

初始表达理论的检视及其应用

陈绍玲^{*}

摘 要 初始表达未经任何复制、演绎、传播、实施,以其明确作品的权利边界,判断特定表达的可版权性最为科学,是为初始表达理论。根据该理论,初始表达是“特定思想之表达的原始呈现形态”,其内涵包括两点:第一,初始表达是作者意图呈现的思想的表达,不应包含其他思想或思想的表达;第二,初始表达是特定表达完成之时的原始形态,不应是其完成之后被复制、演绎、传播、实施后的形态。表达同一性规则是初始表达理论的具体应用规则,根据该规则,初始表达与再现表达必须具备同一性,否则该初始表达就无法作为作品获得保护,或者再现表达未侵害初始表达的著作权。即使初始表达未被实际创作,也可以根据表达的思想内涵进行还原。在还原过程中,往往只能做到“质”的还原,但无法做到“量”的精确。但只要实现对“质”的还原,就可以根据表达同一性规则明确在后表达是否再现了初始表达,在解决著作权侵权纠纷和可版权性问题的同时避免对思想的保护。

关键词 初始表达理论 表达同一性规则 思想无版权

一、问题的提出

初始表达理论与可版权性问题以及著作权侵权判定问题相关,我国理论界对其并不陌生。近年来,随着“换皮游戏”著作权纠纷讨论的深入,初始表达理论再度引发学界关注,有学者据此提出了一种不同于既有实践的侵权比对法——初始表达比对法。^{〔1〕}在“换皮游戏”现象引

^{*} 华东政法大学教授。本文系2022年上海市社科规划一般课题“新《著作权法》争议条款实施问题研究”(项目编号:2022BFX001)的阶段性研究成果。

〔1〕 参见崔国斌:“视听作品画面与内容的二分思路”,《知识产权》2020年第5期,第39页;类似观点参见陈绍玲:“游戏规则作为游戏整体画面要素受保护的可行性商榷”,《版权理论与实务》2022年第11期,第54—55页。

发各界关注之前,尽管学界对游戏规则及其表达的定性研究不多,但代表性观点认为,根据“思想无版权”的著作权法基本原理,游戏规则的思想无法获得著作权保护,但游戏规则的独创性表达可以获得著作权保护。^{〔2〕}随着“换皮游戏”的大量出现,司法实践对游戏规则著作权纠纷的裁判观点开始发生变化,这种变化与“奇迹 MU”案有关,该案审理法院将游戏画面定性为以类似摄制电影的方法创作的作品(以下简称“类电作品”)。^{〔3〕}随着该案判决日益获得学界和实务界认可,^{〔4〕}司法实践开始出现这样一种倾向:将游戏规则纳入游戏连续画面,并以类电作品、视听作品对游戏连续画面提供保护,^{〔5〕}同时通过游戏整体画面的比对认定“换皮游戏”构成对在先游戏改编权的侵权。^{〔6〕}如“花千骨”案审理法院认定,原告游戏《太极熊猫》的游戏规则的呈现方式是游戏界面布局和界面内容,被告游戏《花千骨》与原告游戏《太极熊猫》在游戏界面布局和界面内容上实质性相似,构成对原告类电作品改编权的侵权。^{〔7〕}“花千骨”案审理法院采用的是整体比对原被告游戏的侵权比对法,即整体比对法。

2020 年《著作权法》修正后,第 3 条规定的作品类别兜底条款,由作品类别的封闭式兜底走向开放式兜底。受此影响,有法院开始放弃游戏规则的视听作品保护模式,转而强调游戏与视听作品的差异,主张使用“符合作品特征的其他智力成果”条款保护包含游戏规则、游戏素材和游戏程序在内的游戏整体。例如在“率土”案中,法院认为游戏连续画面与普通视听作品的画面不同,“电子游戏的独创性体现在游戏规则、游戏素材和游戏程序的具体设计、选择和编排中,并通过游戏画面予以呈现,但是游戏画面的独创性不一定是游戏创作者的贡献,而且游戏规则对于游戏画面的形成起着至关重要的作用,因此不宜将《率土》游戏整体认定为视听作

〔2〕 参见冯晓青、孟雅丹:“手机游戏著作权保护研究”,《中国版权》2014 年第 6 期,第 35 页。即使在“换皮游戏”著作权纠纷发生的早期,法院有关游戏规则的判决也与早期的主流学术观点保持了一致。如在“炉石传说诉卧龙传说”案中,法院认为,原告所主张的卡牌和套牌的组合是游戏规则,游戏规则作为思想无法获得著作权保护,但游戏规则的文字说明作为思想的表达可以获得著作权保护。参见上海市第一中级人民法院民事判决书,(2014)沪一中民五(知)初字第 23 号。

〔3〕 参见上海市浦东新区人民法院民事判决书,(2015)浦民三(知)初字第 529 号。

〔4〕 判决之后学者发表的论文支持了该案判决的说理。参见祝建军:“网络游戏直播的著作权问题研究”,《知识产权》2017 年第 1 期,第 28 页;冯晓青:“网络游戏直播画面的作品属性及其相关著作权问题研究”,《知识产权》2017 年第 1 期,第 5 页;曾晰、关永红:“网络游戏规则的著作权保护及其路径探微”,《知识产权》2017 年第 6 期,第 73 页。

〔5〕 国外同样有将电子游戏的连续画面认定为视听作品的司法实践,如美国法院早在 20 世纪 80 年代判决的案件。See Atari, Inc. v. Amusement World, Inc., 547 F. Supp. 222, 226 (D. Md. 1981); Stern Elec., Inc. v. Kaufman, 669 F.2d 852, 856 (2d Cir.1982)。

〔6〕 如“花千骨”案审理法院认定,《花千骨》游戏对《太极熊猫》游戏实施了“换皮”抄袭行为,侵犯了类电作品《太极熊猫》游戏的改编权。参见江苏省苏州市中级人民法院民事判决书,(2015)苏中知民初字第 201 号。再如“率土”案审理法院同样认为,《三战》游戏利用了《率土》游戏 79 项游戏规则及其机制(规则的组合)的独创性表达,侵害了《率土》游戏整体作为“符合作品特征的其他智力成果”享有的改编权。参见广州互联网法院民事判决书,(2021)粤 0192 民初 7434 号。

〔7〕 参见江苏省高级人民法院民事判决书,(2018)苏民终字 1054 号。

品,应认定为符合作品特征的其他智力成果”。〔8〕据此,法院认定《三战》游戏利用了《率土》游戏的79项游戏规则及其机制(即规则的组合)的独创性表达,导致两款游戏画面的相似,判决《三战》游戏侵害了《率土》游戏整体作为“符合作品特征的其他智力成果”享有的改编权。〔9〕

上述判决观点各异,但无一例外地采用整体比对法判定侵权行为,通过认定“换皮游戏”与在先游戏在游戏画面、界面布局、界面内容上的整体相似性,进而认定在后游戏构成对在先游戏改编权的侵权。实际上“换皮游戏”利用的仅仅是在先游戏的规则,未对在先游戏的整体或者连续画面进行利用。既然如此,就没有必要对在先游戏和“换皮游戏”进行整体比对,而应将在先游戏规则的具体表达与“换皮游戏”进行实质性相似比对。对此有学者认为,“要阻止他人利用画面所体现的游戏规则,则应通过视听画面之外的作品类型来实现……如果抄袭的是游戏的人物特征、人物关系和技能体系等,则应当按照剧本、美术或文字作品主张保护”。〔10〕据此,要判断在后游戏是否抄袭了在先游戏规则,应将在先游戏的规则还原为文字、美术、图形、数字、符号等规则设计完成之时的初始表达,再将该初始表达与在后游戏进行比对。笔者将这种先固定在先游戏规则初始表达的初始表达,再将该初始表达与在后游戏做实质性相似比对的侵权比对方法称为初始表达比对法。当然也有学者认为,游戏规则与“网络游戏画面、情节等游戏要素难以分离”,〔11〕因此在游戏整体之外不存在以文字、美术、图形、数字、符号等形式独立呈现的游戏规则表达。既然在先游戏规则初始表达不存在,如何实施实质性相似比对?这无疑对初始表达比对法的适用提出了挑战。

而且,初始表达理论受到的挑战绝不限于“换皮游戏”等新型著作权纠纷,有关该理论的争议贯穿我国著作权法理论和实践的全过程。初始表达理论早在我国20世纪80、90年代的著作权法研究中就被提及,争议也随之产生。在关于何为戏剧作品的讨论中,郑成思主张戏剧作品的本质是剧本,〔12〕因为戏剧作品创作完成之时的初始形态就是剧本。刘春田则认为表演是戏剧的核心,〔13〕没有演员对剧本的再现也就无所谓戏剧作品,这一观点显然更贴近大众对戏剧的认知。孰是孰非,以作品创作完成之时的初始形态定性作品的初始表达理论是否科学?相对于整体比对法,初始表达比对法有何优势?初始表达的理论内涵是什么,初始表达的界定为何必要,该理论有何应用价值?对这些问题的回答不仅关系到游戏行业的竞争秩序,更关系到对著作权法基本理论的认知,本文将尝试对这些问题做出回答。

二、既有司法实践中的初始表达比对法

初始表达比对法强调首先固定在先游戏规则中的初始表达,再将该初始表达与在后游戏

〔8〕 见前注〔6〕,广州互联网法院民事判决书。

〔9〕 见前注〔6〕,广州互联网法院民事判决书。

〔10〕 崔国斌,见前注〔1〕。

〔11〕 李忠诚:“论网络游戏规则不具有可版权性”,《苏州大学学报(法学版)》2020年第1期,第100页。

〔12〕 参见郑成思:《知识产权论》(第三版),法律出版社2003年版,第166页。

〔13〕 参见刘春田主编:《知识产权法》(第四版),中国人民大学出版社2009年版,第56页。

做侵权比对。而“花千骨”案以及“率土”案则强调对游戏整体画面的比对,初始表达比对法相对于整体比对法的优势在“蓝月传奇”案中得到了体现。“蓝月传奇”案在判决结果上与“花千骨”案以及“率土”案一致,均认定在后游戏构成对在先游戏改编权的侵权。但“蓝月传奇”案审理法院首先将原告游戏《蓝月传奇》的游戏规则——玩法的选择、安排和组合界定为情节,再将原告游戏的情节与被告游戏《烈焰武尊》比对,进而认定被告游戏侵害了原告的改编权。^[14]这种首先固定原告游戏情节,再将原告情节与被告游戏做比对的侵权比对方法就是初始表达比对法。初始表达比对法在形式上遵循了演绎权侵权的认定规则,在逻辑上相对严谨,可以避免判决说理的前后矛盾。

与初始表达比对法类似,整体比对法并不排斥对游戏规则表达的界定,如“花千骨”案审理法院就以游戏规则表达的界定为逻辑起点展开判决说理。该案判决认为,“游戏的界面布局和界面内容可以看作是对游戏具体玩法规则的特定呈现方式,构成著作权法中的‘表达’”。^[15]既然游戏规则的表达是游戏的界面布局和界面内容,那么根据整体比对法就应该对《太极熊猫》和《花千骨》游戏画面的界面布局和界面内容进行比对。如果两款游戏的界面布局和界面内容构成实质性相似,则应认定《花千骨》游戏抄袭了《太极熊猫》游戏,反之《花千骨》游戏不构成抄袭,但“花千骨”案判决显然没有遵循这一逻辑。以“炼星”规则为例,法院认定“炼星”规则在《太极熊猫》游戏中的表达是主体部分为八卦图的游戏界面。就八卦图的游戏界面,法院认定《花千骨》游戏与《太极熊猫》游戏相比“两者在‘表达形式’上存在部分不同”。^[16]既然游戏界面不同,就应该认定两款游戏之间不存在抄袭。然而,法院认定虽然涉案两款游戏的“表达形式”不同,但在“表达内容”上构成实质性相似,^[17]因此《花千骨》游戏抄袭了《太极熊猫》游戏的“炼星”规则。根据判决书,所谓“表达内容”是对“表达形式”的抽象与概括,即游戏玩家对游戏规则的感知。可问题在于,认定“换皮游戏”的抄袭是以“表达形式”的整体相似为判断标准,还是以“表达内容”(玩家感知)的整体相似为判断标准?对此,该案判决的说理前后矛盾。类似判决说理的逻辑矛盾在“率土”案也有体现。在该案中,法院认定原被告游戏的画面相似,但同时又认定两款游戏的素材不同,^[18]既然素材不同,那么游戏画面就不可能相似。可见该案判决说理同样存在前后矛盾。

不同于“花千骨”案和“率土”案,“蓝月传奇”案审理法院通过适用初始表达比对法,避免了明显的判决说理矛盾。法院将游戏的独创性表达区分为两种,一为游戏的连续动态画面,另一为具体化的游戏情节。^[19]根据该案判决书,所谓“具体化的游戏情节”是指游戏规则的具体

[14] 参见浙江省高级人民法院民事判决书,(2019)浙民终 709 号。

[15] 见前注[7]。

[16] 见前注[7]。

[17] 见前注[7]。

[18] 见前注[6],广州互联网法院民事判决书。

[19] 参见浙江省杭州市中级人民法院民事判决书,(2018)浙 01 民初 3728 号。

表达。法院认定,原告游戏《蓝月传奇》的游戏规则主要包含角色养成系统、消费奖励系统与场景(副本)段落等三大方面,且该三个方面的游戏规则在游戏中不再是简单的游戏规则,而是“不同的宝物、道具、怪物及其各自分别的属性与数值的选择、组合、安排,以及不同系统之间的相互搭配、组合,……,(已经能够让)玩家或旁观者可以清楚明确地感知到游戏人物如何逐步成长”,^[20]因此构成受著作权保护的情节。在此基础上,案件审理法院认为,被告游戏《烈焰武尊》与原告游戏《蓝月传奇》之间的相似已经不是游戏主题、类型的相似,而是具体情节的相似。^[21]不同于“花千骨”案,“蓝月传奇”案判决明确原告游戏《蓝月传奇》游戏规则初始表达是文字化的情节,随后就该情节的初始表达与被告游戏《烈焰武尊》的情节进行了比对,最终得出被告游戏《烈焰武尊》与原告游戏《蓝月传奇》的情节实质性相似的结论。

“蓝月传奇”案说明,初始表达比对法的优势在于能够确保判决说理逻辑的严密性。著作权法保护的是能够为人感知的表达而非思想、实用功能,^[22]既然“换皮游戏”抄袭的是在先游戏规则,那么作为比对对象的应该是在先游戏规则的初始表达和在后游戏,而不是在先游戏和在后游戏的整体或者连续画面。这种比对方法以精细化的表达为比对对象,可以避免对不受著作权法保护的思想和实用功能的保护。而“花千骨”案和“率土”案所采用的整体比对法切合了理论界提出的“整体保护观”。“整体保护观”的核心是比较原被告电子游戏整体表达的实质部分,如果实质部分相似即构成著作权侵权。^[23]“整体保护观”所强调的实质部分即独创性表达,其理论基础同样在于独创性理论,所采用的侵权判定标准与美国版权法律实践中的“抽象测试法”也颇有相似之处,^[24]理论上同样可以避免对思想和实用功能的保护。但就何为“实质部分”,在实践中往往难以把握。如在“花千骨”案和“率土”案中,案件审理法院之所以认定“换皮游戏”实施了抄袭行为,部分理由是玩家游戏体验的一致性,^[25]将玩家体验的游戏实用功能视作了“实质部分”。以实用功能的相同认定游戏表达的相同,显然违背了著作权法不保护实用功能的基本原理。当然,相对于“整体保护观”,“蓝月传奇”案所采用的初始表达比对法是否真的具有避免保护思想和实用功能的优势,理论界也有质疑。质疑的核心在于该

[20] 同上注。

[21] 见前注[19]。

[22] See Paul Goldstein, *Goldstein on Copyright*, Burlington: Aspen Publishers, 2002, § 2.3.1.1.

[23] 有关网络游戏“整体保护观”的论述参见朱冬:“作品类型限定表达范围之反思与超越”,《中外法学》2023年第4期,第1055—1059页;谢嘉图:“整体保护论下游戏规则著作权保护研究”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第75卷),社会科学文献出版社2023年版,第270—275页;杨明:“网络游戏著作权保护的裁判逻辑”,《南京社会科学》2024年第1期,第80—83页。

[24] See Melville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, New York: Matthew Bender & Company, 2003, § 13.03 [A] [1].

[25] 见前注[7];见前注[6],广州互联网法院民事判决书。

案将游戏规则的初始表达界定为情节是否准确。^{〔26〕}由此可见,要准确适用初始表达比对法,必须准确界定初始表达,而要准确界定初始表达必须有理论的指引,初始表达比对法理论性的不足已成为该方法适用的障碍。

三、初始表达理论的渊源、规则内涵及争议

如上文所述,既有司法实践已经开始适用初始表达比对法,但这些判决对初始表达的界定是否科学,相对于其他理论,初始表达比对法的适用是否避免了对思想和实用功能的保护,仍有进一步探讨的必要。因此,有必要对初始表达的渊源、规则内涵及争议加以研究,从而为初始表达比对法在实践中的适用奠定理论基础。

(一) 初始表达理论的渊源

无论是游戏规则这种新现象,还是典型作品如建筑作品、舞蹈作品等,均存在作品表达——与权利边界有关——如何界定的问题。这是因为作品在创作完成后历经复制、演绎、传播、实施,其表达的创造性内涵不会变化,但表达形式会有一定的改变,何种表达才是代表作品权利边界的表达?且不论演绎行为如何在演绎作品中改变了原作品的表达形式,^{〔27〕}单论复制行为也可以发现,尽管理论上的复制行为不会产生新的表达,但实践中的复制行为往往难以保障作品再现的精确度,但不能以此否认复制行为的存在。^{〔28〕}以建筑作品为例,尽管我国法律规定建筑作品包括建筑物和构筑物,但理论上建筑作品包含建筑设计图、建筑物、构筑物和建筑模型。^{〔29〕}据此,建筑设计图包含的点、线、面等表达与建筑物、构筑物以及建筑模型的点、线、面应保持一致。但在实践中,因为风雨侵蚀、施工误差等原因,建筑物、建筑模型与建筑设计图多少会有出入,这就产生了如何界定建筑作品权利边界的问题。

类似问题在戏剧作品上也有体现。就何为戏剧作品,我国学界历来有“剧本”和“一台戏”的争论。如上文所述,郑成思主张“戏剧作品指的是剧本,而不是一台戏的现场演出活动”。^{〔30〕}郑成思引用了《保护文学艺术作品伯尔尼公约》,公约第 11 条第 2 款规定:“戏剧作

〔26〕 支持“蓝月传奇”案判决观点的论文有:张书青:“网络游戏著作权法保护的路径选择与模式优化——评《蓝月传奇》案”,《电子知识产权》2020 年第 7 期,第 99—100 页。该文认为“蓝月传奇”案判决合理区分了思想和表达。反对“蓝月传奇”案判决观点的论文有:张伟君:“呈现于视听作品中的游戏规则依然是思想而非表达——对若干游戏著作权侵权纠纷案判决的评述”,《电子知识产权》2021 年第 5 期,第 67—68、74—75 页。该文驳斥了游戏规则构成“情节”的观点,认为游戏规则可以被表达为文字。另见王迁:“电子游戏规则著作权保护之否定”,《法学》2024 年第 3 期,第 132—133、135 页。该文驳斥了将游戏规则作为“情节”提供保护的判决思路。

〔27〕 以根据小说拍摄电影为例,小说的文字情节和电影连续画面展现的情节是一致的,但从文字到连续画面发生了表达形式的改变。

〔28〕 See Lionel Bently, Brad Sherman, Dev Gangjee and Philip Johnson, *Intellectual Property Law*, Oxford: Oxford University Press, 2023, p. 158.

〔29〕 参见王迁:《知识产权法教程》(第七版),中国人民大学出版社 2021 年版,第 132—133 页。

〔30〕 郑成思,见前注〔12〕。

品或戏剧音乐作品的作者在其原作受保护期内,对作品的译本享有同样的权利。”根据郑成思的观点,“一台戏”中的布景、导演的现场指导很难存在译作,唯一可以翻译的是剧本中的文字,可见戏剧作品本质上是剧本。李明德同样主张戏剧作品本质上是指“由对话、旁白、音乐、配词等构成的剧本,而不是指在舞台上呈现出来的表演”。〔31〕不同于郑成思的观点,刘春田主张“表演一直是戏剧的核心,……,只要表演存在,戏剧艺术也就仍然存在,……,只要没有演员表演艺术的存在,戏剧也立刻不存在了”。〔32〕与刘春田的观点类似,李琛通过借鉴电影作品与电影剧本的关系,明确了戏剧作品与剧本的区别。她主张:“作为综合艺术的电影作品是独立的作品类别,区别于作为文字作品的电影剧本,戏剧等表演艺术为何不能成为独立于文本的作品?”〔33〕据此可知,李琛主张戏剧的剧本是文字作品,戏剧表演才构成戏剧作品。与之相反,王迁认为“著作权法意义上的‘戏剧作品’与在舞台上上演的那‘一整台戏’是有区别的,前者只能指被上演的作品本身,它一般是通过由对话、旁白、配词等构成的剧本加以体现的”。〔34〕由此可见,王迁的观点与郑成思、李明德一致,即戏剧作品一般是指剧本。但王迁也认为“戏剧作品并不能与写出来的剧本画等号,……,比如,一个戏剧大师对其创作的一部简短戏剧熟记于心,……,根本不需要通过文字记载下来”。〔35〕那么就剧本及其表演而言,何为戏剧作品?笔者认为,剧本和对剧本的表演,是戏剧作品在不同阶段的不同传播形式,戏剧作品的创造性表达既存在于剧本,也存在于对剧本的表演,两者均为戏剧作品的表达。但要对戏剧作品的保护,就必须清楚界定其权利边界,由此产生如何界定戏剧作品权利边界的问题。

郑成思之所以认为戏剧作品的本质是剧本,是因为任何作品均为特定思想的创造性表达,在作品创作完成之时,随着创造性表达的产生,作品的权利边界随之确定。就此而言,“特定思想之表达的原始呈现形态”,即初始表达是界定作品权利边界的最优工具,这就是郑成思认可的初始表达理论。“特定思想之表达的原始呈现形态”未经任何复制、演绎、传播、实施,其表达尚未发生改变,以此来确定作品的权利边界自然较为精确,这就是笔者细化的初始表达理论。仍以建筑作品为例,“特定思想之表达的原始呈现形态”为设计图,设计图的点、线、面即为其初始表达。由于风雨侵蚀、施工误差,建筑物与设计图会有一定的差异,但这些差异并不在创作者的初始表达范围,因此不属于作品的初始表达。同理,表演者对戏剧作品的表演是作品创造性表达的再现,只会无限接近“特定思想之表达的原始呈现形态”,而不能做到分毫不差。由此产生戏剧作品的表演与“特定思想之表达的原始呈现形态”之间的差异,此时以戏剧作品的表演来界定权利边界并非不可行,只是精确度不足。要科学界定戏剧作品的表达,最佳选择是以“特定思想之表达的原始呈现形态”——剧本来界定作品权利边界。由此可见,郑成思反复强调“戏剧作品指的是剧本”,并不是指戏剧作品仅表现为剧本,而是强调戏剧表演的精确性不

〔31〕 李明德、许超:《著作权法》,法律出版社 2003 年版,第 37 页。

〔32〕 刘春田,见前注〔13〕。

〔33〕 李琛:《知识产权法关键词》,法律出版社 2006 年版,第 23 页。

〔34〕 王迁:《著作权法》,中国人民大学出版社 2015 年版,第 84 页。

〔35〕 同上注。

足,以剧本作为戏剧作品的初始表达相对精确、科学。^[36]

初始表达理论的科学性在《著作权法》和《著作权法实施条例》(以下简称《实施条例》)的部分作品定义条款中有所体现。例如舞蹈作品,《实施条例》第 4 条第 11 项规定“舞蹈作品,是指通过连续的动作、姿势、表情等表现思想情感的作品”。因为舞蹈是人们在日常生活中较为熟悉的艺术形式,所以《实施条例》将这种作品命名为舞蹈作品,但显然不能以日常生活中最常见的形式去理解作品的内涵。因此,就舞蹈作品的具体定义,《实施条例》规定舞蹈作品是“连续的动作、姿势、表情”,强调的是舞蹈作品的动作设计本质,通过揭示舞蹈作品创作完成之时的初始形态,清晰界定了舞蹈作品的权利边界。

(二)初始表达理论的规则化

根据初始表达理论,作品创作完成之时独创性表达就已经确定,表达的创造性是著作权法将表达作为作品保护的原因。如果这些创造性的表达未能在被诉侵权行为中再现,就说明被诉侵权行为没有再现原作品的表达,此时侵权行为难谓成立。同理,如果特定的初始表达无法后续再现,或者总是发生初始表达与再现表达的不一致,法律就没有必要对该初始表达提供著作权保护,该表达就不应被认定为作品。这种初始表达与再现表达必须具备同一性的规则,笔者称之为表达同一性规则,该规则在要求表达同一性的同时直接排除了对思想、实用功能的保护,这是其实践价值所在。

实践中,有部分著作权侵权案件的判决已经适用了初始表达理论,即适用了表达同一性规则。如在“吕寅与杨波、李佳雯等著作权权属、侵权纠纷案”中,原告杨波、李佳雯创作了舞蹈作品《碇步桥水清悠悠》,被告吕寅编导了舞蹈《桥中幽,雨中绵》。法院通过还原原告作品的初始表达,认定被告编导的舞蹈《桥中幽,雨中绵》在“舞句、舞段、舞蹈结构及舞蹈辅助手段和因素”等方面与原告的舞蹈作品《碇步桥水清悠悠》构成实质性相似。^[37]法院还原的舞段设计本质上是原告舞蹈作品的初始表达,可见初始表达一旦被固定,且被告再现的表达与权利人的初始表达具有同一性,那么被告的行为即构成侵权。再如在“四川幼体联教育科技有限公司与新乡市万家教育科学服务有限公司著作权权属、侵权纠纷案”中,法院精确还原了原告作品的具体舞句。^[38]通过对舞句初始表达的还原,法院最终认定被告的舞蹈与原告的舞蹈作品在表达上具有同一性,因此认定被告侵害了原告舞蹈作品的著作权。

就上文提及的舞蹈作品著作权纠纷,应用“抽象测试法”“整体感观法”也可以得到正确的结论,并没有适用表达同一性规则的紧迫性。但在这些案件中,法院对初始表达的固定以及对表达同一性规则的适用可以确保判决说理的说服力。表达同一性规则更多的应用场景是复杂著作权纠纷,特别是对于思想相似还是表达相似存在争议的案件,在这类案件中界定初始表达

[36] See David Tan and Samuel Lim, “All the World’s a Stage, But What is a Dramatic Work?” *Singapore Journal of Legal Studies*, 2020, p. 716.

[37] 该案中,法院总结了原告作品的舞段。参见江苏省淮安市中级人民法院民事判决书,(2019)苏 08 民初 145 号。

[38] 该案中,法院总结了原告作品的舞句。参见河南省新乡市中级人民法院民事判决书,(2018)豫 07 民初 39 号。

和适用表达同一性规则的必要性凸显。如以假想案《清明》诗与《清明》画之间的著作权纠纷为例,唐代诗人杜牧创作的《清明》诗为七言绝句,其初始表达为“清明时节雨纷纷,路上行人欲断魂。借问酒家何处有,牧童遥指杏花村”。假设杜牧为当代诗人,其对《清明》诗享有版权。被告张三未经许可,按照《清明》诗的描述创作了一幅《清明》画,画中描述了清明细雨纷纷,行人问路,牧童遥指杏花村的场景。《清明》诗与《清明》画描述的场景一致,如对“抽象测试法”“整体感观法”“整体保护观”应用不当,可能会得出《清明》画侵害《清明》诗演绎权的结论。但众所周知,演绎权与复制权控制的都是再现作品美感的行为,复制件的美感必须与作品原件的美感保持“同一”,演绎作品的美感也必须与原作品的美感保持“同一”,否则不发生复制或者演绎侵权。在上述假想案中,《清明》诗的初始表达是28个汉字组成的唐诗,具备遣词造句的美感。尽管诗中描述了行人问路的场景,但缺乏具体的人物、故事、情节的描述,仅构成不受著作权保护的思想。《清明》画是对《清明》诗场景的具体呈现,但其表达是点、线、面、色彩及其组合构成的美术表达,与《清明》诗的遣词造句没有可比性,两者的表达并不“同一”。因此,《清明》画的作者张三并未侵害杜牧对《清明》诗享有的著作权。当然,两者之间仍然存在共同点,两者描述的场景一致,这是思想上的相同,而思想是著作权法明确不保护的对象。游戏规则著作权纠纷处理的要点就是要避免对思想的保护,就此而言,表达同一性规则回应了这一需求。上文中《清明》诗的初始表达是明确的,并不存在界定初始表达的困难。在更多的复杂案件中,如表达可版权性案件和新型著作权纠纷中,可能存在初始表达在事实上未被创作产生的情形,此时对初始表达的还原仅能做到“质”上的精确,而无法做到“量”上的还原。但只要贯彻表达同一性规则,就可以通过“质”这一因素排除对思想和实用功能的保护,这是初始表达理论的应用优势所在。

(三)对初始表达理论的质疑及回应

“特定思想之表达的原始呈现形态”是界定初始表达的工具,其与“特定思想之表达的首次呈现形态”是何关系,有何区别?如果“特定思想之表达的原始呈现形态”等同于“特定思想之表达的首次呈现形态”,就会产生同类作品的初始表达类型不同的悖论,这对“特定思想之表达的原始呈现形态”作为界定初始表达工具的正当性形成了挑战。例如戏剧作品,部分戏剧首次呈现的形态是舞台表演,而另有部分戏剧首次呈现的形态是剧本。前文讨论的游戏规则也存在这种现象,大部分电子游戏可能会遵循规则设计、素材设计、整合调试的设计流程,此时游戏规则首次呈现的形态可能是文字、美术、图形、数字、符号设计。但另有部分简单的电子游戏不需要遵循上述复杂的游戏设计流程,游戏开发方可能在素材设计的同时就完成了游戏的规则设计以及两者的整合,设计过程中并不存在单独的规则设计环节。由此可见,“特定思想之表达的原始呈现形态”不同于“特定思想之表达的首次呈现形态”,其作为法律概念应包含以下内涵:

第一,“特定思想之表达的原始呈现形态”应是其所属类别的作品通常情况下完成创作之时的原始形态,不应是其所属类别的作品在完成创作之后被复制、演绎、传播、实施后的形态。例如某些戏剧作品的创作不存在剧本写作环节,而是直接以舞台表演的形式创作完成。此时,舞台表演是作品实际被创作完成之时的形态,而非“特定思想之表达的原始呈现形态”。而剧

本是更为原始的表达,因此构成“特定思想之表达的原始呈现形态”。再如图形作品,产品设计图是该类作品创作完成之时的原始形态,机械设备是产品设计图被实施后的形态,因此产品设计图才是该类作品的初始表达。

第二,任何作品均是作者思想的独创性表达,^{〔39〕}“特定思想之表达的原始呈现形态”仅应包含作者意图在本作品中表达的思想,不应包含任何其他作者或者作品的思想。例如演绎作品,不但包括原作品的表达,还包括演绎作品的新表达,不仅包括原作者的思想,而且包括演绎者的思想,因此演绎作品不是其原作的初始表达。^{〔40〕}同理,如上文所言,简单电子游戏的制作过程并不包含独立的规则设计环节,其游戏规则直接在电子游戏整体中体现。此时,电子游戏整体所包含的思想绝不限于规则本身的思想,因此不能将电子游戏整体或连续画面认定为游戏规则规则的初始表达。

实践中,大部分情形下的诉讼当事人完全可以提供符合上述内涵的初始表达,但不尽然。如未经图纸设计环节的建筑物,建筑物实体是建筑作品的首次呈现形态,而非其原始形态,作为“特定思想之表达的原始呈现形态”的建筑设计图并不存在,此时初始表达的界定相对困难。因此,初始表达的界定难点体现在能够为人感知的往往是初始表达被复制、演绎、传播、实施后的形态,能否从在后形态中感知初始表达成为争议问题。以最为复杂的游戏规则案件为例,笔者认为,即使游戏规则表达的原始形态不存在,也可以在一定程度上还原其初始表达。

首先,即使游戏规则的文字、美术、图形、数字、符号等要素的设计环节缺位,规则的思想依然能够为公众感知,思想内涵的明确为游戏规则初始表达的界定提供了可能。当前学界对公众能否从游戏连续画面中感知到游戏规则存在不同认识。如有观点认为,“游戏的玩法、参与方式、逻辑关联等构成了游戏的规则,设定相关的规则指导玩家进入到游戏的世界中,……,游戏设计者在构思中所设计的游戏规则最终是要通过文字等更为具象的载体予以体现,否则该规则无法为玩家所知”。^{〔41〕}根据这一观点,电子游戏的规则无法被直接感知,除非“换皮游戏”的开发方事先接触了在先游戏规则的初始表达,否则无法实施抄袭行为。当然,实践中“换皮游戏”的开发方未必能接触到在先游戏规则的初始表达,但无疑实施了抄袭规则的行为,可见上述从游戏画面中无法感知游戏规则的观点不符合实际。对此,另有观点认为,游戏规则可以被感知,但“玩家感知游戏规则的具体内容通常需要借助游戏画面、音效甚至代码等元素”。^{〔42〕}据此,游戏玩家对游戏画面的感知是对游戏娱乐性和规则功能性的综合感知,这导致游戏玩家对游戏规则的直接感知存在一定困难。实践中,尽管游戏规则固定,且游戏开发方设计的素材固定,但在游戏玩家开始游戏娱乐后,一旦素材、人物和场景等游戏元素与游戏规

〔39〕 特例是思想和表达的混同,但此时仍需要对思想和表达作出区分。See Pamela Samuelson, “Re-conceptualizing Copyright’s Merger Doctrine,” *Journal of the Copyright Society of the U. S. A.*, Vol. 63, 2008-2009, p. 417.

〔40〕 参见李明德等,见前注〔31〕,第 44 页。

〔41〕 谢永江、王云云:“网络游戏的著作权侵权分析”,《北京工业大学学报(社会科学版)》2018 年第 4 期,第 77 页。

〔42〕 谢嘉图,见前注〔23〕,第 274 页。

则结合,就会产生个性化的游戏娱乐效果。游戏玩家对游戏素材、人物和场景等元素的选择不同,随之适用的游戏规则也会产生差异,这导致不同玩家感知到的游戏规则和游戏画面不同,造成了游戏规则难以感知的假象。笔者认为,尽管游戏玩家的娱乐体验具有差异化,但游戏规则的功能性决定了游戏玩家感知到的游戏规则具有一致性,因此游戏规则仍然可以被总结和归纳。如卡牌游戏《三国杀》,玩家在游戏过程中自然会感受到不同武将牌的不同功能和属性,这就是《三国杀》游戏规则的体现。尽管玩家在《三国杀》的娱乐过程中的体验不同,但其感受到的游戏规则是一致的。进言之,既然玩家在游戏过程中会遵循并感知统一的游戏规则,那么玩家也可以对游戏规则进行梳理和总结。

其次,在思想内涵明确的情况下,表达者自然能够形成思想的表达。这是因为任何著作权法意义上的表达,均是特定思想的表达,初始表达历经复制、演绎、传播、实施可能会发生形式的变化,但其思想内涵并不会发生改变。只要思想内涵明确,就可以根据初始表达的思想对其表达形式加以推定。具体到游戏规则案件,在游戏规则的功能性能够为玩家感知的情况下,以功能为思想内涵的游戏规则表达必然是可以被呈现的。以“花千骨”案的“炼星”规则为例,任何玩家在游戏过程中都会发现,“炼星”规则的思想是“消耗一定的太极炼星符,概率性地提升主角的功能属性”,其表达形式只能是文字表达,而不应包含任何美术设计。这是因为,初始表达是“特定思想之表达的原始呈现形态”,仅应包含表达者意图表达的特定思想,而不应包含其他任何思想。“炼星”规则的思想并不要求包含任何美术或者动画设计,文字形式足以表达其思想内涵。因此,游戏规则的初始表达只能是文字、美术、图形、数字、符号等形式呈现的规则独立设计形态,游戏整体或连续画面是游戏规则被复制、演绎、传播、实施后的形态,并非其初始表达。由此可见,部分学者主张的“电子游戏规则具有‘潜移默化性’,难以被游戏的玩家直接感知,更难以用文字直接描述”的观点并不成立。^{〔43〕}当然,即使思想内涵明确,表达的创造性程度也会存在弹性,被还原的初始表达的创造性程度就会面临不确定性的问题。对此,有学者怀疑,特定情况下“被拟制的表达(即初始表达)是‘还原’意义的拆分还是裁判者的演绎”?^{〔44〕}笔者承认实践中的确存在部分初始表达难以精确界定的问题,甚至不同还原者所还原的初始表达会表现出创造性程度的差异。如“炼星”规则可以被简单表达为“消耗一定的太极炼星符,概率性地提升主角的功能属性”,也可以对该简单表达进行遣词造句的再创作,形成创造性程度更高的文字表达。但这种创造性程度的差异仅仅影响初始表达的定量,并不会影响初始表达的定性——该初始表达是文字、美术还是图形等其他表达形式。只要初始表达的定性准确,根据上文的表达同一性规则,即使定量存在偏差,也不影响在案件处理过程中避免对思想或者实用功能予以保护。

〔43〕 孙磊:《电子游戏设计与规则应该受到保护吗?》,载微信公号“知产力”,2016年11月25日上传。

〔44〕 杨明,见前注〔23〕,第81页。

四、初始表达理论对可版权性问题的适用

纵观世界版权法制度史,可版权性问题,如香水气味、食谱、瑜伽动作、广播体操等能否享有版权保护,一直是著作权法理论和实践的难点。目前,多数观点否认其可版权性,但说理未尽统一。如针对瑜伽动作、广播体操,中、美法院一致认定,瑜伽和体操动作的艺术性服从于实用性,依据“思想无版权”或者“实用功能无版权”原则,不对这些体育动作提供版权保护。^[45]再如对食谱,权威观点认为食谱的文字可以获得版权保护,但版权法不保护实用功能,所以食谱的创作者无法阻止他人根据食谱烹饪菜肴。^[46]不同于依据“思想无版权”或者“实用功能无版权”原则解决可版权性问题的传统研究路径,有学者另辟蹊径,提出了新的问题解决路径:作品应为视觉和听觉感知的表达,香水气味是通过嗅觉感知的,因此不属于著作权法保护的作品。^[47]可见,对于上述可版权性问题,虽然相关研究均否认其可版权性,但论证逻辑大相径庭。上述否定香水气味可版权性的观点无疑有其理论创新性,但有简单问题复杂化之嫌。判断可版权性问题的核心工具依然是独创性理论,而独创性理论与“思想无版权”或者“实用功能无版权”原则法理相通。就“思想无版权”而言,从正面讲,该原则强调抽象的思想、观念不受版权保护;但从反面讲,无论思想、观念如何抽象,抽象思想、观念的创造性表达往往具备了可版权性。初始表达理论有助于实现对初始表达“质”的精确还原,同时排除了对思想和实用功能的保护,因此间接呼应了独创性理论。既然解决大部分可版权性问题的关键是排除对思想和实用功能的保护,那么初始表达理论自然可以应用于可版权性问题。同理,人工智能生成物的可版权性问题也与“思想无版权”原则、独创性理论相关,^[48]人工智能的技术表象容易导致简单问题的复杂化,尽管如此,初始表达理论仍然可以解决多数技术引发的可版权性问题。

(一)初始表达理论对香水可版权性问题的适用

近年来,关于香水的可版权性问题,如欧洲法院判决的香水案,^[49]学界有较多讨论,^[50]但至今未有统一意见。2007 年,巴黎上诉法院认定香水构成著作权法意义上的作品。^[51]这

[45] 中国的广播体操案参见北京市西城区人民法院民事判决书,(2012)西民初字第 14070 号;美国的瑜伽动作案,see *Bikram's Yoga College v. Evolution Yoga*, 803 F.3d 1032 (9th Cir. 2015).

[46] See Melville B. Nimmer and David Nimmer, *supra* note 24, § 2.18 [I].

[47] See Charles Cronin, “Genius in a Bottle: Perfume, Copyright, and Human Perception,” *Journal of the Copyright Society of the U. S. A.*, Vol. 56, 2008-2009, p. 430.

[48] See Gershon Sng, “Stay Original: Originality Doctrine to Guide AI Copyrightability Analysis,” *Georgetown Law Technology Review*, Vol. 9, 2025, p. 633.

[49] Voir Cour d'appel de Paris, 4ème Chambre-Section A, 14 février 2007, n° 06/9813.

[50] 参见卢海君:“‘作品类型法定原则’批判”,《社会科学》2020 年第 9 期,第 98—100 页;梁志文:“作品类型法定缓和化的理据与路径”,《中外法学》2021 年第 3 期,第 693—695 页;卢纯昕:“法定作品类型外新型创作物的著作权认定研究”,《政治与法律》2021 年第 5 期,第 154 页。

[51] Voir CA Paris, 14 février 2007, n° 06/9813, *préc.*

一判决之所以会引发关注,是因其公然违背了法国最高法院 2006 年作出的香水不构成作品的判决。法国最高法院曾认定香水是纯技术的产物,与研发者的个性化表达无关。^[52]当然,这并非欧洲国家法院首次认定香水构成作品,荷兰最高法院也曾有类似判决。^[53]尽管有法国和荷兰判例的存在,但香水显然无法构成作品,因为即使在法国,在上述 2006 年最高法院判决之前,早在 1975 年就有法院认定香水无法构成作品。在 *Rochas v. De Laire* 案中,巴黎上诉法院认为香水是技术产物,仅构成专利法保护的对象。^[54]毫无疑问,这一判决避免了对思想和实用功能的保护,有其合理性,但与大众对作品的认知存在差异。在大众看来,香水气味如同菜肴的香味,同样能给人带来美的感受,这种感受几乎等同于对音乐、美术作品的欣赏。类似观点在法国案例中也有体现,巴黎商业法庭在 2001 年的 *Mugler v. Molinard* 案中认为,香水配方无异于曲谱,人们对香水气味的感知类似于对音乐作品的感知。^[55]既然音乐可以构成著作权法意义上的作品,那么香水为何无法获得著作权法的保护?

就香水的可版权性问题,国外有学者认为,人类通过视觉、听觉感知到的信息更具创造性,而以嗅觉感知到的信息则相对简单,因此多数国家的著作权法仅规定了视觉、听觉作品,而不认可通过嗅觉感知的香水可以构成作品。^[56]依照生活经验可知,人们以嗅觉形式进行的感知往往比较简单,如“香!”“好香!”或者“像……一样香!”,或者干脆无法用语言来形容和描述。但人们通过视觉和听觉感知的是复杂的文字、符号、影像等创造性劳动。两相比较可以发现,香水所传达的信息的创造性程度,与其他文学艺术作品所传达的信息的创造性程度不能相提并论。因此,无论香水制造的过程如何有创造性,人们对香水的感知都极其简单,既然该类表达的创造性无法在传播过程中被他人感知,那么对其提供著作权保护缺乏必要性。

上述观点有其合理性,但表达同一性规则的适用也可以得到相同结论。笔者假设香水构成作品,考虑到香水的配方和制作工艺决定了香水的气味,后者是前者实施后的效果,那么根据初始表达理论,应当将香水的配方和制作工艺认定为初始表达。即使如此,香水仍然无法构成作品,其再现过程也不符合表达同一性规则。这是因为人们无法从香水气味中嗅出香水配方和制造工艺,既然著作权法提供保护的初始表达无法在后续再现过程中为公众感知,那么法律对该初始表达提供保护的必要性就丧失了,因此不应将香水作为任何作品予以保护。在美国,有学者将食谱等同于乐谱,建议对蛋糕等食品菜肴提供版权保护,主张按照食谱制作蛋糕的行为构成侵权,^[57]但文字形式的菜谱显然无法展现蛋糕的味道。特别应该注意的是,实践中法院只要认识到公众无法从香水气味中感知香水配方和制造工艺,即可以完成香水气味是

[52] Voir Cour de cassation, Chambre civile 1, 13 juin 2006, n° 02-44.718.

[53] See *Lancôme/Kecofa*, Hoge Raad der Nederlanden [H. R.] [Sup. Ct. of the Netherlands], 16 juni 2006, AMI 2006/5.

[54] Voir Cour d'appel de Paris, 4ème Chambre, 19 Juin 1970, n° 70.521.

[55] Voir Tribunal de Commerce Paris, 24 sept. 1999, n° 98-067382.

[56] See Cronin, *supra* note 47.

[57] See Malla Pollack, “Intellectual Property Protection for the Creative Chef, or How to Copyright a Cake: a Modest Proposal,” *Cardozo Law Review*, Vol. 12, 1991, p. 1499.

否具备可版权性的判断。至于作为“初始表达”的香水配方和制造工艺的具体表达形式为何,并不需要精确界定,这是上文所说的初始表达理论应用优势的体现。

当然,这一表达同一性规则之下得到的结论,也可以通过著作权法不保护实用功能的基本原理加以验证。再现香水气味的前提是实施香水制造工艺,为了禁止未经许可再现香水气味的行为,就必须禁止实施香水的制造工艺,本质上这是在利用著作权法禁止生产制造香水的行为,显然违背了著作权法不保护实用功能的原理。可见,基于独创性理论的表达同一性规则与著作权法不保护实用功能的基本原则之间是内在契合的,两者本质上是一枚硬币的正反两面,其法理共通。

(二) 初始表达理论对人工智能文生图可版权性问题的适用

近年来,随着人工智能技术的应用,人工智能根据人类指令生成的图片是否具备可版权性成为亟待解决的问题,对此国内外均有一定的讨论。如美国版权局在相关政策中明确,“对于包含人工智能生成材料的表达,版权局将考虑人工智能的贡献是属于‘机械复制’的结果,还是属于作者‘自己原创的精神构思,并由其赋予了可见的形式’,但如果作品的传统作者元素是由机器产生的,则该作品缺乏人类作者,办公室将不予注册”。^[58] 这一政策否定人工智能生成内容(如文生图)可版权性的依据是作品的人类智力劳动成果要件,但笔者认为表达同一性规则同样适用于文生图可版权性问题的讨论,可以得到同样的结论。

在人工智能文生图的过程中,设计师对于指令的设计无疑是付出过智力劳动的,但这种人类智力劳动的投入并不影响文生图不构成作品的结论。人工智能文生图的过程可以分为两个阶段:第一阶段是设计师输入指令,这是体现人的创造性劳动的阶段;第二阶段是人工智能执行人类指令生成图片的阶段,在这一阶段人工智能根据人的创造性劳动生成图片。根据表达同一性规则,如果把人工智能生成的图片认定为作品,那么该作品的美感只能来源于人的创造性劳动,即来源于设计师对指令和参数的调节。换言之,如果将人工智能创作的内容认定为作品,那么该作品的初始表达就应该是设计师所设计的指令,无论文生图构成何种作品,均应包含该初始表达的创造性劳动。以北京互联网法院判决的“《春风送来了温柔》”案为例,在《春风送来了温柔》图片生成过程中设计师设计的提示词包括“艺术类型为‘超逼真照片’‘彩色照片’,主体为‘日本偶像’并详细描绘了人物细节如皮肤状态、眼睛和辫子的颜色等,环境为‘外景’‘黄金时间’‘动态灯光’,人物呈现方式为‘酷姿势’‘看着镜头’,风格为‘胶片纹理’‘胶片仿真’”。^[59] 无论这些提示词的创造性程度如何,最多符合文字作品的创造性要求。但人工智能所生成的图片并不包含任何遣词造句的表达,两者在表达上没有同一性,因此属于与人类智力劳动无关的其他劳动成果。

当然,实践中的文生图不可能一蹴而就,而是基于“设计指令—生成图片—调整指令—修

[58] United States Copyright Office, “Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence,” https://www.copyright.gov/ai/ai_policy_guidance.pdf, last visited on 7 April 2025.

[59] 参见北京互联网法院民事判决书,(2023)京 0491 民初 11279 号。

改图片”的复杂流程产生。在这一过程中,设计师会利用指令对图片加以修改,这种不断修改形成的图片包含了设计师对图片线条、颜色、轮廓的判断与选择,那么这种判断与选择能否产生独创性表达?北京互联网法院在“《春风送来了温柔》”案中作出了肯定的回答,“原告通过输入提示词、设置相关参数,获得了第一张图片后,其继续增加提示词、修改参数,不断调整修正,最终获得了涉案图片,这一调整修正过程亦体现了原告的审美选择和个性判断”。^{〔60〕}支持这一判决的观点认为,人类不断输入调整提示词和参数的过程才是文生图的创造性来源。^{〔61〕}据此,设计师利用人工智能首次生成的图片并非作品,但通过不断调整提示词和参数,使得“整体画面充分体现了用户对具体表达元素特征的个性化选择”。^{〔62〕}持类似观点的学者认为,设计师设计的提示词具有转化为视觉表达的可能性,并主张“用户表达其创作意志的方法是输入提示词、参数或者图片,而这些意志会在绘画的各个层面得到反映,从相对抽象的主体、氛围到相对具体的取景、构图甚至直接波及色彩、线条等最表层的因素”。^{〔63〕}从提示词、参数等文字性表达到色彩、线条等美术性表达的过程看似构成演绎行为,这一观点认为文生图构成设计师指令的演绎作品。然而根据表达同一性规则,文字表达中并不包含图片线条、颜色、轮廓的具体设计,因此指令的文字表达不可能被演绎为文生图的视觉表达。既然在先表达中不包含美术设计的独创性,又如何将该种设计演绎到文生图中?至此可以发现,作为初始表达的设计师指令具体为何并不重要,只要明确设计师指令在定性上构成文字表达,就可以对文生图的可版权性做出判断,并不存在精确还原设计师指令的必要。不容否认的是,设计师通过不断地修改指令,最终会形成符合其创作意图的图片。但这种修改本质上是对图片思想的修改,人工智能最终生成的图片仅仅在思想上符合设计师的创意,在美术表达上不可能反映设计师的内在动机。如果一定要将文生图认定为设计师指令的演绎作品,这在本质上是对思想的保护,而表达同一性规则排除的恰恰是对思想的保护。

五、初始表达理论对新型著作权纠纷的适用

在可版权性问题上,部分学术观点对可版权性问题的理论创新往往会导致简单问题复杂化,此时初始表达理论的作用在于正本清源,确保简单问题的高效解决。不同于可版权性问题,在音乐喷泉和游戏规则等新型著作权纠纷案件中,诉讼当事人呈现给法院的往往是极具迷惑性的复杂案件事实,案件事实的复杂性往往会影响法院的认知和判断。以音乐喷泉为例,音乐喷泉的喷射效果是复杂技术实施的结果,案涉双方音乐喷泉的喷射效果雷同,这很难让法院相信没有侵权行为的发生。再如“换皮游戏”著作权纠纷,原告往往能通过专业、复杂的比对证

〔60〕 同上注。

〔61〕 参见崔国斌:“人工智能生成物中用户的独创性贡献”,《中国版权》2023年第6期,第20—21页;另见朱阁:“‘AI文生图’的法律属性与权利归属研究”,《知识产权》2024年第1期,第30页。

〔62〕 崔国斌,同上注,第21页。

〔63〕 蒋舸:“论人工智能生成内容的可版权性:以用户的独创性表达为视角”,《知识产权》2024年第1期,第64页。

明双方游戏的相似度,这也很容易导致法院对被告作出否定性评价。因此,如果法院在此类案件的审理过程中沉迷于技术细节,或者陷于诉讼当事人呈现的复杂案件事实,那就很难穿透案件表象作出正确裁判。因此,有必要在理论上提供一种工具,帮助法官冲破事实迷雾,初始表达理论正是帮助法官解决这类复杂著作权纠纷的有力工具。

(一)初始表达理论对音乐喷泉著作权纠纷案的适用

音乐喷泉是随着技术发展产生的新现象,是融合喷泉水型、灯光色彩以及音乐的综合动态美感,该种美感能否获得保护,成为该类著作权侵权纠纷处理的难题。就实践中发生的“音乐喷泉”案,^{〔64〕}学界观点并不一致,如梁志文与王迁的观点就存在分歧。王迁认为,尽管美术作品有平面和立体两种形态,但必须是固定的,否则无法构成美术作品。^{〔65〕}与王迁的观点相左,梁志文则主张音乐喷泉可以获得著作权保护。^{〔66〕}音乐喷泉是随着音乐的旋律、节奏和灯光,依靠机械装置和计算机软件实现的动态喷射效果,给人以美轮美奂的动态艺术美感。^{〔67〕}这种动态艺术美感近似于舞蹈作品,因此音乐喷泉在业界有“水舞”之称。既然舞蹈作品可以获得著作权法的保护,那么音乐喷泉的动态美感为何无法获得著作权法的保护?特别是在《著作权法》将作品类别兜底条款由封闭式兜底改为开放式兜底的情况下,不可避免会有观点认为,即使音乐喷泉不构成美术作品,也可以构成“符合作品特征的其他智力成果”。可见,就音乐喷泉法律纠纷,需要刨根问底的探究,否则类似争议会无穷无尽。

根据“音乐喷泉”案判决书,音乐喷泉的设计大概要经过三个步骤:第一步,根据音乐设计“水舞”,形成灯光、色彩、水舞动动作的设计;第二步,将“水舞”的设计转换为程序命令,形成音乐喷泉控制系统程序;第三步,通过音乐喷泉控制系统和硬件设备的联动,实现美轮美奂的喷射效果。^{〔68〕}判决书强调“水舞动作”设计在先,喷射技术方案设计在后,给人以音乐喷泉并非单纯技术方案,而是带有作品美感的技术方案的印象。如果“水舞动作”设计近似于舞蹈动作设计,那么音乐喷泉的“水舞动作”设计也有获得保护的可能性。因此,就音乐喷泉著作权纠纷而言,首先必须明确的是在音乐喷泉的设计方案中是否存在“水舞动作”设计,该设计的具体表达为何。

根据一审判决书,原告在版权登记材料中对《倾国倾城》《风居住的街道》两首音乐的喷泉分镜头的创作意图和独创性进行了具体描述,对于音乐、意象、水舞装置中的灯光、一维数控、二维数控、水膜、气爆、喷火、高喷等装置的配合与安排等进行了记载。^{〔69〕}音乐喷泉的喷射效果来自于音乐喷泉控制系统和硬件设备的联动,其中最为核心的是控制系统中的程序命令,将程序命令用于控制喷射、灯光和音乐设备,就可以呈现美轮美奂的喷射效果。可能有观点认为,在电脑上创作完成的舞谱同样需要借助电脑才能够呈现,既然舞谱作为舞蹈作品的初始表

〔64〕 参见北京知识产权法院民事判决书,(2017)京 73 民终 1404 号。

〔65〕 参见王迁:“论作品类型法定——兼评‘音乐喷泉案’”,《法学评论》2019 年第 3 期,第 23—24 页。

〔66〕 参见梁志文,见前注〔50〕。

〔67〕 见前注〔64〕。

〔68〕 参见北京市海淀区人民法院民事判决书,(2016)京 0108 民初 15322 号。

〔69〕 同上注。

达可以获得著作权法的保护,那么需要借助各种硬件设备呈现的“水舞动作”是否可以以其程序指令为初始表达,进而获得类似舞蹈作品的保护?笔者认为不能做如此简单的类比。无论是舞谱还是音乐喷泉的程序指令均可以在电脑上创作完成,但在电脑上创作完成的舞谱已经包含了舞蹈作品的独创性表达,而在电脑上创作完成的音乐喷泉的程序指令除非借助喷射、灯光和音乐等硬件设备,否则无法呈现音乐喷泉的美感。如果将程序指令认定为音乐喷泉的初始表达,则可以发现该种初始表达固然不缺乏程序指令简洁、精确的科学之美,但在音乐喷泉的喷射效果中并不包含程序指令的科学之美。根据表达同一性规则,如果初始表达的美感无法在后续传播过程中再现,那么对该初始表达的保护就丧失意义,初始表达因此无法获得著作权保护。由此可见,尽管“音乐喷泉”案的案件事实有迷惑性,但初始表达理论可以简化案件事实,只要明确了原告音乐喷泉的初始表达是程序指令,即可以对案件的是非曲直作出裁判。且在这一过程中不存在精确还原程序指令这一初始表达的必要,只要明确程序指令中不存在“水舞”的美感,就可以准确处理“音乐喷泉”著作权纠纷。就此而言,在表达同一性规则的适用上,对初始表达的定性远比定量重要。

当然,可能有观点认为,既然将程序指令作为音乐喷泉的初始表达无法使喷射效果获得保护,何不将喷射效果本身作为音乐喷泉的初始表达,毕竟美轮美奂的喷射效果与婀娜多姿的舞蹈作品在视觉感官上存在共性。笔者认为,喷射效果是音乐喷泉程序指令实用功能的再现,类似于从机械设计图到机器成品的施工过程,是初始表达蕴含的实用功能的再现过程,而非初始表达本身的再现。音乐喷泉的程序指令为人感知的是指令本身简洁、精确的科学之美,同时还蕴含了控制喷射、灯光和音乐等硬件设备的实用功能。将程序指令用于展现喷射效果,是指令实用功能的实施过程,如果将这种美感作为音乐喷泉的初始表达获得著作权法的保护,本质上是对实用功能的保护,违背了著作权法不保护实用功能的基本原理。

(二)初始表达理论对游戏规则著作权纠纷的适用

尽管同为“换皮游戏”著作权纠纷,但游戏类型不同,案件事实随之产生差异,案件处理难度也随之增大,这是处理“换皮游戏”著作权纠纷的难点所在。初始表达理论的优势在于,可以无视网络游戏类型的多样化和案件事实的复杂程度,直击“换皮游戏”著作权纠纷的核心:既然原被告的游戏规则雷同,那就应该还原原告游戏规则的表达,并据此对被告的“换皮”行为是否侵权作出认定。以上文提及的“炼星”规则为例,根据“花千骨”案判决,“炼星”规则在原告游戏《太极熊猫》中的表达形式是主体部分为八卦图的游戏界面。如上文所述,“炼星”规则所包含的思想或者功能无非是“消耗一定的太极炼星符,概率性地提升主角的功能属性”,对炼星符的点、线、面等美术要素全无要求,更未要求八卦图的游戏界面设计,因此“炼星”规则的表达形式仅为文字,文字才是“炼星”规则的初始表达的形式。上文提及的“蓝月传奇”案及“率土”案均以文字形式固定了游戏规则的表达,其道理正在于规则所包含的思想及功能通过文字形式即可被表达。当然,并非所有的游戏规则均以文字形式为其初始表达,如“多人在线战斗竞技场游戏”(Multiplayer Online Battle Arena, MOBA)的规则就体现在其地图设计上,该类游戏地图设计中的诸多要素,如地图的中心对称设计、行进路线的设计、掩体相对位置的设计、资源点

的分布等设计要素均服务于游戏的平衡性。^{〔70〕}再如“第一人称射击类游戏”(First-Person Shooting Game, FPS)的游戏规则也在地图设计中得以体现,这些游戏规则所包含的思想及功能往往不是文字所能详细、准确描述的,只能通过图形进行表达。

笔者承认,游戏类型不同,游戏规则所包含的思想及功能随之产生差异,思想及功能的表达形式及其创造性程度必然会有所不同,因此产生游戏规则初始表达的不确定问题。但根据表达同一性规则,游戏规则初始表达的不确定不会影响游戏规则著作权纠纷的处理。以上文提及的“炼星”规则为例,无论该规则的表达的创造性程度如何,其表达形式仅能为文字。而文字作品作为法定作品类别之一,其创造性体现有二,其一是遣词造句的创造性,其二是故事情节的创造性。“炼星”规则的思想及功能并未对故事情节有任何要求,因此任何有关“炼星”规则的表达均为文字,最多体现遣词造句的创造性。在“蓝月传奇”案、“率土”案中,案涉行为均是对系列游戏规则の利用,前者将系列游戏规则的组合定性为受著作权保护的情节,后者将系列游戏规则的组合定性为游戏整体中的关键性创造性要素,那么,系列游戏规则能否在遣词造句的创造性之外,以情节或其他形式获得著作权法的保护?对此,王迁认为“游戏开发商并不像文学作品的作者那样希望通过故事传递其思想感情和文学美感,而是向玩家提供操控游戏的环境,让玩家从个性化的操作中获得胜利者的满足”。^{〔71〕}可见,系列游戏规则也服从于游戏的功能性,^{〔72〕}既无法作为故事性的情节获得保护,也无法作为游戏整体中的关键性创造性要素获得保护,仅有可能具备文字作品遣词造句的创造性。无论是“花千骨”案,还是“蓝月传奇”案,抑或是“率土”案,被告均未直接抄袭原告游戏规则的文字表达,因此不可能构成侵权。以“花千骨”案为例,被告仅仅是使用了与原告游戏相似的八卦图游戏界面,被告有抄袭原告游戏八卦图美术作品的可能,但不可能构成对原告游戏规则的侵权。因为,被告的八卦图游戏界面至多包含美术设计的创造性,但原告游戏规则的初始表达至多具备遣词造句的创造性,两者的创造性内涵不一致。根据上文提出的表达同一性规则,这种创造性内涵的不一致,决定了被告不可能在八卦图游戏界面中复制或者演绎原告游戏规则的文字表达。^{〔73〕}当然,在“换皮游戏”案件中仍然可以发现两款游戏在规则上的相似,但这种相似显然无法通过创造性表达的实质性相似来解释,只能解释为思想或者功能等不受著作权保护之对象的相似。可见,只要在先游戏规则的表达形式是文字,且在后游戏未抄袭在先游戏规则的文字表达,在后游戏与在先游戏之间就仅存在思想或者功能的相似,而不存在任何表达的实质性相似。由此,游戏规则初始表达的不确定,并不会影响游戏规则著作权纠纷的处理。

再以游戏地图为例,无论是 MOBA 游戏还是 FPS 游戏,玩家在游戏中对战的虚拟三维场

〔70〕 参见 Hugh:《Moba 手游中的地图平衡设计与竞技差异》,载微信公号“第九注疏”,2018 年 12 月 15 日上传。

〔71〕 王迁,见前注〔26〕,第 133 页。

〔72〕 参见陈绍玲,见前注〔1〕,第 55 页。

〔73〕 “换皮游戏”著作权纠纷中可能出现被告抄袭原告游戏规则文字表达或者游戏界面美术表达的情形,此时被告的行为可能构成侵权,但只能是对文字作品或者美术作品的侵权,与对游戏规则的侵权毫不相干。

景均被称为游戏场景地图,游戏场景地图既包含颜色、线条、图案等美感设计,又包含玩家行进路线、掩体相对位置等游戏规则的功能性设计。当然,游戏场景地图并不能凭空产生,大约要经过核心玩法(游戏规则)的确定,反映核心玩法的平面地图设计,以及平面地图的立体化及美化等三个步骤,平面图形的立体化及美化之后产生的就是玩家可以感知的游戏场景地图。^[74]其中,无论是核心玩法的平面地图设计,还是玩家可以感知的游戏场景地图,均有游戏规则的体现。如以“穿越火线”案涉及的FPS游戏场景地图为例,原告游戏《穿越火线》中“运输船”游戏场景地图的设计体现出运输船舱室两个出口中的一个为封闭式掩护空间的设计特征,^[75]这种设计是为了提升新生玩家的生存率,是游戏规则功能性的体现。根据初始表达理论,构成该游戏规则初始表达的不应是“运输船”游戏场景地图,因为游戏场景地图不但反映游戏规则,同时还包含了美术设计的表达,能构成游戏规则初始表达的仅能是核心玩法的平面地图设计。在该案中,法院还发现被告游戏《全民枪战》有类似的提升玩家生存率的舱室出口及掩护空间设计,^[76]但两者的场景、色彩、装饰、美术、外观不同,那么该案中被告游戏《全民枪战》对原告游戏核心玩法的利用是否侵权?笔者认为答案是否定的,因为原告游戏核心玩法的平面地图设计在创造性充分的情况下可以构成图形作品中的示意图作品,但被告游戏《全民枪战》的“运输船”游戏场景地图仅能构成美术作品,^[77]且其保护范围仅限于游戏场景图中的美术表皮,两者不具备“表达同一性”,不可能发生复制或者演绎侵权。主张“换皮”行为构成著作权侵权的观点,违背了著作权法不保护实用功能的基本原理。^[78]

六、结 语

技术和商业模式的发展,带来了新的可版权性和著作权侵权认定问题,但这些问题尚未新到既有理论无法解决的程度。因此,如果过分强调理论创新,以新理论、新思维、新方法解决新

^[74] 参见广东省高级人民法院民事判决书,(2020)粤民终763号;广州知识产权法院民事判决书,(2019)粤73民终8110号。

^[75] 参见深圳市中级人民法院民事判决书,(2017)粤03民初559号。

^[76] 案件一审法院就原告游戏《穿越火线》与被告游戏《全民枪战》的运输船部分的游戏场景地图进行比对,比对结果是“相同点是:游戏地图两端各设置一个舱室,舱室各设两个出口,其中一个出口设有L形幕墙,舱室内位于地图两侧通向对方阵地的小道入口均设置在L形幕墙背后;不同点:场景色彩装饰美术外观不同”。同上注。

^[77] 在“穿越火线”案中,二审法院认为“FPS游戏场景地图中表达的实质特征在于由点、线、面和各种几何图形组成的空间布局结构,而非最终的美术效果”,因此将涉案的FPS游戏场景地图认定为示意图作品。但游戏场景地图的美术装饰恰恰是不能被抛弃的,因为脱离美术装饰的游戏场景地图本质上是游戏玩法平面地图设计的再现,因其服从于游戏的可玩性功能,而无法构成著作权法意义上的复制件。见前注^[74],广东省高级人民法院民事判决书。相较而言,在“王者荣耀”案中,法院将原告MOBA游戏场景图认定为美术作品,且将其“保护范围应主要限于游戏场景图中的美术表皮”而不涉及功能性结构,这一认定符合著作权法基本原理。参见广州知识产权法院民事判决书,(2020)粤73民终5293号。

^[78] 参见谢嘉图,见前注^[23],第274页。

问题,多数情况下会适得其反。多数新问题依然可以在既有理论体系下解决,关键在于能否加强既有理论的适用性。本文研究的初始表达理论根源于著作权法基本原理,本质上是对“思想无版权”“独创性理论”等基本原理的细化。该理论作为一种精细化的分析工具,其优势在于能够避免对不受著作权保护对象提供保护。初始表达理论强调对初始表达的固定,利用表达同一性规则判断初始表达是否在后续表达中再现,这一问题解决思路避免了当前学界的很多争议。同时,表达同一性规则仅要求判断独创性的“质”是否同一,并不要求考虑独创性的“量”是否等同,因此大大降低了问题解决的难度,这正是初始表达理论的优势所在。

Abstract: According to the theory of original expression, since the original expression is neither copied, deduced, implemented, nor communicated, it serves as the most effective tool for defining the boundaries of rights and determining whether the expression is copyrighted. The original expression is the initial presentation form of a specific idea and comprises two main points: first, it conveys the ideas that the author intends to express, excluding any other ideas; second, it represents the original presentation form of a specific idea, excluding the forms that have been copied, deduced, implemented, or communicated after the completion of the original presentation form. The rule of uniformity in expressions is the application rule of the theory of original expression. According to this rule, original and subsequent expressions must share the same original expression; otherwise, no infringement exists, or the original expressions cannot be deemed as the works protected by copyright law. Even if the original expression has not been created, it is possible to restore it based on its underlying ideas. While restoring the original expression, the quality of the original expression can be recovered, but not the quantity. However, as long as the quality is restored, the rule of uniformity in expressions can clarify whether the subsequent expression reproduces the original one. While avoiding the protection of ideas, it also aids in the judgment of copyright infringement disputes and issues related to copyrightability.

Key Words: Theory of Original Expression; Rule of Uniformity in Expression; Idea-Expression Dichotomy

(责任编辑:杨明)