

“调色盘”与影视文学作品侵权认定规则探析

——以首例《锦绣未央》著作权侵权纠纷案为例

张 奇

(北京云亭律师事务所,北京 100010)

摘 要:在影视文学作品侵权认定的过程中,抄袭比对工作向来不是件容易的事,却又是件必须的事。一份相对客观公正的“调色盘”在案件审理中具有重要作用,往往成为法院及原被告双方关注的焦点。但是,“调色盘”自身的单一性、局限性,无法直观表达比较复杂的比对内容,因此仅适用于字面侵权情形,对于非字面侵权并不适用。《锦绣未央》案中,法院结合“调色盘”作出侵权认定,认为语句是影视文学作品受保护的最小表达单元,单纯的语句抄袭同样构成著作权侵权,故事内容上的相关性和抄袭比例不是侵权认定的考量因素。在影视文学作品的侵权认定上,仍需要结合作品的表达是否构成“实质性相似”及在后作品作者是否存在“接触”在先作品的可能性。

关键词:调色盘;影视文学作品抄袭;侵权比对;思想表达二分法;实质性相似

中图分类号:D923.4

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2020)02-0038-08

近年来,在影视文学领域,作品抄袭争议愈演愈烈,因抄袭被曝光引发的事件往往会成为一段时间内公众关注的焦点。而网友们自发制作的“调色盘”也往往成为抄袭事件浮出水面的重要工具。法院在审理这类案件时也采取“调色盘”的侵权比对方法。北京市朝阳区人民法院新近判决的首例《锦绣未央》著作权侵权纠纷案^①(以下简称“《锦绣未央》案”)就是其中最为典型的一例。

那么,“调色盘”是什么,如何运用“调色盘”方法进行比对,对于比对的结果又如何进行符合著作权法的分析与判断?最终如何得出影视文学作品是否存在抄袭的结论?“调色盘”在司法实践中又存在哪些需要注意的问题?《锦绣未央》案法院明确了哪些规则?影视文学作品抄袭的认定规则到底如何?本文围绕以上问题,结合《锦绣未央》案进行分析,以期对影视文学作品抄袭的认定理清思路、提供参考。

一、《锦绣未央》案中的“调色盘”运用及侵权认定规则

《锦绣未央》案争议在近年来的影视文学作品著作权纠纷中既具有一定的特殊性,又具有这类案件的代表性。特殊性在于:两部小说在整体上不存在相似,即整体故事线索、人物设置及关系、核心情节等并不相同,二者相同或实质性相似的部分散落分布于篇章中的具体语句,即字面侵权。不同于以往的抄袭判断主要集中在故事结构、人物设置及关系、情节的逻辑串联等层面(即非字面侵权)。其特殊性还在于两部小说相似部分不管是在在先作品中还是在在后作品中所占比例均极低,不同于以往主张侵权的内容在整体篇幅中占较大比例。

而该案的代表性也恰巧在于此,即即使两个影视文学作品在故事内容上无任何相关性,相似部分比例也极低,单纯的语句抄袭同样可能被法院认定构成著作权侵权。该案为字面侵权案件提供了审理的思

收稿日期:2019-07-10

作者简介:张 奇(1991—),男,湖北随州人,北京云亭律师事务所律师,硕士。

^① 沈文文诉周静、北京当当科文电子商务有限公司侵害著作权纠纷一案,北京市朝阳区人民法院(2017)京0105民初932号民事判决书。《锦绣未央》系列侵权案件共计12例,于2017年1月4日起在北京市朝阳区人民法院立案,经过两年多的审理,首例《锦绣未央》于2019年5月8日宣判,另有11起案件等待法院后续宣判。

路与方法,具有极大的研究价值。

(一)《锦绣未央》案的诉争事由

《锦绣未央》案原告沈文文,笔名“追月逐花”,是小说《身历六帝宠不衰》(以下简称“《身》”)的作者。小说《身》于2009年7月1日在百花文艺出版社出版发行。被指控侵权作品《庶女有毒》系被告周静于2012年6月14日至2013年12月5日期间创作,后改名为“《锦绣未央》”。

原告诉称被告作品《锦绣未央》系大量抄袭现有影视文学作品的语句和情节拼凑而成。其中,未经许可抄袭了《身》中的580个语句和2处情节。原告认为,被告抄袭的文字散落分布于《锦绣未央》一书的不同段落,但在语句表达、人物塑造、情节结构、故事核心等方面是一致的。因此,被告作品《锦绣未央》侵害了原告对作品《身》享有的复制权、发行权、信息网络传播权。

被告辩称原告主张抄袭的语句中,有些属于在先创作的其他小说已发表过的内容,有些属于文学创作的惯常表达,有些根本不构成相同或实质性相似,所以,小说《锦绣未央》未侵害《身》作者的著作权。故,请求法院驳回原告沈文文的诉讼请求。

(二)结合“调色盘”作出《锦绣未央》案侵权认定

北京朝阳法院审理中将原告主张被告抄袭的580个语句归为127处,列入“调色盘”,认为“调色盘”中第1、3、5—8等116处构成与《身》完全相同或实质性相似的表达,将上述116处被控侵权语句回归于其所在的段落、篇章之中,结合上下文衔接进行整体比对,可以认定上述语句具有独创性,不属于影视文学作品的常见表达,此116处构成对原告《身》著作权的侵害。

除此之外的第2、4、9、15、37、64、99、101、108、115、121共11处被控侵权语句与《身》相比使用了部分相同或相似的词语或语句,但因存在不同的情形,而未被认定为侵权。其中第2、99处系因描述同一历史事件或特定场景而不可避免地使用相同或相似的字句;第15、108、121处系因存在相同或相似的句式;其余第4、9、15、37、64、101处属于同类影视文学作品中的常见表达。

关于情节,北京朝阳法院认为,原告主张抄袭的两处情节从上下文衔接来看其实可归为一处,即“二月出生、寄养乡下”。法院认为,该情节经由下至上逐步抽象后,在人物设置及关系、故事前后衔接以及具体细节设计上基本一致,构成实质性相似,且上述情节不属于惯常情节,属于对原告《身》著作权的侵害。

最终,北京朝阳法院判决认定,原告所列《锦绣未央》第1、3、5—8等116处语句及2处情节与《身》中对应语句和情节构成相同或实质性相似的主张成立。小说《锦绣未央》未经许可使用《身》中具有独创性语句及情节,在网络上传播并出版的行为,构成对原告享有的复制权、发行权和信息网络传播权的侵害。判令被告停止对小说《锦绣未央》的复制、发行及信息网络传播,并判令被告赔偿原告经济损失及维权合理支出13余万元。北京朝阳法院判决书将“调色盘”作为附件附在判决书之后。

(三)《锦绣未央》案判决所明确的侵权认定规则

抄袭比对是侵权认定的前置程序,比对结果是侵权认定的依据。北京朝阳法院在“调色盘”比对基础上确定的影视文学作品侵权认定规则,对我们实践中处理字面侵权具有积极的指导意义。

1. 影视文学作品受保护的最小表达单元——语句

以往,影视文学作品著作权侵权纠纷案件大多进行的是整体比对,即从人物设置及关系、整体故事情节及桥段、情节推进的逻辑线索等方面进行比对。而《锦绣未央》案则下探到影视文学作品中的具体语句,从散落分布的语句进行比对,认定语句是影视文学作品中阐述作者思想、体现作者个性的具体表达。使得影视文学作品即便在整体层面不近似,只要有具体语句的相同或实质性相似,仍能追究抄袭者的法律责任。肯定了影视文学作品中可获得保护的最小表达单元为由字词、短语组成的语句。

但是,如果相同或实质性相似的语句过于短小,以至于无法完整地体现作者的思想或情感,则仍然无法满足著作权法对于作品独创性的最低要求,此时的语句同样也无法获得著作权法的保护。

2. 语句比对应进行组合比对,避免单句比对

《锦绣未央》案判决认为,某些语句孤立来看属于文学创作中的常用表达,但是这些常用表达组合在一起形成的语句,从整体上看能够体现作者的独特构思,则这些孤立句子组合的语句仍具有独创性。亦即,如果考虑上下文衔接,进行整体认定,即使属于影视文学作品中常用表达的语句组合也可能具有独创性。

因此,在进行语句比对中,应结合上下文,避免进行单纯的单句比对,根据抄袭情况进行语句组合的比对,以便把握语句之间的逻辑衔接,发现惯常表达中的独特构思。

3. 句式属于思想,不受著作权法保护

语言的组织有时候需要借助一定的句式完成。所谓句式,即句子的组织模式。如果相同或相似的部分为句式,因句式本身属于思想,就无法获得保护。但是,相同或相似的内容超出句式的范围,使用相同的独特的词汇或特定的细节表达,则会被认定抄袭。

4. 对于描述同一历史事件或特定场景的语句的实质性相似判断更严苛

《锦绣未央》案中,北京朝阳法院认为,因描述同一历史事件或特定场景,会不可避免地存在使用相同或相似的字句。因此,对于这类语句,如果不是完全相同或者相似程度极高,一般不认定构成实质性相似。这一规则提出了对这类语句在抄袭认定比对时更高的要求。

二、“调色盘”在影视文学作品抄袭比对中的运用

影视文学作品间是否构成侵权,首先要进行抄袭比对,而网友们自发制作的“调色盘”虽然往往能令抄袭事件浮出水面,但是该种“调色盘”是否能够得到司法审判的认定,还存在很大的疑问。例如,曾有网友用其制作的“调色盘”指控“唐七公子”的《三生三世十里桃花》抄袭“大风刮过”的《桃花债》,此指控引发“唐七公子”委托司法鉴定机构对两作品进行比对鉴定,并委托知名律师团队出具公开的法律意见书,以此否定网友制作的“调色盘”。虽然该事件最终得以平息,未到对簿公堂的程度,但该事件在法律界及整个社会实践中也确实产生了较大的影响。

“调色盘”在司法实践有什么作用,应该该如何制作“调色盘”,在使用它进行侵权比对时又存在哪些需要注意的问题?下文将逐一分析探讨。

(一) 用“调色盘”展示抄袭的细节

所谓“调色盘”,即抄袭对比表。因与现实中的调色盘在某种意义上相似,故网络上称之为“调色盘”。“调色盘”的作用在于直观展示两部作品相同或相似的部分,以便法官在此基础上进行实质性相似的分析与判断。

在诉讼中,“调色盘”直观展示抄袭的细节,是指控侵权的基础,属于原告主张的一部分,即通过“调色盘”帮助原告完成侵权指控内容的展示。因此,“调色盘”是原告展示侵权事实的有效工具,在影视文学作品侵权案件中往往成为法院及原被告双方关注的焦点。一份相对客观公正的“调色盘”同样是协助法官查明侵权事实的关键,在案件审理中具有极为重要的作用。

制作“调色盘”是原告的诉讼义务,即原告可以利用“调色盘”明确指控侵权的具体内容。放入“调色盘”的,通常包括两部分——原告指控被告抄袭的内容(被告作品)和与之相对应的原告作品内容。一般而言,原告作品内容通常被放在“调色盘”的左栏中,被控侵权作品内容被放在“调色盘”的右栏中。在此基础上,不同相似程度的内容标注不同的颜色,以示区分。例如,将相同的内容标以红色,将相似的部分标以黄色或者蓝色等。相较于拿两部作品直接进行对比,用“调色盘”进行抄袭比对更加直观、清晰,更有利于诉讼的推进。因此,在指控影视文学作品抄袭案件中制作“调色盘”往往成为必要的前置程序。

(二) 制作及使用“调色盘”时需要注意的问题

1. “调色盘”有其特定的适用情形

在先影视文学作品指控在后影视文学作品抄袭的情形,大致有三种。

第一种:指控在后作品使用了在先作品中独创的人名、地名、特有物名称(如独创的武功招式、帮派等),例如金庸诉江南案^①、“摸金校尉”案^②;

第二种:指控在后作品使用了在先作品中独创的语句,例如《锦绣未央》案、《楚乔传》案^③;

第三种:指控在后作品使用了在先作品中独创的桥段、情节、人物设置及关系、故事情节的逻辑串联等,例如琼瑶诉于正案^④、《三生三世十里桃花》与《桃花债》抄袭纠纷案。

第一种和第二种均属于字面侵权,第三种属于非字面侵权。根据前面对“调色盘”的介绍,“调色盘”即抄袭对比表,可以直观展示的仅是语句及其中相同的字词、短语、特有名称等,却无法直观展示情节、桥段、整体故事线索、情节推进的逻辑衔接等需要概括与提炼的内容。因此,“调色盘”仅适用字面侵权情形,对于非字面侵权并不适用。

当然,如果是整体故事中有多个桥段相似,那么也可以将提炼后的桥段情节,列入“调色盘”,这样也具有一定的直观性。但总体而言,“调色盘”因其自身的单一性、局限性,无法直观表达比较复杂的比对内容。对于整体故事线索、人物设置及关系、情节推进的逻辑衔接等内容,则可以根据案件需要制作流程图,以表现情节的推进关系。

著名反抄袭人士编剧余飞也曾提示,“调色盘鉴定抄袭,在比较明显、简单的复制、粘贴情况下,是很有效的,建议使用。在复杂的抄袭鉴定时,它有可能导向错误的结果,不建议使用”。^[1]

2.制作“调色盘”应实事求是

制作“调色盘”的首要步骤是找出原、被告作品中相同及相似的部分,分别列入左、右栏。该等内容是否相同,比较容易判断,相对容易做到客观中立、实事求是。但是该等内容否相似,则存在“仁者见仁、智者见智”的空间,对内容相似性的分析往往凭借的是原告的直观感受,角度、程度的把握不同,得出的结果一般也不同。同时,对相似性的比对也存在一定的价值判断和选择的空间。所以,制作“调色盘”时只有秉持客观的态度,坚持事实求是,才能使制作的“调色盘”更接近抄袭的真实状态。

当然,原告制作的“调色盘”仅是列出侵权指控的内容,能否得到认可,尚需提交法庭,经庭审的检验,由司法进行最终的认定。为了使得制作的“调色盘”更加接近真实,原告方在进行相似度判断时,应当坚持一定的标准,秉持客观态度,实事求是。否则,即便制作了“调色盘”,仍不利于抄袭情况的查明,反而可能增加庭审的负担。

3.制作“调色盘”应细节与整体并重

前文提及,相似性的判断存在一定的价值判断和选择的空间,且不同的人掌握的比对规则可能不同,得出的结果自然会存在差异。如果从追求比对全面性角度考虑,可能需要降低判断的标准,即将存在些许近似的内容全部列入“调色盘”。

我们在关注细节比对时,往往容易忽略整体,将细节过于割裂而无法兼顾语句与语句间的衔接。因此,在细节比对的同时应当兼顾整体,站在组合的角度进行考虑。例如,在《锦绣未央》案中,一审法院即采取了这种细节与整体并重的比对方法,将580个语句归为127处,使得侵权比对不至于过于分散。

4.“调色盘”制作具有主观性

“调色盘”的制作带有极强的主观性,尤其是在相似性的判断上,不同的人因采取宽严不同的标准,制作出的“调色盘”也会有比较大的差异。这就需要“调色盘”的制作由专业人士去进行,掌握一定的规则和标准,以便更接近司法的最终认定。当然,“调色盘”仅是侵权比对的基础,比对内容是否构成侵权仍需要

① 金庸诉江南等著作权侵权及不正当竞争纠纷案,广州市天河区人民法院(2016)粤0106民初12068号民事判决书。

② 上海玄霆娱乐信息科技有限公司诉张牧野等著作权侵权及不正当竞争纠纷案,上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第838号民事判决书。

③ 黄珊珊诉赵娜等著作权侵权及不正当竞争纠纷案,北京市朝阳区人民法院(2018)京0105民初5492号民事判决书。

④ 余征与陈喆著作权权属、侵权纠纷案,北京市高级人民法院(2015)高民(知)终字第1039号民事判决书。

由法院进行最终认定。

三、“调色盘”比对基础上的侵权认定规则

事实上,我国法律上并无“抄袭”的概念,著作权法第47条第(五)项所阐明的是剽窃他人作品的行为。而在《辞海》中,“抄袭”意指“窃取别人的文章以为己作”的行为,“剽窃”意指“抄袭他人文字以为己作”的行为。《国家版权局版权管理司关于如何认定抄袭行为给青岛市版权局的答复》(权司[1999]第6号)中指出“著作权法所称抄袭、剽窃,是同一概念。”二者均系将他人的作品或作品中的片段、文字窃为己有发表或展示。因此,“抄袭”与“剽窃”系同一行为在不同语境下的不同称呼。在法律的语境下,宜采用“剽窃”一词,而在生活语境中,多采用“抄袭”一词。然而,司法实践对“抄袭”的判断与《辞海》中的定义仍有一些区别。

如何判断在后创作的作品是否存在对在先作品的抄袭呢?案件处理中的通常思路分为三个层次:首先,查明原告主张侵权部分是否属于著作权法保护的客体;其次,从原告主张保护的客体中,剔除惯常表达、有限表达、特定场景等不应给予保护的内容,仅保留原告独创性的部分;再次,在前述基础上进行“接触+实质性相似”的判断,得出最终的抄袭与否的结论。

然而,在现实案件的处理过程中,上述三个层次往往需要交替进行,循环推行。在此过程中,事实判断与法律判断需要交织进行。原告指控需要“过五关、斩六将”,方能达到认定侵权的程度。

(一)影视文学作品的表达

何为影视文学作品?首先,需要了解影视文学作品的构成。影视文学作品是由字词、短语构成的,这就好比房屋是由砖头、水泥和瓦片构成一样。字词、短语就是创作影视文学作品的砖头、瓦片,是最基础的素材。任何一个人都可以使用基础素材进行创作,不同的人会选择不同的基础素材,当然也有可能选择了相同的基础素材。

按照通常认识,不同的人使用不同的基础素材会创作出不同的作品,即使是使用相同的基础素材,不同的人也会创作出不同的作品。这就好比,用同样的砖头、瓦片,可以建造出造型各异的房屋一样。这体现的就是每个人不同的文学创作力,这种文学创作力正是著作权法所要保护的,作品内容体现出的不同正是影视文学作品表达的不同。“哪里有独创,哪里就有著作权”,曾有法官如是说。作品不仅作为整体可以产生著作权,作品的部分只要能体现作者的个性,该部分也可以产生著作权。^[2]

作者运用字词、短语等基础素材组织成语句,一个个语句组合成段落,段落与段落衔接起来形成影视文学作品。当然,影视文学作品中的故事桥段、情节脉络、人物刻画等都是由语句、段落组织完成的。作者通过影视文学作品传达自己的思想和情感,无论是语句,还是段落,还是故事桥段、人物刻画,都是作者表达思想的工具。相对于段落及其他,语句构成影视文学作品最小的表达单元。影视文学作品首先是由字、词、短语组成,其次是由一个个的语句组成。《锦绣未央》案中,北京朝阳法院即认为,语句是文学作品构成的基石,属于具体表达。

一般而言,“只要某一形式已经相对完整地反映出了作者的思想情感、传达了一定的信息而且具有独创性,则该表达就构成可受保护的作品”。^[3]可见,当主要语句足以反映出作者的思想情感,能够传达出一定的信息,就足以构成著作权法意义上的作品,对于该作品,语句就是具体的表达。

当然,除了语句、段落,影视文学作品中的表达还包括故事结构、人物设置及人物关系、情节的逻辑串联等。在多数情况下,语句、段落、故事情节、人物设置及关系等都是作者用来传达思想的表达,这些表达同时也体现着作者的思想。

(二)思想与表达的区别方法

思想——表达二分法属于著作权法的灵魂,贯穿于整个著作权法律体系,属于著作权法中最基础同时又是最难解的理论问题。我们都知道,著作权法只保护对思想的表达,不保护思想本身^[4]。著作权作

品中思想不受著作权保护的一个重要理由是思想是创造表达性作品的基本建筑材料。^[5]那么什么是表达,什么是思想呢?二者又该如何区分呢?^①

事实上,表达是具体的,思想是抽象的,抽象的思想被蕴含在具体的表达中。对于字面侵权,可以直接进行语句的比对,如果在后作品与在先作品在词汇的选择、细节的组合等方面均重合,则基本可以判断二者在表达上存在近似。但是对于非字面侵权,则需要运用“抽象概括法”^②,制作出影视文学作品的“金字塔”,进而区分影视文学作品中的思想与表达。思想与表达的关系,实际是一个从抽象到具体、从具体到抽象的过程,某一思想被具体到一定程度则将构成表达,某些表达集中在一起则可以抽象出一种思想。

在“金字塔”的底部是构成影视文学作品的字词、短语等基础素材,在此基础之上是字词、短语组成的语句及语句组合,而在语句的基础上构成的是段落的情节、故事、人物设置及关系,在此基础上再抽象、再概括,不断达到“金字塔”顶部。在“金字塔”的顶部便是影视文学作品所要表达的核心思想。我们可以将影视文学作品逐层抽象,按照越靠近底部的地方越接近表达,越靠近顶部的地方越接近思想的规则,填充整个“金字塔”。

在《锦绣未央》案中仅出现的一处情节比对中,北京朝阳法院分析认为,“二月出生、寄养乡下”的情节经由下至上逐步抽象后,在人物设置及关系、故事前后衔接以及具体细节设计上在两个作品中基本一致。法院所采取地也即是此“金字塔”式的抽象概括的分析方法。

具体而言,情节的核心思想是“二月出生、寄养乡下”,具体的表达是:通过塑造“被弃的公主/千金小姐”“刻薄的洗衣村妇”“弃女的皇帝/丞相父亲”等非常具体的人物;设计“大门打开,一个灵动秀美但衣衫褴褛的女孩去洗衣”的出场方式,以及“因二月出生被父母抛弃”“洗衣回家被接回家”等具体的矛盾冲突;且均将上述情节置于开头,从而引出萧美儿/李未央的传奇故事。对于“二月出生、寄养乡下”这一思想,作者用了独特的细致情节进行展现,这种细致情节就属于作者的具体表达。

在“金字塔”中,尽管也很难寻觅到思想与表达的界限具体在哪里,但是具体到个案中,通过制作与分析“金字塔”,是可以清晰辨认为“金字塔”某一层的内容是思想还是表达的。事实上,在对一个案件的具体审理过程中,本身并不需要明确思想与表达的具体界限在哪里,仅需达到可辨别的程度即可。

(三)作品独创性判断中的举证责任

在影视文学作品著作权侵权案件中,原告的任务是完成侵权指控,即制作“调色盘”。至于调色盘中的内容是否属于独创性表达,这种独创性表达是否属于有限表达、通用表达、在先表达等,往往是被告反驳的要点。

对于案件的审理而言,某一影视文学作品只要署名为某作者,司法实践即默认作品中的语句、段落都是该作者创作的(除非有特殊说明)。只要是作者创作的,司法实践均默认其具有独创性,除非被告对此提出异议。但是,被告对于自己提出的异议,有提供证据与说明的义务,即应当由被告来证明原告主张内容不具有独创性。而主张相关内容不具有独创性的理由通常可能有:该内容属于有限表达、通用表达或在先表达。

在《锦绣未央》案中,被告曾提出抗辩:原告主张的语句中有11处是其他小说在先发表的内容,并提供了在先作品的相应内容,但是法院审查后认为其中3处发表时间晚于原告权利作品,1处无法显示时间,遂此4处内容无法证明属于在先表达。而对于被告主张属于通用表达的内容,因其并未提供任何证据予以说明,法院进行综合判断后认定该等内容具有独创性,不属于影视文学作品的通用表达。

① 汉德法官在Nichols v. Universal Pictures Corporation(尼克尔斯诉环球电影公司)案的判决中曾悲观地表示:“思想与表达”之间的界限“没人曾经找到,也没人能够找得到”。

② “抽象概括法”是汉德法官在1930年判决的Nichols v. Universal Pictures Corporation(尼克尔斯诉环球电影公司)案中首先提出。该方法的逻辑是将作品抽象出多个层次。随着越来越多的情节被过滤,对作品内容的表达会越来越抽象,直到越过某个界限,表达成为思想,不再受到版权保护。

(四)“接触+实质性相似”判断

谈及抄袭,大众对“接触+实质性相似”这一判断标准应并不陌生,此为判断影视文学作品间是否抄袭的至关重要分析环节,也是司法实践中判定作品侵权与否的一条规则^[6]。但,作品实质性相似判断一直以来都是困扰著作权侵权认定的难点问题。^[7]

1. 接触

“接触”在司法认定上采取的是民事诉讼法中的“盖然性”标准。即原告仅需证明被告存在接触原告作品的可能性即可达到证明目的,并不要求证明被告实际获得或阅读到原告作品。在此标准下,凡依社会通常情况,在后作品作者应有合理机会或合理可能性以阅读、欣赏或者听闻等方式知悉在先作品内容,即足以推定“接触”的存在。^[8]在《锦绣未央》案中,原告小说《身》于2009年7月1日由百花文艺出版社出版发行,被告作品在网络上最早发布于2012年6月14日。法官仅通过出版发行在先的事实即可判定接触的存在,因此对于“接触”无需赘述。

当“接触”的实际存在无需被具体证明,仅需通过可以形成盖然性的证据推定即可,那么,在当下开放的网络环境中,发表在先即成为证明存在“接触”可能性的最好证据。

2. 实质性相似的判断

实质性相似的判断既是事实判断,同时也是法律判断。实质性相似的判断过程,即看在后作品中有哪些内容与在先作品存在相同或近似的地方,把这些相同或近似的内容找出来,然后分析这种相同或近似的程度和原因。

这些相同或近似的内容可能是字面上的相同或近似,也可能是故事情节、主要事件及其顺序、人物特征及人物关系等内容的“非字面相似”。在《锦绣未央》案中,语句即属于字面角度的比对,情节则属于“非字面”角度的比对。

对于字面上的相同或近似,《锦绣未央》案采取的是在“调色盘”基础上的普通观众测试法(又称“整体观感法”),即针对原告作品与被告作品采取普通观察的方法,看二者在用词的选择、细节描写上的相同或相似程度,进而得出一个比对的结论。“在判断实质性相似问题时,可以根据具体案情综合运用各种判断方法,但最终应以普通观众测试法为最终判断标准”。^[9]“普通观众测试法更强调普通公众对作品的感受,注重读者的欣赏体验,对思想和表达不做技术上的区分”。^[10]在《锦绣未央》案之前,司法实践一直存在着一种认识,即字面比对过于碎片化,相同或相似的内容是否属于在先作品中的独创性元素以及在在先作品中所处地位等都影响着实质性相似的判断。例如,有报告分析认为“碎片化的文字近似(即字面近似),是否构成实质性相似则需要看该文字是否是原作品的核心独创元素、文字在作品中所起的作用、文字相互之间是否形成内在的逻辑关联等因素进行考量”^[8]。但是,知名法官陈锦川却有不同看法,他认为,“实质性相似既指权利人整部作品与涉诉侵权作品整体对比上构成相似,也包括只是两部作品中部分相似,甚至只是很小部分相似,只要该相似部分已构成独创性表达。”^[3]在《锦绣未央》案中,法院即通过此种直观的观察法判定其中116处相同或者近似的语句达到了实质性相似的程度。

四、结语

当前,影视文学作品抄袭现象层出不穷,究其原因,影视文学作品创作的极端市场化很大程度上导致了同质化内容的大量存在。此现象也从另一侧面反映出内容创作的不易。因此,原创影视文学应受到更为有效的保护才能以此促进中国文学的创新与繁荣。

影视文学作品字面的抄袭比对所依赖的“调色盘”是揭开抄袭事实的一把利器,尽管存在一些局限性,但其对于查明案件事实仍发挥着较为关键的作用。笔者认为,在侵权的认定上,对原告所主张的抄袭内容,首先需要进行“思想、表达二分法”的判断,剔除其中属于思想的内容,仅进行表达层面的比对;其次,还需要剔除不属于原告原创的表达等来自公有领域的通用表达、在先表达等;最后,在此基础上将存

在相同或近似的内容进行实质性相似的判断,如果被告无法合理解释这种实质性相似,则可判定抄袭的存在,认定侵权事实成立。

而在司法实践的过程中,上述过程往往交织进行,涉及多重事实的分析与法律的判断。因此,认定影视文学作品抄袭是一项极为系统的工程,需要花费大量的精力和时间,方能得出一个比较接近法律真实的结论。

参考文献:

- [1]余飞.重磅!《桃花债》是否抄袭《前世》? [EB/OL].[2017-12-12].https://weibo.com/1496939465/FzlYJam0Y?type=comment#_rnd1560655370686.
- [2]陈锦川.著作权审判——原理解读与实务指导[M].北京:法律出版社,2014:8.
- [3]陈锦川.何为“实质性相似”? [J].中国版权,2018(5):16-18.
- [4]王迁.知识产权法教程(第四版)[M].北京:中国人民大学出版社,2014:49.
- [5]冯晓青.著作权法中思想与表达二分法原则探析[J].湖南文理学院学报(社会科学版),2008(1):71-78.
- [6]梁飞.法院怎么判定作品实质性相似[N].中国新闻出版广电报,2019-09-27(007).
- [7]郑万青,丁媛.作品“实质性相似”的判断与认定——从“琼瑶诉于正”谈起[J].中国出版,2017(21):43-46.
- [8]王军.关于文学作品《三生三世十里桃花》与《桃花债》的作品比对法律意见书[EB/OL].[2017-8-9].https://weibo.com/ttarticle/p/show?id=2309404138763457539876#_0.
- [9]赵林翔,阮开欣.美国电视剧作品实质性相似判断标准[N].中国知识产权报.2018-11-2(17).
- [10]白小莉.如何判断著作权纠纷中的“实质性相似”? [N].中国知识产权报,2017-07-19(11).

“Color Palette” and the Infringement Identification Rules of Film and Television Literary Works ——Taking *Princess Weiyoung* Copyright Infringement as an Example

ZHANG Qi

(Beijing Yunting Law Firm, Beijing 100010, China)

Abstract: In identifying the infringement of film and television literary works, it is not easy but is a must to compare the two pieces of works in the degree of plagiarism. A relatively objective and fair “color palette” plays an important role in the trial of the cases and often becomes the focus of both the court and the litigants. However, due to the singleness and limitations of “color palette”, it fails to directly show the complex comparison, so it is only applicable to literal infringement, not to non-literal infringement. In the case of “*Princess Weiyoung*”, the court identified the infringement based on the “color palette”, holding that since the sentence is the minimum expression unit to be protected in film and television literary works, simple sentence plagiarism also constitutes copyright infringement. The relevance of the story and the proportion of plagiarism are not the only factors to be considered in the identification of infringement. In the identification of infringement of film and television literary works, it is still necessary to consider whether the expression of literary works constitutes “substantial similarity” and whether the author of the latter works is likely to “contact” the prior works.

Key words: color palette; literature plagiarism; infringement comparison; the separation of thought and expression; substantial similarity

(责任编辑:董兴佩)