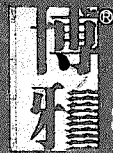


普通高等教育“十二五”规划教材

博雅
著作权法
(第二版)



21世纪法学规划教材

2nd edition

著作权法 (第二版)

Copyright
Law

张今 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

张今 著

PEKING UNIVERSITY PRESS
北京大学出版社

Copyright
Law

著作权法 (第二版)

本书立足于我国著作权法律制度，以我国《著作权法》《著作权法实施条例》等著作权法律规范为主线，对我国著作权法律制度的基本概念、原理、知识和相关理论作了全面、系统的介绍、分析和研究。书中重点章节、重点知识中穿插理论探讨、重点案例和近年来的司法考试真题，使本书完美地实现了理论与实践相结合的目的。考虑到教学及课时要求，本书文字简洁流畅、内容完整系统，非常适合教学使用。本书既可以作为高等院校本科生和研究生的教材使用，也可以供立法、行政和司法部门及从事实务工作的人员作为学习著作权法的参考书。



“北大出版社法律图书”
微信公众号



“北京大学出版社”
微信公众号

ISBN 978-7-301-29750-6



9 787301 297506 >

定价：42.00元

著作权法

(第二版)

Copyright
Law

张今 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

著作权法/张今著. —2版. —北京:北京大学出版社,2018.8

(21世纪法学规划教材)

ISBN 978-7-301-29750-6

I. ①著… II. ①张… III. ①著作权法—中国—高等学校—教材 IV. ①D923.41

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第170142号

书 名 著作权法(第二版)

ZHUZUOQUANFA

著作责任者 张 今 著

责任编辑 孙战营

标准书号 ISBN 978-7-301-29750-6

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印 刷 者 河北滦县鑫华书刊印刷厂

经 销 者 新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 17印张 313千字

2015年8月第1版

2018年8月第2版 2018年8月第1次印刷

定 价 42.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

丛书出版前言

秉承“学术的尊严,精神的魅力”的理念,北京大学出版社多年来在文史、社科、法律、经管等领域出版了不同层次、不同品种的大学教材,获得了广大读者好评。

但一些院校和读者面对多种教材时出现选择上的困惑,因此北京大学出版社对全社教材进行了整合优化。集全社之力,推出一套统一的精品教材。

《21世纪法学规划教材》即是本套精品教材的法律部分。本系列教材在全社法律教材中选取了精品之作,均由我国法学领域颇具影响力和潜力的专家学者编写而成,力求结合教学实践,推动我国法律教育的发展。

《21世纪法学规划教材》面向各高等院校法学专业学生,内容不仅包括了16门核心课教材,还包括多门传统专业课教材,以及新兴课程教材;在注重系统性和全面性的同时,强调与司法实践、研究生教育接轨,培养学生的法律思维和法学素质,帮助学生打下扎实的专业基础和掌握最新的学科前沿知识。

本系列教材在保持相对一致的风格和体例的基础上,以精品课程建设的标准严格要求各教材的编写;汲取同类教材特别是国外优秀教材的经验和精华,同时具有中国当下的问题意识;增加支持先进教学手段和多元化教学方法的内容,努力配备丰富、多元的教辅材料,如电子课件、配套案例等。

为了使本系列教材具有持续的生命力,我们将积极与作者沟通,结合立法和司法实践,对教材不断进行修订。

无论您是教师还是学生,在适用本系列教材的过程中,如果发现任何问题或有任何意见、建议,欢迎及时与我们联系(发送邮件至bjdxchs1979@163.com)。我们会将您的意见或建议及时反馈给作者,供作者在修订再版时进行参考,从而进一步完善教材内容。

最后,感谢所有参与编写和为我们出谋划策提供帮助的专家学者,以及广大使用本系列教材的师生,希望本系列教材能够为我国高等院校法学专业教育和我国的法治建设贡献绵薄之力。

北京大学出版社

2012年3月

行 動 綱 要

一、本會之宗旨，在於研究、整理、保存、發揚我國之學術文化，以促進我國學術之發達與進步。凡我同人，應各盡其力，共襄盛舉。

二、本會之組織，應以學術研究為中心，並設有下列各組：
（一）編輯組：負責本會刊物之編輯與出版。
（二）研究組：負責各項學術研究之進行。
（三）出版組：負責各項學術著作之出版。
（四）宣傳組：負責本會宗旨之宣傳與推廣。
（五）庶務組：負責本會日常事務之處理。

三、本會之經費，應由各同人踴躍捐助，並設法向社會各界籌募，以資周轉。

四、本會之活動，應定期舉行學術研討會、座談會、演講會等，以增進同人間之學術交流。

五、本會之出版物，應力求學術性、權威性、普及性之統一，以服務於廣大讀者。

六、本會之同人，應各守其職，勤奮工作，共同為我國學術事業之發展而努力。

七、本會之辦事處，設於本市某某路某某號，電話某某某某。

八、本會之成立，承蒙各界人士之熱心支持，特此鳴謝。

九、本會之未來，充滿希望，望各界人士繼續支持與指導。

十、本會之宗旨，永銘於心，行動一致。

（此處為右側模糊文字，內容難以辨識，僅能辨認部分字樣）

目 录

1 第一章 著作权法律制度概述

- | | |
|----|------------------|
| 1 | 第一节 著作权 |
| 4 | 第二节 著作权法 |
| 9 | 第三节 我国著作权法的历史 |
| 11 | 第四节 著作权在社会经济中的地位 |

13 第二章 著作权的客体

- | | |
|----|-----------------|
| 13 | 第一节 作品的概念 |
| 24 | 第二节 作品的种类 |
| 35 | 第三节 不受著作权法保护的作品 |

45 第三章 著作权主体和著作权归属

- | | |
|----|------------|
| 45 | 第一节 著作权主体 |
| 51 | 第二节 著作权的归属 |

87 第四章 著作权的内容

- | | |
|-----|-------------|
| 87 | 第一节 著作人身权 |
| 94 | 第二节 著作财产权 |
| 128 | 第三节 著作权的保护期 |

139 第五章 邻接权

- | | |
|-----|------------|
| 139 | 第一节 邻接权的概述 |
| 143 | 第二节 表演者权 |
| 148 | 第三节 录制者权 |

156	第四节	广播组织权
160	第五节	出版者权
161	第六节	邻接权的保护期限
164	第六章 著作权的限制	
164	第一节	著作权限制概述
170	第二节	正当使用
201	第三节	法定许可
210	第七章 著作权的利用和集体管理	
210	第一节	著作权的许可
214	第二节	著作权的转移
217	第三节	著作权集体管理
228	第八章 著作权的侵权与救济	
228	第一节	侵害著作权的行为
236	第二节	互联网上侵害著作权的行为
256	第三节	侵害著作权的法律责任

目 录

1 第一章 著作权法律制度概述

1	【本章导读】
1	第一节 著作权
1	一、著作权的概念
2	二、著作权与版权
3	三、著作权与工业版权
4	第二节 著作权法
4	一、前著作权时期的出版特许权
5	二、现代著作权制度的产生
7	三、著作权国际保护体系
9	第三节 我国著作权法的历史
9	一、著作权法的产生和发展
11	二、著作权法新一轮修订
11	第四节 著作权在社会经济中的地位

13 第二章 著作权的客体

13	【本章导读】
13	第一节 作品的概念
13	一、作品的定义
14	二、独创性
17	三、思想表达二分法
22	四、作品的构成要素
24	第二节 作品的种类
24	一、一般作品
31	二、特殊作品

35	第三节 不受著作权法保护的作品
35	一、官方文件
36	二、时事新闻
38	三、历法、通用数表、通用表格和公式
39	理论探讨 计算机艺术字体是否应受著作权保护

45 第三章 著作权主体和著作权归属

45	【本章导读】
45	第一节 著作权主体
46	一、作者
49	二、非作者
49	三、外国人
51	第二节 著作权的归属
51	一、著作权归属的一般原则
51	二、演绎作品的著作权
54	三、合作作品的著作权
55	四、汇编作品的著作权
57	理论探讨 互联网百科是汇编作品吗?
61	五、视听作品的著作权
66	理论探讨 由美术作品改编的动画人物形象及动画片的著作权问题
72	六、职务作品的著作权
74	七、委托作品的著作权
76	理论探讨 作为为他作品的委托作品:目的价值与权利分配(节选)
78	八、原件所有权转移的作品的著作权

87 第四章 著作权的内容

87	【本章导读】
87	第一节 著作人身权
87	一、著作人身权概述
89	二、发表权
89	三、署名权

91	四、保护作品完整权及修改权
93	五、收回权
94	第二节 著作财产权
94	一、著作财产权概述
96	二、复制权
100	三、传播权
106	理论探讨 信息网络传播行为再思考
112	四、演绎权
115	五、其他权利
116	理论探讨 古籍整理者对古籍整理作品享有演绎权吗?
120	理论探讨 连续权:艺术家的福利
128	第三节 著作权的保护期
128	一、著作人身权保护期
128	二、著作财产权保护期
133	理论探讨 著作财产权体系的反思与重构

139 第五章 邻接权

139	【本章导读】
139	第一节 邻接权的概述
139	一、邻接权的产生
141	二、邻接权和著作权的关系
143	第二节 表演者权
143	一、表演者权的主体和客体
145	二、表演者权的内容
147	三、表演者与著作权人、录制者的关系
148	第三节 录制者权
148	一、录制者权的主体
149	二、录制者权的客体
150	三、录制者权的内容
151	四、录制者与著作权人、表演者的关系
153	理论探讨 再议录音制作者广播权和表演权
156	第四节 广播组织权

156	一、广播组织权的主体和客体
157	二、广播组织权的内容
159	三、广播组织与著作权人、表演者和录制者的关系
160	第五节 出版者权
161	第六节 邻接权的保护期限
164	第六章 著作权的限制
164	【本章导读】
164	第一节 著作权限制概述
164	一、著作权限制的含义
165	二、著作权限制的理由
167	三、著作权限制的立法
170	第二节 正当使用
170	一、正当使用的概念
171	二、正当使用的具体情形
172	理论探讨 数字环境下著作权补偿金制度研究
186	理论探讨 著作权例外中的图书馆使用
191	理论探讨 快照服务的性质及其纳入合理使用之路径
201	第三节 法定许可
201	一、法定许可的含义
203	二、编写出版教科书法定许可
204	三、报刊转载法定许可
205	四、制作录音制品法定许可
207	五、播放作品法定许可
208	六、通过网络向农村提供特定作品法定许可
210	第七章 著作权的利用和集体管理
210	【本章导读】
210	第一节 著作权的许可
210	一、著作权许可的概念
211	二、几种著作权许可合同

214	第二节 著作权的转移
214	一、著作权的转让
216	二、著作权的继承
217	第三节 著作权集体管理
217	一、集体管理的概念
218	二、著作权集体管理组织
219	三、著作权集体管理组织与著作权人的关系
220	四、集体管理组织的职能
221	理论探讨 期刊业数字化发展过程中的版权困境与治理

228 第八章 著作权的侵权与救济

228	【本章导读】
228	第一节 侵害著作权的行为
228	一、侵害著作权行为的概念
229	二、侵害著作权行为的种类
236	第二节 互联网上侵害著作权的行为
236	一、侵害信息网络传播权行为的概念
237	二、网络服务提供者实施的侵权行为
238	三、网络服务商共同侵权
244	理论探讨 试论网络上第三人版权责任的构成要件
252	理论探讨 如何认定文档分享平台的共同侵权责任
256	第三节 侵害著作权的法律责任
256	一、侵害著作权的民事责任
259	二、行政责任
260	三、刑事责任

一、	1
二、	2
三、	3
四、	4
五、	5
六、	6
七、	7
八、	8
九、	9
十、	10
十一、	11
十二、	12
十三、	13
十四、	14
十五、	15
十六、	16
十七、	17
十八、	18
十九、	19
二十、	20
二十一、	21
二十二、	22
二十三、	23
二十四、	24
二十五、	25
二十六、	26
二十七、	27
二十八、	28
二十九、	29
三十、	30
三十一、	31
三十二、	32
三十三、	33
三十四、	34
三十五、	35
三十六、	36
三十七、	37
三十八、	38
三十九、	39
四十、	40
四十一、	41
四十二、	42
四十三、	43
四十四、	44
四十五、	45
四十六、	46
四十七、	47
四十八、	48
四十九、	49
五十、	50
五十一、	51
五十二、	52
五十三、	53
五十四、	54
五十五、	55
五十六、	56
五十七、	57
五十八、	58
五十九、	59
六十、	60
六十一、	61
六十二、	62
六十三、	63
六十四、	64
六十五、	65
六十六、	66
六十七、	67
六十八、	68
六十九、	69
七十、	70
七十一、	71
七十二、	72
七十三、	73
七十四、	74
七十五、	75
七十六、	76
七十七、	77
七十八、	78
七十九、	79
八十、	80
八十一、	81
八十二、	82
八十三、	83
八十四、	84
八十五、	85
八十六、	86
八十七、	87
八十八、	88
八十九、	89
九十、	90
九十一、	91
九十二、	92
九十三、	93
九十四、	94
九十五、	95
九十六、	96
九十七、	97
九十八、	98
九十九、	99
一百、	100

第一章



著作权法律制度概述

【本章导读】 著作权也称为版权,是近代印刷技术的进步带来的一个产物。自英国《安妮法》建立起现代意义的著作权法之后,著作权制度随着传播科技的发展成长起来,并形成两大体系:大陆法法系的作者权体系和英美法系的版权体系。著作权是民事权利,但同时著作权法关系到社会文化的可持续发展,又被称为“文化宪法”。本章是著作权和著作权法律制度的概述,介绍著作权的概念和著作权法律制度的产生、发展和现状,世界各国著作权法律制度概况,我国著作权制度的历史沿革,以及著作权在现代社会经济中的作用。

第一节 著作 权

一、著作权的概念

著作权是作者或者其他权利人对其创作的作品及相关客体享有的专有权。文学艺术和科学作品是著作权产生的法律事实,没有作品就没有著作权,因此著作权也称为文学艺术产权。

在我国,著作权有狭义和广义之分。狭义的著作权是作者对作品所享有的权利,也可以称为作者权。从客体来讲,作者权是指以作品为对象的权利。广义的著作权还包括邻接权或相关权,即作品传播者享有的权利,如表演者对其表演、录制者对其制作的音像制品、广播电视组织对其播放的节目以及出版者对其出版物的版式设计享有的专有权。广义的著作权是作者权+邻接权,从主体看,著作权人是作者、传播者,从客体来看,既有各类文学艺术作品,也包括对作品的表演、录音录像制品、广播电视节目等。

著作权的权利内容是精神权利和经济权利的合一。精神权利仅指作者就其所创作的作品中体现的人格利益所享有的权利,在立法上也称为著作人格权、著作人身权。经济权利,是指作者和其他著作权人所享有的使用作品而获得经济利益的权利,立法上称之为著作财产权。本书所称的著作权是广义的,包括作者权和作品传播者的邻接权。

二、著作权与版权

著作权,又称为版权,我国立法文件上将二者视为同义语。^①但是从词源和法律传统看,著作权和版权这两个术语是存在差异的,两者分别代表了不同的哲学基础和立法理念,由此而形成了两种不同的有关保护作品的法律制度——版权体系和作者权体系。版权对应英文 copyright,最初是以稿本为基础的出版商特权,即图书出版商掌握的对稿本进行印刷出版的特权。后来通过立法确立了作者对稿本享有权利,出版商得到作者同意可以印刷出版图书,并向作者支付报酬。此后,版权就是指复制之权,禁止他人非法复制的权利。现代版权体系的“版权”概念则涵盖作品创作者的权利和作品传播者的权利。著作权的概念来自于“作者权”“著作者权”,对应英文短语 author's right,强调的是作品创作者的权利。与版权不同的是,著作权概念的范围较小,仅仅指作者的权利,而不包括作品传播者的权利,著作权之外,也没有一个能涵盖作者权利和邻接权的上位概念,所以大陆法国家的成文法名称都并称“作者权与邻接权”,只有法国例外,创造了一个文学艺术产权的概念,统领作者权和邻接权。^②

版权体系存在于英美法系,以英国和美国为代表。在英美国家保护作品的法律称为版权法,在英国和美国的立法和社会生活中有一种根深蒂固的观念:“最为根本的是,版权是一种财产权利形式。”这种认识反映了版权制度最初脱胎于出版商特权——保护出版商对稿本进行复制的专有权的真实面貌。由版权为财产权的观念所决定,版权法中当然不设保护作者人格权利的规范,因此英美法系版权法是纯然的财产法。大陆法国家“作者权法”的哲学基础是“作品是作者人格的反映”“作者权是作者控制作品使用的一种自然权利”。受这一立法理念的支配,作者在作品上的人格利益是必受保护的。在制度设置上,作者权的内容分设为人格权和财产权两类权利,作者权之外又专设邻接权来保护作品传播者和不构成作品的劳动成果的权利。

^① 《著作权法》第57条,本法所称的著作权即版权。

^② 德国著作权法的名称《著作权法与邻接权法》,意大利著作权法的名称《关于著作权及与其行使相关的其他权利法律》,法国著作权法的名称为《著作权及表注著述者、录音录像制作者和视听传播企业法》。参见:《十二国著作权法》,《十二国著作权法》翻译组译,清华大学出版社2011年版。

版权和著作权所反映的两种立法观念和制度设计上的差异,自保护著作权国际公约诞生以后开始逐步地缩小。在进入著作权国际保护体系的过程中,两大法系的国内立法为了符合国际公约的标准,经过法律修订、增补和协调,呈现出相互借鉴和接近的趋势。今天,在经济全球化的环境下,著作权作为图书、影视、软件、网络等文化产业共存和发展的基本前提,著作权产业对于国民经济生产总值的贡献率不断增长的事实,使得“版权”和“作者权”以及“著作权”的称谓留下的更多的是形式上的差别。

我国著作权法从名称到体例更接近于作者权体系。1949年以前我国的法律多仿效日本、德国,清末时期“著作权”的概念由日本引进,此后即成为正式法律用语。中华人民共和国成立以后,法律文件混用“版权”和“著作权”,1979年我国开始著作权法的起草工作,其间该法的名称几经反复,立法最终采用《著作权法》的名称,并在该法的附则明确规定“本法所称的著作权即版权”,从而使得两个术语之间的法律之争画上了句号。但在学理上,著作权和版权的差异仍然存在,对两者的选用一定程度上反映了研究者的学术背景及对著作权制度的理解。

三、著作权与工业版权

著作权是知识产权的一个重要类别,和工业产权共同构成知识产权。著作权和工业产权划分的标准主要在于,二者对象所属的领域和作用不同。

工业产权的对象是工商业领域以满足物质生产和生活实用性的发明创造或识别性标记,其形成的权利主要有专利权、商标权,以及制止不正当竞争行为的法益。广义的工业产权还包括以商业秘密、地理标志、植物新品种等为对象的法益。著作权的保护对象,是产生于文学、艺术和科学领域内的作品,其主要用以传播文化知识和丰富人类的精神生活,基于作品形成的权利有作品创作者的权利和作品传播者的相关权利。

从权利角度看,著作权和工业产权也有区别。首先,著作权具有的独占性和排他性程度弱于工业产权。著作权只排斥那些对个人有独创性的表达未经许可的利用,但不能排斥他人独立完成的与之相近似甚至相同的作品取得著作权。所以,只要是独立完成而非抄袭他人之作,就同样表现形式的作品而言,允许多个著作权并存。工业产权的独占性和排他性远比著作权强。相同技术方案或者设计构思,尽管是“英雄所见略同”,法律只能赋予其中一个以独占权,并排除其他人就同一表现形式再享有同样权利的可能,发明创造专利权只赋予就其发明创造最先提出专利申请的人,商标权赋予最先申请该商标注册的人。其次,著作权是自动产生的。只要发生作品完成

这样一个法律事实,作者就依法取得著作权。工业产权则需法律事实加法律确认,即由特定的机构,依据一定的法定程序对发明创造、标志的设计或选用进行审查、评价,最后予以登记注册,才能产生确定的权利。

工业产权和著作权的划分是一种传统的知识产权分类方法,两者在现代新技术科技成果面前,界限已经不那么分明,而是出现了互相渗透、交叉融合的趋势。如计算机程序、集成电路布图,很难将它们准确地划入哪一传统分类中去,这些对象在其产生的活动领域上难以区分是文学艺术的还是工商业的,在权利内容上和保护方式上著作权与工业产权互相吸收,从而形成了一个亦此亦彼新的权利类——工业版权。

第二节 著作权法

知识产权制度是近代科学技术与商品经济发展的产物。就著作权而言,其产生和发展与人类传播科技的进步密切相关。从历史沿革看,著作权制度经历了由出版特许权到现代著作权的发展历程。

一、前著作权时期的出版特许权

著作权史的研究表明,出版与著作权在历史上的确有过密切的关系,著作权是近代印刷术的产物。在印刷术发明以前,作品不可能大量复制出售,书籍以手抄本的形式复制,这是一个缓慢而艰苦的过程,手抄的费用很高,总数也有限。加上能够获得作品又识文断字的人数量有限,因而不存在禁止复制、翻印,保护稿本的需要。那时,尽管作者有某种维护自身创作成果的意识,但也只是对文学盗窃行为进行道义上的谴责,并不产生法律上的后果。在很长一个历史时期,落后的复制手段成为保护作品的天然屏障。

造纸术和印刷术的发明及应用使世界发生了革命性的变化,长达千年的手抄稿本时代结束了,大量廉价的印刷图书一方面使得作者的思想得以传播,另一方面也使作品的载体——图书成为商品,大众书籍消费市场的形成,使图书出版发行活动有利可图。图书出版行业出现了激烈的竞争,各种盗版牟利的行为也随之产生。为了控制书籍的翻印,出版商不得不寻求一种手段保护他们的利益。最初出版商组织建立起行会,制定内部规则以确保印刷出版图书的权利由特定的出版商专有,其他出版商不得擅自翻印。但这些规则只能约束本行会的成员,而不能消除行会以外的出版商印刷出版图书的威胁。于是,出版商们又进一步寻求公权力来保护图书印刷利益,这样就产生了出版特许权制度(Stationers' Copyright,也译为出版商版权)。出版特许

权制度是官方给予出版商的独占性经营权,它由王室乃至教会势力赋予出版商印刷出版图书的垄断权,而作为对价,出版商则要根据王室或教会的要求审查和控制某些书籍的传播。迄今为止,欧洲发现最早的出版特许权产生于15世纪的威尼斯共和国。此后,罗马、法国和英国的封建统治者都曾向印刷出版商授予出版特许权。这个时期的出版特许权不过是封建王权、特权在印刷出版行业的体现而已。

中国早在宋代就出现了类似出版特许权的官府令。1068年北宋年间,为保护《九经》监本,朝廷曾下令禁止一般人擅自刻印。在以后的几个世纪里,由朝廷官府将印制某作品的权利特许给印刷商,被保护的书籍上载明“申报上司,不许复版”,对擅自翻版的,当受“追版劈毁,断罪施刑”处罚的做法一直在施行。但是中国自宋代起的这种印刷特令并没有最终法律化,更没有发展成为现代著作权制度。

出版特许权的实质是一种专营制度,而并非现代意义的著作权制度。这是因为,首先,特许权制度的核心是对图书印刷产生的利益进行分配,以保护出版商对图书印刷出版的垄断权,特许权的受益人是出版商。文学艺术作品没有被当做保护对象,作者的利益至多受到间接保护。其次,特许权的取得不是基于创作行为,而是封建政权的授予,并且这种权利的授予是与书籍审查联系在一起的。

尽管出版特许权与现代意义的著作权制度有着本质区别,但是出版特许权在图书出版发行的市场利益分配上逐渐朝着有利于作者的方向发展,最终成为孕育现代著作权制度的胚胎。

二、现代著作权制度的产生

(一) 版权制度的诞生

根据版权历史研究,版权的概念早于著作权概念的产生,近代版权制度发端于英国。

随着资本主义经济的发展,出版商特许权引起社会各界的不满和反对,与此同时,作者团体作为资产阶级的一部分也提出了保护其创作物的要求,他们主张作品应当得到法律的保护。最终,出版商特权被取消了。此后,在各方利益团体的推动下,1710年英国终于颁布了一项保护版权的法律,这部法律的名称是“为鼓励知识创作而授予作者及稿本购买者就印刷书籍在一定时期内之权利的法”(An act for the encouragement of leaning by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such, copies during the times therein mentioned)。由于该法的名称较长,后人以当时在位的英国女王的名字命名这部法律,称之为《安妮法》(The Statute of Anne)。*《安妮法》*的出现大幅度改变了原本存在于作者、出版商、读者之间的利益

分配格局。作者对创作物的财产权从出版商公会所享有的特权中分离出来,独立地享有同意或禁止他人出版其作品的权利。出版商对他们出版的书籍享有翻印、再版和销售的权利。社会大众所获得的回报,是出版商在一定的保护期间届满后不得再就其出版的书籍主张任何权利。

《安妮法》的最大成果是废除了出版特权,印刷出版书籍的权利不再专属于出版商公会,作者的权利开始受到关注。正是因为权利主体由出版商转向创作者个人,权利的性质从君授特权转变为依法产生的财产权利,标志着以保护作者的利益为宗旨的现代版权制度的诞生。由于《安妮法》首次从法律上认可作者对其作品享有排他性的权利,因而被奉为现代版权法产生的标志,英国也因此成为现代版权法的发源地。

美国版权法在理论和实践上都直接秉承英国传统。1787年的美国宪法授予国会“确保作者和发明者在有限的时间内享有对其作品和发明的专有权,以此推动科学和实用技术的进步”。根据宪法授权,美国于1790年通过了第一部联邦版权法。该法的目的在于“通过保证作者在规定期限内拥有对其诸如地图、表格、著作之类作品的权利以鼓励人们创作”。1909年,美国国会颁布了第二部版权法,该法扩大了版权保护的客体,规定“所有由作者创作的作品”都是版权的客体,还延长了版权的保护期限,使得版权保护期最长可达56年。1976年美国国会通过了经过大幅修改的第三部版权法,也就是现行著作权法。美国早期版权制度反映了鲜明的实用主义特点。立法者认识到,版权保护能够促进知识和信息交流,而鼓励出版又有利于言论自由。知识的传播同时也有助于确保人民通过更多渠道享受社会和经济发展的利益。

(二) 作者权制度的诞生

大陆法国家保护作品及创作者的法律称为作者权法。作者权法律制度起源于法国。法国也曾经历过出版特许权时期。18世纪末法国大革命时期废除了特许权制度,并代之以自由财产权。1791年法国颁布的该领域第一部法令名为《表演权法》,该法律认可戏剧作品创作者对戏剧表演的财产权利。两年之后,法国又颁布了全面的《复制权法》,该法令将保护范围扩大到书籍、戏剧作品和设计、雕塑等文学艺术作品,保证作者终生享有发行和销售作品的专有权利。受大革命时期“天赋人权”理论的影响,法国的法律认可文学艺术“产权”。著作权是作者对其作品的使用进行控制的个人的不可剥夺的权利,将作品创作者置于保护的中心地位。1957年,上述两部法律经过修改后成为《文学艺术产权法》,1992年被编入《知识产权法典》。

法国著作权法的产生晚于英国《安妮法》近百年,但它却是著作权法发展进程中的巨大进步。首先,法国的法律是以作者为中心,赋予作者对其作品享有产权。其次,这些法律将作者权的保护范围由图书复制扩大到了作品的表演方面,提升了著作

权的保护水平。再次,法国著作权法以作者和产权概念为中心的理论导致了后来对作者精神权利的承认,精神权利后又成为著作权的组成部分。

在法国建立作者权制度以后,作者权概念在欧洲国家得到进一步发展。德国早期著作权法于1845年制定。1871年著作权法成为全德国统一的法律的一部分。现行德国著作权法名为《关于著作权与邻接权的法律》(简称《著作权法》),该法于1965年颁布,后来又经过多次改革。法国、德国的作者权法被欧洲大陆国家接受,后来被拉美国家以及非洲国家和东欧许多国家所采纳,从而形成了英美版权体系之外的作者权体系。作者权使著作权变成一种有助于自然人的作者对其作品的使用进行控制的个人的不可剥夺的权利。相比之下,英国、美国等通用的“版权”制度,一直旨在从商业角度对作品的使用进行规范。^①

三、著作权国际保护体系

(一) 有关作者权的国际公约

欧美国家著作权制度的建立使本国作品得到保护。然而,作品具有公共物品属性,其传播利用可在多处同时出现由无数人共享,使著作权保护不可能仅仅局限于作品产生国的领土内。为了使本国作品在国外得到保护,同时也在国内保护外国作品,欧洲国家首先以双边对等条约的形式来解决跨国作品的保护问题,双边条约大多是在欧洲国家之间签署的。之后,为弥补双边条约的不足,以适应图书和音乐市场的国际化要求,欧洲各国以多边条约形式建立了一个国际保护体系,这就是1886年缔结的《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works,以下简称《伯尔尼公约》)。《伯尔尼公约》的缔结标志着著作权国际保护体系的建立,从其缔结之日起,《伯尔尼公约》以其所载的最低限度保护标准,成为各国国内立法统一化的决定因素,很多国家在参加该公约之前,就将其作为国内法的渊源。^②

自1886年原始文本形成后,《伯尔尼公约》经历了几个阶段:1908年柏林修订文本;1928年罗马修订文本;1948年布鲁塞尔修订文本;1967年斯德哥尔摩修订文本;1971年巴黎修订文本。经过一系列的修订、补充,世界上大多数国家成为公约的缔约国,《伯尔尼公约》成为一个世界范围内的统一体系,成为著作权国际保护的事实上的标准。

^① 参见〔西班牙〕德利娅·利普希克:《著作权和邻接权》,联合国译,联合国教科文组织、中国对外翻译出版公司2000年版,第23页。

^② 同上书,第467页。

根据最新文本(即1971年巴黎文本),《伯尔尼公约》包括引言、正文和附录。正文分为两大类条款,第一类是实质性或基础性条款,用以规定著作权保护的实体问题,另一类是行政性条款,用以处理行政管理问题。附录是关于发展中国家的特别规定。有关《伯尔尼公约》的实质性条款的具体内容将在以下相关章节中介绍。

20世纪末,为了应对新技术、新使用方式以及新市场带来的挑战,制定新的著作权保护规范的要求日益迫切。1996年12月世界知识产权组织制定的《世界知识产权组织版权条约》(WIPO Copyright Treaty,简称WCT)和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WIPO Performances and Phonograms Treaty,简称WPPT)终于获得通过。两个条约有关著作权与邻接权的新规范集中于数字技术,特别是互联网方面的问题,故又被称为“互联网条约”(Internet Treaties)。WCT与《伯尔尼公约》有着特殊关系,被视为《伯尔尼公约》的组成部分,是《伯尔尼公约》第20条意义下“授予作者的权利比公约所授予的权利更为广泛,或其中包括并不违反本公约的其他条文”的特别协定。WCT共25条:第1条至第14条是实质性条款,第15条至第25条是行政管理条款。另附议定声明9条,以对条约规定作进一步解释。

至20世纪80年代中期,著作权国际保护领域的工作主要由以世界知识产权组织为核心的一些联合国专门机构,如联合国教科文组织负责,世界贸易组织并不涉足知识产权问题。由于知识产权与国际贸易关系密切,而知识产权国际保护不力已经对国际贸易构成了严重影响,在关贸总协定乌拉圭回合谈判时,发达国家提出加入知识产权问题的谈判。自1989年开始,乌拉圭回合就知识产权实质问题进行谈判,随后于1991年通过了知识产权问题的协定,于1994年最终形成了《与贸易有关的知识产权协定》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)(简称《知识产权协定》或者“TRIPs协定”)被纳入到《建立世界贸易组织协定》。就TRIPs协定与《伯尔尼公约》的关系而言,该协定所有规定不减损缔约方在《伯尔尼公约》下应承担的义务。在实质性条款方面,相比《伯尔尼公约》,TRIPs协定强调了对新技术作品,如计算机程序和数据汇编的著作权保护,还规定了对作品传播者进行保护。除了著作权,TRIPs协定规定的知识产权还涉及商标、地理标记、专利、未公开信息等,从而使其成为迄今为止最具综合性的知识产权多边协定。

(二) 邻接权保护的国际公约

《伯尔尼公约》是以文学艺术作品和作者权为保护对象的著作权国际条约,并未涉及作品传播者如表演者、录音制作者的权益保护。为了保护表演者、录音制品制作者与广播组织在传播作品过程中所产生的合法权益(邻接权或者相关权),1961年在国际劳工组织、联合国教科文组织及世界知识产权组织的共同主持下,约20个国家在

罗马订立了《保护表演者、录音制品制作者与广播组织公约》(International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations)(简称《罗马公约》)。《罗马公约》是专门规定邻接权的重要国际公约,在此之后涉及邻接权方面的国际条约与协定还有:世界贸易组织 TRIPs 协定、《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(简称 WPPT)、《视听表演北京条约》(简称《北京条约》)。

WPPT 是世界知识产权组织主持制定的两个互联网条约之一,其重点解决互联网环境下作品传播者权利保护的问题。《北京条约》是世界知识产权组织于 2012 年 6 月在北京举行的关于保护音像表演的外交会议上所通过的一项国际条约,其宗旨是保护表演者对其视听表演的权利。

上述著作权国际公约的实质性条款在之后的相关章节中给予介绍。

第三节 我国著作权法的历史

一、著作权法的产生和发展

中国是造纸术和印刷术的发明地,但是中国却没有自发产生著作权制度。自宋代以后,中国虽然也有过对某些书籍“著作权所有,翻印必究”的官府榜令、告示,但这种对书籍翻印的行政保护并没有形成一种制度,更没有发展成现代著作权制度。

我国历史上第一部系统的著作权法是 1910 年清政府颁布的《大清著作权律》,这部法律的制定是为了履行中国和美国签订的《中美通商行船条约》中方给予美国人著作权的承诺。从积极一面来说,这一中美条约是现代著作权制度引入中国的开端。《大清著作权律》参考了东西各国的著作权法,兼有大陆法和英美法的特点,但受日本、德国影响最深。《大清著作权律》虽未及实施,但作为我国第一部著作权法在我国的著作权立法历史上产生了深远的影响。一方面,《大清著作权律》奠定了我国著作权法的基础,此后历次著作权立法,无不受到这部法律的影响。此后,北洋政府和国民政府相继颁布过著作权法,基本沿袭《大清著作权律》的内容和架构。1928 年,国民党政府公布实施了《著作权法》和《著作权法施行细则》,现行于我国台湾地区的著作权法就是在该法基础上经过数次修订而成的。

中华人民共和国成立后,很长时间没有一部著作权法。有关行政管理部门发布的条例、决议等行政法规主要涉及稿酬、图书出版事项。1985 年文化部颁布《图书期刊著作权保护试行条例》,该条例对于国内图书期刊作品的著作权作了一些原则规

定,一定程度上解决了文字作品著作权保护问题。1986年广播电视部颁布过《录音录像出版物保护暂行条例》对音像制品给予了一定保护。1986年颁布的《民法通则》用一节的篇幅专门规定知识产权,“公民、法人享有著作权(版权),依法有署名、发表、出版、获得报酬等权利”。在民事责任部分,又设专条对侵害知识产权的民事责任作了明确规定:“公民、法人的著作权(版权)受到剽窃、篡改、假冒等侵害的,有权要求停止侵害,消除影响,赔偿损失”。《民法通则》是我国的民事基本法,在基本法中对知识产权的基本类型和内容以及保护方法作出原则规定,以立法的方式明确了知识产权法的性质和地位,为知识产权保护提供了重要的法律依据,也为著作权立法奠定了坚实的基础。

经过长达11年的立法过程,1990年9月7日在第七届全国人民代表大会常务委员第十五次会议上通过了中华人民共和国第一部《著作权法》。该法于1991年6月1日起实施。随即,又颁布了国务院通过的《著作权法实施条例》和《计算机软件保护条例》。

《著作权法》实施以后,对我国的经济文化建设和社会生活产生了深刻的影响,也促进了我国与世界各国的科学技术、文化、教育等领域的交流。经过十多年的实践,社会生活与国际交往也对著作权法提出了新的要求,为了进一步完善我国的著作权保护制度,促进经济、科技和文化的发展繁荣,并适应我国加入世界贸易组织的进程,著作权法进行了第一次修改。2001年第九届全国人大常委会通过了《著作权法修正案》,修订后的《著作权法》扩大了著作权保护的客体,增加了著作权人的权利,调整了法定许可使用作品的范围,增加了对技术措施和权利管理信息的保护,明确了著作权集体管理组织的地位,增加了司法机构对侵权行为采取临时措施的规定,加重了对侵害公共利益侵权行为的制裁。2010年全国人大常委会再次对《著作权法》作了修订,删除了原第4条第1款,增设了关于著作权出质的规定。

《著作权法》第一次修改之后,我国还加快了与著作权法配套的行政法规的建设。2004年12月国务院颁布《著作权集体管理条例》,2006年7月国务院通过了《信息网络传播权保护条例》。加上已经颁布的《著作权法实施条例》《计算机软件保护条例》,除了民间文学艺术作品保护条例尚未制定,我国著作权法律体系已基本完备。

我国著作权法律制度从建立到完备,与我国积极加入国际著作权保护体系是分不开的。1980年,早在知识产权法制建设起步之时,我国就加入了《成立世界知识产权组织公约》。1992年,在实施《著作权法》的第二年,我国决定参加《伯尔尼公约》。按照《伯尔尼公约》的规定,该著作权国际公约于1992年10月15日对我国生效。2001年我国加入世界贸易组织的《知识产权协定》,2007年6月加入《世界知识产权组

织著作权条约》和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》。上述国际条约既是推动我国《著作权法》制定和修改的国际背景,也是我国《著作权法》所依据的国际文件。

二、著作权法新一轮修订

《著作权法》实施之后进行过两次修改,但都限于被动性和局部性,没能完全反映和体现我国社会经济发生的深刻变化。近 20 年来我国市场经济制度确立,文化产业繁荣发展,经济与社会结构的变动,形成了社会利益多元化的格局,从而加剧了著作权法和社会需求的矛盾。同时,我国所处的国际形势也发生了深刻的变化,传播领域的科学技术迅猛发展,数字和网络技术的广泛运用,改变了作品创作和传播方式。经济全球化进一步深入,著作权保护已经成为国际经济贸易中不可回避的一个重要问题。面对国内国际形势的深刻变化,现行《著作权法》“对著作权保护不够,难以有效遏制侵权行为,不足以激励创作者的积极性;著作权授权机制和交易规则不畅,难以保障使用者合法、便捷、有效地取得授权和传播使用作品”^①这两大主要矛盾没有得到有效解决。

根据国务院 2011 年的立法计划,国务院著作权行政管理部门国家版权局于 2011 年 7 月正式启动了《著作权法》修订工作。为顺利推进法律修订工作,国家版权局专门成立《著作权法》修订工作领导小组和《著作权法》修订工作专家委员会,广泛征求社会各界对立法工作的意见和建议,委托国内著作权领域影响较大的三家教学科研单位分别起草“著作权法修订专家意见稿”。著作权法修订草案初稿形成后,通过专函和网络发布等方式,向社会公众和立法、司法、行政部门以及社会团体征求意见。国家版权局形成的《著作权法(修订草案送审稿)》,提交国务院审议,再由国务院提交全国人大常委会的讨论,人大常委会审议通过后才能成为法律修正案,这一立法过程需要经过一段较长的时间。

第四节 著作权在社会经济中的地位

传统的著作权法与小说、音乐、绘画、电影等文学艺术作品密切相关,调整着文学艺术创作者对其精神产品的财产关系和人身关系。在当今知识经济时代,一方面由于计算机程序、电子数据库、视听作品等具有重大产业意义的产品成为著作权法保护的主体;另一方面,掌握和运用知识产权的主体也在扩展,从创作者个人到利用著作

^① 国家版权局:《关于〈著作权法〉(修订草案送审稿)的说明》,2012 年 12 月。

权开展商业活动的投资者,著作权法影响着公众企业、创业和人们的日常生活,从这一意义上讲,著作权已不限于民事活动领域,而是扩大到社会经济文化的各个方面。

著作权法又被称为“文化宪法”,它维护文学艺术创造成果的价值,促进改革文化产业的发展。文化产业是指从事文化产品和文化服务的经营性活动,主要包括但不限于图书出版业、影视音像业、广播电视业、软件开发、互联网行业、信息咨询服务业等多个行业。文化产业作为经济与文化的结合体,以知识、信息等文化资源为特殊生产要素,以娱乐、休闲、体验为消费方式,其所创造的价值在国内生产总值中所占的比重不断上升。在一些发达国家,文化产业已成为最具有创造财富和就业潜力的支柱产业之一,为国民经济发展和社会福利作出了突出贡献,如美国的电影和传媒业、日本的动漫产业、韩国的网络游戏、德国的出版业、英国的音乐产业,对国民经济的贡献具有重要的作用。近年来,我国文化产业日益壮大,图书报刊、数字出版、广播影视、文化娱乐、信息网络、计算机软件等产业的发展速度远远超出了传统的文化产业和制造业。文化事业已不仅是精神文明的重要领域,而且与经济结合带动了物质文明的建设和发展,成为一个新的产业门类。

作品的创作和传播不仅需要人类的智慧、技能和天赋,还需借助于现代科技对文化资源进行再创造与提升,还需要通过知识产权的利用和保护,产生出能够满足社会大众文化需求的文化产品。文化产业中的大部分产品都涉及知识产权,书籍报刊、电影电视、音乐、美术等,大都属于著作权的保护客体、专利权的保护客体或者是商标权的保护客体,其中最主要的是著作权保护的文学艺术和科学作品。文化传播服务也与著作权密切相关,音乐制作、文艺演出、大众娱乐、网络传播,无不涉及著作权的利用和交易。所以文化产业也称为著作权产业。

著作权法作为调整作品创作、传播和使用过程中财产关系的基本规范,不仅对于激发民族创作热情,提高民族创新能力具有直接的作用,而且对民族文化的未来具有重要的意义。随着数字和网络技术的快速发展和广泛运用,社会文化需求将不断增长,文化市场的安全和公平竞争更加需要法律的保障。著作权通过保护文化产业各环节参与者的利益分配激励创作,鼓励作品的传播,通过防止和制裁侵权盗版行为

促进和维护文化市场的公平竞争秩序,保障文化产业健康有序发展。

第二章



著作权的客体

【本章导读】 著作权的保护客体是作品。作品是著作权的核心要素,也是学习著作权法的重点和难点所在。本章阐释作品的含义,分析作品的构成要件,各种类型的作品,以及某些不受法律保护的表达形式。本章中的一些概念,例如“独创性”“思想表达二分法”,是著作权法基本范畴,对于学习和理解何谓作品具有重要意义。在介绍各种作品类型时,又运用“独创性”“思想表达二分法”加以具体分析。

第一节 作品的概念

一、作品的定义

著作权保护的對象是文学艺术和科学作品。作品一般是指通过语言、文字、符号等形式反映作者的思想情感或对客观世界认识的智力创造成果。《伯尔尼公约》对作品的定义为:“文学艺术作品是指文学、科学和艺术领域以内任何方法或形式表现的一切产物。”我国《著作权法实施条例》第2条将作品解释为:“著作权法所称作品,是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。”

作品在本质上人的思想情感的表达。将内心世界的思想、情感通过一定的形式加以表现的过程是创作,由此形成的具有独创性的成果就是作品。思想、情感人皆有之,但是将思想、情感和观点以一定形式表达出来,使他人能够感知,符合独创性要求,则不是人人可以为之的。著作权法意义上的作品应当是:

(1) 属于人的智力创造活动所产生的成果。自然存在物如黄山的奇松、怪石,自然景观如庐山瀑布、海市蜃楼等,虽然奇美异常也具有经济价值,但是因为非人力所

创造、非智力创作,都不可能成为著作权保护的对象。

(2) 必须是文学、艺术和科学技术领域内的智力成果。智力成果的范围很广,成果形式也有多种类型,但著作权的客体作品是文学艺术和科学领域内的创作成果。日常生活中人们将作品一词用于多种场合,烹饪大师作出的菜肴也被称为“作品”,但这些并非文学艺术和科学领域的劳动成果,不属于著作权法保护的对象。

(3) 必须是作者独创的。作品必须来源于作者,来源于作者独立的创作,而不是依照已有作品复制而来,也不是根据既定的程式推演而来。著作权法上的作品是独创性的表达形式,不是思想情感本身,也不是仅有外观的任何表达形式。独创性是作品的核心要件。

(4) 具有可复制性。作品应能够以一定客观形式表现出来为他人所感知,进而能以某种有形形式加以复制,只有这样传达于外的智力成果,才能够再现、传播,为他人利用,产生社会效益和经济价值,才有必要给予著作权保护。

著作权的客体是作品。对于这样一个基本问题,仅仅凭着法律定义是难以理解和掌握的,为了清楚、易懂地阐明作品,需要借助“独创性”“思想与表达”“可复制性”等概念来理解“作品是什么”。

二、独创性

(一) 独创性的含义

独创性,又称原创性(originality),是指作品源于作者并能体现作者个人的特征。独创性的基本含义是指作品是独立创作的,并能体现作者的个人特性。独创性可以从创作过程和创作结果两个方面来理解:(1) 独立完成。从创作过程看,作品源自于作者的智力创作活动,具有独立性。独立,即作品不是对现有作品的复制,也不是对他人作品的抄袭或者按照既定程式的推演。独立创作可以是从无到有的原创,也可以是在已有作品基础上的再度创作,如将小说改编成电影剧本,将英文原著翻译成中文。独立创作并非绝对的,它并不排除作者的创作灵感受到已有成果的影响,也不妨碍创作者在已有作品的基础上进行再创作。实际上,每一个作品的创作源泉都来自于前人的作品,任何原创都是在创作者的生活感受和知识积累的基础上获得的。只要作品来源于作者,其新创作的部分能够体现作者的个性特征就足够了。独创性也不是新颖性,它只要求自己创作了作品,而不管他人是否创作过同样的作品。(2) 具有一定程度的个性。从创作结果来看,作品应当具有某种属于作者本人特有的东西,如语言和逻辑、选择和编排等。凡是由作者个人独立完成的,其成果就会与众不同,具备适量的创造性。独创性在很大程度上是对“个性”的要求,独立创作是一种事实

行为,这个过程是否存在,既然无法复原只能以结果推论,因此,是否具有个性,是独创性的充分要件。

“独创性”是作品的应有之义,只有独立创作反映创作者个人特征的成果才是受著作权法保护的作品。各国著作权法都毫无例外地将独创性作为作品的要件,却很少有从立法上对何谓独创性,独创性的标准作出规定的。《美国版权法》对该法中一系列基本术语、重要概念作出定义,但却没有关于独创性的定义。美国众议院关于1976年版权法的报告曾谈到其中的原因,对“独创性作品”一词,有意没有界定,是打算不加变化地将法院依据现行版权法律而确定的独创性标准纳入法律,这一标准既不包括新颖性、创造性和美学的要求,也不打算扩大版权保护所要求的标准。^①这说明,独创性是著作权法用来指导、评价作品是否可受著作权保护的一个原则,也是赋予司法裁量权的依据,独创性标准是由法院在案件中根据作品类型和具体案情来认定的。

(二) 独创性的标准

独创性是指有一定水准(最低限度)的创造性。“最低限度”的创造性如何理解和把握,可以从以下几个方面的辨析中获得认识:

首先,法律上的独创性和艺术上的审美是不同的。独创性是确定受保护对象的法律标准,而不是为审美服务的。作品的艺术标准和审美价值实际上不存在客观的判断标准,受众和艺术家的个人偏好和欣赏水平决定了对作品的评价不同。流行歌曲和民族音乐哪个更美,言情小说和武侠小说哪个更好,这样的问题应由受众和艺术家评论,而不是由著作权法作出评判。艺术本身不具有法律上的可诉性,艺术价值和审美价值不能成为法官审理案件时判断是否应受著作权保护的标准。^②任何原创性作品都有资格受到著作权保护,并不要求在学术上、艺术上是优秀的、有创作高度的。只要起源于作者,带有一定的个性,就可以满足独创性的要求,平等地受到著作权保护。谁都不会去复制粗糙的绘画,抄袭文法不通的文章,因此即使承认它们有著作权,也没有社会危害性。相反,把艺术价值或审美价值作为判断标准,要求作品具有创作高度时,由于人们的判断标准不同,对于什么能够构成作品就会变得不明确,可能会陷入应该加以保护的作品不能得到保护的境地。因此,满足独创性的要件就应当解释为:创作了和他人作品不同的东西即可。在这一点上,它和专利法要求的进步性、非显而易见性存在很大不同。^③

① 李明德:《美国知识产权法》(第2版),法律出版社2014年版,第243页。

② [德]雷炳德:《著作权法》,张恩民译,法律出版社2005年版,第46页。

③ [日]田村善之:《日本知识产权法》,周超等译,知识产权出版社2011年版,第412页。

其次,独创性不包含新颖性成分。作品的独创并不要求与已有作品相比是新颖的、前所未有的,即使和先前作品、另一部作品极为相似,只要该相似是偶然的,不是复制的结果,就满足了独创性。举例来说,有两位诗人互不相知,但创作了相同的诗,两部作品都不是新颖的,但都是原创的,因而都可以获得著作权。作品的独创性要求比专利的新颖性、创造性要低很多,著作权调整的关系不限于竞争行为,而及于私人活动的全部广阔领域,作品所表达的思想情意具有通性,作品的可替代性很大。著作权鼓励个人自由创作呈现事实多样的作品。

独创性是作品的一般构成要件,在不同种类的作品中,独创性的标准亦有差别。以文学作品和公文写作为例,这两种文体在独创性空间上的差异是很明显的。文学作品最本质的特征是创造,其形式不拘一格,没有可套用的格式;公文不仅在行文体例上有一定要求,而且各部分顺序、用语都有惯常规范。在内容上,文学创作中人物、事件和情节都可以虚构、编造,从而使作品具有较高的独创性;公文则服务于“实用”,需根据一定目标,客观准确地加以表述,只要有一点变化,就可以满足独创性要求。

一般来说,独创性认定是事后的、被动的和个案的。著作权产生于作品创作完成之时,无须经过审查或登记等程序,因而著作权取得之时并不发生独创性判断的问题。只有在发生著作权争议或者著作权侵权纠纷的时候,才有可能对涉案作品的独创性作出事实上的认定,以便解决因该作品而产生的著作权纠纷。

独创性是作品的必要条件,各国著作权法都将独创性规定为作品受保护的条件。不过,在独创性标准上作者权体系和版权体系曾经存在较大差异。作者权体系对独创性采取较高的标准:必须有产生作品的创造性劳动,作品应具有一定的创作高度。例如,德国著作权法规定受保护的作品应为“个人智力成果”,作品必须通过一定的创作水准来区别于普通的、平庸的东西。版权体系的独创性标准较低,被形容为“辛勤收集”(sweat of brow):只要不是抄袭现有作品,而是经由辛勤劳动而创作的成果,即可满足独创性要求而受版权保护。早些年美国法院曾经遵循“辛勤收集”原则认定某些汇编物的独创性,认为只要不是纯粹抄袭现有材料,所有的材料汇集都能构成汇编作品,如电话号码簿、节目表、商业目录、火车时刻表等,因为它们是制作者付出了劳动技巧和判断而得到的成果,故构成作品。1992年,美国最高法院在“费斯特出版公司诉乡村电话公司”案的判决中裁定,按字母表顺序排列的电话号码簿的内容不享有著作权,因为电话号码的排列不具有独创性。经由此案美国最高法院转变了长期以来遵循的“辛勤收集”原则,将独创性标准提高到“最低限度的智力创造的水平”。法官认为,“辛勤收集”理论违背了著作权法的原则,著作权法不保护单纯的事实和思想,作品要求的独创性尽管很低,甚至是微量的,但必须要有,即作品必须“至少有最

低程度的独创性”(at least a minimum degree of creativity)。

与此同时,以独创性要求严格著称的德国在司法中也采取了务实的较灵活的处理方式:对目录、烹调书、通讯录、地名册等简易参考书之类的文字作品规定了较低的独创性标准,从而将其纳入保护范围。这一转变被称为“向着提高竞争法的保护标准、降低著作权方面的要求的世界性趋势作出让步”。

可以说,现在各国著作权法对作品独创性的要求已经不存在多少差别了。

三、思想表达二分法

(一) 思想表达二分法的含义

思想表达二分法是著作权法的一个根本原则,其含义为,著作权只保护对于思想观念的独创性表达而不保护思想观念本身。思想、情感、观念可以被任何人自由使用,一旦通过一定的形式表达出来,受著作权保护的是表达形式而不是思想本身。例如,和谐、仁爱这一中国传统文化的核心精神属于思想观念,以此一思想为主题的创作来自不同艺术门类,作品丰富多彩。北京奥运会主题歌《我和你》通过“我和你”紧密相连来表达人与人、人与自然、人与世界的和谐共荣,把中国文化的核心理念“和谐”“仁爱”等精神蕴含其中。任何人都可以和谐、仁爱为主题来进行创作,既可以是歌词,也可以是绘画、摄影、影视剧等形式的作品。但是《我和你》歌词、乐曲是享有著作权的,任何人不能将其抄袭剽窃而作为自己的作品。

思想表达二分法的原理在著作权国际公约和各国著作权法中都得到体现。《伯尔尼公约》第2条为“受保护的作品”,条款中虽未指明,但对该条作出解释的公约指南指出,“思想本身是不受著作权保护的。但这一思想一旦被阐述或表达出来,就存在对借以表现这一思想的文字、符号、线条等的著作权保护,换句话讲,能受到保护的是表现形式而不是思想本身。”《知识产权协定》第9条则明文规定:“著作权保护及于表达方式,但不涉及思想、程序、操作方法或数学概念本身。”从而将思想表达二分法写进公约条文中。《美国版权法》是唯一一个对思想和表达给予明确规定的法律,该法第102规定:“本法保护的作品,是指以现在或者未来开发的有形形式固定的具有原创性的作品,直接或借助于机械设备可以感知、复制或者传播的作品。”“任何情形下,都不得将对原创作品的保护延伸至思想、程序、过程、系统、操作方法、概念、原理、发现,不论这些内容在作品中以何种形式阐述、说明、解释或体现。”我国《著作权法》没有对思想与表达问题作出规定。但在《计算机软件保护条例》中有所涉及,该《条例》第6条规定,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本身。这一规定体现了思想表达二分法的基本原理。

著作权法上“思想”“观念”来自英文“idea”，相对应的“表达”来自于英文“expression”，都是和作品有关的概念。首先，“思想”并非指思维活动、理性认识等与客观存在相对应的主观意识，而是指存在于作品中的，透过作品可以感知的观念、想法、情感。“表达”，也称为“表现形式”，是作品中思想情感借以外在表现的文字、线条、色彩、音符等符号，通过这种表现形式，可以感知作者的思想、情感以及要达到的创作目标。基于著作权原理，可以将表达和作品看成同义语，“作品是表达”“表达即作品”。一部作品中既有所反映的思想情感又要有表现形式，著作权保护的并非作品中的所有成分，保护哪些成分，不保护哪些成分，用二分法进行区分。可见，思想表达二分法不是主观世界与客观世界的区分，而在于抽象、概括和具体、细化的区分。作品中思想是抽象的、概括的、笼统的，表达是具体的、细化的。

总之，在著作权理论中，思想表达二分法是和作品概念密切相关的，是用来划分作品中受保护的和不受保护的理論工具。实践中，思想表达二分法的应用场所在著作权侵权纠纷中。当著作权作品被利用了，被控侵权作品与受著作权保护作品有相似之处，就需要区分作品中抽象的思想和具体的表达，以便保护表达而不保护作品反映的思想。什么是作品中反映的思想，什么是思想的表达，又需要有一些标准和处理方法。

（二）作品中属于“思想”的范畴

作品中属于思想的成分是指主题、题材、事实和素材等。

1. 题材和主题

题材是作品中描绘的具体事物或社会现象，如农村题材、战争题材、历史题材等。题材存在于社会生活之中，是作者创作之源泉。主题是作品通过描绘现实生活或塑造艺术形象所表现出来的思想意义，也就是贯穿于作品的中心思想。作品的主题在文学和艺术作品中通过人物、情节或形象、画面等自然地流露出来。在科学作品中，作品的主题主要是以抽象的方式通过理性思维来表现。题材和主题是作品内容构成的两大要素，是不可分割的。任何作品都不可能没有主题，因为作者进行创作和研究不可能是无目的的，而主题依靠题材来表现。大自然和社会生活为创作提供了灵感和素材，任何人都可以从中提取自己喜欢的题材，如果承认对题材和主题的专有权利，则会束缚思想的传播并因此会阻碍智力创造力的自由发挥，会妨碍其他作品的创作。

2. 事实和素材

事实是某一事物的发展过程和规律。素材是未经加工的原始材料。素材作为创作题材的基础，是一些感性的、分散的、零碎的生活现象。事实和素材对于文学创作

来说都是必不可少的,二者之间并无多大区分。生活中某些现象、典型事件是客观事实,又是文学创作的素材,作品是作者在积累素材的基础上归纳、提炼、选择出题材将思想、观点、感受寄托于可以被感知的某种特定表达形式。任何作品不管有多么强烈的独创性,其中包含的事实、使用的素材总是向所有人开放的,相同的事实和素材可以见诸形形色色的作品中,任何人都不能对事实和素材享有专有权利。例如,世仇家族男女相爱这样的情节是普遍性的情节,即使雷同也不能说谁抄袭谁的。

(三) 作品的表达形式

1. 符号

符号是作品全部内容赖以显现的手段。作为表达方式的第一要素,符号在不同类型的作品中有着不同的表现特征。如文字作品的符号即表现为语言。“文学是语言的艺术”,语言作为文学的表达方式有极大的表现力,可以表现出各种情、景、人物以及大千世界千差万别的变化。文学艺术作品语言的风格是作者艺术风格的重要方面。美术作品的符号表现为线条、色彩、明暗等绘画形式,音乐作品则表现为由节奏、和声、旋律构成的形式。每一类作品都有自己的独特表达方式,正是不同的表达形式使文学艺术得以分门别类。

2. 结构

结构是对作品整体的组织和安排。作品所要表达的主题,必须通过材料的剪裁、加工和安排组织,分别轻重主次符合逻辑的完整过程得以体现。这种总体上的安排正是作者创造性智力劳动最为充分和最为关键的外在表现。在一部作品中,作者正是利用结构(布局),将语言、色彩、线条、旋律和节奏等符号通过各种不同的形式和体裁充分地展示作品的内容,作品的组织和构造是体现独创性的最重要的方面。

综上所述,主题、题材等要素构成了作品的思想内容。符号、结构等要素构成了作品的表现形式。思想内容和表现形式密不可分地结合在一起,共同构成了作品这一统一体。著作权法以思想的外在表现形式为保护对象,而不保护思想观念本身。

(四) 思想表达二分法的界分

1. 区分思想和表达的方法

思想表达两分法是著作权法的一项基本理论工具,这一点无可置疑。然而掌握这一理论工具并加以运用却不是那么容易。这首先是因为,任何表达都不可能与一定的思想观念截然分离,既不存在不体现任何思想观念的表达,也不存在不借助任何表达形式的思想观念。凡作品都是表达形式与内容、内容与思想观念相统一的整体。其次,对于作品的内容而言,哪些成分属于思想观念的范畴,哪些成分属于表达的范畴,并没有固定的统一的尺度。作品的种类不同,思想和表达的分界点或者区分方法

有所不同。“思想”和“表达”的分界,是针对具体作品在个案中进行研判的。因此,在司法实践中,什么是受保护的表达,什么是不受保护的思想观念,就成了判定侵权与否的关键。

区分思想和表达,需要通过一定的方法使这一抽象原则得以贯彻落实。司法实践和经验总结得出的一系列区分方法,对我们具有重要的启示意义。

(1) 字面复制法。早期印刷复制时代,著作权的保护仅仅及于作品的物理形式,思想和表达的区分也相对简单。对文字作品而言,禁止字面复制,就足以达到保护的目。这一时期以文字作品为主,表达形式就是作者所用的词语和形之于外的手稿,除此之外,都是“思想”的范畴,不受著作权保护。除了对文字作品的字面复制以外,所有借鉴和利用作品的行为如节略、翻译、改编都是合法行为。与此相应,著作权就是复制之权,不包括演绎权。这个时期的二分法是真正的两分法,一个作品中被具体化的精确的语言和物理形式之外的东西都不在保护范围之内。

早期作品的简单决定了区分法的简单化。随着作品范围的扩大,区分法丰富而复杂起来。后来发展的区分法统称为非字面复制法。

(2) 抽象测试法。这种区分思想与表达的测试方式是由美国著名的汉德法官在1931年判决的一个案件中提出的。该案件的原告创作了一个戏剧作品,被告拍摄了与戏剧故事相似的电影。两部作品都是讲犹太人和爱尔兰人两个家庭的孩子相好的故事。由于宗教冲突和种族意识,两个家庭起初都不同意孩子的婚事,闹出了各种戏剧性的故事,最后经过孩子们一番努力,两家终于和好。汉德法官指出,对文学作品进行版权保护时很关键的一点就是作者所享有的权利不应该仅仅局限在作品的文字上面,否则,剽窃者很容易地就可以通过一些无关紧要的改动来逃避侵权责任。一旦文字上的占用不再成为检验的标准,我们就应该着眼于作品整体性的考虑。^① 所谓抽象测试法就是,在判断两部作品是否具有实质相似性时,就原告作品和被告作品进行一系列层次不等的抽象和摘要,然后进行比较。如果两部作品相似之处处于高层次的中心思想、主题、故事结构,就不构成实质性相似,不存在侵权。如果两部作品相似之处是在低层次的故事进展、具体事件、人物关系等具体细节上,就构成实质性相似,有可能构成侵权。对此,汉德法官指出,就任何一部作品,尤其是戏剧作品来说,有相当多具有普遍性的模式能够适用于每一部作品,而具体的事件在不同作品中却应该是不一样的。在对作品进行深入的抽象提炼,到最后剩下的就只有关于这出戏是什

^① 李响:《美国版权法:原则、案例与材料》,中国政法大学出版社2004年版,第295页。

么的最一般性的描述了,有些时候甚至用它的标题就可以加以说明。^①在这一逐层次的抽象摘要过程中,有一个受保护或者不受保护的“分界点”。分界点以上层次的事物是不受保护的“思想”,分界点以下层次的事物是受保护的“表达”。至于思想和表达的分界点究竟在哪里,又必须根据作品的种类、性质、特点等个案处理。在该案中,汉德法官认为,两部作品在情节中具有相似性,但相似之处是共同采用的罗密欧与朱丽叶式的故事模式和戏剧套路,而这些是处于公有领域的任何人可以自由借用的“思想”。因此判定被告不构成侵权。

抽象测试法的出现标志着思想和表达区分方法进入相对成熟阶段,并在此后对司法实践产生了重要影响。

2. 思想和表达的合并

在一些情况下,当思想和表达混合在一起密不可分时,著作权保护既不给予思想,也不保护表达。

思想和表达合并,是指由于表达方式具有有限性,当特定思想只有有限的表达方式,甚至只有唯一表达方式时,思想与表达密切关联以至于混合在一起,因为思想不应受著作权法保护,所以思想的表达也不应该受到著作权法的保护。

著作权保护的是思想观念的表达,然而并不是所有的表达都能够受著作权保护。当特定思想的表达方式有限或者思想和表达二者合并时,为了避免让思想获得保护,即使那些具有表达性的成分,也被视为“思想”而拒绝给予保护。否则,保护了唯一性表达或有限的表达,就等于保护了所表达的思想。“合并原则”作为两分法的辅助规则,划定受保护的和不受保护的界限,防止一个作者仅仅通过对思想的有限表达享有著作权而独占这一思想。

合并原则主要适用于事实作品、功能作品,如计算公式、历法、通用数表。《著作权法》第5条第(3)项规定:“本法不适用于历法、通用数表、通用表格和公式。”表明《著作权法》不能保护这些思想与表达合并的事物。《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”,也是合并原则的反映。

与合并原则相关的一个原则是“情景原则”,也叫“必要情景”。根据情景原则,由于主题或者中心思想相同,故事的情节场景必定会发生,则必要情景不受保护。例如讨论某些话题,描写某些题材必然有一些固定的套路,背景事件、角色类型、故事情节,这些可能是属于表达的范畴,但是随着主题或题材而必然发生的,则不受著作权

^① 李响:《美国版权法:原则、案例与材料》,中国政法大学出版社2004年版,第295页。

保护,他人使用同样场景进行的创作不构成侵权。情景原则适用于所有作品,特别是文学作品如小说、戏剧、影视剧。例如,枪战片不可避免地有搏斗、追杀等场面,谍战题材的作品必然伴随有卧底、暗杀、招降纳叛等情节。而爱情题材中世仇家族男女相爱也是普遍情节。这些必要场景是特定题材难以避免或者是普通模式,它们不受著作权保护,即使雷同也并不能算抄袭剽窃。

四、作品的构成要素

任何作品都是由各个部分结合而成的一个整体,素材、片段、角色、标题,每一个组成部分都与作品密不可分。独创性既体现在作品整体构思上,也体现在各个部分的特性当中。当作品的一部分与作品分开使用或者未经授权而被使用时,作品的部分是否能作为独立作品受著作权保护?要回答此问题,首先应了解构成作品的基本要素。

(一) 作品与素材

素材是客观存在的生活现象,是创作作品的源泉和基础材料。素材的范围十分广泛,包括史料、民间传说、新闻事件、个人生平等。一般来讲,素材属于公共领域,人人均可以自由使用,并不受特别的保护。例如,将新闻事实或原始史料作为原材料,加工、提炼出某一题材,创作出报告文学,根据历史事件、人物生平创作历史人物传记,其中反映历史、人物的客观史事,可以为任何人加以利用。在这里,利用素材创作出作品的人不会发生侵犯他人著作权的问题。

但应当注意,素材是一个相对的概念,它和作品之间并不是泾渭分明的。素材如经过识别、判断、选择、编排,渗入了个人的主观描述、想象、假设,就不再是纯粹的素材,他人的不当使用就可能构成侵权。例如,他人根据收集到的原始资料编写的历史小说、人物传记,根据查阅收集的判决书制作的案例分析,这类成果已不再是原始素材,而是受保护的创作成果,即使其中的素材也可能因加入了作者的创作成分而成为著作权保护的對象。

(二) 整体与部分

每一个作品都是一个独立的整体,它通常由若干具体的部分所组成。作品的独创性,一方面体现在其整体布局上,另一方面也常常体现在其中各个部分表现出的个性中。在作品的片段拥有了作品特征(独创性)的情况下,该片段也是法律意义上的作品。因此,作者对其作品的著作权不仅限于作品的整体,还往往涉及作品的一部分。例如,辞典作为汇编作品,汇编者享有整体上的著作权,其中具有独创性的义项(词典中同一条目内按意义列举的项目,它包括释义和例句,是组成辞典的最小单位)