

试论著作权保护中的“思想与表达二分法”原则

黄王宁

宁波大学法学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2024年3月14日; 录用日期: 2024年4月18日; 发布日期: 2024年5月14日

摘要

思想与表达二分法原则是著作权法中的一项基本原则, 该原则自美国明确规定, 经各国实践运用后, 得到各国司法的普遍认可。我国虽未有明确的法律规定, 但在司法实践中对该原则予以适用, 在适用过程中发现思想与表达的界限难以区分、立法缺位、独创性标准难以把握以及技术发展带来的新挑战等诸多问题。通过剖析适用中存在的问题, 以综合认定区分思想与表达、通过立法完善二分法原则、明确独创性认定标准以及以开放性条款顺应时代发展, 由此推进我国立法进程, 以期改善我国司法实践。

关键词

思想, 表达, 著作权法, 思想与表达二分法原则

On the Principle of “Dichotomy between Thought and Expression” in Copyright Protection

Wangning Huang

Law School, Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Mar. 14th, 2024; accepted: Apr. 18th, 2024; published: May 14th, 2024

Abstract

The dichotomy between thought and expression is a basic principle in copyright law, which has been clearly stipulated in the United States and has been widely recognized by the judiciary of various countries after being applied in practice. Although there is no clear legal provision in Chi-

na, this principle is applied in judicial practice. However, there are many problems in the application of this principle, such as the difficulty of distinguishing the boundary between thought and expression, the lack of legislation, the difficulty of grasping the standard of originality, and the new challenges brought about by technological development. By analyzing the problems existing in the application, distinguishing ideas and expressions through comprehensive identification, improving the principle of dichotomy through legislation, clarifying the criteria for determining originality, and adapting to the development of the times with open clauses, we will promote the legislative process in China and improve China's judicial practice.

Keywords

Thoughts, Express, Copyright Law, Dichotomy Principle of Thought and Expression

Copyright © 2024 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

思想与表达二分法原则旨在保护作品的表达形式,而非作品本身体现的观念。自坚持这一原则以来,在著作权法和国际条约的相关规定下,可在各国的法律实践中明确该原则得到广泛认可。尽管各国都同意这一原则的有效性,但对该原则中思想与表达的范畴把握、作品中何为思想、何为表达的判定标准各成体系,从而损害该原则的法律性和权威性。

2. 思想与表达二分法原则的基础理论

2.1. 思想与表达二分法原则中“思想”与“表达”内涵

2.1.1. 思想的内涵

思想一词从文意上来看,是指人脑的思维活动反映在人的意识中的客观存在所产生的结果。最早可追溯至古希腊语“idaea”,柏拉图的《对话录》将“思想”一词引入西方哲学,其认为“思想”仅存在于精神中,思想并无实物载体,不受时间和空间的限制,是永恒存在的。思想是公众领域的产物,是共有的,不为个别人单独占有。由此,在知识产权领域中存在一句古语:思想和空气一样是免费的。由于“思想”与民法上的物不同,不能通过占有的方式来获得所有权,也无法通过使用使其消耗殆尽。因此,思想具有独特性,能够在同一时间内由多人占有和使用,只要有人具备这种思想就不会消亡,相反,通过不断的传播和分享可以促使思想进步。

2.1.2. 表达的内涵

表达是一种将人们的思维通过语言、行动等方式予以反映的形式。表达意为将思想以一种或几种特定的方式表现出来,使他人能够感知。思想是主观范畴的产物,是抽象的、虚无的,任何人都可以拥有无限的思绪,只有借助具体的表达形式才能够将思想外化,并就具有独创性的表达获得著作权法的保护。在版权领域,这一过程被称为“表达”。

2.2. 思想与表达二分法原则的产生与确立

思想与表达二分法原则是著作权法的一项基本原则,是指著作权法只保护想法的表达,而不保护作品所反映的思想感情,即著作权法不保护抽象的思想、观念、理论、构思等,但保护思想的表达,包括

以各种特定的有形方式对思想进行的具体描述。

2.2.1. 思想与表达二分法原则的产生

思想与表达二分法原则最早可以追溯至英国以《安娜女王法令》为背景的 *Millar v. Taylor* 案¹ 和 *Donaldson v. Beckett* 案²。

1) *Millar v. Taylor* 案

1729年 *Millar* 购买了汤姆森的作品《四季》的著作权，但 *Taylor* 在 1763 年出版了该作品，因此，*Millar* 认为 *Taylor* 侵犯其著作权，起诉要求获得法律救济。由于《安娜女王法》规定的法定权利期限最长为 28 年，故叶茨法官认为被告并未侵权，他指出：“思想是自由的。但当作者将他们限制在其论文当中时，这些思想就像笼中鸟，除了作者，没人能将笼中鸟放飞。在作者认为适于公开之前，这些思想一直处于他的控制之下。”^[1]也就是说，作者拥有独特思想时，若没有确定以何种方式展现，那么作者可以独占该思想，但是当作者选择以某种方式公开其思想时，思想就进入公众领域，可由公众自行使用。出版行为本质上是而且必然是对公众的礼物，这意味着该作品将立即且不可避免地公开。因此，作品中的思想在进入公众领域后，即可由公众自由获取与利用。

2) *Donaldson v. Beckett* 案

Beckett 从 *Millar* 处购买了汤姆森的作品《四季》的著作权，而 *Donaldson* 通过销售《四季》的复印本获利颇丰，*Beckett* 对 *Donaldson* 提起了侵权诉讼。*Beckett* 因获得法院所授予的永久性禁令而胜诉，*Donaldson* 对判决结果不服而上诉至议会，他认为依照《安娜女王法》规定的法定权利期限，《四季》的著作权已于 1757 年到期，因此公众可以对其自由获取并出版。最终，经过议会的激烈争辩，*Donaldson* 的观点得到了支持，法院对永久性文学产权的裁决被驳回。

以上案例虽在推理过程中存有不足，在审理过程中并未直接涉及思想与表达二分法原则，但引发了对思想与表达进行区分保护的意识，这些理论也成为二分法原则的发展基础，思想与表达二分法原则初见雏形。

2.2.2. 思想与表达二分法原则的确立

学者们普遍认可思想与表达二分法原则于美国最高法院 1879 年 *Baker v. Selden* 案³ 中以判例法形式确立^[2]。在此案中，原告 *Selden* 原创了一本图书，其内含了一种以空白表格为主的记账方法。人们通过使用此种特殊的表格和计算方法可以对自己每天、每周、每月，甚至每年的活动进行记载。而被告 *Baker* 更改了这些空白表格的标题进行出售。由此，*Selden* 诉 *Baker* 侵犯其著作权，此案的争议焦点在于，原告 *Selden* 在拥有载有此种记账方法的书籍的著作权的同时，是否也享有对此种记账方法的独占使用权。经过美国联邦法院审理认定，空白表格不属于著作权保护客体的范围，因此原告并不享有空白表格的专有权，仅享有其出版图书的版权，无权限制他人对该空白表格的使用。技术受专利权保护，著作权保护的是对内容的表达。尽管原告通过独创表达获得著作权保护，但并不意味着对此类计算方法享有独占使用权^[3]。

技术与技术的表达并不相同，技术由专利权法保护，而技术的表达则由著作权保护。当图书出版后，著作权人获得著作权法对该书的著作权保护，但该空白表格的描述便进入公共领域，任何人都可以进行使用。若作者想对此种方法寻求保护，可通过对该方法申请专利。作者对出版的图书仅享有著作权，并不因此而享有图书中所描述的某一技术的排他性权利。因此，美国联邦法院驳回原告诉讼请求，原告仅能请求他人未经许可不得以复制、出版等方式侵犯其著作权，而不能阻止他人使用该书籍记载的方法或

¹*Millar v. Taylor*, 98 Eng. Rep. 201, 229 (K. B. 1769).

²*Donaldson v. Beckett*, 1 Eng. Rep 837 (H. L. 1774).

³*Backer V. Selden* 101 U. S. 99 (1879).

技术。自此，美国在立法层面正式确立了思想与表达二分法原则。

2.3. 思想与表达二分法原则的合理性分析

2.3.1. 有利于界定著作权的客体范围

思想与表达二分法原则旨在保护作品思想的表达，而不保护思想本身。因此，确认和划分一个作品中何为思想、何为表达显得尤为重要。

在该原则产生之前，并没有关于思想和表达的统一性标准，法官们仅能凭借自身的专业素养来判断在著作权法上何者应当受到保护。由此，同一著作权纠纷会因不同法官审理而存异，这显然难以获得公众信服。该原则使法官能够对何者应受保护与何者不受保护做出更统一和明确的区分，有助于解决争议。

2.3.2. 有利于保护公众的言论自由

法律创设的最终目的是有益于社会发展，公民的言论自由、民主自由是关键。著作权若是对思想进行限制，显然有损公民的自由。虽然作者会因著作权保护思想而受益，并且激发作者的创作热情、丰富言论内容，但社会公众无法自由获取，由此产生冲突。

思想与表达二分法原则明确社会公众可以自由接触并获取他人思想，使得著作权避免对言论自由造成阻碍，同时保护作者的知识成果。绝大部分新知识的产生，在一定程度上源于对旧知识不同程度的利用和改造。若是对思想进行限制，会使社会思想停滞不前，并非所有人都愿意承担因随意学习他人思想或发表没有创造性的思想而支付对他人思想的许可使用费。因此，思想与表达二分法原则有利于公众言论自由、社会思想进步。

2.3.3. 有利于刺激创作，推动社会效益

能称之为作品的必定具有独创性，著作权保护使得作者可以通过对作品享有所有权获得经济效益。当作品进入流通领域后，只要他人对该作品进行使用，作者便可收获相应的经济报酬。但对作品中思想的利用是否需要支付使用费？这便是思想与表达二分法原则所要解决的问题之一。

一个新的作品不可能前无古人、后无来者，所有的作品都在一定程度上学习他人思想、借鉴他人成果，再注入自身独创性想法才得以产生。著作权法赋予先前作品著作权，使得后续作者在创作过程中思考是否要使用先前作品来润色自身的作品，这便涉及创作成本的问题。当然，任何一位作者都渴望自己在创作时所获得的一切可学习的作品都是免费的，但又渴望当自己的作品出版后，他人使用自己作品中的思想都需要付费，显然是互相矛盾的。

由此，思想与表达二分法原则为解决该矛盾提供了解决方案，不保护作品的思想可以方便作者在创作时对思想进行使用，保护思想的表达则可以保护作品产生后对作者利益的维护，无疑可以激发作者的创作热情。

3. 思想与表达二分法原则在不同国家的实践运用及其例外

3.1. 美国

3.1.1. 三步法：抽象 - 过滤 - 比较方法

在具体的认定过程中，法官主要采用三段论方法进行判断。第一步，先从作品中剔除不受著作权法保护的思想，只留下表达部分；第二步，判定剔除的思想是否属于公有领域的思想；最后对剩余内容进行比较，即根据前两步所得结果，法官将经过抽象过滤后的原被告的作品进行比较，并运用实质性相似理论⁴进行分析，若仍有类似表述，则可认定为侵权。

⁴在阿塔瑞诉北美公司一案中形成的实质性相似的认定标准，该法院认定确定两部作品相似程度达到实质性相似的标准为“有争议的作品与原告的作品如此相似，任何一个人来观察两部作品都可以得出被告使用了原告作品中的元素”。

3.1.2. 实质相似性判定法

在适用二分法原则认定被告作品是否侵犯著作权时，关键在于分析该作品是否达到实质性相似。实质相似判定法以整体概念感觉测试法为主，辅之以摘要层次测试法。

整体概念感觉测试法以普通观察者视角，通过对原被告双方作品进行整体观察并感受，首先，在不拆解原被告作品的情况下排除思想内容，从完整性角度整体感受作品给人的感受，如果认为两部作品之间具有直观的相似之处，即可认定存在表达部分的抄袭，但这种认定方法遭受了许多学者的批判，认为“整体概念与感觉”并不能很明确的区分思想与表达，对著作权是否侵权的研究没有进一步的帮助。由此，增添摘要层次测试法共同判定。

摘要层次测试法源于1930年的“尼克斯”案件，美国法官汉德提出该方法。该案涉及一部戏剧作品和一部电影作品，两部作品的主要内容均是不同宗教信仰家庭的两人坠入爱河，尽管他们信仰不同，并且遭到双方父亲的极力反对，但最终超越家庭和宗教信仰的阻碍走入婚姻殿堂的故事。由于原告的戏剧作品发表在先，被告的电影作品拍摄在后，故原告告诉被告侵权。对于该案件，汉德法官运用摘要层次测试法进行分析。他认为任何作品通过不断剥离其中具有普遍性的情节，最后剩下的就是不受保护的思想观念，也就是说，两部作品在故事背景的设定上处于相同或相似的情况时，不应视为侵权。其要求法官先将作品中从社会公共领域内吸收的内容抽离出来，其次通过摘要层次法处理作品的争议焦点问题，该方法能够在一定程度上解决比文字性相似更深层次的相似问题。

3.1.3. 抽象测试法

抽象测试法是汉德法官在 *Nichols v. Universal Pictures Corp* 一案中提出的一种适用方法，该方法是区分思想与表达最广泛的测试方法。

汉德法官对作品内容进行了不同层次的总结，从高到低按体裁、主体、情节结构、总体情节设计和特定角色、场景、台词进行分类。若两部作品相似的部分属于高层次内容，即使该部分符合独创性创作要求，也可认为是属于思想层面的相似，不应当认定为侵权。汉德法官表示，任何作品(特别是戏剧作品)均内涵大大小小的事件，如果这些事件被越来越多的抽离出去，便会产生越来越抽象或越来越具有普遍性的模式，而这样高度抽象化的模式也可能适用于任何其他作品，抽象到最后便只剩下作品主题的简单陈述，有时甚至可能与作品标题是一致的。然而，在这一系列抽象过程中，必然存在一条划分作品元素是否受保护的界线，因此作者便能防止他人使用其作品中的思想，而思想相较于表达而言，是作者专有权所永远不能延及的。

抽象测试法要求尽可能找到作品之间的相同部分，再对共同部分进行判断，判断是否具有普遍性，该方法要求法官在作品中找出所有的相似部分，再判断相似之处是属于思想的相似还是表达的相似。如果相似部分具有普遍性，那么应当认定为思想的相似而不构成侵权。

3.2. 英国

英国法院运用思想与表达二分法原则解决著作权纠纷案件时，“额头流汗”原则发挥了重要作用。英国著作权法明确作品必须具备独立的完整性和资金的足额性，这两种特性成为英国践行思想与表达二分法原则的根基。英国著作权法始终坚持应当保护作者的经济利益。

在沃尔特诉莱恩案⁵中，罗斯贝瑞在公共领域发言的内容在未经许可的情况下被时代杂志擅自将内容加以总结并进行整理公开发表。罗斯贝瑞坚持其对演讲内容以及其逐字逐句记录下来的文字享有著作权，被告以书面形式公开其演讲内容对其构成侵权。上诉法院认为被告以文字形式发表其演讲的内容不能当然的使罗斯贝瑞被认定对其文字记录内容享有著作权，由此驳回原告诉请。后罗斯贝瑞不服法院

⁵Walter V. Lane [1900] AC 539.

判决，进行上诉。该案最终通过 5 名法官的审理，运用“额头流汗”原则判决原告胜诉。1916 年，罗伯逊法官就对作品的独创性标准作出了详细说明，其主要观点是，作品的独创性不是思想方面的独创，而表达层次上的独创性才是真正意义上的独创性，且表达层次的独创性并非完全等同于新颖性或是创新性，只需要独立创造即可。因此，在司法实践过程中，法官在区分作品的表达和思想二者时，适用以上最低程度的判断标准以限定著作权的保护范围。

3.3. 思想与表达二分法原则的例外

思想与表达二分法原则解决了著作权领域理论层面的主要问题，但是如何在司法实践领域内对该原则进行运用是各个法官需要解决的问题，由于“思想”与“表达”的含义与范围一直未有清晰界限而难以区分，由此根据各种经典案例，创造了区分思想与表达的各种方法。在解决该问题时还会出现部分情况而不适用对两者的区分，即思想与表达二分法原则的例外，例外情形不判定侵权。

3.3.1. 合并原则

思想与表达原则的合并原则又称思想与表达的混合原则，该原则最早出现在 *Hebert Rosenthal Jewelry Corp v. Kalpakian* 案⁶中，即当某种思想只能用一种或几种有限的方式表达时，可认为思想与表达是密不可分的。对于想要表达该种思想的他人，仅能使用前人已经使用过或者与前人相似的阐述方式，若在此时保护该种思想的表达方式，等于在实质上保护了思想。因此在此特殊情况下，著作权法不保护表达，这便是合并原则，一般适用在事实作品中[4]。

该例外源于在语言简洁的情况下，能够描述一种思想的方式和词汇是十分有限的，由此导致思想与表达无法清晰界定与区分，便无法进行区分保护。该原则在我国法律规定中有所体现，即《计算机软件保护条例》第 29 条规定：软件开发者的软件，由于可供选用的表达方式有限而与已经存在的软件相似的，不构成对已经存在的软件的著作权的侵犯。

表达是著作权人对自我或者社会领域内思想的独特创造，代表着著作权人独特的思维方式与表达形式。即使思想相同，但表达大多存在差异。在社会领域，为了能够促进文化传播并允许思想的自由利用，思想与表达二分法原则应运而生。如若表达仅仅是对思想的纯粹表现，即表达等于思想的总和时，那此区分便没有存在的意义了。在此情况下，对该表达的保护便如同对思想的保护，此时的保护违反著作权设立的目的。

3.3.2. 场景原则

场景原则，是指在文学著作中表达特定内容时，人们不可避免地要根据已有的历史事实与经验来描述和表达特定的场景。即使之前的作品中已经描述了该场景，后续作品通过自己的表达进行描写也不构成侵权。这一原则在对历史事件的描述中尤为常见，作者想要描述某一历史事件或者通过对某一历史事件的描述而对其他内容进行分析，则需要对历史背景、历史人物、历史时期等内容进行描述，那么在针对这些历史事件的描述中总有一些具有标志性特征的场景，例如在描写开国大典时就必然会提及毛泽东主席那句经典的“中华人民共和国，今天成立了！”，对该“标准场景”的使用并不会构成侵权。

4. 我国司法实践中对思想与表达二分法原则的运用及适用缺陷

思想与表达二分法在著作权领域内起着至关重要的作用，但我国司法实践领域在运用该原则时仍旧面临困境。

4.1. 思想与表达的界限难以区分

思想与表达二分法原则要求著作权法仅保护作品的表达形式，而不保护抽象的思想、程序、操作方

⁶*Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian*, 446 F. 2d 738-742 (9th Cir. 1971).

法等。然而，在司法实践中，思想与表达的区分并不清晰，特别在涉及创意、概念和情节等元素时，难以明确区分哪些属于受保护的表达，哪些属于不受保护的思想。例如在朱某某与乐某著作权侵权纠纷案⁷中需判断仿拍照片与被仿拍照片是否构成实质性相似，由此需要比较仿拍照片与被仿拍照片中具有独创性的部分是否相似。对于被仿拍照片中属于思想、公有领域的知识成果以及非独创性(如有限的表达、惯用的场景)的表达部分应当排除，但此部分该如何判断呢？该案判决仿拍者因与被仿拍者所用模特的神态、光圈及焦距有所区别以呈现摄影师的个性化选择，以及两者照片的相似体现在对场景的布置、模特的姿势安排上，这属于服装拍摄中的惯用思想和公有领域的知识成果，由此判定不构成实质性相似，驳回原告诉请。虽在案件中明确表示了公有领域的思想不受保护，但对两者具体该如何区分未有明确界定，主要依据法官自由裁量以及二分法原则中的合并原则。

目前，我国对二者的区分并不成熟，极大地降低了二分法原则的适用效率[5]。如何区分思想与表达，是我国准确适用该原则的关键，也是文化产业繁荣发展的关键。思想与表达二分法原则旨在更好实现著作权法的立法目的，但通过对该原则进行研究，便可以看出其判断标准十分模糊，现有的判断多针对个案适用，且主要依赖法官的主观判断，由此难以避免自由心证主义的过分干涉。对于受著作权法保护的表达，他人可以如何合法参考其中的思想的表达而不触及侵权，目前为止，未有合理的解决方式和标准，仅能通过个案处理达到个案妥当性[6]。

4.2. 思想与表达二分法原则立法缺位

在实践中，法官普遍以二分法原则划分著作权中思想与表达的边界问题，而著作权法对该原则并无规定。我国对该原则的规定主要体现在《计算机软件保护条例》第6、7、29条和《著作权法第三次修改草案送审稿》第9条规定中，而2001年、2010年修订《著作权法》时未将该条款写入。可见，思想与表达二分法原则作为一项基本原则在一般法中没有体现，显然与我国基本立法原则不符。

我国虽未有明确规定，但不妨碍该原则在司法实践中的适用。但在适用过程中，由于缺乏具体的司法解释和指导案例，不同法院在处理著作权侵权案件时，对二分法原则的理解和适用存在差异，导致相似案件的判决结果不一致。因在司法实践中法官无法做到有法可依，使得该原则的适用受到阻碍。由此可知，法律规定仅在理论层面对其进行明确，并未提供实质性的解决方法，该原则仍处于需要法官自我裁判的处境，并未从本质上明确该原则的适用。思想与表达在侵权案件中本就极易混淆，若无明确适用上的指引，则易导致案件的不公平处理[7]。

4.3. 独创性标准难以把握

我国目前没有统一的独创性标准，法律仅仅是规定了独创性原则，并未进一步明确。这使得我国法院在审理著作权侵权案件时，许多法院适用“额头流汗原则”⁸，即认为作品即使侵权，但也存在一定劳动成果，故而作者在创造时只需付出劳动就可获得著作权，并不需要严格要求真正的独创性。如果没有一个明确的规定来解释独创性标准，就会导致作者对作品是否享有著作权产生分歧[8]。这也导致二分法原则在司法实践中遭遇困境。

在判断作品是否具有独创性时，往往需要考虑作品是否足够原创，以至于表达形式不被视为属于公共领域的常识或常见表达。这一标准的界定在实践中存在困境，尤其是在涉及传统文化元素、常见题材或普遍情节的情况下。例如深圳市脸萌科技有限公司著作权侵权纠纷案⁹，该案属于全国首例侵害短视频

⁷ 参见：江西省抚州市中级人民法院(2021)赣10民初453号；江西省高级人民法院(2022)赣民终132号。该案被列入江西省高级人民法院发布2022年十大知识产权保护典型案例。

⁸ 额头流汗原则是指作者通过创作(如数据库、通讯录)时所付出的劳动就可获得著作权，并不需要真正的创造或“原创性”。

⁹ 参见：杭州互联网法院(2020)浙0192民初8001号。该案全称为深圳市脸萌科技有限公司、北京微播视界科技有限公司与杭州看影科技有限公司、杭州小影创新科技股份有限公司著作权侵权纠纷案，该案入选浙江省高级人民法院发布2021年度十大知识产权案件。

模版著作权案件，涉及短视频模版能否得到著作权法保护、应得到何种程度保护等法律问题。因短视频模版依托平台制作，具有录影时间短、主题明确、制作过程简单等特点。因此，在判断短视频模版是否具有独创性时，应坚持利益平衡原则，综合考虑创作与传播、著作权人与社会公众之间的利益关系，不宜采取过高标准。该案判决对涉案短视频模版“独创性”的考量应以是否由作者独立创作完成以及是否是作者思想或情感内容的表达为关键。可见，该标准属于较低层次的标准，对“独创性”标准需结合具体案件具体分析，由此也造就了独创性标准难以统一的局面。

4.4. 技术发展带来的挑战

随着科技的发展，新的作品形式和创作方式不断涌现，如人工智能创作、短视频模版创作等，这些新形式对传统的思想与表达二分法原则提出了挑战，如何适应这些变化并有效保护著作权成为问题。例如浙江安谐智能科技有限公司著作权侵权案¹⁰，该案为新技术背景下人工智能生成内容所引发的著作权纠纷提供了审理思路，该案的关键在于机器设备能否成为作品的创作主体以及自动抓拍照片是否构成著作权意义上的作品，作为新信息技术的产物，随之而来的问题是“创作者是谁”“自动生成的内容能否构成作品”，该案通过主体、客体维度对作品进行鉴定，最终判定自动抓拍图片因未体现创作者在文学、艺术、科学领域的独创性表达，不属于著作权法意义上的作品。那其他新形式的作品又该如何认定？

5. 思想与表达二分法原则的适用路径

近年来，市场对文化产品的需求愈发旺盛，随之知识产权纠纷也越来越多。对此，借鉴与抄袭的区分显得尤为重要，思想与表达二分法原则对解决该争议有着重要作用。若是存在关于该原则的具体法律规定便能直接运用以解决该问题，但我国目前对该原则的规定少之又少，仅能对国外司法案例以及判定方法进行借鉴和学习。因此，需结合我国司法适用的实际情况，采取相应的措施。

5.1. 综合认定以区分思想与表达

侵权行为的判定要以思想与表达二分法原则为基础，综合一个理论或多个理论进行分析。只有先区分思想与表达，才能节省重复认定的过程。对思想与表达的划分应当结合“抽象检验法”“整体概念感觉法”等方法进行综合认定。首先，对作品的表达进行抽象，抽象出属于思想的部分，从而划分思想与表达，如对一作品的主题进行提炼。其次，运用独创性理论对公共领域的思想进行区分。完成前两步的分析后，若存在抄袭的情况，再对原告作品进行实质性对比。

对思想与表达的区分，不论是在国际层面还是在国内层面均未有统一的适用标准，现存的认定方法都是针对个案得出的。由此，统一认定方法对完善思想与表达二分法原则至关重要。根据各国的差异性，可以国际层面认可的官方认定方法为基础，辅之以各国认可的独特方式，形成一种既满足国际也满足国内的认定方法。

5.2. 通过立法完善思想与表达二分法原则

目前，区分思想与表达的方式主要有两种，一是将受保护的表达通过例举的方式进行明确；二是对受保护的表达进行抽象概括，辅之以举例说明。我国在2014年《著作权法第三次修改草案送审稿》中第9条规定：著作权保护延及表达，不延及思想、过程、原理、数学概念、操作方法等。此项规定是我国涉及二分法原则，但其内容仅仅是概括性描述，并未实际解决应当如何具体地区分思想与表达。对此，可以借鉴《行政许可法》中对行政许可事项的规定，以明确例举和抽象概括的方式对此尽可能详述。当

¹⁰ 参见：重庆自由贸易试验区人民法院(2021)渝0192民初8839号；重庆市第一中级人民法院(2022)渝01民终2190号。该案全称为浙江安谐智能科技有限公司与青岛讯极科技有限公司、讯极科技(苏州)有限公司著作权侵权案，该案入选重庆市高级人民法院发布2022年知识产权司法保护典型案例。

然，明确例举的应当是具有高度概括性的内容，例如我们在日常生活中对于一些理念的学习，那必然属于思想的范畴。因此，我国有关区分思想与表达的立法规定可以通过例举加抽象的方式对其进一步明确。

5.3. 明确独创性认定标准

想要成为著作权所保护的作品，则需要满足一个前提条件：独创性要求。独创性是作品最本质的要求，符合著作权法中关于作品要求的思想表达是保护表达的落脚点。因此，著作权法应明确表达的独创性。

对作品进行独创性认定是从大范围筛选符合著作权保护条件的作品，倘若一部作品不符合独创性要求，那么也就无需对思想与表达进行区分，一定程度上能够减少侵权案件的数量。独创性标准的高低直接决定思想范围和表达范围的大小，因此，对独创性的认定标准进行明确，具体表现在细化独创性认定时需考虑的具体元素，如文学视听作品中的角色、情节、场景等；音乐作品中的歌词、旋律、声调等；计算机软件作品的排列组合、整体结构等，在对细节进行认定后，再综合认定作品的独创性是否足够。以列举方式对独创性认定标准进行细化，进一步提高独创性认定的可操作性。

5.4. 以开放性条款顺应时代发展

随着新技术的出现，需确保新的作品形式和创作方式能够得到合理的法律保护，同时也要防止过度保护以阻碍创新。可以开放性条款¹¹认定新形式的作品形式，先给予其认可，再进一步认定，允许对新出现的作品类型和创作方式提供保护，以增强法律的灵活性和适应性。现如今 AI 创作如火如荼，学界对 AI 创作的作品是否拥有著作权等相关问题进行深刻探讨，这不仅是对著作权领域客体的进一步区分，也是对科技发展影响著作权的探究。

6. 结语

思想与表达二分法原则使得作品能够正确受到著作权保护，使其成为权衡作者、作品使用者和社会公众三者利益的动态平衡的关键，这也是为何该原则在世界范围内得到普遍认可与广泛适用的原因。我国对该原则的立法与适用存在瑕疵，但可以通过完善立法，解决司法实践中出现的问题，对该原则进行完善。同时，借鉴和学习其他国家的相关内容，结合我国具体国情进行灵活运用，完善我国相关法律措施，营造更好的社会氛围。

参考文献

- [1] [德]布拉德·谢尔曼，[英]莱昂内尔·本特利. 现代知识产权法的演进[M]. 金海军，译. 北京：北京大学出版社，2006: 163-164.
- [2] 吴汉东. 知识产权基础问题研究[M]. 北京：中国人民大学出版社，2019: 135.
- [3] 李雨峰. 版权制度的困境[J]. 比较法研究，2006(3): 99-106.
- [4] 李明德. 美国知识产权法[M]. 北京：法律出版社，2003: 139.
- [5] 殷贵山，邱立民. 文学作品实质性相似的司法判定方法评析[J]. 出版发行研究，2017(10): 83-85.
- [6] 吴汉东. 知识产权多维度学理解读[M]. 北京：中国人民大学出版社，2015: 335.
- [7] 王玥，许剑飞. 版权法思想、表达二分法及其发展——以利益平衡为分析工具[J]. 南通大学学报(社会科学版)，2008(3): 100-105.
- [8] 左海峰. 著作权中思想与表达的区分方法及其适用[J]. 吉林工商学院学报，2016, 32(1): 80-83.

¹¹ 开放性条款是指在著作权法中不具体列举所有可能受保护的作品类型，而是提供一个广泛的、包容性的定义，允许法院或相关法律机构在特定情况下认定新的或未明确列出的作品类型是否收到著作权法的保护。该条款旨在使法律能够适应不断变化的技术和社会条件，以保护出现的新形式的创作。