故事情节基本一致。

联合出版公司成立于2011年2月23日，经营范围包括出版经济、科技、文化、体育、教育类图书等。精典博维公司成立于2005年1月26日，经营范围包括企业策划及图书批发、零售等。

2010年1月20日，杨治出具《授权书》将其享有《此间的少年》的著作权（包括但不限于中文简体图书出版、发行、销售，信息网络传播权）及其转授权独家授权给案外人北京九州天辰信息咨询有限公司（以下简称九州公司），授权期限至2020年1月 20日。九州公司后于2011年9月21日与精典博维公司签订《作品开发许可合作协议》，授予精典博维公司《此间的少年》的专有使用权，精典博维公司可在中国大陆出版、发行、销售，有效期限至2016年9月10日止，九州公司保证对作品享有独立、完整著作权，并保证该等授权行为不致对任何第三人的权利（包括但不限于著作权等）存在侵权行为或者侵权可能，精典博维公司应于收到最终稿件后6个月内在授权地区以约定文字出版作品，首印、加印或再版稿酬以图书定价、版税率8%、印数乘积计算。

2011年9月21日，杨治出具《授权书》确认将其享有的《此间的少年》著作权（包括但不限于中文简体图书出版、发行、销售，信息网络传播权）及其转授权独家授权给精典博维公司，授权期限至2016年9月10日。同日，九州公司与精典博维公司签订《补充协议》，约定九州公司就作品《此间的少年》授予精典博维公司中文简体图书出版权，《此间的少年》首印版税相应金额从前期已付给精典博维公司的预付版税362500元中扣除。同月28日，精典博维公司与联合出版公司签订《图书出版合同》，约定精典博维公司授权联合出版公司在中国大陆以原版、修订版、选编本、缩编本等图书形式出版发行《此间的少年》（汉文）文本专有出版权，精典博维公司保证合法拥有前述条款授予联合出版公司的权利，作者稿酬由精典博维公司承担，有效期为五年。

精典博维公司在2013年至2016年期间与案外人亚马逊卓越有限公司、浙江省新华书店集团有限公司、广州新华出版发行集团股份有限公司（以下简称新华出版公司）、上海钟书实业有限公司等先后签订图书经销或采购合同，约定向各公司提供图书，供货折扣在53%-60%之间。精典博维公司另提供利润表和销售费用明细显示，2014-2016年度图书出版业务板块的平均利润率为7.63%。

精典博维公司与案外人万达永安（北京）国际物流有限公司（以下简称永安公司）在2012年至2017年期间签订多份合同代理图书收货、发货、储存、市内配送等业务，永安公司出具证明称截至2016年12月29日《此间的少年》一书库存为31633册，自2011年起至2017年1月9日入库量累计148418册。

广州购书中心成立于1994年9月5日，经营范围包括图书批发、图书零售等。广州购书中心与新华出版公司物流配送分公司签订《出版物经销合同》约定新华出版公司物流配送分公司作为指定出版物供应商供货，并保证所经营出版物不违反国家法律、法规规定，没有侵犯他人著作权等，供货折扣为实际采购折扣加6%的折扣点，合同有效期自2014年1月1日起至2016年12月31日止。2016年3月15日、6月7日、7月4日，广州购书中心分别向新华出版公司物流配送分公司采购《此间的少年》纪念版10本、2本、3本，折扣为59%。

庭审中，联合出版公司、精典博维公司确认目前关于《此间的少年》纪念版尚有3万多册库存，广州购书中心称已停止销售《此间的少年》纪念版且无库存，查良镛对此予以认可。

（三）查良镛作品与《此间的少年》的比对情况

《此间的少年》故事梗概为：宋朝嘉祐年间的汴京大学，六名大一新生郭靖、令狐冲、杨康、段誉、欧阳克、林平之成为室友。化学系郭靖因骑自行车撞上物理系新生黄蓉致其脚扭伤，此后郭靖每天为黄蓉打水、倒垃圾、打饭、道歉，关怀备至。随着两人交往不断加深，加上兄弟们的推波助澜，郭靖与黄蓉最终确定了恋爱关系。与此同时，国政系令狐冲被安排担任班长职务，新官上任后第一次班级舞会就遇到各种困难，希望大展雄才的他经历了大学生活里第一次重大打击。后因有师兄乔峰仗义帮忙，替他摆平了不少麻烦。乔峰是大四的师兄、篮球高手，他在舞会上认识了师妹阿朱，后来成为男女朋友。跟大一新生们在一起时，乔峰会给他们一点过来人的忠告，有时又会触景生情，想起自己与师姐康敏的一些往事。生物技术系杨康和穆念慈从中学开始就是同学。穆念慈一直钟情杨康，却不敢说出口，只是安静地陪在杨康身边，提醒他应该做的事，杨康反而躲着穆念慈，害怕她的啰嗦。在黄蓉建议下精心打扮过的穆念慈仍未能引起杨康的注意，穆念慈最终放弃了杨康，与曾追求过她的彭连虎走到一起。时间流逝，少年们度过了大学的第一年。乔峰也毕业离开学校，去丐帮工作。

经比对，《此间的少年》中人物名称与查良镛《射雕英雄传》相同的共27个，包括郭靖、杨康、丘处机、王重阳、完颜洪烈、包惜弱、黄蓉、黄药师、冯蘅、欧阳克、欧阳锋、穆念慈、侯通海、傻姑、洪七公、尹志平、程瑶迦、孙不二、梅超风、马钰、郝大通、朱聪、柯镇恶、全金发、韩宝驹、彭连虎、梁子翁；与查良镛《笑傲江湖》相同的共13个，包括莫大、冲虚、令狐冲、林平之、独狐求败、田伯光、方证、陆大有、劳德诺、施戴子、高根明、梁发、东方不败；与查良镛《天龙八部》相同的共18个，包括无崖子、王语嫣、段誉、乔峰、慕容复、虚竹、白世镜、邓百川、包不同、鲁有脚、康敏、马大元、风波恶、秦红棉、段朱、段紫、木婉清、云中鹤；与查良镛《神雕侠侣》相同的共7个，包括郭靖、黄蓉、尹志平、赵志敬、小龙女、程瑛、陆无双。

关于主要人物郭靖、黄蓉、杨康、穆念慈、乔峰、康敏、令狐冲的性格特征、人物关系等比对。查良镛认为，《此间的少年》中的郭靖、黄蓉、杨康、穆念慈、乔峰、康敏、令狐冲七位主要人物的家庭背景、身份、性格、相貌、爱好、技能、社会关系与查良镛作品中同名人物基本一致。如，郭靖在《射雕英雄传》中描写为：来自蒙古；丧父，与母亲共同生活；性格迟钝、老实、笨拙、憨厚；善于骑马；初次进城时感到自己见识少；与黄蓉成为恋人。除善于骑自行车之外，《此间的少年》对此作同样描写。黄蓉在《射雕英雄传》中描写为：来自南方；黄药师之女；出生时母亲冯蘅即去世，受黄药师宠爱；甚至被宠爱得有点过头；与黄药师闹脾气时会不回家；想起自己丧母时会哭；外貌出众，穿白色衣服时更加漂亮；聪明伶俐，多才多艺；与郭靖成为恋人；同情穆念慈并积极撮合其与杨康的关系；讨厌欧阳克。《此间的少年》对此作同样描写。杨康在《射雕英雄传》中描写为：又名完颜康，其母包惜弱带其改嫁完颜洪烈，继父完颜洪烈地位尊贵（大金国六皇子），家境优越，聪明机警，与穆念慈若即若离，与丘处机为师徒关系。除继父完颜洪烈地位尊贵（汴京大学生物学院院长）之外，《此间的少年》对此作同样描写。穆念慈在《射雕英雄传》中描写为：相貌清秀；家庭条件不好；与杨康出身相差悬殊；对杨康一见钟情；为杨康伤情。《此间的少年》对此作同样描述。令狐冲在《笑傲江湖》中描写为：来自陕西（华山派）；愤世嫉俗；组织头目（大师哥）；与林平之、陆大有、劳德诺、施戴子、高根明、梁发同门师兄弟关系。在《此间的少年》中描写为：来自陕西；愤世嫉俗；组织头目（班长）；与林平之、陆大有、劳德诺、施戴子、高根明、梁发同学关系。两者基本一致。乔峰在《天龙八部》中描写为：组织首脑（丐帮帮主）；身材魁梧；武艺高超，与慕容复一时瑜亮，被并称为“北乔峰，南慕容”；被康敏爱慕，因未回应而被诬陷；与阿朱相恋但最终未能成为真正的夫妻；与虚竹为结义兄弟；与白世镜、鲁有脚、马大元同属于丐帮。在《此间的少年》中描写为：组织首脑（汴大国际政治系学生会主席），毕业后到丐帮工作；身材魁梧；篮球技艺高超，与慕容复一时瑜亮，被并称为“北乔峰，南慕容”；被康敏爱慕，但没有走到一起；与阿朱成为恋人，但最终未能在一起；与虚竹、白世镜、鲁有脚、马大元为篮球队队友。两者相似。康敏在《天龙八部》中描写为：风骚淫荡；爱慕乔峰，因乔峰未积极回应而进行陷害；马大元之妇。在《此间的少年》中描写为：被传言风骚；爱慕乔峰，但未能得到乔峰的积极回应；嫁给马大元。两者相似。杨治则认为，《此间的少年》中大部分人物的性格跟查良镛作品不同，仅有个别性格存在抽象层面的相似之处，如“聪明”“傲气”“憨厚老实”“助人为乐”，但是这种性格以不同的情节展现，以不同的语言风格描述，在表达层面大相径庭，双方作品部分人物关系在父母关系、师生关系、情侣关系、同学关系等抽象层面相似，但是这些是公有领域的素材，不是著作权法保护的对象。

关于故事情节的比对。查良镛认为，《此间的少年》中的情节与查良镛作品的相关情节具有高度相似性，基本涵盖整部小说的主要内容。以郭靖和黄蓉的故事情节为例，如：1.郭靖的身世及出场在《射雕英雄传》中描写为：郭靖家境不好，幼年丧父，跟随单亲母亲在蒙古草原长大，放羊牧马，性格老实、木讷、迟钝。因为丘处机与江南七怪所约定的比赛规则，得到江南七怪等多位高人指点武功，然后离开蒙古，前往嘉兴比武，途径张家口，来到大金国京城中都大兴府，从未到过大城市的他对眼前的事物感到陌生而新鲜；在《此间的少年》描写为：郭靖家境不好，丧父，跟随母亲在蒙古草原长大，放牧骑马，性格老实、木讷、迟钝。因丘处机赴蒙古指导竞赛以及招生，郭靖离开蒙古，来到汴京，进入汴京大学读书。到汴京大学报到的第一天，从未到过大城市的他对眼前的事物感到陌生而新鲜。2.黄蓉的身世及出场在《射雕英雄传》中描写为：黄蓉家境富足，母亲冯蘅因难产去世，黄蓉自幼随父亲黄药师长大。黄药师生性冷酷，为人自负，人称“黄老邪”，但对黄蓉从小宠爱有加，对未来女婿要求颇高，非才智过人不可。黄蓉长相漂亮，性格刁蛮、任性、慧黠。因为与黄药师赌气，独自离开桃花岛，来到张家口；在《此间的少年》描写为：黄蓉家境富足，母亲冯蘅因难产去世，黄蓉自幼随父亲黄药师长大。黄药师性格傲气，对黄蓉从小宠爱有加，对黄蓉的追求者要求颇高，在黄药师眼里，没有三四十把刷子的普通小男生休想碰他女儿一根手指。黄蓉长相漂亮，性格刁蛮、任性、慧黠。考入汴京大学，在开学当天拒绝黄药师送她，只身到学校报到。3.郭靖与黄蓉初相识在《射雕英雄传》描写为：黄蓉在躲避店伙追打时与郭靖初次相见，故意利用、试探郭靖。郭靖见她可怜，请她吃饭，凡黄蓉要点的菜肴，郭靖一概应允。见黄蓉衣裳单薄，郭靖将自己的貂裘和黄金送给她。黄蓉开口要郭靖的汗血宝马，郭靖也毫不迟疑地送给了她，黄蓉为郭靖对萍水相逢的自己的信任而感到十分感动；在《此间的少年》描写为：黄蓉在躲避一只“危险的手”时撞到郭靖，意识到这个傻大个是可以利用的，要求郭靖去帮她买一件T-SHIRT。郭靖觉得黄蓉“比较细弱不堪冲击”，毅然答应，并将自己的“二八自行车”（被黄蓉称为“破驴”）及全部行李交给黄蓉看管，黄蓉为郭靖对陌生的自己如此信任而有些感动。4.黄蓉与郭靖互生好感成为恋人在《射雕英雄传》中描写为：郭靖和黄蓉第二次单独见面，郭靖将自己特意为黄蓉收藏的，已压得或扁或烂的点心给黄蓉吃，黄蓉因感怀于从小没有妈，从来没有人像郭靖这样对自己好而感动落泪，对郭靖心生爱慕，诱导郭靖主动表达对自己的好感，两人确定恋爱关系；在《此间的少年》描写为：郭靖和黄蓉第二次见面，黄蓉被郭靖骑车撞伤，郭靖主动照顾黄蓉。期间，郭靖因要准备考试，称第二天不能来照顾黄蓉。第二天，因没有舍友肯给黄蓉带饭，黄蓉一整天没能吃饭，感怀于没有朋友，没有男朋友，妈妈死了，老爹不管她而伤心流泪，恰在此时，郭靖来到，并为她买来吃的，黄蓉深受感动，觉得世界上至少还有个叫郭靖的傻子惦记着自己，决定与郭靖建立恋爱关系。在黄蓉的主动诱导之下，两人建立了恋爱关系。杨治则认为，将前述抽象的人物关系放置到具体的情节中时，在表达上与不同的情节结合，如校园情侣谈恋爱是一起去图书馆自习；同学关系的表现是上课帮忙交小测验；师生关系的表现是班主任帮班长解决事情和谈心等，体现这种人物关系的情节在表达上完全不相似，带给读者校园小说和武侠小说截然不同的欣赏体验，不是实质性相似。以郭靖与黄蓉的故事情节为例，人物身份、主要故事线、主要情节并不相似。

双方关于主要人物郭靖、黄蓉、杨康、穆念慈、乔峰、康敏、令狐冲的性格特征、人物关系及故事情节的上述比对意见，涉及双方作品原文内容较多，列举主要内容如下：

1.查良镛作品《射雕英雄传》对人物郭靖相关描述包括第91 页“李萍依着丈夫的遗言，给他取名为郭靖”“这孩子学话甚慢，有点儿呆头呆脑，直到四岁时才会说活”、第225页“那少年高谈阔论，说的都是南方的风物人情，郭靖听他谈吐隽雅，见识渊博，不禁大为倾倒。……这少年的学识似不在二师父之下，不禁暗暗称奇，心想：‘我只道他是个落魄贫儿，哪知学识竟这般高。中土人物，果然跟塞外大不相同’”；《此间的少年》对此描述包括第42页“‘不回去了。’仅仅是一瞬间，郭靖眼睛里流露了一丝忧郁，‘夏天我妈和旗里的人带牲口出去赶草场，回去家里也没有人。’‘那你爸爸呢？’‘去世了’”、第4页“‘我……我……’郭靖努力想让自己说话平静得像个城市人，不过蹬了快一个小时的路，又被身上的老羊皮袍子捂出了一身汗，他的脑子好像比平时更迟钝了”、第3页“倏忽之间，郭靖身边半径两米内又形成了一个真空地带，那些瞬间涌现的高手又如同水滴融入江河一般消失在人流里。郭靖第一次感到汴梁真是一个藏龙卧虎的地方”。

2.查良镛作品《射雕英雄传》对人物黄蓉相关描述包括第345页“原来黄蓉便是桃花岛岛主黄药师的独生爱女。她母亲于生她时适逢一事，心力交瘁，以致难产而死。黄药师先前又已将所有弟子逐出岛去，岛上就是他父女二人相依为命”“黄药师素有‘东邪’之号，行事怪僻，……对女儿又爱逾性命，自然从不稍加管束，以致把这个女儿惯得骄纵异常”“黄蓉从没给父亲这般严厉的责骂过，心中气苦，刁蛮脾气发作，竟乘了小船逃出桃花岛”、第422页“黄蓉道：‘当面撒谎！你有这许多女人陪你，还寂寞什么？’欧阳克张开折扇，扇了两扇，双眼凝视着她，……黄蓉向他做个鬼脸，笑道：‘我不用你讨好，更加不用你思念’”、第273页“黄蓉道：‘我生下来就没了妈，从来没哪个像你这样记着我过……’说着几颗泪水流了下来”；《此间的少年》对此描述包括第8页“她爹黄药师本来在汴京大学任副教授，一干就是十年”“不过黄夫人冯蘅难产死的一个原因是夜里医生懒洋洋地耽误了收诊”、第10页“黄药师很宝贝黄蓉，这个女儿让他很容易记起老婆的容貌”、第16页“黄蓉恼火地皱起眉头，对欧阳克的第一感觉糟糕得无以复加”、第32页“那个坏老爹还非常地像暴君，所以一连三个星期黄药师让司机拿车来接她她都不回家”、第40页“黄蓉那年十七岁，曾以为自己能拥有整个世界。可是现在她发现自己什么都没有，没有朋友，也没有男朋友，妈妈死了，老爹不管她。天黑下来的时候，黄蓉忽然很想哭，于是眼泪真的就掉了下来”。

3.查良镛作品《射雕英雄传》描述郭靖与黄蓉初次见面场景包括第224页“他挂念红马，忙抢步出去，只见那红马好端端的在吃草料。两名店伙却在大声呵斥一个衣衫褴褛、身材瘦削的少年。那少年约莫十五六岁年纪，头上歪戴着一顶黑黝黝的破皮帽，脸上手上全是黑煤，早瞧不出本来面目，手里拿着一个馒头，嘻嘻而笑，露出两排晶晶发亮的雪白细牙，却与他全身极不相称。眼珠漆黑，甚是灵动”、第272页“郭靖见这少女一身装束犹如仙女一般，不禁看得呆了。那船慢慢荡近，只见那女子方当韶龄，不过十五六岁年纪，肌肤胜雪，娇美无比，笑面迎人，容色绝丽。……那少女把船摇到岸边，叫道：‘郭哥哥，上船来吧！’郭靖猛吃一惊，转过头来，只见那少女笑靥生春，衣襟在风中轻轻飘动。郭靖如痴似梦，双手揉了揉眼睛”；《此间的少年》对此描述包括第10页“黄蓉很漂亮。虽然她个子不算高，不过高个美女的美好身材按比例缩小后正好符合她的尺码。此外她眼睛很大，笑容很甜，一头柔软的黑发挑染出一点淡金色，回头率惊人的高。不过郭靖回头的原因却不是因为黄蓉漂亮，而是因为他被撞得愣了一下。郭靖低头凝视着比他矮一个头的黄蓉，黄蓉抬头凝视着他，一双来自北方粗犷的眼睛和一双来自南方慧黠的眼睛。很多一见钟情都是从双方的凝视开始的，不过这一次的情况有点例外”。

4.查良镛作品《射雕英雄传》对人物杨康相关描述包括第373页“完颜洪烈千方百计而娶得了包惜弱”、第258页“郭靖知道赵王就是大金国的六皇子完颜洪烈”、第371页“完颜康心想：‘难道我要舍却荣华富贵，跟这穷汉子浪迹江湖？不，万万不能’”、第242页“这次郭靖留了神，那公子连使诡计，郭靖尽不上当。讲到武功，那公子实是稍胜一筹”、第854页“杨康初时并没把穆念慈放在心上，后来见她对己一往情深，不禁感动。而此女又美貌逾恒，数次交往，遂结婚姻之约”；《此间的少年》对此描述包括第6页“他娘包惜弱本是带杨康改嫁完颜洪烈的，是享誉一方的悲情女作家”“完颜洪烈虽然在汴京大学的学术界也是坐前几把交椅说一不二的人物，可是就怕家里这一对宝贝”、第134页“‘好好学习，别老是晃来晃去的’，完颜洪烈总是说，‘你跟人家的孩子不一样，我们家条件方便。你以后申请去西域，东方不败的推荐信我都能给你搞，不过你也得GPA足够才行’”、第19页“杨康很聪明，生物竞赛汴京地区一等奖，短跑是长项，写作也受他妈包惜弱的指导而颇有功力”、第20页“虽然杨康并不真的‘喜欢’穆念慈，不过他必须承认穆念慈在他的生活里还是很有分量的”。

5.查良镛作品《射雕英雄传》对人物穆念慈相关描述包括第231页“郭靖看那少女时，见她十七八岁年纪，玉立亭亭，虽脸有风尘之色，但明眸皓齿，容颜娟好”、第257页“见父女俩行李萧条，料知手头窘迫，只怕治伤的医药之资颇费张罗，从怀中取出两锭银子，放在桌上，说道：‘明日我再来瞧你们’”、第234页“穆易见他人品秀雅，丰神隽朗，心想：‘这人若是个寻常人家的少年，倒也和我孩儿相配。但他是富贵公子，此处是金人的京师，他父兄就算不在朝中做官，也必是有财有势之人。……’便道：‘小人父女是山野草莽之人，不敢跟公子爷过招。咱们就此别过’”、第282页“穆念慈自和完颜康比武之后，一颗芳心早已倾注在他身上，耳听他说得合情合理，正自窃喜，忽见父亲突然无故动怒，不禁又惊讶，又伤心”、第553页“黄蓉低头见到穆念慈喷在地下的那口鲜血，沉吟片刻，终不放心，越过围墙，追了出去，只见穆念慈的背影正在远处一棵大柳树之下，日光在白刃上一闪，她已将那柄短剑举在头顶。黄蓉大急，只道她要自尽，大叫：‘姊姊使不得！’只是相距甚远，阻止不得，却见她左手拉起头上青丝，右手持剑向后一挥，已将一大丛头发割了下来，抛在地下，头也不回的去了。黄蓉叫了几声：‘姊姊，姊姊！’穆念慈充耳不闻，愈走愈远”；《此间的少年》对此描述包括第19页“穆念慈长得挺清秀，看着顺眼，而且越看会越顺眼。杨康和她至少同学了六年，还很少觉得她讨厌”、第184页“她的家境并不好，实在不敢想象如果高考失利要交培养费上学的困境”、第189页“杨康是个眼高于顶的人，能看见头顶飞过的天鹅，看不见脚下经过的小鸭。那么这只小鸭鼓振单薄的双翼，是否真的能飞到杨康眼睛的视野呢”、第205页“穆念慈轻轻摇头说：‘我没事。’然后爬到上铺自己的帐子里，头落到枕头里的一刹那，眼泪唰地滑过了脸庞，穆念慈死死地抓着毛巾被盖住自己的脸”。

6.查良镛作品《射雕英雄传》描述穆念慈与杨康初次见面场景包括第234页“那公子笑道：‘切磋武艺，点到为止，你放心，我决不打伤打痛你的姑娘便是。’转头对那少女笑道：‘姑娘只消打到我一拳，便算是你赢了，好不好？’那少女道：‘比武过招，胜负自须公平。’人圈中有人叫将起来：‘快动手罢。早打早成亲，早抱胖娃娃！’众人都轰笑起来。那少女皱起眉头，含嗔不语，脱落披风，向那公子微一万福。那公子还了一礼，笑道：‘姑娘请’”；《此间的少年》对此描述包括第182页“穆念慈已经记不得自己认识杨康多少年了，……她第一次看见杨康的时候，杨康穿了一身雪白的学生装，站在教学楼的最高层。那时候穆念慈站在操场上，蒙蒙细雨中，需要把头仰得很高才能看见那个一身雪白的男生捧着一只文件夹悠然走过，淡淡的目光懒洋洋地扫过整个操场。……穆念慈心里怦然动了一下，胸口一片好像空了”。

7.查良镛作品《天龙八部》对人物乔峰相关描述包括第913页“阿紫道：‘我姊夫脾气大得很，下次我见到他时，将你这句话说与他知，你就有苦头吃了。我跟你说，我姊夫便是丐帮帮主、威震中原的北乔峰’”、第485页“段誉见这人身材魁伟，三十来岁年纪，身穿灰色旧布袍，已微有破烂，浓眉大眼，高鼻阔口，一张四方国字脸，颇有风霜之色，顾盼之际，极有威势”、第505页“不料王语嫣一言不发，对乔峰这手奇功宛如视而不见，原来她正自出神：‘这位乔帮主武功如此了得，我表哥跟他齐名，江湖上有道是北乔峰、南慕容，可是……可是我表哥的武功，怎能……怎能……’”；《此间的少年》对此描述包括第51页“乔峰在汴大可是响当当的名字，而且乔峰确实不是浪得虚名的，他不但是国际政治系学生会主席，而且篮球打得漂亮，和计算机系的慕容复一时瑜亮”、第52页“汴大所谓‘北乔峰，南慕容’由此而来”、第108页“康敏就曾经拍着乔峰的肩膀说：‘个子高好，女生一般喜欢高一点的男生’”、第235页“乔峰给每人塞了一张名片，名片上写‘苏州丐帮股份有限总公司：总经理助理’”。

8.查良镛作品《天龙八部》对人物康敏相关描述包括第879页“马夫人恶狠狠的道：‘你难道没生眼珠子么？任他是多出名的英雄好汉，都要从头至脚的向我细细打量。有些德高望重之辈，就算不敢向我正视，乘旁人不觉，总还是向我偷偷的瞧上几眼’”、第880页“马夫人见他头也不回的跨步出房，忿怒又生，大声道：‘乔峰，你这狗贼！当年我恼你正眼也不瞧我一眼，才叫马大元来揭你的疮疤。马大元说什么也不肯，我才叫白世镜杀了马大元。你……你今日对我，仍丝毫也不动心’”、第690页“一片寂静之中，忽然走出一个全身缟素的女子，正是马大元的遗孀马夫人”；《此间的少年》对此描述包括第61至62页“系里颇有传言说康敏风骚，有个师兄把这个消息说给乔峰的时候，乔峰皱了皱眉头：‘靠，林子一大什么鸟都有，怎么越传越邪乎了？’……师兄眼睛还没来得及从康敏身上转开，康敏已经拍拍乔峰说：‘衰人，吃完了打球？’于是众目睽睽下，乔峰一屋子人都追着康敏去篮球场了”、第76页“‘小康怎么了？’乔峰茫然地看着康敏扭头跑掉了，在花圃边没入了黑暗里。‘不懂啊？’平时一向对乔峰和颜悦色的师姐忽然瞪了他一眼，‘继续装傻去吧你’”、第79页“总是要嫁人的，小康聪明，马大元对她好，她当然嫁马大元。女生老得快，以前追她那些男生靠不上，还是要找个靠得住的人，谁有时间跟那儿瞎耗啊？能年轻几年啊？”

9.查良镛作品《天龙八部》描述乔峰与康敏关系包括第875页“眼见马夫人因连番惊吓而晕了过去，这女人是害死阿朱的元凶，萧峰对她厌憎已极，又在她背心上补了几指，待得天明后再来盘问于她”；《此间的少年》对此描述包括第61页“总之乔峰和康敏是互相欣赏，两个都是很生猛的人。后来康敏有什么事情，乔峰拍拍胸脯几天就帮她解决了；乔峰要拉球队，康敏说包在我身上，过一个礼拜，年级主任就批了笔小钱给乔峰买球衣和篮球”、第62页“很快系里都知道乔峰和康敏关系铁。康敏要当系里的学生代表去新生大会讲话，康敏就会说乔峰也去吧；反过来康敏800米怎么也跑不及格，也是乔峰掐着秒表逼她练的。但是康敏不是乔峰女朋友，康敏照旧操着她那种很有点烟视媚行的眼神在男生旁边走来走去，甚至康敏还拍过胸脯说乔峰的女朋友她帮着介绍了，保证让乔峰没话可说。不过关于这一点，康敏只是说，从来不见动”、第121页“乔峰很少做梦，他甚至没有梦见过自己的老爹，可是昨天夜里他梦见了康敏。他梦见自己拉着康敏的手走在汴大的校园中，路很长风很冷，只有康敏的手心是温暖的”。

10.查良镛作品《笑傲江湖》对人物令狐冲相关描述包括第87页“定逸师太眼光在众人脸上掠过，粗声粗气的叫道：‘令狐冲躲到哪里去啦？快给我滚出来。……你华山派的门规越来越松了……’”、第180页“令狐冲于世俗的礼法教条，从来不瞧在眼里……”、第87页“林平之寻思：‘原来他们说了半天的大师哥名叫令狐冲。此人也真多事，不知怎地，却又得罪这老尼姑了’”；《此间的少年》对此描述包括第23页“按道理说，伶牙俐齿的令狐冲也不是不如黄蓉，可是他的陕西加广东腔实在把校警折腾傻了”、第92至93页“令狐冲本来没有那么愤青，他除了高中的时候偶尔以非议大宋朝廷要员为乐，曾经吓得老师小心肝卜通卜通乱跳外，还没有慷慨激愤到以为举世皆浊他独清的地步。……令狐冲心里忽然豪气和怒气一起勃发，发誓要当一把学校制度改革的先驱”、第95页“‘你们班缺个班长，’乔峰很为难地抓抓脑袋，‘你们级主任交给我张罗，实在是他妈的找不到人了，你就拉我一把吧！’……在苦大仇深的乔峰面前，令狐冲终于没能狠心推辞”。

查良镛提交的新浪网、虎嗅网、知乎网、百度贴吧、论坛等网络评论显示（摘录）：“同人文商业化的确违背了规则，金庸先生用法律途径保障自己的权益，不能说是前辈打压后辈，是合理的。南大知错就改，也有风度”；“南大这个是借用了人物和框架，大概算是AU同人文，也算是侵权，但和抄袭半毛钱关系都没有”；在知乎提问“如何评价金庸状告江南《此间的少年》侵权并索赔500万？以及后续会对网文界造成的影响？”的网友回答，包括法律界人士从法律角度的分析，网友认为金庸2005年已经知道《此间的少年》存在，谈及其他小说的内容，其他国家如何界定类似情况等内容；在百度贴吧讨论的帖子中有“大家看此间是不是都看完了金庸的所有小说”“谈谈你是怎么认识《此间的少年》”“说说你什么时候读到的此间以及收获”“江南的回应”“此间的少年可能有版权问题”等内容；天涯社区帖子有“论《此间的少年》人物专业（职业）与金庸原作的关系”文章。

杨治提交的《此间的少年》当当网、豆瓣网读者评论显示（摘录）：“假借金庸武侠人物之名，书写当年的青春年少，壮志凌云。”“并不因为其中引用了金庸的人物，它就是金庸作品的一个附加品，而是它能够成为具有独立性的东西。”“是一本青春纪念录。故事从郭靖等人的入学开始，以乔峰的毕业离校结束，讲述了一群普通学生的大学生活。”“用了金庸小说里的人名很有幽默感，而且大学的氛围一点也不少，身边的令狐冲，杨康，穆念慈……喜感又悲伤。”“这是一部回忆录，一部对青春的回忆录，一部对友情的回忆录，一部向金庸年代致敬的回忆录，一部让我不得不怀疑江南本科时代到底学的是分析化学还是金庸武学，一时间让我对江南惊如天人。”

中国社会科学出版社2010年出版的《网络文学透视与备忘》一书所收录的马季《话语方式转变过程中的网络写作——兼评网络小说10年10部佳作》一文，写有“让《射雕》、《天龙八部》作为该书阅读背景，只能算是作者的一个文本尝试——类似于精神空间的超链接，也许能够起到扩大人物遐想空间的作用，但两者的审美关系是非实质性的……他们之间不存在渊源和承袭”等内容。

（四）权利通知及诉讼时效抗辩相关事实

2015年12月16日，案外人明河社出版有限公司委托广东显德律师事务所律师向联合出版公司邮寄《律师函》，载明“明河社是金庸先生旗下的出版公司，享有《金庸作品集》在中国境内除以图书形式出版发行简体字中文版本以外的其他专有使用权（包括改编权、出版发行演绎作品权、信息网络传播权等）。贵司于2012年1月出版发行了《此间的少年》，该书中人物名称均来源于《金庸作品集》，且人物间的关系、人物形象及感情故事等与《金庸作品集》相同或相似，严重侵犯了金庸先生及明河社的合法权利，同时构成不正当竞争。要求贵司：（1）立即停止出版发行《此间的少年》一书，封存全部库存图书；（2）在2015年12月31日前如实提供《此间的少年》小说的来源、图书销售数量、图书库存数量等事实情况，并就侵权责任的承担等问题与本律师进行磋商”等内容。

一审审理过程中，杨治于2016年10月23日在新浪微博上发表《关于金庸先生诉〈此间的少年〉案件的声明》，称“《此间的少年》这本书在我的作品中虽然不是销量最大的，却是最早出版的，书中人物姓名确实基本都是来自金庸先生的系列武侠作品，写一个虚假的‘汴京大学’以及学生们成长中遇到的各种事，基本是我在北大读书时候亲历的校园生活和听来的北大逸闻，还把自己代入了其中‘令狐冲’这个角色形象。……我是金庸先生非常忠实的读者。最初在清韵书院连载时使用这些人物名字，主要是出于好玩的心理。《此间》是最早的网络小说之一（创作于15年前），……随着它后来无端地走红，……走向了出版这一步，它也确实转为了一部‘商业作品’。……版税确有入袋，收得多少还需要时间去查。……作为读者，将与自己喜爱的作者首度交流，却是在司法层面，情绪非常复杂，无论法律层面的结果如何，我都非常非常地抱歉于我22岁那年的孟浪和唐突，因此这些事情给金庸先生造成的困扰令我非常地自责。……”

查良镛于2004年12月30日在新浪第二届华语原创文学大奖赛接受采访时称：“网上拿我小说的人物去发展自己再写一部小说，我觉得盗用我的版权是完全不可以的，……侵犯我版权的，只是暂时我不追究，……要真理你的话，你已经犯法了。”2005年1月26日，《新民晚报》刊登文章《金庸批评并提醒某些网络作家“借壳上市”就是文抄公》，指出网上有部分作家用其小说人物写小说，是文抄公的行为，他没有追究并不表示同意这样做。

（五）查良镛主张经济损失及合理开支相关事实

查良镛主张按照杨治、联合出版公司、精典博维公司的侵权获利确定赔偿数额。具体包括：1.联合出版公司、精典博维公司就其策划出版《此间的少年》纪念版连带赔偿经济损失1003420元。联合出版公司、精典博维公司作为《此间的少年》纪念版的出版方和策划经纪方，与杨治共同实施了该部分侵权行为，应当对该版侵权获利承担连带责任。根据精典博维公司提供的证据，这部分侵权获利包括杨治所得版税收入362500元；精典博维公司的经营利润为320460元（按精典博维公司所述其图书经营平均利率7.63%×图书单价28元×15万册计算）；联合出版公司未提供其获利情况，其与精典博维公司共同对图书进行出版发行，故按与精典博维公司同比例推算为320460元，三部分合计为1003420元。2.杨治赔偿经济损失500万元。按前述算法，每本书侵权获利为6.69元，则在纪念版之前的110万册应为7359000元。与上述1003420元相加共计8362420元。即便按目前所见到的价格最低的版本即杨治所提供版本18元单价计算，乘以相应比例（8%+7.63%+7.63%=23.26%），每本侵权获利也有4.1868元，110万册共计4605480元，与上述1003420元相加为5608900元，故查良镛酌情主张500万元。

查良镛另主张本案合理开支为律师费20万元，已提交金额10万元的律师费发票两张。

一审法院认为：

（一）《此间的少年》是否侵害查良镛的著作权

《中华人民共和国著作权法实施条例》第二条规定，著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。根据“思想与表达两分法”，著作权法所保护的是作品中作者具有独创性的表达，即思想的表现形式，不包括作品中所反映的思想本身。这里指的思想，包括对物质存在、客观事实、人类情感、思维方法的认识，是被描述、被表现的对象，属于主观范畴。作者借助物质媒介，将构思诉诸形式表现出来，将意象转化为形象、将抽象转化为具体、将主观转化为客观、将无形转化为有形为他人感知的过程即为创作，创作形成的有独创性的表达属于受著作权法保护的作品。

在文学创作领域中，文字作品以小说为例，其内容主要由人物、情节、环境三个要素构成。人物是核心，人物关系、性格特征、故事情节均围绕人物展开；情节是骨架，人物名称、人物关系、性格特征均通过故事情节塑造构建而成；环境是背景，包括自然环境与社会环境，包括时代背景与空间背景。当具有特定性格特征与人物关系的人物名称以具体的故事情节在一定的时空环境中展开时，其整体已经超越了抽象的思想，属于对思想的具体表达。反之而言，脱离了具体故事情节的人物名称、人物关系、性格特征的单纯要素，往往难以构成具体的表达。杨治作为查良镛作品的读者，在创作之前即已接触查良镛作品，故判断《此间的少年》是否侵害查良镛著作权，需要认定《此间的少年》与查良镛作品是否构成实质性相似。在最高人民法院发布的指导案例81号张晓燕诉雷献和、赵琪、山东爱书人音像图书有限公司著作权侵权纠纷一案中，最高人民法院在裁定书中认为，判断是否构成实质相似时，应比较作者在作品表达中的取舍、选择、安排、设计等是否相同或相似，不应从思想、情感、创意、对象等方面进行比较。

经比对，《此间的少年》使用了郭靖、黄蓉、杨康、穆念慈、乔峰、康敏、令狐冲等数十个与查良镛作品中相同的人物名称，但同名人物的性格特征、人物关系及故事情节在具体表达的取舍、选择、安排、设计上并不一致。其中，部分人物与查良镛作品同名人物的简单性格特征相似，如郭靖老实木讷、正直善良与黄蓉娇生惯养、古灵精怪；部分人物与查良镛作品的同名人物性格不同，二者存在不同的安排与设计，如《天龙八部》中的康敏阴险歹毒、行事放浪，不惜杀死自己的丈夫，而《此间的少年》中的康敏率真、豪爽、仗义、领导能力强；部分人物仅作简略提及，并无查良镛作品同名人物的典型性格，如梅超风、程瑶迦、孙不二等十余个人物存在不同的取舍。部分人物与查良镛作品同名人物之间的简单人物关系相似，如郭靖与黄蓉是恋人关系，黄药师是黄蓉的父亲，完颜洪烈是杨康（完颜康）的继父等；部分人物与查良镛作品的同名人物关系看似结果相同但实质关系不同，如《天龙八部》中康敏爱慕乔峰，因乔峰未积极回应而进行陷害，但《此间的少年》中康敏与乔峰关系较好，不因乔峰未积极回应而陷害，乔峰对康敏暗生情愫而不自知，二者安排、设计并不一致。部分情节与查良镛作品中特定人物之间的故事情节具有抽象的相似性，例如黄蓉与郭靖相恋、杨康与穆念慈若即若离，但故事的主要情节（如黄蓉与郭靖爱情线、乔峰与康敏感情线）、一般情节（如令狐冲当上班委的故事线、杨康与穆念慈感情线）在故事发展的起承转合、背景、具体描写都有很大不同；查良镛作品中反映人物关系与性格特征的部分典型故事情节（如郭靖、黄蓉、华筝之间的感情关系，郭靖误会黄药师危害其师傅而发生的波折，郭靖学习全真教、丐帮武功等）在《此间的少年》中没有提及，二者对情节的取舍亦有不同。

正如华东政法大学王迁教授在《同人作品著作权侵权问题初探》（载于《中国版权》2017年第3期）一文中认为，“判断同人作品是否为侵权作品的关键，在于正确地划分思想与表达的界限。独创且细致到一定程度的情节属于表达，未经许可使用实质相似的表达就可能侵权。在同人小说中直接借用经充分描述的角色和复杂的关系，可能将以角色为中心的情节带入新作品，从而形成与原作品在表达上的实质性相似。但仅使用从具体情节中抽离的角色名称、简单的性格特征及角色之间的简单关系，更多地是起到识别符号的作用，难以构成与原作品的实质性相似。”从整体上看，虽然《此间的少年》使用了查良镛四部作品中的大部分人物名称、部分人物的简单性格特征、简单人物关系以及部分抽象的故事情节，但上述人物的简单性格特征、简单人物关系以及部分抽象的故事情节属于小说类文字作品中的惯常表达，《此间的少年》并没有将情节建立在查良镛作品的基础上，基本没有提及、重述或以其他方式利用查良镛作品的具体情节，而是在不同的时代与空间背景下，围绕人物角色展开撰写故事的开端、发展、高潮、结局等全新的故事情节，创作出不同于查良镛作品的校园青春文学小说，且存在部分人物的性格特征缺失，部分人物的性格特征、人物关系及相应故事情节与查良镛作品截然不同，情节所展开的具体内容和表达的意义并不相同。在此情况下，《此间的少年》与查良镛作品的人物名称、人物关系、性格特征和故事情节在整体上仅存在抽象的形式相似性，不会导致读者产生相同或相似的欣赏体验，二者并不构成实质性相似。因此，《此间的少年》是杨治重新创作的文字作品，并非根据查良镛作品改编的作品，无需署上查良镛的名字，相关读者因故事情节、时空背景的设定不同，不会对查良镛作品中人物形象产生意识上的混乱，《此间的少年》并未侵害查良镛所享有的改编权、署名权、保护作品完整权。

查良镛另依据著作权法第十条第一款第十七项规定的应当由著作权人享有的其他权利，主张《此间的少年》侵害其角色商业化使用权。对此一审法院认为，角色商业化使用权并非法定的权利，通过文字作品塑造而成的角色形象与通过美术作品、商标标识或其他形式表现出来的角色形象相比，缺乏形象性与具体性，查良镛主张以角色商业化使用权获得著作权法的保护并无法律依据，一审法院对此不予支持。

（二）杨治、联合出版公司、精典博维公司、广州购书中心行为是否构成不正当竞争

查良镛作品中的人物名称、人物关系等元素虽然不构成具有独创性的表达，不能作为著作权的客体进行保护，但并不意味着他人对上述元素可以自由、无偿、无限度地使用。本案中，查良镛作品及作品元素凝结了查良镛高度的智力劳动，具有极高的知名度和影响力，在读者群体中这些元素与作品之间已经建立了稳定的联系，具备了特定的指代和识别功能，具有较高的商业市场价值。查良镛作品元素在不受著作权法保护的情况下，在整体上仍可能受我国反不正当竞争法调整。

我国反不正当竞争法的立法目的在于维护竞争秩序，该法调整范畴除了传统的商品流通市场外，亦包括新兴市场如文化产业市场、技术产业市场等。文化产业市场作为存在竞争的商业化市场，其市场主体的行为符合市场经营的一般条件，应当适用反不正当竞争法调整其竞争关系。从文化产业角度考察，查良镛与杨治同为文艺创作者，其创作的文学作品通过出版发行进入市场成为文化产品，二者就其提供文化产品获取了相应的对价，其实质为文化产品的生产者，可以归入反不正当竞争法所规定的从事商品生产、经营或者提供服务的自然人。虽然杨治创作《此间的少年》时仅发表于网络供网友免费阅读，但在吸引更多网友的关注后即出版发行以获得版税等收益，其行为已具有明显的营利性质，故杨治在图书出版、策划发行领域包括图书销量、市场份额、衍生品开发等方面与查良镛均存在竞争关系，双方的行为应当受到我国反不正当竞争法的规制。

《中华人民共和国反不正当竞争法》（2017修订）第二条规定，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。在最高人民法院（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，最高人民法院在裁定书中对反不正当竞争法第二条能否作为一般条款适用作了评析，认为：反不正当竞争法第二章列举规定了市场上常见的和可以明确预见的一些不正当竞争行为类型。同时，反不正当竞争法第二条第一款确立了市场交易的基本原则，即经营者应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德。由于市场竞争的开放性和激烈性，必然导致市场竞争行为方式的多样性和可变性，反不正当竞争法作为管制市场竞争秩序的法律不可能对各种行为方式都作出具体化和预见性的规定。因此，在具体案件中，可以根据反不正当竞争法第二条的一般规定对不属于反不正当竞争法第二章列举规定的市场竞争行为予以调整，以保障市场公平竞争。

最高人民法院在裁定书中同时对反不正当竞争法第二条作为一般条款适用的基本条件给出了一个判断根据，认为适用该一般条款认定构成不正当竞争应当同时具备以下条件：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作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。

关于本案是否具备该一般条款适用的基本条件，一审法院评析如下：其一，杨治使用查良镛作品元素创作《此间的少年》并出版发行的行为不属于反不正当竞争法第二章列举的不正当竞争行为，查良镛也并未依据该列举式规定主张权利，而是直接主张杨治的行为违反了反不正当竞争法第二条的规定。其二，查良镛对作品中的人物名称、人物关系等元素创作付出了较多心血，这些元素贯穿于查良镛作品中，从人物名称的搜索结果数量可见其具有极高的知名度和影响力，在读者群体中这些元素与作品之间已经建立了稳定的联系，具备了特定的指代与识别功能。杨治利用这些元素创作新的作品《此间的少年》，借助查良镛作品整体已经形成的市场号召力与吸引力提高新作的声誉，可以轻而易举地吸引到大量熟知查良镛作品的读者，并通过联合出版公司、精典博维公司的出版发行行为获得经济利益，客观上增强了自己的竞争优势，同时挤占了查良镛使用其作品元素发展新作品的市场空间，夺取了本该由查良镛所享有的商业利益。其三，诚实信用原则是民法的基本原则，是民事活动最为基本的行为准则，要求市场主体讲究信用，恪守诺言，诚实不欺，用善意的方式取得权利和履行义务，在不损害他人利益和社会公共利益的前提下追求自身的利益。在规范市场竞争秩序的反不正当竞争法意义上，诚实信用原则更多的是以公认的商业道德的形式体现出来，即特定商业领域普遍认知和接受的行为标准，具有公认性和一般性。在文化产业领域，文学创作提倡题材、体裁、形式的多样化，鼓励不同学术观点和学派的自由讨论，使用他人作品的人物名称、人物关系等元素进行创作并出版发行时应当遵循行业规范。认定是否符合文化产业领域公认的商业道德，应考虑使用人的身份、使用的目的、原作的性质、出版发行对原作市场或价值的潜在影响等因素，一方面应保障创作和评论的自由，促进文化传播，另一方面也应充分尊重原作者的正当权益。“同人作品”一般是指使用既有作品中相同或近似的角色创作新的作品，若“同人作品”创作仅为满足个人创作愿望或原作读者的需求，不以营利为目的，新作具备新的信息、新的审美和新的洞见，能与原作形成良性互动，亦可作为思想的传播而丰富文化市场。但本案中，杨治作为读者“出于好玩的心理”使用查良镛大量作品元素创作《此间的少年》供网友免费阅读，在利用读者对查良镛作品中武侠人物的喜爱提升自身作品的关注度后，以营利为目的多次出版且发行量巨大，其行为已超出了必要的限度，属于以不正当的手段攫取查良镛可以合理预期获得的商业利益，在损害查良镛利益的前提下追求自身利益的最大化，对此杨治用意并非善意。特别需要指出的是，杨治于2002年首次出版时将书名副标题定为“射雕英雄的大学生涯”，将自己的作品直接指向查良镛作品，其借助查良镛作品的影响力吸引读者获取利益的意图尤为明显。因此，杨治的行为具有不正当性，与文化产业公认的商业道德相背离，应为反不正当竞争法所禁止。综上，杨治未经查良镛许可在其作品《此间的少年》中使用查良镛作品人物名称、人物关系等作品元素并予以出版发行，其行为构成不正当竞争，依法应承担相应的侵权责任。杨治所称该行为仅由著作权法调整并无依据，一审法院对此不予采纳。

查良镛作品及作品元素有着极高的知名度，精典博维公司经九州公司转授权取得《此间的少年》出版、发行、销售的专有权利，与联合出版公司一同作为《此间的少年》纪念版的策划出版方，对该作品出版发行是否侵权负有较高的注意义务。联合出版公司、精典博维公司理应知晓杨治出版发行《此间的少年》并未经查良镛许可，若再次出版发行将进一步损害查良镛的合法权益，且在收到明河社出版有限公司发送《律师函》要求停止出版、发行后仍未予以停止，其对于策划出版《此间的少年》纪念版这一行为主观上存在过错，其行为已构成帮助侵权，亦应承担相应的民事责任。

广州购书中心作为《此间的少年》纪念版的销售者，该销售行为具有合法来源，且广州购书中心在应诉后停止销售，其主观上并无任何过错，查良镛诉请其停止侵权、赔偿合理支出缺乏依据，对此一审法院不予支持。

（三）杨治、联合出版公司、精典博维公司、广州购书中心应如何承担侵权责任

《中华人民共和国侵权责任法》第十五条规定，承担侵权责任的方式主要有：（一）停止侵害；（二）排除妨碍；（三）消除危险；（四）返还财产；（五）恢复原状；（六）赔偿损失；（七）赔礼道歉；（八）消除影响、恢复名誉。以上承担侵权责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。杨治、联合出版公司、精典博维公司的行为已构成不正当竞争，理应承担停止侵害、赔偿损失的民事责任。杨治、联合出版公司、精典博维公司须立即停止涉案不正当竞争行为，停止出版发行小说《此间的少年》，库存书籍亦应销毁。

综合考虑查良镛作品元素具有极高的知名度和影响力，《此间的少年》一书亦具有一定的知名度，杨治实施侵权行为主观恶意明显，联合出版公司、精典博维公司主观过错较大，涉案侵权行为已造成较大的社会影响，亦对查良镛产生一定的负面影响，故一审法院对查良镛诉请赔礼道歉、消除影响予以支持，综合考虑杨治等侵权行为性质、情节及其主观过错等因素，酌情确定杨治、联合出版公司、精典博维公司在《中国新闻出版广电报》中缝以外版面刊登声明，同时在新浪新闻news.sina.com.cn首页显著位置连续七十二小时刊登声明，向查良镛公开赔礼道歉，并消除不正当竞争行为所造成的不良影响。

另需指出，《此间的少年》与查良镛作品人物名称、人物关系等作品元素虽然相同或类似，但在文学作品小说中分属于武侠小说、校园青春小说，二者读者群有所区分，尚有共存空间，若杨治在取得查良镛谅解并经许可后再版发行，更能满足读者的多元需求，有利于文化繁荣。

（四）本案经济损失及合理开支数额如何确定

《中华人民共和国反不正当竞争法》（2017修订）第十七条规定，经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。

本案中，查良镛主张按照杨治、联合出版公司、精典博维公司的侵权获利确定赔偿数额，以精典博维公司提供的证据确定杨治因纪念版15万册所得版税收入，再以纪念版的版税税率、利润率推算得出全部版本应得版税收入及经营利润，该种计算方式符合出版行业惯例，在无相反证据予以推翻的情况下，一审法院对此予以确认。联合出版公司未能提交其因纪念版出版发行获利的相关证据，查良镛主张以精典博维公司利润率计算并无不妥。但一审法院亦注意到，杨治并非使用查良镛作品中的全部作品元素创作《此间的少年》并出版发行，故查良镛以《此间的少年》全部版税、经营利润作为侵权获利并不合理，对此一审法院不予采纳。鉴于查良镛未能举证其实际损失，杨治、联合出版公司、精典博维公司因侵权所获得的利润也无足够证据予以证明，一审法院综合考虑以下因素：1.查良镛作品及作品元素知名度极高，读者数量众多，未经许可使用作品元素致使《此间的少年》在经营出版发行中极易获得竞争优势；2.《此间的少年》出版多个版本、发行上百万册，侵权行为从2002年持续至今，侵权时间长、发行数量大，杨治等获利较多；3.杨治将《此间的少年》出版发行多次，主观恶意明显；4.未经许可使用的作品元素涉及查良镛作品大部分人物名称、人物关系等，综合考虑查良镛作品元素在《此间的少年》中所占比例及重要性程度，一审法院酌情确定贡献率为30%；酌定杨治赔偿经济损失数额为1680000元，联合出版公司、精典博维公司作为《此间的少年》纪念版的策划出版方，对其中300000元承担连带责任。对于超出数额部分，一审法院不予支持。

查良镛就本案主张的律师费200000元已提供相应的发票，鉴于本案证据较多、作品比对相对复杂，查良镛律师就本案诉讼付出工作量较大，综合考虑本案标的金额及律师收费办法，该费用确系必要、数额尚属合理，一审法院对此予以全额支持，杨治应予赔偿，联合出版公司、精典博维公司对其中30000元承担连带责任。

杨治所称2005年曾委托朋友赠书给查良镛这一事实并无任何证据支持，举证的相关报道内容并未直接指向《此间的少年》或杨治本人，现有证据并不足以证明在以明河社出版有限公司名义向联合出版公司邮寄《律师函》主张权利之前，查良镛已明知或应知涉案侵权行为的发生，故杨治抗辩本案部分经济损失已过诉讼时效缺乏依据，对此一审法院不予采纳。

综上所述，依照《中华人民共和国侵权责任法》第九条、第十五条，《中华人民共和国反不正当竞争法》（2017修订）第二条、第十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，经一审法院审判委员会讨论决定，判决如下：一、杨治、北京联合出版有限责任公司、北京精典博维文化传媒有限公司于判决发生法律效力之日立即停止涉案不正当竞争行为，停止出版发行小说《此间的少年》并销毁库存书籍；二、杨治、北京联合出版有限责任公司、北京精典博维文化传媒有限公司于判决发生法律效力之日起十五日内在《中国新闻出版广电报》中缝以外的版面刊登声明，同时在新浪新闻news.sina.com.cn首页显著位置连续七十二小时刊登声明，向查良镛（CHA，Louis）公开赔礼道歉，并消除不正当竞争行为所造成的不良影响（内容需经一审法院审核，逾期不履行，一审法院将在相关媒体公布判决书主要内容，费用由杨治、北京联合出版有限责任公司、北京精典博维文化传媒有限公司承担）；三、杨治于判决发生法律效力之日起十日内赔偿查良镛（CHA，Louis）经济损失1680000元，北京联合出版有限责任公司、北京精典博维文化传媒有限公司就其中300000元承担连带责任；四、杨治于判决发生法律效力之日起十日内赔偿查良镛（CHA，Louis）为制止侵权所支付的合理开支200000元，北京联合出版有限责任公司、北京精典博维文化传媒有限公司就其中30000元承担连带责任；五、驳回查良镛（CHA，Louis）的其他诉讼请求。一审受理费48200元，由查良镛（CHA，Louis）负担17400元，杨治负担30800元，北京联合出版有限责任公司、北京精典博维文化传媒有限公司就杨治负担的其中5400元承担连带责任。

本案二审期间，林乐怡、杨治围绕其上诉请求依法提交了证据。本院组织当事人进行了证据交换和质证。

林乐怡提交了在香港特别行政区执业的黄江森、林辉德律师事务所2020年3月6日出具的法律意见书。该意见书载明：黄江森、林辉德律师事务所接受林乐怡委托，指派陈昌浩律师就林乐怡继承查良镛文学遗产事宜出具法律意见书。根据林乐怡提供的《查良镛先生的遗嘱认证》、UBS TRUSTEES（JERSEY）LIMITED信函及林乐怡《继承遗产声明书》，获悉相关事实背景如下：1.被继承人查良镛于2018年10月30日于香港去世。2.被继承人遗下妻子林乐怡、儿子查传倜、女儿查传诗及查传讷。被继承人双亲于早年逝世。3.被继承人生前并没有立下遗赠扶养协议。4.被继承人生前立有遗嘱，该遗嘱已经由香港高等法院检定（下称“该遗嘱”）。5.林乐怡为该遗嘱的指定遗产执行人及信托人。6.关于被继承人的文学遗产，该遗嘱在第5条5（a）-（h）指明：（a）被继承人的文学遗产是指以被继承人作为作者的所有已出版或未出版的作品及所有手抄本、信件、笔记、记录及其他作品，包括在制作过程中储存在电脑或文字处理器光盘及光碟内或其他与被继承人相关的文学作品及其版权或上述材料中可能存在的任何权利、特权、权益收入。（b）被继承人将其文学遗产（需遵守随后的支条款规定）给予UBS TRUSTEES（JERSEY）LTD.以THE WINTER BREEZE TRUST的信托人身份行事【被继承人作为财产授予者与UBS TRUSTEES（JERSEY）LTD.作为信托人为托管被继承人的妻子及子女的利益于2006年8月9日签订一份《信托协议》以下称“该WBT信托协议”】根据该WBT信托协议内规定的权力、条款及条件持有被继承人的文学遗产。该文学遗产将成为THE WINTER BREEZE TRUST信托资产的一部分，【UBS TRUSTEES（JERSEY）LTD.及The Winter Breeze Trust目前所有的信托人以下称为“该WBT信托会”】。（c）被继承人指示在他的信托人（林乐怡）有生之年管理被继承人的文学遗产，被继承人的信托人（林乐怡）应对被继承人的文学遗产版权或其他知识产权有关的业务作出所有决定及被继承人的信托人（林乐怡）作为绝对受益人有相同权力包括在其认为合适的条款和条件约束下授予的特许权或权利（无论是否专利）拥有绝对处理及决定权。（d）在前述支条款提及的管理业务过程中，被继承人的信托人（林乐怡）有权收取与文学遗产相关的所有款项，并支付与之相关的所有费用，而被继承人的信托人（林乐怡）不需负责其在行使此权力时所造成的任何损失，而该任何损失应当由被继承人的文学遗产承担。（e）所有被继承人的文学遗产利润在被继承人的信托人（林乐怡）认为适合时及受该WBT信托协议的条款约束下支付予该WBT信托会并将列入为THE WINTER BREEZE TRUST的信托资产。（f）一旦被继承人的信托人（林乐怡）去世或因任何原因失去能力，被继承人的文学遗产管理权将完全地授予该WBT信托会。（g）被继承人进一步指示所有被继承人已出版或未出版的作品版权在其有效的整个期间不得出售或以其他方式转让（不论是有报酬或没有报酬）。（h）如果在任何理由下被继承人的文学遗产遗赠予该WBT信托会成为THE WINTER BREEZE TRUST的信托资产（如前述）因任何理由未能成事，那么被继承人将其文学遗产在符合上述（g）条款的规定下，完全给予被继承人的信托人（林乐怡）。7.UBS TRUSTEES（JERSEY）LTD.于2019年2月12日签发给林乐怡一份信函确认放弃该文学遗产的托管权利。8.2019年7月19日，林乐怡作出《继承遗产声明书》，表明了愿意继承该文学遗产的管理权及继承权的意愿。法律意见：1.该遗嘱已经由香港高等法院检定，确认为被继承人查良镛本人所立，查良镛在立遗嘱时符合香港法律。2.依照香港法律，林乐怡作为遗产执行人及信托人，有权以自己的名义参加被继承人未终结的诉讼。3.在UBS TRUSTEES（JERSEY）LTD.放弃该文学遗产的托管权利的情况下，根据该遗嘱第5条（h）项，林乐怡有权单独继承该文学遗产。4.林乐怡已表明愿意继承该文学遗产的管理权及继承权的意愿，依照香港法律林乐怡已成为该文学遗产的唯一的合法的管理人及所有权人。

杨治提交证据如下：1.开卷数据库《此间的少年》各版本零售量，证明《此间的少年》各版本在主要销售渠道零售量分别为：125、12216、6886、2000、81521册（精典博维版），除精典博维版外，其他版本开卷数据库记载销量共计21227册。因开卷数据覆盖未必全面，根据行业惯例以开卷数据的2-3倍计算实际销售量，因为版本迄今久远，以3倍计算，则实际销售量应为63681册左右。2.开卷数据库网页简介，证明开卷是国内图书产业市场信息和咨询服务第一提供商，其数据在行业内具有可信性。3.知乎网“如何得知（查询）一本已经出版的书的大概的销量”问题回答，证明开卷是行业内认可的“相对全面和较容易推算出实际销售情况的数据”。4.网易文化频道2002年连载《此间的少年》主页面，证明《此间的少年》的连载版本中，并无“射雕英雄的大学生涯”的副标题。

本院经核实，对林乐怡、杨治提交的上述证据真实性、合法性予以确认,对其与待证事实关联性、证明目的及证明力大小，将综合全案予以认定。

本院对一审查明的事实予以确认。

另查明，《此间的少年》与《笑傲江湖》人物名称相同的还有秃笔翁，与《神雕侠侣》人物名称相同的还有张三丰。

本院认为，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>时间效力的若干规定》第一条第二款规定，民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，适用当时的法律、司法解释的规定，但是法律、司法解释另有规定的除外。本案为侵权纠纷，杨治、联合出版公司、精典博维公司的侵权行为发生于民法典实施之前，故适用当时施行的《中华人民共和国侵权责任法》、1993年制定的《中华人民共和国反不正当竞争法》、2010年修正的《中华人民共和国著作权法》等法律、司法解释的规定。没有证据显示被诉不正当竞争行为持续至2018年1月1日后，故一审法院适用2017年修正的《中华人民共和国反不正当竞争法》不当，本院予以纠正。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十五条规定，第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。结合各方当事人的诉辩，本案二审争议的焦点是：1.林乐怡主体是否适格；2.杨治、联合出版公司、精典博维公司是否侵犯涉案作品的著作权；3.杨治、联合出版公司、精典博维公司的被诉侵权行为是否构成不正当竞争；4.一审判决认定杨治、联合出版公司、精典博维公司承担的民事责任是否恰当。

一、关于林乐怡主体是否适格的问题

上诉人查良镛于二审期间死亡，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十四条的规定，需要其继承人明确是否参加诉讼，如果没有继承人或者继承人放弃诉讼权利的，则终结诉讼。

首先，确定本案继承关系适用的准据法。被继承人查良镛系香港特别行政区居民，故本案可参照涉外民事关系适用法律。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三十二条规定：“遗嘱方式，符合遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律、国籍国法律或者遗嘱行为地法律的，遗嘱均为成立。”第三十三条规定：“遗嘱效力，适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律。”第三十四条规定：“遗产管理等事项，适用遗产所在地法律。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第十三条规定：“自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方，人民法院可以认定为涉外民事关系法律适用法规定的自然人的经常居所地，但就医、劳务派遣、公务等情形除外。”查良镛就包括涉案作品在内的遗产分配立有遗嘱，现没有证据证明被继承人查良镛在死亡前有符合上述法律规定的经常居所地，故以香港特别行政区的法律作为本案所涉及的继承关系适用的准据法。

其次，根据准据法确定继承人。查良镛2006年8月9日与UBS TRUSTEES（JERSEY）LTD.签订信托协议成立THE WINTER BREEZE TRUST，约定UBS TRUSTEES（JERSEY）LTD.以THE WINTER BREEZE TRUST信托人身份托管包括文学遗产在内的查良镛遗产。查良镛于2009年4月22日设立遗嘱，声明撤销迄今为止所有遗嘱及遗嘱性质的产权处置，并指定林乐怡是其遗嘱的唯一执行人及信托人。林乐怡在有生之年拥有其文学遗产管理权，如在任何理由下其文学遗产未能成为THE WINTER BREEZE TRUST的信托资产，则其文学遗产在符合版权有效期内不得出售或以其他方式转让这一条件时，完全给予林乐怡。该遗嘱于2019年3月18日经香港特别行政区高等法院确认并登记于遗嘱认证司法管辖权处。2019年2月12日UBS TRUSTEES（JERSEY）LTD.书面声明放弃查良镛文学遗产的托管权利，2019年7月19日林乐怡作出《继承遗产声明书》，表明了愿意继承该文学遗产的管理权及继承权。在香港特别行政区执业的黄江森、林辉德律师事务所2020年3月6日出具法律意见书，根据香港特别行政区法律规定，查良镛文学遗产由林乐怡单独继承，林乐怡目前是该文学遗产的唯一合法管理人及所有权人。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第十六条规定：“人民法院应当听取各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其理解与适用的意见，当事人对该外国法律的内容及其理解与适用均无异议的，人民法院可以予以确认；当事人有异议的，由人民法院审查认定。”在香港特别行政区执业的黄江森、林辉德律师事务所就查良镛文学遗产所涉香港特别行政区继承相关法律的理解、适用出具法律意见书，杨治等当事人并未提出异议，故本院认定林乐怡是查良镛文学遗产的继承人。

再次，根据被请求保护地法律确定林乐怡主体资格。根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十八条和第五十条的规定，知识产权的归属、内容和侵权责任适用被请求保护地法律。查良镛向一审法院起诉时主张保护其就涉案作品享有的著作权既包括财产权利又包括人身权利，而根据我国法律规定，著作权中的财产权利可作为遗产继承，著作权中的人身权利归被继承人专属享有，继承人不能继承，但继承人有权以自己的名义保护该人身权利。林乐怡是查良镛文学遗产继承人，其表示愿意参加本案二审诉讼，故有权对其就涉案作品享有的财产权利及查良镛就涉案作品享有的人身权利主张权利。综上，本院认为林乐怡主体适格，可以参加本案诉讼。

二、关于杨治、联合出版公司、精典博维公司是否侵犯涉案作品著作权的问题

（一）侵害著作权的判定方法

查良镛是《射雕英雄传》《天龙八部》《笑傲江湖》《神雕侠侣》四部作品的作者，享有著作权，林乐怡依法继承了其中的财产权利，其权利应受法律保护。在侵权判定时，司法实践中多采用“接触+实质性相似”方法。如果被诉侵权作品的作者曾接触过主张权利的作品，同时该被诉侵权作品又与主张权利作品存在表达上的实质性相似，则除非有合理使用等法定免责理由，即可认定被诉侵权作品构成侵权。

1.关于接触的认定

根据“谁主张谁举证”的基本原则，权利人要证明被诉侵权作品的作者接触过主张权利的作品。但是知识产权具有非物质性的特质，权利人不能像对待普通财产那样按意愿将知识产权成果处于自己的控制之下，权利人能控制的只是作品的原始载体。在数字化的移动互联网时代，作品一经发表或公开，社会公众有广泛的渠道可以接触，且这种接触行为往往具有一定的隐蔽性，让权利人去证明被诉侵权作品的作者接触过主张权利的作品在操作层面有相当大的困难。在这种情况下，如果对权利人的举证义务过于严苛，将会在事实上导致绝大部分的权利人无法维护其合法权利，造成实质上的不公平。故在被诉侵权作品与主张权利作品存在相似部分的情况下，只要主张权利的作品是已经发表的或以其他形式或途径公开过，就可以依法推定诉侵权作品的作者接触过权利作品，除非被诉侵权人有证据证明其确实没有接触。换言之，实践中的接触标准在多数情况下已逐渐演化成接触的可能性标准。

2.关于实质性相似的认定

（1）比对的对象：相似是指表达上的相似。著作权法保护的是表达，该保护并不延及思想、创意，故在进行相似性比对时只应对两个作品中的表达部分进行比对，即考虑两个作品中的表达元素的相似程度。思想与表达是著作权法上的一对概念。思想狭义上指抽象的思路、观念、理论、构思、创意、概念、主题，广义上还包括系统、操作方法和技术方案。而表达则是将上述思想固定并外化展示给他人感知的手段、形式。不同类型的作品，其表达不同，比如文字作品的表达是文字，绘画、书法、雕塑等美术作品通过线条、色彩进行表达。对于思想与表达的关系，并不能僵化的做字面理解。表达并不局限于文字、线条、造型、图形等作品的具体表现形式,而是包括一定程度上的抽象。对文学作品来说，表达不仅指文字这一作品呈现的最终形式，当内容成为表达思想的形式时，该内容也是表达的一部分。以小说为例，其表达包含两个层面。第一层面是直观的，是作品的“外在的表现形式”，即将作品向外界呈现的文字；第二层面是作品的“内在的表现形式”，指作品的“综合性成分”，存在于构思、论证及描述中的连续性和发展过程等作品内在结构中，如小说中的故事情节发展走向的安排与设计。

（2）相似的标准：独创性与创作空间大小的考量。首先，相似性比对的重点是主张权利的作品中具有独创性的部分。文学艺术的发展离不开模仿与借鉴，而鼓励创新是知识产权制度的宗旨，具有独创性的表达才是著作权法应该保护的重点。故在进行相似比对时，主张权利的作品中的不同表达，其权重是不同的，具有独创性的那部分表达具有更高的权重。作品的独创性既可以体现在作品的整体上，也可以体现在组成作品的各个部分中。例如，小说通常以一个或数个主要人物为中心，通过完整的故事情节和环境描写来反映社会生活。而故事情节往往包括一系列精心设计、安排的场景，描述人物间错综复杂的关系和矛盾冲突，籍此推动故事的发展并逐步细致地展现人物性格和命运。这一系列的场景描写既是整部作品的组成部分，也是相对完整表达作者思想的一个微缩作品。由是观之，作品作为整体可以基于独创性而产生著作权，作品中体现出作者个性智力创造的部分也可以基于独创性而受到著作权法的保护。作品中的部分，即便是较小的一部分，比如小说中的章、节、段落、甚至是作品中人物讲的一个笑话、段子，只要该部分已经相对完整的表达了作者的思想、构想、意图且符合独创性的要求，就可以受到著作权法的保护。

其次，相似性比对要考虑作品的创作空间大小。不同类型的作品，其创作空间大小亦有不同，实质性相似比对的宽严标准也可以略有差异。创作空间相对较小的作品，比如纪实类作品、传记类作品或者基于真实事件改编的作品，受人物、事实、事件、时间顺序等限制，作者的创作空间较小，创造性多体现在资料的选择、编排上，在进行相似比对时，认定相似的标准应该相对严格、谨慎，否则将会限制公众对该类作品进行创作。而创作空间相对较大的作品，如虚构的文学作品，在进行相似比对时，认定相似的标准可以相对宽松。

（二）本案具体判定

本案中，林乐怡主张《此间的少年》侵害了《射雕英雄传》《天龙八部》《笑傲江湖》《神雕侠侣》四部作品中人物名称、性格特征、人物关系等元素构成的整体人物形象及相关故事情节的著作权。以下，本院将逐一予以分析。

1.关于接触的认定

鉴于涉案《射雕英雄传》《天龙八部》《笑傲江湖》《神雕侠侣》四部作品的创作、出版时间远远早于《此间的少年》的创作、出版时间，上述四部作品在华语世界的广泛流传程度，杨治也确认其接触过上述四部作品，故本案中接触这一条件已经符合。

2.关于实质性相似的认定

（1）关于人物名称、性格特征、人物关系等元素构成的整体人物形象

查良镛创作的武侠小说作品在海内外享有极高的知名度，其小说的魅力在于作品体现出的“侠之大者，为国为民”的家国情怀、“怜我世人，忧患实多”的悲悯之心；在于故事结构复杂精巧，情节跌宕起伏，既吸取了西方文学的叙事技巧，又继承了中国古典章回小说的形式；在于对传统文化的吸收与运用，作品中蕴含大量的诗词歌赋、琴棋书画等传统历史文化背景知识；在于高超的语言艺术、人物塑造能力，在对情感和人性的深刻认识基础上，通过丰富的想象力，塑造出一个个鲜活的角色，圆了读者的江湖梦和侠客梦。可以说查良镛的武侠小说建构了一个具有自洽性的江湖武侠世界，而郭靖、黄蓉、乔峰、令狐冲等人物群像是这个江湖武侠世界中重要的组成部分。

人物是小说的三个基本要素之一，通过对名称、容貌、装束、谈吐、动作等外部形象特征以及性格、习惯、能力、背景、经历等内在个性特征的描绘，小说可以创造出并非真实存在的虚拟角色。不同于具有可视性的视听角色、卡通角色形象，小说中的人物角色形象是通过文字描述，无法直接被读者进行视觉感知。虽然对人物角色的名称、容貌、装束、动作等外部特征的描写往往是在该人物角色出场时一次性完成，以便读者对该人物角色有个大致的认知，但对人物角色的性格、习惯、能力等内在个性特征和特定经历、各种社会关系的刻画通常是在各种具体故事场景中逐渐展开。读者只有在对小说进行完整的阅读，并结合各章节的故事情节中对人物角色形象的具体描写加以综合分析后才能在意识中形成一个完整的文学角色形象。然而，囿于语言文字的抽象性,无论作者如何工于描述，纵有生花妙笔，但人物角色的整体形象或者说各个组成方面仍然难免存在模糊之处。以文字相对容易描述的外貌为例，《射雕英雄传》中对黄蓉的外貌描写为“郭靖见这少女一身装束犹如仙女一般，不禁看得呆了。那船慢慢荡近，只见那女子方当韶龄，不过十五六岁年纪，肌肤胜雪，娇美无比，笑面迎人，容色绝丽”。《射雕英雄传》中对穆念慈的描绘为“郭靖看那少女时，见她十七八岁年纪，玉立亭亭，虽脸有风尘之色，但明眸皓齿，容颜娟好”。读者固然可以从上述文字描写中感知黄蓉、穆念慈美貌非凡，但这种感知毕竟不如视听角色、卡通角色形象那么直观、固定，黄蓉、穆念慈具体样貌还得读者脑补。换言之，阅读是一个主观与客观交互作用的过程。读者在阅读过程中会不自觉的将自身对事物的认知和情感偏好代入到具体的人物描述、故事场景、情节中，基于自身年龄、生活阅历、思维方式、感知能力以及阅读时心境的差异，对人物所形成的具体认知与情感亦有差别，因而最终在读者脑海中所形成的人物角色形象也各不相同。正所谓，一千个读者就有一千个哈姆雷特。故通常来讲，文字作品中的单个人物形象往往被认为难以构成表达本身而得不到著作权法的保护。只有当人物形象的各要素在作品情节展开过程中获得充分而独特的描述，并由此成为作品故事内容本身时，或者说当人物形象的刻画、描述包括了容貌、性格、能力、背景、经历等外部形象特征和内在个性特征，且刻画足够充分、清晰、具体时，才有可能获得著作权法保护。

但本案中，《此间的少年》中出现的绝大多数人物名称来自查良镛涉案四部小说，且主要人物的性格特征、人物关系、人物背景都有较多相似之处。虽然就单个人物形象来说，难以都认定获得了充分而独特的描述，但整体而言，郭靖、黄蓉、乔峰、令狐冲等60多个人物组成的人物群像，无论是在角色的名称、性格特征、人物关系、人物背景都体现了查良镛的选择、安排，可以认定为已经充分描述、足够具体到形成一个内部各元素存在强烈逻辑联系的结构，属于著作权法保护的“表达”。故，本院认为《此间的少年》抄袭《射雕英雄传》《天龙八部》《笑傲江湖》《神雕侠侣》四部作品中人物名称、性格特征、人物关系的行为属于著作权法所禁止的剽窃行为，杨治侵害了涉案四部作品的著作权。人物名称、性格特征和人物关系构成一个有机的整体，是涉案四部作品的有机组成部分，一审判决将杨治抄袭上述内容的行为定性为构成不正当竞争显属不当，应予以纠正。精典博维公司经授权取得《此间的少年》出版、发行、销售的专有权利，与联合出版公司一同作为《此间的少年》纪念版的策划出版方，两公司对其出版发行的作品是否侵权应该负有较高的注意义务。联合出版公司、精典博维公司理应知晓杨治出版发行《此间的少年》并未经查良镛许可，且在收到明河社出版有限公司发送的《律师函》后仍未停止出版、发行，其行为已构成帮助侵权，亦应承担相应的民事责任。

（2）关于故事情节

情节是小说的三个基本要素之一，通常是由人物设置、人物之间的关系、场景、故事发展线索等许多要素构成。情节既可以是相对抽象的故事概括，也可以是比较具体的细节展现。具体的情节如果具有独创性且受到充分描述，可以成为著作权法保护的客体。而抽象的情节有可能是不受保护的“思想”，也可能是受保护的“表达”。

在具体的作品中,“思想”与“表达”的界限却远不及概念层面上那样分明。一部作品中的抽象情节哪些属于“思想”，哪些属于“表达”并没有固定的标准，某一情节在什么程度上还停留在不受保护的“思想”层次上,在什么程度上已经转化为受保护的“表达”也没有一个统一的尺度。有学者提出对文学作品从具体细节到主题思想不断渐进地抽象概括，会形成一个金字塔形的结构。在这个金字塔的顶端是纯粹的“思想”，底层是纯粹的“表达”，两者泾渭分明。在两者之间存在一条分界线，以上是不受保护的“思想”，以下是受保护的“表达”。在实践中如何精准地找到该分界线仍然是非常困难的，只能够依据作品的特点、性质、种类等具体情况进行具体判断。但如果文学作品中的抽象情节，比如事件的发生、发展和先后顺序，角色人物的设置、交互作用和发展，作品结构安排、场景设计和故事的推进等，已经充分描述、足够具体到形成一个内部各元素存在强烈逻辑联系的结构时，该情节就已脱离“思想”范畴，从而属于可保护的“表达”。

将《此间的少年》故事情节与查良镛涉案四部作品对应部分进行比对，虽然《此间的少年》中的人物名称、部分人物关系与涉案四部作品相同，但并没有将情节建立在查良镛涉案四部作品的基础之上，也基本没有提及、重述或以其他方式利用查良镛涉案四部作品情节中的独创性表达。

首先，从整体的故事主线来看，两者完全不同。《天龙八部》以北宋宋哲宗[时代](http://www.so.com/s?q=%E6%97%B6%E4%BB%A3&ie=utf-8&src=internal_wenda_recommend_textn" \t "_blank)为背景，通过段誉、乔峰、慕容复等主角的活动，描述了宋、辽、大理、西夏、吐蕃及女真等[王国](http://www.so.com/s?q=%E7%8E%8B%E5%9B%BD&ie=utf-8&src=internal_wenda_recommend_textn" \t "_blank)之间的[武林](http://www.so.com/s?q=%E6%AD%A6%E6%9E%97&ie=utf-8&src=internal_wenda_recommend_textn" \t "_blank)恩怨和民族矛盾。《射雕英雄传》《神雕侠侣》均以南宋为背景，通过对郭靖、黄蓉、杨过等主角的刻画，反映了南宋抵抗金国与蒙古两大强敌的斗争。《笑傲江湖》通过叙述[令狐冲](https://baike.so.com/doc/5386665-5623131.html%22%20%5Ct%20%22_blank)的成长经历，反映了武林各派争霸夺权的历程。总体上，查良镛涉案四部作品描述的是江湖儿女间的恩怨情仇及国家、民族间的斗争，而《此间的少年》描述的是一个平行时空中的汴京大学生们的青春校园故事，讲述青葱少年们的梦想、爱情、友情。

其次，从具体的细节展现看，两者完全不同。查良镛涉案四部作品描述的是主人公们闯荡江湖的经历，一路刀光剑影，充满奇遇与冒险；而《此间的少年》通过选择校园生活中常见的图书馆自习、班级舞会、男女恋爱、寝室卧谈、篮球比赛等场景展开叙事。

再次，从具体的细节往上抽象概括得到的情节安排设计看，两者也不同。以郭靖和黄蓉的故事情节为例：①两人的出场部分。《射雕英雄传》中黄蓉因为与黄药师赌气，独自离开桃花岛，来到张家口；郭靖按丘处机与江南七怪约定，离开蒙古前往嘉兴比武，途经张家口。而《此间的少年》中两人的出场是作为大学新生到汴京大学报道。②两人的相识部分。《射雕英雄传》中郭靖在饭店遇上女扮男装、假扮乞丐的黄蓉偷拿馒头被小二责骂，为黄蓉解围并请她吃饭，黄蓉点了一大桌酒水菜肴，郭靖毫不吝啬、一概应允，花费白银十九两七钱四分，两人相谈甚欢；分别时见黄蓉衣裳单薄，郭靖又将自己的貂裘和黄金送给她；黄蓉见郭靖不舍离去，随即又带郭靖到长庆楼喝茶聊天并讨要郭靖的汗血宝马，郭靖也毫不迟疑地送给了她。《此间的少年》中郭靖与黄蓉是在开学报到时黄蓉为躲避咸猪手而撞上郭靖从而相识，黄蓉要郭靖帮忙在拥挤的商店代买T恤，黄蓉帮郭靖看车及行李；随后，黄蓉带郭靖去化学系报道，途中与令狐冲发生冲突。③两人的相恋部分。《射雕英雄传》中郭靖和黄蓉两人在中都北京，穆念慈比武招亲时再次见面；随后两人一起闯荡江湖，互生情愫；后郭靖误会其师傅被黄药师所杀，遂与黄蓉生分并失散，历经波折后两人重逢终成眷属。而《此间的少年》中郭靖在开学报到半年后在校园骑自行车撞伤黄蓉，在郭靖打水、倒垃圾、打饭照顾黄蓉一个月后，黄蓉喜欢上郭靖；最终郭靖在室友的鼓励、乔峰的帮助及黄蓉的引导下，与黄蓉确立恋爱关系。

《此间的少年》与《射雕英雄传》中关于郭靖和黄蓉的故事情节，从两人的出场到相识再到相恋，无论从时间、地点、起因、经过、结果等方面的安排、设计及各部分的内在逻辑联系均不同。虽然上述故事情节中的部分元素是相同或近似的,包括郭靖与黄蓉的姓名、两人系情侣关系、两人部分性格特征（比如郭靖老实、木讷，黄蓉机敏），两人部分背景(郭靖随母亲在蒙古长大，黄蓉是父亲带大的富家千金、母亲冯蘅因难产去世)。但这些相似的元素在郭靖和黄蓉故事情节的整体占比非常小，且上述元素组合只能概括出在蒙古长大的傻小子郭靖与单亲父亲带大的机灵富家女黄蓉的爱情故事这一思想范畴的抽象情节，并没有充分描述、足够具体到形成一个内部各元素存在强烈逻辑联系的可受保护的结构。故《此间的少年》与《射雕英雄传》中关于郭靖和黄蓉的故事情节在表达层面上，无论是具体的细节描写还是抽象的故事概括，两者均不相同。《此间的少年》中关于郭靖和黄蓉的故事情节没有使用《射雕英雄传》中相应部分的独创性表达，不构成“实质性相似”。《此间的少年》中其余几位主要人物杨康、穆念慈、令狐冲、乔峰的故事情节与查良镛涉案作品的比对与此类似，只有姓名、部分背景、人物关系等少部分元素相同或近似，其余安排、设计皆不同。

综上所述，《此间的少年》故事情节与查良镛涉案四部作品相比，两者故事发生的时空背景不同，推动故事发展的线索与事件、具体故事场景的设计与安排、故事内在逻辑与因果关系皆不同，两者的表达不构成实质性相似。故《此间的少年》没有侵犯查良镛涉案四部作品中对应故事情节的著作权。

三、关于杨治、联合出版公司、精典博维公司的被诉侵权行为是否构成不正当竞争的问题

林乐怡主张《此间的少年》抄袭《射雕英雄传》《天龙八部》《笑傲江湖》《神雕侠侣》中人物名称、性格特征、人物关系等独创性元素，既侵害了涉案作品的著作权同时又违反了反不正当竞争法第二条的规定，2002年版《此间的少年》副标题“射雕英雄的大学生涯”，搭便车意图明显，构成不正当竞争。

（一）关于人物名称、性格特征、人物关系等元素

最高人民法院在《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》中指出，妥善处理好知识产权专门法与反不正当竞争法的关系，在激励创新的同时，又要鼓励公平竞争。反不正当竞争法补充保护作用的发挥不得抵触知识产权专门法的立法政策，凡是知识产权专门法已作穷尽性规定的领域，反不正当竞争法原则上不再提供附加保护，允许自由利用和自由竞争，但在与知识产权专门法的立法政策相兼容的范围内，仍可以从制止不正当竞争的角度给予保护。根据上述司法政策，在同一案件中，针对同一被诉侵权行为，权利人既主张侵犯著作权又主张违反反不正当竞争法第二条规定的，可以一并审理。如果权利人的诉讼主张能够依据著作权法得到支持，则不再适用反不正当竞争法第二条进行处理。如果权利人的主张不能依据著作权法获得支持，在与著作权法立法政策不冲突的情况下，可以依据反不正当竞争法第二条进行处理。本案中，林乐怡关于《此间的少年》抄袭《射雕英雄传》《天龙八部》《笑傲江湖》《神雕侠侣》中人物名称、性格特征、人物关系等独创性元素的诉讼主张依据著作权法已经得到支持，故本院对该被诉侵权行为是否构成不正当竞争不再进行审查。

（二）关于2002年版《此间的少年》副标题

《中华人民共和国反不正当竞争法》（1993年制定）第五条规定：“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、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品。”《射雕英雄传》作为广受海内外读者欢迎的武侠小说名称，显然可以得到反不正当竞争法的保护。《此间的少年》2002年首次出版时将书名副标题定为“射雕英雄的大学生涯”，蓄意将《此间的少年》与《射雕英雄传》进行关联，引人误认为两者存在特定联系，其借助《射雕英雄传》的影响力吸引读者获取利益的意图明显，杨治的该行为构成不正当竞争。现有证据并未表明联合出版公司、精典博维公司参与2002年版《此间的少年》的出版、发行，故林乐怡关于该两公司构成不正当竞争的主张没有依据。

四、关于一审判决认定杨治、联合出版公司、精典博维公司承担的民事责任是否恰当的问题

本案中，杨治既实施了侵害著作权的行为，又实施了不正当竞争行为，依法应承担相应的民事责任。联合出版公司、精典博维公司对杨治侵害著作权的行为构成帮助侵权，依法应承担相应的民事责任。《中华人民共和国侵权责任法》第十五条规定：“承担侵权责任的方式主要有：（一）停止侵害；（二）排除妨碍；（三）消除危险；（四）返还财产；（五）恢复原状；（六）赔偿损失；（七）赔礼道歉；（八）消除影响、恢复名誉。以上承担侵权责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。”

关于停止侵害。本院认为，杨治就不正当竞争行为应承担停止侵害的法律责任，但杨治、联合出版公司、精典博维公司无需就著作权侵权行为承担停止侵害的法律责任。理由如下：首先，停止侵害与其他责任形式一样并非当然适用，是法院根据具体情况选择适用。其次，根据最高人民法院《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》《求真务实锐意进取努力建设公正高效权威的知识产权审判制度》等司法文件的精神，停止侵害、赔偿损失是知识产权侵权民事责任的基本方式，但民事责任的承担有其灵活性，可以根据案件具体情况进行利益衡量，在采取充分切实的全面赔偿或者支付经济补偿等替代性措施的前提下，可不判决停止侵权行为。再次，从著作权法立法目的看，判令不停止侵害亦有依据。保护作品的创作者和传播者的利益是著作权法的直接目的，但促进科学和文化事业的发展与繁荣则是著作权法的最终目的。当直接目的和最终目的产生冲突的时候，对直接目的的强调就应当适度让位于最终目的的实现。知识具有历史继承性，任何知识既是最终产品，又可能是中间投入品。而对文学创作来说，模仿与借鉴历来是常用手段，古今中外，概莫如是。故对于文学作品的民事责任承担方式并不能一概而论适用停止侵害，还需要个案仔细斟酌、充分衡平各方利益。最后，从本案侵害著作权的具体情况看，可以不判令停止侵害。《此间的少年》与《射雕英雄传》《天龙八部》《笑傲江湖》《神雕侠侣》四部作品在人物名称、性格、关系等元素存在相同或类似，但情节并不相同，且分属不同文学作品类别，二者读者群有所区分。为满足读者的多元需求，有利于文化事业的发展与繁荣，在采取充分切实的全面赔偿或者支付经济补偿等替代性措施的前提下，本案可不判决停止侵权行为。但《此间的少年》如需再版，则应向《射雕英雄传》《天龙八部》《笑傲江湖》《神雕侠侣》四部作品的权利人支付经济补偿。考虑到《此间的少年》所利用的元素在全书中的比重，本院酌情将经济补偿确定为按照其再版版税收入的30%支付。

关于赔礼道歉、消除影响。杨治、联合出版公司、精典博维公司虽然侵害了《射雕英雄传》《天龙八部》《笑傲江湖》《神雕侠侣》四部作品的著作权，但暂未有证据显示其行为对上述作品的著作权人声誉产生了不良影响。就不正当竞争行为而言，杨治的不正当竞争行为的确会导致公众的混淆，但该侵权行为并没有严重到需要赔礼道歉的程度，刊登声明已足以消除不利影响。故本院综合考虑杨治侵权行为性质、情节及其主观过错等因素，酌情确定杨治在《中国新闻出版广电报》中缝以外版面刊登声明，同时在新浪新闻https://news.sina.com.cn首页显著位置连续七十二小时刊登声明，消除不正当竞争行为所造成的不良影响。

关于赔偿损失。本案中，杨治既实施了侵害著作权的行为，又实施了不正当竞争行为。《中华人民共和国著作权法》（2010年修正）第四十九条规定：“侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的赔偿。”《中华人民共和国反不正当竞争法》（1993年制定）第二十条规定：“经营者违反本法规定，给被侵害的经营者造成损害的，应当承担损害赔偿责任，被侵害的经营者的损失难以计算的，赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润；并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。”《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（2007年制定）第十七条第一款规定：“确定反不正当竞争法第五条、第九条、第十四条规定的不正当竞争行为的损害赔偿额，可以参照确定侵犯注册商标专用权的损害赔偿额的方法进行。”《中华人民共和国商标法》（2013年修正）第六十三条第三款规定：“权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予三百万元以下的赔偿。”本案中，鉴于无充分证据证明杨治、联合出版公司、精典博维公司因侵权行为获利的具体金额，权利人的实际损失也无法查明，一审法院综合考虑权利作品知名度较高，市场影响力较大，《此间的少年》出版多个版本、侵权时间长、发行数量大，作品元素的贡献率等因素酌定杨治赔偿经济损失金额为1680000元，并全额支持合理费用200000元，联合出版公司、精典博维公司对杨治上述经济损失中的300000元、合理费用中的30000元承担连带责任。本院认为，一审法院在判赔时考虑的因素符合法律规定，判赔金额亦在法定赔偿范围之内。虽然本院对杨治、联合出版公司、精典博维公司侵权的认定有所变化，但关于赔偿方面的证据没有变化。鉴于二审期间并无出现重大影响赔偿数额的新情况、新证据，故本院对一审判赔数额予以维持。鉴于查良镛于二审期间逝世，故上述经济损失及合理费用应向本案上诉人林乐怡支付。

综上所述，经本院审判委员会讨论决定，一审判决查明事实基本清楚，适用法律部分存在错误，本院予以纠正。林乐怡、杨治、精典博维公司的上诉请求部分成立，本院予以支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第二项的规定，判决如下:

一、撤销广东省广州市天河区人民法院（2016）粤0106民初12068号民事判决第五项；

二、变更广东省广州市天河区人民法院（2016）粤0106民初12068号民事判决第一项为：杨治于本判决发生法律效力之日立即停止涉案不正当竞争行为；

三、变更广东省广州市天河区人民法院（2016）粤0106民初12068号民事判决第二项为：杨治于本判决发生法律效力之日起十五日内在《中国新闻出版广电报》中缝以外的版面刊登声明，同时在新浪新闻https://news.sina.com.cn首页显著位置连续七十二小时刊登声明，消除不正当竞争行为所造成的不良影响（内容需经本院审核，逾期不履行，本院将在相关媒体公布判决书主要内容，费用由杨治负担）；

四、变更广东省广州市天河区人民法院（2016）粤0106民初12068号民事判决第三项为：杨治于本判决发生法律效力之日起十日内赔偿林乐怡经济损失1680000元，北京联合出版有限责任公司、北京精典博维文化传媒有限公司就其中300000元承担连带责任；

五、变更广东省广州市天河区人民法院（2016）粤0106民初12068号民事判决第四项为：杨治于本判决发生法律效力之日起十日内赔偿林乐怡为制止侵权所支付的合理开支200000元，北京联合出版有限责任公司、北京精典博维文化传媒有限公司就其中30000元承担连带责任；

六、驳回林乐怡的其他诉讼请求。

如未按本判决指定的期间履行给付金钱义务的，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条的规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费48200元，由林乐怡负担17400元，由杨治负担30800元，北京联合出版有限责任公司、北京精典博维文化传媒有限公司就杨治负担部分中的5400元承担连带责任。二审案件受理费61330元，由林乐怡负担33360元（其已向本院预交48200元，本院予以退回14840元），由杨治负担21720元，由北京精典博维文化传媒有限公司负担6250元。

本判决为终审判决。

审　判　长　 黎炽森

审　判　员　 谭海华

审　判　员　 江闽松

二○二三 年 四 月 二十三 日

本件与原本核对无异

法 官 助 理 游 彦

书 记 员　 刘秋香