

接触要件的基本内涵及认定规则

丁文杰

内容提要：接触要件并非实质性相似的附随要件，而是为保障独立创作的自由而设立的，具有独立存在意义的要件。在司法实践中，主流的思考模式是将被告是否具有接触原告作品的可能性作为接触要件的具体内涵。然而，有无接触原告作品的可能性，仅仅是认定接触要件的间接事实，而接触要件的具体内涵，应当理解为“将既存作品用于自身作品中”这一客观事实。关于接触要件的举证责任分配问题，原告承担接触可能性以及证据性相似等间接事实的举证责任，而被告应当就是否独立创作承担举证责任。

关键词：接触要件 独立创作 间接事实 接触可能性 证据性相似

Abstract: Access is not a collateral requirement of substantial similarity, but is an independent requirement established to assure the freedom of independent creation. In judicial practice, the mainstream opinion takes whether the defendant has the possibility to access the plaintiff's work as the basic meaning of access requirement. However, the possibility of accessing the plaintiff's work is merely an indirect fact for judging the access requirement, while the basic meaning of access requirement shall be the objective fact that "using an existing work in one's own work". Regarding the distribution of the burden of proof in relation to access requirement, the plaintiff bears the burden to prove indirect facts, such as accessibility and probative similarity; while the defendant bears the burden to prove independent creation.

Key Words: access; independent creation; indirect facts; accessibility; probative similarity

在著作权侵权认定中，“接触+实质性相似+法定利用行为”是认定侵权行为成立的重要考虑要素。尽管如此，目前我国围绕接触要件的讨论仍旧十分有限。具体而言，首先，在国内主流期刊中系统全面地研究接触要件的学术论文可谓凤毛麟角。笔者以著作权法的“接触”“实质性相似”作为期刊全文的检索词，在中国知网上检索到的期刊论文达1389篇之多，但是，绝大部分文献以实质性相似的判断标准作为中心论题展开探讨，而体系化研究接触要件的文献仅有一篇。^①其次，在司法实践中，几乎不存在认定实质性相似后否定接触要件成立的案件。因而，

近来的相关裁判案例中，接触要件完全没有作为独立的要件发挥其功能，在裁判文书中甚至未被提及。例如，在乐元素公司诉古川公司一案^②中，北京市海淀区人民法院以被告未经许可使用与原告的《开心消消乐》游戏相同或近似的图片作为其游戏App的图标为由，直接判断被告的利用行为侵犯了原告享有的著作权。由此引发的思考是：在著作权侵权认定中，接触要件和实质性相似是否是彼此独立且并行的判断要件？如果认为接触要件具有其独立存在的意义的话，那么接触要件的具体内涵应当作何理解？以及在此基础上，当事人之间举证责任又应当如何分配？本文

作者简介：丁文杰，复旦大学法学院讲师

基金项目：本文系2018年度上海市浦江人才计划（C类）项目《创新与竞争：网络时代的不正当竞争行为认定问题》（18PJC005）的阶段性成果。

本文的写作承蒙上海交通大学凯原法学院刘维副教授、中国社会科学院法学研究所张鹏助理研究员、复旦大学法学院葛江虹讲师以及日本北海道大学法学研究科孙梦洁硕士研究生的建议与帮助，特致感谢。

① 周小舟：《论接触要件在剽窃案中的程序和实质意义——从〈小站〉案切入》，载《华东政法大学学报》2016年第2期，第108页。

② 《同为“开心消消乐”但已不再“开心”——“开心消消乐”侵权案一审获赔220万元》，载<http://bjhdfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=4444>，最后访问日期：2019年2月12日。

从理论和司法实践的角度出发，主要围绕以上三个问题进行探讨。

一、接触要件的旨趣

成立著作权侵权，应当满足如下三个要件：被告作品基于原告作品产生（接触要件），被告作品中再现原告作品中具有独创性的表达内容（实质性相似），以及著作权法中规定的受著作权规制的利用行为（法定利用行为）。^③

其中，关于接触要件和实质性相似是否彼此独立且并行的要件这一问题，由于司法实践中几乎不存在认定了实质性相似后否认接触要件的情况，文献中出现了将接触要件作为实质性相似的附随要件的观点。例如，吴汉东教授认为，“在司法实践中，作为侵权行为的认定规则，行为要素（接触）与作品或技术要素（实质性相似）的分析是相关联的但并不是等同的，质言之，‘实质性相似’的证明与认定处于更为重要的地位，‘实质性相似’的法律本质是保护作品或技术基于创造性的经济价值，即独创性的思想表达或首创性的思想内容。在诉争作品或技术构成‘实质性相似’的情况下，方产生证明与认定被控侵权行为人有‘接触’事实之必要。”^④此外，吴汉东教授将著作权侵权中的接触要件与接触权等同视之，以“正当使用”的理论就接触要件的存在意义进行了以下说明：“接触权制度创设的初衷，在于解决后续创造者以创造新的智力成果为目的而利用前任创造者的智力成果的问题。以创造新知识为目的的使用，与以非营利的学习、研究、教育为目的的使用，都在知识产权法允许的范围之内，概言之，正当使用原则即是判断接触并利用他人智力成果之合理性的基本尺度。”^⑤

然而，一方面，暂且不论接触要件究竟能否与接触权等同视之，如果从“正当使用”的观点来看这个问题，即使只是偶然的相似，即在完全

未接触过既存作品的情况下创作而成的作品与该既存作品相似之时，只要利用行为超出上述“正当使用”的范围，即构成著作权侵权。著作权基于创作行为产生，登记并非其生效要件，即便主观上意图创作与他人作品不同的作品，如果由于客观上偶然存在与其相似的作品，便追究其著作权侵权责任的话，对独立创作人而言不具有可预测性，从而导致创作活动的萎缩（积极理由）。另一方面，世界文化具有多样性，与他人创作的作品偶然相似这样的事态并不常见。将独立创作的情形排除出著作权的权利范围，对权利人而言影响甚微（消极理由）。^⑥在文化世界中，创作出与他人不同的作品即具有价值，因此为鼓励独立创作，独立创作的作品应当被排除在著作权的权利范围外。

如此，将保障独立创作的自由，促进多样化作品的创作，助力文化发展作为接触要件的意义来看的话，接触要件与最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2002年）第15条的关系便值得深究。该司法解释第15条规定，由不同作者就同一题材创作的作品，作品的表达系独立完成并且有创作性的，应当认定作者各自享有独立著作权。然而，此处应当注意的是，接触仅作为侵权行为要件，而非权利发生要件。前者探讨的是自身行为是否会被他人禁止的问题，后者则是关于自己是否有权禁止他人行为的问题。而著作权是一种禁止他人特定行为的权利，取得著作权并不意味着对该作品的利用行为受到法律保护。例如，X未经允许擅自基于Y的作品进行二次创作，尽管X对其二次创作的作品享有著作权，但由于其接触过Y的作品，X依旧构成对Y作品的著作权侵权行为。的确，第15条明确了独立创作时著作权的归属问题，但对为何独立创作的行为不构成著作权侵权这一问题

^③ 田村善之『知的財産法』（第5版・2010年・有斐閣）438頁を参照。

^④ 吴汉东：《试论“实质性相似+接触”的侵权认定规则》，载《法学》2015年第8期，第66-67页。同时，吴汉东教授认为，“实质性相似+接触”规则适用于著作权、专利权和商业秘密保护领域，是对侵权行为认定之法律适用的理论概括和司法经验总结。然而，在专利保护领域，根据先申请原则，专利权授予最先向国家知识产权局提出专利申请的人，后申请的人即便从未接触过在先申请的专利，仍旧无法取得专利权，该发明也无法实施。因此，这一观点还值得商榷。

^⑤ 吴汉东：《试论“实质性相似+接触”的侵权认定规则》，载《法学》2015年第8期，第66页。

^⑥ 田村善之『著作權法概説』（第2版・2001年・有斐閣）49頁、丁文杰「キャラクターの絵画的表現の保護範囲」知的財産法政策学研究30号（2010年）221頁を参照。

却依旧未能给出明确的答案。简言之，独立创作的行为之所以不构成著作权侵权，并非由于独立创作人已基于第15条取得著作权，而是因为此时著作权侵害要件之一的接触要件未被满足。

总而言之，接触要件不是讨论创作者是否存在接触过他人作品这一事实的行为论要件，而是讨论作者是否独立进行创作的要件。在此意义上，接触要件，并非实质性相似的附随性要件，而应当被认为是具有其独立存在价值的要件之一。^⑦

二、接触要件的基本内涵

随之而来需要讨论的是接触要件的具体内涵应当如何理解的问题。《中华人民共和国著作权法》中不存在“接触”这样的用词。而与之相对，在司法实践中，主流的思考模式是将被告是否有接触原告作品的可能性作为接触要件的具体内涵。例如，在李鹏诉石钟山案中，北京市第二中级人民法院认为，“所谓‘接触’，是指在先作品可为公众获得，或者由于某种特殊原因，使在后创作者有机会获得该作品。”^⑧另外，在琼瑶诉于正案中，北京市高级人民法院也认为，“接触是指被诉侵权人有机会接触到、了解到或者感受到权利人享有著作权的作品。”^⑨因此，有学者根据该定义指出，接触要件所要求的是可能性，即被告有机会看到、了解到或感受到原告作品。^⑩

以上判决和学说的共通之处是，将著作权侵权中的接触要件，比起是否通过所见、所闻、所读而实际感知了原告作品，更偏向于将其理解为上述感知存在的盖然性要件。换言之，即通过对原告作品的接触可能性而拟

制接触要件。但是，如果仅以有无接触原告作品的可能性来判断接触要件的话，将会导致接触要件保障独立创作自由的功能荡然无存。^⑪毕竟，有无接触原告作品的可能，不过是推定接触要件的间接事实而已，应当作为接触要件的举证方法的问题（后文所述）来进行讨论。

（一）主观事实说与客观事实说

另一方面，日本对接触要件也并未作明文规定。这一要件是日本最高法院在One Rainy Night in Tokyo案中加以确认的。^⑫日本最高法院指出，“没有接触既存作品的机会，从而对其存在及内容均无所知悉之人，无论对不知悉本身是否存在过失，由于其不存在接触既存作品进行作品复制的可能，即使创作了与既存作品相同的作品，也不应当因此承担著作权侵权的责任。”换言之，日本最高法院将接触要件与是否知悉既存作品的存在、内容相联系，把接触要件作为主观事实来看待。

受上述日本最高法院判决的影响，学上说，也多将接触要件的具体内容理解为主观事实。例如，西田美昭法官认为，“根据既存作品创作了作品或作品的一部分是指，具体举例而言，打开他人作品，阅读上面的文字并认识其内容，然后将其表达原封不动用于自己作品中；或是将他人作品的主旨归纳总结或表达进行修改后用于自己作品中；或是通过将他人作品的内容作为素材用于自己作品的原稿中这种方式，在了解既存作品表达的内容的基础上，在一定程度上利用该作品以创造自己作品等行为。”^⑬换言之，西田法官主张接触要件是指，认识既存作品的表达、内容，并有将其运

⑦ 参见张玲玲、张传磊：《改编权相关问题及其侵权判定方法》，载《知识产权》2015年第8期，第33页。也有学者认为，接触要件有其独立的程序意义和实质意义，不应沦为实质性相似要件的附庸。参见周小舟：《论接触要件在剽窃案中的程序和实质意义——从〈小站〉案切入》，载《华东政法大学学报》2016年第2期，第108页。

⑧ 北京市第二中级人民法院（2008）二中民终字第02232号民事判决书。

⑨ 北京市高级人民法院（2015）高民（知）终字第1039号民事判决书。

⑩ 参见崔立红：《音乐作品抄袭的版权侵权认定标准及其抗辩》，载《山东大学学报》2012年第1期，第105页。

⑪ 龍村全「著作権侵害における『依拠』論と著作権侵害による差止請求の帰責原理」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法』（野村豊弘先生古稀記念論文集・2016年・商事法務）85頁を参照。

⑫ 最高法院昭和53年9月7日判決・民集32卷6号1145頁〔One Rainy Night in Tokyo上告審〕。

⑬ 西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」齐藤博一、牧野利秋編『裁判実務大系27知的財産関係訴訟法』（1997年・青林書院）127頁を参照。

用在自身作品上的意思。^⑭

实际上, 尽管为数不多, 但我国学说中也存在与主观事实说相类似立场的见解。例如, 熊琦教授认为, “所谓‘接触’, 实为考察行为人是否存在主观过错的一种方式, 即涉嫌侵权作品与原作品的相似是否存在‘有意’的可能, 毕竟出现表达上的相似虽属罕见, 但也并非完全不存在, 证明有接触被侵权作品的事实, 是为了认定这种相似并非创作上的巧合。”^⑮然而, 采用主观事实说时存在以下问题。首先, 机械复制。例如当事人在不知悉书籍内容的情况下通过复写机复印了书籍, 或是不通日语的人复印日语文献, 或是不清楚程序的内容便复制了CD光盘等情形下, 如果采用主观事实说, 由于机械复制行为缺乏对表达内容的认识或存在使用、利用的意思, 因而不构成接触要件的成立。其次, 无意识的复制 (unconscious copying)。例如过去曾接触过, 继而留存在创作者记忆中的既存作品, 在创作过程中被创作者无意识间使用, 从而导致其作品与既存作品实质性相似的情形下, 由于很难说创作者是在知晓既存作品的情况下进行的创作, 根据主观事实说这种情形亦不满足接触要件的成立条件。然而, 如前所述, 接触要件关注的是作者是否独立进行创作的问题, 无论是机械复制, 还是无意识的复制, 均不属于独立创作, 应当被认作是符合接触要件的条件行为。因此, 从判断是否独立进行创作这一接触要件的旨趣来看的话, 以“将既存作品用于自身作品中”这一客观事实作为接触要件的具体内涵而加以理解的观点则更为妥当。^⑯

(二) 接触要件与过错要件的关系

继而需要讨论的是接触要件与过错要件之间的关系。简单来说, 接触要件是著作权侵权成立

的要件, 而过错要件则是侵权成立后侵权人承担损害赔偿的要件。从机能上的差异区分接触要件与过错要件是很有必要的。接下来本文将围绕两者关系简要进行讨论。

第一, 接触要件的成立是否以过错为前提。通常, 对著作权侵权的成立而言, 尽管接触要件是必不可少的, 但故意却并非必要。^⑰问题是, 对过失应如何评价。在前述日本最高法院的判决中, 法院对当事人就其对既存作品的存在及内容的不知悉是否存在过失未做讨论。^⑱如果按照本文立场, 把“将他人的既存作品用于自身作品中”这一客观事实作为接触要件的具体内容来考虑的话, 尽管被告未能事先确认是否曾经接触过原告作品这一事实本身可能构成相应的过失, 但只要无法认定客观事实上将他人的作品用于自身作品中, 无论当事人有无过失, 都不构成接触要件的成立。这是因为, 只有当事人在进行创作活动根据其职业存在相应注意义务, 理应当对既存作品进行调查之时, 才有讨论过失的必要。然而, 著作权法采取自动取得制度, 对既存作品的调查十分困难, 如果对创作者课以调查既存作品的注意义务, 将导致创作活动的萎缩, 并使得文化发展停滞。因此, 判断接触要件的成立与否时无须讨论当事人是否存在过错。

第二, 接触要件能否用于判断过错有无。^⑲确实, 在多数情形下, 满足接触要件时, 直接侵权人或多或少都具有过错。比如说, 在当事人误以为他人作品著作权保护期间已届满, 或是误以为自己享有作品著作权的情形下, 如果其被认定存在将他人的作品用于自身作品的客观事实的话, 在成立接触要件的同时便应当被认定其具有过错。^⑳然而, 无意识地将过去曾接触过的他人作品用于自身作品的情形应属例外。过去曾

^⑭ 对主观的事实内容的理解, 日本学者各持己见。比方说, 有学者认为, 成立接触要件, 被告应当对既存作品的存在及内容有所认知。(光石俊郎「著作権法における依拠について」中山信弘=小島武司編『知的財産権の現代的課題』(1995年・信山社)301頁。), 亦有学者提出, 只要被告具有将既存作品用于自身中的意思即可(三好豊「複製権侵害について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務4 著作権法・意匠法』(2007年・新日本法規)188頁。)。

^⑮ 熊琦: 《“接触+实质性相似”是版权侵权认定的“神器”吗?》, 载《中国知识产权报》2017年7月14日第10版。

^⑯ 山本隆司「複製権侵害の成否」牧野利秋=飯村敏明編『新・裁判実務大系著作権関係訴訟法』(2004年・青林書院)320頁、安藤和宏「アメリカ著作権法における無意識の依拠に関する一考察」東洋法学59卷1号(2015年)247頁を参照。

^⑰ 田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年・有斐閣)50頁。

^⑱ 最高法院昭和53年9月7日判決・民集32卷6号1145頁[One Rainy Night in Tokyo 上告審]。

^⑲ 同注释⑮。

^⑳ 中山信弘『著作権法』(第2版・2014年・有斐閣)628頁を参照。

接触过，继而留存在创作者记忆中的既存作品，在创作过程中被创作者无意识间使用，从而导致其作品与既存作品实质性相似时，法律的非难性评价显得过于严苛。^①对无意识的复制行为，由于该复制行为满足接触要件的成立条件，因此行为人需要承担著作权侵权的停止侵权责任，但是在不具有过错情节时不必承担损害赔偿责任。

三、接触要件的认定规则

事实上，在著作权侵权诉讼中，围绕著作权侵权成立与否展开争论时，讨论当事人就接触要件承担怎样的举证责任，以及什么样的事实可以作为接触要件的举证事实，显得尤为重要。

（一）举证责任的分配

关于接触要件的要件事实现论，双方当事人的举证责任应当如何分配？在过往的判例中，由于出版（物）、电影、广播、卫星广播及互联网等信息传播媒体的多样化，人们对既存作品的接触机会显著增加，因此，在举证责任的分配上，通说认为被告承担更重的举证责任。例如，在琼瑶诉于正案^②中，法院认为，电视剧《梅花烙》的公开播出即可达到剧本《梅花烙》内容公之于众的效果，受众可以通过观看电视剧的方式获知剧本《梅花烙》的全部内容。因此，电视剧《梅花烙》的公开播出可以推定为剧本《梅花烙》的公开发表。鉴于该案各被告具有接触电视剧《梅花烙》的机会和可能，故可以推定各被告亦具有接触剧本《梅花烙》的机会和可能，从而满足了侵害著作权中的接触要件。该案中，为了减轻原告的举证负担，采用了两段推定的逻辑。首先，通过被告具有接触既存作品的机会，从而推定其具有实际接触该作品的事实，其次，通过该事实进而推定被告将既存作品用于自身作品之中。^③

然而，如此轻易地肯定接触要件的成立，令人不得不质疑起上述推定过程的妥当性。第一，尽管人们接触既存作品的机会大幅增加，接触的作品能够留存在人们记忆中的却十分有限。例如，现如今通过百度检索，人们可以接触到数量庞大的作品，但仅凭这一点，就认定被告实际接触了这些作品，这样的说法未免过于牵强。在该情形下，即使存在接触既存作品的可能性，只要当事人是独立进行创作的，就应当否定接触要件的成立。^④第二，曾接触过既存作品，虽然是接触要件成立的必要条件，但即使当事人接触过既存作品，当事人可能完全没有参考该既存作品，或者即便参考了该既存作品，但创作的作品也可能与该作品并不具有相似性。因此，仅就当事人接触过既存作品这一点推定接触要件的成立是不充分的。当然，当事人在接触过既存作品后，一一对应“创作”出完全相同作品的行为，自然是无法被认作为独立创作。^⑤

如前所述，接触要件的旨趣是，在作者没有接触他人作品、独立进行创作时，即使偶然与他人作品相似，也不构成权利侵害，以此来保障独立创作的自由，保持文化创作的活力。由此看来，在分析接触要件的举证责任分配问题时，也应当从保障独立创作自由的观点出发展开讨论。的确，一般来说，接触要件的举证责任，应当由主张自身权利的著作权人承担。然而，一方面，接触要件探讨的主要问题是被告是否独立进行了创作。如果由著作权人承担证明被告并非独立创作的责任，对著作权人来说未免负担过重。另一方面，比起原告，被告作品的作者，显然更容易就独立创作进行举证。由被告就其独立创作承担举证责任，对被告而言举证责任也不会过于沉重。^⑥因此，从减轻举证负担的观点出发，由原

^① 齐藤博「既存の著作物を知らないでこれと同一性のある作品を作成した者と著作権侵害の責任」民商法雑誌80卷2号（1979年）238頁を参照。

^② 北京市第三中级人民法院（2014）三中民初字第07916号民事判决书。

^③ 有学者认为，按照法院在接触问题上的逻辑，一旦一件作品在网上发表，则可以认定任何第三方都有接触该作品的可能，而一旦有接触的可能，即满足接触要件，实际上也就意味着，原告的举证责任变为了“网络发表”加“实质相似”，而要证明网络发表几无难度，因此，原告实际上只需要致力于证明实质相似要件，就可以完成自己的举证责任。周小舟：《论接触要件在剽窃案中的程序和实质意义——从〈小站〉案切入》，载《华东政法大学学报》2016年第2期，第110页。

^④ 上野達弘「著作権侵害訴訟における依拠性に係る要件事実」伊藤滋夫编『知的財産法の要件事実』（2016年・日本評論社）155頁を参照。

^⑤ 高林龍『標準著作権法』（第2版・2016年・有斐閣）73頁を参照。

^⑥ 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年・有斐閣）51頁。

告就本文接下来要讨论的接触可能性以及证据性相似承担相应的举证责任，同时，证明自身独立进行了创作，或是复制了其他相似的作品等有关独立创作有无的事实的责任则应由被告承担。

（二）推定接触要件的间接事实

怎样的事实可以作为接触要件的证明事实？如前所述，接触要件的具体内容应当理解为存在“将既存作品用于自身作品的事实”。然而，除了原告或其他证人在现场目击，或被告自认的情况下，^{②⑦}通过直接证据证明被告利用了他人的既存作品是极为困难的。因此，在司法实践中，理应综合考虑接触可能性或证据性相似等间接事实，就接触要件的成立与否进行判断。接下来，本文将就此问题展开详细论述。

1. 第一阶段：接触可能性

第一阶段讨论的接触可能性是指，被告具有接触既存作品的合理机会。在司法实践中，往往通过原告作品广为流传极具人气或是原告作品知名度高等间接事实来推定存在接触可能性。^{②⑧}例如，在株式会社倍乐生诉广东泰茂食品有限公司等网络传播权纠纷案中，上海市第一中级人民法院认为，“原告还对‘巧虎’卡通形象及其相关衍生产品投入大量的广告宣传，从而使得‘巧虎’卡通形象在中国大陆地区的相关公众，尤其是少年儿童中享有一定的知名度。而被告泰某公司作为中国广东地区的企业，其相关的消费者亦主要为少年儿童，故其在产品市场营销时完全有机会接触到原告的‘巧虎’卡通形象。”^{②⑨}另外，在安乐（北京）电影发行有限公司诉深圳市金宏图包装制品有限公司著作权权属、侵权纠纷案中，广东省深圳市宝安区人民法院也认为，“‘捉妖记-胡巴（WUBA）系列’美术作品创作完成后，原告将‘捉妖记-胡巴（WUBA）系

列’美术作品作为影片捉妖记《捉妖记》中最为突出的形象进行宣传，‘胡巴’的形象在全国甚至世界范围内取得了极高的知名度，被告完全有条件接触到‘捉妖记-胡巴（WUBA）系列’美术作品。”^{③①}

然而，讨论是否具有接触既存作品的合理机会时，仅仅存在可能性是不够的，认定接触可能性应当要求具备一定程度的盖然性（reasonable possibility）。换言之，当被告仅在一定程度上具有接触原告作品可能性（bare possibility）时，接触可能性不应予以认可。^{③②}例如，在张恒国诉孙建军等案中，北京市第三中级人民法院也认为，“张恒国创作的剧本《博弈图》并未公开发表，其在创作完成后于2008年6月底由北京电影学院文学系存档。张恒国在原审时提交一份发给案外人侯堃的电子邮件称将剧本发给了侯堃，而侯堃和孙建军熟悉，因此孙建军有接触到其剧本的可能。但是，在该份邮件中无法确认其所发送的邮件附件中的剧本与其主张权利的剧本是一致的，也无法证明侯堃与孙建军存在何种关系。同时，张恒国在二审期间提交的邮件亦不能证明是全国剧本征集，不能证明该附件内容与张恒国主张权利的《博弈图》一致，更不能证明孙建军已经接触过该剧本或有接触该剧本的可能。”^{③③}

2. 第二阶段：证据性相似

仅仅证明第一阶段的接触可能性，对推定被告将既存作品用于自身作品这一事实而言尚显不足，此时应当进入对第二阶段证据性相似的判断。证据性相似概念由Alan Latman教授所提出，是在讨论实际的复制行为（actual copying）时，^{③④}着眼于被告作品中是否存在可证明被告复制原告作品内容的相似性内容。^{③⑤}应当注意的是，这里

^{②⑦} 将被告自认的录音作为证据提出的判决，参照 Lisa Frank, Inc. v. Impact Int'l Inc., 799 F.Supp. 980, 990 (D.Ariz. 1992).

^{②⑧} 此外，被告实际接收了原告作品，或原告作品极为畅销的情形下，也应当认定具有接触可能性。

^{②⑨} 上海市第一中级人民法院（2012）沪一中民五（知）初字第132号民事判决书。

^{③①} 广东省深圳市宝安区人民法院（2017）粤0306民初22607号民事判决书。

^{③②} 比方说，原告的原稿保存在复旦大学图书馆中，而被告的作品在上海创作，仅凭这一点不足以认定被告有合理接触原告作品的机会。

^{③③} 北京市第三中级人民法院（2014）三中民终字第13101号民事判决书。

^{③④} Arnstein v. Porter, 154 F.2d 464(2d Cir.1946). 该案中，原告创作了“A Mothers Prayer”等乐曲，双方就被告的“The Lord Is My Shepherd”等乐曲是否剽窃了原告作品产生了争议。美国第二巡回上诉法院首次采用了如下两步测试法：即第一阶段判断是否存在复制行为（actual copying）；如果有复制行为，第二阶段判断是否构成不当盗用（improper appropriation）。在确定是否存在复制行为时，主要通过被告对复制行为的自认、或者可以推定复制行为存在的证据（例如，被告接触原告作品的证据等）加以判断。

^{③⑤} Alan Latman, Probative Similarity as Proof of Copying: Toward Dispelling Some Myths in Copyright Infringement, 90 COLUM. L. REV. 1187(1990).

所提到的证据性相似与著作权侵权要件的实质性相似 (substantial similarity) 是不同的概念, 判断标准也有所不同。前者是从经验法则上, 判断非经利用既存作品能否创作出与其相类似的作品; 而后者, 则是考察两者创造性表达在何等程度上相类似。

我国司法实践中, 通过证据性相似推定接触要件的案件少之又少。³⁵而在日本, 存在不少案件在被告作品和原告作品在误记、陷阱、想法等无意义的部分出现相同时, 根据该证据性相似认定接触要件成立。上述无意义的部分, 尽管在判断侵权要件时只不过是微不足道的相似点, 但在证明接触要件时具有重要的意义。³⁶比如说, 在《ど忘れ漢字字典》一案中, 东京地方法院考虑到, “为发现他人未经许可复制其作品, 原告特意将其编辑的姓氏、名字‘白田’‘正利’‘柴田’康博、小林‘胜利’收录在作品中, 而乙直接照搬或稍作修改并将这些姓氏、名字收录在自己的作品中”, “甲第75页有一处将‘管见’写成‘官见’的误植, 乙将该误植原样写入了第63页”, “为发现他人未经许可复制其作品, 原告特意在作品中设置了错误的语序 (共计15处), 乙将上述错误的语序全部原封不动照搬到自己作品中”, 由此认定接触要件的成立。³⁷

当然, 第一阶段的接触可能性和第二阶段的证据性相似, 都只不过是推定接触要件成立的间接事实, 而在认定了被告具有独立创作情节等足以推翻上述推定的事实时, 接触要件的推定无法成立。举例而言, 在具体认定了被告作品的制作过程的同时, 原告作品的展示规模

小且时间短, 被告也未曾购买登载其作品的杂志, 此时被告独立创作的可能性较高, 接触要件一般无法成立。³⁸

如前所述, 认定接触要件, 应当综合考虑接触可能性与证据性相似这些间接事实, 而接触可能性与证据性相似两者之间又是何种关系? 简单来说, 接触可能性与证据性相似是相互依存的关系,³⁹即当存在强有力证据证明具有接触可能性时, 对证明证据性相似的证据的要求就相应降低, 反之亦然。⁴⁰因此, 当原被告作品显著相似 (strikingly similar), 构成未经接触难凭巧合而达到的相似程度之时, 即使没有证据可以证明接触可能性, 也应当能够推定接触要件的成立。⁴¹

结 语

就接触要件构成著作权侵权的要件这一点而言无可争议。然而, 由于司法实践中, 几乎不存在认定了实质性相似后否认接触要件的情况, 文献中亦出现了将接触要件作为实质性相似的附随要件的观点。著作权基于创作行为产生, 登记并非其生效要件。若因偶然存在相似的作品, 即构成著作权侵权的话, 对独立创作人而言存在不可预料性, 从而导致创作活动的萎缩。设立接触要件的意义是, 在作者独立创作的情形下, 即便该作品偶然同他人的作品相似, 也不构成权利侵害, 以此确保独立创作的自由, 避免出现创作活动萎缩的现象。因此, 从确保独立创作自由的角度, 本文仅就接触要件相关的观点进行了介绍并稍作讨论, 余下课题, 则有待今后的审判实务及学说的进一步讨论。■

³⁵ 在司法实践中, 有些法院以实质性相似来推定接触要件。例如, 在肖思群等诉东阳市欧象家居用品有限公司著作权侵权纠纷案中, 上海知识产权法院认为, “一审法院在对被诉侵权产品与涉案美术作品进行比对的基础上, 认定两者构成实质性相似, 并认为东阳欧象公司作为同行业竞争者, 有机会接触涉案美术作品, 故认定东阳欧象公司的行为侵害了涉案美术作品的复制权、发行权、信息网络传播权。本院予以认同, 并对此不再予以赘述。”参见上海知识产权法院 (2018) 沪 73 民终 7 号民事判决书。

³⁶ 田村善之『著作權法概説』(第2版·2001年·有斐閣) 51頁。

³⁷ 日本东京地方法院昭和60年4月17日判決·判时566号273页 [ど忘れ漢字字典]。

³⁸ 日本东京地方法院平成11年3月29日判決·判时1689号138页 [赤穂浪士一審]。

³⁹ Montgomery Frankel, From Krofft to Shaw and Beyond, The Shifting test for Copyright Infringement in the Ninth Circuit, 40 Copyright Law Symposium 429, 430(1997).

⁴⁰ Country Kids 'n City Slicks, Inc., v. Sheen, 77 F.3d 1280 (10th Cir. 1996).

⁴¹ Ty, Inc. v. CMA Accessories, Inc., 132 F. 3d 1167 (7th Cir. 1997). 然而, 在 Selle v. Gibb, 741 F.2d 896, 901(7th Cir. 1984) 一案中, 法官认为, 仅证明原告作品与被告作品显著相似是不够的, 原告至少应当就被告具有能够利用原告作品的合理可能性提出相应的证据。