

# 网络游戏著作权侵权判定研究

徐梦蕾

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年8月30日; 录用日期: 2023年9月7日; 发布日期: 2023年11月22日

## 摘要

随着网络游戏产业的迅速发展, 网络游戏产业的盈利能力也随之增长, 随之在网络游戏中出现了大量抄袭、改编等侵权行为, 这对网络游戏市场的发展造成了极大的影响, 并对网络游戏作者的合法权益造成了损害。目前, 我国著作权法尚未对网络游戏进行单独的法律保护, 对其著作权的作品属性也没有明确的规定, 同时实践中将网络游戏进行拆分依据多种作品类型对其著作权进行保护也存在争议。解决此类侵权案件首先要明确侵权责任, 而对其进行正确的判断, 则是决定网络游戏著作权侵权责任的关键。尽管在我国的立法中并没有明确的规定有关的侵权判定方法, 但是在借鉴了国外的成熟经验和大量的司法判例之后, 我国在实践中已经形成了一套完整的理论体系, 即我国已经在具体的侵权案例中适用“思想与表达二分法”与“接触加实质性相似”等方法。文章重点讨论了网络游戏著作权侵权判定方法, 通过对美国和国内的判决方式进行了对比, 并对我国在应用中存在的问题进行了分析, 在此基础上提出了相关的立法与司法建议。

## 关键词

网络游戏, 著作权, 思想与表达二分法, 接触加实质性相似法, 侵权责任判定方法

# Research on Online Game Copyright Infringement Judgment

Menglei Xu

Law School of Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Aug. 30<sup>th</sup>, 2023; accepted: Sep. 7<sup>th</sup>, 2023; published: Nov. 22<sup>nd</sup>, 2023

## Abstract

With the rapid development of the online game industry, the profitability of the online game industry has also increased, and a large number of infringement acts such as plagiarism and adapta-

文章引用: 徐梦蕾. 网络游戏著作权侵权判定研究[J]. 法学, 2023, 11(6): 5972-5982.

DOI: 10.12677/ojls.2023.116856

tion have appeared in online games, which has a great impact on the development of the online game market and has caused damage to the legitimate rights and interests of online game authors. At present, China's copyright law has not yet provided a separate legal protection for online games, and there is no clear regulation on the property of their copyright works. In practice, it is also controversial to divide online games into different types of works to protect their copyright. To solve this kind of infringement case, we must first clarify the infringement liability, and make a correct judgment on it is the key to determine the copyright infringement liability of online games. Although there is no clear provision in the legislation of our country for the determination of infringement methods, but after learning from the mature experience of foreign countries and a large number of judicial precedents, China has formed a complete theoretical system in practice, that is, China has applied the "thought and expression dichotomy" and "contact plus substantial similarity" methods in specific infringement cases. This paper focuses on the judgment methods of online game copyright infringement, compares the judgment methods in the United States and in China, and analyzes the problems existing in the application in our country. On this basis, relevant legislative and judicial suggestions are put forward.

## Keywords

Online Games, Copyright, Dichotomy of Thought and Expression, Contact plus Material Similarity Method, Tort Liability Determination Method

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

网络游戏是游戏设计师根据丰富的想象力和灵感创造出来的包含美术、文字、音乐等多种元素于一体的软件。随着全民网游时代的进入,类似抄袭、改编等侵权行为引发的网络游戏著作权侵权案件也随之爆发式增长,这提高了审理网络游戏著作权侵权案件的难度,也对网络游戏产业的发展造成了很大的阻碍。

网络游戏著作权案的焦点在于判定网络游戏是否构成侵权。伴随网络游戏侵权种类的日益复杂,如何正确地适用侵权判定方法就显得十分重要。我国法律尚未明确规定网络游戏著作权侵权判定方法。早期,法院在面对侵权案件时,适用判定方法的模式较为简单,即法官在运用思想与表达二分法和接触加实质性相似法时,大多只是简单地比较原告和被告的作品,以判断是否侵权。显然,我国在适用相关侵权判定方法上尚不成熟且亟待完善,因此,必须探索适用判定方法的新模式,从而为我国的网络游戏著作权侵权案件提供新的解决方式。

为了解决我国网络游戏著作权保护面临的诸多问题,明确界定游戏著作权的侵权责任,并对其进行进一步的探讨,以期找到一条行之有效的途径,完善网络游戏著作权保护。本文通过对以美国为主的域外适用“思想与表达二分法”、“接触加实质性相似法”的经验进行分析,并根据国内具体情况,提出相应司法和立法建议,以期使我国网络游戏的著作权得到更好的保护。

## 2. 网络游戏著作权保护概述

网络游戏是以互联网为媒体的,以电脑为处理终端,游戏客户端为信息交互窗口,以娱乐、休闲、取得虚拟成就为目的的多人在线游戏[1]。随着科技的进步以及游戏行业的飞速发展,现代网络游戏与早

期网络游戏的区别越来越明显。早期的网络游戏，无论是结构还是内容，都要比现在的软件简单得多，因为游戏的大部分功能都是由游戏引擎来完成的，因此早期的网络游戏在本质上更像计算机软件。而现代网络游戏不同于传统的计算机软件，其有着更丰富的内容以及表达形式，是集各种元素于一身的综合体。有些人认为，网络游戏是一种将互联网技术和作家的创造力完美地融合在一起，并把思想用电脑软件变成一种艺术的作品[2]。也正是因为这些特点，使得网络游戏著作权易于受到侵害，其作品属性很难界定，而如何对其进行著作权保护也是众说纷纭。

## 2.1. 网络游戏著作权保护现状

近年来，网络游戏产业的规模越来越大，发展态势如火如荼，已然成为当今世界的一项高盈利新兴产业。随着市场竞争日趋激烈，类似抄袭、改编等侵权现象层出不穷，对游戏行业的发展和发展造成了极大的障碍。网络游戏侵权案件的激增和游戏著作权争议的复杂化给我国法律的稳定发展带来了挑战，主要体现在在我国现行的法律法规中没有关于网络游戏的相关规定，对网络游戏的性质界定不清，实践中存在着许多纠纷。

网络游戏具有复杂多样的元素，被人称之为是集合各种可以单独构成作品的“大杂烩”[3]，因此很难对网游的作品属性作出准确定论。并且网络游戏对应的权利客体具有多样性，主要包含著作权、商标、专利等，但是由于客体类型不同，对其进行侵权判定的标准也不尽相同，因而对其进行保护也有一定的局限[4]。因此，在对网络游戏著作权进行保护时，虽然采取拆分网络游戏的各个元素来进行单独保护的方法能弥补我国对于网络游戏的法律缺陷，但也要认识到这一方式的局限，不能因为局部元素的保护而忽视了游戏整体的全面保护。目前，我国现有的游戏保护制度并不完善，其缺乏对游戏作品的有效保护，存在着诸多亟待解决的问题。

## 2.2. 我国网络游戏著作权保护面临的主要问题

对网络游戏的保护模式不论是将其当作一个整体对待，还是根据各个元素将网络游戏拆分为不同的作品进行单独保护都存在一定的局限，都不能全面的保护网络游戏的权利。我国在著作权保护中存在的问题具体体现在：

首先，将网络游戏作为计算机软件进行保护。计算机软件是我国《著作权法》明确保护的作品，即在未经著作权人授权的情况下，对软件进行复制、修改或规避专利权人的技术措施，可以视为侵犯著作权。然而，网络游戏与通常的计算机软件不同，网络游戏不仅具备工具性，同时也具备一定的功能性，其功能表现在游戏中所呈现的一些具备独创性的图像、场景等与文学美术作品相似，属于著作权法的保护对象[5]。这部分内容作为网络游戏最有价值的部分，却与《著作权法》中只保护表达不保护思想的基本原则相违背，因此并不能受到我国《著作权法》的保护。但一些专业人士只要掌握了游戏软件作品的构思概念等，便可以利用不同的代码编写出内容相同的计算机软件作品[6]。因此，尽管两款游戏看起来很像，但是源代码却是完全不同的，这很容易使得对游戏的保护失效。综上所述，我国《著作权法》将网络游戏当作计算机软件来进行保护这一方式是存在缺陷的。

其次，将网络游戏分为单独的美术、文字、音乐等作品来进行个别保护存在问题。网络游戏是一种集美术、音乐等多种元素为一体的产品，如果按照各元素对网络游戏进行拆分保护，就会造成对网络游戏完整性的忽略。在对网络游戏的局部要素进行比较时，很容易能判断出它们是否相似，但在对比整个游戏时，因游戏中的画面元素非常丰富，因此在局部抄袭相对于整个游戏没有达到一定比例时，游戏整体会被认定为不相似。

最后，将网络游戏当作电影作品进行保护也存在缺陷。电影作品作为我国《著作权法》所保护的作

品类型之一，需有较强的独创性才能达到法律保护要求。网络游戏作为电影作品必须要满足内容要有创意这一条件[7]。然而并非所有的网络游戏都具有较强的独创性元素，还存在部分游戏制作水平较低且难以达到电影作品所需的独创性要求，这些游戏很难适用于电影作品进行保护。如果网络游戏没有达到影片著作权保护的标准，那么就只能采用分割的方式来保护。

综上所述，我国《著作权法》中关于网络游戏保护的规定仍然存在着一定的空白，对于网络游戏的保护模式目前尚无定论。应如何对网络游戏著作权进行保护及应采取何种方法对网络游戏著作权侵权进行判定给我国法律带来了挑战，我国理论界和实务界应对相关问题做好充分准备。

### 3. 我国网络游戏著作权侵权判定方法的适用

#### 3.1. 思想与表达二分法之适用分析

思想与表达二分法是著作权的一个重要内容，虽然目前尚未被纳入我国《著作权法》中，但法典化的缺失却没有阻止二分法在我国审判实务中的适用。在过去几十年里，思想与表达二分法在我国法学界得到了广泛的认同，在网络游戏侵权案中适用亦是如此，但随着技术的进步，网络游戏侵权不仅仅只局限于简单的使用外挂或者抄袭局部内容等，而是逐步演化为更复杂的侵权方式，这使得对游戏侵权的判定更为困难，对思想与表达二分法的正确适用就变得更为重要。

##### 3.1.1. 思想与表达二分法的内容

思想与表达二分法是指著作权法只保护作品的独创性表达，而不保护作品的思想。对于“思想”与“表达”而言，思想一般指比较抽象的客观事实、自然法则等，如月亮、太阳等；而表达是指对思想的各种表述方式，如文字、线条等的传达[8]。在网络游戏中，游戏的设计概念是一种思想，而把设计概念转化为视觉化的游戏，就是表达。

著作权法所保护的作品对象需具有一定的独创性。思想作为一种思维，每个人都可以拥有自己的思维，但表达方式却是个体的，不同的人会对同一个想法作出不同的表述，从而创造出不同的作品，因此思想不具备独创性，其不能作为著作权法所保护的对象。从抽象的思想到具体的表达是一个连续的过程，在这个过程中，存在一个可以区分著作权保护的“表达”以及不被著作权保护的“思想”的分界点[9]。自思想与表达二分法产生时，在确定作品的保护的方面得到了认可，但同时也遭到了很多批判，但对此种方法的批判多集中于法院在具体运用程序上没有清晰地划分出思想与表达之间的分界线，而不是法律本身。有人认为该法的不合理正是在于不易判断[10]。的确如此，虽然我们对思想与表达的概念已经理解并能对其有一定的区分，但往往实操中在面临复杂的对象时，如何能够准确的判断思想与表达是很困难的。

##### 3.1.2. 思想与表达二分法在我国的适用现状

在我国的相关立法中，对著作权侵权判定方法没有任何规定。在立法上，我国将思想与表达二分法仅仅在特别法中规定而没有在其上位法中规定。在我国《著作权法》中未对思想与表达二分法作出明确规定，但在2014年《著作权法修订草案送审稿》第9条明确规定了著作权法不保护思想只保护表达，虽然该草案最终未通过，但是这足以表明我国立法者对思想与表达二分法的重视。

在学术界，尽管学者们对该判定方法非常重视，但仍然存在部分学者对思想与表达的涵义不清晰的问题，例如，《著作权法》第5条被认为是对思想与表达二分法的规定，然而按照此种想法，条款中所提到的时事新闻也应该作为一种思想，这会使得对时事新闻的理解与事实消息产生混淆[11]。

在司法上，我国已在相关侵权案件中实际运用这一判定方法，郑成思教授认为，尽管著作权法并未对思想与表达二分法进行明确界定，但它在我国的司法实践中已经根深蒂固[12]，例如在“炉石传说诉卧

龙传说”侵权案<sup>1</sup>中，法院在保护游戏规则时运用思想与表达二分法进行论述，法院认定游戏规则体现了一定的独创性应予以著作权法保护而并非将游戏规则视为思想一概不予保护，法院认为符合独创性要求的思想也应受到法律保护，否则将对激励创新产生不利影响，并对这一结论作了详尽解释；又如在“梅花烙”侵权案<sup>2</sup>中，法院对思想与表达二分法作了充分的阐释，这对我国类似的著作权侵权案具有非常重要的指导作用。但是在实践中往往由于部分法官对原则的理解认知存在偏差，导致法官在审理案件时没有充分意识到这一原则的具体运用以致不能充分发挥该原则的作用，对这一方法的实际适用实则存在很大的问题。

### 3.1.3. 思想与表达二分法在我国适用时存在的问题

对于思想与表达二分法在网络游戏著作权侵权问题上的运用，并非每个法官都能正确适用。本文结合我国司法判例情况，归纳出思想与表达二分法在我国的应用中的具体问题：

首先是未能形成正确适用的方法。对于思想与表达二分法的适用，最难的问题在于厘清思想与表达。因法律未形成客观公允的适用标准和步骤，导致法官在判案时完全依赖于自身对涉案作品元素之间的分析，以此来判断侵权是否成立。如在“泡泡堂诉QQ堂”案中<sup>3</sup>，法院运用思想与表达二分法认定“笑表示胜利、哭表示失败”属于思想，不应受到著作权法保护；又如法院在对游戏中的可作为美术作品的画面进行分析时，忽略了对作品独创性的分析，而直接判断实质性相似，导致了判决结果不充分的局面。

其次是法官自身水平的不一致导致适用存在偏差。在没有硬性明文规定的情况下，如何适用二分法、如何明确区分思想与表达、如何找到思想与表达的分界点等问题的解决均因法官自身领悟力的不同而存在偏差。

最后是独创性的标准抽象。即对于作品是否具有独创性并未形成一套客观的评判标准，也未形成权威性意见。因此，如何判定一部作品是否具有独创性，通常由法官自行决定。作品的独创性与思想表达二分法是紧密联系的，作品的独创性越高，受到的保护也就越大，因此独创性的标准问题也属于思想与表达二分法在我国适用中的问题。

## 3.2. 接触加实质性相似法之适用分析

### 3.2.1. 接触加实质性相似法的内容

著作权法保护独创性表达的作品，实质性相似即是对作品是否达到著作权法保护的创作高度进行考察[13]。在法官对网络游戏抄袭案件进行判定是否构成侵权时，接触加实质性相似判定法对于两作品相似达到怎样的程度导致侵权成立提供了一定的解决途径[14]。而该判定法虽未在我国法律中明文规定，但已经被我国法官在网络游戏著作权侵权案中广泛应用。接触加实质性相似判定法分为两个步骤，第一步是根据特定的方式，对案件中所涉及的作品进行对比分析，从而判定原告与被告作品是否具有实质上的相似性。第二步是判断原告的作品是否有被被告接触过。

自该法创立以来，实质性相似的界限一直饱受争议，即如何能够分清楚完全相似以及完全不相似[15]。对于实质性相似的判定，不仅要考虑作品之间的相似性，还需考虑相似程度的比例。但对于该比例法律上并没有明确的参考和依据，在实践中，法官通常会将游戏中特定的游戏要素综合起来，采用不同的方法来做出判决，比如对游戏中的文字规则进行逐字对照，对游戏中的图片进行全面的比对，甚至可以根据游戏的整体风格来判断两者的相似之处。

关于“接触”的判定，法院通常会从游戏开发的时间、游戏创作的时间、原被告双方是否有工作往

<sup>1</sup> 参见上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民五(知)初字第22号《民事判决书》。

<sup>2</sup> 陈喆诉余征、湖南经视文化传播有限公司、东阳欢娱影视文化有限公司、万达影视传媒有限公司、东阳星瑞影视文化传媒有限公司著作权侵权纠纷案(琼瑶诉于正等著作权侵权纠纷案)，案号：(2014)三中民初字第07916号。

<sup>3</sup> 参见北京第一中级人民法院(2006)一中民初字第8564号《民事判决书》。

来、双方是否有合作关系等几个方面来综合判断。对于接触的判定远不及对实质性相似的判定难度大，法院一般会根据权利人提供的游戏是否已经上市，或者其他明显的证据来进行判断，如果两游戏之间存在本质上的相似性，但游戏创作者双方事先并没有接触对方的游戏，则接触不成立，侵权也难以成立。

### 3.2.2. 接触加实质性相似法在我国的适用现状

对于接触加实质性相似判定法，在我国法律上是毫无踪迹可循的，该方法属于“舶来品”，是我国借鉴于美国的判定方法，该法常被使用在我国网络游戏著作权侵权案中。下文结合我国典型案例对我国的适用情况予以分析。

首先，在“泡泡堂”诉“QQ堂”侵权案中，在确定原告的作品是否属于著作权侵权时，法院采用了接触加实质性相似判定法。在认定游戏画面是否构成实质性相似时，法院对多个画面在简单的对比归类后进行分别认定，得出结论：游戏中所涉及的9个登陆及等待的画面，在经过一系列对背景图片、排列组合等的比较后，部分属于通用表达形式；而其他例如游戏道具的摆放形式、游戏公告等，从美术角度来看，整体上不构成相似；游戏实战的7个画面及游戏道具的21个画面均不构成相似，不属于抄袭，侵权不成立。在该案中，法院虽进行了实质性相似对比分析并作出了最终论断，但是，对于两款游戏之间的相似性程度及不相似原因等细节没有详细说明，比如两款游戏中的相似性成分所占的总比重是多少、相似要素是否具有独创性、独创性是否能达到法律保护程度等。法官在进行分析时，只是仅仅将两款游戏进行简单对比，凭借法官个人的认知水平最终得出结论。这也表明在我国的司法实践中，对该法的适用还存在很多问题。

在“奇迹MU”诉“奇迹神话”案<sup>4</sup>中，法院采取接触加实质性相似法对游戏元素以及整体画面来进行侵权判定。首先对于原被告的接触问题，法院认为原告的游戏在被告的游戏上线之前就已经开始了，所以被告很有可能会接触到原告的游戏并对其进行抄袭。其次，从游戏中的元素甚至整个整体画面来看，法院通过结合网友对两款游戏的亲身体验，最终对比发现两款游戏中的元素及画面相似度极高，在期间，法官甚至参考了对两款游戏毫不知情的路人玩家的真实感受，在玩家们看来，两款游戏的相似度极高甚至一度以为是同一游戏，因此法院最终判定被告作品构成实质性相似。该案中，法院在判断实质性相似时还考虑了三个问题：第一，侵权作品是否具有独创性。在本案中法官对被告作品的独创性进行了详细判断，经过了认真仔细的思考，最终不认为作品具有可达到法律保护程度的独创性。第二，法官并不局限于游戏作品中的局部要素对比或者大致进行整体对比，在本案中，法官将两者进行综合比较，得出了更为精准的论断。第三，法官对普通玩家于游戏的体验感受作为判案的案考因素予以考虑是非常具有突破意义的。该案能从以上三个角度考虑问题，实则是非常值得我国其他类案借鉴的，这表明了我国在适用接触加实质性相似判定法上的进步。

### 3.2.3. 接触加实质性相似法在我国适用时存在的问题

结合上文分析，我国在适用接触加实质性相似判定法时大致存在以下问题：

首先，注重游戏元素的比对而忽视了游戏整体的比较。在判断实质性相似时，要对网络游戏的局部和整体进行全面的分析，以更为精准的比较出游戏的相似程度。在我国的司法实践中，法院通常采取拆分的方法，将游戏中的元素作为不同的作品类型来进行保护，从而忽略了游戏的整体，过分关注于局部元素的对比可能会导致最终得出的结果与从整体出发进行分析保护得出的结果不同，这往往会导致因为局部元素不相似而使作品整体无法受到保护，如在前文中所提到的“泡泡堂”一案就是法院过多关心元素的拆分比较而忽略了游戏整体的对比，最终认定为不成立实质性相似。

其次，在进行实质性相似判定前并未厘清思想与表达。在适用著作权侵权判定方法时，我国往往忽

<sup>4</sup>上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第529号《民事判决书》。

视了接触加实质性相似法和思想与表达二分法的结合使用。在进行实质性相似判断前，最重要的一个步骤即是区分思想与表达，剔除不受保护的思想，留下表达，接下来再进行具体的实质性相似分析。而我国法院在实际审理时，往往轻“抽象”而重“比较”。

最后，实质性相似缺乏统一标准。尽管在我国著作权案中，该方法已得到广泛应用，但相似程度的标准仍未得到统一。法官在对游戏之间的相似程度进行认定时，不仅要考虑单个元素的特征，还要考虑游戏整体画面的相似性。一款游戏与另一款游戏是否相似、相似的数量达到多少比例才能认定为实质性相似，以及是否有元素存在相似但却因具有一定的独创性仍可以受到法律保护等问题，在我国立法甚至司法上均未作出明确规定，而是由法官进行自我裁量。

#### 4. 域外网络游戏著作权侵权判定方法的适用

域外网络游戏起步时间比我国早，在司法实践中对著作权侵权的判定已有较成熟的认识。从国外司法判例来看，“思想与表达二分法”及“接触加实质性相似判定法”由美国最先提出，后来逐渐推广至世界各国，这些国家对这两种侵权判决方法的具体运用和司法经验，为进一步完善我国的网络游戏侵权审判提供了有益的参考。

##### 4.1. 思想与表达二分法的具体适用

思想与表达二分法产生于美国 1879 年的 *Bader 诉 Seldon 案*<sup>5</sup>，在该案中，原告拥有一本采取表格记账法的书籍的著作权，而被告出版了另一种与原告所享著作权书中所描述的记账方法基本相同的书，两本书中仅仅是表格的标题不同，原告对此是否有权拒绝别人使用这种记账方式，美国法院对技术和技术的表达进行了分析，最后得出结论，技术是受专利法保护的，而认技术的表达是受著作权法保护的，因此，原告无法享有技术上的排他权。该案件首次将作品中的思想与表达两个因素区别开来，这一判定方法在后来的著作权侵权案中起到了重要的作用，为思想与表达二分法奠定了基础。接下来文本将从两个典型案例出发对思想与表达二分法在域外的具体适用作出分析：

首先是美国经典的 *Steinberg 诉 Columbia Broadcasting System 案*<sup>6</sup>。该案件中，法官认为原告的美术作品是具有独创性的表达，应该受到著作权法的保护。在涉案美术作品中，作者以儿童独特的笔法通过眺望的角度标记曼哈顿街区最繁华的大楼，形成了独具特色的风格。在该表达方式具备独创性特征的前提下，被告作品与原告作品风格相类似，并且从普通人的角度来看，两幅作品同样是采取眺望四街区的角度，被告存在抄袭原告作品的行为，因此法院判定被告侵权行为成立。此案是法官运用思想与表达二分法判定美术作品是否构成侵权的典型案，首先纽约曼哈顿街区的景观属于公有领域，任何人都可以从不同的视角来描写和进行创作。但是针对同一内容因选择的角度不同、描述的方式不同，则展示出来的作品风格也会大有差异，因此原告对于属于公有领域的景观进行独创性创作的表达应受著作权法保护。

第二个典型案例是“超人案”<sup>7</sup>。在本案中，法官认为游戏中的人物角色可能属于作品中的表达而受到法律保护，因此法官从不同的角度对人物角色的性格、外形等进行具体分析，来判断该人物角色是属于公有领域的内容，还是作者独立创作出的具有独创性的新作品而属于著作权法保护的主体。人物角色能够受到法律保护的条件是该角色必须是经过了作者的突出描述及特别设计，使得该角色具有与公共领域内容不同的特点，或者虽然作者的描述与设计存在于公有领域，但因作者对此进行组合赋予了角色自身的特点，人物角色仍有可能构成受法律保护的表达。因此，对独创性因素的考虑在适用思想与表达二分法上具有非常重要的作用，是必不可少的一个步骤。

<sup>5</sup>*Bader v. Seldon*, 101 U.S. 99 (1879).

<sup>6</sup>*Steinberg v Columbia Broadcasting System*, 663 F.Supp. 706 (S.D.N.Y. 1987).

<sup>7</sup>*Warner Bros. Inc., v. American Broadcasting Companies*, 720 F.2d 231 (2d Cir. 1983).

## 4.2. 接触加实质性相似法的具体适用

美国作为当今世界网络游戏产业最发达的国家之一，早在近几十年前就总结出了接触加实质性相似判定法，并经过大量的司法实践归纳出抽象—过滤—对比、外部观测者标准、外部与内部检测等多种能够更准确判断实质性相似的方法。本文将从以下案例出发，分析美国对该法的适用方式及相关经验。

首先是美国 *Spry Fox LLC 诉 Lolapps, Inc.*案<sup>8</sup>。在该案中，法官采取了抽象—过滤—对比以及外部与内部检测法来判断原被告作品是否存在实质性相似，即在适用接触加实质性相似判定法之前先采用思想与表达二分法过滤掉作品中不受著作权法保护的思想元素，排除以上内容后再对游戏剩下的属于著作权法所保护的内容进行比对。在本案中，法官认为经过过滤排除后剩下的游戏规则是思想与实用功能的混合物，当对游戏规则的表达富有一定独创性而使其可以与其他类似的游戏规则相区别时，游戏规则应受到保护。

在美国 *Tetris Holding, LLC 诉 Xio Interactive, Inc.*案<sup>9</sup>中，法院采取外部观测者标准的方法来判断原被告作品是否构成实质性相似。即由法院以外的外行观测者作为第三人来分析比较涉案作品是否在整体上存在相似性从而判定侵权是否成立。外部观测者对于作品之间的比较并非局限于游戏中个别元素的判断，而是看整个作品的外观是否于原告作品给人的“总体观念和感受”相一致。外部观测者在不知晓两个作品的作者是谁的前提下，亲自去体验两款游戏，如果玩家无法从两款游戏中看出游戏的差异，则表示两者之间的差异太小，则侵权可能成立。同时，法院认为如果被告仅仅是使用了游戏中的某一部分，并不一定是侵权行为，但如果使用相似游戏元素的数量过多甚至占据了游戏很大的比重，那么侵权就有可能成立。

## 4.3. 域外适用方式对我国的启示

如前所述，美国法院在审理网络游戏著作权侵权案件时，不仅只采取一种特定的侵权判定方法，往往会结合实际案例，综合运用两种方法从而对其进行全面的分析。这两种判定方法既是独立的，也是紧密相连的。

思想与表达二分法的适用主要是区分游戏元素中的思想范畴和表达范畴，其在判断实质性相似的过程中发挥着非常重要的作用。实质性相似法的适用，主要在于判定两种作品是否达到某种程度上的相似性，当相似性达到某种程度时，就构成了侵权。但在某些情况下，若被告使用了原告作品中的某些元素即存在个别元素相似的情况下，也不一定构成侵权，需判断借鉴使用的元素是属于思想还是表达，根据思想与表达二分法，若只是借鉴思想的范畴，则不构成侵权。

网络游戏是富含多种元素的集合体，对游戏中的所有元素进行充分的比较在实践中往往是不实际的，因此在对实质性相似进行判断前，要先采用思想与表达二分法过滤抽离出作品中的思想元素，只对留下的表达范畴的内容进行比较分析。同时，在运用普通观察者等方法判断实质性相似时，也必须预先区分作品的思想与表达，如果不加以区分，则很有可能将思想的内容认定为相似，在实践中更不利于高效准确的辨别作品是否构成实质性相似，因此在适用接触加实质性相似判定法前，采取思想与表达二分法区分作品的思想与表达是很重要的。

与此同时，思想与表达之间的界限存在一定的模糊性，如何精确的区分思想与表达，并没有一个客观的标准，在实践中，应用这种方法产生的问题常常不能得到很好的解决，因此就需要更多的借助接触加实质性相似判定法。但是实质性相似的判定标准至今同样也没有得到统一，故两种判定方法的适用都

<sup>8</sup>*Spry Fox LLC v. LOL Apps Inc.* Not Reported in F.Supp.2d, 2012 WL 5290158(W.D.Wash.), 104 U.S.P.Q.2d 1299.

<sup>9</sup>*Tetris Holding, LLC v. Xio Interactive, Inc.* 863 F.Supp.2d 394 D.N.J., 2012.

存在一定的局限性。然而，美国的法院一直在努力克服上述问题，产生了大量可供我国借鉴的司法判例，这些判例对于我国网络游戏著作权侵权案具有非常重要的参考意义。

## 5. 完善我国网络游戏侵权判定的建议

随着互联网行业的快速发展，网络游戏著作权侵权案件的数量迅速增加，立法上的滞后性、司法上的个案性以及由侵权带来的暴利使得越来越多的游戏开发商对网络游戏进行抄袭。因此，为了更好的促进游戏产业的稳定发展，保护网络游戏作者的著作权，弥补我国著作权法在网络游戏方面的缺陷，本文结合上文对网络游戏著作权保护以及侵权判定方法的分析，并借鉴域外对于侵权判定方法的适用经验，提出相关完善意见。

### 5.1. 完善我国网络游戏侵权判定的立法建议

#### 5.1.1. 修正《著作权法》，增设有关网络游戏的条款

网络游戏在我国《著作权法》上的缺失，是造成网络游戏侵权案件频发且保护困难的根源。所以，把网络游戏纳入著作权法保护范畴是十分必要的。通过前文的案例分析，我们可以看到，在我国法院审理相关侵权案件时，往往采取拆分保护的方式，将网络游戏分解为多个独立的作品进行保护，这种方式可以有效地保护各个独立的要素，但也容易忽略网络游戏作为整体的独创性，从而导致对整体的保护出现疏漏。尽管在我国的司法实践也有将网络游戏作为电影作品进行保护的案例，但电影要成为著作权法所保护的作品，必须要具备很强的独创性，而网络游戏很难达到电影作品所要求的独创性，因此在实践中将网络游戏作为影视作品来进行保护非常困难。随着网络游戏产业的迅猛发展，越来越多的人投身于网络游戏行业，若不能及时修正现有法律去迎接现实中不断出现的网络游戏著作权侵权挑战，对于我国的法制建设以及社会稳定无疑是一种阻碍。因此，必须修正《著作权法》，增设有关网络游戏的相关条款，并将网络游戏整体作为著作权法保护的主体，明确其合法地位，以在立法上给予它更多的保障。

#### 5.1.2. 明确侵权判定方法的法律地位

尽管我国司法实践中二分法与实质性相似法在相关侵权案件中都有被实际适用，但在我国现行法律中并没有两种侵权判定方法的相关规定，法律规定模糊使得在实际操作中易产生种种问题。就思想与表达二分法来看，在我国著作权法中，只规定了作品应该具备独创性，并未对二分法作出明示，然而思想与表达二分法与作品的独创性在案件审理过程中是密不可分的，作品的独创性越强，其受保护的表达范围就越大，二分法在法律上的缺失使得对于作品独创性的判断没有明确的法律依据，在司法中很难形成有效的判定方法。

在我国著作权侵权案例中，虽然不同的法官对判定方法的领悟程度不同，适用效果存在差异，但就目前司法实践来看思想与表达二分法以及接触加实质性相似判定法已经被大多数法官所认可，将侵权判定方法纳入《著作权法》中是非常符合实际需要的。

### 5.2. 完善我国网络游戏侵权判定的司法建议

#### 5.2.1. 综合适用侵权判定方法

网络游戏作品属性的不确定性使得在适用侵权判定方法过程中存在诸多问题。如上所述，思想与表达二分法和接触加实质性相似判定法的单独适用或多或少都存在问题。所以在具体的案例中，不能简单地采用单一的判决方法，而是要将两者结合起来，并综合考虑各种相关因素，从而确定侵权是否成立。

在对网络游戏著作权侵权案件进行审理时，首先，应采用思想与表达二分法区分作品中的思想与表

达,排除掉不受法律保护的思想之后,再根据独创性要求划分应受保护的表达范围。其次,运用外部测试法、内部测试法等方法分析两作品之间是否达到一定程度的实质性相似。最后,法官应该注意到,在判断实质性相似时,要同时注重对游戏整体以及部分游戏元素的分析。在司法实践中,由于网络游戏元素的多样性,法官往往会采取多种判定方法对其进行是否侵权的分析,但由于实践中的时间、人力、物力等因素的有限性,导致有些判定方法常常被错误运用到具体案件中,或者对于判定方法的适用原因以及过程无法被详细阐述。我国侵权判定方法的适用较其他国家起步晚,因此在实践中急需交叉适用侵权判定方法的成熟经验以供参考。

### 5.2.2. 统一实质性相似的参考标准

我国司法实践中对实质性相似的标准存在分歧,这主要表现为对相似的数量和质量缺乏一个统一的衡量标准。因此,统一实质性相似的判定标准是非常重要的,是适用该判定方法的前提。对实质性相似的判断,应当从以下几个方面来进行:第一,基本内容、核心情节等类似的于后一类的内容,在前一部作品的内容中是否完全反映;第二,两游戏中实质性相似的内容是否达到一定比例[16]。此处提到的比例具体为多少,从立法司法层面来看都是模糊不清的,法官在判案时往往根据自身的自由裁量权来分析涉案作品的相似程度,而判定标准的模糊性可能会导致侵权判定结果与实际情况存在一定出入。因此统一实质性相似的判定标准,司法人员就必须要从大量的经典案例出发,归纳总结不同游戏作品的判定标准,以此来弥补法律中的空白。

### 5.2.3. 引入专家参与勘验

随着科学技术的快速发展,引入专家辅助案件审理已经成为现代法院判案的一大趋势。技术专家的引入,可以解决许多案例中所涉及的专业问题,为法官的审理提供技术支撑,从而更好地保护著作权人的合法权利。日本自八十年代起就引进了技术专家,专门从事知识产权法院的案件审判,而技术专家又被称为断案辅助人,断案辅助人的专业意见极大地填补了法官技术上的缺陷,该审判模式经过大量案例检验取得了显著的成果。

目前,我国已经在技术类案件中引进了断案辅助人,例如北京知识产权法院成立了专门的技术调查室,利用技术人员对技术案件进行分析,发现技术问题,并对其进行审评,从而提高了办案的质量和效率。但目前我国主要在专利案件中设立技术调查官进行审查。随着网络游戏著作权纠纷的不断增加,将专家介入到网络游戏著作权侵权案件中进行辅助断案是非常有必要的。

## 6. 结语

网络游戏产业是现代科技进步孵化出来的新兴产业,在带来巨大经济价值的同时,也伴随着一系列非常严峻的著作权保护难题。目前,我国未将网络游戏作品列入著作权法的保护范围,在此前提下,本文首先提出我国网络游戏著作权保护所面临的一些问题。以网络游戏著作权侵权判定方法为主要内容,分析了网络游戏侵权判定方法在国内外的不同适用情况,并总结了我国司法实践中应用思想与表达二分法和接触加实质相似性法的问题和保护难点,通过对比域外尤其是美国的具体适用情况,提出相关完善建议。本文认为,网络游戏侵权案件频发最主要的原因在于网络游戏立法上的不明确性以及司法上的个案性,实践中采用拆分网络游戏元素并分别加以保护的方法,对网络游戏的法律适用有一定的帮助,但是在确定侵权责任方面还存在一些不足。所以,在网络游戏著作权保护中,完善网络游戏侵权判定方法是十分必要的,包括在立法上修正《著作权法》、增设网络游戏相关规定、明确侵权判定方法的法律地位,在司法上全面运用侵权判定方法、统一实质性相似的参考标准,并引入技术专家参与勘验等,以实现网络游戏行业的良性发展。

## 参考文献

- [1] 张平. 网络法律评论[M]. 第6卷. 北京: 法律出版社, 2005: 204.
- [2] 郝敏. 网络游戏要素的知识产权保护[J]. 知识产权, 2016(1): 69-77.
- [3] 孙磊. 电子游戏知识产权保护的世界之旅: 对于WIPO报告的深度解读(一) [EB/OL]. <https://www.zhichanli.com/p/1761989425>, 2023-08-18.
- [4] 张学军. 网络游戏知识产权的司法认定[J]. 人民司法, 2015(19): 87-93.
- [5] 许永盛. 我国计算机软件的著作权法保护研究[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2004(6): 153-156.
- [6] 任玉翠. 计算机软件著作权保护中的两个问题[J]. 甘肃政法学院学报, 2007(2): 137-140.
- [7] 寿步, 吴慧建, 郑亚娟, 祁筠. 网络游戏相关规范和制度设计[J]. 电子知识产权, 2005(6): 13-15.
- [8] 李明德, 许超. 著作权法(第二版) [M]. 北京: 法律出版社, 2009: 24.
- [9] 董颖, 邹唯宁, 高华苓. 视频游戏作品所包含的艺术类著作权[J]. 电子知识产权, 2004(11): 40-43.
- [10] 李雨峰. 思想/表达二分法的检讨[J]. 北大法律评论, 2007(2): 433-452.
- [11] 赵师斌. 著作权法上的思想/表达二分法原则研究[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2013.
- [12] 郑成思. 末代皇帝的后半生的版权纠纷[J]. 中华儿女, 1993(6): 93.
- [13] 李国泉, 寿仲良, 董文涛. 实质性相似加接触的侵权标准判断[J]. 人民司法, 2010(16): 37-40.
- [14] Cruz, A. (2017) What's the Big Idea behind the Idea-Expression Dichotomy?—Modern Ramifications of the Tree of Porphyry in Copyright Law. *Florida State University Law Review*, 221-250.
- [15] Brashears-Macatee, S. (1993) Total Concept and Feel or Dissection: Approaches to the Misappropriation Test of Substantial Similarity. *Chicago-Kent Law Review*, 913, 935.
- [16] 刘佳欣. 网游改编乱象的司法解决路径[J]. 中国知识产权, 2008(115): 64-66.