

【域外视野】

美国电子游戏版权保护的判例评介及其对中国的启示

李宗辉

【摘要】20世纪80年代以来,美国发生了若干具有重要影响的电子游戏版权保护案件。“斯坦恩”案明确了电子游戏的软件作品和视听作品复合性质。“雅达利”案和“中途制造”案详述了电子游戏作品“实质性相似”的普通观察者判断标准和总体特征相似标准。“雅达利”案、“中途制造”案、“数据东方”案、“非凡技术”案和“俄罗斯方块”案等阐明了“思想与表达二分法”在电子游戏作品中的适用。“斯布瑞”案和“达芬奇”案则揭示了电子游戏作品中可受版权保护的深层表达元素。这些案例在电子游戏作品类型界定、版权侵权判断、“思想与表达二分法”适用以及电子游戏作品与其他文学作品之间的改编等方面为我国司法提供了可资借鉴的经验。

【关键词】电子游戏;实质性相似;思想与表达二分法;表达元素

【作者简介】李宗辉,南京航空航天大学人文与社会科学学院副研究员,南京航空航天大学网络与人工智能法治研究院副院长,知识产权研究咨询中心主任,主要研究方向:知识产权法。

【原文出处】《北京文化创意》,2021.6.25~35

近年来,随着我国电子游戏特别是网络游戏产业的不断发展壮大,相关的版权纠纷也日渐增多。由于《著作权法》并未将电子游戏明确列为特定的作品类型,因此理论和实务上对电子游戏版权保护的范畴存在一定的困惑和争议。同样在版权成文立法中未明确规定电子游戏作品但产业更加成熟和完善的美国,则从20世纪80年代以来就发生了不少电子游戏版权侵权纠纷,积累了较多有益的司法经验,可供我国司法机关在审理相关案件的过程中适度加以参考和借鉴。本文选取若干具有典型代表意义的判例来说明美国司法上对电子游戏版权保护的思路演进。

一、电子游戏的复合作品性质

(一) 电子游戏的发展概况

1958年,威廉·希金博特姆(William Higinbotham)在布鲁克黑文实验室展示了以互动控制方式在视频上显示的电子游戏《双人网球》(Tennis for Two),开启了电子游戏制作的技术之门。^①20世纪60年代到90年代初是电子游戏发展的街机时期,代表性的公司有美国的雅达利公司,日本的任天堂公司、世嘉公司和NEC公司等。其中任天堂推出的“掌上机”可谓风靡一时。街机游戏的主要类型包括简单的闯关积分游戏、格斗类游戏、飞行类

游戏以及固定场景的通关游戏等,无论是人物、画面、动作、场景、情节还是其他元素都还比较简单和粗糙。^②随着PC硬件和软件技术的不断发展进步,从20世纪90年代开始,电子游戏进入了主机和单机时代。作为游戏主机的电脑与个人电脑存在很大差异,其是专门用于游戏制作和操控的电脑,程序员可以不考虑硬件的兼容性问题 and 电脑的其他应用需求,而一心进行游戏的设计和开发。但其过于单一的用途和不可升级的特点还是注定了被淘汰的命运,在普通个人电脑上进行兼容性的电子游戏设计和架构逐渐成为产业发展的主流。^③从某种意义上讲,1997年《网络创世纪》游戏的推出标志着电子游戏进入到网络时代。2003年诺基亚公司N-Gage手机及其游戏平台的发行则促进了电子游戏的移动化。^④网络和移动时代的电子游戏除了算法更加复杂、类型更加多样、画面更加精致以外,其游戏规则与表达元素的结合也更加丰富多元,人物角色、场景设定和故事情节等也更加引人入胜,因而在版权保护上也带来了更多的法律挑战。

(二) 电子游戏的作品性质

在产业发展的早期,为保持既有的竞争优势和确定未来的开发经营策略,大的游戏制作公司开始逐步

有意识地通过诉讼来探明电子游戏的版权保护边界,首要的问题就是电子游戏在版权法上的作品性质。

1981年的“斯坦恩电子诉哈罗德·考夫曼等和欧姆尼电子游戏公司”一案(以下简称“斯坦恩”案)^⑤差不多是最早涉及电子游戏作品性质问题的案件。斯坦恩电子是一家在世界范围内制造和销售装有电子游戏之娱乐设备的公司,它在1981年1月的伦敦交易会上注意到日本科乐美(Konami)公司开发的电子游戏《启航者》(Scramble),并从科乐美公司的被许可人那里成功获得了该款游戏在美洲的独占性版权分许可。《启航者》是一款由玩家操控太空船平行飞越六个不同障碍物场景以获得分数、难度逐渐增加的通关式电子游戏。1981年4月,科乐美公司获得了《启航者》的美国版权登记证书,并随即向版权局提交了体现版权许可和斯坦恩公司获得的分许可情况的文件。同一月份,欧姆尼公司也开始销售在名称、视觉和听觉上与《启航者》完全一致的仿真版《启航者》游戏。斯坦恩电子向法院起诉欧姆尼公司版权和商标侵权,同时申请并获得了临时禁令。

欧姆尼公司坚持认为,科乐美公司的版权只及于电子游戏中的计算机软件,而无权阻止有决心的竞争对手制作一款准确复制游戏视听画面中场景和声音的《仿真版启航者》游戏。这是可以通过编写新软件的方式实现的,而编写新软件需要复杂的劳动和努力。事实上,科乐美公司在版权登记时已经考虑到这类风险,并没有将其游戏程序登记为文字作品,而是将《启航者》游戏的场景和声音登记为视听作品。针对这一点,欧姆尼公司进一步辩称,科乐美公司不能就其《启航者》游戏的场景和声音获得版权保护,因为它们既没有“固定在任何有形表达形式上”也不是“原创的”。之所以这样说,是因为在每次游戏的过程中,屏幕上呈现的图像顺序都会因玩家的具体操作而不同。

纽约东部地区法院和美国第二巡回上诉法院都不认可被告的上述观点。法院认为,玩家的参与不足以影响游戏作为视听作品的可受版权保护性。诚然,《启航者》电子游戏场景和声音的顺序在每次玩游戏时都不同,但是场景的很多方面和它们出现的顺序在每次游戏时都保持着一致性,例如玩家太空船的形状、颜色和尺寸等外观,敌方船只、导弹基地和燃油库,玩家太空船飞行上方或下方的地形,以及它们出现的顺序等等。即便有些场景和声音因为玩家不能实现游戏通关而不会呈现,它们仍然是已被固定

下来的,并且在任何一次玩家游戏通关时都可以被看到和听到。因此,游戏场景和声音之实质性部分的反复顺序满足将其作为视听作品保护的条件。

欧姆尼公司进一步辩称,游戏的视听画面不具有任何独创性,因为所有这些反复出现的特征都是由在先创作完成的计算机软件决定的。法院认为此观点毫无道理。视听画面的视觉和听觉特征属于足以获得版权保护的明显具有独创性的变量,尽管其背后的软件程序可以独立存在并单独获得版权保护。版权不会因为视听作品和计算机软件一起体现在相同的游戏元素中而受任何影响。并且,被告的抗辩忽略了电子游戏创新过程的顺序。游戏开发者首先构思视听画面看上去和听上去如何,独创性在此时间节点产生。然后才有软件程序的编写。最后,程序被载入存储设施从而与游戏元素一起运行,场景和声音可以被看到和听到。电子游戏的结果画面满足独创性作品的要求。

由上可知,“斯坦恩”案拒绝单纯将电子游戏的视听画面看作是计算机软件的运行结果和表现形式,而是承认前者是独立的表达,应当与游戏软件分别获得版权保护。这不仅是从用户感知的角度得出的合理结论,而且是对游戏场景和声音等设计人员创作劳动的司法尊重。“斯坦恩”案所确立的标准有利于鼓励游戏开发商对电子游戏最终呈现在视频上的连续动态画面付出更多投资和进行创新设计,丰富电子游戏的表现形式和表达元素,减少电子游戏的“同质化”现象,有利于产业的健康发展和玩家的娱乐体验。在“斯坦恩”案之后的电子游戏版权案件中,我们很少再看到关于作品性质的争议。

二、电子游戏作品实质性相似的判断

电子游戏画面的视听作品性质既已得到司法确认,根据“接触+实质性相似”的版权侵权认定标准,其后此类版权纠纷案件的争议焦点自然就转向了被控侵权作品与权利人作品之间“实质性相似”的判断。

(一)“普通观察者”检验标准

在“斯坦恩”案发生后不到一年的时间里,当时电子游戏行业的两大重量级公司雅达利和中途制造就提出了两起电子游戏版权侵权之诉。第一起为“雅达利公司和中途制造公司诉北美菲利普消费者电子公司”案(以下简称“雅达利”案),^⑥第二起为“中途制造公司诉美国万代公司”案(以下简称“中途制造”案)。⑦两起案件都涉及了《吃豆人》(PAC-MAN)电子游戏,“中途制造”案还另外涉及了电子游

戏《小蜜蜂》(Galaxian)。

《吃豆人》是一款迷宫追逐游戏。出现在类似于电视的屏幕上的游戏“主界面”，由一个固定的迷宫，一个中心的角色(被表述为“吞食者”)和四个追逐的角色(被表述为“鬼怪”)组成。数百个均匀分布的粉色圆点排列出迷宫的路径，四个放大的粉色圆点(能量胶囊)大约位于迷宫的四个角落，在游戏进行过程中，大量的彩色水果标志出现在接近迷宫中间的位置。玩家通过操纵杆引导吞食者走出迷宫并消费沿途的粉色圆点。各自漫游在迷宫中的怪物，追逐吞食者。当怪物抓到吞食者时，一次追逐结束，三次以后，整个游戏结束。如果吞食者服用了能量胶囊，则发生角色临时反转，吞食者变成狩猎者，怪物则变成弱势一方。游戏的目标是通过吞食圆点、能量胶囊、水果标志和怪物获得尽可能多的分数。《吃豆人》游戏的迷宫是轻微垂直的长方形，其几何构造由明亮的双蓝线组成。中间迷宫左右两侧是开着的管道。为避免被追赶的怪物抓到，玩家可以控制中心角色从一侧管道爬出，再从相反的一侧管道进来。迷宫顶部上方是记分牌，在左边以白色显示第一个玩家的得分，在中间更新最高得分，而第二个玩家的得分在右边。如果某个游戏玩家成功让角色吞食了所有圆点，整个迷宫交替以蓝白色闪耀庆祝胜利，然后一个重新装满圆点的迷宫出现在屏幕上。当游戏结束时，一个亮红色的“game over”标志出现在栏目下方。

在“雅达利”案中，被告北美菲利普消费者电子公司的游戏 *K. C. Munchkin* 也是由玩家控制的中心角色(也被称为“吞食者”)，追逐角色(同样被表述为“鬼怪”)，圆点和能量胶囊组成的迷宫追逐游戏。其基本玩法也与《吃豆人》类似。*K. C. Munchkin* 的迷宫也是长方形的，有两个管道出口和位于中间的围栏，并在吞食者吃掉所有圆点后闪出不同的颜色庆祝胜利。但是它的迷宫是由单一的暗紫色线条描绘的，并在整体外观上更为简单。与《吃豆人》不同，*K. C. Munchkin* 的迷宫通道只能一条路走到尽头，因而增加了危险和策略元素。围栏是正方形而非长方形，每两秒呈九十度旋转，不过与《吃豆人》中的围栏具有相同功能。记分牌位于迷宫的下方，并且与《吃豆人》一样在左右两边显示玩家的得分。但是，与《吃豆人》只是简单将最高分置于中间相比，*K. C. Munchkin* 呈现出一排粉色和桔色的问号标志供高分玩家写上自己的名字。*K. C. Munchkin* 中的角色及

其在游戏中的特征，包括吞食者的身体形状、V字嘴型、特殊的吞食动作，尤其是当其被抓住后从屏幕上消失的方式等，与《吃豆人》大体相似，但是游戏中的声音有很大区别。

第七巡回上诉法院指出，在以往的司法实践中，作品实质性相似的判断被分为两部分：一是看被告是否复制了原告的作品，二是看该复制是否构成了不适当的侵占，即所谓的外部-内部检验法。该案重点从“普通观察者”的角度进行第二部分的检验。具体来说，即由普通理性的人根据被控侵权作品与原告作品的相似程度判断，被告是否通过利用具有实质和价值的材料不当侵占了原告可受保护的表达。“普通观察者”检验不涉及“分解剖析和专家证言”，而是看被控侵权作品是否侵占了有版权作品的“整体概念和感觉”。

在后文我们将要介绍的“斯布瑞”案中，法院采纳了原告提交的电子游戏博客文章作为证明作品实质性相似的证据，原因就在于，这些博主们构成电子游戏的“普通观察者”。

(二) 总体特征相似标准

“雅达利”案的被告北美菲利普消费者电子向法院提交了一份详细清单，列举了 *K. C. Munchkin* 与原告《吃豆人》游戏的不同之处，包括移动的圆点、迷宫的变化以及角色面部特征和颜色的改变等。地区法院似乎接受了被告的观点，认为两部作品之间不存在“实质性相似”，但第七巡回上诉法院对此并不赞同。第七巡回上诉法院认为，尽管大量的差异可能会影响“普通观察者”的印象，但是在作品的其他方面实质性相似的情况下，“被控侵权作品与受保护作品之间的细微差异不足以排除版权侵权的事实”。在比对作品的过程中，地区法院过于关注某些特定差异的细节，似乎忽略了(或者至少未能厘清)更明显的相似之处。“普通观察者”检验的必要条件是两部作品之间的整体相似之处而非细节不同之处。被告强调的改变只能证明其刻意模仿原告作品的程度。在分析两部作品是否构成“实质性相似”时，法院应当避免“一叶障目不见森林”。第七巡回上诉法院指出，只要能够列出两部游戏之间“实质性相似”的部分，侵权即已成立，任何剽窃者都不能通过说明其作品有多大部分并非盗版作为免责事由。

第七巡回上诉法院还强调，作品的性质、设置及其外观对法律上评价原被告作品之间的特定差异具有重要影响。与艺术家的绘画甚至是其他视听作品

不同,电子游戏的观众对本案这种程度上的艺术表达差异相当缺乏鉴别能力。像“吃豆人”这样一款游戏,其主要吸引力在于它的竞争强度所提供的刺激。沉浸在游戏中的玩家会倾向于忽略细节上的诸多微小差异,并将它们的审美诉求视为相同。

“雅达利”案的其他一些外部证据也可以帮助证明被告作品与原告作品“实质性相似”的存在。被告销售商的职员通过提及《吃豆人》的方式推销 K. C. Munchkin 游戏。关于 K. C. Munchkin 是“奥德赛的吃豆人”或“一款吃豆人游戏”的评论也表明,从门外汉的视角来看,两款游戏是相似的。被告指示游戏开发人员对吞噬者角色做的一些表面改动也可以证明其盗用《吃豆人》表达的故意。

综合考量上述因素,第七巡回上诉法院认为,尽管与《吃豆人》并非“在视觉上完全一致”,但是 K. C. Munchkin 侵占了《吃豆人》的“整体概念和感觉”,并与《吃豆人》构成“实质性相似”。

“中途制造”案则重申了“雅达利”案关于电子游戏作品“实质性相似”的判断标准,即从门外汉的角度比对作品的总体特征而非纠结于作品的细节。这一标准也被用来检验原被告双方都命名为《小蜜蜂》的电子游戏实质性相似与否。法院指出,它并不试图穷尽两部作品的所有相似之处,而是通过列举一些突出的例子来证明被告的侵权事实。首先,原告提交了誓词和相应的专家报告来证明两部《小蜜蜂》游戏音乐主题的基本一致性,而被告却未提供任何相反证据。其次,被告游戏中的外星人与原告游戏中的外星人一样都是昆虫形状的,在具体外观上也十分接近,都带有发亮的眼睛和双色身体。被告游戏还模仿了原告游戏闪烁群星映衬黑色太空的背景,在星星点亮的顺序上也与原告游戏相同,当角色向屏幕顶部移动以穿越太空时创造了相同的景象。背景上的唯一不同之处在于,被告游戏中的星星只有一种颜色,而原告游戏中的星星是多种颜色的。最后,被告游戏的玩法和图像顺序与原告游戏极度相似。基于此,法院认为,被告诉诸大量细节变化以否定两部电子游戏作品上述相似之处的观点不能令法院信服。

三、电子游戏版权保护中的“思想与表达二分法”

(一) 电子游戏中思想与表达的“抽象检验法”

区分

China Social Science Excellence .All rights reserved. 除文字复制以外侵权活动的后果。

根据思想与表达二分法,版权侵权判断中的“实质性相似”指的是作品表达而非思想的实质性相似,

在电子游戏版权侵权案件中也是如此。“雅达利”案和“中途制造”案的被告都基于思想与表达二分法提出了其作品不构成侵权的抗辩。

在“雅达利”案中,第七巡回上诉法院指出,思想与表达的区分总是具有主观性的。正如汉德法官所说:“显然,没有任何原则可以阐明某人什么时候超出了复制‘思想’的范畴,借用了‘表达’。”因此所有区分思想与表达的决定都只能是个案的。尽管如此,法院和评论者们还是发展出若干有用的区分方法,其中比较重要的就是“抽象检验法”。根据抽象检验法,“对于任何作品,当越来越多的情节被剔除在外,大量越来越具有‘通用性’的范式将会契合良好。……在这一系列抽象的过程中存在一个不受保护的节点,否则剧作家将能够阻止对其与‘表达’相分离的‘思想’的使用,而这是其财产权从未延及的部分。没有人曾经能够确定这一边界,也没有人确定过……”“抽象检验法”在分析戏剧作品、文字作品和电影作品时被证明是有用的,那些反复出现的范式比较容易抽象为一般主题。

在将“抽象检验法”适用于“雅达利”案时,第七巡回上诉法院发现,原告的《吃豆人》游戏可以用相当抽象的用语加以准确描述,与人们对该游戏玩法的表述大体相同。具体来说,“吃豆人”是一款玩家通过引导中心角色通过迷宫的多个通道,同时避免与在迷宫中分散移动的特定敌人或追逐角色冲突,以获得分数的迷宫追逐游戏。在特定条件下,中心角色可以暂时获得力量去追赶敌人,从而获得奖励积分。其听觉成分和视觉演示的固定细节构成可版权化的游戏“思想”之表达。由此可以推之,法院认为,在迷宫追逐类电子游戏中,迷宫、中心角色、追逐角色和角色暂时反转等属于不受版权保护的“思想”,但它们的具体视听呈现则构成版权化的表达。在“中途制造”案中,关于《小蜜蜂》电子游戏,法院也指出,中途制造公司的版权至少不能阻止他人基于相同的不受保护的思想为其他太空电子游戏设计一个完整的宇宙。

“中途制造”案的审理法院还强调,对电子游戏作品“思想”的抽象不能过于细节化。因为任何作品的“思想”都可以被作极度细节化界定,以至于对“表达”的描述无法对之添加任何东西,造成允许被告进行除文字复制以外侵权活动的后果。

(二) 电子游戏版权保护的合并例外与情景例外
虽然有“抽象检验法”可以应用,但某些表达与

思想在事实上仍然具有不可分性,因此美国在司法实践中发展形成了作品表达不受保护的“合并例外”和“情景例外”,前者主要适用于功能性作品,后者主要适用于文学作品。^⑧作为技术与娱乐相结合的产物,电子游戏作品显然有很大可能与这两种例外情形发生联系。

1988年的“美国数据东方公司诉伊匹克斯公司”案(以下简称“数据东方”案)^⑨就涉及“情景例外”。原告数据东方公司于1984年推出了一款投币式电子模拟游戏《空手道冠军》(Karate Champ),并在1985年10月将其作为家庭电脑游戏发行。被告伊匹克斯公司于1986年4月经英国“系统3公司”许可,推销一款竞争性的类似家庭电脑游戏《世界空手道冠军》(World Karate Championship)。两款游戏都描绘的是两个对手之间的空手道比赛。法院通过分解找出了两款游戏的若干相似之处,包括都有14个动作、双人模式和单人模式、前后翻和360度翻、脚不沾地的蹲式反冲、上冲、后脚扫、跳起侧踢、低踢、后退姿势、变动的背景、30秒倒计时回合,都使用一个裁判,裁判都会用卡通风格的讲话气球喊“开始”“停”“白”“红”,每剩余一秒都提供100个积分的奖励。第九巡回上诉法院认为,这些相似之处“涵盖了空手道的思想”,并且必然会被空手道电子游戏所遵循。思想与表达在此情景下具有不可分性,所以两款游戏之间不存在实质性相似,被告不构成版权侵权。

2003年的“非凡技术公司诉视觉技术公司”案(以下简称“非凡技术”案)^⑩则同时涉及电子游戏版权保护的“合并例外”和“情景例外”。原告非凡技术公司自1989年开始制作高尔夫模拟电子游戏《金牌高尔夫》(Golden Tee),并对其多个版本拥有版权。注意到金牌高尔夫广受欢迎以后,被告视觉技术公司决定开发一款与之足够相似的游戏,从而使前者的游戏玩家可以毫无困难地转向自己的新游戏。被告复制了金牌高尔夫游戏控制面板上的按钮和指示布局,并进行了一些风格改动,所完成的新游戏被命名为《PGA高尔夫巡回赛》(PGA Tour Golf)。《PGA高尔夫巡回赛》控制面板的尺寸和形状、轨迹球和按钮的位置几乎与金牌高尔夫相同。“击球造型”选择也以相似的方式和相同的顺序描述。两款游戏都可以让玩家通过回滚和前推轨迹球的方式完成高尔夫直射、弧线球、左斜球、右斜球、左曲球等动作。

法院认为,原告游戏控制面板上的文字说明不

具有独创性,充其量只是关于轨迹球系统的简单解释。尽管有其他更多方法来解释轨迹球系统如何工作,原告在控制面板上的文字说明仍然是实用性和功能性的,其所受的版权保护最多只能禁止视觉上完全相同的复制。在文字说明之外,两款游戏都通过箭头来指示操控轨迹球的方向以取得特定的结果。法院指出,即便有箭头以外的表示方向的方法,使用箭头也很难被认为富有想象力或创造性,而且两款游戏在轨迹球附近的箭头设计和有关“击球造型”选择的图示方面都存在很大差别。控制面板的布局也主要是基于功能性的考虑。轨迹球几乎必须置于控制面板的中央以方便左右手选手都能够很好地操控游戏。它也不能离立体视频画面太近,否则玩家在进球后可能猛烈地砸到屏幕。

就游戏呈现的视频图像而言,法院认为,本案应适用“情景例外”。高尔夫不属于完全“虚构性演示”的电子游戏。要表现真实的高尔夫比赛,电子游戏就必须包含高尔夫球场、俱乐部、选择菜单、高尔夫球手、风力计等等。沙土障碍和水鸟则是高尔夫球手生活的事实组成部分,无论是真实世界还是虚拟世界。菜单屏幕是电子游戏的标准格式,就像显示离球洞还有多远距离的提示一样。因此,原告电子游戏的画面获得的保护仅限于禁止视觉上完全相同的复制。

(三)电子游戏中带有功能性的表达可受版权保护

值得注意的是,电子游戏中纯粹功能性的表达或者游戏功能的有限表达,与带有功能性的表达并非一回事,后者由于有较大的原创空间和选择余地,所以仍然是受版权保护的对象。2009年的“俄罗斯方块控股公司和俄罗斯方块公司诉艾克斯伊欧公司”案(以下简称“俄罗斯方块”案)^⑪即为我们详细阐释了上述区别。

原告的《俄罗斯方块》是20世纪80年代中期由俄罗斯计算机程序员亚历克斯·帕基特诺夫(Alexy Pajitnov)设计完成,而后风靡全球的益智类电子游戏。在该游戏中,玩家的任务是通过组合若干不同类型的几何方块(被称为“四格拼块”)来在游戏屏幕底部实现水平线。随着游戏的不断深入,其将变得越来越复杂和困难,放置方块的选择越来越少,可用的屏幕游戏空间也越来越小。被告公司由刚刚毕业的大学生德桑尼·古登(Desiree Golden)组建,她决定为iPhone手机设计一款称为“Mino”的多人益

智游戏,并承认使用了《俄罗斯方块》作为灵感。但是,古登辩称,她的游戏开发是深入研究知识产权法后作出的,并未复制《俄罗斯方块》中任何受保护的元素。法院比对了原被告双方的游戏视频和屏幕截图,发现一个普通用户根本无法将两者区分开来。被告对其“Mino”复制了原告《俄罗斯方块》几乎所有的视觉外观也不持异议。具体来说,两款游戏的方块风格几乎无法区分,包括它们的外观以及移动、旋转、下落、表现的方式。两款游戏都使用了相似的亮色,方块由一块块勾画好的砖块组成,每个砖块都有内部边界以显示纹理,阴影和渐变的颜色都被以实质性相似的方式用来提示光线正被投射到方块之上。

被告向法院提交了多页材料,解释专利如何保护知识产权中的特定方面,而版权保护另外一些完全不同的内容。法院认为,可以由专利保护的作品功能性方面确实不应获得版权保护。但是,这一原则并不意味着也不可能意味着,任何和所有与游戏规则或游戏功能相关的表达都不受版权保护,否则该项版权例外就可能吞噬某个主体能够获得的任何保护,因为游戏的几乎所有表达元素都或多或少与游戏的规则和功能相关。法院指出,原告游戏中的方块是以不同方式将四个同等大小的正方形组合而成,但是《俄罗斯方块》的思想——将不同的成形碎片组合在一起以形成完整的水平线——可以通过几乎无限的成形碎片和几何形状实现。同理,这些碎片的移动和旋转也是如此。被告自己所提供的案外的一款电子游戏示例《马里奥博士》(Dr. Mario),恰恰也证明了《俄罗斯方块》的游戏规则是能够以其他独特方式表达的。《马里奥博士》用不同颜色的药丸和病毒而不是方块来构建游戏模式,并将根据物品颜色消灭病毒作为游戏模式的组成部分。总而言之,法院认为,原告游戏中方块的风格、设计、形状和移动属于表达,它们既不是游戏思想、规则或功能的组成部分,也不是与游戏思想、规则或功能不可分离。该案不能适用“合并例外”。

关于该案是否适用“情景例外”,法院指出,即便是被告,也不否认“俄罗斯方块”是一款纯粹虚构性游戏,不像模仿空手道比赛或高尔夫赛事的电子游戏,其在现实世界中毫无基础。因此,“数据东方”案和“非凡技术”案中的分析在很大程度上是不可适用的,“情景例外”在本案中无足轻重,因为对于一款与现实世界画面相分离的独特益智游戏而言,没有任

何表达元素是“标准、公式化或常规的”。

四、电子游戏中可受版权保护的深层表达元素

虽然电子游戏中的“思想”与“表达”并不易于区分,即便是采用“抽象检验法”,以及区别对待有现实参照的游戏与完全虚构性的游戏以后还是如此,但这种区分终归是绝大多数电子游戏版权侵权案件中不得不完成的任务。从“雅达利”案到“俄罗斯方块”案,我们已经了解到,电子游戏作品中的角色形象、界面布局、用具形状、颜色选择和音乐旋律等具体的视听表达一般可受版权保护,只要它们不是纯粹功能性的或者通用的简单情景。但是,这些元素主要是静态的、表层的,而与游戏玩法结合更加紧密的动态元素和深层元素在何种程度上可受版权保护则仍存疑虑。

(一) 电子游戏故事结构的版权保护

2012年的“斯布瑞·福克斯公司诉英雄联盟应用软件和6浪公司”案(以下简称“斯布瑞”案)^⑧主要涉及的是电子游戏故事结构的版权保护问题。

原告斯布瑞·福克斯公司开发了一款最初应用于Kindle的电子游戏《三重镇》(Triple Town),鉴于它所取得的成功业绩,原告决定开发可将其应用于包括Facebook和Google+在内的其他平台的游戏版本。原告接触了被告6浪(6 waves)公司,寻求协助。最终,原告决定自己开发《三重镇》的Facebook版本,同时与6浪公司继续讨论开发应用于iPhone和iPad操作系统iOS的《三重镇》版本。2011年7月,双方签订了授权6浪公司优先接触《三重镇》的保密协议。2011年12月,6浪公司通知原告,它将不再开发《三重镇》的iOS版本,而要发行自己的iOS游戏《雪人镇》(Yeti Town)。原告认为,《雪人镇》就是《三重镇》的仿品。

两款游戏都在一个六乘六格的屏幕场地上展开,都为玩家在场中间提供了一系列物体。当玩家将三个相同的物体连接在一起时,这些匹配的物体就消失了,取而代之的是一个在游戏的层次结构中更高层的物体。在《三重镇》中,位于游戏结构底层的是一簇草,三簇草相连就变成一根灌木,三根灌木相连就变成一棵树,三棵树相连就变成一间房屋,如此等等。在《雪人镇》中,位于游戏结构底层的是三棵幼苗,三棵幼苗相连就变成一棵树,三棵树相连就变成一顶帐篷,三顶帐篷相连则变成一座仓库,以此类推。游戏中还有敌对物阻挠玩家在选择过程中

放置其他物体的行为,在《三重镇》中,敌对物是一只熊。在《雪人镇》中,敌对物是一个雪人。玩家可以放置物体以“捕获”熊或者雪人。被捕获的熊变成一块墓碑,被捕获的雪人则变成一个冰块。两款游戏中都存在可以摧毁其他一切物体的第三种物体;在《三重镇》中是“帝国机器人”,在《雪人镇》中是篝火。在两款游戏中,物体的放置和分层转换逐步建构起游戏场地并为玩家赢得分数。最终,玩家实现建造“平原”(在《三重镇》中)或“大地”(在《雪人镇》中)的目标。玩家们在赢得分数的同时也赚取“货币”,可以用于在游戏内部的商店中购买中意的物品或其他策略优势。《雪人镇》为类似的物品或优势设置了与《三重镇》相同的“货币”价格。两款游戏都允许用真实现金购买游戏中的“货币”。《雪人镇》还像《三重镇》一样限制了玩家的购买数量。两款游戏都设置了类似的“对话框”用于在游戏进展过程中解释相关概念。

两款游戏在视觉上则有不少相异之处。《三重镇》的游戏网格类似于田野或草地,而“雪人镇”的网格类似于雪地。《三重镇》中的“熊”看上去并不特别像熊,《雪人镇》中的“雪人”也不像雪人,并且它们彼此也不相像。其他物体的情况也在不同程度上有所区别。例如,两款游戏都在边缘区域显示了玩家的总分和“货币”总量,链向游戏内部的市场和其他辅助工具,同时伴有游戏规则的提醒。这些边缘区域元素的安排是相似但不雷同的。

法院认为,与表达在电影中的剧本很像,电子游戏也具有情节、主题、对白、情绪、设置、节奏和角色等元素。斯布瑞·福克斯公司采用了《三重镇》背后的思想并以自己的角色、设置和更多其他元素表达出来。这些客观的表达元素在其版权保护范围之内。确定《三重镇》的哪些元素是可受保护的以后,斯布瑞·福克斯公司的指控足以合理证明体现在《雪人镇》中的客观相似表达。具体来说,两款游戏中物体的层次结构是相似的。从树苗到树到帐篷到仓库与从草到灌木到树到房屋是相似的,更为重要的是,这种物体层次结构与对游戏场地的描述一起构成了类似于《三重镇》的设置和主题。雪地与草地并无太大差异,熊和雪人都是野生动物,“大地”的建造也不适当地与“平原”的建造相似,至少在两款游戏的描述上是如此。相比于先前的一些案例,《雪人镇》与《三重镇》的差异要更有意义,但至少似乎还不足以否定两者的相似之处。法院强调,即便是相

对较少的复制也足以要求通过审判查明实质性相似的事实。在本案中,斯布瑞·福克斯公司已经合理确认了足够多复制的存在,可以要求法律救济。

(二)电子游戏人物特征的版权保护

2013年,“达芬奇·艾迪特里斯公司诉咨科游戏公司”案(以下简称“达芬奇”案)^③中的涉案游戏比《三重镇》更具有接近文学作品的情节,该案的争议焦点则是在采用相同游戏规则、方法和角色的情况下替换人物形象和主题的游戏是否构成侵权。该案本身虽然是关于传统纸牌游戏的版权侵权纠纷,但由于原被告的纸牌游戏都可以在视觉上无障碍地实现电子化,事实上被告的游戏已经推出了网络版,^④所以该案的分析思路完全可以适用于电子游戏。

原告达芬奇公司是2001年成立的一家意大利公司。2002年7月10日,达芬奇公司发布了一款狂野西部主题特征的角色扮演纸牌游戏,称为《杀》(Bang!)。每个玩家在游戏中都扮演四种角色中的一种:警长、副警长、歹徒或叛徒。每种角色在游戏中都有自己的特定目标。警长要争取在歹徒和叛徒被杀后仍然生存,副警长是要保护警长,歹徒的目的是杀死警长,虽然歹徒之间为了获得游戏奖励也可以杀死对方,叛徒的目标是成为游戏的最后一个生存者。每个玩家抽取一张卡片以分配角色。警长在开始时揭示其角色,其他玩家对他们所分配到的角色保密。每种角色的玩家人数取决于玩游戏的人数。每个玩家还有一张人物纸牌,上面带有大家熟悉的狂野西部的人物姓名和图像,例如“卡拉米蒂·珍妮特”和“威利小子”。每个人物被设定了各自的技能和最大“生命点数”。每张人物纸牌背后有子弹表示生命点数,一个玩家可以拥有的最大生命点数为五。生命点数决定了玩家在游戏进程过程中的活跃程度。当一个玩家使用武器纸牌“击打”另一个玩家后,被攻击的玩家失去一个生命点数。但生命点数用完时,玩家就从游戏中出局了。剩余生命点数的数量也决定了该玩家手中可以持有的纸牌数量,纸牌数量不能多于生命点数的数量,多出的纸牌必须弃掉。

玩家围着一张桌子坐下。玩家之间的距离对游戏有影响,因为不同的武器具有不同的攻击范围。警长首先开始,游戏围着桌子逆时针进行,每个玩家每回合摸两张牌,打出自己希望打出的尽可能多的牌,并在回合结束时弃掉多于生命点数的牌。游戏动作纸牌有三种。褐边纸牌是直接使用和立刻弃掉

的牌。蓝边“装备”纸牌是用来增加攻击或防御距离的动作纸牌,被正面朝上置于玩家面前,并具有持续的作用,也就意味着玩家在重复的回合中都可以利用该纸牌的性能。蓝边“武器”纸牌同样被正面朝上置于玩家面前,直到其被另一张武器纸牌换掉。褐边动作纸牌包括“杀”(Bang!),用来减少其他玩家的生命点数,“不中”(Mancato!),用来防御“杀”,以及“啤酒”(Birra),在即将从游戏中出局时来自救。其他褐边纸牌对应着意大利狂野西部主题,带着诸如“沙龙”“驿马车”“富国银行”“迷失丛林”“印第安”和“决斗场”等标签。每张纸牌要求玩家执行特定的行为,例如弃掉一张“杀”纸牌,揭示一张玩家手中的纸牌,或者将一张纸牌递给另一个玩家等。蓝边装备纸牌和武器纸牌也对应着特定的狂野西部主题。整个游戏在警长被杀、叛徒或歹徒获胜时或者歹徒和叛徒被杀、警长和副警长获胜时结束。

被告优卡(Yoka)游戏公司及其美国分销商咨科游戏公司销售一款中国古代主题背景的纸牌游戏《三国杀》。原被告双方都同意,《三国杀》与《杀》拥有几乎相同的游戏规则,设置、艺术图形和书面说明则实质上相异。《三国杀》重置于中国古代背景之下,角色分别称为“主公、忠臣、反贼和内奸”,与《杀》中的警长、副警长、歹徒和叛徒任务相同。两款游戏的获胜条件相同。只有主公的身份是为其他玩家所知晓的。分配角色的程序与《杀》当中以玩家人数为基础的方式相同。在两款游戏中,每个玩家都对应一个带有特定技能和对应生命点数的人物身份。与《杀》当中用子弹表示生命点数不同,《三国杀》用发光的阴阳标志表示生命点数。两款游戏都在纸牌上显示生命点数,但是《杀》置于人物纸牌的背面,而《三国杀》有单独的生命点数纸牌。《三国杀》的“英雄纸牌”等同于《杀》的人物纸牌。《三国杀》的英雄“吕布、马超、周瑜、张飞、张辽和黄盖”与《杀》当中的人物“杀手、卡拉米蒂·珍妮特、罗斯·多兰、皮埃蒂·皮特、威利小子、杰西·琼斯和查克·翁格姆”拥有相同或类似的技能以及相同的游戏点数。《三国杀》中的动作纸牌也与《杀》中的动作纸牌作用方式相同,只是使用的是中国古代用语和艺术图形。

原告指控的两部游戏作品的相似之处可以归纳为四个方面:(1)游戏的整体概念和物理布局,(2)角色和每个角色的获胜条件,(3)人物及其技能,(4)游戏玩法。

法院认为,未固定在有形表达媒介上的游戏规

则不受版权保护,因此,对生命点数、玩家距离、动作纸牌、以及奖励和惩罚等的相似使用不构成可诉的复制行为。但是,游戏中人物的技能是每个人物“属性和特征”的组成部分,与人物名称及其视觉描绘一样受版权保护,所以,《杀》当中取自狂野西部的人物是独创的表达,包括他们的视觉特征和在游戏技能。考虑到《三国杀》与《杀》中人物属性的相似性,一个理性的事实发现者可以得出两款游戏中的人物实质性相似的结论,尽管《三国杀》将《杀》的狂野西部主题转换和翻译成了中国古代主题。与此密切相关的问题是,玩家的游戏角色是否受版权保护?法院认为,原告选择的四种特定角色界定了玩家如何互动,并被固定在有形表达媒介上。这种角色及其表达已经不只是描述玩家可以干什么的游戏规则,而且描述了玩家如何做。如果角色对玩家互动内容的描述方式“足够原创或创新而值得版权保护”,那么玩家的角色可以获得版权保护。《杀》当中的玩家角色类似于“斯布瑞”案中的物体层次结构,其描述建构起游戏事件的顺序和人物之间的互动,从而表达了作为《杀》这部作品本质的背后的创造性思想。从另一方面来看,就这类纸牌游戏而言,几乎有无数表达玩家出局或者当局与敌人斗争概念的方法。被告却将原告《杀》当中原创和创新的表达复制进了《三国杀》,而不是选择一种不同的表达这些概念的方式。由此可见,《三国杀》与《杀》中的人物角色及互动方式的相似性足以支持原告合理的版权侵权主张。

法院还进一步总结指出,角色扮演游戏所受的版权限制远少于诸如通过掷骰子或游戏面板模式等具有机械进程的绝大多数游戏。角色扮演游戏中玩家经历背后的驱动力是个人的决定和玩家之间的互动。游戏设计者用以界定和塑造上述经历的创造性方法是可受版权法保护的表达元素。艺术图形对角色扮演游戏“整体概念和感觉”的影响,没有创造者通过诸如玩家角色等表达选择界定的游戏进展方式重要。

五、美国经验对我国电子游戏版权保护的借鉴意义

中国游戏产业研究院发布的《2021年1-6月中国游戏产业报告》显示,2021年1-6月,中国游戏市场中,移动游戏实际销售收入占市场总收入的76.26%,客户端游戏占19.86%,网页游戏占2.01%。移动游戏是中国游戏市场收入的主力军。在收入排名前100的移动游戏产品类型中,目前有三类游戏产品类

型占比超过10%,角色扮演类数量最多,占比达到28%;卡牌类游戏和策略类游戏次之,占比分别为15%和10%。^⑤在大的产业背景下,近年来我国涉及电子游戏尤其是上述三类主要移动游戏的版权侵权纠纷也日渐增多,因此,美国电子游戏版权保护案件的上述精细化裁判思路在若干方面对我国电子游戏版权保护的司法和执法实践具有借鉴意义。

首先,由于我国《著作权法》规定的任何一种作品类型都不能完全容纳和周到保护电子游戏作品,所以司法实务上关于电子游戏作品的性质产生了不同的认识,理论上对此也争论颇多。^⑥从美国司法实践的经验来看,电子游戏作品从内在表达来看构成软件作品,从外在表达来看构成视听作品,两者相互联系而又相互独立,并不矛盾。鉴于我国《著作权法》在最新修订时已将“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”修改为视听作品,这就为我们确认电子游戏画面的视听作品性质提供了条件。

其次,对于电子游戏作品之间的侵权纠纷,法院应当站在游戏玩家的角度进行“实质性相似”与否的判断,这就要求原被告双方在庭审中出具有针对性和说服力的相关调查报告。在我国当下的司法实践中,不少法院已经意识到应当站在普通游戏玩家的角度进行电子游戏之间“实质性相似”与否的判断。例如,在《昆仑墟》与《永恒仙尊——经典梦幻修仙游戏》等五款电子游戏的侵权纠纷案中,法院就指出:“对于角色扮演类游戏通过挂机形成的画面,如果带给普通观察者相同或相近的欣赏体验的感受,也可能构成整体观感上的实质性相似,当然前提是需要存在实质性相似的表达。”^⑦但是,在具体案件的审理过程中,法院往往又容易忽略普通观察者相似体验的证明要求,而简单地从专业设计者视角的游戏整体表达相似直接推导出普通游戏玩家的体验相似。例如,在《蓝月传奇》与《烈焰武尊》的侵权纠纷中,法院就认为:“对于角色扮演类游戏而言,具体的玩法规则、属性数值策划、技能体系等属于游戏设计的核心部分,美术、配乐等形象设计服务于游戏情节的需要,尽管《烈焰武尊》进行了美术、动画、音乐等内容的再创作,但其在玩法规则的特定呈现方式上利用了《蓝月传奇》的独创性表达,对于普通游戏玩家而言,其所感知到的游戏整体情节相似度极高,故两者整体上构成实质性相似。”^⑧在这方面,前述美国“雅达利”案、“中途制造”案和“斯布瑞”案中一以贯之的以普通游戏玩家对游戏表达元素的“整体概念和感觉”

及相应证据为基础的裁判思路值得我们认真借鉴。

再次,“思想与表达二分法”及其“抽象检验方法”的适用因电子游戏作品的具体类型不同而有很大的差异。在模拟现实类电子游戏中,“合并例外”和“情景例外”存在的可能性较大。在完全虚构性的电子游戏中,构成“思想”的元素则相对较少,即便是“带有功能性的表达”,也可能具有可抽取、分离的艺术成分,从而受到一定程度的版权保护。只有“纯粹功能性的表达”,例如游戏规则本身,才完全不受版权保护。对于游戏规则的描述一般也可以获得版权保护。进而言之,对于电子游戏的版权保护,应当注重其表达的“整体”特征和主要部分,不轻易地因为某些细节或者部分外观的替换而否定侵权的存在。正如《花千骨》与《太极熊猫》侵权纠纷案中二审法院所指出的:“一款网络游戏的设计,其游戏结构、玩法规则、数值策划、技能体系、界面布局及交互等设计属于整个游戏设计中的核心内容,相当于游戏的骨架,而游戏角色形象、配音配乐等内容则属于形象设计,相当于游戏的皮肤或者衣服,所以行业内才将只更换IP形象、音乐等元素而在玩法规则、数值策划、技能体系、操作界面等方面实质相似的行为称为‘换皮’抄袭。”^⑨法院的这一认知与前述美国“俄罗斯方块”案、“斯布瑞”案和“达芬奇”案中的司法观点不谋而合,有利于加强对电子游戏版权的合法保护,规制恶意利用“思想与表达二分法”进行侵权抗辩的游戏换皮行为。

最后,随着电子游戏作品越来越大型化、复杂化和故事化,在视听表达这种可以直观感知的审美形式之外,其也逐渐像传统文学作品一样,就反映作品的内容和结构、需要深度体验或理性认知的情节、人物特征、受众参与及互动方式等表达方式获得版权保护。这一点在当下文字、漫画、影视、游戏等作品之间频繁相互改编的“泛娱乐化”和大IP时代显得尤为重要。在这方面,不同法院的认识已经存在一定的分歧。例如,在“《武侠Q传》游戏侵害改编权及不正当竞争纠纷案”中,一审法院认为:“从构成改编最重要的故事情节及脉络发展来看,涉案游戏软件中未包含足够具体的单部涉案小说的表达,且与单部涉案小说相对应的情节设置在涉案游戏软件中未达到较高的数量与比例,涉案游戏软件中包含的与涉案单部小说相对应的情节设置亦未占到涉案单部小说作品足够的比例。……因此,现有证据不能证明涉案游戏软件构成对涉案作品中任意一部作品

的改编。”二审法院则认为:“第一,涉案游戏对涉案作品相关内容的使用是以卡牌网络游戏形式对涉案作品中的独创性表达进行的截取式、组合式使用。第二,涉案游戏对涉案作品中独创性表达的使用仅是改变了涉案作品中独创性表达的表现形式,并未形成脱离于涉案作品的新表达。第三,若对涉案游戏的改编行为不予制止,将导致涉案作品的移动终端游戏改编权及相关权益难以实现。综上所述,涉案游戏构成对涉案作品的改编。”^②从前述美国“斯布瑞”案尤其“达芬奇”案的司法观点可以推知,就电子游戏以及与之比对的小说、动漫等文学艺术作品而言,独创性的人物角色及其互动方式等本身就可以获得版权的独立保护,版权侵权的认定并不以完整或基本故事情节的复制或改动为前提,由此可见,“《武侠Q传》游戏案”中二审法院的观点更加合理,也更有利于电子游戏改编市场的规范健康发展。

注释:

①Mark J. P. Wolf(2008). The Video Game Explosion: a History from PONG to Playstation[R] and Beyond. Library of Congress-in-Publication Data, Greenwood Press, pp. 17-20.

②冯烈(2000)。街机、家用机、电脑,一个都不能少——游戏机的故事。《电子计算机与外部设备》,(11),182-183。

③Nagebirdren(2004)。青山依旧在 几度夕阳红 史记之计算机 硬件与游戏(一)。《电脑自做》,(8),135-139。

④张敏、陈云海(2009)。网络游戏及产业研究。《广东通信技术》,29(11),38。

⑤Stern Electronics, Inc. v. Harold Kaufman, Bay Coin and Omni Video Games, Inc., 669 F. 2d 852(2d Cir. 1982)。

⑥Atari v. North American Philips Consumer Electronics Corp., 672 F. 2d 607(7th Cir. 1982)。

⑦Midway Mfg. Co. v. Bandai - America, Inc., 546 F. Supp. 125(D. N. J. 1982)。

⑧李明德(2003)。《美国知识产权法》,北京:法律出版社。

⑨Data East USA, Inc. v. Epyx, Inc. 862 F. 2d 204, 9 U. S. P. Q. 2d (BNA) 1322(9th Cir. 1988)。

⑩Incredible Technologies Inc v. Virtual Technologies Inc Vr. 400 F3d 1007(7th Cir. 2005)。

⑪Teris Holding, LLC and The Teris Company, LLC v. Xio Interactive, Inc, Civil Action No. 99-6115-Documents 61(D. N. J. 2012)。

⑫Spy Fox, LLC V. LOLAPPS, Inc., et al., Civil Action No. 12-00147-Documents 24。

⑬DaVinci Editrice S. R. L. v. ZiKo Games, LLC, et al., Civil Action No. H-13-3415-Documents 44。

⑭信天骄(2010)。浅谈“三国杀”由桌游向网游的进军。《网络财富》,(8),166-167。

⑮中国音数协游戏工委、中国游戏产业研究院(2021)。《2021年1-6月中国游戏产业报告》,(第14-17页)。

⑯(2015)沪知民终字第641号民事判决书;(2016)沪73民终190号民事判决书;崔国斌(2016)。认真对待游戏著作权,《知识产权》,(2),5-18;凌宗亮(2016)。网络游戏的作品属性及其权利归属,《中国版权》,(5),23-26。

⑰(2018)粤0192民初1号民事判决书。

⑱(2019)浙民终709号民事判决书。

⑲(2018)苏民终1054号民事判决书。

⑳(2018)京民终226号民事判决书。

A Review of American Cases on Copyright Protection of Electronic Games and Its Enlightenment to China

Li Zonghui

Abstract: Since 1980s, there are several important copyright protection cases of video games in the United States. Stern identified the complex nature of a video game as software work and audio video work. Atari and Midway Mfg stated the ordinary observer standard and the overall feature similarity standard of "substantial similarity" in detail. Atari, Midway Mfg, Data East, Incredible Technology and Teris clarified the application of "dichotomy of idea and expression" in video games. Spry and DaVinci reveals deep expressive elements can be protected by copyright in video games. The above case provide available experience for our judiciary in relation to the work type of video games, judgment of copyright infringement, application of "dichotomy of idea and expression", and the adaptation of video game works and other literary works.

Key words: video game; substantial similarity; dichotomy of idea and expression; expressive element