



审理著作权侵权案件，一般可以按照以下思路进行：审查原告是否有权提起诉讼；审查权利作品是否为《著作权法》保护的作品；按照“接触+实质性相似”基本方法判断被诉侵权作品是否满足著作权侵权的要件；认定被告提出不构成侵权的抗辩事由是否成立；确定被告应当承担的民事责任。

著作权民事侵权案件的审理思路

审查原告是否有权提起诉讼

对于一般作品，原告主体资格审查因著作权取得路径不同而有所不同。

（一）原告系原始取得著作权

原始取得著作权是指非基于法律行为，而基于创作、法律规定或推定取得著作权。在审查时，通常根据作品署名确定权属，即审查底稿、原件、合法出版物、著作权登记证书、认证机构出具的证明等主体资格证明上载明的权利人与原告是否一致，以及是否仍处于著作权保护期内。通过互联网发表的作品，若原告能够通过登录首次发表作品的平台，验证后台实名认证的用户信息与原告身份信息一致，可以推定为作者。

（二）原告系继受取得著作权

继受取得是指通过受让、继承、受赠或法律规定的其他方式取得著作权。“双重审查”原则要求除审查前述证明作品原始权利人的证据外，还需审查著作权转让合同、许可合同、赠与合同、遗嘱等证据，判断权属流转过程是否连贯，能否互相印证原告在侵权取证时就已受让作品著作权。

审查著作权许可合同时，需查看许可时间、权利类型及权利行使方式。专有使用权许可合同的被许可人可以自己的名义，就他人在相同的时间、地域范围内未经许可以相同方式使用作品的行为提起诉讼。非专有使用权许可合同的被许可人只有在著作权人书面明确授权的情况下才可提起诉讼。

审查权利作品是否为《著作权法》保护的作品

（一）作品的含义

原告主张其权利客体构成作品，应满足以下要件：一是文学、艺术和科学领域的作品；二是人类的智力成果；三是以一定形式表现，是能被他人客观感知的外在表达；四是由作者独立创作完成且具有一定程度的智力创造高度。具体判断时，应先剔除不受《著作权法》保护的客体，再判断剩余部分是否符合独创性的要求。

（二）不受《著作权法》保护的客体

不受《著作权法》保护的客体主要有思想、操作方法、技术方案、实用功能、客观事实、公有领域元素等。

例如，在涉《热血传奇》游戏著作权侵权案中，法院将基于游戏一般空间布局习惯、功能设计需要、玩家操作习惯等形成的网络游

戏常用设计归入公有领域表达或有限表达先行剔除后，认为人物属性、参数设计中指向游戏角色职业、外观、武器、服装、技能等的组合、取舍、选择和安排等应受《著作权法》保护。

（三）独创性的判断

作品独创性的“独”既可以是本人从无到有的独立创作，也可以是基于他人既有作品或公有领域素材的再创作，但后者要呈现不同于既有作品或公有领域素材的个性差异。

“创”要求具备一定水准的智力创造高度，体现作者个性化的取舍、选择、安排、设计等。在照片著作权侵权纠纷中，虽然不要求照片达到一定艺术高度，但要能够体现拍摄者对特定景色、物品、时间、视角、光线、色彩、距离等要素的选择、取舍、安排。

对是否满足著作权侵权要件的判断

著作权侵权认定基本方法为“接触+实质性相似”，即被告在创作时接触过原告主张权利的作品或者存在接触的可能，同时被诉侵权作品与原告主张权利的作品内容相同或者实质性相似，且被告不能举证法定抗辩理由的，可以认定侵权。

（一）对接触的认定

对“接触”的审查按照已发表和未发表情形，在举证责任的分配上有所区别。大多数著作权侵权案件的权利客体都是已公开发表的作品，若原告发表时间早于被告，再结合发表的平台、作品的知名度、宣传情况等因素即能推定被告存在较高的接触可能，不要求原告证明被告实际接触了权利作品，而应由被告证明自己没有接触原告作品的可能性或被告作品是独立创作完成；对未发表的作品，被告提出抗辩后应由原告证明被告实际接触了权利作品。

（二）对实质性相似的认定

实践中，主要形成以下做法：一是整体比对法。即不区分思想与表达，以一般理性第三人的视角判断作品整体在主要特征、核心内容等方面是否构成实质性相似。在比较时将双方作品并列、整体分析，比较二者的相似度，而非比较不同部分。该比对方法常见于图形作品、美术作品、摄影作品等作品类型。

二是抽象分离法。即抽离表达中的思想，并对有限表达和公有领域表达过滤后，再对剩余表达元素进行比对。该比对方法常见于文字作品、视听作品、计算机软件作品等作品类型。

认定被告不构成侵权的抗辩事由是否成立

著作权侵权纠纷案件中，被告通常抗辩不构成侵权，主要包括：

（一）被诉行为非由被告实施的抗辩

原告对侵权主体的初步举证往往以被诉侵权行为发生载体对外公示的主体为依据。比如，载有被诉侵权作品的微信公众号对外公示的运营主体、网站域名的 ICP 备案主体、网络店铺公示的营业执照上载明的经营者等。被告若抗辩并非被诉行为的实施主体，则需提出相反证据或原告证据不足以证明其在侵权取证之时系行为发生载体的实际运营者。对涉电商平台著作权侵权纠纷中常见的营业执照登记主体与实际经营者不一致的情形，营业执照登记主体仅以借证、转证为由抗辩不是被诉行为直接实施者的，则不予采纳。

（二）合理使用抗辩

对合理使用抗辩的审查应着重从以下两方面进行：

一是审查被诉行为是否满足《著作权法》概括性条款对合理使用的限制。无论是何种使用情形，都应适用“三部检验法”来判断，即被诉行为应属于特定情形下的使用、不得影响作品正常使用、不得不合理地损害著作权人的合法权益。

二是重点审查被诉行为是否属于《著作权法》规定的特定使用情形。在符合前述概括性限制的前提下，要根据具体抗辩理由区分审查要点。常见的合理使用抗辩有：个人使用。须为个人学习、研究或者欣赏的目的而使用；须在正常个人或内部使用范围内使用。适当引用。须为介绍、评论某一作品而使用，引用方式应“适当”，但是否“适当”并非仅以被诉侵权作品引用部分占权利作品的篇幅为依据，应结合个案情况考量。新闻报道中使用。实施主体应为报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体，一般的网络自媒体若确为报道新闻而不可避免使用权利作品的，也可能属于合理使用的范畴；使用须有必要性且为报道单纯事实消息而使用。

（三）法定许可抗辩

法定许可是指符合法律规定的的使用情形时，可以不经著作权人的许可，但应向著作权人支付报酬。若主张编写出版教科书法定许可，需审查是否为实施义务教育和国家教育规划而编写出版的教科书，使用的是否为已经发表的作品片段或者短小的文字作品、音乐作品或者单幅美术作品、摄影作品等。若主张报刊转载法定许可，应审查作品是否刊登在报刊上，且著作权人未曾声明不得转载、摘编；若主张制作录音制品法定许可，应审查涉案音乐作品已经被合法录制

为录音制品发行的证据。

民事责任的承担

侵害他人著作权，应承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉等民事责任。

（一）停止侵权

审理时，若被诉行为已经停止，法院通常不再判决停止侵权。若无明确证据证明被诉侵权行为已停止，则判决停止侵权。例外的是，若停止有关行为经考量不利于国家利益、社会公共利益，或造成当事人之间重大利益失衡或实际无法执行的，法院可以不判令停止侵权，而判令采取支付更充分的赔偿或经济补偿等替代性措施。例如，在“刀靶大捷”雕塑作品侵权案中，法院认为被诉侵权雕塑安置在烈士陵园，与整个陵园形成一体，若拆除必将造成社会资源的较大浪费，且进行展览参观系红色革命教育用途，故不支持拆除侵权雕塑。

（二）赔礼道歉、消除影响

赔礼道歉一般适用于著作人身权侵权，被侵权人须为自然人且因被诉行为遭受精神痛苦或声誉损害。需综合考量侵权人主观状态，是否造成被侵权人声誉受损、社会评价降低等因素，确定相应赔礼道歉方式和范围。消除影响可适用于著作人身权、财产权的侵权，被诉行为造成原告社会评价降低等不良社会影响的，可以判决澄清并消除影响。

（三）赔偿损失

著作权侵权赔偿可以根据权利人的实际损失、侵权人的违法所得确定数额。原告主张实际损失的，应举证因侵权所造成的复制品发行减少量或者侵权复制品销售量及权利人发行该复制品的利润；原告主张按照违法所得计算的，应审查工商税务部门、第三方平台、依法披露文件的相关数据及行业平均利润率等以确定侵权获利情况。前述两种方式均难以计算的，可以参照该权利使用费给予赔偿，权利使用费亦难以计算的，可以适用法定赔偿，由法院根据权利作品类型及知名度及后果等情节酌定赔偿数额。

赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。原告一般应举证为制止侵权行为所支付的律师费、公证费、翻译费等支付凭证，由法院综合支出的合理必要性、案情复杂程度、工作量等酌情支持。需注意的是，虽然《著作权法》规定了五百元以上五百万元以下的法定赔偿范围，但如确有证据证明实际损失、违法所得或者权利人使用费低于法定赔偿金额的下限或高于上限，可以在限额之外适用裁量性赔偿。

（吴大成系上海市普陀区人民法院审判委员会委员、知识产权审判庭庭长、四级高级法官；王茜系上海市普陀区人民法院知识产权审判庭三级法官）