

电子游戏著作权保护中 思想与表达的界分方法

朱 冬*

内容提要：方法的选择对于个案中思想与表达的界分结果影响甚大。思想一词的多义性，导致其与表达的界分不可能适用统一标准。思想与表达的界分，是体现价值判断的类型归属过程，非简单逻辑涵摄所能完成。应以作品中可受保护之表达作为界分的逻辑起点。作品中可受保护之表达具有层次性特征，作为结构存在的内在表达，亦应纳入可受保护之表达的范畴。不同含义之思想与可受保护之表达间的关系未必相同，需要根据两者之间的不同关系，采用不同的界分标准逐步进行排除。该分析框架与“抽象—过滤—对比法”相合。电子游戏“换皮”类案件中，直接排除抽象玩法规则后，应当认可足够具体之游戏结构属于表达范畴，功能性思想的排除则需借助合并规则、必要场景规则完成。

关键词：思想/表达二分法 内在表达 功能性表达 电子游戏“换皮”

一、问题的提出

对作品的保护仅延及表达、不延及思想，是现代著作权法的基本原则。在客体认定阶段，独创性要件是对表达而非思想的要求；在侵权判定阶段，实质性相似的判断需以界定原告作品中可受保护之表达的范围为前提。然而，由于作品的非物质性特征以及著作权法强烈的政策性，加之思想和表达本身含义的模糊性，导致个案中思想与表达的界分充满了不确定性。正因如此，“思想/表达二分法”在理论上不断受到挑战，〔1〕甚至被看作一种使说理正当化的修辞手段。〔2〕但是，实践不能因此止步。对“思想/表达二分法”的讨论，不应停留在“正确但不好用”的抽象评价层面，而需深入到具体操作层面，为个案中思想与表达的界分提供方法上的指引。

近年来，理论界和实务界围绕电子游戏“换皮”类案件展开了激烈争论。在将非画面内

* 南开大学法学院副教授。

〔1〕 参见李雨峰：《思想/表达二分法的检讨》，《北大法律评论》第8卷第2辑，北京大学出版社2007年版，第449页以下。

〔2〕 参见熊文聪：《被误读的“思想/表达二分法”——以法律修辞学为视角的考察》，《现代法学》2012年第6期，第175页以下；卢海君：《版权客体论》，知识产权出版社2014年版，第39页。

容——游戏中各要素及其组合关系——归入游戏规则的前提下，争议焦点被锁定在其是否属于可受保护之表达上。

肯定论认为，游戏规则与文学艺术作品中的情节类似，可以划分为不同的抽象层级，内在于游戏并与游戏要素有机结合、具体到一定程度的游戏规则，属于可受保护之表达。^{〔3〕}司法实践中，有法院采肯定论。在“太极熊猫案”中，一审法院认为，电子游戏属于视听作品，角色选择、成长、战斗等玩法设置具有叙事性，依托游戏界面呈现的详尽游戏玩法，类似于电影中的具体情节，已形成充分描述的结构，足以使玩家产生感知特定作品来源的特有玩赏体验，构成可受保护的表达；二审法院亦认可上述观点。^{〔4〕}在“我的世界案”中，法院虽然否定了在视听作品项下对游戏中非画面因素进行保护的做法，但同时认为，游戏玩法从整体到细部存在较大的创作空间，若设计足够具体细致，形成被充分描述的体系架构，则构成可受保护的表达。^{〔5〕}

否定论则明确反对将游戏规则与情节进行类比，主张游戏规则的外在呈现方式只能是游戏画面，作为非画面内容的游戏规则属于操作方法，不能被划分为不同的抽象层次，不论游戏规则多么复杂或具体，均应归入不受保护之思想。^{〔6〕}换句话说，否定论拒绝承认游戏画面之下存在任何可能构成表达的层次。司法实践中，亦有法院采否定论。在“万国觉醒案”中，法院明确表示，游戏元素及其组合属于玩法层面的机制设计，本质上类似于操作方法、解决方案，即使再具体、详细、复杂、精巧甚至富有创意，反映了游戏开发者对于虚拟游戏世界从细部到整体的构思，仍属不受保护的思想。^{〔7〕}在“斗罗大陆：武魂觉醒案”中，法院亦明确指出，电子游戏作为视听作品，独创性应当体现在画面之上，游戏结构、顺序和组合虽然具体、复杂，但仍为游戏规则，与过程、操作方法一样，均属不受保护之思想。^{〔8〕}

两种观点针锋相对。标准选择上之所以产生分歧，固然与双方对游戏规则的属性乃至电子游戏本质等问题的理解差异有关，但从更深层次来看，以游戏规则之名展开的争论，折射出了个案中思想与表达界分方法的缺陷。面对电子游戏这种异常复杂的作品及实践中各种样态的“换皮”行为，将问题简化为游戏规则本身属于表达还是思想，进而直接通过逻辑涵摄决定是否将其纳入著作权的保护范围，显然远远不够。“思想/表达二分法”不是僵化的教条，标准的灵活性需要一套系统化的方法来保障。然而，在规则层面将思想与表达对立，不足以为方法的选择提供明确指引；个案中发展出来的不同界分标准，则受特定适用场景的限制。界分方法上的系统化不足，可能导致场景转换时具体界分标准的错置，亦无法满足作品日益复杂化背景下司法实践的现实需求。遗憾的是，学界尚未就此展开深入讨论。

为此，本文尝试从规范分析的视角出发，通过理论分析和实践案例梳理，提出一套系统化的界分方法：以可受保护之表达为逻辑起点，区分思想的不同含义，根据其可受保护之表达

〔3〕 参见卢海君：《网络游戏规则的著作权法地位》，《经贸法律评论》2020年第1期，第137页；朱艺浩：《论网络游戏规则的著作权法保护》，《知识产权》2018年第2期，第72页以下；由理、卢海君：《论具体游戏规则的版权保护》，《知识产权》2024年第9期，第84页以下。

〔4〕 参见江苏省高级人民法院（2018）苏民终1054号民事判决书。

〔5〕 参见广东省高级人民法院（2021）粤民终1035号民事判决书。

〔6〕 参见张伟君：《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75页；王迁：《电子游戏规则著作权保护之否定》，《法学》2024年第3期，第126页，第131页以下。

〔7〕 参见广东省高级人民法院（2023）粤民终4326号民事判决书。

〔8〕 参见上海知识产权法院（2023）沪73民终1070号民事判决书。

的不同关系,采用不同的标准,逐步进行排除。讨论过程中,结合电子游戏“换皮”类案件的主要争议,通过对不同观点进行辨析,说明上述界分方法的适用思路,以期对涉及复杂作品著作权侵权案件的解决提供参考。

二、思想与表达界分的认识基础

方法的选择需要以特定的认识为基础。讨论思想与表达的界分方法之前,需澄清“思想/表达二分法”的规范含义、规范属性以及规范地位等基础问题。电子游戏“换皮”类案件中,就游戏规则是否属于可受保护之表达,肯定论与否定论的分歧与对上述基本问题的认识有关。

(一) 著作权法上“思想”一词的多义性

著作权法上,思想与表达相对,用来概括地指代作品中不受保护的部分,不能从日常含义进行理解。TRIPs协议明确规定,版权保护仅延及表达,不延及思想、过程、操作方法、数学概念。〔9〕我国《计算机软件保护条例》沿用了这一规定。〔10〕美国版权法亦规定,版权保护不延及任何思想、程序、过程、系统、操作方法、概念、原理或者发现,无论是以何种方式在作品中被描述、解释、说明或者体现。〔11〕思想一词的多义性表明,被排除在著作权保护范围之外的,并不仅仅是抽象意义上的思想感情。根据学者的梳理,明确被划入思想范畴的,包括想法、符号的所指、涵义、功能、抽象内容(或者未充分展开的表达)、形式要素等。〔12〕有学者将被排除的思想归纳为以下三类:作为概念的思想,即促成作品产生的抽象想法;作为解决方案的思想,主要指操作原则和方法;以及作为构成模块的思想,主要包括情节、词句、颜色、图形等构成作品的基础性要素等。〔13〕

在理论层面,思想一词的多义性,导致对“思想/表达二分法”的概括抽象存在困难。著作权法之所以不保护思想,固然可以表述为防止思想垄断。然而,这种笼统的表述无法准确体现思想多义性下的不同政策考量。排除作为概念的思想,主要是为了保障他人就相同主题的创作自由;排除作为构成模块的思想,主要是为了防止因对创作活动之基础性要素设定垄断权而妨碍表达自由;排除作为解决方案的思想,则主要是为了保障功能性思想的自由传播,划清著作权法与专利法的界限。〔14〕对于不同含义之思想的排除,是为了平衡创作者、使用者、社会公众之间的多种利益,侧重点并不完全相同。有学者主张将思想看作是对于作品中不受保护部分的一种“比喻”,〔15〕这种观点未免过于悲观,却形象地说明了对“思想/表达二分法”进行一般性理论概括的难度。

进入实践层面,思想一词的多义性,提示个案中需要明确区分被排除之思想的具体含义。对于不同类型的作品,需被排除的思想可能并不完全相同;即便在同一作品中,亦有可能存在不同含义的思想。以文字作品为例,被排除的思想既包括抽象主题,亦可能包括客观事实,甚

〔9〕 参见 TRIPs 协议第 9 条第 2 款。

〔10〕 参见《计算机软件保护条例》第 6 条。

〔11〕 See 17 U. S. C. § 102 (b).

〔12〕 See Steven Ang, *The Idea-Expression Dichotomy and Merger Doctrine in the Copyright Laws of the U. S. and the U. K.*, 2 Int'l J. L. & Info. Tech. 111, 117-123 (1994).

〔13〕 See Paul Goldstein, *Goldstein on Copyright*, Vol. 1, Aspen Publishers, 3rd ed., database updated 2025, at § 2.3.1.1.

〔14〕 See Loine Bently *et al.*, *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 6th ed., 2022, p. 234.

〔15〕 参见前引〔13〕, Goldstein 书, 第 2.3.1 节。

至可能包括作品阐释的功能性思想。对于功能性作品而言，被排除的思想则主要是蕴含在作品之中、具有功能性的解决方案。对于不同含义之思想，在与表达进行界分时需要分别进行讨论，适用不同的标准。相反，在未明确被排除之思想的具体含义的情形下，将适用于某种思想的界分标准不加区分地扩展适用至其他含义之思想，容易造成界分标准的错置；将特定标准作为一般标准看待，则无异于盲人摸象，存在偷换概念之嫌。

在电子游戏“换皮”类案件中，两派观点关于思想与表达界分标准的争论看似针锋相对，实则分别指向不同含义之思想。肯定论将游戏规则类比为情节，主张排除抽象的游戏规则，强调的是作为概念或者构成模块的思想；否定论拒绝将游戏规则类比为情节，主张游戏规则属于操作方法，强调的是作为解决方案的思想。双方对不同含义之思想的强调，来源于对游戏规则属性的认识分歧，进而影响到对思想与表达界分方法的选择。肯定论认可画面之下存在可受保护的表达，至于如何排除非画面内容中的功能性思想，尚有进一步讨论的余地。^[16]相反，否定论则坚定地认为游戏规则属于操作方法，从而完全排除了对游戏中非画面内容提供著作权保护的可能性。游戏设计理论认为，机制（过程和规则）、故事、美学和技术是游戏的四大构成要素。^[17]如果说技术要素与表达无关，体现于画面之上的美学要素属于游戏的“皮”，那么在画面之下至少还存在机制和故事两大要素。因此，否定论采取的界分方法是否存在将复杂问题简单化的倾向，值得进一步探讨。

（二）思想和表达均属于规范类型

著作权法上的思想和表达均属于规范类型，而非严格意义上的法律概念。个案中思想与表达的界分，是体现价值判断的类型归属过程，绝非简单的逻辑涵摄能够完成。

首先，作为规范类型的思想与表达，其含义均需在规范层面进行理解。对思想与表达的界分，服务于著作权法激励创作的政策目标，这决定了二者均为法律（第二性）层面的术语，不能仅从事实（第一性）层面进行理解。有学者指出，著作权法上思想与表达的界分，实际上是对此表达与彼表达的界分；^[18]还有学者试图引入符号学的视角分析思想和表达的界限问题。^[19]这些讨论，主要是在事实（第一性）层面的描述，虽然对于从规范层面理解思想与表达的界分具有一定帮助，但毕竟仅是解释性的学术观点，不能作为决定著作权法上思想与表达规范意涵的最终依据。

其次，作为规范类型的思想和表达只能被描述，无法通过定义准确把握。法律概念是在充分考虑规范意旨的基础上，通过取舍将某些特征作为构成对象之充分必要条件而形成的。^[20]严格意义上，只有在对象的特征要素被完整清晰地定义时，才能形成法律概念。^[21]思想和表达显然不符合上述标准：著作权法并没有对二者的构成性特征进行穷尽列举，思想一词的多义性也给准确定义带来了困难。思想和表达本质上均属于规范类型。与抽象概念不同，类型是相对具体的，虽然具有确定的核心，但是并没有明确的边界，只能被描述，不能被定义。^[22]类

[16] 参见徐俊：《网络游戏作品实质性相似的判定研究——以游戏“换皮”的规制为中心》，《知识产权》2024年第9期，第52页以下。

[17] 参见[美]杰西·谢尔：《游戏设计艺术》，刘嘉俊等译，电子工业出版社2016年版，第53页以下。

[18] 参见李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版，第74页。

[19] 参见张振锋：《符号学视角下作品认定的方法论研究》，《法制与社会发展》2024年第1期，第219页。

[20] 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第59页以下。

[21] 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第278页。

[22] 参见[德]阿图尔·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2011年版，第148页。

型中的特征并非构成类型的充分必要条件，而是描述对象轮廓的辅助手段。作为规范类型的思想和表达，其边界并不清晰，二者之间可能存在模糊地带，此乃二者作为规范类型的性质使然。由此也就不难理解，为何有观点哀叹：思想与表达的界限，过去没有人能够清晰地划定，未来也不会被清晰地划定。^[23]思想和表达的边界，只能通过个案的不断实践逐渐加以廓清。

再次，个案中思想与表达的界分是体现价值判断的类型归属过程，无法通过简单的逻辑涵摄完成。理想状态下，法律通过穷尽列举对象特征，将价值判断完全内化于概念之中，使得概念涵摄被纯化为逻辑上的演绎推理，成为价值中立的思考过程；相反，类型则是开放的，只能通过典型特征之数量和强度的考察，决定对象是否足以在整体上符合某种类型，因此类型归属并非必然的逻辑推论，而是体现价值判断的复杂推理过程。^[24]承认思想和表达的规范类型属性，有助于理解和正视价值判断在界分中的作用。在个案中，直接通过逻辑涵摄的方式将作品中的某部分归入思想或者表达的范畴，反而有掩盖界分过程中的价值判断之嫌。任何作品都是各种思想与表达的混合物，通过个案中界分方法的应用，将类型归属过程中的价值判断呈现于具体的操作步骤之中，这种被具体化了的的价值判断过程才能成为可评价的对象。

在关于电子游戏“换皮”类案件的争议中，否定游戏规则构成可受保护之表达的观点，即采用了一种典型的从概念出发的形式逻辑推理：规则属于不受保护的思想，而游戏规则亦属于规则，因此游戏规则不应受著作权保护。^[25]这种推理看似逻辑清晰、直截了当，却是将类型归属替换为概念涵摄，掩盖了小前提判断中的价值考量。诚如学者所言，过度强调三段论推演过程的纯粹逻辑性，忽视小前提认定之对错，难免会发生指鹿为马的情形。^[26]将游戏画面之下各要素及其组合关系归结为游戏规则是否合适，借助游戏规则的术语是否足以将非画面内容涵摄于不受保护之思想，这些问题都值得详细检视。有学者认识到，作为“名”的思想和作为“实”的游戏规则之间是否存在清晰的对应关系，答案可能并不简单；认为直接通过逻辑涵摄便可完成对思想与表达的界分，恐怕是盲目乐观。^[27]对于将游戏规则归于操作方法的^[28]主张，有学者提出质疑：乍看之下游戏规则是用来限制或者指导玩家行为的，但是它并不详细决定游戏中会发生什么，而是允许玩家有一定的灵活性，显然有别于蛋糕制作方法等典型的为达到特定目标之操作方法。^[28]更有学者对电子游戏版权保护中的简单三段论推理提出激烈批评：将通过设计呈现古希腊历史的电子游戏与国际象棋或者“大富翁”等游戏相提并论，从而以游戏规则之名拒绝提供版权保护，只能是源于一种分类错误（category error）；游戏领域的版权侵权问题，应当运用计算机软件案件中发展出来的复杂得多的测试标准进行判断，而不是“幼稚地贴上标签”（a callow invocation of labels）。^[29]

[23] See *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930).

[24] 参见前引 [21]，拉伦茨书，第 277 页以下，第 284 页以下。

[25] 参见前引 [6]，王迁文，第 124 页以下。

[26] 参见前引 [20]，黄茂荣书，第 64 页以下。

[27] 参见蒋莉：《认知经济性视角下的游戏规则作品资格》，《版权理论与实务》2022 年第 12 期，第 33 页。

[28] See Bruce E. Boyden, *Games and Other Copyrightable Systems*, 18 Geo. Mason L. Rev. 439, 470 (2011); Aidan Faustina, *Rules of the Game: Are the Rules and Mechanics of Video Games Copyrightable?*, 31 UCLA Entertainment Law Review 37, 57 (2024). 我国有学者认为，并非所有游戏规则均属于操作方法，剧情类游戏规则中还包含向玩家输出的场景和内容，这些交互性质的内容与电影作品所讲的“故事”更具同质性。参见杨明：《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 82 页。

[29] See Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Vol. 1, Matthew Bender & Company, Inc., database updated 2025, at § 2A.14[C][3].

（三）思想与表达界分的规范地位

个案中对思想与表达进行界分，是著作权侵权判定的重要步骤。但是，思想与表达的界分在侵权判定过程中应当发挥何种作用？该问题既与如何认识著作权侵权判定思路有关，亦会影响思想与表达界分方法的选择。

第一，个案中思想与表达的界分，须以被控侵权作品中与原告作品相似的部分为考察对象。著作权侵权案件围绕原告与被告的争议内容展开，并非总是需要在整体上对原告作品中的思想与表达进行界分，亦不需要对构成相似的部分进行重构，判断该部分是否构成作品并决定应归入哪类作品之中。需要回答的问题是，被控侵权作品中与原告作品构成相似的部分，是否落入可受保护之表达的范畴。如果双方争议的相似之处有多个，则需就每个具体争议点进行单独分析。在电子游戏“换皮”类案件中，非画面内容的构成十分复杂，个案中原被告双方争议的具体问题亦各不相同，不加区分地统摄在游戏规则之下并统一加以定性，显然不符合个案认定的要求。

第二，就著作权侵权判定而言，单纯对思想与表达进行界分是不够的，还需要考量二者是否具有现实的可分性。根据融合规则和必要场景规则，当表达方式有限或者表达属于某特定主题下之标准素材时，由于表达和思想无法分离，亦应排除在著作权的保护范围之外。^[30]对思想与表达进行界分的任务，在于划定原告作品的受保护范围，需要将合并规则、必要场景规则等一并纳入考量。也就是说，即便认可作品中的某些内容落入可受保护之表达的范畴，亦不意味着该部分一定应受保护，还需经合并规则、必要场景规则的检验，只有在思想和表达能够分离的情形下，才能纳入著作权保护范围。电子游戏“换皮”类案件中关于非画面内容部分是否存在可受保护之表达的争议，肯定论为合并规则和必要场景规则的适用留下了空间，否定论则通过概念涵摄直接结束了对思想与表达界分的讨论。对于肯定论所导致后果的评价，只有在综合考虑上述规则的适用之后，方可称公允。

第三，个案中思想与表达的界分，是作品实质性相似判断的前置步骤。著作权侵权判定的根本标准，是被告作品与原告作品在整体上是否构成实质性相似。在“《梅花烙》案”中，我国法院认定，双方争议的21个情节中有9个构成相似，尽管所占比例不高，但是已包含原告作品的故事架构，足以使受众感知到被告作品来源于原告作品，二者在整体上构成实质性相似。^[31]由此可见，著作权侵权中实质性相似的判定，通常需要经过以下两个阶段：首先确定与原告作品相似的部分是否应受著作权保护；再看基于这些相似部分是否足以认定两部作品在整体上构成实质性相似。美国司法实践中广为采用的“两部分测试法”，体现了类似的判断步骤：在外部测试阶段，通过分析解构的方法，确定相似部分是否来源于原告作品中应受保护的表达；在内部测试阶段，对相似部分是否足以使得被告作品与原告作品在整体上构成实质性相似进行判断。^[32]

关于电子游戏“换皮”类案件的争议，在肯定非画面内容存在可受保护之表达的观点中，有将游戏归入视听作品进而认定抄袭具体游戏规则构成侵犯游戏整体著作权的主张。对此，否定论认为整体保护模式混淆了游戏画面和游戏规则，掩盖了游戏规则的思想属性，回避了游戏规则属于思想还是表达这一焦点问题。^[33]这种评价有失公允。否定论实际上是认为，电子游

[30] 参见《计算机软件保护条例》第29条；《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》（2018）第7.3、7.4条。

[31] 参见北京市高级人民法院（2015）高民（知）终字第1039号民事判决书。

[32] See *Brown Bag Software v. Symantec Corp.*, 960 F.2d 1465, 1475 (9th Cir. 1992).

[33] 参见前引〔6〕，张伟君文，第72页；邵天朗：《电子游戏规则著作权法保护路径之否定》，《知识产权》2024年第9期，第98页。

戏“换皮”类案件的处理应从游戏规则本身是否构成作品入手，直接就原被告游戏规则进行比较，进而得出二者是否构成实质性相似的结论，而拒绝采用两个游戏在整体上是否构成实质性相似的判断标准。^[34]这显然是对著作权侵权判定模式的误读。肯定论所主张的整体保护模式，意在强调以游戏中各要素及其组合关系为基础，在确定相似部分是否属于应受保护之表达后，进一步判断相似的部分是否足以使得被告游戏与原告游戏在整体上构成实质性相似。^[35]对两个游戏在整体上是否构成实质性相似进行判断，需首先确定双方争议的相似部分属于表达还是思想，显然并非是要在电子游戏“换皮”类案件中放弃适用“思想/表达二分法”。

三、思想与表达界分的逻辑起点

解决相关认识问题后，可进入对思想与表达界分方法的讨论。从方法角度看，个案中思想与表达的界分，大致需要经过以下两个步骤：首先确定以何者为基础作为界分的逻辑起点，之后再讨论如何选取具体标准完成界分任务。界分逻辑起点的选择问题往往被忽视，但其对界分结果影响甚大，不得不察。

（一）从可受保护的表达出发逐步排除思想

如前所述，作品中的思想与表达并非泾渭分明，通过简单的逻辑涵摄直接划分二者的范围并不现实。美国司法实践中曾经认为，在计算机软件中只有最为概括的目的或功能方属思想，其他对于实现上述目的或者功能来说并非必要的任何内容均构成表达。^[36]这种观点面临的首要批评，即在于将复杂问题简单化，错误地认为计算机软件中仅有一种思想，并且将思想与表达的界分委诸“形而上的区别”，没能把重点放在对实际问题的考量上。^[37]这种试图直接对思想与表达进行界分的方法，为计算机软件保护的主流做法所摒弃。目前，美国司法实践广泛采用“抽象—过滤—对比法”解决计算机软件侵权问题。该方法的显著特征是：认可作品中思想与表达的复杂关系，承认不同抽象层次中思想与表达处于混合状态，要求法院采取更细致的步骤，逐步排除各种不受保护的思想。^[38]“抽象—过滤—对比法”在我国著作权理论和实践中亦有广泛影响，其对于思想与表达界分方法的隐含意义，值得在理论上深入挖掘。

“抽象—过滤—对比法”的适用表明，个案中思想与表达的界分，是逐步排除各种含义之思想的复杂过程。这个过程需在逻辑上找到一个起点。作为被排除对象的思想，显然不能担此重任。界分的逻辑起点，只能是作品中可受保护的表达。关于作品保护范围的划定，美国法院即要求首先找出作品中明显属于表达的部分，然后考虑可否将其与各种不受保护的思想区分开来。^[39]既然要以作品中可受保护的表达作为个案中思想与表达界分的逻辑起点，就需对其

[34] 参见前引〔6〕，王迁文，第125页。

[35] 美国电子游戏版权保护司法实践中亦采用整体保护模式。在“吃豆人案”中，原告游戏作为视听作品进行了版权登记，被告游戏采用了与原告游戏相似的角色外观，并以极为相似的方式表达角色转换和“再生”过程。美国法院指出，尽管两个游戏之间并不存在其他相似之处，但是由于原告游戏中特有的人物形象是使其区别于类似视频游戏的重要特色，普通观察者仍会得出被告抄袭原告游戏的结论，上述相似之处已足以认定两个游戏在整体上构成实质性相似。See *Atari, Inc. v. North American Philips Consumer Electronics Corp.*, 672 F.2d 607, 610, 618-619 (7th Cir. 1982).

[36] See *Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratory*, 797 F.2d 1222, 1236, 1238-1239 (3rd Cir. 1986).

[37] See *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693, 706 (2d Cir. 1992).

[38] 参见前引〔29〕，Nimmer等书，第4卷，第13D.37〔C〕〔3〕节。

[39] See *Oracle America, Inc. v. Google Inc.*, 750 F.3d 1339, 1357 (Fed. Cir. 2014).

形成一个初步的认识。

然而，对于何为可受保护之表达这一问题，“思想/表达二分法”本身并未给出任何线索。在形式逻辑上，二分法是一种特殊的划分，基本结构是一个子项具备某种性质，另一个子项缺乏该种性质。^{〔40〕}可见，二分法以是否具有某种属性为标准，在两个子项之间形成相互排斥的关系。对于缺乏特定性质的子项，二分法本身仅指出该子项不是什么，但不能说明该子项是什么。然而，是否具有某种属性这种结论，只有在对两个子项进行比较之后才能得出。至少对各子项具备初步认识，是二分法得以形成的基础。“思想/表达二分法”亦是在对思想与表达进行比较的基础之上形成的。规范层面上对思想与表达的二分，仅仅是比较之后形成的结果，并未提供任何关于比较前提——即何为思想、何为表达——的具体信息。将应予排除的思想理解为“非表达”，或者将应受保护的表达说成是“非思想”，都是在结果意义上进行讨论，对于作品中可受保护之表达的认识并无助益。

单纯从思想出发，亦无助于对作品中可受保护之表达的认识。一方面，在“思想/表达二分法”中，思想属于排除领域，只能起到从反面限定作品保护范围的作用。单纯从否定性的角度出发，并不能从正面得出结论，无法说明作品中可受保护之表达的本质为何。另一方面，思想一词的多义性表明，在不同案件中被排除的，可能并非相同含义之思想。从不同含义之思想出发，描述与之相对的表达，也会得出不同的结论。对思想之具体含义的理解，是对思想与表达关系展开讨论的基础，对于界分标准的选择至关重要，但是却无助于对作为界分逻辑起点之可受保护表达的认识。

在关于电子游戏“换皮”类案件的争议中，肯定论与否定论对游戏中可受保护之表达的范围存在分歧。肯定论承认游戏非画面内容中存在可受保护的表达，主张游戏中可受保护的表达不以画面为限；否定论则坚持游戏中可受保护的表达仅以画面为限，拒绝将非画面内容归入可受保护的表达。否定论的主要论据有二：其一，既然游戏属于视听作品，受视听作品定义的限制，可受保护的表达只能限于画面；其二，非画面内容作为游戏规则，属于操作方法，应当归入思想范畴。^{〔41〕}可见，否定论并非从正面出发，在对作品中可受保护之表达本身进行考察后得出的结论。表现手段仅是构成特定类型作品的必要非充分条件，以作品类型归属限定可受保护之表达的范围，是对作品类型规范意义的误读。^{〔42〕}直接从操作方法的观念入手，拒绝承认网络游戏中思想与表达关系的复杂性，则未能对非画面内容的属性作出详细分析。在“街头霸王 II 案”中，美国法院明确，认可游戏视觉细节属于可受保护的表达，并不意味着可以据此认为游戏中的非画面内容均由不受保护的思想组成。^{〔43〕}在个案中对电子游戏非画面内容中的思想与表达进行界分，需以对何为作品中可受保护之表达进行正面讨论为基础。

（二）作品中可受保护表达的层次性特征

我国有观点认为，既然表现形式是作品的构成要件，作品类型亦大致以表现形式的不同作为划分标准，那么作品中可受保护的表达亦应以表现形式为限。^{〔44〕}这种推论不能成立。作为作品表现形式的文字、语言、乐曲、色彩、线条、连续动作、活动画面等，均是能够为人类直

〔40〕 参见金岳霖主编：《形式逻辑》，人民出版社1979年版，第63页。

〔41〕 参见广东省高级人民法院（2023）粤民终4326号民事判决书。

〔42〕 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1054页以下。

〔43〕 See *Capcom U. S. A., Inc., v. Data East Corp.*, 1994 U. S. Dist. LEXIS 5306, 27-28 (N. D. Cal. 1994).

〔44〕 参见陈锦川：《视听作品著作权是否可以延伸至情节、音乐、美术等内容》，《中国版权》2021年第4期，第34页。

接感知的外在符号形式。对作品表现形式的强调，实际上是要求作品具备客观性或者可感知性，〔45〕并不是对作品中可受保护之表达范围的限定。相反，从著作权法关于作品类型、著作权内容、侵权判断方法等规定中，可以推导出可受保护之表达已经深入到作品内部，并呈现出层次性特征的结论。

其一，汇编作品。对若干作品、作品片段或者不构成作品的材料或者其他材料进行汇编，在内容选择或者编排上体现独创性的作品，构成汇编作品。〔46〕独创性判断以作品中的表达为对象，认可汇编作品在内容选择、编排之上体现独创性，为将数据库内在架构纳入著作权法保护提供了可能性，意味着承认在作品符号化外在表现形式之外存在可受保护之表达的可能性。

其二，演绎权。著作权法产生之初，仅保护复制权，禁止原样复制行为，此时作品中可受保护之表达自然被限定于外在符号形式之上。之后，翻译权将著作权的保护范围延伸到以不同语言文字呈现的作品之上；改编权则将著作权扩展至禁止在原作基础上创作形成新作品的行为，既禁止对原作形式的改编，又禁止对原作内容的改编。〔47〕从客体角度观察，翻译权、改编权等演绎权的引入，表明作品中可受保护的表达已深入到作品内部，不再被限定于符号化的外在表现形式之上。

其三，非字面侵权规则。关于戏剧情节抄袭这类非字面侵权案件，实践中采用的标准是，具体到一定程度的情节属于可受保护的表达。该标准适用的前提是，随着具体事件的逐渐排除，可依抽象程度不同将作品划分为不同层次。以戏剧作品中情节的保护标准为基础，美国司法实践在计算机软件侵权案件中发展出了“抽象—过滤—对比法”，〔48〕明确将软件内部的某些层次结构纳入可受保护之表达的范畴。

作品中可受保护之表达具有层次性特征的认识，在作者权法体系得到了理论界的充分发展。德国学者指出，任何作品中可受保护的表达均可细分为外在表达和内在表达两个层次：外在表达，即文字、旋律、画面等外在符号化表现形式；内在表达，则是相对抽象的，存在于计划、思想的连贯性、证明过程、对人物形象的勾勒、电影或者戏剧场景与构图的发展、画作的构思与构图、建筑设计、乐句与节奏之中。〔49〕在法国，亦有学者明确将作品中可受保护的表达划分为外在表达和内在表达两个层次。〔50〕

在关于电子游戏“换皮”类案件的争议中，否定论拒绝认可具体到一定程度的游戏规则属于可受保护之表达，本质上乃否认电子游戏中可受保护之表达具有层次性特征。其主要理由在于，只有具有情节的文学作品才可被划分为不同的抽象层次，而游戏规则不具备类似于情节的叙事性和可表演性，二者不能进行类比。〔51〕上述推理至少存在以下问题：是否可以完全排除游戏非画面内容中包含故事情节的可能性？即便游戏中不包含故事情节因素，对于游戏画面之下各要素及其组合关系的定性，是否可适用基于故事情节发展而来的思想与表达之界分标

〔45〕 参见胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，法律出版社2002年版，第14页；吴汉东：《知识产权法》，法律出版社2021年版，第155页。

〔46〕 参见著作权法第15条。

〔47〕 参见〔德〕M.雷炳德：《著作权法》，张恩民译，法律出版社2005年版，第159页。

〔48〕 参见前引〔37〕案例，第701页以下，第707页。

〔49〕 参见前引〔47〕，雷炳德书，第42页以下。

〔50〕 参见〔法〕安托万·拉特雷尔：《从思想到固定：保护作品的视角》，载〔英〕埃斯特尔·德克雷主编：《欧盟版权法之未来》，徐红菊译，知识产权出版社2016年版，第100页。

〔51〕 参见前引〔6〕，王迁文，第132页以下。

准？前一个问题涉及对电子游戏本质的认识，属事实（第一性）层面。对其回答需借助游戏开发理论和文学艺术理论，并非本文讨论的重点。后一个问题则属法律（第二性）层面。回答该问题的关键在于，规范层面上将具体到一定程度之情节纳入可受保护之表达范畴，考量基础何在。如前所述，著作权保护深入到计算机软件的内在结构，恰恰是在类比关于戏剧情节的案件处理原则基础上发展而来的。软件内在结构显然并不具有类似于情节的叙事性和可表演性，为弄清其类比基础，需进一步对作品中内在表达的本质进行探析。

（三）作为结构存在的内在表达

如果说外在表达可以被描述为作品符号化的外在表现形式，对于如何描述内在表达，学界则存在不同意见。有学者称之为“构成作品最终形态的主要框架性内容”，〔52〕有学者称之为作品中的“模式”（pattern），〔53〕有学者则称之为“被充分描述的结构”（sufficiently elaborate structure）。〔54〕尽管使用的术语各不相同，强调的实质却基本相同，即作品内部各要素的组合关系亦可构成受著作权保护之表达。现代意义上的“结构”一词，主要指整体内部各组成要素之间的相互关系，这些关系可被用来定义整体的特殊性质。〔55〕由此可见，将作品中的内在表达描述为作品的内在结构是可行的。我国已有学者在描述作品中可受保护之表达时使用“结构”一词，用于指代作品中各组成部分的独特排列组合方式，或是指使各要素组成一个有机整体的总体组织和安排。〔56〕

本质上，情节就是叙述性文学艺术作品中的结构性要素。根据文学艺术理论，情节是按照因果逻辑组织起来的一系列事件，而事件作为叙述的单位，是由人物行为及其后果组成的；因此，情节以事件和人物为核心，使得作品成为有机的整体。〔57〕将情节纳入可受保护之表达的范畴，主要是出于对其结构性质的认可。美国法院明确指出，将利用作品情节类比为从作品中拿走了某个部分并不合适，因为情节就像骨架，支撑起了整个作品。〔58〕英国法院承认，作品中某些特征的组合，如戏剧或者小说中的情节，可以构成作品的实质部分。〔59〕我国司法实践亦确认，基于特定的素材选择、事件设计、人物安排，以特定的因果关系及逻辑关系搭建的具体故事情节属于可受保护的表达。〔60〕除情节外，美国司法实践认可对话、氛围、背景、节奏、人物和事件顺序等作品中的结构性要素构成可受保护的表达。〔61〕对于文学作品中的虚拟角色形象，我国亦有法院认为，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，即属可受保护之表达。〔62〕

〔52〕 参见梁志文：《论演绎权的保护范围》，《中国法学》2015年第5期，第150页。

〔53〕 See Zecharian Chafee, Jr., *Reflections on the Law of Copyright: I*, 45 *Columbia Law Review* 503, 513 (1945).

〔54〕 See Hugh Laddie et al., *The Modern Law of Copyright and Designs*, Vol. 1, 4th ed., Butterworth, 2011, p. 108.

〔55〕 参见〔英〕雷蒙·威廉斯：《关键词：文化与社会的词汇》，刘建基译，生活·读书·新知三联书店2016年版，第509页。

〔56〕 参见前引〔45〕，吴汉东书，第151页；卢海君：《论著作权法语境中的作品结构——以中小学教辅对教材进行“结构性使用”为例》，《社会科学》2016年第12期，第94页。

〔57〕 参见童庆炳主编：《文学理论教程》，高等教育出版社2015年版，第259页以下；彭吉象：《艺术学概论》，北京大学出版社2024年版，第239页。

〔58〕 See *Nichols v. Universal Pictures*, 45 F. 2d 119, 121 (2d Cir. 1930).

〔59〕 See *Designer Guild Ltd. v. Russell Williams (Textiles) Ltd.*, [2000] 1 WLR 2416, per Lord Hoffmann.

〔60〕 参见北京市高级人民法院（2015）高民（知）终字第1039号民事判决书。

〔61〕 See *Shaw v. Lindheim*, 919 F. 2d 1356, 1359 (9th Cir. 1990).

〔62〕 参见广州知识产权法院（2018）粤73民终3169号民事判决书。

对计算机软件的保护,亦已超越代码层,延伸至软件内部的序列、结构和组织之中。〔63〕在软件设计领域,所谓软件系统结构,主要是指构成系统的设计元素的描述、设计元素的交互以及各设计元素组合的模式。〔64〕可见,计算机软件中的模块组合方式之所以构成可受保护的表达,并不是因为其具有类似于情节的叙事性,而是因为其本质上与情节一样,均属作品的内在结构。目前,软件开发的典型方法是结构化程序设计方法,其基本思路是通过系统模块结构设计,自顶层向下逐级分解,将一个大系统分解为不同层次,在模块结构设计的基础上,逐步给出每个模块实现的细节。〔65〕开发过程中采用结构化程序设计方法,使计算机软件的内在结构层次更加清晰,为在侵权判定中根据抽象程度不同概括出不同层次提供了极大的便利。

在其他类型作品中,也有以结构形式存在的内在表达。根据艺术理论,艺术作品本质上就是按照一定逻辑结构组成的审美召唤系统,而组成艺术作品整体各部分的组织方式,就被称为艺术结构。〔66〕除旋律外,音乐作品中的乐句划分、节奏、编曲等,亦被纳入可受保护的表达范畴,〔67〕这些均属于音乐的内在结构。除色彩、线条、形状外,美术作品构图中各要素的组合关系也属于可受保护的表达范畴,〔68〕这些属于美术作品的内在结构。除舞蹈动作外,舞蹈作品中的节奏、构图等均应被纳入可受保护的表达范畴,〔69〕这些则属于舞蹈作品的内在结构。

在关于电子游戏“换皮”类案件的争议中,否定论将非画面内容中各要素的组合关系归于游戏规则,并拒绝将其与情节进行类比,实际上是没有认识到其作为电子游戏之内在结构的本质。类比推理,乃是根据个别因素的类似性,将存在差异的不同事物等同看待。在这个过程中,所选因素之相关性对类比论证的强度影响甚大。〔70〕否定论以游戏规则缺乏叙事性与可表演性为由,拒绝承认将其与情节进行类比的合理性,实际上是将不相关的因素纳入了评价之中。如前所述,文学艺术作品中的情节之所以构成可受保护的表达,并非因其具有叙事性和可表演性,而是因其本质上属于作品的内在结构。游戏设计与计算机软件开发具有相似性,是围绕游戏核心玩法不断展开的过程,通过游戏结构的设计、游戏元素的配合逐渐形成最终的游戏画面。游戏元素就像调色板里的颜料,游戏设计者正是通过这些元素进行组合,完成游戏开发过程。〔71〕在核心玩法的展开过程中,通过游戏中各种要素的组合,形成了游戏的内在结构。正如学者指出的,将各类错综复杂且数量众多的游戏素材按照一定结构、组织和顺序加以整体呈现,游戏画面的展现依赖于非画面中各元素的设计、组织和结构,网络游戏核心资源之间形成相互映射关系,组成了一个具有协同性的系统,这种协同性表达应当受到著作权保护。〔72〕

〔63〕 See *Johnson Controls, Inc. v. Phoenix Control Sys., Inc.*, 886 F.2d 1173, 1175 (9th Cir. 1989). 在德国,软件著作权保护也延及结构要素。参见〔德〕图比亚斯·莱特:《德国著作权法》,张怀岭、吴逸越译,中国人民大学出版社2019年版,第144页。

〔64〕 参见〔美〕M.肖、D.加兰:《软件体系结构》,牛振东等编译,清华大学出版社2007年版,第2页。

〔65〕 参见何炎祥等:《程序设计基础》,清华大学出版社2006年版,第324页以下。

〔66〕 参见《中国大百科全书》(第三版网络版)“艺术结构”词条, <https://www.zgk.com/ecph/words? SiteID=1&ID=514978&Type=bkzyb&SubID=60821>, 2025年2月19日最后访问。

〔67〕 参见前引〔14〕, Bently等书,第231页。

〔68〕 参见北京知识产权法院(2019)京73民初1376号民事判决书。

〔69〕 参见杨华权:《论舞蹈作品独创性的法律认定》,《北京舞蹈学院学报》2019年第4期,第27页。

〔70〕 参见〔美〕欧文·M.柯匹等:《逻辑学导论》,张建军等译,中国人民大学出版社2014年版,第522页。

〔71〕 参见〔美〕理查德·劳斯:《游戏设计——原理与实践》,尤晓东等译,电子工业出版社2003年版,第256页。

〔72〕 参见前引〔16〕,徐俊文,第45页,第50页。

值得特别说明的是，承认电子游戏内部结构属于可受保护的表达，仅确定了思想与表达界分的逻辑起点，远未完成界分的全部任务。个案中思想与表达的界分，尚须以作品中可受保护的表达为基础，根据思想之不同含义，区分其与表达之间的不同关系，在此基础上适用不同的标准、分步骤地完成界分任务。

四、思想与表达界分的分析框架

个案中对思想与表达的界分，受案件事实所限，往往局限于对个别含义之思想的讨论。^[73]就不同含义之思想与表达之间的不同关系进行详细分析，可发现已有界分标准之间的关联，进而形成一种系统化的分析框架。这种关系视角下的分析框架，可在“抽象—过滤—对比法”的适用中得到验证，对于涉及电子游戏这类复杂作品的著作权侵权案件的处理具有指导意义。

（一）关系视角下界分框架的提出

著作权法理论认为，作品是思想的表达。^[74]对该表述的进一步推论是：思想是表达的对象，思想蕴含于表达之中。这实际上是试图将思想作为与表达不同的事物看待。然而，这种推论并不准确，对既有案例的梳理表明，就不同含义之思想而言，其与表达的关系至少有以下三种：

第一，二者为性质不同的两种事物。小说中体现的主题思想、学术著作中阐述的理论观点、专利文献中记载的技术方案，均可被看作是表达所描述、解释或者阐述的对象。将思想看作表达的对象，以与表达本身区别开来，是将二者看作性质不同的两种事物。这种关系在司法实践中得到了广泛认可。在“《高山骑兵连》案”中，最高人民法院指出，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。^[75]在“记账方法案”中，美国法院亦明确指出，文本中对记账方法的解释属于表达，而作为被描述对象的记账方法本身则属于思想。^[76]作为性质不同之两种事物的思想与表达，可被描述为内容与形式的关系；用符号学的观点来看，则可分别对应于作为对象的所指与作为外在符号的能指。^[77]作为被描述对象的思想，可直接与表达本身进行区分，抽象或具体与否当然不是决定性因素。客观事实、科学理论本身可能是具体的、复杂的，但是只要被归于被描述的对象，即可直接归入思想的范畴，进而排除在著作权的保护范围之外。

第二，二者为同种事物的不同程度。这种关系主要存在于作品中不同抽象程度的结构层次之中。就作品整体而言，除了抽象的起点和终点可被看作是不同事物之外，各中间层次的定性显然无法适用上述标准。这是因为，内容与形式的区分是相对的，只能存在于同一关系之内；在不同的关系中，对相同事物属于内容还是形式的定性可能完全不同。^[78]以文字作品为例，文字符号化的外在表达与结构化的内在表达之间可被概括为形式与内容的关系，而结构化的内在表达与抽象主题之间亦可被描述为形式与内容的关系。可见，在相对较低抽象层次上属于内容的，到了较高抽象层次上就可能成为形式。不同抽象程度的转换，将导致内容与形式区分标

[73] 关于现有思想与表达界分方法的归纳与分析，参见前引〔2〕，卢海君书，第24页以下。

[74] 参见刘春田主编：《知识产权法学》，高等教育出版社2022年版，第39页；李明德、许超：《著作权法》，法律出版社2023年版，第26页。

[75] 参见最高人民法院指导案例81号，最高人民法院（2013）民申字第1049号民事裁定书。

[76] See *Baker v. Selden*, 101 U. S. 99, 104 (1879).

[77] 参见前引〔12〕，Ang文，第118页以下。

[78] 参见李达主编：《唯物辩证法大纲》，人民出版社1978年版，第353页。

准的失灵。就文学作品中的情节属于思想还是表达这一问题，司法实践采取的标准是，情节具体到一定程度的，可以落入受保护之表达的范畴。实践中关于“洗稿”“二创”等类案件的争议，亦主要涉及就作品内在结构进行思想与表达界分的问题。从事实（第一性）层面来看，作为作品内在结构的情节本属同种事物；进入规范（第二性）层面，则根据抽象程度之不同归入思想或者表达之中。将思想与表达界分的本质看作是对此表达与彼表达之区别的观点，就是以作为结构的内在表达为讨论对象，从事实（第一性）层面观察所得出的结论。

第三，二者为同一事物的不同侧面。功能性作品并不是对特定功能思想的阐述或者解释，相反，该类作品本身就是以实现特定功能为目的而存在的。在“保险计划表格案”中，美国法院明确指出，讼争表格本身已构成实施保险计划的手段，这与“记账方法案”中可将方法本身与解释该方法的文本区分开来的情形完全不同。^[79]就功能性作品而言，表达本身即是实现特定功能的手段。类似情形还存在于实用艺术作品领域。在“唐韵衣帽间案”中，最高人民法院指出，实用艺术作品兼具实用性和艺术性，只有对艺术设计的改变并不影响实用功能之实现时，二者才可以分离，其艺术性部分方能获得著作权保护。^[80]如果说所谓物理上的分离，是指实用性和艺术性分别存在于产品的不同部分、互不影响，那么所谓观念上的分离，则以实用性和艺术性共存于同一部分为前提，只能通过假想替换的方法，判断艺术性表达是否为实现实用性所必需。^[81]在上述情形中，思想和表达已成为同一事物的不同侧面。以具有功能性或者实用性为由否定表达性侧面的存在，无异于全盘否定著作权法对功能性作品或者实用性艺术作品的保护。此时，根据阐述与被阐述关系直接进行界分，或者根据不同抽象程度进行界分的方法均无法适用。这就需要在承认表达性侧面的同时，考察为实现功能性或者实用性是否存在多种表达手段可供选择。如果表达并非为实现功能性或者实用性所必需，对其保护并不会导致对功能性或者实用性侧面的垄断，即应提供著作权保护。功能性作品中融合规则、必要场景规则的适用，实用艺术作品中观念上可分离的要求，均是为将作为同一事物不同侧面之思想与表达进行分离而采取的法律技术。

综上，不同含义之思想与表达的关系未必完全相同。从两种性质不同的事物，到同种事物的不同程度，再到同一事物的不同侧面，关系的密切程度不断增加。在具体案件中，需根据关系的不同，适用不同的界分标准。在多种关系并存的情形下，则需要区分不同含义的思想，根据与表达密切程度的递进关系，逐步对不同含义的思想加以排除：首先，直接排除与表达性质完全不同的思想；其次，进入作品内部排除抽象程度过高的结构性要素；最后，将无法与思想性侧面进行剥离的表达性侧面排除在保护范围之外。

（二）关系视角下界分框架的验证

对于记账方法、戏剧情节和保险计划表格的处理，分别印证了实践中对于思想与表达三类关系的认可。对于多种关系并存情形下的分步界分框架，则需在涉及复杂作品的著作权侵权案件中进行验证。计算机软件侵权中“抽象—过滤—对比法”的应用，以承认程序中可能存在多种含义的思想为前提，暗含了对上述三种关系的考察，为关系视角下分步骤界分框架的可行性提供了实践依据。

首先，抽象步骤要求以底层代码为起点，逐级对软件结构进行抽象，并以软件的终极功能

[79] See *Continental Casualty Company v. Beardsley*, 253 F.2d 702, 704 (2d Cir. 1958).

[80] 参见最高人民法院指导案例157号，最高人民法院（2018）最高法民申6061号民事裁定书。

[81] 参见王迁：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社2024年版，第128页以下。

或者主要目的为终点。〔82〕美国法院强调，在界定软件的主要目的时，需要尽量详细地描述程序的功能，但同时应尽量避免论及技术细节。〔83〕与底层代码和内部结构相比，软件的终极功能或者主要目的完全可以被看作是性质不同的事物，从而直接排除在著作权保护范围之外。

其次，抽象步骤要求回溯软件开发过程，以高层功能模块代替低层模块中的具体细节，形成不同抽象程度的结构层级，低抽象层次的结构可能极为复杂，越高抽象层次的结构则越被简化为功能单元。〔84〕美国法院认识到，通过抽象形成的程序架构、模块、算法和数据结构等中间层次，其属性不能一概而论：在某程序中属于思想，在另一程序中则可能属于表达；在同一程序中，某些可能属于表达，某些则可能属于思想。〔85〕与对于戏剧情节的处理方式类似，只有足够具体的计算机软件结构层次方可归入表达的范畴。〔86〕由此可见，对于软件中不同的内在结构层次，亦可以根据具体程度的不同进行定性。

再次，过滤步骤中对不受保护之思想的排除，涵盖了对于同一事物不同侧面之关系的考察。过滤步骤要求对软件中那些由效率决定的、由外界因素决定的以及来自公有领域的要素加以排除。〔87〕在这个过程中，通过融合规则、必要场景规则的适用，排除那些对功能而言必不可少、无法与功能性思想进行分离的表达。而过滤的前提，显然是承认每个具体层次都存在可受保护之表达，认可某些结构中存在既具有表达性侧面、又具有功能性侧面的部分。

“抽象—过滤—对比法”的应用，对计算机软件中操作方法的排除思路产生了重大影响。美国曾有观点认为，只要构成操作方法，即应当直接排除在版权保护之外。在“指令层级案”中，美国法院指出，关于计算机中的指令层级是否应受版权保护的问题，关键不在于其中是否含有任何表达性要素，而在于其本身即属于操作方法的一部分，因此应直接排除在版权的保护范围之外。〔88〕对此，批评意见指出，计算机软件的结构、序列和组织都可以被看作是指导用户操作程序的手段，将这些全部归入操作方法，无异于完全否定了计算机程序中的结构性要素受版权保护的可能性。〔89〕直接因构成操作方法而排除版权保护的做法，并未得到美国司法实践的普遍认可。在“数字指令案”中，美国法院特别强调，不能因为作品中某些要素被定性为操作方法，就直接拒绝承认其中含有表达性要素，应看到涉案四位数字指令集具备表达性，只有当这些表达由于受到外部因素的限制，为实现特定操作方法所必需时，方能根据必要场景规则排除在版权保护之外。〔90〕在“应用程序编程接口案”中，美国法院更是明确指出，构成操作方法并不自动排除版权保护的可能性，即便某些要素是用于指导计算机操作的，也不能直接否定其构成可受保护的表达，需要考察的关键问题是：为实现特定预期目的是否存在多种表达手段。〔91〕

〔82〕 参见前引〔37〕案例，第707页。

〔83〕 See *Gates Rubber Co. v. Bando Chemical Industries, Ltd.*, 9 F. 3d 823, 835 (10th Cir. 1993).

〔84〕 参见前引〔37〕案例，第707页。

〔85〕 参见前引〔83〕案例，第836页。

〔86〕 参见前引〔29〕，Nimmer等书，第4卷，第13D.37 [C] [1]节。

〔87〕 参见前引〔37〕案例，第707页。

〔88〕 See *Lotus Development Corp. v. Borland International, Inc.*, 49 F. 3d 807, 816 (1st Cir. 1995).

〔89〕 See Paul I. Kravetz, “*Idea/Expression Dichotomy*” and “*Method of Operation*”: *Determining Copyright Protection for Computer Programs*, 8 DePaul Business Law Journal 75, 100 (1995).

〔90〕 See *Mitel, Inc. v. Iqtel, Inc.*, 124 F. 3d 1366, 1372 (10th Cir. 1997).

〔91〕 参见前引〔39〕案例，第1367页。

计算机软件是通过被归入文字作品而进入著作权保护范围的。随着研究的深入,学者逐渐认识到,计算机软件中可受保护的表达与功能性思想更为紧密地交织在一起,^[92]远非如一般文字作品中的阐述与被阐述关系。将计算机程序定义为得到某种结果的代码化(符号化)指令序列,^[93]表明功能性是计算机软件的内在属性。计算机程序本身并不是用来解释软件功能的,而是通过将源程序转换为目标程序,运行后实现软件功能的手段。在任何层次的结构、序列和组织中都可以找到操作过程。^[94]计算机软件侵权案件中排除操作方法的思路表明,对于功能性作品,应当看到其既具有表达性侧面,又具有功能性侧面。从功能性侧面来看,某些表达当然属于操作方法的组成部分。但是,不能仅因其具有功能性而归入操作方法范畴,就完全否定其具有表达性侧面。此时,需进一步考察表达性侧面与功能性侧面可否分离。这就需要在观念上进行假设:如果为达到相同功能只能采取该种表达,则因表达手段的有限而排除保护;相反,如果为实现相同功能可以选择不同的表达手段,则意味着对作品的保护不会限制他人采取其他表达方式,从而可以纳入著作权的保护范围。

(三) 关系视角下界分框架的应用

关系视角下的分步骤界分框架,在电子游戏“换皮”类案件中亦具有适用性:在承认游戏中思想与表达关系复杂性的基础上,需区分思想的不同含义,根据其与被表达的不同关系,采取不同标准分步骤逐步加以排除。

首先,最为抽象的游戏玩法可被直接排除。作为抽象过程之终点的抽象游戏玩法,当然可被看作是与表达完全不同的事物,直接归入思想的范畴,从而排除在著作权的保护范围之外。在“三重小镇案”中,美国法院首先指出,涉案游戏的核心创意在于分层匹配的游戏机制,即玩家通过匹配三个低等级物品创建更高等级的物品,游戏中既设有阻碍玩家进程的物品,也设有帮助玩家清除这些阻碍的辅助道具,这些抽象的玩法均属可被直接排除的思想。^[95]当然,实践中双方当事人对于抽象玩法的相似性可能并无争议,因此直接排除抽象玩法并非电子游戏“换皮”类案件的必要步骤。在“三国杀案”中,美国法院即明确指出,双方争议的并非游戏规则的相似性,而是角色及其互动关系是否属于应受保护的表达,^[96]故而没有对何为游戏中的抽象玩法进行讨论。学者评论道,这种在最为一般意义上使用思想一词的做法,在直接排除了最为抽象的规则之后,为将游戏设计和游戏机制纳入可受保护之表达的范畴做好了准备。^[97]

其次,根据程度的不同,排除过于抽象的游戏结构层级。与软件开发类似,游戏设计也是从抽象到具体逐级完成的过程。^[98]电子游戏的内在结构亦可以根据抽象程度划分为不同层次,这就为将足够具体的结构层级纳入表达范围提供了基础。在“三重小镇案”中,美国法院认可原告对于各层级的物品、敌对对象和辅助工具的具体选择属于可受保护的表达元素。^[99]有

[92] 参见前引〔29〕, Nimmer等书,第1卷,第2.04〔C〕节。

[93] 参见《计算机软件保护条例》第3条第1项。

[94] 参见前引〔83〕案例,第837页。

[95] See *Spry Fox, LLC v. LOLApps, Inc.*, 2012 U. S. Dist. LEXIS 153863, 12-13 (W. D. Wash., 2012).

[96] See *DaVinci Editrice S. R. L. v. Ziko Games, LLC*, 183 F. Supp. 3d 820, 831 (S. D. Tex. 2016).

[97] See Yin Harn Lee, *Copyright and Gaming*, in Tanya Aplin (ed.), *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 50.

[98] 参见前引〔16〕,徐俊文,第46页。

[99] 参见前引〔95〕案例,第13页。

学者援引美国法院在“三国杀案”中的判决意见，以否定美国法院在“三重小镇案”中的做法，进而支持游戏规则无论多么具体亦不受保护的观点。^[100]然而，仔细研读“三国杀案”判决可以发现，美国法院并没有直接将游戏规则归入操作方法进而得出不予保护的结论。相反，法院恰恰是以认可“三重小镇案”确立的标准为前提，沿故事情节类案件发展出来的分析思路，认为涉案游戏没有提供具体情节或者详细信息说明角色之间如何互动，而角色技能和生命值本质上仅仅是获胜条件，属于游戏系统的组成部分，从而拒绝提供版权保护。^[101]

再次，对于游戏中具体到一定程度的结构，在认可其表达属性的前提下，从同一事物的不同侧面的关系入手，适用融合规则和必要场景规则反向进行排除。在“三重小镇案”中，美国法院在认可具体到一定程度之游戏结构属于可受保护之表达后，认为用分数和“金币”奖励玩家在游戏之中的进展属于场景必备元素，选择六乘六游戏网格、定价机制等完全是出于功能上的考虑，从而将这些要素排除在版权保护范围之外。^[102]在“街头霸王 II 案”中，美国法院亦明确指出，游戏中操纵杆和按键的特定组合方式由于受到各种功能的限制，无法与功能相分离，应排除在版权保护范围之外；观赏模式、对战屏幕、选择角色的方式、指明获胜者、显示战斗者的生命值等特征，均为格斗类游戏所必备，不能获得保护；对于角色设定、特殊动作、组合攻击方式等，则需在排除常用表达元素之后，判断是否足以导致两个游戏在整体上构成实质性相似。^[103]这些做法与计算机软件侵权案件中关于操作方法等思想的排除思路如出一辙。

以游戏规则属于操作方法为由，主张直接将其排除在著作权保护范围之外的观点，是对电子游戏中作为操作方法的思想与可受保护的表达之间关系的误读。否定论认为，游戏规则与游戏本身之间的关系，类似于技术方案与专利说明书之间的关系，或者类似于复杂的物理学理论与解释该理论的论文之间的关系，由此得出游戏规则再具体也不会改变其属于思想的本质的结论。^[104]这种类比的前提，显然是将游戏规则作为被解释对象看待。上述观点坚持将作为操作方法的思想看作是与表达完全不同的事物，认为如果承认游戏规则本身既具有作为操作方法之思想的侧面、又具有表达的侧面，相当于承认二者不可区分，将导致法律上对二者的区分失去意义。^[105]然而仔细分析不难发现，与游戏说明书不同，游戏本身并不是用来解释和记载游戏规则的，游戏中各要素及其组合关系本就是使游戏得以运行的手段。与图书、电影等传统线性体验不同，电子游戏中由于包含机制要素，^[106]使得玩家得以参与其中，获得互动体验。上述类比混淆了游戏本身与游戏说明书，没能看到不同含义之思想与表达之间的关系亦存在不同。前文对于功能性表达中操作方法之排除思路的讨论表明，足够具体的游戏内在结构，本身就是为了实现某种特定目的的手段，既具有表达性侧面，又具有功能性侧面。不能因为游戏规则构

[100] 参见前引〔6〕，王迁文，第126页以下，第133页。

[101] 参见前引〔96〕案例，第832页以下。

[102] 参见前引〔95〕案例，第14页以下。在“三重小镇案”中，美国法院指出，当思想与表达混同时，只有几乎相同的复制才须禁止。这种表述看似令人费解，但在仔细研读相关判例之后不难理解其真正含义。其实，关于思想与表达融合所形成的“弱”版权仅仅禁止几乎相同的复制，已经成为美国版权法上的一个原则。在“蜜蜂胸针案”中，美国法院道出了上述原则的准确含义：蜜蜂形状本身属于思想与表达的融合，原告只能禁止被告使用完全相同的珠宝镶嵌方式制作蜜蜂胸针，而不能禁止他人以其他的镶嵌方式制作蜜蜂形状的胸针。See *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp.*, 562 F.2d 1157, 1168 (9th Cir. 1977).

[103] 参见前引〔43〕案例，第19页以下。

[104] 参见前引〔6〕，张伟君文，第70页；前引〔6〕，王迁文，第135页。

[105] 参见上引王迁文，第130页以下。

[106] 参见前引〔17〕，谢尔书，第54页。

成操作方法,就直接将其排除在著作权保护范围之外,而是需要在认可其具有表达属性的同时,借助融合规则、必要场景规则进一步分析。

结 语

电子游戏“换皮”类案件的出现,使得非画面内容中思想与表达的界分问题成为关注的焦点。如何妥善处理,关系到产业发展的重大利益。回到规范层面,肯定论与否定论的激烈争论,促使我们对思想与表达界分的方法进行重新检视。思想与表达的界分是著作权法上公认的难点问题,其复杂性与思想一词的多义性有关,更是由思想和表达作为类型的规范属性使然。正因如此,才需要放弃简单的逻辑涵摄方法,理顺个案中思想与表达的界分思路。在“太极熊猫案”再审裁定中,最高人民法院强调,玩法规则仅是一个笼统的说法,是否受到保护,不应拘泥于名称,而应具体判断。^[107] 应承认电子游戏的复杂性,从游戏内在结构作为可受保护之表达的认识出发,根据思想之不同含义,在澄清其与表达之不同关系的前提下,运用不同标准逐步加以排除。应当相信著作权法已发展出一套精细规则,能够充分应对电子游戏本身的复杂性,也能够胜任平衡产业中各种利益的重任。上述效果的达成,则以对思想与表达界分方法的系统化为重要前提。

Abstract: Method selection exerts a significant influence on the distinction between idea and expression in individual cases. The polysemous nature of the term “idea” indicates that the distinction between idea and expression cannot be governed by a uniform standard. This delineation constitutes a value-laden process of categorical classification rather than mere logical subsumption. In case-specific determinations, the analytical framework should commence with identifying protectable expression within the work. Protectable expression exhibits hierarchical characteristics, encompassing both external manifestations and internal structural configurations. The relationship between differently conceptualized “ideas” and protectable expression may vary substantially. During the progressive filtration of unprotected elements, distinct criteria must be applied while accounting for the unique interrelationships between idea and expression. This analytical paradigm aligns with the “abstraction-filtration-comparison” test. In video game “cloning” disputes, after abstracting high-level game rules, sufficiently concrete structural implementations should be recognized as protectable expression. The exclusion of functional ideas necessitates the application of the merger doctrine or scènes à faire principle to complete this analytical process.

Key Words: idea-expression dichotomy, internal expressions, functional expressions, video game “cloning”

[107] 参见最高人民法院(2020)最高法民申5551号民事裁定书。