

# 论版权法中的功能原则： 以美国的立法和司法实践为视角

## 摘要

版权法中的功能原则是指任何具有实用功能的因素都不能为版权所覆盖，而应保留在公有领域供人们自由使用。功能原则贯穿于版权制度始终，在版权获得、使用和侵权处理等方面应用广泛，对可版权主题的选择和排除以及侵权认定等具有重要作用。思想、观念、基本叙事框架和惯常场景等，因具有实用功能而不能成为可版权主题。表达的要素、工具类作品、功能性与艺术性不可分离的实用艺术作品等，也因具有实用功能而不能成为版权客体。在版权纠纷中，功能原则可作为一种抗辩理由。功能原则为版权制度提供了一种有效的防御机制。

## 关键词

版权 著作权 功能原则 思想表达二分法 美国

文 / 刘银良

## 一、功能原则的概念

在现代知识产权体系中，与专利、商标等工业产权相比，版权（著作权）体系较为复杂，这与版权客体（作品）、主体、权利归属、权利内容及限制等多方面的复杂性有关，也与随着科技和社会发展，作品种类、使用作品的环节及侵权形式等愈加多样化相关。相应地，版权法理论在逻辑性与简洁性方面尚需进一步完善。版权制度是激励人们从事文学与艺术创作的重要机制之一，版权理论的不足可能影响版权制度的建设与完善，制约版权制度效益最大化。这可理解为版权制度对自身理论建设的诉求。

商标法中的功能原则是指，如果一个标志具有实用功能，该标志就不能作为

商标而排除他人的正当使用。商标法的功能原则可广泛应用于对商标客体的排除，其中尤其是立体商标。例如，我国《商标法》第12条规定，如果某商品的形状是为获得某种技术效果而需要的形状，或者该形状能够使商品具有实质价值，该形状就不能注册为商标。这是因为，既然该形状具有实用功能，它就不得为商标注册人或使用人所独占，从而排除其他人的合理使用和正当竞争，并由此损及社会公共利益<sup>[1-2]</sup>。

相应地，本文提出版权法中的功能原则（functionality doctrine），并以此梳理可版权主题的选择和排除以及版权侵权判定等方面。版权法中的功能原则是指，任何具有实用功能的因素都不应为版权所

涵盖，而应保留在公有领域供人们自由使用。这意味着，如果作品的思想、表达或其要素具有可为人们利用的任何实用功能，针对该功能性部分，作者不能主张版权并谋求独占。在功能原则中，“功能”也可称为“实用功能”，它范围广泛，可以是体现在技术或经济方面的任何实用功能、用途或实用性，如提供信息、描述事实、提高表达效率、在不同软件操作系统间便利转换、降低生产（包括创作）成本、提高收益成本比等。<sup>1</sup>

以下举例说明版权法实践中可能涉及的功能性因素，并对其功能略作说明。

第一，事实。事实可包括地理事实（现象）或其客观描述（如地图的经纬

线)、历史事实、现实事件、基本数据统计等。事实一般是纪实性文字作品(包括新闻报道)和地图作品的要素,也是统计报表或调查数据的重要内容。事实具有提供信息的功能,能够满足人们的信息需求,帮助人们认知世界并及时调整应对之策。在索尼案中,美国联邦地区法院认为,接触公共信息是与美国宪法第一修正案相一致的一项公共利益。<sup>2</sup>

第二,美术、音乐、书法和舞蹈等艺术作品创作中的常用技法、技巧和素材等,如美术作品中的色调、音乐作品中的音调、书法作品中的笔法与布局、舞蹈作品中的步法。这些因素或其组合以及相应的作品创作技巧,能够帮助作者提高创作效率,使作品具有基本的美感,体现出艺术作品元素在艺术作品创作中的功能性。

第三,文学、戏剧和电影作品的基本框架与惯用场景等。它们是文学或文艺作品的基本结构或常用素材,可能属于读者或观众喜闻乐见的因素,可以帮助作者提高作品表达效率,提升作品的文学或艺术感染力,体现它们在文学或文艺作品创作中的功能性。

第四,软件的设计思想、算法和通用处理方式,以及为维持逻辑性、保证软件运行效率或者为满足特定市场需求而需要具备的功能安排、技术或方法等。这些因素能够帮助创作者提升软件创作效率,帮助消费者提高软件运行效率,实现软件功能或增加软件兼容性,有益于消费者选择和使用,在技术和经济方面体现出实用功能。

## 二、可版权主题选择中的功能原则

可版权主题的判断、确定和排除是版权法的中心内容,它决定着版权的客体范畴,对版权制度的充分实施具有决定作用。美国联邦法院在版权法实践中总结出多种原则或标准以判定主题的可版权性,其中包括思想表达二分法、结合原则和场景原则等。依据功能原则可对它们加以系统阐述。

思想与表达二分法(idea-expression dichotomy)在确定作品构成、版权内容和侵权构成等多方面起着基础性规范作用。一般认为思想表达二分法理论来源于美国联邦最高法院(以下简称“最高法院”)对Baker v. Selden案(1879)的判决。本案系争主题是一种记账方法及相关表格设计能否获得版权保护。最高法院尽管认可原告对其书籍享有版权,但却试图在书籍与它所描绘的技术之间划一条“清晰的界线”,认为版权保护不应延及它描述的技术或产品。这就像数学、医药或技术作品的作者,虽然他们可享有版权,禁止他人复制其作品,但其作品中描述的系统、思想、方法等“有用的技术”却是全人类的共同财产,不应由版权人垄断。<sup>3</sup>

这意味着,由作者公开的具有实用功能的技术不应落入版权范畴,而只应归为专利保护主题;如果所有人没有申请专利,该技术方案就被纳入公有领域,供社会公众自由使用。本案阐述了专利与版权的关系,它对功能性因素的排除后来被吸收为美国版权法第102条(b)款,即对原创性作品的版权保护不延及作品涉及的任

何思想、程序、工艺、系统、操作方法、概念、原理或发现,不管它们是如何被描述、解释、说明或固定在作品中。在Mazer案中,最高法院又指出:“与专利不同,版权不对公开的技术赋予独占权;(版权)保护仅赋予思想的表达,而非思想本身”。<sup>4</sup>

然而,令思想观念二分法理论感到尴尬的一个关键性问题是,在版权法实践中,人们难以真正分清思想与表达的界限,即思想表达之“二分”难以得到彻底、无歧义的实施。曾在美国版权法历史上产生广泛影响的Nichols案(1930)就遇到了这难题,为此汉德法官发展了“抽象测试”(abstractions test)标准来判断相似作品的侵权问题。<sup>5</sup>他论证说,每部作品都有从具体到抽象多个层次:作品的完整表达是作品的最具体层次,即使实质相似的两部作品之间也会存在不同(完全的抄袭不在此例);随着抽象过程逐渐提高,表达模式的普遍性逐渐增加,表达与思想越来越抽象,作品相似性越来越多,能够为作者版权所覆盖的内容越来越少;最后,抽象过程达到一个关键点,作品所表达的思想开始进入公有领域。这被抽象的思想可能非常简单,可能用作品标题就能概括,作者难以对它们主张版权。根据该抽象测试标准,常见的概念、情节或固定角色的特征等,都不能享有版权。但是,逐渐抽象、分清思想与表达的过程是复杂的和主观的。就侵权判断中具体分割二者的困难,汉德法官曾说,要真正确定思想与表达之间的分界线很难,从来没有人能

<sup>1</sup> 美国联邦法院在处理涉及功能原则的商标侵权纠纷中也使用了涵义广泛的功能概念,使之不仅包括物理功能,还包括美学功能等。See Tracey McCormick, Will Traffix “Fix” the Splintered Functionality Doctrine? Traffix Devices, Devives, Inc. v. Marketing Displays, Inc., 40 Hous. L. Rev. 541 (2003); Mitchell M. Wong, The Aesthetic Functionality Doctrine and the Law of Trade-Dress Protection, 83 Cornell L. Rev. 1116 (1998).

<sup>2</sup> Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America, 480 F. Supp. 429, at 452-454 (C.D. Cal. 1979).

<sup>3</sup> Baker v. Selden, 101 U.S. 99, at 101-107 (1879).

<sup>4</sup> Mazer v. Stein, 347 U.S. 201, at 217 (1954).

<sup>5</sup> Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930).

如此，以后也不会有人能如此。<sup>6</sup>

在思想表达二分法基础上，联邦法院还发展了结合原则（merger doctrine）以解决思想与表达难以区分的情形。该原则是指，如果某思想只有少数几种表达，甚至仅有一种表达，就可认为思想与表达结合在一起，难以区分，表达因而受到限制，作者就不能对它享有版权，或者被诉侵权人可藉此作为侵权抗辩理由。此外还有实质相似标准等<sup>[3]</sup>。但这些理论或原则也曾受到质疑，如美国版权法学者Nimmer教授曾评论结合原则说，认定一系统或方法仅有一种表达方式在事实上很难说得通<sup>[4]</sup>。也有学者认为，思想表达二分法理论并不能作为作品是否具有可版权性的良好测试标准，它需要在应用中加以调整，并且仅应作为备用标准，即在其他标准难以奏效的情形下才考虑适用<sup>[5]</sup>。

思想与表达在很多情形下并不能得到清晰区分，其原因容易理解。就文学或艺术创作而言，作者的思想与表达有机结合在一起，互相融合，互为表里，所谓“言为心声”是也。对于一部原创性作品来说，不要说读者或法官，即便是作者自己，也未必总能够有效区分何为思想或表达。在最具体的层次上，一部完整的原创性作品肯定是表达，应受到版权保护；而在最抽象的层次上，对于每部作品（尤其是文字作品或影视作品）来说，人们总能抽象出它要表达的“思想”，就如汉德法官所说，这思想或许用作品题目就可概括。这些抽象的思想一般属公有领域，

人们可自由借鉴。例如，历史学家黄仁宇曾创作《万历十五年》，通过点面结合聚焦1587年明朝的朝野变幻，而其他作者当然也可就该年度的“明朝那些事”予以刻画、叙说或评论。这思想与表达的两个“端点”虽然较易确定，但是对于是否构成侵犯版权的判定却可能帮助不大，因为除完全的抄袭或剽窃外，侵犯版权多是利用作品的实质内容或部分内容，而所涉部分内容能否为作者的版权所覆盖，即使利用上述抽象测试方法等，也未必能够有效区分。

功能原则或可有助于解决此难题。功能原则的基本判断标准是，具有实用功能的任何因素都不能获得版权保护，无论该因素是属于思想、表达或二者结合。通过应用该标准，人们可不再过度依赖思想表达二分法和抽象测试等标准或方法，而能够较为容易地确定可版权主题及其排除，并在版权侵权纠纷中进行判断。以下结合文学作品中的叙事模式、情节和场景做出说明。

从版权法角度理解，文学作品关于个人、家庭、民族或国家的描写，无非是要通过曲折、精彩的故事或其他叙事模式，达到吸引读者、娱乐读者或传输价值等目的。故事描述一般需要应用基本的叙事模式和故事情节。在几千年文学创作实践中，人类累积了无数经典叙事模式，它们体现在众多文学经典中，如古希腊神话、伊索寓言、荷马史诗、民间史诗（如我国三大史诗“格萨尔”、“江格尔”

和“玛纳斯”）、佛经故事、禅宗公案、元曲或明清小说等。经典的故事情节可包括爱恨情仇、悲欢离合、误解与消除、理智与情感、正义胜邪恶、大团圆等。在小说等文学作品中，情节的设置与作品的基本叙事模式相关。诸多的经典叙事模式和故事情节，具有便利叙事、吸引读者、传输价值等功能，属于文学创作领域的公共素材，可供人们自由借鉴，以利于文化传承。

“场景”（scène à faire）是文学创作中的重要因素，是指某类作品应具有、不可或缺的情景。美国联邦法院在版权侵权处理中提炼出“场景原则”，认为如果某些场景已经成为表达某类主题不可缺少的套路，已经被接受为惯例，那么它们就不能为版权所覆盖，而应保留在公有领域供人们自由使用。<sup>7</sup> 依据功能原则理解，被接受为惯例的场景具有文学表达方面的功能：其一，场景可帮助作者较为便利或经济地完成作品创作；其二，场景的使用较为符合读者的心理期待，可容易地获得读者认同、共鸣和同情，属于文学欣赏中的共性需求，也因而容易得到市场认可。这或许是不少关于抗日战争、城市生活或爱情主题的影视作品多具有类似场景的原因。<sup>8</sup> 因此，场景不应成为可版权主题，不能为创作者或使用者独占。

综上，包括思想、观念、基本叙事模式、情节和场景在内的多种作品要素，因具有实用功能而不能成为可版权主题；它们应保留在公有领域供人们自由使用，

<sup>6</sup> Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119, at 121 (2d Cir. 1930).

<sup>7</sup> See Hoehling v. Universal City Studios, Inc., 618 F.2d 972 (2d Cir. 1980). 类似的案例，还可见 Walker v. Time Life Films, Inc., 784 F.2d 44 (2d Cir. 1986)。

<sup>8</sup> 例如，香港编剧和导演王晶曾说，专业编剧的一个重要特点就是创作不需要、也不能依靠灵感，“你要靠灵感，你不是职业手……你要当职业高手，就把灵感这个词从你心里拿走”。参见 CCTV:《中国武侠电影人物志（五）侠骨仁心 王晶》，网址为 <http://space.tv.cctv.com/video/VIDE1221135214042727>（2010年9月8日最后访问）。这似乎暗示，在影视作品剧本创作中，有很多被业界和观众接受为惯例的情节、角色或场景可借鉴使用。这或许是“情景剧”能够像肥皂泡一样被制造出来的原因。当然，这种创作虽充斥着“套路”，但一般并不构成抄袭。

37 CFR 202.1.

以利于人类的创造与创新。此判断过程反映了功能原则在确定可版权主题中的作用。

### 三、版权主题排除中的功能原则

在美国版权法第102条(b)款的基础上,美国联邦条例(Code of Federal Regulations)对不能获得版权注册的主题予以详细列举:(a)单词和短语,如名字、头衔、标语;类似的符号或设计;版式装饰、字体或颜色的微小改变;内容或成分的简单列举;(b)思想、计划、方法、系统或装置;(c)空白表格,如计时卡、坐标纸、会计账簿、日记本、银行支票、记分卡、地址本、报告表格、订单表格等用来记录信息、但其本身不传递信息的类似表格;(d)全部由不具原创性的属于公共财产的信息组成的作品,如标准的日历、身高与体重表、量尺、体育赛事流程、从公共领域得到的表格等;(e)字体或字样。<sup>9</sup>

结合功能原则和原创性要求等,可对这些被排除的主题做出解释。在这些众多事项中,除以上第二部分论述的思想(包括计划、方法、系统等)外,有些是没有原创性的表达,如版式装帧微调、内容或成分的简单列举,有些是具有实用功能的要素,并且在事实上已处于公有领域,如单词与短语、符号与设计、可记录信息的空白表格、由公共信息组成的工具类作品等。这些事项应保留在公有领域,供人们自由使用,而不能为注册人所垄断。

除这些由法律、法规明确排除的版权主题外,版权法对于实用艺术品和建筑作品的特别规定也体现了功能原则和版权保护的关系。

在Mazer案(1954)中,系争主题是作为台灯支架因而具有实用功能的舞蹈造型雕像能否成为版权客体。最高法院认为,版权保护与作品是否具有实用功能无关,本案所涉雕像是作者思想的原创性表达,可享有版权,它被用作台灯支架并不影响其享有版权,制造该产品也非滥用版权行为。<sup>10</sup>此即“可分离性”(separability)标准,即只要实用艺术品中的实用功能和艺术因素能够分离,相应的艺术表达就可享有版权。可分离性不仅包括“物理可分离性”,也包括更为抽象和充满争论的“概念可分离性”。<sup>11</sup>

Mazer案及相关案件的判决结论被纳入美国1976年版权法中。该法把实用艺术品归入“绘画、图形和雕塑作品”(pictorial, graphic, and sculptural works,以下简称“PGS作品”)类别进行保护。PGS作品包括二维或三维的美术作品、图形作品、实用艺术品、地图、地球仪、图表、图例、模型和技术绘图(包括建筑规划)等。此类作品应包括工艺美术作品,但只应涉及其形式而非其机械或实用方面。实用物品的设计,当且仅当它所包涵的PGS特征能够从其实用性方面得到分离,且能够独立存在的情形下,才应被视为PGS作品。<sup>12</sup>相应地,“实用物品”是指具有内在实用功能的物品,且该功能并非仅用来描述该物品的外观或者传递信

息。<sup>13</sup>从这些定义中可看出功能原则和可分离性原则在判定实用艺术品是否属版权客体中的重要性。

建筑物是具有实用功能的一类实用物品。大多数建筑物可用作居住、办公或陈列场所,或具有装饰等实用功能。正因为如此,美国在赋予建筑物以版权保护方面较为谨慎,直到1990年才把建筑作品单独规定为一类作品实施保护,而在那之前基本只有建筑规划图、设计图或建筑模型等可作为PGS作品受到保护,建筑物只有在满足可分离性条件下才可获得有限保护<sup>14</sup>。

根据美国版权法的规定和司法实践,建筑作品的版权保护至少受到两方面的限制。第一,建筑作品范畴只包括整体外形以及空间和设计因素的安排与构成,不包括单独标准特征。<sup>14</sup>第二,建筑作品版权在种类和程度上受到限制:(1)如果建筑作品处于公共场所,或者在公共场所可被看到,则该建筑作品的版权不能制止他人制作、发行或公开展示描绘该建筑作品的图片、绘画、摄影或其他图画形式;(2)未经建筑作品版权人许可,体现该建筑作品的建筑物所有人可以改动或拆毁该建筑物。<sup>15</sup>

功能原则可对建筑作品范畴限定及版权限制做出解释。除居住、办公、陈列和装饰等实用功能外,富有原创性的建筑物或建筑物群,还有美化城市环境、促进旅游业发展和有助于建筑学教育等用途。如美国国会曾在建筑作品版权保护立法说明中指出:“建筑是一种公开为人民所欣

<sup>9</sup>Mazer v. Stein, 347 U.S. 201 (1954).

<sup>10</sup>Kieselstein-Cord v. Accessories by Pearl, Inc., 632 F.2d 989 (2d Cir. 1980).

<sup>11</sup>17 U.S.C. 101 Definitions - “Pictorial, graphic, and sculptural works”.

<sup>12</sup>17 U.S.C. 101 Definitions - “useful article”.

<sup>13</sup>17 U.S.C. 101 Definitions - “architectural work”.

<sup>14</sup>17 U.S.C. 120.

<sup>15</sup>H.R. Report 101-735, 101st Cong., 2d Sess. (1990). 转引自李响:《美国版权法:原则、案例及材料》,中国政法大学出版社2004年版,第203页。

赏的艺术形式。每年都会有数百万人参观访问我们的城市，并会连同旅游的记忆一起带回有关城市中醒目建筑的照片、海报或其他形式的图画。此外，还有无数建筑学方面的著作需要依赖图片的展示来传播知识。”<sup>16</sup>关于如何判断建筑作品的功能、原创性、版权及它们与可分离性标准间的关系，美国国会曾在立法说明中通过“两步检验法”予以描述：其一，检验建筑作品（包括总体形状和内部式样）中是否存在原创性设计因素；如果存在，其二，检验它们在功能上是否为必要，如果原创性的设计因素对于实现建筑物功能并非必要，则建筑作品可享有版权，而无论它是否具有物理的或概念的可分离性。<sup>17</sup>

依据该方法，在确定建筑物因具有原创性而属于建筑作品后，如果法院能够排除原创性因素的功能性，那么该建筑作品就可享有版权保护；否则，如果法院认定所涉因素具有实用功能，那么即使它具有原创性，该建筑物或涉及该元素的建筑物部分也不能享有版权。此过程体现了功能原则在选择和排除建筑作品的可版权部分中的作用。

#### 四、版权侵权判定中的功能原则

版权侵权判断与版权客体确定直接相关，因此功能原则在侵权判断中也有广泛应用。就被诉侵权人来说，诉诸功能原则是一种有效的抗辩途径。从可行性角度看，判断所涉作品或其要素是否具有实用功能，可能要比判断何为思想、何为表达

或何为二者结合更为易行。

在Lotus案（1995）中，原告莲花公司诉被告的制表软件“Quattro Pro”使用了它的“Lotus 1-2-3”菜单系统，侵犯其版权。联邦地区法院认定被告侵犯原告版权。被告重新编写软件，保留了支持原告菜单系统的宏（macro），原告仍认为侵犯其版权。第一巡回法院推翻地区法院的判决，认为被告软件中保留具有支持功能的宏，有助于习惯使用原告制表软件的消费者方便地转向被告产品，消费者由此具有更多选择机会，菜单系统是一种操作方法，不应为原告独占。法院说：“我们认为，强迫计算机使用者需要以不同方式从事相同的操作，忽略了国会在（版权法）第102(b)条中的指示即‘操作方法’不受版权保护。计算机程序让使用者具有以不同方式编写宏的能力，并不改变这事实，即一旦编写，宏就让其使用者自动完成一个操作。莲花公司的菜单命令层级（menu command hierarchy）是Lotus 1-2-3宏的基础，因此是一种‘操作方法’”。<sup>18</sup>该判决其后得到最高法院确认。<sup>19</sup>

从功能原则理解，本案争议的关键在于软件界面及相关因素是否具有实用功能。巡回法院认为，软件界面具有方便消费者选择和在不同软件产品之间转换的实用功能，不应成为版权客体，而应保留在公有领域供人们选择使用。如果把本案结论延伸，则可认为，软件中具有实用功能的任何要素，都不应为版权所覆盖，而应

保留在公有领域供人们自由使用。对于通过作品公开的技术创新而言，权利人当然可以选择利用专利实施保护，但如果权利人没有申请专利，技术就落入公有领域，成为人们可自由使用的公共资源。

在涉及帮助侵权的经典案例索尼案中，最高法院抽象出“实质非侵权用途”（substantial noninfringing uses）标准。法院认为，尽管索尼公司生产的具有翻录功能的录像机可能被消费者用于录制享有版权的作品，从而可能侵犯原告版权，但该产品又可被广泛用于多种合法目的，如合法录制电视节目等，具有实质的非侵权用途，因此经营该产品不构成侵犯版权。<sup>20</sup>从功能原则理解，其基本判断为：如果产品具有不同于侵权用途的其他实质功能，就不能仅由于该产品或可用于侵犯版权，就认为该产品的生产者或经营者构成帮助侵权。换句话说，若要判断所涉产品是否侵权，只需检验该产品在可能的侵权用途之外，是否还有其他实质性的合法功能。如果有，就不构成帮助侵权。

索尼案确立的原则在网络共享时代遇到了挑战，这在涉及第二代P2P技术的Grokster案（2005）中得到反映。在第一代P2P技术被Napster案（2001）判决构成帮助侵权后，<sup>21</sup>Grokster开发了新的P2P技术，通过在软件中设置广告窗口的形式获取利润，并宣称它是第一代的替代技术。该技术的软件用户相互之间可搜索和复制音乐或电影文件等。联邦地区法院和第九巡回法院依据索尼案确立的实质非侵权用

<sup>16</sup>H. R. Report 101-735, 101st Cong., 2d Sess. (1990). 参见李明德：《美国知识产权法》，法律出版社2003年版，第158页；李响：《美国版权法：原则、案例及材料》，中国政法大学出版社2004年版，第198页。

<sup>17</sup>H. R. Report 101-735, 101st Cong., 2d Sess. (1990). 参见李明德：《美国知识产权法》，法律出版社2003年版，第158页；李响：《美国版权法：原则、案例及材料》，中国政法大学出版社2004年版，第198页。

<sup>18</sup>Lotus Development Corporation v. Borland International, Inc., 49 F.3d 807, at 818 (1st Cir. 1995).

<sup>19</sup>See Lotus Development Corporation v. Borland International, Inc., 516 U.S. 233 (1996).

<sup>20</sup>Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

<sup>21</sup>A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

途原则，认为被告的P2P技术具有合法用途，如搜索和分享不受版权保护的文件，因而不构成侵犯版权。最高法院认为，被告对潜在侵权者清楚地表达了引诱意图，并拒绝在软件中加载过滤措施以禁止复制受版权保护的作品，这表明被告散发所涉软件的目的在于促进其用于侵犯版权，因此判决被告构成引诱侵权，要求它需对第三人的侵权行为负替代责任。<sup>22</sup>

Grokster案表明，如果有证据证明被告具有引诱第三人侵权的意图，并促进或放纵了侵权行为发生，被告就可能构成引诱侵权，需对第三人的侵权行为负替代责任，此时无需判断所涉产品是否具有其他合法功能。这意味着，在间接侵权判定中，主观过错是一种严格适用的标准，不能为功能原则所推翻，即使所涉产品具有非侵权的实用功能，也不能用于抗辩或免除被告的引诱侵权责任等。这也显示了功能原则在间接侵权判断中适用的局限。

## 五、版权法中的功能原则：一种防御机制的建立

可版权主题的选择与排除以及版权侵权判断等，都是版权法的重要组成部分，其合理性决定着版权制度的优劣。本文在提出功能原则概念的基础上，分别阐述了功能原则在这些方面的适用。包括思想、观念、基本叙事框架、情节和惯常场景在内的多种作品构成因素，因具有实用功能而不能成为可版权主题；具有实用功能的工具类作品、功能性与艺术性不可分的实用艺术品等，不能成为版权客体；在版权侵权纠纷中，功能原则可作为一种抗辩理由，但在间接侵权诉讼中却不能对抗主观过错。由其在版权法中的广泛适用，可知功能原则是贯穿版权制度的一项基本

原则，它绵延存在于版权的获取、使用、限制和纠纷处理中。

应该理解，版权制度是积极性措施和防御性措施的有机结合。积极性措施包括可版权主题确定、作品构成要件判断、作品种类确定、版权归属、版权内容赋予和侵权救济等，其基本意义在于从积极的方面赋予作者版权，激励作者创作新作品，推动社会发展和进步。防御性措施包括版权主题排除、版权限制和侵权抗辩等，其基本意义在于从防御的角度防止本应属于公共领域的事物被作者不当占有，从而防止版权对公有领域的不当侵入，以维护公共利益最大化。比较二者，积极性措施的要素包括“作者-作品-版权”，即作者通过创作作品而享有版权，这是版权制度的积极性主线；基于功能原则的防御性措施的要素包括“公众-功能-自由使用”，即公众对于具有实用功能的作品因素可以自由使用，这是版权制度的一种防御性主线。

因此可认为，功能原则为版权制度建立了一种防御机制（其他防御机制包括道德伦理保护等），为其正当运行筑起一道合理防线，其意义在于维护公共利益，保证版权制度目标充分实现。对于版权制度来说，积极性措施和防御性措施虽然方向不同，但其最终目标都是促进社会发展和进步；并且，从各自的作用看，二者虽然互为制约，但又互为补充和支持，共同维系着版权制度的有效运行。这是功能原则的理论基础，也是研究和应用功能原则的意义所在。

如果我们放宽视界，就可看到，功能原则其实是贯穿整个知识产权法的一项重要原则。该原则除广泛适用于版权法和商标法外，还分别适用于外观设计专利和

商业外观（trade dress）保护等领域。一般认为，属于人类智力创造成果的实用功能以及相应的技术方案属于专利（外观设计专利除外）或技术秘密的范畴，其目标在于提供新产品或新方法，提高技术效率或降低生产成本。因此，实用功能或功能性要素不应包含在版权、商标或工业品外观设计中，因为版权的基本功能在于保护文学、艺术和科学领域的原创性表达，商标的基本功能在于指示商品或服务的来源，工业品外观设计的基本功能在于保护具有美感的产品外观设计，它们都与实用功能格格不入。

概言之，功能原则是知识产权法领域普遍适用的一项防御性原则：它充当着实用功能的保护者，避免实用功能或功能性要素被版权、商标权或外观设计专利权“附带性地”独占或垄断，从而保证它们能够保留在公有领域，供人们自由使用，以维护合理的社会公共利益，促进社会进步和发展。<sup>[1][2]</sup>

（作者单位：北京大学法学院）

## 参考文献

- [1]刘银良,丛璐.美国商标法中的功能原则及其对我国立体商标规定的解释[M]//王卫国.法大民商经济法学评论,第三卷.北京:人民法院出版社,2007.
- [2]杜颖.商标法中的功能性原则—以美国法为中心的初步分析[J].比较法研究,2009(1):119-133.
- [3] Edward Samuels. The Idea-Expression Dichotomy in Copyright Law[J]. Tenn. L. Rev., 1989, 56:321.
- [4] 李明德.美国知识产权法[M].北京:法律出版社,2003:157-158.