

学校编码: 10384

分类号\_\_\_\_\_密级\_\_\_\_\_

学 号: 200408064

UDC\_\_\_\_\_

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

著作权法的思想与表达二分法研究

The Research on the Idea-expression Dichotomy in  
Copyright Law

黄 如 辉

指导教师姓名: 林秀芹 教授

专业名称: 经济法 学

论文提交日期: 2007 年 4 月

论文答辩时间: 2007 年 月

学位授予日期: 2007 年 月

答辩委员会主席: \_\_\_\_\_

评 阅 人: \_\_\_\_\_

2007 年 4 月

## 厦门大学学位论文原创性声明

兹提交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学博硕士

# 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

1、保密（ ），在             年解密后适用本授权书。

2、不保密（ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名：

日期：    年   月   日

导师签名：

日期：    年   月   日

## 内容摘要

思想与表达二分法理论被称为著作权法的基本理论,几乎没有哪个著作权法的单一原则比所谓的思想与表达二分法更为基础和更经常地被重复。在数百年的判例中,该原理被作为一个无可置疑的原则一直被忠实地遵从着。

思想与表达二分法原则指的是著作权法只保护作品中具有独创性的表达,而不保护作品中被表达出来的思想。该原则的思想最早发端于 18 世纪的英国。于 1879 年美国最高法院审理的 *Baker v. Selden* 一案,明确地指出了该原则的含义。并在近 100 年后的 1976 年,该原则最终融入了美国的《著作权法》。该法第 102 条 (b) 款是这样规定的:在任何情况下,对作者原创性作品的著作权保护,都不能延及思想、程序、工艺、系统、操作方法、概念、原则和发现,不论它们在该作品中是以何种形式描述、解释、说明或体现的。这是思想与表达二分法原则在立法上的最早体现,因此,该条成为思想与表达二分法原则最为经典的表述。在此之后,很多国际公约、国内法也受之影响而将该理论纳入其中。如《北美自由贸易协议》(1992)、《欧共体计算机程序法律保护指令》(91/250/EEC) (1991) 和《欧洲数据库保护指令》(96/9/EC) (1996)、《世界贸易组织协定中〈与贸易有关的知识产权协议〉》(即 TRIPS 协议,1994) 与《世界知识产权组织版权条约》(1996)。1986 年我国台湾地区在修订著作权法时新增的第 10 条之一,也规定了该原则。

我国的《著作权法》并没有关于思想与表达二分法的规定。直到 1991 年,我国《计算机软件保护条例》第 7 条才规定了这个原则。该条例于 2001 年被新的《计算机软件保护条例》所取代,该条例第 6 条规定:本条例对软件著作权的保护不延及开发软件所用的思想、处理过程、操作方法或者数学概念等。而同一年修订的《著作权法》并没有规定这一原则。虽然在实践中,有的法官已经运用该原则指导案件的审理,但是并没有形成一个完整的理论体系。因此,不仅在立法上,而且在学术界以及具体的司法审判实践中,存在对该原则不够重视的现象。为此,本文分四章详细阐述该原则的含义及其在美国的发展,并从理论上分析其作为著作权法基本原则的重要性,最后对我国《著作权法》的修订以及实践运用

提出相应的建议。

本文引言部分简要介绍了思想与表达二分法在美国、国际条约中的立法情况，并指出该原则在我国的立法、司法以及学术界遭到冷遇的大致情况，提出本文的写作目的。

本文第一章从思想和表达的概念入手，除了分析思想与表达二分法原则的含义外，本章还介绍了在思想与表达二分法理论体系中不可或缺的思想与表达合并理论和情景理论。

本文第二章介绍了思想与表达二分法的历史起源与发展。由于该原则在美国判例法中的发展相当的丰富多彩，因而本章着重介绍美国在区分思想与表达方面总结出来的规则，以便我国借鉴和学习。

本文第三章在前面两章的基础上，从经济分析的角度以及利益冲突分析的角度来论证思想与表达二分法在著作权法理论中的合理性和必要性。

本文第四章简要介绍了思想与表达二分法在我国的发展情况。指出无论是在学界，还是立法以及司法实务界，对思想与表达二分法理论普遍存在不够重视的现象。在上面几章的基础上，本章提出我国应该借鉴美国的模式，在我国的《著作权法》中增加关于思想与表达二分法的原则性规定，然后辅之以配套的具体规定，指导具体案件的审理。

**关键词：**著作权法；思想与表达二分法

## ABSTRACT

The idea-expression dichotomy is a fundamental principle of copyright law. There is hardly any other principle of copyright law that is more fundamental or more frequently cited than the so-called idea-expression dichotomy. The doctrine is followed dutifully as an unquestioned principle in hundreds of cases.

The idea-expression dichotomy means that the copyright law only protects the expressions in a work and doesn't protect the expressed idea in the work. This dichotomy in America is said to have originated from the case *Baker v. Selden*, by the United States Supreme Court in 1879. Since 1976, the dichotomy has been incorporated into the U.S. Copyright Act.

The idea-expression dichotomy was codified for the first time in 1976. Section 102(b) of the Copyright Act of 1976 provides: "In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work." It was the classic codification of the dichotomy. Subsequently, the dichotomy was codified in many international treaties and domestic laws. For example: the North American Free Trade Agreement (1992), The European Communities Council Directive of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs (91/250/EEC), Directive 96/9/EC of The European Parliament and of The Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases (96/9/EC), TRIPS (1994) and the WCT (1996). In Taiwan, the Copyright Law was revised in 1986 and the dichotomy has been adopted into the Copyright Law.

In China the idea-expression dichotomy was not codified in the Copyright Law. But it was adopted for the first time in the Regulation on Computer Software Protection in 1991 and was revised in 2001. The Article 6 of the Regulation provides: The protection of software copyright under this Regulation shall not extend to the idea, process, method of operation, mathematical concept or the like used in software development. So it is necessary to revise the Copyright Law and apply this dichotomy in judicial practice.

This paper will proceed as follows:

Chapter 1 introduces the definition of Idea, Expression, Merger of idea and expression theory, Scenes a Faire theory.

Chapter 2 introduces the origin of the dichotomy. Meanwhile, this chapter also introduces the development of the dichotomy, especially the case law in U.S.

Chapter 3 discusses the rationale underlying the dichotomy of copyright law.

Chapter 4 introduces the development of the dichotomy in China and puts forward some proposals on the adoption of the dichotomy in China by learning from the experience in U.S. Finally, this paper proposes some regulations to apply this dichotomy in judicial practice.

**Key Words:** Copyright Law; Idea-expression Dichotomy

厦门大学博硕

## 案例表

### Table of Cases

- [1] 北京市西城区人民法院民事判决书(1990)西民初字第 2213 号.
- [2] *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1880).
- [3] *Donaldson v. Beckett*, 1 Eng. Rep. 837; 4 Burr. 2408, 98 Eng. Rep. 257(1774)
- [4] *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian*, 446 F.2d 738, 170 U.S.P.Q. 557 (9<sup>th</sup> Cir. 1971).
- [5] *Knitwaves, Inc. v. Lollytogs, Ltd.*, 71 F.3d 996, 1011-1012 (2<sup>nd</sup> Cir. 1995).
- [6] *Morrissey v. Proctor & Gamble Co.*, 379 F.2d 675; 1967 U.S. App. LEXIS 5802; 154 U.S.P.Q. (BNA)193.
- [7] *Millar v. Taylor*, 4 Burr. 2303, 98 Eng. Rep. 201 (KB 1769).
- [8] *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 7 U.S.P.Q. 84 (2d Cir. 1930).
- [9] *Roth Greeting Cards v. United Card Co.*, 429 F.2d 1106; 1970 U.S. App. LEXIS 8234; 166 U.S.P.Q. (BNA) 291.
- [10] *Taylor Corporation, Appellee, v. Four Seasons Greetings, LLC, Appellant.*, 315 F.3d 1039; 2003 U.S. App. LEXIS 530; 65 U.S.P.Q. 2D (BNA) 1472.
- [11] *Warner Brothers Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc.*, 720 F.2d 231 (2<sup>nd</sup> Cir. 1983).
- [12] *Walt Disney Productions v. Air Pirates*, 345 F.Supp. 108 (N.D. Cal. 1972).
- [13] *Warner Brothers Pictures, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 216 F.2d 945; 1954 U.S. App. LEXIS 4686; 104 U.S.P.Q. (BNA) 103.





<b>目 录</b>	
<b>导 言</b> .....	<b>1</b>
<b>第一章 思想与表达二分法理论的基本原理</b> .....	<b>3</b>
<b>第一节 思想和表达的概念</b> .....	<b>3</b>
<b>第二节 思想与表达二分法理论的基本思想</b> .....	<b>4</b>
<b>第三节 思想与表达的合并理论</b> .....	<b>5</b>
<b>第四节 情景理论</b> .....	<b>6</b>
<b>第五节 小结</b> .....	<b>8</b>
<b>第二章 思想与表达二分法理论的历史发展</b> .....	<b>9</b>
<b>第一节 思想与表达二分法理论的起源</b> .....	<b>9</b>
一、1769 年的 Millar v. Taylor 案和 1774 年的 Donaldson v. Beckett 案 ...	9
二、美国的 Baker 案 .....	13
<b>第二节 思想与表达二分法的判例法发展</b> .....	<b>15</b>
一、抽象测试法.....	15
二、角色勾勒标准.....	18
三、故事被讲完标准.....	19
四、整体概念和感觉判断法.....	22
<b>第三节 小结</b> .....	<b>24</b>
<b>第三章 思想与表达二分法的理论价值思考</b> .....	<b>25</b>
<b>第一节 作品的经济性质</b> .....	<b>26</b>
<b>第二节 思想与表达二分法合理性的经济分析</b> .....	<b>27</b>
<b>第三节 思想与表达二分法原则是一种利益平衡机制</b> .....	<b>29</b>
一、利益冲突理论.....	29
二、著作权保护与知识共享的利益冲突的表现.....	30
三、思想与表达二分法原则是一种利益平衡机制.....	31
<b>第四节 小结</b> .....	<b>33</b>

<b>第四章 思想与表达二分法在我国的发展及相关建议</b> .....	<b>34</b>
<b>第一节 思想与表达二分法在我国的发展情况</b> .....	<b>34</b>
<b>第二节 对我国建立思想与表达二分法理论体系的相关建议</b> .....	<b>36</b>
<b>结 语</b> .....	<b>41</b>
<b>参考文献</b> .....	<b>42</b>

厦门大学博硕

## CONTENTS

<b>Introduction .....</b>	<b>1</b>
<b>Chapter 1 The Basic Theory of the Idea-expression Dichotomy ..</b>	<b>3</b>
Subchapter 1 The Definition of Idea and Expression .....	3
Subchapter 2 The Basic Theory of the Idea-expression Dichotomy.....	4
Subchapter 3 The Theory of Merger of Idea and Expression.....	5
Subchapter 4 The Theory of Scenes a Faire .....	6
Subchapter 5 Summary .....	8
<b>Chapter 2 The Evolution and Practice of the Idea-expression</b>	
<b>Dichotomy .....</b>	<b>9</b>
Subchapter 1 The Origin of the Idea-expression Dichotomy .....	9
Section 1 Millar v. Taylor & Donaldson v. Beckett .....	9
Section 2 Baker v. Selden .....	13
Subchapter 2 The Evolution of the Idea-expression Dichotomy .....	15
Section 1 The Abstraction Test .....	15
Section 2 The Character Delineation Test.....	18
Section 3 The Story Being Told Test .....	19
Section 4 The Total Concept and Feel Test.....	22
Subchapter 3 Summary .....	24
<b>Chapter 3 The Value of the Idea-expression Dichotomy in</b>	
<b>Copyright Law .....</b>	<b>25</b>
Subchapter 1 The Economical Quality of the Works .....	26
Subchapter 2 The Economical Analyse of the Idea-expression Dichotomy...	27
Subchapter 3 The Idea-expression Dichotomy is a Balance between the	
<b>Conflict of Interests .....</b>	<b>29</b>
Section 1 The Theory of the Conflict of Interests.....	29
Section 2 The Conflict of Interests: Copyright Protection and the Share of	
Knowledge .....	30

Section 3 The Idea-expression Dichotomy is a Balance between the Conflict of Interests.....	31
Subchapter 4 Summary .....	33
<b>Chapter 4 Development of the Idea-expression Dichotomy in China and Putting Forward Some Proposals on the Dichotomy .....</b>	<b>34</b>
Subchapter 1 Development of the Idea-expression Dichotomy in China.....	34
Subchapter 2 Putting Forward Some Proposals on the Dichotomy .....	36
<b>Conclusion .....</b>	<b>41</b>
<b>Bibliography .....</b>	<b>42</b>

## 导 言

1976 年美国修订著作权法时，思想与表达二分法原则最终被纳入美国著作权法中。目前，思想与表达二分法理论已经成为很多国家著作权法理论的基础。尽管在二十世纪九十年代之前思想与表达二分法理论尚未成为法国、德国和英国著作权法中的具体规定，但毫无疑问，它已经影响了该领域的司法裁决。如法国的一个法院已经在其一份判决中表达了该理论：思想是自由交流而不得被专有的。因此人们普遍同意，作品的作者不能宣称独占某一文学主题、艺术思想、科学知识、历史事实、政治和广告思想。<sup>①</sup>在思想与表达二分法理论为美国 1976 年著作权法所吸收后，很多国际公约、国内法也受之影响而将该理论纳入其中。如《北美自由贸易协议》(1992)、《欧共体计算机程序法律保护指令》(91/250/EEC) (1991) 和《欧洲数据库保护指令》(96/9/EC) (1996)、1994 年的《世界贸易组织协定中〈与贸易有关的知识产权协议〉》(即 TRIPS 协议, 1994) 与《世界知识产权组织版权条约》(1996)。1986 年我国台湾地区在修订著作权法时新增的第 10 条之一，也规定了该理论。

思想与表达二分法理论无疑是著作权法中最为重要的理论之一。几乎没有哪个著作权法的单一原则比所谓的思想与表达二分法理论更为基础和更经常地被重复。在数百年的判例中该原理被作为一个无可置疑的原则一直被忠实地遵从着。<sup>②</sup>有学者指出：著作权法只保护表现形式，不保护被表达的思想和情感，这是著作权制度的一项基本理论。<sup>③</sup>由于该理论的重要性，它被称为著作权法的一项公理 (axiom)。<sup>④</sup>

尽管思想与表达二分法理论如此重要，影响如此之大，然而我国的《著作权法》并没有关于思想与表达二分法的规定。直到 1991 年，我国《计算机软件保护条例》第 7 条才规定了这个原则。该条例于 2001 年被新的《计算机软件保护条例》所取代，新条例第 6 条规定：本条例对软件著作权的保护不延及开发软件

<sup>①</sup> J.A.L. Sterling. World Copyright Law[M]. Sweet and Maxwell,1996.190-191.转引自 王太平.著作权法中思想表现两分理论[A].吴汉东.知识产权年刊(创刊号)[C].北京:北京大学出版社,2005.191.

<sup>②</sup> Edward Samuels. The Idea-expression Dichotomy In Copyright Law[J]. 56 Tenn. L. Rev., 1989. 323.

<sup>③</sup> 刘春田,主编.知识产权法(第二版)[M].北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2003.45.

<sup>④</sup> Amaury Cruz. What's the Big Idea behind the Idea-expression Dichotomy?—Modern Ramification of the Tree of Porphyry in Copyright Law[J]. 18 Fla.St.U.L.Rev., 1990.221.

所用的思想、处理过程、操作方法或者数学概念等。但是，同一年修订的《著作权法》并没有规定这一原则。虽然在实践中，有的法官已经运用该原则指导案件的审理，但是并没有形成一个完整的理论体系。

同样，我国学界对该原理也不够重视。有的学者虽然指出思想与表达二分法理论是著作权制度的一项基本理论，但对该理论却并没有进行展开，<sup>①</sup>又如《知识产权论》一书仅仅在讨论美国几个具有世界性影响的案例时，捎带提到思想与表达二分法，同样没有专门介绍思想与表达二分法理论。<sup>②</sup>唯有李明德、许超著的《著作权法》一书在讨论“著作权的客体”时，辟出专节介绍该理论。<sup>③</sup>

因此，思想与表达二分法理论虽然号称是著作权法的基本理论，但在我国，无论是在立法、司法实践以及在学术界，都遭遇与其“基本”原理地位不相称的尴尬境地。因此，笔者认为有必要对该理论进行深入的分析 and 梳理，以引起人们的重视。

---

<sup>①</sup> 刘春田,主编.知识产权法(第二版)[M].北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2003.

<sup>②</sup> 郑成思.知识产权论[M].北京:法律出版社,2003.

<sup>③</sup> 李明德,许超.著作权法[M].北京:法律出版社,2003.26-31.

## 第一章 思想与表达二分法理论的基本原理

### 第一节 思想和表达的概念

“思想”是指存在于人脑中的人的智力活动的结果。<sup>①</sup>关于“思想”的含义，可以从日常用语的角度和哲学的角度来看。从日常用语的角度来看，《牛津字典》中“idea”的词条共描述了12种含义。其中有两条与著作权有关，第一种含义的内容是：与实现其自身的个体相对应的普遍与理想的形式，如原型、模式、计划、标准。这条释义体现了“思想”的含义包含了程序、操作方法、数学概念、体系这些内容。另一条释义为：精神上的形象、概念和主张。这条释义可以包含精神世界中所有的范畴，完整的形象，象征着理性的概念、零散的想法等等。

从哲学的角度，“思想”是一个与哲学联系密切的词语，“idea”可以追溯到希腊词“idea”。“思想”概念被引入西方哲学是从柏拉图的《对话录》开始的。从语言学的角度看，柏拉图的《对话录》体现出了一种对于普遍的名词的含义进行解释的思想，这些名词的特殊作用在于区分一个特殊的事物和它相似的事物。换句话说，许多分享共同特征的事物存在于我们的精神中，因为我们的能力而从有形的事物中抽象出来，这些特征超越了时空的范围。

从以上的释义可以看出，“思想”一词表征了人对自身思维过程的把握，它一方面代表了独立于现实的公共文化背景，另一方面它与个人自身的表达之间存在着不可区分的联系。因此，“思想”一词的含义可以涵盖程序、工艺、系统、操作方法、概念、术语、原则、客观事实、创意、发现等等。宇宙、地球、物质等概念术语，剩余价值规律、狭义相对论和广义相对论等理论，以及一些客观事实，都属于思想的范畴。<sup>②</sup>

由于“思想”只存在于人脑中，倘若一个人不给思想赋予任何外在形式，其他人就不可能感知。一个人要想使自己的思想为他人所知就必须给这个思想赋予一个外在的形式，而这个外在的形式就是“表达”。因此，所谓“表达”就是指

<sup>①</sup> 金渝林.论版权理论中的作品概念[A].刘春田.中国知识产权评论(1)[C].北京:商务印书馆,2002.215.

<sup>②</sup> 同上。



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

廈門大學博碩