

【数据保护与法律规制】

试论著作权侵权案件中的实质性相似判断

丁文杰* 张唯瑜**

摘要：在著作权侵权案件中，实质性相似判断在整个案件的侵权判定中起着核心作用。我国法院在进行著作权侵权判定时，通常适用美国版的“整体观感法”和“抽象分离法”来判断实质性相似。然而，这两种测试方法在一定程度上受到美国陪审制度的影响，体现出“先过滤、后比较”及“类型化”的特点，而该特点又使得实质性相似的测试方法在实际判断中对思想表达二分法及市场替代性两个考虑因素各有侧重，但也难以兼得。相较而言，我国在著作权侵权案件中并没有采用美国式的陪审制度，自然无须考虑陪审制度对实质性相似判断的影响。在借鉴国外经验时，可以突破其制度的局限性，更多地结合我国的国情和司法实践进行综合考虑。

关键词：实质性相似 陪审制度 思想表达二分法 市场替代性 独创性表达

一、问题的提出

在著作权侵权案件中，“接触+实质性相似+法定利用

* 丁文杰，复旦大学讲师，法学博士。

** 张唯瑜，日本北海道大学博士研究生。

行为”是认定侵权行为成立的重要考虑因素,其中,实质性相似判断又在整个案件的侵权认定中起着核心作用。^[1]大多数的著作权侵权诉讼中,争议的焦点往往在于被告是否复制了原告作品,如果原被告作品完全雷同,认定被告的复制行为并不困难,但是通常情况下,被告并不会照搬原告作品,而是会在其基础上加以改编变动,如此一来,就需要对原告作品的实质性相似进行具体判断以确认被告侵权行为的存在。^[2]

但是,实质性相似并没有一个固定的判断标准,法律也没有明确规定相似性的构成要件,其具体判定主要交由法院自由裁量。随着著作权侵权案件的增加,各国在其司法实践中逐渐形成了各具特点的实质性相似判断方法。例如,美国法院通过判例确立了在一般作品中适用的“整体观感法”,以及在计算机程序等复杂作品中适用的“抽象分离法”;日本最高裁判所则在“江差追分案”中提出了“本质特征直接感知性”及“独创性表达相似性”的判断标准。

在我国的司法实践中,对于“整体观感法”和“抽象分离法”的运用较多,^[3]而通常认为这两种测试方法主要来源于美国法。^[4]学术界对于实质性相似判断方法的讨论,也大都集中在美国版的“整体观感法”和“抽象分离法”上。^[5]在著作权侵权案件方面,美国的判例论质论量都可数前列,其判断方法固然有借鉴意义,但是在借鉴经验时也应考虑到其制度背景。美国版的“整体观感法”和“抽象分离法”在判断时都有着“先过滤、后比较”和“类型化”的特点,而该特点的形成则与美国陪审制度的影响有着密切的联系。由于陪审制度的存在,在对实质性相似进行判断时,需要考虑到事实认定和法律适用的分担、陪审团能力在实质性相似判断方面的局限性等问题,这些因素或多或少地都对美国实质性相似判断方法的形成产生了影响。与美国的法律制度不同,我国在著作权侵权案件中并没有采用类似的陪审制度,自然无须考虑事实认定和法律适用的划分等因素对相似性判断的影响。因此,在借鉴国外经验时,可以突破其制度的局限性,更多地结合我国的国情和司法实践进行综合考虑。

本文从理论和判例总结的角度出发,通过对美国和日本的实质性相似判断方法进行比较,分析其判断方法的制度渊源、本质及局限性,并在此基础上

[1] 吴汉东:《试论“实质性相似+接触”的侵权认定规则》,《法学》2015年第8期。

[2] 梁志文:《版权法上实质性相似的判断》,《法学家》2015年第6期。

[3] 前引[2],第38页。

[4] 前引[1],第63页。

[5] 诸如,王春燕:《作品中的表达与作品之间的实质相似》,《中外法学》2000年第5期;阳贤文:《美国司法中实质性相似之判断与启示》,《中国版权》2012年第5期。

就我国实质性相似判断方法的发展进行探讨。

二、美国的实质性相似判断方法

众所周知,美国作为判例法国家,判例在其法源中占有着重要地位。在美国法上运用“整体观感法”和“抽象分离法”来测试实质性相似的标准主要由适用条件各有不同的判例所确立。

(一) 美国版的“整体观感法”

美国版的“整体观感法”,是指普通观察者通过对作品整体的内在感受来确定在后作品是否利用了在先作品的核心和精华,以此判断两部作品是否构成实质性相似。^[6]

严格意义上的“整体观感法”所指的是“普通观察者测试法”,^[7]即不依靠专家的分析,而以普通观察者自身对作品的印象判断是否存在实质性相似的方法。普通观察者测试最早由纽约州南部地区联邦地方法院在Daly案中提出。^[8]该案中,原被告作品都描述了被绑在铁道上的人在列车即将撞到前的最后一刻逃出的场景,法院根据该作品是否给普通观察者留下了实质相同的印象这一标准进行判断,最后肯定了两部作品的实质性相似。但是,“普通观察者测试法”中仍存在如下两个问题:其一,对于小说改编成影视作品的情况,由于两者的表现形式不同,因此在普通观察者的视点下判断实质性相似难免会有失偏颇;其二,由于“普通观察者测试法”并没有区分著作权法的保护对象,如果作品在著作权不予保护的要素(思想、惯用表达等)方面存在相似性,而普通观察者根据这些相似认定作品实质性相似,这样的判断显然是偏离了著作权法旨趣的。^[9]鉴于这些问题,美国法院在司法实践中通常将“普通观察者测试法”的适用范围限定在简单且创作自由度较高的视觉作品案件中。^[10]

而本文所指的“整体观感法”是一种广义上的测试方法,即美国法院在涉及一般作品(文字作品、音乐作品、视听作品等)的案件中判断实质性相似时最常采用的“两步测试法(bifurcated test)”。美国版的“两步测试法”随着历史的

[6] 朱理:《建筑作品著作权的侵权判定》,《法律适用》2010年第7期;许波:《著作权保护范围的确定及实质性相似的判断——以历史剧本类文字作品为视角》,《知识产权》2012年第2期。

[7] See Kohus v. Mariol, 328 F. 3d 854 (6th Cir. 2003).

[8] See Daly v. Palmer, 6 F. Cas. 1132, No 3, 552 (C. C. S. D. N. Y. 1968).

[9] See MARSHALL A. LEAFFER, UNDERSTANDING COPYRIGHT LAW § 9.05 [B] (5th ed. 2010).

[10] 前引[6],朱理,第78页。

变迁发展出了不同的版本,其中最具有代表性的当数第二巡回上诉法院和第九巡回上诉法院所采用的判断方法。^[11]

首先,第二巡回上诉法院的“整体观感法”是指通过 1946 年的 Arnstein 案所确立的判断方法。^[12] 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。第二巡回上诉法院首次采用了如下“两步测试法”: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非法盗用(improper appropriation)。

第一阶段:判断是否存在复制行为(actual copying)。

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。当然,如果两部作品本身没有相似性(probative similarity),那么即使证明了被告对原告作品的接触,也不能说明存在复制。反之,在无法证明两者存在接触的情况下,由于存在原被告各自独立创作并偶然得出相似结论的可能性,因此两部作品的相似必须具有足够的显著性才能证明存在复制行为。如果接触和相似性的证据都具备,则需要对事实证据进行具体分析,以确定两部作品的相似性是否足以达到可以证明复制行为存在的程度。在此阶段,法院可以使用专家证言对事实证据进行补充分析。

第二阶段:判断复制行为是否构成非法盗用(improper appropriation)。

通过第一阶段确定了复制行为后,第二阶段主要分析该行为是否构成非法盗用。该阶段不再使用专家证言,而是采用普通观察者的标准来进行判断。以本案为例,原告通过创作出能够被消费者(普通观察者)接受并购买的乐曲而获得收益,被告为了迎合原告音乐的受众对原告乐曲进行了复制或类似的创作,这样的行为是否构成非法盗用,就需要从普通观察者而非专家的视点,对原告作品的相似性进行具体的判断分析。

上述两个阶段中都涉及对于“相似性”的判断,但是真正对实质性相似作出最终判断的是第二阶段的测试。虽然第二巡回上诉法院在 Arnstein 案的判决书中并未将该阶段直接称为“实质性相似(substantial similarity)”的判断,但在更早的 Nichols 案中提出了在抽象测试中对作品表达的实质性相似进行判

[11] See Douglas Y'Barbo, *The Origin of the Contemporary Standard for Copyright Infringement*, 6 J. Intell. Prop. L 285 (1999).

[12] See *Arnstein v. Porter*, 154 F. 2d 464 (2d Cir. 1946).

断的方法,^[13]在本案之后的 *Hoehling* 案中也明确提及非法盗用需要通过实质相似性判断予以明确。^[14]可以说,第一阶段对于“相似性 (probative similarity)”的判断,实际上是为了确认复制行为是否存在而作出的,相对而言,第二阶段则是在确定复制行为存在的前提下,对两部作品的实质性相似进行判断,以确定该复制是否属于侵害著作权的盗用行为。

其次,第九巡回上诉法院的“整体观感法”主要通过 *Krofft* 案确立,^[15]并于 *Shaw* 案中得到发展和修正。^[16]在 *Krofft* 案中,原告拥有“H. R. Pufnstuf”儿童电视节目的著作权,被告以该节目为蓝本制作了商业广告、游戏、玩具等,双方就被告的行为是否构成著作权侵权产生了争议。第九巡回上诉法院认为,在对侵权进行判断时,对实质性相似的考虑必不可少,而且不应考虑作品的思想部分,表达部分的实质性相似也应予以分析。鉴于此,第九巡回上诉法院采用了独特的两步测试法,即外部测试 (extrinsic test) 和内部测试 (intrinsic test)。

第一阶段:外部测试 (extrinsic test)。

外部测试阶段的依据并不仅仅是简单的事实,其判断更多的是依靠各项具体的标准作出的。例如,对于视觉艺术作品,判断的具体标准包括作品类型、主题、设定等。法院将作品想要表达的思想按这些标准列出,并予以比较。外部测试阶段主要判断原被告作品中是否存在思想上的实质性相似,该阶段可以对事实进行解剖析、参考专家证言作出判断,法院大都将该阶段的判断视为法律问题 (matter of law) 进行处理。

第二阶段:内部测试 (intrinsic test)。

如果在第一阶段的测试中可以确定两部作品存在思想方面的相似,则需要进行第二阶段的内部测试。内部测试主要以普通观察者的视角,对原被告作品的表达方面是否存在实质性相似进行判断,该阶段通常不允许采用专家证言。在第一阶段,外部测试是基于一系列特定的指标 (如素材、作品的种类、主题的设定等) 对思想进行相似性判断,但在第二阶段,内部测试无须拘泥于这些外来指标等抽象分析,其判定主要依赖于普通观察者对作品整体的相似性判断。

[13] See *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119 (2nd Cir.1930).

[14] See *Hoehling v. Universal City Studios*, 618 F.2d 972 (2d.Cir.), cert. denied, 449 U. S. 841 (1980).

[15] See *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonard's Corp.*, 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977).

[16] See *Shaw v. Lindheim*, 919 F.2d 1353 (9th Cir.1990).

可以说,第九巡回上诉法院采用的“两步测试法”是对 Arnstein 案中判断方法的进一步发展。第九巡回上诉法院在 Krofft 案中,从思想表达二分法的角度对第二巡回上诉法院的测试方法进行了解释,认为 Arnstein 案中采用“复制行为”和“非法盗用”的标准是受到了思想表达二分法的影响,由于思想并不是著作权法保护的对象,无法构成侵权,故而第一阶段的“复制行为”指的是对无法构成著作权侵权的“思想”的复制,而第二阶段的“非法盗用”则意指对可能构成侵权的“表达”的复制。

但是,第九巡回上诉法院在之后的 Shaw 案中对 Krofft 案的判断标准进行了一些修正。Shaw 一案中,法院认为,外部测试中的诸多外来指标包含了作品构想、主题、对话、情景氛围、设定、情节发展、登场人物关系、故事顺序等要素,而就语言作品来说,这些要素实际上都需要被列入考虑范围,“在书籍、原稿、戏剧、电影上适用的外部测试,已经不仅仅是在对作品的思想进行实质性相似判断了”。换言之,外部测试中的判断指标应该涵盖具有创造性的全部客观特征表现,在其重点关注构想、主题、对话等要素的相似性时,外部测试就不是对“思想”的实质性相似分析了,而是对“表达”进行的相似性判断。Shaw 案中确立的测试方法修正了 Krofft 案中对思想和表达进行严格区分判断的要求,认为两个阶段的测试都应针对“表达”进行分析,只不过区别在于,外部测试侧重从较为专业的角度进行客观的分析,而内部测试则是从普通观察者的立场进行主观判断。

(二) 美国版的“抽象分离法”

美国版的“抽象分离法”,是指通过抽象的手段,将作品中不受保护的要素与受保护的要素予以分离后,过滤掉不受保护的要素,以作品中受保护的要素进行比较,从而判定两部作品是否构成实质性相似。^[17]“抽象分离法”最早由第二巡回上诉法院在 Nichols 案中开始运用,^[18]而运用著名的“抽象化—过滤—比较”来判断实质性相似的方法则是由美国联邦第二巡回法院通过 Altai 案所确立。^[19]在 Altai 案中,原告开发的“CA-Scheduler”计算机软件包含子程序“Adapter”,被告在开发程序“Oscar”时部分使用了原告子程序的源代码,双方就其程序的结构(structure)是否构成实质性相似产生了争议。第二巡回上诉法院在判断实质性相似时,采用了“抽象化—过滤—比较”三步测试法。

[17] 前引[6],朱理,第78页;许波,第34页。

[18] See, e. g., Nichols, 45 F. 2d at 119.

[19] See Computer Associates International, Inc v. Altai, Inc., 982 F. 2d 693(2d Cir. 1992).

第一阶段：抽象化(abstraction)。

“抽象化”阶段的分析方法与逆向工程类似,即先将原告作品的程序按照其组织结构对构成要素进行分解、模块化,然后从计算机程序较低级别的模块开始进行抽象化处理,并在抽象化的过程中不断将细节部分省略。低级别模块中的具体指令先是被其功能概念所替代,随着抽象化程度变高,低级别模块的功能及执行指令会被高一级别模块的功能概念所替代。如此持续进行抽象化处理,直到抽象出该程序的最终功能目标。如此这般,在每一层抽象级别中都可以概观到该程序的结构,低级别抽象下结构相对复杂,而高级别抽象下的结构则相对简洁。

第二阶段：过滤(filtration)。

“过滤”阶段主要对抽象化后各个级别中结构的构成要素进行分析,将原告作品中不受保护的要素与受保护的要素予以分离后,过滤掉不受保护的要素,其目的在于明确原告作品著作权的权利范围。该阶段主要就以下三个方面进行具体分析:第一,各个抽象级别的结构内容是否属于“思想”,是否为有效实现其功能所必需的要素。如果结构内容是为实现其思想所必需的要素,由于可选择的表达方式有限,基于表达与思想合并原则,该内容不属于著作权法所保护的客体。第二,结构内容是否为外在因素所需。外在因素指的是在程序制作时不可避免地需要达到的标准或技术要求,例如与其他程序之间的兼容性、计算机程序规格等。如果结构内容是外在因素所要求的要素,基于必要场景原则,该内容也不属于著作权法所保护的客体。第三,结构内容是否取自公有领域。公有领域可以为公众所自由利用,取自该领域的内容自然不受著作权法保护。

第三阶段：比较(comparison)。

通过前两个阶段的抽象过滤后,剩下的内容即为原告作品中受著作权保护的表达,第三阶段将该内容与被告作品进行对比以确认是否构成实质性相似。法院在判断时需对两个方面的问题进行重点审查:一是被告是否复制了原告作品中受保护的表达,二是被告复制的内容对于原告整体程序而言有多大程度的重要性。

此外,第二巡回上诉法院认为,虽然实质性相似的判断通常需要从普通观察者的视点出发进行分析,但是就计算机程序而言,专家意见也是有其必要性的,至于需要在多大程度上听取专家意见,则应当交由地方法院自由裁量。

(三) 美国陪审制度对实质性相似判断的影响

美国判例中的实质性相似判断方法具有如下两个特点:第一,无论是“整

体观感法”还是“抽象分离法”,实际上都采用了“先过滤、后比较”的方式,即先对原告作品中不受保护的要素与受保护的要素予以区分,过滤掉不受保护的要素后,再将原告作品与被告作品进行比较判断是否构成实质性相似。两种测试方法的区别在于,在最后的比较阶段能否采用专家证言这一问题上,“整体观感法”要求从普通观察者的视点进行判断,不允许采用专家证言,而“抽象分离法”则可以使用分析的方法、采用专家证言,从专业角度出发进行判断。第二,美国的判断方法有着“类型化”的特点。美国版的“整体观感法”主要适用于文字作品、音乐作品、影视作品等一般作品,而“抽象分离法”则在涉及计算机程序等较为复杂的作品时适用。

美国实质性相似判例中“先过滤、后比较”及“类型化”特点的形成,与美国的陪审制度有着密切的关系。陪审制度对美国社会制度的形成及法律制度的发展都有着深远的影响。^[20] 美国宪法第七修正案规定,在普通法诉讼中,案件标的超过 20 美元的,当事人有接受陪审团审理的权利。陪审制度在各州的宪法及法律中也有规定,除了科罗拉多州外的 49 个州的宪法都明确了民事陪审的权利,各州的法院也在民事案件中对陪审制度有所适用。另外,美国联邦民事诉讼规则第 38 条(b)款规定了当事人有权在提交最终辩诉状后的 10 日内以书面请求方式要求进行陪审审理;该规则第 39 条(b)款则规定了当事人没有要求陪审时,法院也可以根据其自由裁量权决定是否进入陪审审理程序。

首先,美国实质性相似判断的“先过滤、后比较”特征,与法官和陪审团之间的职责分工有关。民事诉讼程序对于陪审制度的重视,自然影响到具体案件中对事实问题和法律问题判断的处理。通常来说,著作权侵权诉讼中,采用专家证言对思想和表达进行区分这一过程属于法律问题,其判断主体是法官;而将原告作品和被告作品进行比较、判断其实质性相似这一过程则属于事实问题,在陪审审理的情况下,原则上以陪审团为主体进行判断。由于法官和陪审团在案件审判中各司其职,而是否构成实质性相似这一事实问题需要由陪审团作出最终判断,因此在陪审团就原被告作品进行整体比较前,法院有必要先明确著作权的保护范围,即先对原告作品进行表达与思想的区分。可以说,在陪审制度的影响下,法院不得不采取“先过滤、后比较”的测试方法。

[20] 美国的陪审团可以分为大陪审团(*grand jury*)和小陪审团(*petit jury*)。大陪审团主要在刑事案件中就是否提起诉讼作出决定,而小陪审团则是在刑事或民事案件的正式事实审理过程中对事实进行认定。

其次,美国实质性相似判断的“类型化”特征,则是受到了陪审制度的效率性、陪审员的能力(作为普通人的陪审员能否作出适当的事实认定)以及民事案件中接受陪审审理权利的限制等因素的影响。^[21] 具体而言,实质性相似的判断有时会涉及复杂的专业内容,而在诉讼内容过于复杂、超出陪审团理解能力的情况下,采用陪审审理可能导致判决的公正性无法保证的问题。对于是否可以案情复杂为理由限制民事案件中陪审制的适用,美国最高法院尚有所保留,但是针对这一问题,第三巡回上诉法院在日本家电制造商一案中提出了“正当程序测试”,^[22]即在复杂的诉讼案件中排除民事陪审的判断标准。根据该标准,在确定案件是否复杂时,应考虑以下三个因素:第一,诉讼的整体规模,即预计需要的审理时间、涉及的证据量及争议点的数量;第二,对法律争议点及其相关事实进行理解时的难易程度、提出的专家证言的多少以及需要向陪审讲解的详细程度;第三,对案件争议点进行分解的难易程度。可以说,美国版的“抽象分离法”之所以会采用专家的观点,而非普通观察者(陪审团)的观点来进行实质性相似的判断,也是出于对案件复杂程度的考虑。^[23]在综合衡量案件的复杂程度及陪审团在审理中的作用后,美国实质性相似的判例形成了“类型化”的特点,在涉及一般作品的案件中适用“整体观感法”,而对于涉及计算机程序这类包含了结构、处理顺序、非文字性要素等复杂技术的案件,则适用“抽象分离法”。

综上所述,美国陪审制度对实质性相似判断方法的影响体现在两个方面,法官和陪审团在审理中的不同职能使得实质性相似判断形成了“先过滤、后比较”的特点;而陪审制度在不同案件中的适用情况则促使法院根据案件的复杂程度发展出“类型化”的判断方法。

(四) 美国实质性相似判断方法的局限性

在进行实质性相似判断时,思想表达二分法、市场替代性是重要的考虑要

[21] See Arnold, A Historical Inquiry into the Right to Trial by Jury in Complex Civil Litigation, 128 U. Pa. L. Rev. 829(1980).

[22] In re Japanese Elec. Prod. Antitrust Litig., 631 F. 2d 1069(3d Cir.1980). 该案件中,以松下电器为首的14个家电制造商因涉嫌违反倾销法,被美国当地的 Zenith 无线广播公司及 NUE 公司起诉并要求15亿美元的损害赔偿。在进入庭审程序之前,被告以案情复杂为由,提出申请要求陪审不参与本案的审理。其申请理由包括:涉案行为的时间跨度达30年之久,且涉及世界各地的97家公司;向法院提出的证据长达10万余页,而对其内容进行理解则需要会计学、经济学、市场营销等方面的专业知识;日本方面的诸多证言和记录是以日语提出的;诉讼时间需花费1年等。

[23] Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc., 797 F.2d 1222(3d Cir.1986), cert. denied, 479 U.S. 1031(1987). 该案法院认为,在涉及复杂的计算机软件的实质性相似判断中适用普通观察者测试并不妥当。

素。但是,具体应在哪个阶段对这些要素予以考虑分析,不同的判断方法中考虑的顺序也各有不同。受陪审制度的影响,美国版“整体观感法”和“抽象分离法”均采用“先过滤、后比较”的判断路径,它们对上述要素的分析顺序是先适用思想表达二分法,再考虑市场替代性。^[24] 这种分析顺序实际上间接导致了美国实质性相似判断方法的局限性。

首先,由于陪审制度的存在,美国的“整体观感法”在运用普通观察者测试进行实质性相似判断前,设置了可以听取专家意见的分析阶段。从表面上看,美国版“整体观感法”两个阶段的分析可谓各有侧重,第一阶段重点考虑思想表达二分法,第二阶段则是从普通观察者的视点对市场替代性进行判断。但是,在以 Arnstein 案和 Krofft 案为代表的“整体观感法”中,存在着两个判断阶段本质上难以融合的问题。^[25] 在第一阶段,陪审团或法官需要在理解专家证言的基础上对作品进行分析,而第二阶段则要求陪审团将专家证言置之脑后,仅从普通观察者视点进行判断,但是,能够如此灵活应对证据要求的“理想的陪审团”在现实中是不存在的。^[26] 具体而言,Arnstein 案的判决中,虽然在第一阶段的判定(被告是否复制了原告作品)时采用了专家证言,但是在第二阶段的判断(该复制是否为不当盗用)中则禁止了专家证言的适用;Krofft 案与 Arnstein 案类似,专家证言可以在第一阶段的外部测试中适用,但其影响却不及于真正作出实质性相似判断的第二阶段的内部测试。Shaw 案的判决明确了从普通观察者视点进行比较的对象是表达而非作品整体,但是,要求陪审团作为普通观察者在仅比较表达的同时,还要以“整体”的观感和印象为标准进行实质性相似判断,最后往往会导致在判断时被比较的内容不仅仅是受保护的表达,还包括了不受保护的其他内容。

其次,美国的“抽象分离法”主要在涉及计算机程序等复杂作品的案件中适用,考虑到作品的专业性,在事实认定中也可以运用专家证言等分析方法。

[24] 在我国有学者认为著作权保护范围的确定是侵权判定的前提,即实质性相似规则的具体适用应以思想表达二分法为前提条件(前引[6],许波,第 29 页;孙松:《论著作权实质性相似规则的司法适用——以琼瑶诉于正案为视角》,载《中国版权》2016 年第 1 期),有些学者认为,普通读者是判断两部作品是否构成实质性相似的最终标准(前引[2],第 44 页。崔国斌:《著作权法:原理与案例》,北京大学出版社 2014 年版,第 668 页)。这些观点多少受到了美国判例中“先过滤、后比较”判断方法的影响。

[25] 例如,Lemley 教授指出,如果严格适用“整体观感法”,那么在无需就复制行为的存在进行推论的情况下,由于不再需要第一阶段的测试,直接进入了第二阶段的测试,如此一来,法院必须在没有专家证言的状态下对实质性相似作出判断。就结果而言,很有可能导致在没有区别需要保护的要素和无须保护的要素的情况下,就被认定为侵权的问题。See Mark Lemley, *Our Bizarre System for Proving Copyright Infringement*, 57 *J. Copyright Socy. USA* 738, 739(2010).

[26] See Leaffer, *supra* note 9, § 9.05 [C].

这实际上放宽了普通观察者测试对专家证言的要求,使得“抽象化—过滤—比较”三个阶段能更好地衔接起来,也避免了“整体观感法”中可能存在的模糊思想和表达而将它们一并比较的问题。这种方法,虽然忠实地遵循了思想表达二分法,但在市场替代性的考虑方面则略显不足。其理由在于,从原告作品中抽象、分离出著作权法所保护的表达在先,再将比较的核心聚集于过滤后的表达之上,在实际判断中很可能会过度地缩小著作权法的保护范围,难以正确评估被告作品对原告作品市场的替代性影响。

综上所述,美国的“整体观感法”和“抽象分离法”在一定程度上受到美国陪审制度的影响,体现出“先过滤、后比较”及“类型化”的特点,而这些特点使得美国的实质性相似测试方法在实际判断中对思想表达二分法及市场替代性两个考虑因素各有侧重,但也难以兼得。

三、日本的实质性相似判断方法

与美国不同,日本属成文法国家,以制定法为其法源的主要形式。但是值得注意的是,日本的法律制度兼容了大陆法系和英美法系的特点,^[27]判例虽然不是其制度上的法源,但通常被认为具有事实上的先例约束力。^[28]

日本的判例原则上由最高裁判所在案件审理的过程中作出,具体而言,是指最高裁判所在判决理由中列出的、对案件的解决不可或缺、且具有先例约束力的法律判断的部分(日本《裁判所法》第10条第3项及《民事诉讼法》第381条第1款)。但是,判例的先例约束力并不要求法官在之后的案件审理中一成不变地遵循先例。面对类似案件,法官通常会对判例中所述的普遍理论部分及具体案件适用的部分进行对比,并就理论的整合性、判例适用的合理性及妥当性、判决的后续影响等进行综合考虑。如此这般,通过对判例的分析适用,判例的先例约束力的范围也在实际适用及调整中逐步确立起来。^[29]

但是,对于涉及著作权侵权案件中实质性相似是否成立的判决,受上告制

[27] 章程:《日台民法学坛过眼录》,《北航法律评论》2015年第1辑,第233—242页。另外,有关日本判例制度的研究,解亘:《日本判例制度》,《华东政法大学学报》2009年第1期;于佳佳:《日本判例的先例约束力》,《华东政法大学学报》2013年第3期。

[28] [日]田中英夫编著:《実定法学入門》(第三版),东京大学出版社1974年版,第198页;[日]樋口一:《判例の拘束力・考》,芦部信喜、清水睦主编:《日本国憲法の理論》,有斐阁1986年版,第675页;[日]佐藤幸治:《現在国家と司法権》,有斐阁1988年版,第383页。

[29] [日]飯村敏明:《判例の読み方と先例拘束力について——商標の類否を中心として》,松田治躬先生纪念论文集刊行会主编:《松田治躬先生古稀記念論文集》,东洋法规出版2011年版,第17—18页;[日]三村量一:《判例の規範定立機能について》,《知财管理》2011年第9期。

度的限制,最高裁判所在决定是否受理上诉案件时,大多选择不予受理;^[30]即使受理了,在支持原审判决的情况下最高裁判所也很少给出理由。因此,这类案件很难在真正意义上成为先例,而能在最高裁判所民事判例集(以下简称“民集”)上刊载的就更是凤毛麟角。^[31]相对的,最高裁判所受理并推翻原审判决的情况下,通常会给出法律判断和判决理由,这样的案件则较有可能成为先例。

迄今为止,涉及著作权侵权的实质性相似要件的最高裁判决中,由民集刊载的案件仅有两件,即[最判昭和 55.3.28]民集 34 卷 3 号 244 页[讽刺模仿案](以下简称“讽刺模仿案最高裁判决”)及[最判平成 13.6.28]民集 55 卷 4 号 837 页[江差追分案](以下简称“江差追分案最高裁判决”)。^[32]

(一) 日本最高裁判所

日本著作权法并没有关于实质性相似要件明确规定,该要件主要是通过最高裁判所的判例法理得以确立的。在江差追分案中,被告 NHK 制作了电视节目《北海道特别篇·遥远欧亚大陆的歌声——追寻江差追分之源》,该节目旁白部分的内容与原告创作的纪录文学作品《迎着北方的波涛歌唱》中的解说词有一定的相似性,双方就被告的行为是否构成侵权产生了争议。最高裁判所在判决中的普遍理论部分作了如下阐述:

文字作品的改编(《著作权法》第 27 条)指的是,以既存的作品为依据,并且在保持了既存作品表达上的本质特征同一性的同时,对具体的表达进行修正、增减、变更,从而通过在新作品中对思想或者情感进行独创性表达,使得接触到该作品的观众或读者能够直接感知到既存作品表达上的本质特征的创作行为(判旨①)。此外,由于《著作权法》所保护的是对思想及情感进行的具有独创性的表达(《著作权法》第 2 条第 1 款第 1 项),根据既存作品创作出来的新作

[30] 日本的司法裁判采取的是三审制。但是,考虑到日本最高法院裁判资源的稀缺性(只有 15 位法官),日本民事诉讼法上为上诉设置了很高的门槛,即只有三种情形当事人才可以上诉:(1) 原判决对宪法的解释有误或者存在违宪的其他问题;(2) 形成判决的诉讼过程存在对程序规定的重大违反;(3) 原判决存在对其他法令的重大违反。关于最后一点,日本民事诉讼法进一步明确规定:原判决存在其判断与最高法院的判例相抵触(或在无最高法院判例的情形与大法院的判例或高等法院的判例相抵触)的情形,构成绝对的上告理由(日本《民事诉讼法》第 318 条)。前引[27],解亘,第 91—92 页。

[31] 日本的民事判例主要收录于民集中。民集所收录的判例,则是由最高裁判所 7 人以下的裁判官为委员、调查官及事务总局的职员为干事组成判例委员会,每月召开一次会议,对具有判例价值的判决进行选编,并就判决事项、判例要旨、依据的法律条文等进行审议后,决定判例的登载刊行。参见[日]中野次雄主编:《判例とその読み方》三订版,有斐阁 2009 年版,第 105—106 页。

[32] 其他案件如,最判昭和 53.9.7 民集 32 卷 6 号 1145 页[东京雨夜](以下简称“东京雨夜案最高裁判决”)也在民集刊载,但是严格来说,该案主要涉及的是“接触”的要件问题。

品,如果仅仅是在思想、情感、观念、事实或事件等本身就不属于表达的部分,或者是在没有独创性的表达部分,与既存作品有着同一性的情况下,该新作品不应被视为改编(判旨②)。

在最高裁判所的上述普遍理论中,判旨①涉及的“本质特征的直接感知性”这一判断标准并非首创,其可以追溯到“讽刺模仿案最高裁判判决”。讽刺模仿一案中,原告拍摄了滑雪运动员从雪山滑下,在雪坡上留下几道滑雪轨迹的场景,并制作成彩色照片;而被告则将原告照片的部分画面裁剪复制成黑白画面,在画面的右上方(雪坡顶部)添加上汽车轮胎的图像制作成合成照片,并将该照片在周刊杂志及自制的相片集中刊载;双方就被告的行为是否侵害了原告的著作人身权产生了争议。针对这一问题,最高裁判所认定,由于从被告的合成照片中可以直接感知到原告作品的本质特征,被告侵害了原告的同一体保持权。值得注意的是,讽刺模仿一案所要解决的中心问题是旧《著作权法》中著作人身权(旧《著作权法》第18条第1款)问题,而非现行《著作权法》第27条所涉及的改编权问题。但是即便如此,此案之后,涉及复制权、改编权等著作财产权的案例也大都遵循了“本质特征的直接感知性”这一判断标准。

在“江差追分案最高裁判判决”中,最高裁判所在判旨①中提及了“本质特征的直接感知性”标准后,接着在判旨②中明确了“独创性表达的相似性”标准。但是,对于既存作品的“表达上的本质特征”到底是什么、从哪些部分可以直接感知到“表达上的本质特征”的问题,以及判旨①中“本质特征的直接感知性”与判旨②中“独创性表达的相似性”之间有着怎样的理论关系等问题,江差追分案最高裁判判决并未进行明确的阐述。可以说,在该判决之后,著作权侵权案件中如何进行实质性相似的判断方面仍留有一些亟待解决的问题。^[33]因此,日本学术界对于判旨①和判旨②之间的理论关系存在着不同的理解方式,形成了两种主要学说,即“独创性表达一元论”和“本质特征独立意义论”。

首先,在对江差追分案最高裁判判决中实质性相似判断方法的评释中,日本较为主流的学说是“独创性表达一元论”。^[34]该学说认为判旨①并没有独立的意义,在实际判断中应当把“本质特征的直接感知性”与“独创性表达的相似性”等同起来进行理解。论其原因,一方面,就外在作用而言,“本质特征的

[33] 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》2010年第30号,第240—241页。

[34] [日]田村善之:《著作権法概説》,有斐阁2001年版,第60—61页;[日]駒田泰士:《著作物と作品概念の異同について》,《知的財産法政策学研究》2006年第11号,第148—155页;[日]上野達弘:《ドイツ法における翻案——“本質的特徴の直接感得”論の再構成》,载《著作権研究》2008年第34号,第44—49页。

直接感知性”这一标准源自前述讽刺模仿案最高裁判决,既然有先例在前,为保证其连续性,将其在判旨①中予以明确,无非是起到了一个前置引言的作用。^[35]另一方面,就内在含义而言,“表达上的本质特征”这一描述虽然由“表达”和“本质特征”两个要素构成,但是如果将“本质特征”替换成“具有独创性的部分”来理解的话,实际上,“表达上的本质特征”所意指的就是“独创性表达”。^[36]

“独创性表达一元论”的合理性在《著作权法》的定义条款上也有所体现,即日本《著作权法》所保护的對象,是将思想或情感以具有独创性的方式表达出来的作品(《著作权法》第2条第1款第1项)。因此,在考虑著作权的权利范围时也应重视独创性的要素,如果作品中具有独创性的表达部分并没有被他人盗用(例如,只是借用了作品中所传达的观念想法,或者只是借用了非独创性的表达部分),则并不存在侵权;反之,如果是盗用了他人作品中具有独创性的表达部分,无论其他附加部分内容的多寡,应该肯定侵权行为的成立。^[37]

其次,日本近期发展起来了另一种较为有力的学说,即“本质特征独立意义论”。^[38]该学说认为“本质特征的直接感知性”与“独创性表达的相似性”在实质性相似判断中发挥着不同的作用,不应将它们等同而视。具体而言,在确定是否存在“独创性表达的相似性”后,仍需要对“本质特征的直接感知性”进行判断。因此,即便原告作品和被告作品的相似部分确实属于独创性表达的情况下,也不能直接肯定实质性相似的成立,而是需要进一步对其本质特征的直接感知性进行判断。其理由是,日本现行《著作权法》中并没有类似于“合理使用”的一般规定,因此完全依靠限制规定也不能很好地解决诸如讽刺模仿案这一类案件。那么,比较理想的解决办法便是对著作权的权利范围进行一定的调整解释,通过对“本质特征的直接感知性”标准来保护一定的“合理使用”。^[39]

在实质性相似判断中采用不同的判断方法有时会导出不一样的结果。例

[35] [日] 田村善之:《著作権の保護範囲に関し著作物の“本質的な特徴の直接感得性”基準に独自の意義を認めた裁判例(1)——釣りゲータウン2事件》,《知的財産法政策学》2013年第41号,第104—105页。

[36] 前引[34],上野達弘,第47页。

[37] 前引[33],第241—242页。

[38] [日] 高部真規子:《判例からみた翻案の判断手法》,《著作権研究》2008年第34号,第4—27页;[日] 横山久芳:《翻案権侵害の判断構造》,野村豊弘、牧野利秋主编:《現代社会と著作権法》,弘文堂2008年版,第281—303页;[日] 前田健:《類似性と二次創作》,《神戸法学雑誌》2016年第2期,第1—42页。

[39] 前引[38],高部真規子,第17—18页。

如,在一张大幅海报上画上一个较小的哆啦 A 梦,并在其周围添加上诸多独创性表达后,该作品中的哆啦 A 梦变得不显眼,若不经认真观察指认便难以辨认出来。对于这样的作品,如果根据“独创性表达一元论”来进行判断,只要哆啦 A 梦的独创性表达部分在作品中有所体现,无论其他部分所占比例的多寡,都应对实质性相似的存在予以肯定。但是,如果采用“本质特征独立意义论”,则很容易得出相反的结论——由于在大幅海报中添加了较多的独创性表达,就海报整体而言,哆啦 A 梦的本质特征已经不再明显,不能被直接感知到,因此,该海报作品并不具有相似性。^[40]

(二) 日本版的“过滤测试法”

日本的“独创性表达一元论”和“本质特征独立意义论”具有如下两个特点。

第一,两学说的共同点在于都采用了“过滤测试法”来判断原被告作品的相似部分是否属于独创性表达。日本版“过滤测试法”是一种“先比较、后过滤”的方法,与美国版“整体观感法”及“抽象分离法”所采用的“先过滤、后比较”的方法有着较大的区别。其原因在于,日本的民事审判中并不适用美国式的陪审制度,因此法官可以就著作权侵权中的法律问题及事实问题作出判断。可以说,美国陪审制度的存在使陪审的审理对象限定为事实问题,从而在客观上要求在陪审团的比较阶段前完成对思想与表达的区分,而日本虽然有类似的裁判员制度,但是该制度仅在涉及重大刑事审判的情况下予以适用,^[41]普通民事审判中则并不存在要求先进行事实认定后确定法律适用这样的程序限制。

第二,就形式而言,对于江差追分案最高裁判判决中的“本质特征的直接感知性”是否具有独立意义这一问题,两学说存有分歧。实质上两学说之间的分歧更体现在对于市场替代性这一要素应该放在哪个阶段进行考虑这一问题的不同理解上。具体而言,“独创性表达一元论”认为,只需在确认原被告作品的相似部分时,从使用该作品的消费者的角度来对市场替代性进行考量即可;而“本质特征独立意义论”则主张,应该在对“本质特征的直接感知性”作出判断

[40] 肯定“本质特征直接感知性”具有独立意义的基础上,也有学者认为,如果将认定改编权侵权行为的必要性和作品的鉴赏价值进行比较,由于哆啦 A 梦的部分可以从海报中分离出来并且被感知到,其仍然具有可被利用的鉴赏价值,因此,在该案例中,应该认定作品存在相似性。参见[日]横山久芳:《翻案権侵害の判断基準の検討》,载《コピーライト》2012年第609号,第8页。

[41] 根据日本《关于裁判员参与刑事审判的法律》第2条第1款规定,日本裁判员制度适用于审理一审重大刑事案件,即主要包括两类:一是被判处死刑、无期徒刑或应判监禁之罪的案件;二是因故意犯罪导致被害人死亡的被处以1年以上刑罚的案件。

时,对市场替代性、鉴赏价值等要素一并进行考虑。

那么,在日本的司法实践中,对于实质性相似的判断又呈现出什么样的趋势呢?通过对日本的案例进行分析整理,可以总结出其判断方法随着时代的变迁主要呈现如下特征。

第一阶段:“两步测试法”为主流的时期(——2001年)。

在2001年的江差追分案最高裁判决之前的很长一段时间,在对著作权侵权进行判断时,日本法院采用的主流方法是将作品性要件与著作权侵权要件分开判断的“两步测试法”。^[42] 该测试方法与美国的“整体观感法”及“抽象分离法”类似,都是“先过滤、后比较”,即先就原告作品内容是否具有独创性进行判断后,再确认被告作品中有没有使用原告作品的独创性表现。

第二阶段:过渡期(2001—2012年)。

以2001年的江差追分案最高裁判决为契机,日本法院采用“过滤测试法”进行判断的案例有所增加。但是值得注意的是,在判断侵权行为是否成立时,江差追分案最高裁判决作出了如下的阐述,“文字作品的改编(《著作权法》第27条)指的是,以既存的作品为依据,并且在保持了既存作品表达上的本质特征同一性的同时,对具体的表达进行修正、增减、变更,从而通过在新作品中对思想或者情感进行独创性表达,使得接触到该作品的观众或读者能够直接感知到既存作品表达上的本质特征的创作行为”,并据此就文字作品相关的改编权侵权行为进行了判断。受最高裁判决的影响,可以说在[知财高判平成24.8.8]判时2165号42页[钓鱼游戏城2控诉审]登场之前,“过滤测试法”的适用主要被限制在文字作品的侵权案件中。^[43] 另一方面,对于非文字作品(如美术作品、音乐作品、摄影作品、电影作品、计算机软件、汇编作品等),仍是在江差追分案最高裁判决论述的一般理论的基础上,采用“两步测试法”进行判断。^[44]

[42] 例如,涉及文字作品侵权的[东京地判平成5.8.30]知裁集25卷2号310页[恶妻物语一审]等,涉及美术作品侵权的[东京地判平成6.4.25]判时1509号130页[日本城堡基础知识]等,涉及摄影作品侵权的[东京高判平成13.6.21]判时1765号96页[水灵灵西瓜二审]等,涉及汇编作品侵权的[东京地判平成12.3.17]判时1714号128页[NTT Townpage]等。

[43] 例如,[东京地判平成17.5.17]判时1950号147页[通勤大学法律课程一审];[东京地判平成22.1.29平成20(ワ)1586[箱根富士屋酒店];[东京地判平成21.12.24]平成20(ワ)5534[律师垃圾一审]等。

[44] 例如,涉及美术作品侵权的[大阪地判平成21.3.26]判时2076号119页[公寓手册]等,涉及音乐作品侵权的[东京高判平成14.9.6]判时1794号3页[纪念树控诉审]等,涉及摄影作品侵权的[东京地判平成20.3.13]判时2033号102页[八坂神社祇园祭]等,涉及电影作品侵权的[知财高决24.3.16]平成24(ラ)10001[弹珠机]等,涉及计算机程序侵权的[东京地判平成15.1.31]判时1820号127页[Quite铁道篇]等,涉及汇编作品侵权的[东京地判平成14.2.21]平成12(ワ)9426[新建公寓数据库]等。

第三阶段：“过滤测试法”为主流的时期(2012年—)。

2012年,随着[知财高判平成24.8.8]判时2165号42页[钓鱼游戏城2控诉审]的登场,“过滤测试法”的适用被扩大到游戏画面等非文字作品的著作权侵权案件中。此后,在著作权侵权行为相关的案件中适用“过滤测试法”进行判断逐渐成为主流。^[45]

综上所述,就著作权侵权行为成立与否的判断方法,日本经历了从“两步测试法”到“过滤测试法”转变的过程。从理论上来说,只要运用得当,无论采用其中哪种方法进行判断,就著作权侵权的判断要件而言并没有什么改变,但是如果涉案作品仅在与独创性表达部分无关的内容上有所相似,为防止在此类情况下过分肯定侵权行为的成立,适用“过滤测试法”进行判断会更为妥当。从这个意义上来说,对于江差追分案最高裁判决中明确采用“过滤测试法”作出的实质性相似判断,应给予积极的评价。

四、我国的实质性相似判断方法

目前,我国的《著作权法》并没有明确规定著作权侵权的成立要件,最高人民法院的《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》中也尚未给出实质性相似判断的指导。

(一) 我国的“整体观感法”与“抽象分离法”

在我国的司法实践中,法院在进行著作权侵权判定时,主要采用“整体观感法”和“抽象分离法”作为实质性相似的判断方法。但是,与美国和日本相比,我国的判断方法并不具有“类型化”的特点。

具体而言,第一,对于同一种类型的作品,各级法院所采用的判断方法不同。^[46]以涉及文字作品侵权与否的案件为例,在庄羽诉郭敬明案中,围绕被告创作的小说《梦里花落知多少》与原告的小说《圈里圈外》是否构成实质性相似这一问题,北京市高级人民法院认为,将两本作品整体上进行对比,被告作品中主要人物及其情节与原告作品中的主要人物及情节存在众多雷同之处,因此,被告作品与原告作品整体上构成实质性相似。^[47]而在李鹏诉石钟

[45] 例如,涉及文字作品侵权的[东京地判平成25.3.14]平成23(ワ)33071[风中摇曳的墓碑一审]等,涉及美术作品侵权的[东京地判平成25.11.22]平成25(ワ)13598[归乡]等,涉及电影作品侵权的[东京地判平成25.3.25]平成24(ワ)4766[谈人生]等,涉及计算机程序侵权的[知财高判平成28.4.27]判时2321号85页[接触角计算程序]等,涉及汇编作品侵权的[东京地判平成26.3.14]平成21(ワ)16019[旅游 nesPro]等。

[46] 前引[2],第38—39页。

[47] 参见北京市高级人民法院(2005)高民终字第539号民事判决书。

山案中,对于被告创作的小说《地下,地上》与原告创作的小说《潜伏》是否构成实质性相似,北京市第二中级人民法院认为,要判断文学作品之间的表达是否实质性相似,首先要区分作品的思想与表达,从而准确地确定作品受到著作权法保护的范围。^[48]显然,在文字作品的实质性相似判断中,前者采取的是“整体观感法”,而后者采取的是“抽象分离法”。

第二,在同一案件中,一审法院和二审法院所采用的判断方法不同。^[49]以涉及书画作品侵权与否的案例为例,在任新昌诉李孝本案中,原告采用书法与绘画相融合的方法,创作出草书“寿”字与“猴”型相结合的字画艺术作品,双方就被告发表的“太极猴寿”书画作品是否侵犯原告作品的著作权产生争议。西安市中级人民法院认为,被告作品虽然融入了个人思想、感情和选择,但与原告作品相比较,并没有脱离原作的形式,因此是对原作的复制,不能成为著作权法意义上具有独创性作品,依法不应享有著作权。^[50]而陕西省高级人民法院则认为,被告作品与原告作品在猴头、猴身、猴尾的造型、姿态、可视性、视觉美感性等表现形式上存在不同之处,被告的作品表现形式已经具有了著作权意义上的独创性,因此,被告作品并不侵犯原告作品的著作权。^[51]此案中,一审法院采用了“整体观感法”,而二审法院采用了“抽象分离法”。

“整体观感法”与“抽象分离法”在我国的司法实践中占据了主流地位,其局限性也偶有被论及。例如,有法官指出,“整体观感法”主要强调阅读者对作品的整体感受,主观性较强,且不详细区分作品中不同创作元素的著作权法属性,因此难免会将不属于著作权客体的内容纳入著作权保护范围,从而不适当地扩大了著作权的保护范围。^[52]另外,也有法官指出,“抽象分离法”的局限在于,它在排除不受保护的元素时,容易忽视那些由不受保护元素的独创性选择或编排而形成的应受保护的客体。^[53]尽管能够认识到美国版测试方法的内在局限性,但是实际的司法实践仍拘泥于“整体观感法”和“抽象分离法”二选一的思维模式。笔者认为,这样的问题之所以会产生,是由于在对实质性相似的判断方法进行选择时,没有充分考虑到美国不得不采用“整体观感法”和“抽象分离法”的制度背景,以及中美两国法律制度基础间的根本差异及其影响。

[48] 参见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。

[49] 卢海君:《论作品实质性相似和版权侵权判定的路径选择——约减主义与整体概念和感觉原则》,《政法论丛》2015年第1期。

[50] 参见西安市中级人民法院(2007)西民四初字第213号民事判决书。

[51] 参见陕西省高级人民法院(2008)陕民三终字第16号民事判决书。

[52] 前引[6],许波,第33—34页。

[53] 前引[6],朱理,第78页。

如前所述,美国的“整体观感法”和“抽象分离法”在一定程度上受到美国陪审制度的影响,体现出“先过滤、后比较”及“类型化”的特点。但是,在著作权侵权判断中,我国并不存在先进行事实认定后确定法律适用的程序限制。虽然我国的人民陪审员制度与美国陪审制度都被称为“陪审制”,但在适用范围、职权分工、选人程序等方面截然不同。例如,在陪审制度的适用范围方面,^[54]由于加入WTO的需要,最高人民法院对知识产权民事案件的管辖进行了规范,即在一般情况下,知识产权民事案件的一审由中级人民法院进行管辖。因此,按照现行知识产权集中管辖和专属管辖的规定,绝大多数基层法院是不能审理知识产权民事案件和在本辖区有重大影响的知识产权刑事和行政案件的,从而影响了陪审制在知识产权审判中的应用。^[55]另外,在陪审员的职权方面,我国人民陪审员在行使审判权方面与法官不分轩輊,能够自始至终地参与一个案件的审理,且对事实认定与法律适用独立行使表决权。^[56]但在司法实践中,由于人民陪审员缺乏法律专业知识与审判技巧,使得在审理案件的过程中人民陪审员往往处于被动地位,从而出现“陪而不审”的现象。^[57]因此,法官在著作权侵权判断中自始至终起着主导作用,对法律问题和事实问题进行统一审理。

(二) 我国的“三步检验法”

近年来,我国的法院在案件审判中也并未拘泥于适用“先过滤、后比较”的“整体观感法”或“抽象分离法”,也出现了适用“比较—过滤—比较”的中国版“三步检验法”的案例,如上海市第一中级人民法院就华严公司诉上海沪剧院一案作出的判决。^[58]在该案中,被告上海沪剧院的沪剧剧本《胭脂盒》与原告小说《胭脂扣》在作品名称、主人公、人物关系、场景、情节等方面有相似之处,双方就被告是否侵害了原告享有的作品改编权产生了争议。上海市第一中级人民法院在就双方作品是否构成实质性相似进行判断时,适用了如下“三步检

[54] 《关于完善人民陪审员制度的决定》第二条规定,我国适用人民陪审员的案件包括两种:一种是社会影响较大的刑事、民事、行政第一审案件;另一种是刑事案件被告人、民事案件原告或者被告、行政案件原告申请由人民陪审员参加合议庭审判的第一审案件。

[55] 孙永红:《陪审制在知识产权审判中的作用评析——兼谈专家陪审制的完善》,《科技与法律》2008年第5期。

[56] 《关于完善人民陪审员制度的决定》第一条规定:“人民陪审员依照本决定产生,依法参加人民法院的审判活动,除不得担任审判长外,同法官有同等权利。”同时,第十一条第一款规定:“人民陪审员参加合议庭审判案件,对事实认定、法律适用独立行使表决权。”

[57] 李昌道、董茂云:《陪审制度比较研究》,《比较法研究》2003年第1期;刘燕:《中美陪审制的比较及对我国人民陪审员制度的完善》,《理论导刊》2007年第4期。

[58] 参见上海市第一中级人民法院(2012)沪一中民五(知)终字第112号民事判决书。

验法”：首先，确定两部作品的相似之处属于作品的思想还是表达；其次，确定两部作品相似的表达是否属于独创性表达；再次，比较独创性表达在两部作品中是否构成实质性相似。^[59]

上海市第一中级人民法院所采用的“三步检验法”与美国版“整体观感法”及“抽象分离法”也有着较大的区别：一是比较的顺序不同。美国版“整体观感法”和“抽象分离法”遵循的是“先过滤、后比较”方式，即先对原告作品中不受保护的要素与受保护的要素予以区分，过滤掉不受保护的要素后，再将原告作品与被告作品进行比较，判断是否构成实质性相似；而我国的“三步检验法”则是采用“比较—过滤—比较”交替进行的测试方式，即先比较原被告作品，确定相似之处，在相似成分中剔除在先作品中的思想部分、惯常性的表达部分，再判断相似的独创性表达成分是否足以构成实质性相似。二是整体比较的方法不同。由于美国的“整体观感法”在最后的比较阶段禁止了专家证言的使用，其往往难以在明确区分受保护内容的基础上作出整体比较；而我国的“三步检验法”则更注重在分析确认独创性表达的基础上，对原告被告作品进行综合性的整体比较。

我国法院在司法实践中并没有照搬“整体观感法”或“抽象分离法”，而是另辟蹊径运用了上述的“三步检验法”进行判断，这对于确立符合我国国情的实质性相似判断方法而言是有意义的尝试。^[60]但是，“三步检验法”在以下两个方面仍有值得完善之处。

第一，在第三阶段中进行整体比较的目的不甚明确。出于在市场层面对著作权排他性进行保护这一政策背景，美国在实质性相似判断中积极地适用了“整体观感法”。的确，从“市场替代性”的观点来看，将比较原被告作品相似性的任务交由消费者，让他们作出自然的判断应是较为妥当的。我国的“三步检测法”与美国的“整体观感法”并不相同。美国的“整体观感法”是在不区分作品中思想与表达的基础上，由作为普通观察者的陪审员来对原告被告作品进行整体比较。与此相比，我国的“三步检测法”则是在确认独创性表达的基础上，对作品进行整体比较。可以说，我国的比较方法并不能很好地评价被告作品对原告作品市场所带来的影响。^[61]

[59] 胡震远、朱秋晨：《改编作品的三步检验法》，《人民司法》2013年第8期。

[60] 在华严公司诉上海沪剧院案的影响下，我国法院在其后的一系列案件中也采取了“三步检验法”，例如曹艳玲诉李梅等案（参见北京市怀柔区人民法院（2014）怀民（知）初字第05092号民事判决书）。

[61] [日]奥部弘司：《翻案権侵害における全体比較論——米国における実質的類似性判断手法の紹介と若干の検討》，*Law & Technology* 2015年第66号，第30页。

第二,缺乏可预见性。我国的“三步检验法”在确定原被告作品的独创性表达方面具有相似性的情况下,仍需要对两部作品在整体印象方面是否类似、被告作品是否使用了原告作品的核心内容等因素进行综合考虑。例如,在郭强诉上海电影(集团)有限公司案中,上海市徐汇区人民法院认为:“两部作品虽然在独创性表达上有几点相似之处,从电视剧《天涯歌女》中也可隐约看到剧本《金嗓子周璇》所塑造的一些人物形象的影子,但由于两部作品在承载剧情主要内容的基本表达上出现了重大差异,上述几点相似之处均非基本表达的相似,更多体现为借鉴而不是演绎。因此,本院认为电视剧《天涯歌女》和剧本《金嗓子周璇》不存在实质性相似。”^[62]该测试方法虽然给实质性相似的判断带来了灵活性,但同时也模糊了著作权的保护范围,具有一定的不确定性。

(三) 我国的“过滤测试法”

那么,我国应当采用何种测试方法来对实质性相似进行判断呢?这与我国《著作权法》所保护的作品的意义密切相关。我国《著作权法》第3条以概括方式列举了作品的种类,而作品的定义方面却并无明文规定。^[63]但国务院制定颁布的《著作权法实施条例》第2条规定:“著作权法所称作品,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创作成果。”根据该规定,《著作权法》所保护的作品应满足两个要件:①应属于文学、艺术和科学领域内的智力成果;②应具有“独创性”和“可复制性”。其中,应注意要件②的“可复制性”与美国《著作权法》第102条(a)规定的“固定性”之间的区别,^[64]“可复制性”要求该作品应是“能够被他人客观感知的外在表达”。^[65]其理由在于,作品是沟通作者内心世界和客观外部世界的桥梁,思想感情或“腹稿”如果没有通过一定语言、艺术或科学符号形式表达出来,就无法使社会公众加以阅读、欣赏或感知,也就没有任何社会价值,无法被复制和传播。^[66]由此看来,“可复制性”也可以被视为对作品“外在表达”的要求。要件②的“独创性”和“可复制性”实际上指的就是著作权所保护的“独创性表达”。

在最高人民法院于2017年3月6日公布的第16批指导案例之张晓燕诉雷献和等一案中,法院先明确《著作权法》的保护对象是独创性表达之后,再以

[62] 参见上海市徐汇区人民法院(2013)徐民三(知)初字第35号民事判决书。

[63] 李扬:《知识产权法总论》,中国人民大学出版社2008年版,第44页。

[64] 丛立先:《国际著作权制度发展趋向与我国著作权法的修改》,知识产权出版社2012年版,第139页。

[65] 王迁:《知识产权法教程》,中国人民大学出版社2016年版,第25页。

[66] 同上[65]。

独创性表达为标准对作品的保护范围即实质性相似的问题作出判断。该案中,被告拍摄的电视剧《最后的骑兵》(以下简称“雷剧”)与根据原告创作的剧本拍摄的电视剧《高原骑兵连》(以下简称“张剧”)有诸多雷同之处,主要人物关系、故事情节及其他方面相同或近似,双方就被告剧本及电视剧是否侵害原告剧本及电视剧的著作权产生了争议。山东省高级人民法院认为:“我国著作权法所保护的是作品中作者具有独创性的表达,即思想或情感的表现形式,不包括作品中所反映的思想或情感本身。”“在判断‘雷剧’与‘张剧’是否构成实质相似时,应比较两部作品中对于思想和情感的表达,将两部作品表达中作者的取舍、选择、安排、设计是否相同或相似,而不是离开表达看思想、情感、创意、对象等其他方面。”“整体而言,‘雷剧’与‘张剧’具体情节展开不同、描写的侧重点不同、主人公性格不同、结尾不同,二者相同、相似故事情节在‘雷剧’中所占比例极低,且在整个故事情节中处于次要位置,不构成‘雷剧’中的主要部分,不会导致读者和观众对两部作品产生相同、相似的欣赏体验,不能得出两部作品实质相似的结论。”^[67]

粗略一看,很容易被“二者相同、相似的故事情节在‘雷剧’中所占比例极低”“不会导致读者和观众对两部作品产生相同、相似的欣赏体验”这样的表述所迷惑,认为该案与前述的华严公司诉上海沪剧院案一样,采用了“比较—过滤—比较”的“三步检验法”。实际上,对该案具体案件情况进行分析后即可发现,法院认定实质性相似不成立的理由在于,两部作品的相似部分仍停留在思想层面(例如,“根据同一历史题材创作的作品中的题材主线、整体线索脉络,是社会共同财富,属于思想范畴。”)或是相似部分属于惯常表达(例如,“从语言表达看,‘雷剧’中‘做个自由的牧羊人’与‘张剧’中‘做个牧羊人’语言表达基本相同,但该语言表达属于特定语境下的惯常用语,非独创性表达。”),因此,这些相似部分都不是“独创性表达”。

由此可见,张晓燕诉雷献和等一案中法院所采用的判断方法,其实是先通过比较原被告作品来确定相似部分后,再对其相似部分是否属于独创性表达进行判断的“过滤测试法”。^[68]即,首先,确定两部作品的相似内容;其次,确定两部作品相似内容是否具有独创性;最后,确定两部作品的相似内容是否属于独创性表达。以下主要就“过滤测试法”的具体适用进行简要分析。

[67] 参见山东省高级人民法院(2011)鲁民三终字第194号民事判决书。

[68] 在北京九歌泰来影视文化有限公司诉中国人民解放军总政治部话剧团等案中,法院也采用了“过滤测试法”。参见北京市第一中级人民法院(2002)一中民初字第8534号民事判决书。

第一阶段：确定两部作品的相似内容。

我国著作权侵权案件的相关司法实践中,原告对被告提起诉讼的主要原因之一是原被告作品之间存在着一定的“相似”。暂且不论该“相似”到底属于独创性表达的“相似”还是思想上的“相似”,原被告双方往往围绕一定的“相似”产生纠纷。因此,第一阶段首先需要对原告作品和被告作品进行比较,提取出两者的相似内容。但值得注意的是,第一,由于在实质性相似成立的情况下,被告作品可能会对原告作品产生替代性,从而损害原告作品的市场,削减作者的创作意欲和动力。因此为保护著作权人的作品市场及《著作权法》对创作的激励效果,在确定原被告作品的相似内容时,原则上应当以读者、观众等消费者的观点为标准进行对比确定。但是,在涉及计算机程序或作品中包含复杂技术要素的情况下,从消费者的观点难以对作品进行实质比较,则应允许例外地从专家的观点对作品进行比较。第二,该阶段的目的在于通过比较确定原被告作品是否存在事实上的相似,而非对两作品的相似属于思想或表达进行判断。

第二阶段：确定两部作品相似内容是否具有独创性。

在第一阶段提取出原告作品与被告作品的相似内容后,第二阶段需要确定两部作品相似内容是否具有独创性。至于应如何理解独创性,包括我国在内的世界各国均没有在立法上对独创性进行定义或给予解释,这为法官在司法实践中判断作品的独创性带来了困难,也造成判定标准的不稳定性和不统一性。^[69] 学术界关于独创性判断标准的观点也并不一致。^[70] 笔者认为,《著作权法》中所指的独创性,并非意指作品的新颖性、艺术性或学术性,而应理解为,创作出了与他人作品所不同的内容,即是独创性。^[71] 因此,幼儿园儿童所绘的画、小学生的作文,只要与既存表达有所不同,即满足了独创性的要求。将独创性要件进行宽松解释的趣旨在于,由于《著作权法》效力所及的文化领域乃多样性的世界,其与专利法等调整的技术领域不同,无须追求发展的方向性。^[72] 为促进文化的多样性,应对作者创作出不同的表达这一创作活动进行奖励,通过该奖励,世间能有多种多样的作品被创作出来,也更有助于文化的发展。如果以高度的学术性、艺术性作为独创性的要件,那么在面临什么是应予振兴的文化,什么是应被摒弃的文化这一问题时,法官将不得不对此作出鉴

[69] 姜颖:《作品独创性判定标准的比较研究》,《知识产权》2004年第3期。

[70] 乔丽春:《“独立创作”作为“独创性”内涵的证伪》,《知识产权》2011年第7期。

[71] 前引[34],田村善之,第12页。

[72] [日]中山信弘:《マルチメディアと著作権》,岩波书店1996年版,第41—42页。

别选择,但这样的判断并不适合交由法官作出,其结果也会对法的安定性造成损害。^[73]此外,由于文化领域中表达内容重叠的概率并不高,在仅出于偶然的情况下两种表达一致的现象鲜少发生,即使将权利给予那些创作出与众不同表达的创作者,也并不会对其他人的创作活动造成过多的不良影响。^[74]

第三阶段:确定两部作品的相似内容是否属于独创性表达。

在第二阶段确定两部作品的相似内容是否具有独创性后,第三阶段需要确定相似内容是否属于《著作权法》所保护的独创性表达。思想表达二分法明确了《著作权法》的保护范围仅及于表达,而不及于思想,该原则在 TRIPS 协定及各国的著作权法中都有所体现。与保护思想的《专利法》不同,《著作权法》并不保护思想,其原因在于,《著作权法》不仅仅是对市场竞争行为进行规制,也对个人的文化活动有广泛的影响。思想表达二分法将保护的范围限定为具体的表达,承认思想可以被广泛地自由利用,从而在一定程度上防止《著作权法》对思想自由和行动自由产生过度的限制。^[75]至于两部作品的相似部分属于思想还是表达,则应以创作时可供他人选择的表达范围之大小——表达的自由度为标准进行判断。^[76]换言之,如果可供选择的表达方式是有限的,应被视为思想的范围便会扩大,著作权的保护范围则相应缩小;与此相反,如果可供选择的表达方式较为丰富,可以被视为表达的范围扩大,著作权的保护范围也相应扩大。例如,在上述张晓燕诉雷献和等案中,法院认为:“必要场景,指选择某一类主题进行创作时,不可避免而必须采取某些事件、角色、布局、场景,这种表现特定主题不可或缺的表达方式不受著作权法保护;表达唯一或有限,指一种思想只有唯一一种或有限的表达形式,这些表达视为思想,也不给予著作权保护。”关于两部作品的人物设置与人物关系,“作品中都包含三角恋爱关系、官兵上下关系、军民关系等人物设置和人物关系,这样的表现方式属于军旅题材作品不可避免地采取的必要场景,因表达方式有限,不受著作权法保护。”需要注意的是,区分思想和表达的目的是为了保护创作的自由,因此,在对两部作品的相似内容是否属于独创性表达进行判断时,应从创作者或专家的视点进行分析。

[73] 前引[71],刘文杰,第122页。

[74] [日]平嶋竜太、宮脇正晴、蘆立順美:《入門知的財産法》,有斐阁2016年版,第129页(蘆立順美撰写)。

[75] 前引[34],田村善之,第18页。

[76] [日]田村善之:《著作権の保護範囲に関し著作物の“本質的な特徴の直接感得性”基準に独自の意義を認めた裁判例(2)——釣りゲータウン2事件》,《知的財産法政策学研究》2013年第42号,第92页。

我国的“过滤测试法”忠实地反映了独创性表达的相似性,其合理性体现在如下几个方面:第一,兼顾了市场替代性和思想表达二分法两个考虑因素。为保护著作权人的作品市场及《著作权法》对创作的激励效果,在第一阶段确定原被告作品的相似之处时,原则上以普通观察者的视点为标准进行对比确定,但也允许在计算机软件等包含复杂技术的案件中采用专家的意见。同时,为了保护创作的自由,在第二阶段和第三阶段对两部作品的相似内容是否属于独创性表达进行判断时,从创作者或专家的视点对思想与表达进行区分。由于“过滤测试法”是一种“先比较、后过滤”的测试方法,并不存在市场替代性及思想表达二分法两个考虑因素难以兼顾的问题。第二,提高了法院判决的一致性和可预见性。明确《著作权法》的保护对象是独创性表达后,在对其保护范围即实质性相似的问题作出判断时,也应以独创性表达为标准进行考虑。如果独创性表达被盗用,则意味着《著作权法》所保护的作品被他人不当利用,即使盗用的量较少,也仍然构成著作权侵权。我国的“过滤测试法”在判断侵权与否时,先就原被告作品的相似部分是否属于独创性表达作出判断,然后再结合引用著作权的限制规定,针对被告的行为是否构成合理使用(fair use)这一问题进行综合考虑。通过此判断过程,“过滤测试法”克服了“三步检验法”中所存在的缺乏可预见性这一问题,更具有优越性。

五、结论

本文主要从比较法的角度出发,对著作权侵权中实质性相似的判断方法进行了论述。我国的司法实践中,法院在进行著作权侵权判定时,主要采用美国的“整体观感法”和“抽象分离法”作为实质性相似的判断方法。但是,美国的“整体观感法”和“抽象分离法”在一定程度上受到美国陪审制度的影响,体现出“先过滤、后比较”及“类型化”的特点,而该特点又使得实质性相似的测试方法在实际判断中对思想表达二分法及市场替代性两个考虑因素各有侧重,但难以兼得。相较而言,我国在著作权侵权案件中并没有采用美国式的陪审制度,自然无须考虑陪审制度对实质性相似判断的影响。

近年来,我国的法院在案件审判中也并未拘泥于适用“整体观感法”或“抽象分离法”,也出现了适用中国版“三步检验法”的案例。即,首先,确定两部作品的相似之处属于作品的思想还是表达;其次,确定两部作品相似的表达是否属于独创性表达;最后,比较独创性表达在两部作品中是否构成实质性相似。我国的“三步检验法”对于确立符合我国国情的实质性相似判断方法而言是有意义的尝试。但是,它在确定了原被告作品在独创性表达方面具有相似

性的情况下,仍需要对两部作品在整体印象方面是否类似、被告作品是否使用了原告作品的核心内容等因素进行综合考虑。该测试方法,虽然给实质性相似的判断带来了灵活性,但同时也模糊了著作权的保护范围,具有一定的不确定性。

2017年,最高人民法院公布的第16批指导案例中,涉及著作权侵权的张晓燕诉雷献和等一案在进行实质性相似判断时,采用了先确认原被告作品的相似部分,再对相似部分是否属于独创性表达进行判断的“过滤测试法”。即,首先,确定两部作品的相似内容;其次,确定两部作品相似内容是否具有独创性;最后,确定两部作品的相似内容是否属于独创性表达。该测试方法不仅兼顾了市场替代性和思想表达二分法两个考虑因素,而且在著作权侵权案件中,先就原被告作品的相似部分是否属于独创性表达作出判断,然后再就被告的行为是否构成合理使用进行综合考虑,显然,它比“三步检验法”更具有法的安定性及可预见性。