



Copyright Law
Cases and Materials

著作权法

原理与案例

崔国斌 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权法 原理与案例

内 容 简 介

本书是纯粹的教科书，一本以深入理解和灵活掌握著作权法原理和学说为核心目标的教科书。本书的结构安排、材料选取、问题设置均以教学为中心。按照著作权法的自然逻辑结构，分成16章。每一章均对特定的核心法律原理作简要介绍，然后向学生展示国内外的相关经典案例和前沿学术观点。绝大多数案例后面都附有针对性的提问，努力挑战学生的思考极限，也为任课教师组织教学研讨指明方向。

本书又并非仅仅是普通的教科书。作者在撰写本书时，还是力图达到教学之外的目的。本书针对经典案例或主流观点的质疑和考问，大多都指向版权法研究的薄弱环节。本书作者希望，更多的专业研究人员能够沿着这些问题的指引，获得有益的启示，提供更令人满意的研究答案。在不久的将来，这些后来者的研究就会逐步出现在本教科书的修订版本中。本教科书也将成为中国著作权法研究飞速进步的历史见证。

ISBN 978-7-301-24835-5



9 787301 248355 >

定价：99.00元

Copyright Law
Cases and Materials

著作权法

原理与案例

崔国斌 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

著作权法:原理与案例/崔国斌著. —北京:北京大学出版社,2014.9
ISBN 978-7-301-24835-5

I. ①著… II. ①崔… III. ①著作权法—高等学校—教材 IV. ①D913

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第217524号

书 名: 著作权法:原理与案例

著作责任者: 崔国斌 著

责任编辑: 孙战营

标准书号: ISBN 978-7-301-24835-5/D·3673

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>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×1020毫米 16开本 57.75印张 1231千字

2014年9月第1版 2014年9月第1次印刷

定 价: 99.00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

著作权法
原理与案例

说明与致谢

一、说明

本书是纯粹的教科书,一本以深入理解和灵活掌握著作权法原理和学说为核心目标的教科书。本书的结构安排、材料选取、问题设置均以教学为中心。按照著作权法的自然逻辑结构,分成16章。每一章均对特定的核心法律原理做简要介绍,然后围绕其中的核心问题,向学生展示国内外的相关经典案例和前沿学术观点。绝大多数案例和论文片段后面都附有针对性的提问。这些提问大多指向案例中最模糊也最富有争议的地带,努力挑战学生的思考极限,也为任课教师组织教学研讨指明方向。

本书作者相信,学生在琢磨作者为什么会提这些或刁钻或愚蠢的问题,以及如何回答这些问题的过程中,就会渐渐喜欢上这种具有挑战性的阅读体验,并在不知不觉中改变自己的思维习惯,使之更敏锐、更具批判性。学生毕业后,可能会忘记教科书中所写或老师所说的每一句话,却不太可能忘记条件反射式的批判性思维方法。这是本书作者所理解的法学教育所应追求的真正目标。本书努力在著作权法领域实现它。

与本书作者先前出版的《专利法:原理与案例》一书相比,本书的原理介绍部分更为详细,案例更简洁并直接融入正文,不再有单独的案例汇总和提示说明章节。这一体例的改变多少迎合了读者喜欢偷懒的阅读习惯——读者无需花费太多精力就能重组零散的案例材料并获得法律的逻辑体系感。对于那些更喜欢“生猛”材料的读者而言,这可能有过度加工的味道,是精神上的小小“堕落”。对本作者而言,试验一下不同的书写策略,可以获得一种新鲜感。在可预见的将来,上述两本教科书在整体风格接近的情况下,将保持各自的体例。

本书作者在撰写本书时,还是力图达到教学之外的目的——希望它能够成为知识产权专业研究人员的发现问题的指南针。本书针对经典案例或主流观点的质疑和考问,大多都指向版权法研究的薄弱环节。本书作者希望,更多的专业研究人员能够沿着这些问题的指引,获得有益的启示,提供更令人满意的研究答案。在不久的将来,这些后来者的研究就会逐步出现在本教科书的修订版本中。本教科书也将成为中国著作法研究飞速进步的历史见证。

本书以中国著作权法为背景,但并不局限于中国著作权法。本书采用了大量的美国案例材料。隔着语言、制度和技术的三重障碍,准确传达到外国案例或论文的准确

观点,常常是作者能力所不及或者时间所不允许的。作者勉强翻译之,难免有错误和疏漏。为了避免误导读者,本书将作者不知如何准确翻译的原文都附在正文当中。同时,作者努力避免翻译人名和引证信息,以方便读者查找原文。

笔者选择案例时考虑最多的是案例的教学与学术意义(或者说讨论空间),而不是案例是否正确地阐述了现行法律。因此,毫不奇怪,本书中很多案例的判决理由或结论存在各种各样的缺陷。读者的阅读态度和思考意愿最终决定这些案例是挑战还是陷阱。笔者希望读者能够勇敢地接受挑战,时刻用质疑和批判的眼光阅读这些案例,从而获得真正独立的思考和判断能力。否则,读者很有可能未蒙其利反受其害——被这些案例误导,错误地理解现行的法律。

本书对全文引用的中文案例的格式略有调整。首先,将案件名称中传统的“谁诉谁”或“谁与谁”的格式替换成“谁 v. 谁”,使得案例标题看起来更清楚。书中案例名称并不严格遵守一审原告在前、被告在后的顺序。有些案例实际上是二审上诉人在前(一审可能是被告)、被上诉人在后。其次,对于案例中编辑过的内容,通常有明显的提示。具体地说,绝大部分被删除的内容都以省略号(……)代替;前后文顺序有调整的,以连续星号“****”提示;本书作者自行添加或改写的内容,以方括号“[]”提示。最后,案例材料中所有法律条文均未改动,均为当时生效法律,请读者注意与现行法相区别。

这里,笔者真诚地希望,读者在享受阅读方便的同时,能够体谅笔者的写作和翻译之苦,帮助指出书中的错误。笔者将感激不尽。为了更好地收集读者的反馈意见,并及时向读者提供修订版中的新增内容,笔者将在新浪网上为本书开设博客(blog.sina.com.cn/iplaw),期待着和读者进行互动交流,共同进步。

二、致谢

首先,感谢为本书所节选的作品提供版权授权的下列专家和学者:郑成思教授(社科院法学所知识产权中心)的家人、梁慧星教授(中国社会科学院法学所)、刘春田教授(中国人民大学法学院)、吴汉东教授(中南财经政法大学)、蒋志培教授(原最高人民法院知识产权庭庭长)、陈锦川法官(北京市高级人民法院知识产权庭庭长)、李琛教授(中国人民大学法学院)、王迁教授(华东政法大学)等。他们的专业论述是如此的精彩,让笔者觉得不在书中直接呈现他们的观点是一种罪过。同时,笔者也希望论述者的原创精神能够给读者留下深刻的印象。

其次,要感谢那些通过各种渠道公开案例的法官、律师和当事人。知识产权原始案例的公开,使得无数个体的智慧不再被无情地湮没,对中国知识产权研究的进步作出了无与伦比的贡献。笔者真诚地希望,这样的案例公开,能够更加地及时和充分。

最后,要感谢为本书提供过修改意见的诸多老师、同事和同学。尤其要感谢:郑胜利教授(北京大学法学院)、张广良副教授(中国人民大学法学院)、杨明副教授(北京

大学法学院)、何怀文副教授(浙江大学光华法学院)、蒋舸助理教授(清华大学法学院,通读本书并提出无数宝贵意见)及清华大学法学院的连冠、兰潇、邵术恒、吴雨桐等同学。另外,还要感谢北京大学出版社的孙战营、蒋浩等老师,谢谢她(他)们对本书提出诸多重要修改意见。

目 录

第 1 章 著作权法概述	1
1 基本认识	1
2 著作权法的基本内容	4
3 著作权的正当性	7
4 中国著作权保护简史	12
5 著作权法与其他法律的重叠	27
6 著作权法适用范围	34
第 2 章 著作权客体	37
1 表达形式	37
2 独创性	69
3 “能以有形形式复制”	120
第 3 章 普通作品	123
1 作品类型	123
2 文字作品	124
3 口述作品	126
4 音乐作品	127
5 戏剧类作品	128
6 美术作品	134
7 建筑作品	145
8 摄影作品	150
9 影视作品	153
10 图形作品与模型作品	166
第 4 章 特殊作品	170
1 实用艺术作品	170
2 计算机软件	190
3 汇编作品	214
4 民间文艺作品	227
5 禁止传播的作品	241

2 著作权法:原理与案例

6 不受保护的“作品”	247
第5章 著作权归属	256
1 关于作者的一般规则	256
2 合作作品	268
3 职务作品	296
4 法人作品	311
5 委托作品	315
6 其他作品	331
第6章 著作人身权	339
1 著作人身权概述	339
2 发表权	346
3 署名权	353
4 修改权与保护作品完整权	363
5 追续权	378
第7章 著作财产权	380
1 著作财产权	380
第8章 信息网络传播权	447
1 信息网络传播权概述	447
2 信息网络传播行为的构成要件	455
3 信息网络传播权的限制	487
第9章 邻接权	510
1 著作邻接权概述	510
2 表演者	513
3 录制者	525
4 广播组织	531
5 出版者	533
第10章 著作权集体管理	541
1 著作权集体管理概述	541
2 著作权人的授权性质	545
3 许可费标准、收取与争议解决	554
4 集体管理组织的延伸管理	557
5 集体管理组织的反垄断控制	559
第11章 著作权利限制	577
1 合理使用	577
2 法定许可	628
3 强制许可	646
4 保护期限	646

第 12 章 著作权侵权	651
1 著作权侵权概述	651
2 侵权作品的认定	655
3 主观过错:以典型侵权行为为例	685
4 侵权抗辩	705
5 侵权诉讼	706
6 不当得利	717
第 13 章 间接侵权	720
1 间接侵权概述	720
2 间接侵权构成要件	723
3 帮助侵权	728
4 教唆或引诱侵权	743
5 美国版权法上的替代责任	744
第 14 章 网络间接侵权	753
1 网络间接侵权概述	753
2 网络服务商的过错认定	760
3 “通知—删除”规则	771
4 帮助侵权之一:网络接入、自动传输与自动缓存	776
5 帮助侵权之二:网络存储与发布服务	779
6 帮助侵权之三:网络链接	797
7 帮助侵权之四:搜索引擎	804
8 帮助侵权之五:P2P 文件分享服务	815
9 教唆侵权	830
第 15 章 技术措施与权利管理信息	839
1 技术措施	839
2 权利管理信息	871
第 16 章 侵权救济	877
1 侵权救济概述	877
2 禁令救济	887
3 损害赔偿	897
4 赔礼道歉与精神损害赔偿	912
5 民事制裁	913

著作权法概述

1 基本认识

1.1 著作权法的立法目的

著作权法是“保护文学、艺术和科学作品作者的著作权以及与著作权有关的权益”的专门法律。^①立法者在《著作权法》第1条中宣示的立法目的大致有两项：保护创作者(传播者)权益；促进作品的创作和传播。

在一般情况下，这两项目标并行不悖。著作权法保护创造者对作品和相关智力成果的独占权，使得创造者能够获得直接或间接的利益回报，实现人格独立和自我发展。对社会而言，著作权保护在短期内限制了公众利用现有作品的自由，但是鼓励更多的作者创作出更多更好的作品，因而符合公众的整体利益。著作权制度本质上是以保护作品独占权换取更多的接触和利用作品的机会。

不过，著作权法上平衡两项目标的制度有一定的模糊性，如果适用不当就可能导致保护创造者权益与促进作品的创作和传播互相矛盾。比如，如果法院不当适用独创性、思想与表达二分、合理使用等标准，对事实或抽象思想提供保护，就会增加创作者获取知识信息的成本，降低他们从事创作的积极性。

1.2 著作权保护的重要性

著作权法对于信息时代的经济和社会生活有着深刻影响。在市场经济环境下，有效的著作权保护，是图书、影视、软件、网络等文化产业生存和发展的基本前提。按照世界知识产权组织和国家版权局的联合研究，中国的版权产业对于国民生产总值的贡献率在2004年是4.9%，2006年达到6.4%，每年都在增加。^②现在，差不多只有制造业、批发和零售业以及农业3个门类在国民生产总值中所占比重高于版权产业。^③如果美国是一个可靠的对比目标，则中国版权产业将来对国民生产总值的贡献率会达到

^① 参见《著作权法》(2010)第1条。

^② National Copyright Administration of the People's Republic of China (NCAC) & WIPO, The Economic Contribution of Copyright-Based Industries in China, http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/performance/pdf/econ_contribution_cr_cn.pdf. 2012年12月1日访问。

^③ 王康：《版权产业对GDP贡献率逐步攀升》，载《中国知识产权报》2010年11月26日第9版。

12% 甚至更多。^①

比枯燥的统计数字更有说服力的可能是每个公民真实的生活体验。在网络时代,著作权法影响所及已经超出很多人的想象:每个学生手头的课本、每个观众眼前的影视节目、每个用户使用的计算机程序、每个网民浏览的网络内容、每个顾客在购物网站的留下的商品或服务评价,甚至手机用户之间传阅的短信,都离不开著作权法关注的目光。著作权法保护、不保护或如何保护这些信息产品,直接影响到每个人获取和利用信息的方式和成本。

著作权法真切地影响每个人的日常生活的同时,也深刻地影响着一个民族的文化未来。虚弱的著作权保护,会导致抄袭和盗版成风。这导致很多文化天才无法单纯依靠版权许可收入过上体面的生活,因而没有足够的创作积极性,甚至被迫远离真正专业的创作。那些坚持创作的专业作者为了从创作成果中获益,也被迫成为市场渠道力量的附庸,而失去大部分的谈判能力。比如,音乐或影视作品的作者在无法有效保护自己版权的情况下,很可能被迫成为商业网站、歌唱明星、演出公司等市场渠道的附庸,否则无法在盗版环境中获益。专业创作者郁闷背后,可能只是业余作者的狂欢,而并非真正的文化繁荣。现在,中国网络中侵权盗版泛滥,著作权人维权成本高昂,已经严重损害了音乐、影视、文学、软件等领域专业创作者的积极性。网络巨头发“谁创新谁倒霉”的慨叹,电影导演冯小刚以国骂宣泄对盗版的不满,音乐人宋柯高调卖起烤鸭……这在天天呼唤文化软实力的中国,是非常令人震惊的文化图景。要改变现状,寻求更好的文化未来,决策者需要从认真对待著作权开始。

当然,这里并不是说有效的著作权保护对任何企业都是不可或缺的。实际上,有一部分企业并不依靠对版权内容的有效控制获利,而是通过出售含有版权内容的硬件、提供售后服务或广告获利。比如,在网络环境下,像360杀毒软件、金山的WPS Office软件、苹果商店里无数的免费应用、开源社区的各种免费软件等,都由著作权人免费对外提供。著作权法保护的强弱,对它们而言,无足轻重。不过,到目前为止,没有迹象表明,这些领域个别企业的创新模式能够全面推广到音乐、电影、图书等领域,而不损害创作者的积极性。其实,即便是在软件行业,也没有理由从法律上强迫所有企业接受免费或开源的业务模式。有效的版权保护,实际上保证软件企业在选择商业模式上有更多的自由——它们可以选择免费或开源模式,也可以选择严格保护的封闭模式。从社会的角度看,让这两种模式共存并竞争,并无损害。

1.3 著作权法上的利益平衡

著作权法不仅很重要,而且很复杂。理论上,著作权法的两大目标——作者的自我实现与公众利益的最大化,相辅相成,互不矛盾。但是,随着著作权保护力度的增

^① Stephen E. Siwek, Copyright Industries in the U. S. : The 2004 Report, WIPO Creative Industries Series, No. 1, http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/en/creative_industry/pdf/ecostudy-usa.pdf, 2012年12月1日访问。该报告认为,美国核心版权产业对GDP的贡献5.98%,所有版权相关产业的贡献是11.97%。

加,公众获取作品和后续创作者利用作品的难度都会迅速增加,于是,权利人与公众的利益发生冲突的可能性随之增加。著作权保护达到一定水平之后,继续强化著作权保护给权利人带来的边际收益可能会小于社会为之支付的边际成本。在功利主义的立法者看来,这时候继续强化著作权保护就失去正当性。

如何选择理想的保护水平,是著作权法上永恒的难题。在现实中,作者与公众都是活生生的群体,都会采取各种策略将自己的局部和眼前的利益最大化,于是,著作权法的上述两大目标常常变得难以协调。在很多人看来,著作权法在鼓励无数人创造更多知识、成就财富梦想的同时,也在不断扩大国际与国内社会群体之间的知识鸿沟。比如,版权保护让无数的边缘群体无法得到原本可以低价甚至免费拷贝的教科书、影视剧和计算机程序等知识产品,造成经济学上所谓的“无谓损失”——社会满足这些边缘群体的边际成本几乎为零,却选择让他们两手空空。版权保护可能使得边缘群体与主流社会之间的知识差距在迅速增大,激化了社会矛盾,也削弱了版权保护的道德正当性。不仅如此,强化版权保护也会增加后来者创作新的作品的成本,从而影响整个社会的文学艺术作品的供给。也就是说,过度的版权保护,可能导致版权法鼓励创作的目标无法实现。最后,强化版权保护也会影响普通公众的商业行动和言论自由。比如,为避免版权侵权,无数出版者和网络服务商被迫采取预防措施,无数的公众而被迫放弃自由的表达。

为了减少或平息各种社会群体的不满,著作权法必须制定精细的法律规则,在作者和一般公众之间、作者和投资人之间、原创作者和演绎作者之间,艰难地维持所谓的利益平衡。显然,要做到这一点绝非易事。社会需要经历不断的试错和博弈,才可能达成。更不幸的是,技术进步又常常轻易就打破这一利益平衡关系,上述过程被迫重新开始。

1.4 著作权法上的技术烙印

著作权法的一大特点是它对信息技术进步高度敏感。如我们所知,著作权法本身就是印刷技术进步的产物。印刷技术的进步使得大众书籍消费市场得以形成,从而促进了出版产业的发展,最终使得版权人控制出版发行活动变得有利可图,从而使得版权保护变得有必要。在活字印刷技术之后,信息复制和传输技术的每一次重大进步,都在版权法上留下烙印。比如,著作权法关于作品利用方式的描述就有印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍、放映、广播、摄制、信息网络传播等^①,差不多涵盖了从古到今所有的信息复制和传输技术。

著作权法对于技术进步的回应,并非简单地在著作权法上增加一个新的列举项目就万事大吉了。很多革命性的技术会彻底破坏版权法在作者和公众之间艰难维系的利益平衡关系。具体地说,技术进步不可避免地要改变公众从事侵权活动的成本和作者阻止或预防侵权活动的成本。比如,在过去的印刷时代,作品的复制成本高昂,能够

^① 《著作权法》(2010)第10条。

从事大规模复制行为的主体相对有限。对于著作权人而言,维护著作权相对简单。进入现代社会,作品复制技术突飞猛进,从事复制行为的成本每天都在下降。对于著作权人而言,潜在的侵权主体随之急剧增加,有效保护版权变得更加困难。公众侵权和权利人维权的成本的相对变化积累到一定程度,就会迫使立法者对版权规则进行全局性的修订。复印、录音、数字化、网络等技术都曾经或者正在发起这样的挑战。以最新的数字网络技术为例。在二十年以前,著作权法上几乎不讨论网络问题。现在,本书为了回应数字网络技术对于著作权法提出的挑战,专门增设三章加以讨论,即第8章“信息网络传播权”,第14章“网络间接侵权”和第15章“技术措施与权利管理信息”。这三章已经占到本书1/5到1/4的内容,足见数字网络技术对于著作权的挑战有多深远。作为著作权法的研习者,我们有机会审视著作权法决策者每一次的应对策略的功过得失。这不仅持续地满足我们的好奇心,也不断地增加我们自己处理复杂问题的法律智慧。

2 著作权法的基本内容

对抽象的智力成果进行保护,著作权法需要遵守产权制度的一般逻辑,从以下方面制定明确的法律规则:保护客体范围、权利取得程序、权利内容、权利限制、权利归属、权利移转、侵权认定以及救济措施等。以下对著作权法中比较重要的部分做简要介绍,以便读者在完全阅读本书之前对著作权法的体系有大致的了解。

2.1 保护客体

著作权法的保护客体分为作品和非作品的邻接权客体两种类型。这一区分,在著作权法上有重要意义。所谓作品,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”。^① 这一定义本身的指导意义有限。要准确理解作品的内涵,需要结合《著作权法》(2010)第3条上关于作品的具体列举。该条所列举的作品主要包括文字作品、口述作品、音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术、美术、建筑、摄影、电影作品、工程设计图、产品设计图、地图、示意图、模型、计算机软件等作品。

除了作品之外,著作权法还将演员的表演、录音录像制品、出版物版式设计、广播组织的节目信号等纳入保护客体范围,使得演员、录音录像制作者、出版社、广播组织等对其智力成果享有一定的排他性权利。权利人可以控制他人未经许可复制、传播其智力成果或投资结果,从而获得回报。这种权利与狭义的著作权相似,被称作“邻接权”或“相关权”(neighboring rights, related rights)。

在没有特别说明的情况下,本书所称的著作权通常仅仅是指权利人对作品所享有的权利,不包含邻接权。同样,作品也不包含邻接权客体。

2.2 权利内容

在界定保护客体之后,著作权法需要分别定义保护客体之上的著作权和邻接权的

^① 《著作权法实施条例》(2013)第2条。

内容。学理上,著作权被分成精神权利和经济权利。其中,精神权利又称精神权,包括发表权、署名权、修改权和保护作品完整权等四项;经济权利包括复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权、汇编权,以及“应当由著作权人享有的其他权利”等十三项。^①值得一提的是,中国著作权法分别将精神权利和经济权利称作人身权和财产权。实际上,著作权法的人身权实际上与民法上人身权相差甚远,因此更合理的能够避免误解的称呼应该是精神权。

著作权的权利内容清单总共有十七项,但这并不意味着所有作品都会平等地享有这些权利。实际上,很多作品本质上无法以特定方式利用。比如,美术作品通常不能表演和翻译,也就无所谓表演权和翻译权;美术和摄影之外的作品,通常不享有展览权,等等。

著作权法对于邻接权的内容,没有统一的规定,而是针对具体的邻接权客体分别作出规定。比如,出版者对其版式设计有禁止他人使用的权利^②;表演者对其表演享有表明表演者身份、保护表演形象不受歪曲、许可他人从现场直播和公开传送其现场表演、许可他人录音录像、许可他人复制发行录有其表演的录音录像制品、许可他人通过信息网络向公众传播其表演等权利^③;录音录像制作者对其制作的录音录像制品享有许可他人复制、发行、出租、通过信息网络向公众传播并获得报酬的权利。^④

2.3 权利限制

著作权法上的广义的权利限制制度包含著作权保护期限、合理使用与法定许可制度等。

著作人身权中的署名权、修改权和保护作品完整权的保护不受时间限制。^⑤普通作品作者的发表权和著作财产权的保护期为作者终身及死后50年。^⑥此外,著作权法对于合作作品、职务作品、法人作品、电影作品、摄影作品等还规定了特殊的保护期。

著作权法上的合理使用,是指法律所规定的“可以不经著作权人许可,不向其支付报酬”而直接使用作品的情形。《著作权法》第22条罗列了十二种合理使用的情形,比如:“为个人学习、研究或者欣赏,使用他人已经发表的作品”;“为介绍、评论某一作品或者说明某一问题,在作品中适当引用他人已经发表的作品”;等等。在合理使用作品时,使用人应当尊重作者的署名权并指明作品名称。法院在审查合理使用抗辩时,通常从下列三个方面来考察其合理性,即该合理使用抗辩是否只是一种特例,是否与作品的正常利用冲突,是否不合理地损害权利人合法权益。

著作权法上的法定许可,是指社会公众无须经过版权人的同意,在支付合理报酬的情况下,依据版权法直接获得的作品使用许可。这实际上是一种变相地强制许可制

① 《著作权法》(2010)第10条。

② 《著作权法》(2010)第36条。

③ 《著作权法》(2010)第38条。

④ 《著作权法》(2010)第42条。

⑤ 《著作权法》(2010)第20条。

⑥ 《著作权法》(2010)第21条第1款。

度。比如,报社或期刊刊登作品之后,“除著作权人声明不得转载、摘编的外,其他报刊可以转载或者作为文摘、资料刊登,但应当按照规定向著作权人支付报酬。”^①“录音制作者使用他人已经合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品,可以不经著作权人许可,但应当按照规定支付报酬;著作权人声明不许使用的不得使用。”^②法定许可与合理使用的差别在于,前者要求使用人支付报酬,而后者则是无偿使用。

2.4 权利归属

著作权归属规则要解决多个主体对同一作品的产生作出智力或物力上的贡献时谁享有著作权的问题。一般原则是著作权归创作完成作品的作者享有。^③也就是说,只有对作品的完成作出创造性贡献的人,才能被视为作者,进而享有著作权。依据这一原则,多人共同创作,成为合作作者并共享著作权。

不过,为了满足现实社会的需要,著作权法在一般原则之外还是创设了很多例外,涉及职务作品、委托作品、法人作品、电影作品等。在这些例外中,没有参与创作但是对作品创作提供物质帮助的人,可能获得著作权;参与创作的人,也可能被剥夺部分或全部著作权。比如,“由法人或者其他组织主持,代表法人或者其他组织意志创作,并由法人或者其他组织承担责任的作品,法人或者其他组织视为作者”。^④此即所谓“法人作品”的情形,参与创作的个人不再享有任何著作权。再比如,“公民为完成法人或者其他组织工作任务所创作的作品是职务作品”,在大多数情况下“著作权由作者享有,但法人或者其他组织有权在其业务范围内优先使用”^⑤。这是所谓“职务作品”的情形,自然人作者的权利也受到限制。

著作权法的权利归属规则虽然是非常技术性的规范,却深刻地揭示了一个社会主流的意识形态。因为它所确定的产权分配规则在劳动和资本之间切分蛋糕,直接反映了社会对于经济效率与社会正义的取舍。著作权归属规则能够折射出每一个社会在劳动和资本之间永恒的矛盾心态。

2.5 权利移转

著作权法上的权利移转规则是指著作权的转让、许可、质押和集体管理有关的法律规则。在著作权法之外,一般性的民事法律,比如《民法通则》《物权法》《合同法》等,已经明确了财产权移转的一般性规则。著作权的移转在很大程度上可以参照适用这些规则。但是,毕竟著作权有自身的特殊性,很多时候并不能完全照搬它们。比如,著作权转让和许可的公示方法,既不同于一般的动产(占有),也不同于典型的不动产(登记)。再比如,评价著作权许可的法律效力,也是很难套用一般的民事规则。在著作权法上,立法者需要对一般规则做一些变通。

① 《著作权法》(2010)第33条第2款。

② 《著作权法》(2010)第40条第3款。

③ 《著作权法》(2010)第11条第1—2款。

④ 《著作权法》(2010)第11条第3款。

⑤ 《著作权法》(2010)第16条第1款。

著作权集体管理是著作权法上的比较特殊的制度,用以解决著作权分散、交易成本高昂所带来的维权困难的问题。在这一制度下,著作权人将自己的权利交由著作权集体管理组织集中行使,以取得经济规模,降低交易成本。著作权法需要确认这一管理模式的合法性,并为集体管理组织独立行使著作权铺平道路。在著作权集体管理组织取得市场支配力量之后,著作权人和社会公众的利益都有可能受到威胁。著作权法因此需要对集体管理组织的设立、决策程序和交易行为进行规范,以维护进行正常的市场秩序,保护相关各方的合法权益。

2.6 侵权与救济

著作权侵权认定规则是指司法机关认定著作权侵权所遵守的基本规则。显然,《民法通则》《侵权责任法》等一般性的民事规则也适用于著作权侵权。著作权法在一般性规则的基础上,作出更具体的规定。其中,比较重要的规则包括直接侵权与间接侵权(共同侵权)区分规则、直接或间接侵权的归责原则、认定抄袭的一般规则、侵权抗辩、侵权诉讼的程序规则等等。整体而言,著作权法上的侵权认定规则目前还不够完善,大量的司法解释扮演着重要角色。

广义的侵权救济是指著作权侵权发生后,著作权法和相关法律为权利人提供的各种救济措施,包括民事、行政和刑事救济措施。著作权法本身是典型的民事法律,关注的更多的是民事侵权的救济措施,譬如责令停止侵害、赔偿损失、赔礼道歉等。

3 著作权的正当性

公众对于著作权保护的正当性的理解,直接影响著作权法保护创作者权益和公共利益两项目标的优先顺序。如果公众将著作权视为创作者基本权利甚至基本人权,则不许可动辄以公共利益为名加以限制或剥夺;如果公众将著作权视为普通的公共政策工具,则著作权随时可能因为公共利益最大化的需要而被牺牲。更具体地说,著作权法对于保护客体的定义、人身权与财产权的区分、权利内容的设置、职务作品的界定、间接侵权责任的设计、侵权救济措施的选择,都会因为立法者指导思想的不同而有所不同。

我们探讨著作权的正当性基础,实际上就是在寻找解剖现实世界中五花八门的著作权观念的基本工具。这些现实的财产权观念,无论多么的花枝招展或蛊惑人心,都不过是经典的正当性理论相互叠加、排列或组合的结果。其中的道理就像丰富多彩的动植物世界背后起决定作用的不过是基因序列中为数不多的碱基对一样。在深入研究每一种典型的财产权正当性理论的内在合理性及其限度,我们能够更好地应对现实中的各种著作权挑战。

3.1 劳动自然权学说

在知识产权领域,将财产权视为人的一种自然权利的劳动学说,具有广泛的影响力。洛克式的劳动自然权学说大致认为:上帝将整个世界赐予人类,每个人对自己的身体继而对自己的劳动享有所有权。当其将劳动添加自然物上,人便获得该物的所有

权。这一学说最初所描述的财产客体无非是麦子、果实之类有形财产。但是,在“大脑劳动的产物等同于双手的劳动成果”的观念下,后来的学者则很自然地将它应用于知识产权的合理性论证上,认为劳动者对其付出劳动创造出的智力成果享有当然的支配权。^①

洛克的劳动学说并非无条件地承认个人财产权的正当性,相反,它认为个人获得财产权正当性的前提是权利人在公共领域给他人留下的资源足够多而且同样好(there is enough and as good left in common for others)。这大致可以保证,个人在获取财产权时,不会对他人产生负面影响。^② 这一限制条件使得劳动学说产生了很大的弹性,为社会因公共利益而限制个人财产权留下机会。这一前提实际上也为公众背离劳动学说提供了各种可能性或借口。世间具有普适性的学说或理论无不如此。

普通作品与技术方案不同,有无穷无尽的可替代性。著作权人对普通作品的控制,通常不会妨碍公众创作新作品和表达的自由。也就是说,著作权保护不会使得公众的处境变糟。依据洛克的劳动学说下,著作权的正当性很容易被人接受。不过,当某一作品在社会上获得巨大的影响力之后,获取和接触该作品,或者针对性地利用该作品表达个人的思想或情感,在一定程度上变得不可或缺。这时候,利用著作权法保护该作品,实际上会对公众的处境发生负面影响。这意味着,洛克劳动学说中保护财产权的前提条件——“给人留下的足够多而且同样好”可能不复存在。这为著作权法限制作者权利、保护言论自由提供依据。^③

3.2 人格学说

人格学说将财产权正当性与个人人格联系起来,是洛克财产权学说的最有力的替代物。其中,最有影响的是康德和黑格尔的财产权学说。

康德提出了著作权属于人格权的学说。康德把书的实在物存在形式与书的内容作出了区分。书的实物存在形式上人们享有物权,书的内容是作者向公众说的话——因而作者享有人格权。如果人们在没有得到作者同意的情况下通过翻印把作品公之于众的话,就会侵犯作者的人格权,该出版社就应当向作为作品的‘总管’的被侵犯的作者本人支付赔偿。1844年,约翰·喀什博·布伦奇里(Johann Caspar Bluntschli)进一步发展了该理论,并把‘作者权’进一步重构为首先是人格权,其次才是财产权。^④

与康德相比,黑格尔的人格学说在知识产权领域更受关注。依据这一学说,“财产权提供了一种独特的或者说恰当的机制,使得个人得以实现自我、表达个性、维护尊严

① 崔国斌:《知识产权法官造法批判》,载《中国法学》2006年第1期,第144—164页。

② Wendy J. Gordon, A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property, 102 Yale L. J. 1533, 1563 (1993).

③ 深入的讨论,参考 Wendy J. Gordon, A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property, 102 Yale L. J. 1533 (1993)。

④ [德]M. 雷炳德:《著作权法》,张恩民译,法律出版社2005年版,第24页。

与认同……为了实现适当的自我发展——成为人,个体需要对外部环境中的一些资源进行控制。依据这一人格学说,此类所需的控制通过一系列权利得以完美实现,我们将这些权利称作财产权。”“像劳动学说一样,人格学说应用于知识产权时具有直觉性的吸引力:某一思想属于其创造者,因为它是创造者人格或自我的体现。”“在知识产权领域,人格学说最理想的应用是解释艺术方面的知识产权。这一论断无论是在理论上,还是欧洲的法律实践中,都是正确的。欧洲法律体系将人格学说视为财产权的基础。当人们试图将人格学说引入美国法时,常常援引欧洲的知识产权法作为论据。”^①

人格学说对于一般财产权的正当性解释,在著作权法获得了最为自然的延伸:作品中体现了作者的人格利益似乎不容置疑,由作者控制其作品理所当然。在多数学者看来,人格学说还能够有效地解释著作权法区分著作人身权和财产权的合理性——因为作品比其他物理财产以及技术方案更能体现作者的人格利益,因而有必要设置很特别的人身权制度加以保护。

不过,现在越来越多的学者质疑作品中的人格利益属性。代表性的意见认为,在黑格尔的人格学说的框架下,个人为表达个性和实现自我发展而占有或控制财产,包括有形物和无形的作品。在这一框架下,并不存在区别对待作品与有形物的理论基础。因此,在黑格尔看来,人格并非艺术家们获得特别权利的跳板。^②也就是说,人格权学说作为一般财产权的理论基础,实际上并不特别支持将部分著作权利益人格权化。国内也有学者支持此类意见。^③否认著作人身权的理论基础,将著作权等同于一般财产权,将对于著作权制度的发展产生重要影响。在中国这一原本对著作权法理论基础并未达成一致的国家,制度变化可能更为明显。

3.3 功利主义学说

所谓功利主义财产权学说,主要源于休谟(David Hume)和边沁(Jeremy Bentham)。休谟认为我们所遵循的正义规则来自那些被认为有利于促进人类幸福的一些习俗(Convention)。人们遵守这些规则是为了个人的私利同时自然也有利于公共福利。私人所有权及其规则的基础除了这一实用目的别无其他。休谟之后,边沁更明确地指出,并不存在所谓的自然权,财产权完全是法律的人为创设。具体到知识产权,功利主义认为社会提供知识产权制度的终极原因是为了提供刺激动机,以扩大相应成果的供给,保证社会公众能够获得充分的知识产品。在版权法领域,版权的目的绝不是为了给予作者回报,但法律这样做是为了实现它的最终目标——促使其将其创造的天才的产品公诸于世。^④

功利主义财产权学说与现在很流行的法经济学理论结合,对于著作权具体制度的

① Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 *Georgetown L. J.* 287, 330—350 (1988).

② Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth, 1996 at 80.

③ 比如,杨延超:《精神权利的困境——两大法系版权立法比较分析》,载《现代法学》2007年第7期,第48页;李琛:《质疑知识产权之“人格财产一体性”》,载《中国社会科学》2004年第2期,第71页。

④ 崔国斌:《知识产权法官造法批判》,载《中国法学》2006年第1期,第144—164页。

解释有很强的说服力。相比之下,劳动学说、人格权学说只能对宏观层面的财产权的合理性提供解释,在微观层面的解释力有限。比如,Breyer 法官指出,将作品视为“个人劳动成果”的说法,并不能说明说明作者应当得到多少报酬;特别是,它不能说明为什么依据现有的版权法获得回报就要比作者在没有版权法或者其他版权制度下所获回报要更公正(just)。^① 德国也有版权学者指出,人格权学说过分强调了著作权人格权的意义,“然而对实际生活的考虑却是如此之少,而在通常情况下,对作者与文化经济来说,钱财方面的利益要摆在中心地位。因此基于上述两层意思,对创作人人格的保护的确应摆在次要的位置”^②。

3.4 提示说明

3.4.1 拒绝劳动自然权学说

中国的立法者实际上并没有接受劳动自然权学说的指引,因此在司法实践中应该拒绝此类学说的影响。以下是本书作者的一篇论文相关章节的摘录:

法院在司法活动中应当对所谓的“劳动者控制劳动成果”法律原则作严格限制的解釋。“财产权源自法律的创设,并不源自价值——哪怕这一价值是可以交换的。”“一个产品耗费生产者金钱和劳动,他人愿意支付一定的对价来购买,并不能保证它能够获得财产权”,“从法律上讲,并不能因为竞争者不劳而获,牺牲了对手的利益就是不正当的。”在知识产权法成文法之外,劳动者控制其智力劳动成果这一原则仅仅在非常有限的范围内是正确的:劳动者仅仅对处于保密状态的智力成果享有控制权。一旦劳动者决定对社会公开其劳动成果,比如出版其作品、公布其技术方案、销售特定设计的商品等等,则劳动者就丧失了对此类智力成果的实际控制权。社会可以像利用空气和阳光那样分享此类智力成果。只有依据知识产权法的明确规定,才能对这种自由利用进行限制。英美法的法官在一百多年以前就明确阐述了这一观点。在中国知识产权领域,我们同样有足够的理由拒绝接受大陆法系国家的民法传统,拒绝承认劳动者对其智力成果享有当然的支配权。法院在适用民法通则、不正当竞争法的原则条款时,不能认为“劳动者对其智力劳动成果享有支配权”是中国社会的诚实信用原则、商业道德的内在要求。^③

3.4.2 民法和知识产权法的观念冲突

中国知识产权立法者选择功利主义,而司法者执著于自然权观念。中国法院之所以在知识产权法审判活动中倾向于选择自然权学说的默认规则,与中国民法学说在中国的统治地位有着直接的关系。中国在大民法的体制下,将知识产权视为民事权益的一种,习惯了将知识产权客体与普通民事财产客体等同起来的思维模式。而中国的民

^① Stephen Breyer, *The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, 84 Harv. L. Rev. 281, 286 (1970).

^② [德]M. 雷炳德:《著作权法》,张恩民译,法律出版社 2005 年版,第 25 页。

^③ 崔国斌:《知识产权法官造法批判》,载《中国法学》2006 年第 1 期,第 161 页。

法学说和制度直接从欧洲大陆移植过来,有着深厚的自然法传统。自然权学说所体现的是一种个人本位的传统财产法理念。比如,劳动权利说强调的是个人对自己劳动成果的支配权,人格权学说则强调财产权旨在完善个人的人格发展等等。自然权学说并不十分关注财产权对社会公益的影响。正因为如此,有学者指出深受自然权学说影响的“欧洲大陆的知识产权体制更强调保护个人的权利,而不是强调促进公众获得艺术享受的长远利益”。

知识产权客体与传统有形的财产权客体相比,有着巨大的差别。知识产权客体因其无形,而具备了与传统财产权客体显著不同的公共物品属性及无损耗属性。无形的信息资源在同一时间可以由无数人共享,而不减损其使用价值。

与侵占物理财产不同,侵占信息或者其他无形财产通常并不剥夺原始使用者同时使用的机会。在无形的有价值的商业信息上设置独占权利,会妨碍竞争者接触该有价值的信息,从而损害竞争,也堵塞了公众充分利用有价值的思想和创意的渠道。

法院赋予一种无形客体以垄断权时,对社会造成的冲击远远超过法院确认某一种有形财产。正因为如此,知识产权法在社会的演进过程中逐步从个人本位转向社会本位。知识产权法比传统民法更强调维护信息自由,更强调权利限制,更强调个人和社会利益之间的平衡。在知识产权法中,维持公共领域的自由开放,保证社会成员对信息的充分接触和利用,甚至比传统社会中保障个人对有形财产的掌控更为重要。

中国法院接受传统民法学说的指引,更倾向于按照自然权学说的理解来解释知识产权规则。在司法活动将信息产品与有形物类比,忽略信息的公共物品属性,从而很容易对信息产品提供过分的保护。知识产权法和传统民法的冲突,本质上是个人本位的财产观与社会本位的财产观的冲突。现代民法虽然存在着由个人本位向社会本位过渡的趋势,但是在时下的中国显然远远落后于知识产权法的脚步。如前所述,中国的立法者实际上选择了社会本位的功利主义的知识产权观。法院在司法活动中应该像美国法院那样抛弃传统民法领域的自然法的立法思想,努力维护功利主义知识产权观在司法活动中的统治地位。^①

3.4.3 著作权制度的替代机制

著作权法并非激励创作的唯一机制。政府资助、奖励制度、社会荣誉、市场领先时间、获取学位等,都可能起到激励创作的作用。

政府在基础研究领域有大量的投入,激励学术人员撰写大量的学术著作。对这些研究人员而言,政府资助的激励作用远超过著作权法所提供的产权激励。在这些非产权的激励机制下,创作者创作完成作品之后,并没有很强的意愿限制作品的流通。如果没有著作权保护,社会公众能够自由地获取和利用这些作品。与著作权机制相比,上述机制导致的消费者无谓损失可能要小很多。同时,在政府资助制度下,竞争对手

^① 崔国斌:《知识产权法官造法批判》,载《中国法学》2006年第1期,第152—153页。

事先的无序竞争得以避免,可以在很大程度上避免竞争者之间的重复投资。不过,政府资助制度并不能够完全取代著作权制度,前者最大的缺陷是政府必须事先确定谁来从事什么创作,这常常超出政府的能力或者导致政府腐败。

奖励制度能够避免事先选定创作者,但同样要事先决定奖励什么,奖励的幅度等。同时,奖励制度可能引发竞争对手之间的过度投资,造成社会浪费。与政府资助制度一样,奖励制度也很难解决公共资源如何分配才符合社会正义的问题,很多智力成果的获益者注定只是社会上的部分群体,利用公共税收资源来优待部分群体,会引发无尽的关于分配正义的争议。

关于社会荣誉感对于创作者的激励作用,可以从 Stiglitz 教授所讲的与中国大陆和台湾有关的两个小故事中得到验证:

大约 20 年前(在 1988 年前后),一位中国的出版商写信给我,请我给一本盗版的教科书写序。当时,作为一个学者,我很乐于接受这一建议。对于大部分学者而言,写作不是为了挣钱,而是要影响人们的思想,改变某些智力讨论结果。中国在那个时候正在开始向市场经济转变:如果我的书能够帮助塑造这一转变,增加中国提高十多亿民众的生活水准的可能性,那将是一项巨大的成就。退一步看,即便十多亿中国人中只有 1% 的人读过我的书,那也远远超出我在美国的读者的数量。当然,我的出版社并不像我那样热衷于通过盗版教科书接触中国读者。

后来,我在台湾参加一个会议。当时,我知道知识产权在那里并不总是得到严格的保护。会议间隙,我有很短的时间去一家书店。在去书店的路上,我的脑子里一直在想,到达书店时我究竟希望在书店里看到什么。一方面,他们有可能窃取了我的知识产权,即盗印了一本或更多的我的教科书。我们都知道,偷窃是一件很糟糕的事情,侵害知识产权也是一种偷窃,因此也很糟糕。另一方面,他们也有可能并没有盗印我的著作,因而没有侵害我的知识产权,他们只是选择忽视我。当我走进书店后,我得出的结论是,被忽视比财产被盗窃更糟糕。如果他们偷窃了我的知识产权而不是选择忽视我,我会更高兴。结果,在书店里,[我发现,]他们的确偷窃了我的知识产权,我如释重负。^①

4 中国著作权保护简史

4.1 中国古代的版权观念

西方版权学界一般认为印刷术的进步催生了版权法。中国毕昇发明活字印刷术,比西方早数百年,而且唐宋以来印刷行业就很繁荣。^② 但是,这并没有在中国催生世

^① Joseph E. Stiglitz, *Economic Foundations of Intellectual Property Rights*, 57 DUKE L. J. 1693, 1696—1697 (2008).

^② 邓建鹏:《宋代的版权问题——兼评郑成思与安守廉之争》,载《环球法律评论》2005 年第 1 期,第 72 页。

界第一部正式的版权法。这是事实,没有争议。不过,对于中国古代有没有实质意义上的版权保护,国内外学者却存在激烈争议。

国内学者在讨论中国古代版权保护时,大多依赖郑成思教授整理的晚清学者叶德辉在其著作《书林清话》中描述的历史事实。以下是郑教授的文字:

[《书林清话》]中引述了南宋时期刻印的《东都事略》一书有一段牌记云:“眉山程舍人宅刊行,已申上司,不许复板。”它简直可以被看做今天多数国家图书版权页上“版权标记”的前身了……

《书林清话》中引述的《丛桂毛诗集解》上所载宋代国子监有关禁止翻板的“公据”,更值得重视。“公据”中提到:该书刻印者的叔父当年在讲解“毛诗”时,投入了自己大量的精神创作成果,可以说是“平生精力,毕于此书”。刻印者把这个事实当做要求禁止他人翻板的主要理由。这就说明,此时受保护的主体已不限于刻印出版者本人,还延及作者(或作者的合法继承人)。^①

基于上述事实,郑成思教授认为,中国自宋代以来就以禁令形式保护刻印者的利益,在一定程度上算是版权保护,尽管这并非成文法意义上通行全国的版权制度。^②美国哈佛大学东亚研究中心的安守廉教授(William Alford)对郑教授的结论提出质疑,认为中国古代对于翻板刻印的控制,更多的是帝国控制思想传播的需要,而不是为了保护版权。因此,不能将这些禁令当做存在版权保护的证据。^③

其实,关于中国历史上“禁止翻刻”的性质,一百年前的中国学者就非常清楚地表达了安守廉教授的论点:

吾国著作权发达最早(宋元铸本中已有类于禁止翻刻等字样),惟保护思想之意多,保护财产之意少(今日保护著作权之性质本含此两主义)。故向来学者著作,往往以刊刻之资,丐助亲朋。而有力者刊印遗书,几视为慈善事业之一种。正与今日之以发行著作物为营利者为反比例。自译书流行,欢迎者众,因是有翻译之虑。而学堂发达,教科书盛行,保护版权,愈有不可缓之感。^④

时至今日,中国学者对于宋代以来通过政府命令禁止翻刻的做法,是否属于制度意义上的版权保护,依然存在争议。有人勉强认同郑成思教授的意见:“尽管宋代以来制止图书盗印的帝国地方檄文及判例证伪了中国古代没有版权这一论辩,但却不能否认版权法的舶来性质……我们不能不承认包括版权法在内的中国知识产权法的最早

① 郑成思:《版权法(修订本)》,中国人民大学出版社1997年第2版,第4—5页。

② 同上书,第22页。

③ William P. Alford, *To Steal a Book Is an Elegant Offense: Intellectual Property Law in Chinese Civilization*, Stanford University Press, 1995.

④ 《陶保霖论著作权法出版法急宜编订颁行》原载商务印书馆主办《教育杂志》第2年(1910年)。全文重印于周林、李明山主编:《中国版权史研究文献》,中国方正出版社1999年版,第82—86页。

立法是在英美日等国列强的敦促下完成的。”^①

也有人认为,宋代及后世的地方政府禁止翻刻的做法并没有成为行之有效的制度,因此中国古代似乎没有实质意义上的版权保护:

事实上,在目前所见宋代及后世的牌记或印记中标明有“翻刻千里必究”之类用语的书籍也大多都是以学士大夫为读者,拥有更广大读者的各类通俗读物则很少出现刻有此类宣示性用语。同时,这些带有威胁性的牌记或印记仅仅属于民间出版商有限的努力,基本上没有得到国家法律制度与司法途径上普遍性的支持。因此,宋代营利出版商们寻求版权利益的保护不得不完全仰赖于强大的王朝对自身利益的关注,其有关严禁他人嗜利翻版的告示在很大程度上只是一种宣示性的文字,在整个社会大量出现的盗版现象中显得力不从心。^②

如果以上描述属实,则否定中国古代存在实质性版权保护的意見就更显得有道理一些。不过,问题并不就此结束。出版行业如此繁荣的古代中国,为什么没有诞生正式的版权法呢?这依然是一个值得深入探究的学术问题。

思考问题:

有学者指出,探究中国古代是否有版权保护时,“首先要对版权一词的含义作出限定,对这种保护所应具有的形式进行分析。例如,它究竟是指以保护印刷出版专有权为基础的(古代)版权,还是指以促进作者创造和作者权利为目标的(现代)版权,以及这种保护是否应具有某种(成文法)形式。如果没有限定,就很难在一个相同的标准上,或一个相同的语境下,进行任何有意义的讨论。”^③在你看来,一个社会究竟进入什么样的状态,才叫有版权保护呢?

4.2 中国近代的著作权保护历史

4.2.1 《中美通商行船续订条约》(1903年)

中国近代的著作权保护制度的建立,与美国等西方列强的压力有直接的关系。最初,向中国清政府提出版权保护要求的是美国和日本。“对于美方在商约中提出保护版权的要求,当时中国国内反应强烈,尤其是知识阶层坚决反对,其中以管学大臣张百熙的意见最为典型。”^④不过,国内也有支持版权保护的声音。比如,严复就上书张百熙,力主保护版权。以下是体现双方立场的历史文献:

① 张玉敏、李雨峰:《中国版权史纲》,载《科技与法律》2004年第1期,第42—47页。

② 邓建鹏:《宋代的版权问题——兼评郑成思与安守廉之争》,载《环球法律评论》2005年第1期,第80页。

③ 周林:《中国版权史研究的几条线索》,载周林、李明山主编:《中国版权史研究文献》,中国方正出版社1999年版,第IV—XIV页(序)。

④ 崔志海:《试论1903年〈中美通商行船续订条约〉》,载《近代史研究》2001年第5期。

管学大臣张百熙致前江总督刘坤一电^①

周林、李明山主编:《中国版权史研究文献》,中国方正出版社1999年版,第42页

南京制台刘宫保鉴:

闻现议美国商议有索取洋文版权一条,各国必将援请“利益均沾”。如此,则各国书籍,中国译印,种种为难。现在中国振兴教育,研究学问,势必广译东西书,方足以开民智。各国既深望中国维新变法,相期共进文明,今日中国,学堂甫立,才有萌芽,无端一线生机,又被遏绝,何异劝人培养,而先绝咨粮。论各国之有版权会,原系公例,但今日施之中国,殊属无谓。使我国多译数种西书,将来风气大开,则中外商务,自当日进,西书亦日见畅行。不立版权,其益更大。仅此甫见开通,遂生阻滞,久之,将读西书者日见其少。各国虽定版权,究有何益?我公提倡学务,嘉惠士林,此事所关系匪细。亟望设法维持,速电吕(海寰)盛(宣怀)二大臣,坚持定见,万勿允许,以塞天下之望。幸甚! 祷甚!

(张百)熙

严复:与管学大臣论版权书

周林、李明山主编:《中国版权史研究文献》,
中国方正出版社1999年版,第45—48页

管学尚书大人阁下:

窃闻大学堂前有飭令各省官书局自行刷印教科书目之事,语经误会,以为飭令翻印教科各书,而南洋上海各商埠书坊,遂指此为撤毁版权之据。议将私家译著各书,互相翻印出售,此事于中国学界,所关非渺。因仰托帡幪,奋虑逼亿,窃于版权一事,为执事披沥陈之。

今夫学界之有版权,而东西各国,莫不重其法者,宁无故乎,亦至不得已耳。作不知一书之出,人人得以刻售,于普及之教育为有益而势甚便也。顾著述译纂之业最难,敝精劳神矣,而又非学足以窥其奥者不办。乃至名大家为书,大抵废黜人事,竭二三十年之思索探讨,而后成之。夫人类之精气,不能常耗而无所复也。使耗矣,而夺其所以复之涂,则其势必立竭。版权者,所以复著书者之所前耗也。其优绌丰啬,视其书之功力美恶多少为差。何则?夫有自然之淘汰故也。是故国无版权之法者,其出书必希,往往而绝。希且绝之害于教育,不待智者而可知矣。又况居今之时,而求开中国之民智,则外国之典册高文所待翻译以输入者何限。藉非区区版权为之磨砺,尚庶几怀铅握槧,争自濯磨,风气得趋以日上。乃夺其版权,徒为书贾之利,则辛苦之事,谁复为

^① 张百熙(1847—1907年),字冶秋,湖南长沙人。同治十三年进士。1901—1905年任吏部尚书;1901—1903年又以吏部尚书兼管学大臣。此为“辛丑条约”后中方与美日等国谈判版权问题,张百熙发给刘坤一、张之洞、盛宣怀的电报。原载《政艺丛书》,《皇朝外交政史》卷四,光绪二十八年(1902年)。

之?彼外省官商书坊,狃于目前之利便,争翻刻以毁版权,版权则固毁矣,然恐不出旬月,必至无书之可翻也。议者或谓文字雅道,著译之士,宜以广饷学界为心,而于利无所取,以尽舍己为群之义。此其言甚高,所以责备著译之家,可谓至矣。独惜一偏之义,忘受著译之益者之所以谓报也。夫其国既借新著新译之书,而享先觉先知与夫输入文明之公利矣,则亦何忍没其劳苦,而夺版权之微酬乎?盖天下报施之不平,无逾此者。湘潭王壬父曰:“贤者有益天下,天下实损贤者。”呜呼?何其言之沉痛也。

总之,使中国今日官长郑重版权,责以实力,则风潮方兴,人争自厉。以黄种之聪明才力,复决十年以往,中国学界,必有可观,期以二十年,虽汉文佳著,与西国比肩,非意外也。乃若版权尽毁,或虽未毁,而官为行法,若存若亡,将从此输入无由,民智之开,希望都绝。就令间见小书,而微至完全之作,断其无有。今夫国之强弱贫富,纯视其民之文野愚智为转移,则甚矣版权废兴,非细故也。

伏惟尚书以至诚惻怛之心,疏通知远之识,掌天下之教育,则凡吾民之去昏就明,而中国之脱故为新者,胥执事之措施是赖。窃意版权一事,无损于朝廷之爵位利禄,士所诚求者,不过官为责约而已。则亦何忍而不畀之?其为机甚微,而所收效影响于社会者则甚钜。是用怀不能已,为略陈利害如此,不胜大愿,愿执事有以转移救正之也。自书潦草,无任主臣。

严复顿首上状四月二十三日

思考问题:

管学大臣张百熙反对版权,是担心译书事业受阻,而严复认为不保护版权,将损害译书者的积极性,徒利不良书商;而保护版权将促进中国自己的文艺创新。以中国百年的实践为背景,你觉得谁更有道理?

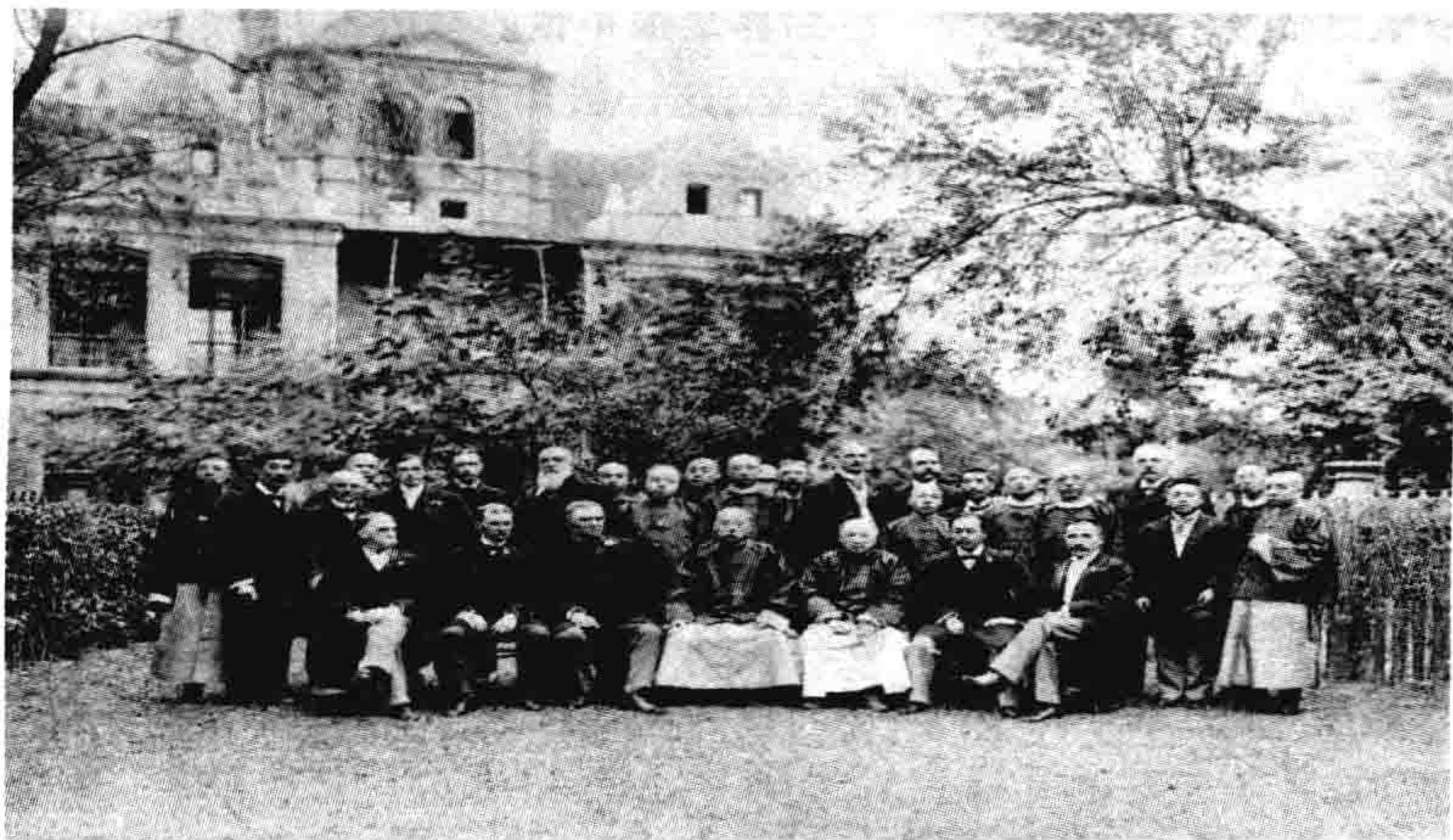
1903年,尽管中国国内存在极大的争议,中国还是和美国达成了《中美通商行船续订条约》,在该条约中,中国第一次以法律形式承诺保护版权,在中国版权保护历史上,有重要意义。以下是周林教授关于此次谈判过程的简要介绍:

中美商约谈判自1902年6月27日始,至1903年11月23日止,双方举行了几十次会议,其中涉及版权条款的会议达十二次之多。美方最初的草案是,“凡书籍、地图、印件、铸件者,或译成华文之书籍,系经美国人民所著作,或为美国人民之物业者,由中国政府援照所允保护商标之办法及章程,极力保护十年,以注册之日为始,俾其在中国境内有印售此等书籍、地图、铸件或译本之专利”。

中方代表最初表示反对保护版权,恐怕因此提高书价,使穷一点的人买不起书。在这个问题上,“经过长时间辩论,中国代表没有改变主意”。在以后的会议上,美方坚持认为“这一款可以保护美国人民的权益不致受到侵害……另外还可以使中国得到优秀的作品,因为没有保护的规定,就不能鼓励大家为中国著书或译书了”。我们并不清楚中方是如何改变态度,同意与美方讨论版权问题的。但中方对版权期限、适用地区、保护范围等,也提出自己的主张,并要求对有碍治安

的书报作出规定。

最后,经过双方的讨价还价,终于达成协议。该协议将保护范围限制在“专备为中国人民所用之书籍、地图、印件、铸件者,或译成华文之书籍”,保护期为十年。协议言明,“不论美国人所著何项书籍地图,可听华人任便自行翻译华文刊印售卖”。并规定凡“有碍中国治安者,不得以此款邀免,应各按律例惩办”。^①



1902 年中外通商行船条约谈判代表合影^②

4.2.2 《大清著作权律》(1910)

如前所述,自宋代以来,中国地方政府就有发布禁令禁止翻刻的实践。在清代也不例外。有学者指出:

1902年,光绪皇帝敕令保护文澜书局印行、汪甘卿所著的《九通分类总纂》的翻印专有权;1903年5月26日江南分巡发布布告对南洋公学译书院译印的54种书籍的版权进行保护。布告说:“所有翻译东西图书,考订详明,校印精美,出书既多,用款尤巨,评价出售,海内风行……从前虽经存案,诚恐书贾射利,故智复盟,妄行翻印,贻误非浅。为此,察请批准立案,出示严禁。凡译书院译印官书,均不许多人翻刻,以符奏案,以保版权……嗣后一经查出翻印情弊,即指名呈控,照例从严罚办等情,并粘书目清单到道。”^③

在《中美通商行船续订条约》之后,清政府开始认真地考虑版权保护立法。1910

^① 周林:《中国版权史研究的几条线索》,载周林、李明山主编:《中国版权史研究文献》,中国方正出版社1999年版,第IV—XIV页(序)。

^② “这幅照片是清政府的商约大臣吕海寰(前排左四)和盛宣怀(前排左五)与美国(康格,前排左三)、日本(日置益,前排左六)、英国、法国、德国代表就中外通商行船条约签署谈判时合影。”文字和照片来源:<http://www.blawdog.com/article/BLawg/856.htm>,最后访问日期2014年8月1日。

^③ 李雨峰:《枪口下的法律——近代中国版权法的产生》,载《北大法律评论》2004年第6卷第1辑,第161页。

年,《大清著作权律》出台。“这部版权法,从名称上来看,使用了著作权一词,而未用版权一词,似乎是参照了法国、德国等罗马法系国家的版权立法。但从内容来看,仅仅授予作者防止他人翻印或仿制其作品的权利,却是参照了英国、美国等盎格鲁撒克逊法律体系国家的版权立法。”^①整个法律分五章,共55条,规定了保护客体的范围、获取权利的程序、保护期限、权利归属、权利内容、权利限制、侵权责任等内容,具备了现代著作权法的体系和结构,在当时应当算是很不错的立法了。

1911年,辛亥革命爆发,清王朝被推翻,这一法律从形式上被废止。不过,这部法律对后来北洋政府在1915年和国民党政府在1928年制定版权法起到了一定的示范作用。^②在北洋政府新的替代立法出台之前,《大清著作权律》在实践中依然被遵照执行。^③

大清著作权律(1910)

第一章 通 例

第一条 凡称著作物而专有重制之利益者,曰著作权。称著作物者,文艺、图划、帖本、照片、雕刻、模型皆是。

……

第四条 著作物经注册给照者,受本律保护。

第二章 权利期限

第一节 年 限

第五条 著作权归著作者终身有之;又著作者身故,得由其承继人继续至三十年。

……

第四章 权利限制

第一节 权 限

……

第二十五条 搜集他人著作编成一种著作者,其编成部分之著作权,归编者有之;但出于剽窃割裂者,不在此限。

第二十六条 出资聘人所成之著作,其著作权归出资者有之。

第二十七条 讲义及演说,虽经他人笔述,其著作权仍归讲演者有之,但经讲演人之允许者,不在此限。

……

第三十一条 凡著作不能得著作权者如下:

一、法令约章及文书案牍;

^① 沈仁干:《我国第一部版权法——〈大清著作权律〉简说》,载《中国出版》1985年第2期,第42页。

^② 沈仁干:《我国第一部版权法——〈大清著作权律〉简说》,载《中国出版》1985年第2期,第44页。

^③ 李明山:《〈大清著作权律〉是“没有来得及实施”的法律吗?》,载《中国出版》1988年第1期,第55—56页。

- 二、各种善会宣讲之劝诫文；
 - 三、各种报纸记载政治及时事上之论说新闻；
 - 四、公会之演说。
-

第二节 禁 例

第三十三条 凡既经呈报注册给照之著作，他人不得翻印仿制，及用各种假冒方法，以侵损其著作权。

第三十四条 接受他人著作时，不得就原著加以割裂、改窜及变匿姓名或更换名目发行，但经原主允许者，不在此限。

第三十五条 对于他人著作权期限已满之著作，不得加以割裂、改窜及变匿姓名或更换名目发行。

第三十六条 不得假托他人姓名发行己之著作；但用别号者不在此限。

第三十七条 不得将教科书中设问之题擅作答词发行。

.....

第三节 罚 则

第四十条 凡假冒他人之著作，科以四十元以上四百元以下之罚金；知情代为出售者，罚与假冒同。

第四十一条 因假冒而侵损他人之著作权时，除照前条科罚外，应将被损者所失之利益，责令假冒者赔偿，且将印本刻版及专供假冒使用之器具，没收入官。

.....

第四十七条 侵损著作权之案，如申明并非有心假冒，应将被告所已得之利，偿还原告，免其科罚。

.....

[关于《大清著作权律》的一些关键内容的解读与评论，可以参考韦之：《〈大清著作权律〉关键词辨析》，载《电子知识产权》2010年第11期，第65—67页；李宗辉：《夹缝中的法律移植与传统创造——〈大清著作权律〉述评》，载《西南政法大学学报》2010年第5期，第14—20页。]

4.2.3 北洋政府《著作权法》(1915)

1915年，北洋政府颁布了《北洋政府著作权法》，共45条，比《大清著作权律》还少10条。这一著作权法共有五章，分别是总纲、著作人之权利、著作权之侵害、罚则、附则等。除少数条款有增删、合并外，内容基本抄袭《大清著作权律》。^①既然不是第一部法律，又没有太多新意，自然没有受到学术界的过多关注。

4.2.4 国民政府《著作权法》(1928)

1927年南京国民政府成立。1928年国民政府就颁布了《中华民国著作权法》及实

^① 金眉、张中秋：《中国著作权立法史述》，载《论法学评论》1994年第2期，第81页。

施细则。该《著作权法》也分为总纲、著作权之所属及限制、著作权之侵害、罚则、附则五章,共计40条,与北洋政府的《著作权法》体例大致相当。在这一《著作权法》中,中国正式确认保护外国人作品。这一法律至今依然在中国台湾地区施行,不过几经修改,已脱胎换骨。

4.3 中国现代著作权保护历史

4.3.1 新中国的版权末路

1949年,新中国废除了中华民国的法律,包括著作权法。不过,版权意识依然顽强地生存下来。在1950年,政府还是强调出版业要尊重著作权和出版权。不过,随着社会主义改造的逐步深入,版权在新中国逐步萎缩。^①在中国从苏联引入稿酬制度后,作者的著作权主要只剩下获得稿酬的权利。在“文化大革命”期间,甚至获得稿酬的权利也一度被废止。^②

以下全文抄录了当年文化部和作协党组的关于废除版税制度的请示报告。这一文件非常生动地展现了20世纪60年代主流思想意识对于版权制度的理解,有望成为中国版权史上的经典文献。

关于废除版税制、彻底改革稿酬制度的请示报告 文化部党组、中国作家协会党组(1960)

周林、李明山主编:《中国版权史研究文献》,
中国方正出版社1999年版,第321—324页

稿酬问题,是关系到作家、艺术家、知识分子的生活方式和世界观的改造的一个重要问题。为了加强知识分子同工农群众的结合,鼓励文艺工作者的创作积极性,同时又尽可能防止产生特殊阶层的危险,目前亟须对我国现行的稿酬制度加以改革。

我国现行的稿酬制度,大体上是抄前苏联的办法。按照这种办法,稿酬除根据作品的字数外,还根据印数定额计算。印数越大,稿费就越多;不断再版,又不断付给稿费。显然这是一种不合理的办法。因为书籍销路的大小,有种种原因,往往并不完全反映作品的价值和_{质量}。这种办法,不符合我国的分配原则,即政治思想教育和物质鼓励相结合而以政治思想教育为主的原则,实质上同资本主义国家的版税制没有什么原则区别,即把作品当成作者的私有财产。一个作家,只要写出了一本比较畅销的书,所得的稿费,就常常足以供他长期使用,甚至他的后人或亲友还可以继承版税。

近几年来,根据中央的指示,我国的稿酬制度虽然经过几次修改,但是由于没有彻底打破资产阶级的版税制度的框子,印数特大的书,仍可以得到巨额稿费。这种过分依靠“物质刺激”的办法,流弊甚大。它不仅不能起鼓励作家刻苦写作,提高作品质量,繁荣文艺创作和学术研究的作用,反而助长了争名逐利,粗制滥造的作风。尤其有

^① 周林:《中国版权史研究的几条线索》,载周林、李明山主编:《中国版权史研究文献》,中国方正出版社1999年版,第IV—XIV页(序)。

^② 韦之:《著作权法原理》,北京大学出版社1998年版,第8页。

害的是它妨碍作家艺术家生活方式和世界观的无产阶级化,妨碍知识分子的劳动化,整风反右以来的许多事实证明,过高的稿酬成了文艺界、知识分子中某些人腐化变质和“一本书主义”等资产阶级思想的物质基础。目前我国完全依靠稿费收入生活的作家和翻译家虽然只是少数(约一百人左右),但是,业余写作的,即一方面在各自的工作岗位上领取国家工资,另一方面由于从事创作而享受这种过高的稿酬的作家、艺术家、国家机关干部、资产阶级知识分子以至若干工农知识分子,却数量极大。如果不对现行的稿酬制度进行改革,不但对文艺学术的健康发展不利,对逐步消除资产阶级法权残余首先是脑力劳动和体力劳动的差别,也极为不利,甚至还有形成一种脱离工农群众的特殊阶层的危险。因此,正确地解决稿酬制度具有极大的意义。过去,由于照顾到作家的政治觉悟和传统习惯,我们还只能进行一些次要的改变。现在情况已有很大的变化,许多作家,在工农群众忘我劳动、不计报酬的共产主义风格的影响下,主动提出减低稿酬。我们认为对现行稿酬制度进行根本改革的时机已经成熟了。

为此,根据中央指示的精神,我们建议首先废除版税制,同时对目前一部分完全依靠稿费维持生活的作家一律实行工资制,稿费只作为生活的补助和鼓励创作的一种次要因素。具体办法如下:

(1) 废除按印数付酬的版税制度。出版社出版书籍,不论是没有在报纸上发表过的原稿或者是由作者将其在报刊上发表过的作品加以修订编成的集子,一律按照作品的字数和质量付一次稿费,以后重印,不再付酬。至于出版社选编已经发表过的许多人的文章合集,一律不付稿费,但应征作家同意。旧书重印时,一般不再支付稿酬,但如作家有所修订或补充,则应付给相应的稿费。废除印数稿酬后,稿费数目和幅度一般维持原稿酬办法所规定的标准。报刊发表作品,由报社或杂志社付一次稿费;相互转载,不再付酬。

实行新的稿酬制度后,作者出版作品仍有选择出版社的权利和决定作品的修改、停印、绝版的权利。但这种权利在性质上已经根本不同于过去的所谓版权。出版社在接受书稿出版时,应和作者订立出版合同,规定双方的权利与义务。

文化部拟根据上述原则,分别出版物的不同情况,订立新的稿酬办法。

(2) 对于专业作者,由国家按照他们原来的行政级别(原来的文艺级别相应地改为行政级别),发给工资,并同国家工作人员一样按照他们的工作成绩提升级别,在福利方面也给予和国家工作人员相同的待遇。他们的作品发表时,仍由报刊或出版社按照改变后的办法付给应得的稿酬。作家协会和出版社应作些为作者所特需需要的福利或服务性工作(如代作者搜集或购置图书资料,在作者写作时给予住房的方便,等等)。对于目前少数尚未担任工作的专业翻译工作者,由国家吸收他们到翻译、研究机构或出版社从事翻译工作,或由出版社聘为特约翻译,参照现有翻译机构(如编译局)的办法,发给工资,不付稿酬;也可按照翻译的数量和质量一次付给稿酬。发给工资者在完成定额以外的业余译作,稿酬仍归本人。

现有专业作家有一部分没有列入编制,在对他们实行工资制时,各地作家协会或文联应当把他们列入一定机构的编制内,由这些机构发给工资,但不一定要他们负担

行政职务,让他们能够深入基层,熟悉群众生活,以便进行创作。

以上意见和措施是否妥当,请予请示。如中央同意,请批发省、市、自治区党委和中央各有关部门党组。

上述报告提出了版权制度滋生的一些社会问题,比如“一本书主义”,稿费与作品质量背离等。这些问题可能是产权制度与生俱来的副产品。报告内容对于版权学者的特别意义在于,它努力提出版权制度的替代方案,以消除现有制度的弊端。这些替代方案,比如工资制,能解决问题吗?

4.3.2 著作权制度的重建

“文革”结束后,中国重新回到经济社会发展的正常轨道,著作权制度的重建工作终于被提上议事日程。以下是现行著作权法诞生的大事记:

1979年1月,中美签订《中美高能物理协议》。协议约定双方互相保护版权。同年3月,中美开始商谈贸易协定,美方重提版权保护问题。^①这成了中国重建版权制度的重要外在动力。

1979年4月,国家出版局向国务院呈送报告,请求建立版权机构,制定版权法。报告获得批准。^②

1984年6月,文化部颁布《图书、期刊版权保护实行条例》,暂时缓解了著作权法立法迟迟不能制定的压力。

1985年1月,文化部颁布《图书期刊版权保护实行条例实施细则》。

1985年7月,国务院批准成立国家版权局。

1986年4月,《民法通则》通过,其中第94条规定:“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”。这一条虽然非常简略,但是的确成为著作权保护的重要法律依据。司法实践中,也有案例确认过这一点。^③

1990年9月7日,全国人大常委会通过《中华人民共和国著作权法》。

从著作权法立法建议的提出到法律的最终通过,中国差不多用了11年的时间。与著作权法立法同步进行的专利法,则只用了5年。这期间,中国式的政府机构间的竞争与内耗在一定程度上延缓了版权法立法工作。

4.4 提示说明

4.4.1 世界版权制度的起源

世界公认的第一部正式的版权法法案是1710年的英国安娜法案(the Statute of Anne),正式的全称是《赋予书籍复制件的作者或购买者法定期间内之专有权以鼓励学术之法案》(“An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned”)。^④

① 沈仁干、钟颖科:《著作权法概论(修订本)》,商务印书馆2003年版,第21页。

② 同上。

③ 胡公石诉文化艺术出版社、李传周案,北京市一中院(1996)一中知初字第9号。

④ 关于安娜法案的详细介绍,可以参考维基百科http://en.wikipedia.org/wiki/Statute_of_Anne,2013年1月20日访问。法案全文可以参考http://en.wikisource.org/wiki/Statute_of_Anne,2013年1月20日访问。

在此之前,英国王室为了控制宗教和政治言论的传播,于1534年以特许方式将印制书籍的权利交由一个由出版者和销售者组成的公司(The Stationer's Company)垄断。1695年这一垄断特许令到期。该公司竭力游说英国议会通过上述第一部版权法。该法案维持 Stationer 公司对于已经印制的书籍的垄断权到1731年。不过,它第一次确认作者对其作品享有权利,明确宣示这么做是为了鼓励人们从事创作活动。^①

安娜法案为作者权利设置了期限。对于已经存在的作品,作者享有的专有权利为21年。对于新书,享有两个阶段的保护:第一阶段,作者或权利的受让人享有14年的保护,期限从首次出版开始计算。第一阶段期满后,如果作者还活着,则可以获得第二阶段的保护。这时,所有权利回复到作者那里。该法案禁止他人未经许可翻印、进口受保护的书籍。为了获得版权保护,作者应当在出版前前往 Stationer's Company 登记其书籍。^②

4.4.2 著作权与版权的概念之争

在现行著作权法立法过程中,曾经发生过新法律究竟应该叫“版权法”还是“著作权法”的争议。代表性的意见分别来自于郑成思教授和刘春田教授。前者主张采用“版权法”,后者则坚持“著作权法”。以下是二位先生的意见摘录:

版权与著作权

郑成思:《作品、著作物与版权》,载《工业产权》1989年第3期,第12—13页

“版权”概念应当说最早出自我国。宋代地方政府就颁布过对个别印刷出版人专有的版本“禁止复版”的命令。它与几百年后出现于英国,又通用于世界的“版”(Copy)“权”(right)这个复合词,从形式到内容几乎都是相同的。18世纪初,资产阶级的第一部版权法由于印刷业的发展而产生的保护图书为载体的作品的复制权。当时,传播作品及借作品营利的途径,还只是印刷出版。到了18世纪末,在法国大革命“天赋人权”的理论影响下,建立了保护作者权益的制度,才有“作者权法”之称。“作者权”的概念随之被一系列新兴的资产阶级国家所沿用,乃至在整个19世纪及20世纪一段很长时期内都占有优势。

实际上,早在法国的作者权法产生之前,英国已于1734年开始颁布了一系列保护雕刻者、雕塑者权利的法律。从那时起,非文字作品进入版权领域,非印刷出版的复制方式也进入作品的传播领域。所以,许多国家感到“作者权”比起“版权”来,能更确切地表达版权制度保护的对象。不过,进入20世纪后,随着新技术的发展,又出现了新的情况。由于摄影与录音设备的广泛使用,表演、戏剧、音乐等作品的演员、演奏者们的“活的形象与声音”可被他人准确地摄录下来,作为营利的标的。这对表演者们的独创性劳动(或称为对作品的活的、直接的传播)无疑是一种掠夺。于是,一种新的应

^① Marshall Leaffer, *Understanding Copyright Law*, Second Edition, Matthew Bender & Co., Inc., 1996, at 4.

^② *Ibid.*, at 5.

当受保护的主体出现了——表演者。随着无线电技术的发展和运用,更进一步出现了录制品制造者(如“原声带”制造者)、广播组织等新主体。对这些主体的保护,与版权保护是密切相关的(他或它们,都是作品的传播者),但这些主体并不总是(或经常不是)作者,用“作者权”来概括是很难的。在电影、电视业发展起来后,也出现了类似的问题。一部电影或电视作品完成放映之后,可以主张权利的绝不仅仅是剧本作者,导演、布景设计、(在有些国家)主要演员等等,都是权利人。这些人就有关影、视作品享有的权利,也很难用“作者权”来概括。于是,有一部分使用“作者权”概念的国家,在保护这些主体时,选择了另立一部“作者权之相邻权(或曰邻接权)法”的道路。

使用“版权”概念的英美法系国家,并没有感到把表演者、广播组织等主体置于版权法保护下,会有什么语言上的障碍。因为随着新技术的发展,Copy(版)这个词已被赋予更新、更广的涵义。今天,谈起拿一份文件去“拷贝”一下,一般指的并不是去印刷出版,而是用静电复印机复印。计算机软件、音像制品等等的“拷贝”,则是指使用计算机、录音机(转录机)等去复制。电影作品的复制及产生的复制品,中文直接称为“拷贝”。这样一来,“版权”实际上成为一切“复制”之“权”的统称。而表演者的权益、广播组织的权益,也正体现在许可或禁止他人复制其表演和节目方面。于是,“版权”倒可以顺理成章地把表演者权、广播组织权等“相邻权”包括进去……

有些大陆法系国家在重新制定版权法时,则遇到了语言上的困难。1985年,法国打算修订原版权法,把保护表演者及保护计算机软件等增加进去。且不说“表演者”未必是“作者”,就连计算机软件也是在软件产业的经营者们的要求下,才加以保护的,这种保护的着眼点也不是作者而是企业家。于是,修订后的法国版权法不得不使用了一个很长的名称:“作者权及表演者、音像制品生产者、广播组织权法”。很可惜,这么长的名称中也未能把软件产业的企业家们包括进去。而如果使用“版权法”这个名称,则上述各种主体禁止他人非法复制的一切专有权,就都能被概括进去了。

纵观历史,印刷技术的发展、出版业的出现,使“版权”制度产生,更多的、与出版传播无关的作品要求得到保护,又使优于“版权”的“作者权”概念产生,新技术的发展,则重新使“版权”概念占了优势。不过这种回复的版权优势,并不是原地360度的旋转,即并非使“出版之权”重占上风,而是使版权保护与采用一切新、旧技术进行复制的活动联系起来。

法律的名称

刘春田:《关于我国著作权立法的若干思考》,
载《中国法学》1989年第9期,第45—46页

著作权,是指以文学、艺术、科学等作品为客体的民事权利。现代意义上的著作权制度,一般认为起源于英国。在英国,对于学术著作的利用权,最初就是出自皇家的特别授权,范围以专有复制权为限。权利同时授予作者、印刷商和出版商。事实上,作者的权利往往通过印刷商和出版商才能实现。这种依赖关系就形成了以保护出版商的

利益为核心的权利,在英文中把这种权利称作 Copyright,本意即复制之权,也就是说,权利是基于复制而产生的,故称版权。

但是,作者才是著作的真正的源泉。如果没有作者的创作,出版商们的专有出版权就成了无米之炊。因此,保护作者的利益,就成为不可避免的问题。于是,1710年出现了第一部承认作者权利的法律—安娜女王法令。该法令全称为《赋予著作人、稿件购买人于法定期间内专有重制并鼓励学术著作之法案》。法案指出:“印刷人等……常未经著作人、著作权所有人同意,擅自翻印他们的印籍……为防止这种业务行为,并为鼓励学者努力著述有价值书籍……特制定法制……”

安娜法令的出现,使早期出版人本位的特权——版权,发展转变为著作人本位的权利,成为基于著作的完成就产生的权利。由于在立法中确认了以作者为核心的权利,确认印刷出版图书的专有权利首先由作者享有,从而结束了出版商的垄断,这是一个根本的转折,安娜法令使权利从公法领域进入私法领域,特权被民法所调整的可转让的财产权取代了。这一质的转变在著作权法的历史上具有里程碑的作用。

18世纪末,在德国思想家的推动下,著作权概念有了进一步的发展。他们认为作品是作者人格的反映,在著作权中人格权是首要的,财产权次之。这一思想反映在大陆法系国家的著作权法中(这些国家多称“作者权法”),又是一个进步。它使著作权的概念更加明确,内容更为丰满。至今,著作权已发展成为以作者为核心的,由相互依存的多种人身权利和财产权利相结合的民事权利。

我国版权和著作权的概念之形成和发展过程与西方很相似。据史料记载,版权的萌芽当始于活版印刷之前的雕版时代。据考证:“雕本肇于隋,行于唐,扩于五代,精于宋”。宋代集历代印刷的精华,以毕昇创造活版而实现了印刷术的革命。故宋时就对民间出版的书籍采取了保护措施。但是,近代的版权和著作权概念则主要是受日本的影响。“版权”一词在日本被公认为是由福泽谕吉从英文 Copyright 直译过来的。在明治八年(1875年)的出版条例中,版权还是指官方特许的图书专卖权。但是在明治二十年的版权条例和明治二十六年的版权法中,含义已转变为著作人的专有出版之权了。可见版权的内涵比现在的一些人的解释要窄,而且因为它是从英文 Copyright 直译过来,也就不免和 Copyright 本身一样含混。正如《大英百科全书》所指出的,它“未能指明本身所包含权利的主要受益人”。相反,其他语言中的相应术语,如德语和法语,都指明了受益人,通常可以明确译为“著作人的权利”。在日本,由于“版权”一词被认为是容易引起误解的用语,终于被“著作权”一语取代。“著作权”是由参与制定日本明治三十二年(1899年)《著作权法》的水野炼太郎博士参考多种西方国家术语创造出来的。该用语在日语中就是指著作人的权利。此后,在日本的法律中再也没有出现“版权”一语。

“版权”一词在我国作为法律用语,最早见之于清光绪二十九年(1903年)的《中美通商行船续订条约》中。根据当时的官方解释,“……第十一款曰保护版权即中国书籍翻刻必究之意……”与《中日通商行船续约》第五款中所称的“印书之权”相同。在同一年(1903年),近代思想家严复上书清廷,要求制订法律保护“著、述、译、纂”者

的权利。清政府责成沈家本先生负责立法,当时在法律上袭用了日本的著作权一词。1910年(宣统二年)《大清著作权律》颁布。该法在起草中,不仅参考了日本1899年的著作权法,还参考了美国、匈牙利、德国、比利时、西班牙、法国、英国等国家的法律。在此期间,清政府还派观察员出席了1908年在柏林举行的修订《伯尔尼公约》的国际会议。可见,清政府在当年立法时,不仅对世界各国的著作权法律制度有了比较清楚的了解,而且对从版权到著作权概念的历史演变过程也已经有了明确的认识。因而立法中使用“著作权”而放弃“版权”用语的指导思想是十分明确的。我国自《大清著作权律》之后,北洋政府1915年和国民党政府1928年颁布的该法,都称著作权法。新中国的正式法律,也多称著作权。

总之,“版权”和“著作权”是不同历史时期的产物。二者有联系,也有区别。这本是历史上已经解决了的问题,现在当然不宜再将二者混同,特别是把“版权”和“出版权”混同起来。

如我们所知,中国的立法者最终采用了“著作权法”这一名称,并在该法律中明确宣称“本法所称的著作权与版权系同义语”^①。关于著作权法名称的争议因此终结,不过引发各方争议的深层次问题并未真正得到解决。比如,著作权法究竟是以保护作者权为中心还是以保护出版者(传播者)为中心?著作权究竟财产权还是人身权?著作权法是否应该区分著作权与邻接权?这些基础的问题即便在今天,依然还是充满着争议。这在后文将逐步呈现。

4.4.3 个人信息的财产属性

知识产权法保护客体范围不断扩张,是一个不争的事实。新增的客体,有的被纳入传统的专利法、版权法或商标法的范畴,有的通过特殊立法加以保护,有的则还停留在争论阶段。比如计算机程序算法、集成电路布图设计、非原创性的数据库、个人数据、生物遗传资源、传统知识、公开形象(publicity)等等。新的客体拓展知识产权法边界的同时,也会触发关于知识产权本质的焦虑。这一点,从个人数据、公开形象、生物遗传资源保护等讨论中有明确体现。

关于个人信息保护立法,学者指出:

我国还应当通过修订法律和制定新法等方式,确认个人信息安全的法律地位,规定个人对其信息资料所享有的权利,如知悉资料收集人的身份、收集目的、使用方式、资料转移的可能性、资料保管情况等知情权,是否将个人资料提供给第三方、提供哪些资料、对资料如何使用的限制等情况的资助控制权,有权查阅、修改个人资料的权利以及资料被非法或不当使用时的赔偿请求权等等,规定收集个人资料的条件,收集的资料内容,资料使用目的的限制,资料传输的限制,对资料储存的要求,资料安全保证措施等事项。此外,还要对当事人权利遭受侵害时的救济途径、资料收集人未按所声明的目的使用信息、不当泄漏资料甚至出售给

^① 《著作权法》(1991)第51条。

第三方所应当承担的法律责任等予以明确。^①

上述论文的作者似乎暗示个人信息是一种“信息产权”。个人信息的财产化,是个人信息保护的必然选择吗?为什么?联系传统民法上的姓名权、肖像权,以及可能的隐私权,你是否会觉得它们和知识产权实际上并没有差别?下面吴汉东教授关于“形象权”的论述,是否验证了这一点?

(商品化)形象权。形象(publicity)是个人或社会组织所拥有各种形象,包括真实人物的形象、表演形象、虚构角色形象、社会组织形象等,这些形象往往与主体自身的姓名(名称)、肖像(形象)、外表(标志)等一般人格因素有关,也与主体创造的角色、人物、作品或活动的名称、标题等特别人格因素相联系。这些人格因素的某些特征,具有“第二次开发利用”的价值。权利人利用自身或虚拟的形象,或他人以合理的对价受让或许可使用该形象,其目的并不局限于该形象的知名度与创造性本身,而在于该形象与特定商品的结合而对消费者带来的良好影响。这种影响能给形象所附载的商品带来广泛的认知度,能给形象的利用者带来一定的经营优势,所以说,这种权利不是人格意义上一般形象权,而是具有财产价值的(商品化)形象权。(商品化)形象权与知识产权关联性极大,但真实形象不是著作权法的保护对象,虚构形象并不符合专利法商标法的保护条件,因此该项权利是一项独立的无形财产权。^②

关于个人信息与形象权的进一步讨论,可以参阅:Pamela Samuelson Privacy As Intellectual Property? 52 Stan. L. Rev. 1125(2000); Michael Madow Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights 81 Calif. L. Rev. 125(1993)。

5 著作权法与其他法律的重叠

著作权法与专利法(外观设计)、商标法或不正当竞争法的保护,常常会发生交叉重叠和冲突。如何处理这一重叠和冲突,并不能一概而论,需要视具体情况区别对待。

5.1 著作权法与专利法(外观设计)

著作权法与专利法的重叠主要发生在外观设计的保护上。工业产品的外观设计是产品的外形、图案和色彩组合物,可以依据专利法申请外观设计专利。而依据著作权法,这些设计也可能被视为实用艺术品,从而获得著作权保护。

理论上,完全避免著作权法与专利法重叠保护几乎是不可能的,或者说会是荒谬的。比如,有人完成一幅绘画作品,然后将其印制到产品包装袋或者布料上,起美化作用。无论是包装袋还是布料,都可以获得外观设计保护。尽管外观设计表面上保护的

^① 郑成思、朱谢群:《信息与知识产权》,载《西南科技大学学报(哲社版)》2006年第1期,第5页。

^② 吴汉东:《财产的非物质化革命与革命的非物质化财产》,载《中国社会科学》2003年第4期,第132页。

是产品,而非绘画作品本身,但是受保护的核心内容本质上都是该抽象的绘画内容。如果坚持外观设计专利保护排除著作权保护,则会出现这样的局面:包装袋或布料获得外观设计保护,将导致绘画作品无法获得著作权保护。这实际上是说,该绘画作品的著作权人自己或许可他人将该作品应用于外观设计,则会丧失该作品的著作权。质言之,不想耗时费力地寻求保护者,能获得完全的著作权保护;而额外投入时间精力寻求外观设计保护者,反而只能获得为期10年的外观设计保护。如果立法者刻意禁止重叠保护,就会导致这一荒谬结果出现。

部分学者认为,工业品外观设计专利的保护期届满,意味着该工业设计进入公共领域,供公众自由取用,而不应通过替代或重叠保护阻止其进入公共领域。换句话说,外观设计专利保护已经向设计者提供了足够的激励,没有必要在此基础上提供额外的更长时间的著作权保护。从外观设计立法的角度看,这一观点有一定的道理。不过,从著作权法的角度来看,就不再可靠。一项外观设计如果落入著作权法意义上作品的范围,自动获得著作权法保护。著作权法的立法者实际上相信,该作品有权获得有效的著作权保护,或者说该作者值得激励。在此基础上,著作权人或者获得其许可的第三方利用该作品寻求外观设计保护,一般并不会实质性超出著作权原始的保护范围^①,就谈不上扩充著作权的保护范围。沿着这一思路,在外观设计保护期满后寻求著作权保护,设计者并不是在对公共领域的设计方案重新主张权利,而是重申自己对于原本就不在公共领域的作品的权利而已。如果法院认为,著作权法保护会给予过度的激励,那合理的选择是依据著作权法上的保护客体排除或原创性审查规则拒绝保护或压缩保护期,而不必以排除重叠保护的名义来否认著作权保护。

实践中,可能有人会将处在公共领域的作品应用到外观设计上以寻求专利保护。这是否会变相地延长著作权的保护或者将公共领域的资源据为己有?答案是否定的。如果单纯将公共领域的作品简单复制到外观设计上,而这一设计理念众所周知,则该设计在纠纷发生后通常不能通过专利局的实质审查(不具备所谓的新颖性或“创造性”)。如果利用公共领域的作品这一设计理念本身就很特别,不是一般人能想到的,则原本就应该获得专利法的激励。其中的道理就像设计者可以任意组合公共领域的设计要素以寻求新的设计方案一样。因此,没有必要以排斥重叠保护的名义来禁止他人寻求著作权和外观设计的双重保护。

有人可能有这样的疑问:既然重叠保护并不能实质性拓展著作权的保护范围,在能够获得著作权保护的情况下,为什么还有人愿意申请外观设计专利?在本书作者看来,至少有四方面的原因:其一,著作权法上作品范围、独创性标准不够明确,很多设计者对自己的设计方案是否能够获得著作权法的保护没有信心,而外观设计专利的授权标准相对明确,因此申请外观设计专利以确保万无一失;其二,外观设计专利侵权时,权利人无需证明侵权人存在抄袭行为。在举证要求方面,专利法对权利人要更友好。

^① 专利法不承认所谓的独立创作例外抗辩。申请外观设计专利减轻了权利人举证证明抄袭的难度。但是,这对于著作权人利益的扩张效果微乎其微,基本上可以忽略。

其三,在某些行业,拥有专利这一事实对于商业宣传非常有利,所以企业愿意申请外观设计专利;其四,部分企业可能出于对法律的误解,以为自己的工业设计无法获得著作权保护,所以申请外观设计专利。显然,这些原因都不能支持立法者作出排除重叠保护的选择。

在中国现行的司法实践中,法院并不认为外观设计专利与著作权的双重保护存在问题。比如,著名的乐高玩具著作权案中,被告可高公司认为,没有证据表明中国法律排斥对实用艺术作品提供著作权和专利权的双重保护,北京高院指出:

这一问题应当更符合法律逻辑地理解为现在没有证据表明中国法律对于外国人的实用艺术作品排斥著作权和专利权的双重保护。英特莱格公司就其实用艺术作品虽然申请了中国外观设计专利,但并不妨碍其同时或继续得到著作权法的保护。^①

5.2 著作权法与商标法

著作权法与商标法的双重保护也非常常见。将文字、图形或雕塑作品申请注册商标或者当做未注册商标使用,就可能导致著作权法和商标法(如果是未注册商标,则是反不正当竞争法)的双重保护。

著作权法和商标法的立法目的迥异,这一重叠保护一般并不会损害公共利益,因此无需立法干预。著作权法禁止他人以复制、发行、信息网络传播等方式利用受保护的作品,而商标法仅仅禁止他人将该作品(前提是已经成为注册商标)作为区别商品或服务来源的商标使用。如果他人对该作品的利用,并不会导致消费者误认商品来源,则商标权人无法依据商标法阻止他人对该作品的自由利用。换句话说,商标法规则已经充分保证,作品进入公共领域后被注册成商标,并不能使得该作品重新进入著作权法意义上的私有领域。也正因为如此,著作权法和商标法的双重保护,通常并不需要刻意避免。

嘉宝自然工业股份有限公司 v. 漳州全盈磨料磨具有限公司

福建省高院(2010)闽民终字第182号

原告嘉宝公司于1977年在台湾地区经由中国砂轮股份有限公司转让受让取得锚牌及相关图案的注册商标。1999年9月7日,漳州昆懋砂轮(厂)有限公司经中华人民共和国工商行政管理总局商标局核准注册,取得第1312170号“锚及图”注册商标。被告全盈公司于2000年2月28日经漳州昆懋砂轮(厂)有限公司转让受让取得第1312170号注册商标专用权。被告全盈公司在其生产的砂轮上使用“锚牌”标贴。

原告嘉宝公司于2001年8月16日向国家工商行政管理总局商标评审委员会提出对被告全盈公司的第1312170号“锚及图”商标撤销注册申请。国家工商行政管理

^① 英特莱格公司 v. 可高(天津)玩具有限公司等,北京高院(2002)高民终字第279号。

总局商标评审委员会以第1312170号“锚及图”商标的注册未违反现行《商标法》第十三条、第三十条的规定为由,对第1312170号“锚及图”商标予以维持……

被告全盈公司的第1312170号“锚及图”注册商标中及在其生产的砂轮上使用“锚牌”标贴图案与原告嘉宝公司在台湾地区取得的注册商标中使用的图案一致。原告嘉宝公司以被告全盈公司侵犯原告嘉宝公司的著作权为由向江苏省苏州市中级人民法院提起诉讼……

原审法院认为:原告嘉宝公司所主张的讼争“锚”及相关图案注册商标(台湾地区)是经中国砂轮股份有限公司转让受让取得,注册商标的转让并不当然包含著作权的转让。原告嘉宝公司也未提供其享有“锚”及相关图案著作权的其他证据,且其在庭审中称讼争图案是由金敏窖业厂设计,故原告嘉宝公司主张其对“锚”及相关图案注册商标(台湾地区)中使用的图案享有著作权依据不足,主张被告全盈公司的行为侵犯其著作权缺乏事实依据。

……

原审宣判后,嘉宝公司不服,向本院提起上诉认为:1. 一审法院认为,上诉人在一审中不能提供“锚”相关图案的著作权的依据,且认为注册商标的转让并不当然包含著作权的转让,以此认为上诉人的诉讼依据不足,上诉人认为该项认定不符合法律规定和交易惯例。首先,对于商标权的转让并未排斥商标权所基于的著作权的同时转让上诉人。著作权包含了财产权和人身权。在商标转让中,该商标图案著作权的人身权不发生当然的转让,但是作为商标图案著作权的财产权必然发生转让,否则会导致商标受让人权利的重大缺陷,其商标的使用将构成对在先著作权的侵权。至少,在该转让的商标在商标使用的途径上是如此,因此,一审法院的上述认定不符合著作权法和商标法的精神。其次,在实际商标(特别是带有商标图案)的转让中,该商标图案的著作权的转让是当然的,是交易的惯例,相反如果不转让,反而会通过协议的协议另行明确约定。一审法院对于该基本事实的认定缺乏法律依据,违背交易习惯,基于该项认定的判决依法不能成立。2. 本案的焦点在于被上诉人是否具有侵犯权利的恶意。“锚”及相关图案无论作为著作权还是作为商标,在台湾地区均具有相当的知名度,而被上诉人作为一家投资于大陆的台资企业,其经营的范围和与上诉人基本相同,存在着竞争性,不可能不知道该商标及图案是原告的注册商标和依法拥有著作权,其恶意也是非常明显。综上请求二审法院依法改判,支持上诉人的原审诉讼请求。

……

本院认为:

《中华人民共和国著作权法实施条例》第2条规定,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。根据嘉宝公司在本案诉讼中提供的证据,无法证明涉案商标标识中锚及锚链的图案为金敏窖业厂独创的作品。

作品如被合法注册为商标,该商标一旦被转让,商标受让人对该作品在注册商标

范围内有合理使用的权利,但因转让取得商标权的受让人并不当然取得相关商标标识所涉作品的著作权,因为根据《中华人民共和国著作权法》第25条和第26条的规定,转让著作权的相关权利,应当订立书面合同,明确双方的权利义务关系,转让合同中著作权人未明确转让的权利,未经著作权人同意,另一方当事人不得行使。本案中,没有证据证明嘉宝公司在台湾地区受让涉案商标时涉及相关商标标识图案的著作权,在未经著作权人同意的情况下,商标权受让方嘉宝公司不得行使相关著作权的有关权利。因此,嘉宝公司有关商标图案的著作财产权必然随商标一起转让的主张,法律依据不足,不予支持。

(吴新民、陈一龙、陈茂和法官)

思考问题:

本案中商标权的转让至少包含有著作权的许可,否则原告无法使用该商标权。这一许可是否本质上必须是独占性的?假设原告获得的著作权,法院应该如何处理此案商标权与著作权的“冲突”?

不过,当一项商品本身是影视作品时,对于作品标题的商标保护或不正当竞争法上的保护,可能会引发争议。前一段时间发生的电影《人在囧途》与《泰囧》的争议就与此有关。依据著作权法,公众在创作作品时可以自由取用公共领域不受保护的元素,比如不受保护的作品标题。但是,由于某些电影作品的名称或标题具有了一定的商标法意义上的显著性,则后来者使用类似的标题,会误导消费者。这时候,商标法或不正当竞争法上的考虑应该优先于版权法上公共领域行动自由的关切。

依据反不正当竞争法,在先权利人可能会主张后来者假冒知名商品的名称,构成不正当竞争。知名商品名称的保护实际上是一种未注册商标保护。

5.3 著作权法与反不正当竞争法

未经著作权人许可,在商业活动中利用他人的作品,很可能被视为是违反商业道德的不正当竞争行为。因此,实践中很多人在提起著作权侵权诉讼的同时,也会依据《反不正当竞争法》第2条提出单独的诉讼主张。这实际上是著作权法与反不正当竞争法重叠所致。

权利人在相对明确的著作权法之外,提出相对模糊的不正当竞争的诉讼主张,主要是出于如下两方面的考虑:

其一,权利人对于该作品是否满足著作权法上的客体要件,没有十足信心。比如,如后文所述,一些单纯事实消息类作品,是否具有独创性,不够明确。如果仅仅提出著作权侵权主张,有败诉的风险。因此,权利人选择利用《反不正当竞争法》第2条的原则条款兜底。

其二,权利人可能认为《反不正当竞争法》所提供的救济力度(比如损害赔偿)超过著作权法。

著作权法与反不正当竞争法的重叠保护,更像特别法与一般法的重叠保护,与前述著作权法与专利法(或商标法)的重叠保护不同。在著作权法对特定作品提供保护

的时候,法院应当尽量避免利用反不正当竞争法提供重叠保护,否则可能会违背著作权法的立法目的——立法者通过更具体的著作权法规则在权利人和公众之间维持一种利益平衡关系,法院不应该通过使用《反不正当竞争法》上的原则性条款(第2条)来威胁甚至破坏它。

如果著作权法拒绝对某些客体(比如单纯事实消息、不具备独创性的数据库等)提供保护,法院在利用《反不正当竞争法》提供替代保护(而不是重叠)时,也应该非常慎重。法院应首先确认立法者当初将这些客体排除在著作权法保护范围之外不是刻意将它们放在公共领域供公众自由取用,然后再看不给予替代保护是否的确会导致市场失败从而损害公共利益。进一步的讨论,可以参考崔国斌《知识产权法官造法批判》一文。

山东省食品进出口公司等 v. 青岛圣克达诚贸易有限公司

最高人民法院(2009)民申字第1065号

[本案涉及员工离职后创设新的公司与原来雇主竞争海带出口等商业机会的行为,是否构成不正当竞争,与版权法没有直接关系。不过,最高人民法院对于《反不正当竞争法》第2条的适用条件的论述,有重要意义。]

.....

(三)关于本案的法律适用问题,主要是《反不正当竞争法》第2条作为一般条款的适用条件及其在本案中的具体适用。

第一,关于《反不正当竞争法》第2条能否作为一般条款予以适用。《反不正当竞争法》第二章列举规定了法律制定时市场上常见的和可以明确预见的一些不正当竞争行为类型。同时,《反不正当竞争法》第2条第1款确立了市场交易的基本原则,即经营者应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则,遵守公认的商业道德;并在第2款中对不正当竞争作出了定义性规定,即经营者违反《反不正当竞争法》的规定,损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为。由于市场竞争的开放性和激烈性,必然导致市场竞争行为方式的多样性和可变性,《反不正当竞争法》作为管制市场竞争秩序的法律不可能对各种行为方式都作出具体化和预见性的规定。因此,在具体案件中,人民法院可以根据《反不正当竞争法》第2条第1款和第2款的一般规定对那些不属于《反不正当竞争法》第二章列举规定的市场竞争行为予以调整,以保障市场公平竞争。本案被控不正当竞争行为不属于《反不正当竞争法》第二章列举的不正当竞争行为,原告也并未依据该列举式规定主张权利,而是依据该法第2条的原则性规定主张权利,被告亦据此进行答辩,一、二审法院也均据此对本案作出裁判。应当说,本案当事人和原审法院均将《反不正当竞争法》第2条作为本案法律适用的依据,并无不当。

第二,关于《反不正当竞争法》第2条作为一般条款予以适用的基本条件。自由竞争和公平竞争是市场经济的两个基本法则,二者各有侧重,互为平衡。自由竞争将有

效地优化市场资源配置、降低价格、提高质量和促进物质进步,从而使全社会受益。但是,自由竞争并非没有限度,过度的自由竞争不仅会造成竞争秩序混乱,还会损害社会公共利益,需要用公平竞争的规则来限制和校正自由竞争,引导经营者通过公平、适当、合法的竞争手段来争夺商业机会,而不得采用违法手段包括不正当竞争手段。因此,虽然人民法院可以适用《反不正当竞争法》的一般条款来维护市场公平竞争,但同时应当注意严格把握适用条件,以避免不适当干预而阻碍市场自由竞争。凡是法律已经通过特别规定作出穷尽性保护的行为方式,不宜再适用《反不正当竞争法》的一般规定予以管制。总体而言,适用《反不正当竞争法》第2条第1款和第2款认定构成不正当竞争应当同时具备以下条件:一是法律对该种竞争行为未作出特别规定;二是其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害;三是该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性,这也是问题的关键和判断的重点。一、二审法院的有关论述,虽不尽全面,但基本正确。

第三,关于适用《反不正当竞争法》一般条款时认定竞争行为正当性的具体考虑。对于竞争行为尤其是不属于《反不正当竞争法》第二章列举规定的行为的正当性,应该以该行为是否违反了诚实信用原则和公认的商业道德作为基本判断标准。诚实信用原则是民法的基本原则,是民事活动最为基本的行为准则,它要求人们在从事民事活动时,讲究信用,恪守诺言,诚实不欺,用善意的方式取得权利和履行义务,在不损害他人利益和社会公共利益的前提下追求自身的利益。在规范市场竞争秩序的反不正当竞争法意义上,诚实信用原则更多的是以公认的商业道德的形式体现出来的。商业道德要按照特定商业领域中市场交易参与者即经济人的伦理标准来加以评判,它既不同于个人品德,也不能等同于一般的社会公德,所体现的是一种商业伦理。经济人追名逐利符合商业道德的基本要求,但不一定合于个人品德的高尚标准;企业勤于慈善和公益合于社会公德,但怠于公益事业也并不违反商业道德。特别是,反不正当竞争法所要求的商业道德必须是公认的商业道德,是指特定商业领域普遍认知和接受的行为标准,具有公认性和一般性。即使在同一商业领域,由于是市场交易活动中的道德准则,公认的商业道德也应当是交易参与者共同和普遍认可的行为标准,不能仅从买方或者卖方、企业或者职工的单方立场来判断是否属于公认的商业道德。具体到个案中的公认的商业道德,应当结合案件具体情形来分析判定。

(邵中林、秦元明、郎贵梅法官)

思考问题:

(1) 最高人民法院认为,“对于竞争行为尤其是不属于《反不正当竞争法》第二章列举规定的行为的正当性,应该以该行为是否违反了诚实信用原则和公认的商业道德作为基本判断标准”。问题是,在知识产权领域,很多新(如果不是全部的话)的保护客体出现时,并无固定的商业道德可以遵循,法院如何应对呢?

(2) 对于法官对《反不正当竞争法》第2条的道德化解读的有力批评,请参考蒋舫:《关于竞争行为正当性评判泛道德化之反思》,载《现代法学》2013年第6期。然

后思考,在知识产权领域,如何才能有效避免法官的过度道德化的解读?

6 著作权法适用范围

6.1 中国人的作品

中国的著作权法区别对待中国人和外国人(无国籍人)。对于中国人(中国公民、法人或其他组织)的作品,无论是否发表,都能依据本法获得保护。^① 此即所谓的自动保护原则——作品一经产生就自动获得著作权保护,作者无须为此履行任何法律手续。

6.2 外国人的作品

对于外国人或无国籍人的作品,首先看作者所属国或经常居住地国是否同中国签订有协议或共同参加了保护著作权的国际公约。如果已经签订协议或参加公约,则依据本法获得保护。^② 这里默认的前提是著作权法已经满足了公约或协议的最低保护要求。如果协议和公约有更高的保护要求,则直接适用该协议和公约的具体规定。在大多数情况下,公约或协议都采用自动保护和国民待遇原则,外国人所获得的保护与中国人依据本法所享有的保护没有本质差别。在少数情况下,公约许可成员国设置一些例外。比如,《伯尔尼公约》第7条第8项就规定了国民待遇的一个例外:成员国为外国作品所提供的保护期限原则上依据成员国国内法,但是在成员国没有特殊立法的情况下,该期限不得超过作品起源国的保护期限。依据这一规定,如果美国作品保护期为作者有生之年加死后70年,而中国仅仅提供有生之年加死后50年。如果中国作品在中国过了保护期,则在美国的保护期也随之中止,而不是依据所谓的国民待遇原则继续延续20年。

如果外国人或无国籍人的所属国或经常居住国没有同中国签订协议,也没有共同参加国际公约,则该外国人或无国籍人的作品在中国一般不受著作权法的保护。著作权法对此设置了两项例外,即在下面两种情况依然可以得到保护:其一,该外国人或无国籍人的作品首先在中国境内出版;其二,首先在中国参加的公约的成员国出版,或者首先在成员国与非成员国同时出版。^③

这些例外与著作权法鼓励外国人在本国首先出版作品以繁荣本国文艺的传统有直接关系。依据《伯尔尼公约》第3条,“出版”对应的英文是“published”。公约所谓“published works”是指为满足公众合理需求,经过作者同意,以各种形式制造的复制件。该条明确指出,戏剧、音乐剧、电影或音乐作品的表演、文学作品的公开朗诵、文学艺术作品的有线传输或广播、艺术作品的展览、建筑作品的建造都不是公约意义上的出版。显然,公约仅仅限于传统形式的“出版”。在网络时代,公约的规定已经不能

① 《著作权法》(2010)第2条第1款。

② 《著作权法》(2010)第2条第2款。

③ 《著作权法》(2010)第2条第3款。

满足现实的需要。不过,由于国籍原则的存在,外国人通常无须依据首次出版来寻求外国保护,所以对这一条款的修改压力相对较小。

上述同时出版,并非严格意义上同时出版。依据《伯尔尼公约》第3条第4款,只要在作品首次出版后30天内在其他国家出版,则视为同时出版。

6.3 著作权法生效之前的作品

现行《著作权法》自1991年6月1日生效。^①对于本法生效之前就已经存在的作品或邻接权客体,“在本法施行之日尚未超过本法规定的保护期的,依照本法予以保护”。^②有意思的是,由于《著作权法》规定作者的精神权利不受期限限制,这导致古往今来的所有作品作者的精神权利依然在本法的保护期内,因此相关的侵犯精神权的行为理论上都可以适用本法。只是能够提起诉讼的主体的资格,则受到诉讼法或一些特别规定的限制。

上述规定只是意味着从1991年6月1日起,如果依据本法该权利还在保护期,则该作品依据本法获得保护。任何发生在本法生效日期之后的侵权行为将适用本法。“本法施行前发生的侵权或者违约行为,依照侵权或者违约行为发生时的有关规定和政策处理。”^③也就是说,《著作权法》并不对生效前的侵权或违约行为有追溯力。

严泌涓等 v. 红云烟草(集团)有限责任公司

云南省高院(2008)云高民三终字第30号

原审原告严泌涓[等]因认为红云集团将其父严浚(已故)设计的“红山茶”烟标的文字、色彩、图案擅自歪曲、篡改,并擅自超地域范围及许可他人使用该烟标销售盈利,侵犯其父就该烟标享有的修改权、保护作品完整权、复制权、发行权及获得报酬权等著作权……

“烟标”即香烟商标,涉案烟标也作香烟外包装使用。本案中,三原审原告主张涉案“红山茶”烟标的产生时间为1957年,红云集团主张该烟标产生时间为1956年,现具体时间无法查明,但双方均认可公开使用时间为1957年。该烟标图案和色彩为红色山茶花、绿叶、白底版,“红山茶”三个文字的字体为行书。红云集团的前身云南纸烟厂于1959年获得该烟标注册商标专用权,商标注册证号为第32834号。

三原审原告主张侵权的烟标为红底版、黑白两色山茶花为底,花上覆盖银色英文“The Scarlet Camellia”,“红山茶”三个文字的字体为行书。红云集团的前身昆明卷烟厂于1998年3月28日获得该香烟商标注册商标专用权,商标注册证号为1163664号。

……

① 《著作权法》(2010)第61条。

② 《著作权法》(2010)第60条第1款。

③ 《著作权法》(2010)第60条第2款。

针对双方的上诉观点,本院认为:

一、关于本案的法律适用问题。

《中华人民共和国著作权法》第59条第1款规定:“本法规定的著作权人和出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利,在本法施行之日尚未超过本法规定的保护期的,依照本法予以保护。”该条第2款规定:“本法施行前发生的侵权或者违约行为,依照侵权或者违约行为发生时的有关规定和政策处理。”原审法院根据上述第2款之规定,认为本案只能适用行为发生时,即20世纪50年代的有关规定和政策,不适用现行著作权法。本院认为,本案应当适用现行著作权法,具体理由为:

1. 根据《中华人民共和国著作权法》第20条、第21条之规定,著作人身权中的署名权、修改权、保护作品完整权的保护期限不受限制;著作人身权中的发表权及著作财产权的保护期限,如属公民的作品,保护期限为作者终生及其死亡后50年;如属法人或其他组织的作品,保护期限为50年。本案“红山茶”烟标出现于1957年,《著作权法》于1991年6月1日施行,在《著作权法》施行之日,本案著作权尚未超过《著作权法》规定的保护期,根据《著作权法》第59条第1款之规定,该著作权应受著作权法保护。

2. 严泌涓等三上诉人主张的侵权行为发生于1996年,当时《著作权法》已颁布施行,根据《著作权法》第59条第2款之规定,对三上诉人主张的侵权行为应适用著作权法予以保护。

3. 《著作权法》于2001年10月27日做过修改。根据《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第31条之规定,在2001年10月27日以后人民法院受理的著作权民事纠纷案件,涉及该日期前发生,持续到该日期后的民事行为的,适用修改后《著作权法》的规定。据此,本案应适用修改后的2001年《著作权法》。

(冉莹、包靖秋、刘维逸法官)

著作权客体

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”。^①《著作权法》第3条列举了作品的具体类型,包括文字、口述、音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术、美术、建筑、摄影、电影作品、工程设计图、产品设计图、地图、示意图、模型、计算机软件等作品。

依据上述作品的一般定义和具体列举条款,著作权的客体通常应具备下列条件:

- (1) 是通常意义上的作品,即“文学、艺术和科学领域”的一种表达形式(表现形式)^②;
- (2) 具有独创性;
- (3) 能以有形形式复制(可复制)。

1 表达形式

著作权保护的客体是作品。按照一般公众的理解,“作品”应该是能够传达一定的思想、情感的表现形式。虽然立法者并未在著作权法上对此进行明确表述,法院依然可以将这理解为“作品”一词的应有之义。毕竟立法者无须将所有常识都写进著作权法条文之中。

作品的定义是否要包含“独创性”这一限制要件,存在争议。部分学者认为,作品只要从外观上看是一种表达形式,就应该是作品。独创性只是作品受法律保护的前提。没有独创性,不应妨碍它被称作作品。从逻辑上讲,这一意见很有道理。公共领域作品的复制件依然可以被称作“作品”。不过,中国著作权法区别对待著作权与邻接权的客体。在大部分情况下,独创性有无似乎是这两类客体的重要区别。因此,在作品定义中强调独创性,还是有一定必要。

学理上,那些不受著作权保护的内容(比如作品所体现的抽象概念、技术方案等)称作思想或抽象思想。于是,判断一项保护客体是否为著作权法意义上的表达(或作品),常常会变成对思想和表达进行二分的过程。

1.1 排除思想的正当性

关于版权法为什么要排除思想,美国著名的 Posner 法官从法经济学的角度给出了

^① 《著作权法实施条例》(2013)第2条。

^② 《著作权法》第3条明确,作品是指“文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品”。这一规定事实上起到限制著作权保护客体范围的作用。如果一项作品不属于文学、艺术、科学或技术领域的表达形式,则不能依据著作权法获得保护。比如,棋谱、体育比赛本身等。

一些解释:

首先,如果保护第一个作者在作品中所表达的思想,虽然会增加第一个作者的收入,但是会增加后续希望表达类似思想的创作者的表达成本,从而减少了新作品的数量,整体上可能减低社会福利。

其次,所有的作者既是新思想的提供者,也是已有思想的利用者。如果保护表达已经能够为创作者提供一定的合理回报,在“无知之幕”(a veil of ignorance)后面(即没有人知道自己会从保护思想中获得更多或更少利益),则作者们很有可能同意现在的不保护思想的版权规则。

再次,保护思想会导致过度的寻租行为。大家都会努力寻找那些没有多少表达的新思想,以期望将来能够让后来者付费使用。这会浪费大量的资源。在这种情况下,思想的发现会被加速,而思想的传播可能不会被加速。

最后,保护思想会引发很高的制度管理成本。法院将被迫定义每个思想,确定其边界,判断它是否与其他思想重叠,而且还要确定侵权作品中确定是否存在该思想等等。尽管保护思想会导致作品的数量减少,从而使得版权系统的管理和执行成本实际上可能下降。但是,如前所述,作品数量的减少又会损害社会福利。这里假定在最佳状态下,版权保护的作品数量是一定的。^①

上述解释只是在一定程度上有说服力,并没有解释全部的疑问。比如,专利法实际上就是对部分作品中所表达的思想(技术方案)提供保护。这表明,版权法不保护思想,部分原因是该制度不适宜保护思想,而不是说思想本身一定不能获得保护。

当然,在法经济学分析之外,从言论自由或表达自由的角度同样能够说明著作权法排斥思想的合理性。有时候,它可能比法经济学分析更容易让人接受,因为它直接诉诸于公众的个人自由和生活体验——公众希望能够自由地表达和传播自己接收、领悟的各种新鲜思想。这已经成为人的基本自由的一部分。

国内有学者从思想和表达区分的困难出发,认为版权法没有必要区分表达和思想,提出“哪里有独创,哪里就有著作权”的说法。也就是说,“当作品中的思想是独创的,那么作者对该思想享有著作权。当其内容或形式具有独创性时,则作者对其内容与形式享有著作权。既然如此,所谓思想、内容和形式的划分也就无关紧要了”^②。对照上述关于思想和表达二分合理性的讨论,这一主张似乎没有什么合理性。

1.2 “思想”的基本分类

美国斯坦福大学法学院的 Paul Goldstein 教授将版权法上的作品中所体现的思想大致分为以下几个类别:启发性概念(Animating Concept)、基本创作要素(Building Blocks)和解决方案。所谓启发性概念,通常是作品所表述的一种有价值的市场概念。

^① William M. Landes and Richard A. Posner, An Economic Analysis of Copyright Law. 18 J. Leg. Stud. 325, 348—349(1989).

^② 韦之:《著作权法原理》,北京大学出版社1998年版,第20页。

所谓基本创作要素因作品类型的不同而有所不同。对于文学作品而言,这种不受保护的基本创作要素包括作品的主题、抽象情节、常见角色和布景等,以及少量词语的结合单元(比如普通作品的标题)等。对于图形作品,简单的色彩与构图要素等不受保护。对于音乐作品,其节奏、音符和和声等不受保护。所谓解决方案是指工艺流程、操作方法、技术原理或者科学发现等。^①

Goldstein 教授对于思想和表达的区分,提出以下四点认识,极有见地:

其一,思想和表达的区分,仅仅是一个度的问题。正如后文 Nichols 案中 Learned Hand 法官所说的那样,对剧本逐步抽象的过程中,存在一个点,超过此点后就成为思想领域,不再受版权法的保护。

其二,在侵权判断时,法院通常无须判断全部作品中保护的内容和思想的界限,相反,仅仅需要对被抄袭部分是否属于不受保护的思想作出判断。

其三,表达形式要求和独创性要求存在交叉。比如,对于基本的情节、两三个音符、简单的线条等,不受保护,既可能是因为没有具备表达性,也可能是因为它们本身不具备独创性。当然,并非所有的思想都不具有独创性。

其四,不同的作品中思想和表达的区分并不相同。比如,文学作品的基本情节、主题和角色要素,视觉艺术作品中的线条、颜色和视角(Perspective)等就可能属于思想的范畴。在不同作品上,思想和表达的区分是一个重要的政策性决定。^②

本书参考 Goldstein 教授的分类,将不受著作权保护的客体分成三大类,即基本的表达要素、抽象内容和解决方案。这些分类只是学理上的概括,不具备严格的法律意义。不同类别之间边界依然很模糊,甚至相互重叠。思想和表达的二分具有很强的政策性,任何理论上的分类,都可能因为政策性的考虑而被扭曲。因此,并不奇怪,下文中很多案例看起来并不一定适合它所对应的分类类别。

1.3 基本表达要素

作品中所含有的一些基本的表达要素,比如角色名称、基本线条、基本色彩、单纯事实等,不是一种具体的表达形式,有可能被视为不受保护的思想,从而被排除出著作权法的保护范围。显然,这一思路与后面的独创性判断的思路比较接近。基本的表达因素同样可能被认为过于基础和简单,而不具备独创性。后文对此有进一步的讨论。在大多数场合,利用独创性排除这些基本的表达要素可能更容易被公众理解和接受。

不过,在思想和表达的二分机制下,法院排除基本的表达要素可能有更大的自由度,因为一些即便有独创性的表达要素依然可能被贴上思想的标签加以排除。

^① Paul Goldstein, Copyright, 2nd Ed. Aspen Law & Business, 1999, at § 2.2.2, 2:27—2:28.

^② Ibid., at § 2.2.2, 2:24—2:26.

冯维音 v. 江苏三毛集团

上海高院(1997)沪高民终(知)字第48号

原审法院认定,冯维音等8原告系被继承人张乐平(1993年9月去世)的配偶和子女。张乐平自40年代起至80年代,创作大脑袋、圆鼻子、头上仅有三根毛的“三毛”漫画形象。1996年2月,上海市版权处对张乐平创作的美术作品“漫画三毛形象系列”予以登记。

1996年初,原告发现被告江苏三毛集团公司销售的产品上附有“三毛”漫画形象的产品商标,被告还将“三毛”漫画形象作为被告的企业形象在户外广告、职员名片、报刊、企业内部铭牌上使用。此外,被告于1995年11月至1996年2月期间,共向国家工商行政管理局商标局申请38类标有“三毛”漫画形象的商标(已核准31类)。在此期间,被告共印制标有“三毛”漫画形象的商标111030件,现尚有库存34030件。当地工商行政管理部门证明,被告目前只在“精纺呢绒”上使用“三毛”牌注册商标。



原告三毛(左)、被告三毛(右)

原审法院认为:大脑袋、圆鼻子、头上长着三根毛的“三毛”漫画形象系已故作家张乐平生前创作,该作品著作权为张乐平所有。张乐平去世后,本案原告作为已故著作权人的继承人,享有在著作权保护期内该作品的使用权和获得报酬的权利,其合法权益应依法保护。被告称其委托当地一美工设计商标,但被告将“三毛”漫画形象作为商标申请注册和企业形象使用,侵犯了原告的著作权。被告应对未经许可使用原告“三毛”漫画形象作品的侵权行为负责,因此,被告所称的其使用的商标已被核准登记注册,使用行为就是合法行为的理由不能成立……

判决后,江苏三毛集团公司不服,向本院提起上诉,其认为:1. 上诉人使用的商标不构成对被上诉人的侵权。“三毛”商标时的创意并非来自张乐平笔下的“三毛”形象,且该商标的著作权归商标设计人,故此产生之法律后果上诉人概不负责。2. “三毛”商标系经商标局核准注册,公告无异议后使用,故上诉人使用该商标的行为是合法的。3. 上诉人不应向被上诉人赔偿损失。理由是:(1) 大脑袋、长着三根毛、圆鼻子的三毛形象并非张乐平笔下的漫画所特有的形象。(2) 商标标识的著作权归商标设计人,与上诉人无涉……

经审理查明,原审法院认定的事实基本属实。被上诉人冯维音等人的被继承人张乐平系我国颇有名望的漫画家,自1936年3月出版其漫画集《三毛第一集》起,至1995年10月再版《三毛流浪记(全集)》止,先后出版(或再版)各类“三毛”漫画集达33次

之多;其代表作有《三毛从军记》《三毛流浪记》《三毛新事》等。

本院认为:大脑袋、头上长三根毛、鼻子圆圆的小男孩“三毛”漫画形象系张乐平独立创作,并享有著作权,现该权利归其合法继承人即被上诉人享有。上诉人江苏三毛集团公司辩称“三毛”形象为瑞典奥斯卡·雅各布生所创作一节显与事实不符。张乐平创作的“三毛”是我国公众熟悉的漫画形象,上诉人理应知道擅自将该美术作品作为商标在其产品上使用是侵犯他人著作权的行为,现上诉人提出该商标由他人设计,对此产生的法律后果其不负责,于法无据,本院不予支持。本案涉及的是上诉人侵犯被上诉人的在先权利,故上诉人认为其“三毛”商标已注册,属合法使用,不侵犯他人权利,也属无理……驳回上诉,维持原判。(须建楚、陈子龙、邓思聪法官)

思考问题:

(1) 在上述案件中,法院认为“大脑袋、圆鼻子、头上长着三根毛的‘三毛’漫画形象”构成著作权法意义上的作品。如此简单的角色形象(而不是具体而特定的一幅画),是不是可以被视为不受保护的思想呢?被告的“三毛”形象与原告作品的雷同之处,不外乎“大脑袋、圆鼻子和头上三根毛”(甚至只是三根毛),这究竟是思想还是表达?

(2) 有学者在评论另外一起三毛漫画案时^①,指出:“当他人载绘制漫画时,将其绘画的对象以大脑袋、头上长着三根头发、圆鼻子的男孩形象表现时,凡是已经知道张乐平创作的‘三毛’形象的人,极易在大脑中立即产生这是‘三毛’的信息反射,这是张乐平所创作作品的巨大影响力的体现,同时表明该作品的强烈独创性。”^②中国社会对该三毛形象的强烈认同,对于判断漫画形象的区别特征属于思想还是表达,有直接的关系吗?我们提起质能方程,总是习惯性地想到它和爱因斯坦的不可分割的联系,我们能说 $E = MC^2$ 是一种具有鲜明个性的著作权法意义上的表达吗?

王晓玲 v. 北京市朝阳区残疾人综合活动中心

北京市朝阳区法院(2006)朝民初字第 18906 号

王晓玲诉称,2004年3月,我作为志愿者在活动中心担任舞蹈老师。其间,我独立创作了《祖国你好》和《锦绣中华》等舞蹈作品,并训练、辅导、指挥残疾演员排练、演出。2004年9月,《锦绣中华》参加北京市舞动北京新秧歌电视大赛获奖。2005年3月,因我要求与活动中心签订聘用合同致使对方将我拒之门外,但我创作的上述两个舞蹈作品仍在一直使用。我认为活动中心未经我许可,擅自将我创作的《祖国你好》和《锦绣中华》改编成新的《祖国你好》参加2005年“北京新秧歌”广场舞蹈电视邀请赛(简称广场舞蹈大赛),并参加2005年12月22日中央电视台新闻频道春节大联欢《小崔说事》,侵犯了我对《祖国你好》和《锦绣中华》享有的修改权、署名权和表演权等

^① 冯维音等 v. 三秦出版社等案,载陈旭:《上海法院知识产权案例精析》,人民法院出版社1997年版,第36—40页。

^② 费安玲:《著作权法案例教程》,中国政法大学出版社1999年版,第43页。

著作权……

活动中心辩称,王晓玲确实曾在我中心编排指导了《祖国你好》和《锦绣中华》等舞蹈作品,但这些作品均不是王晓玲独创的,而是借鉴他人舞蹈动作的作品。王晓玲在担任志愿者时完成的工作成果,我中心有权使用。被诉侵权的新的《祖国你好》不是根据王晓玲的《祖国你好》或《锦绣中华》改编的,而是我们聘请另外的指导老师重新编排的,没有抄袭、修改王晓玲的作品。我中心不存在侵权行为,故不同意王晓玲的诉讼请求。

经审理查明,2004年3月至2005年4月,王晓玲在活动中心担任志愿者。其间,王晓玲于2004年3月至9月,为活动中心编排了《祖国你好》秧歌舞。后在《祖国你好》的基础上改编成秧歌舞《锦绣中华》。

2005年9、10月间,活动中心参加2005年广场舞蹈大赛时,表演了《祖国你好》的秧歌舞。2006年,活动中心又在参加2006年中央电视台新闻频道春节大联欢《小崔说事》时表演了《祖国你好》秧歌舞。这两次演出的秧歌舞虽然也名为《祖国你好》(简称新的《祖国你好》),但和王晓玲的《祖国你好》存在不同。

诉讼中,王晓玲提出新的《祖国你好》虽然和她编排的《祖国你好》《锦绣中华》存在不同,但在以下方面是相同的:

1. 都使用“转圈开扇”动作,且当时的队形结构相似,都是四角各小圈转,中间大圈转;
2. 都使用“前捧后展”动作,且当时队形相同,都是八字形中间是三角形;
3. 都使用“十字大甩绸”动作,且演员相同;
4. 都使用“顿步大抖扇”动作;
5. 都使用“8字绕”动作;
6. 都使用“进退步撩绸甩绸、垫步高摆绸”动作,且在该段均采用领舞、伴舞的形式;
7. 都使用“上抖绸围圈”动作;
8. 都使用“垫步前摆绸”动作;
9. 都使用“单腿跳”动作;
10. 都使用“转身造型、抖绸亮相”结束,且队形相似。

经法庭对比,上述相同动作在王晓玲的《祖国你好》或《锦绣中华》中出现的时间前后和时间长短与新的《祖国你好》不同;出现的次数不同;上述相同动作中的4、5、7在新的《祖国你好》中是作为领舞两旁的群舞部分或伴舞部分出现的,而在王晓玲的《祖国你好》或《锦绣中华》中相应的动作出现时都不存在领舞部分;上述相同动作中的6虽然采用了相同的领舞、伴舞形式,但王晓玲的《锦绣中华》中领舞演员是男演员,新的《祖国你好》中的领舞演员是女演员。且双方舞蹈中出现的上述相同动作是秧歌舞所必备的基本构成元素。

……

本院认为,鉴于活动中心对王晓玲曾经在担任志愿者期间编排过秧歌舞《祖国你

好》和《锦绣中华》没有异议,因此,本院确认王晓玲对该两个秧歌舞作品享有著作权。关于活动中心提出该两个秧歌舞不是王晓玲独创,而是借鉴他人舞蹈作品的主张,因活动中心没有提交证据证明在王晓玲编排该两个秧歌舞前存在与之相同或实质相似的其他秧歌舞作品,因此本院对活动中心该答辩意见,不予支持。

舞蹈作品是指通过连续的动作、姿势、表情等表现思想情感到作品。作为舞蹈作品而言,其独创性体现在动作本身具有的独创性,以及动作与动作之间的连接上。

活动中心在参加2005年广场舞蹈大赛,及参加2006年中央电视台新闻频道春节大联欢《小崔说事》时表演的新的《祖国你好》,虽然使用了一些与王晓玲编排的《祖国你好》或《锦绣中华》中相同的舞蹈动作,但这些相同的舞蹈动作属于秧歌舞必备的舞蹈元素,而非王晓玲所独创。而且,这些相同的舞蹈动作在双方舞蹈作品中出现的时间不同,出现的顺序不同,出现时的表现形式也不同(如相同动作中的4、5、7)。因此,活动中心在新的《祖国你好》中使用与王晓玲编排的《祖国你好》和《锦绣中华》中相同的舞蹈动作,并未侵犯王晓玲的著作权。
(谢甄珂、普翔、刘德恒法官)

思考问题:

一个作品中出现的诸多不受保护的基本的舞蹈元素,依然只是一种思想而非表达吗?本案中,法院强调这些动作出现的顺序和时间不同,为什么这很重要?

1.4 抽象的内容

对于作品中所包含内容的把握,在观念上有一个从具体到抽象的过程。理论上,这一过程中间存在一个关键点,超过该关键点继续抽象所得到的内容,可能被视为是抽象概念或抽象思想等,不再受到著作权法的保护。著作权法对于抽象程度的容忍,实际上是一个政策性取舍的过程。在受保护的具体表达和不受保护的抽象思想之间,并不存在清晰的界限。实务中,如何划定界限,只能由法院根据相关行业的共识自由裁量。

在下面著名的Nichols案中,美国法院就揭示了这一抽象过程的本质。

Nichols v. Universal Pictures Corp.

美国联邦第二巡回上诉法院

45 F.2d 119(1930)

Hand 法官:

原告是戏剧“Abie’s Irish Rose”的作者,指控被告制作的电影剧“The Cohens and The Kellys”抄袭了她的戏剧。虽然我们假定(而不是认定)被告在一些具体方面使用了原告戏剧的一些内容,我们依然认为被告的戏剧与原告的很不相似,不构成侵权。这里有必要先介绍一下两个戏剧的故事梗概。

“Abie’s Irish Rose”呈现的是一个生活在纽约富人区的犹太家庭。独身的父亲是一个商人,唯一的儿子是他的帮手。儿子喜欢勾搭年轻女性。令其父亲讨厌的是,这

些女人都不是犹太人。他父亲一直顽固地认为他的儿媳妇应该为正统的犹太人。在戏剧开始时,他的儿子和一个年轻的爱尔兰天主教女生秘密结婚,正考虑让他的新娘给父亲留下好印象,以平息父亲的愤怒。他们隐瞒了新娘的信仰和种族。一开始,他隐瞒了自己的婚姻,将她作为犹太人介绍给父亲,并表示自己对她有兴趣。该女生有点不情愿地接受这一安排。父亲上当了,被女孩冲昏头脑。父亲最终认为他们应该结婚,并且相信只要自己同意,他们就会愿意结婚。父亲请来拉比(rabbi),准备按照犹太传统办婚礼。

女生的父亲也是独身,住在加州。基于自己的宗教信仰,他讨厌犹太人。他被请到纽约,以为自己的女儿要嫁给一个爱尔兰天主教徒。在牧师的陪同下,他来到了婚礼举办地点。在发现真相之后,两个父亲对于自己的孩子和异教徒结婚非常生气,作出很多很搞笑的举动。牧师和拉比相互很友好,认为二人的婚姻很好。在牧师第三次祝福婚姻时,新娘的父亲被引开。第二幕闭幕时,两个父亲依然很生气,希望以某种方式拆散婚姻。

最后一幕发生在一年以后,年轻的夫妇被各自的父亲抛弃,依靠自己生活。他们生了一对双胞胎,一个男孩一个女孩。他们的父亲知道孩子出生了,除此之外一无所知。在圣诞节,他们都渴望见到自己的孙子(外孙),各自来到这对夫妇的家里,不期而遇。每个人都给孩子带了礼物。经过一通闹剧后,他们对孙子(外孙)的性别发生争执。在两位老人获知答案后,达成和解。两个孩子分别采用一个祖父的姓氏。落幕时,两个父亲互相表示友好。

“The Cohens and The Kellys”描述了两个家庭,一个犹太人和爱尔兰人,住在纽约比较穷的城区,相互仇视。双方的妻子都健在,一样互相仇视,就像他们的两个小儿子甚至各自的小狗一样。犹太家庭有一个女儿,爱尔兰家庭有一个儿子。犹太父亲从事服装生意。爱尔兰人是警察。戏剧开始时,两个孩子相互爱慕,并秘密结婚。犹太人经济上一一直处于困境,忽然从律师那里得知自己继承了姑姥姥的一大笔财富,于是搬到奢华的大房子里。在这里他和他的家庭过着粗俗而阔绰的生活,爱尔兰男孩找到犹太女孩,被愤怒的父亲撵走。然后,犹太人在电话中大骂爱尔兰人,双方都歇斯底里。极度生气之后,犹太人大病一场,决定去佛罗里达休养。这时他女儿告诉了母亲自己结婚的消息。

犹太人回来后,发现自己的女儿生了一个孩子。最初,他怀疑是律师干的,最终了解了真相,对于该婚姻非常不满。他禁止爱尔兰人父亲来看他的孙子。爱尔兰人父亲强行进入犹太人家,二人发生冲突。犹太人父亲将女儿赶出家门。女儿来到丈夫破落的家里。希望和犹太人女儿结婚的律师看到自己的希望破灭,告诉犹太人说他继承的遗产实际上属于该爱尔兰人。律师说,如果犹太人与他分享该遗产,他可以保守秘密。犹太人拒绝了律师的建议,走到爱尔兰人那里说出来真相,交出了财产。随后,二人和解,爱尔兰人要和犹太人一起平均分配该遗产。犹太人对他的孙子有些兴趣,尽管这只是二人和解的一个非常次要的原因。落幕时,二人就合作开办的商业公司的名称发生争论,犹太人坚持他的名字排在第一位。

有一点至关重要,文学财产权的保护不能仅仅限于文本的字面内容,否则剽窃者通过非实质性的改变就可以逃脱责任。但是,只要字面抄袭不再是侵权认定标准,则侵权认定整体上就变得很不确定。以戏剧为例,剽窃者可能删除一个独立的场景,或抄袭部分对话。这时候,问题就变成剽窃者抄袭的部分是否是实质性的(substantial)因而不是对版权作品的合理使用。同样的问题在其他类型版权侵权案件中也会出现。当剽窃者没有直接原封不动地抄袭作品片段(a block in situ),而是抄袭整体的抽象内容,则判断变得更加困难。对于任何作品而言,尤其是戏剧,随着越来越多的事件细节(incident)被剔除,适合描述该作品结构模式(patterns)也越来越抽象。最后,剩下的仅仅是关于戏剧内容的最为概括的陈述。有时候甚至仅仅是作品标题所描述的内容。在这一系列的抽象过程中,有一个临界点,超过它之后抽象内容就不再受到保护,否则剧作家会阻止他人利用他的表达之外的思想。后者是他的财产权所不能覆盖的。过去没有人曾经确定这一边界,将来也不会有人能够这么做。在有些案件中,这一问题^①被类比为从版权作品中抽取一部分内容。这一类比并不是很好,因为尽管骨架是身体的一部分,但是它贯穿和支持整个身体。在此类案件中,我们更关注的是表达和表达背后的内容之间的界限。对于戏剧作品,争议的焦点集中在角色和故事情节(sequence of incident),这些是戏剧的关键。

我们并没有在 *Dymow v. Bolton* 案中说明剽窃者不会因为剽窃故事情节(plot)而侵权。我们当时发现,第二个戏剧的情节过于不同,没有侵权。二者所共同具有的最为具体的故事结构模式(pattern)中省略了彼此作品中的太多内容,剩下的内容已经进入了公共领域。因此,我们说仅仅一项情节的局部内容(mere subsection of a plot)不能获得版权保护。但是,我们并不怀疑,两个戏剧在情节上足够接近时会导致侵权。到底要有多一致,则是另外一个问题。我们也没有说同样的规则不适用于独立于情节的角色形象(characters)。如果《第十二夜》(*Twelfth Night*, 莎士比亚的作品)受版权保护,后来者过分接近地模仿 Sir Toby Belch 或 Malvolio(其中的角色),有可能构成侵权。但是,如果他只是将一个角色塑造成总是酗酒而让房东很不满的暴躁武士,或者自负而夸夸其谈的爱上女主人的管家,则并不足以构成侵权。这些不过是莎士比亚戏剧中的“思想”,就像爱因斯坦的相对论或《物种起源》中达尔文的进化论一样不能被垄断。这意味着,角色越没有被仔细塑造,则越不可能受版权保护。这是对作者的处罚,因为他使得角色很不鲜明(too indistinctly)。

在本案涉及的两个戏剧中,我们考虑了情节和角色。即便被告真的采用了原告的内容,他也没有超出法律许可的范围。两个故事很是不同。一个是关于宗教狂的故事。主人公坚持自己的孩子不能和异教徒结婚的宗教狂。他的对手跟他的想法一样,是反衬角色。种族的差异只是宗教主题的伴奏。成为祖父母后的骄傲和爱让他们摒弃歧见。另一个故事中则完全没有狂热行为,宗教主题甚至没有出现。的确,双方父母相互敌视,部分原因是种族差异。但是,儿子和一个犹太人结婚并不让爱尔兰家庭

^① 本书作者注:似乎是指整体上抄袭抽象情节的问题。

感到受到冒犯。婚姻恶化了犹太人已有的敌意,主要是因为他在得知该婚姻时已经很富有。犹太人的诚实和爱尔兰人的大方使得双方和解。双方的孙子与和解无关。两个故事的唯一共同点是犹太父亲和爱尔兰父亲之间的一场争吵、他们孩子之间的婚姻、孙子的出生和和解。

被告从原告那里借用这么多,可能是因为原告的成功似乎证明这是一个持久受欢迎的主题。即便如此,同时假定原告的戏剧完全原创,新颖性对于版权并不必要,原告也不能垄断此类故事背景。虽然原告发现了该矿藏,但是她不能将它据为己有。上面所述的故事主题过于概括和抽象,只是她的思想的一部分。

至于角色形象,原告的理由也不可靠。几乎没有理由相信原告[在创作前]不知道犹太人和爱尔兰人这样的普通的滑稽戏剧角色。被告从她那里借用的并没有超出几十年来一直存在的角色原型。如果版权能够覆盖如此概括的内容,这等于许可她对并非自己独创的内容主张权利。事实上,我们并不需要对原告是否知晓在先内容这类问题作出判决。即便假定原告独自从头构思了这些角色形象,被告依然有权这么做。

两个戏剧中只有四个共同的角色,一对恋人和双方的父母。恋人的形象并不鲜明,与一般舞台角色并无二致。无论从哪里得到启发,任何人都将这样的恋人形象放进自己的剧本中。原告的犹太人形象与被告的很是不同。他着魔的是他的宗教,这是他的种族敌意的来源。他为人亲切、热情,充满父爱。这些都不符合被告的犹太人的特征。后者仅有一次对他的女儿展现父爱,对自己的外孙也没有兴趣。他很狡黠、虚荣和庸俗,在经历不幸之后才变得真诚。二者都很怪异、爱挥霍和争吵;二者都喜欢炫耀。但是,这些共同点只是占各自形象的一小部分,并没有超出任何人都可能选择的范围。爱尔兰父亲形象更是没有超出此类范围。原告塑造的仅仅是带有宗教狂热和父亲的自豪感的形象,几乎没有什么特点。这些因素并没有体现在被告的角色中。他虽然去索要孙子,但是这是出于自己被禁止接触孙子的不满,而不是出于对后代的自豪。除此以外,他就是一个很普通的传统滑稽角色。即便不知道该原型,他人也可能塑造这一角色。

我们假定原告的戏剧完全是原创的,这一假定甚至达到了事实上令人难以置信的程度。我们还假设在先戏剧已经揭示部分内容的事实无关紧要,而且作者对此一无所知。尽管如此,我们还是指出,她的版权并不能覆盖戏剧中的所有内容。该内容在一定程度上进入了公共领域。我们必须决定多少内容进入公共领域。我们和所有人一样,知道无论在哪里划这道线,都是很武断的。不过,这并不能成为不划这道线的借口。这几乎是法院在所有案件中都要回答的问题。无论此类先验的难题是什么,我们在本案中无需决定这道线划到哪一边。一个关于爱尔兰人和犹太人的冲突以及他们孩子的婚姻,并不比罗密欧与朱丽叶的故事轮廓(the outline of Romeo and Juliet)更容易得到版权保护。

原告对两个戏剧进行了具体的分析,揭示了一个由共同角色组成的“四边形”,列出每一个角色的情感。她将二者之间的一致性作为侵权的证据。但是,她所使用的形容词是如此概括因而对本案的处理毫无用处。以二者所描写的犹太人所共同具有的

“爱”(love)这一特征为例。原告描述父亲与儿子关系密切,儿子是他的希望和欢乐之所在。被告描述的父亲则并非如此。他从头到尾并没有对女儿展现父爱,唯一的一次是他在赶走女儿的心上人后被女儿的伤心所打动。在两个戏剧中,“愤怒”(Anger)分别在不同的场合出现;“焦虑”“失望”“厌恶”等情绪,也是如此。我们没有必要审查全部的[情感]目录(the catalogue),因为在如此宽泛意义上对比角色情感的异同,不符合侵权认定的要求,不是合适的解决方案。情感与背后的各种原因关系密切。在对比时,应该更直观(ingenuous),像观众一样依赖每个角色印象组合产生的综合感受(the complex of his impressions of each character)。

思考问题:

(1) 逐步抽象以排除思想的方法,适用于所有的作品吗?比如,计算机程序作品适用吗?

(2) “事实上,我们并不需要对原告是否知晓在先内容这类问题作出判决。即便假定原告独自从头构思了这些角色形象,被告依然有权这么做。”也就是说,原告是否独立创作诉争情节或角色形象,并不影响法院的结论。为什么?

(3) 法院说:“我们和所有人一样,知道无论在哪里划这道线,都是很武断的。不过,这并不能成为不划这道线的借口。这几乎是法院在所有案件中都要回答的问题。”法院依据什么原则来划这道线呢?

中国也有区分文学艺术作品中思想和表达的经典案例,下面的判决即是一例。

庄羽 v. 郭敬明

北京市高院(2005)高民终字第539号

2002年8月14日,庄羽以“许愿的猪”为笔名将小说《圈》在天涯社区网站(网址:<http://www.tianyaclub.com>)舞文弄墨版发表。

2003年2月,《圈》由中国文联出版社出版,作品署名“庄羽”。《圈》以主人公初晓与现男朋友高源及前男朋友张小北的感情经历为主线,在描写初晓与高源之间的爱情生活及矛盾冲突的同时,描写了初晓与张小北之间的感情纠葛,同时还描写了初晓的朋友李穹与张小北的婚姻生活以及张小北与情人张萌萌的婚外情,高源与张萌萌的两性关系及合作拍戏等……

2003年11月,春风出版社出版了郭敬明的《梦》一书。该书版权页有“郭敬明著、春风文艺出版社出版发行、2003年11月第1版、2003年11月第1次印刷”等字样。《梦》以主人公林岚与现男朋友陆叙及前男朋友顾小北的感情经历为主线,在描写林岚与陆叙的爱情生活及矛盾冲突的同时,交替描写了林岚与顾小北的感情纠葛,顾小北与现女友姚姗姗的感情经历,林岚、闻婧、微微及火柴之间的友情以及她们和李茉莉的冲突等……

在一审诉讼中,庄羽指控小说《梦》抄袭了《圈》一书具有独创性的构思、故事的主

要线索、大部分情节、主要人物特征、作品的语言风格等,甚至还照搬了《圈》的片断以及能够表达作品内容的部分语句等。同时,庄羽就其指控郭敬明侵权的事实分别列表予以明确,包括主要情节侵权事实12处(见附表1);一般情节、语句侵权事实98处(见附表2)及主要人物侵权事实8处(见附表3)。

在二审审理过程中,上诉人庄羽表示放弃关于保护作品《圈》的构思、语言风格以及一审法院未予认定抄袭的一般情节、语句的主张,具体包括:不具有独创性的9处、不相同和不相近似的21处、无相应内容的1处、在主要情节侵权指控中已出现的10处。庄羽二审坚持指控抄袭的内容为:主要侵权事实12处,一般情节、语句侵权事实57处,主要人物的人物关系……

本院认为:

对于郭敬明创作的小说《梦》是否抄袭了庄羽的作品《圈》,首先要结合庄羽的指控对涉案两部作品的部分内容进行对比。

关于“主要情节侵权事实”部分,庄羽对两部作品的相应内容进行的概括个别内容不完全准确:

例如,庄羽认为《圈》中有“高源因与初晓口角,失手将初晓推倒,导致初晓骨折”的情节,《梦》中有“陆叙因为与林岚口角,失手将林岚推下楼梯,导致林岚骨折”的情节(见附表1中第2)。

但在《圈》中的实际描写是:高源一甩胳膊,初晓被吓了一跳,往后一退,踩在可乐瓶上,倒在地上,导致骨折。

在《梦》中的实际描写是:陆叙一甩手,林岚顺势滚下楼梯,导致骨折。可见,两部作品中女主人公骨折都并非因男主人公“推”后所导致,庄羽的概括不尽准确,存在一定的主观色彩。

但从整体而言,附表1中所列的12个主要情节的概括与原作中的描写基本相符。参考附表1的内容,将涉案两部作品中的相应情节进行对比后可以认定,上述12个主要情节明显雷同。

以第一个情节为例,《圈》中描写张小北请初晓为张萌萌帮忙,因最终没有办成,初晓被张小北误认为没有给钱而故意拖着不办,初晓十分郁闷。与之相应,《梦》中的情节发展及结局均与《圈》中相同。本院对郭敬明关于上述情节没有独创性,且情节的表达形式完全不同的主张不予支持。

关于庄羽二审诉讼中坚持指控的57处“一般情节侵权和语句”中,部分内容明显相似,例如:《圈》中有“怕什么来什么,怕什么来什么,真的是怕什么来什么”(见原作第153页,附表2中第60),《梦》中有“怕什么来什么,怕什么来什么,真是怕什么来什么啊!!”(见原作第91页,附表2中第60);部分内容比较相似,例如:《圈》中有“我特了解李穹,她其实是个纸老虎,充其量也就是个塑料的”(见原作第6页,附表2中第31),《梦》中有“像我和闻婧这种看上去特二五八万的,其实也就嘴上贫,绝对纸老虎,撑死一硬塑料的”(见原作第54页,附表2中第31)。郭敬明虽然辩称上述情节、语句是一般文学作品中的常见描写,但未提供充分证据予以证明,本院对其主张不予

支持。

小说是典型的叙事性文学体裁,长篇小说又是小说中叙事性最强、叙事最复杂的一种类型。同时,文学创作是一种独立的智力创造过程,更离不开作者独特的生命体验。因此,即使以同一时代为背景,甚至以相同的题材、事件为创作对象,尽管两部作品中也可能出现个别情节和一些语句上的巧合,不同的作者创作的作品也不可能雷同。

本案中,涉案两部作品都是以现实生活中青年人的感情纠葛为题材的长篇小说,从以上本院认定的构成相似的主要情节和一般情节、语句的数量来看,已经远远超出了可以用“巧合”来解释的程度,结合郭敬明在创作《梦》之前已经接触过《圈》的事实,应当可以推定《梦》中的这些情节和语句并非郭敬明独立创作的结果,其来源于庄羽的作品《圈》。

同时,对被控侵权的上述情节和语句是否构成抄袭,应进行整体认定和综合判断。对于一些不是明显相似或者来源于生活中的一些素材,如果分别独立进行对比很难直接得出准确结论,但将这些情节和语句作为整体进行对比就会发现,具体情节和语句的相同或近似是整体抄袭的体现,具体情节和语句的抄袭可以相互之间得到印证。

例如,《圈》中有主人公初晓的一段心理活动:“(高源)一共就那一套一万多块钱的好衣服还想穿出来显摆,有本事你吃饭别往裤子上掉啊”(见原作第79页)。这一情节取自生活中常见的往衣服上掉菜汤的素材,同时加上了往高档服装上掉菜汤的元素,因此使其原创性有所提高。而相应的,在《梦》中,也有主人公林岚的一段心理活动:“我看见他那套几万块的 Armani 心里在笑,有种你等会儿别往上滴菜汤”(见原作第38页)。

显然,如果单独对这一情节和语句进行对比就认为构成剽窃,对被控侵权人是不公平的。但如果在两部作品中相似的情节和语句普遍存在,则应当可以认定被控侵权的情节构成了抄袭。故本院认定《梦》中多处主要情节和数十处一般情节、语句系郭敬明抄袭庄羽《圈》中的相应内容。

在小说创作中,人物需要通过叙事来刻画,叙事又要以人物为中心。无论是人物的特征,还是人物关系,都是通过相关联的故事情节塑造和体现的。单纯的人物特征,如人物的相貌、个性、品质等,或者单纯的人物关系,如恋人关系、母女关系等,都属于公有领域的素材,不属于著作权法保护的對象。

但是一部具有独创性的作品,以其相应的故事情节及语句,赋予了这些“人物”以独特的内涵,则这些人物与故事情节和语句一起成为了著作权法保护的對象。因此,所谓的人物特征、人物关系,以及与之相应的故事情节都不能简单割裂开来,人物和叙事应为有机融合的整体,在判断抄袭时亦应综合进行考虑。

本案中,庄羽在《圈》中塑造了初晓、高源、张小北等众多人物形象,围绕这些人物描写了一个个具体的故事情节,通过这些故事情节表现出了人物的特征和人物关系。例如,在《圈》中,男主人公高源出车祸受伤昏迷,住进医院,女主人公初晓来看望,高源苏醒,两人开玩笑,初晓推了高源脑袋一下,导致高源昏迷。这一情节既将人物的个

性表现出来,同时也将二人的恋人关系以独特的方式表现出来。而在《梦》中,在男女主人公之间也有几乎相同的情节,只是结果稍有不同。将两本作品整体上进行对比,《梦》中主要人物及其情节与《圈》中的主要人物及情节存在众多雷同之处,这进一步证明了郭敬明创作的《梦》对庄羽的作品《圈》进行了抄袭。故本院对郭敬明和春风出版社关于《梦》系郭敬明完全独立创作的作品的作品的主张,不予支持。

因此,一审判决认定郭敬明未经许可,在其作品《梦》中剽窃了庄羽作品《圈》中具有独创性的人物关系的内容及部分情节和语句,造成《梦》文与《圈》文整体上构成实质性相似,侵犯了庄羽的著作权,应当承担停止侵害、赔礼道歉、赔偿损失的民事责任是正确的。

(陈锦川、张雪松、焦彦法官)

思考问题:

法院说“从以上本院认定的构成相似的主要情节和一般情节、语句的数量来看,已经远远超出了可以用‘巧合’来解释的程度”。而在前文 Nichols 案中,法院认为,被告即使抄袭了情节,也无妨。二者是否可以协调?

在下面的金正科技电子有限公司 v. 摩托罗拉(中国)有限公司案中,原被告作品的相似之处在于,采用了“真金不怕火炼”的文字和烈火考验电子产品的概念。除了在这一概念上二者相同外,在具体的细节上二者并不相同。问题是,如何判断这一概念算是抽象的思想,而不是传达丰富信息的表达呢?

金正科技电子有限公司 v. 摩托罗拉(中国)有限公司^①

原告东莞市金正科技电子有限公司委托广州柏信广告有限公司为其金正 VCD 机产品制作电视广告,并约定制作的电视广告著作权归原告所有。该广告的画面主要是熊熊燃烧的烈火,配以伽利略、哥白尼、布鲁诺、李时珍、屈原等人物的头像,金正 VCD 机产品和“真金不怕火炼,金正 VCD”的广告词。广告制作出来后,于 1997 年 6 月开始在中央电视台播出。原告又在《读者》杂志 1998 年第 4 期封底及有关报刊上发布了金正 VCD 机产品广告,这些广告的画面主要是熊熊烈火配以“真金不怕火炼,金正 VCD”的广告语及金正 VCD 产品等。此外,原告还通过户外广告牌、海报、礼品袋等形式印刷、发布了与上述广告画面相近似的广告。

1997 年 12 月,被告摩托罗拉(中国)电子有限公司委托达美高广告(香港)有限公司为其 GP88 无线电对讲机设计制作平面报纸广告,并刊登在《广州日报》1998 年 4 月 20 日和 5 月 18 日的第 19 版和《深圳日报》1998 年 5 月 18 日第 8 版上。该广告的主要画面为对讲机在熊熊燃烧的烈火中燃烧,配以“真金不怕火炼”的广告语及“摩托罗拉 GP88 无线电对讲机”的文字。

东莞市金正科技电子有限公司向广州市中级人民法院起诉称:被告摩托罗拉(中

^① 《人民法院案例选》2000 年第 2 辑,人民法院出版社 2000 年版。

国)电子有限公司在《广州日报》等报刊上刊登的《摩托罗拉 GP88 无线电对讲机广告》广告语和广告画面与其金正 VCD 机广告如出一辙,无论是广告创意还是表现手法,均抄袭了原告的广告……

被告摩托罗拉(中国)电子有限公司答辩称:原告不是“真金不怕火炼”一语的著作权人。该语作为一个成语,早就被收录于《汉语成语字典》《中华学生字典》《辞海》等各类词典中;该语作为一句广泛流传并使用的俗语,早就进入公有领域,任何人使用该语均不需要经过授权。原告亦不是将“真金不怕火炼”作为广告语和用于广告创意的第一人,早于原告将该语用于广告创意的大有人在。“真金不怕火炼”的广告创意不是著作权法保护的客体,著作权法所保护的是作品的表现形式,并不保护作品的思想、创意等内容本身。

广州市中级人民法院经审理认为:原告在电视、杂志、户外广告牌等为其金正 VCD 产品所作的广告,分别属于电视作品和美术作品,其著作权受我国著作权法保护。我国著作权法只保护作品的表达形式,而不保护作品的思想。将被告刊登在报纸上的摩托罗拉 GP88 无线电对讲机的广告和原告的上述作品相比较,两者在火焰的形状、图案、广告语的字体、排列以及所作广告的产品名称及图案等方面都有较大的区别,两者的表达形式差异较大,因此,被告的广告作品不构成对原告作品的抄袭、剽窃,原告指控被告的作品是抄袭、剽窃其作品的主张缺乏事实和法律依据,原告的诉讼请求本院不予支持……

宣判后,东莞市金正科技电子有限公司不服,向广东省高级人民法院提起上诉称:1. 根据著作权法的规定,认定抄袭并不要求两者完全相同,在对两者进行比较时,应从整体上进行。本案中,上诉人的金正 VCD 产品广告,包括“真金不怕火炼”的广告语、“火焰”画面、“VCD 产品”和“产品说明”四个部分。被上诉人的对讲机产品广告,除产品及其说明外,其主要部分和实质部分的广告语和广告画面,均与上诉人的 VCD 广告相同或相近似,抄袭的范围占整个广告的大部分,足以认定侵权。2. 上诉人的金正 VCD 产品广告不仅有电视、杂志、户外广告的电视作品和美术作品,还包括口述作品和文字作品。被上诉人的对讲机产品广告就是按照上诉人的口述作品和文字作品制作的,侵犯了上诉人的著作权邻接权。3. 根据《反不正当竞争法》和《广告法》的规定,被上诉人的行为构成不正当竞争……

广东省高级人民法院经审理认为:上诉人为其金正 VCD 产品制作的广告分别属于电视作品和美术作品,其著作权受我国著作权法保护。将被上诉人刊登在报纸上的摩托罗拉 GP88 对讲机的广告和上诉人的上述作品相比较,两者在火焰的形状、图案、广告语的字体、排列以及所作的广告的产品名称及图案等方面都有较大的区别,整体画面显然不同。我国著作权法规定只保护作品的表达形式,而不保护作品的思想。双方的作品虽然都表达了“好产品可经受考验”的意思,也都配以火焰和所宣传的商品来表达此意思,但由于二作品画面明显不同,且表达此种思想的通常方式也就是火和物相映,因而尚不足以认定被上诉人的作品构成对上诉人作品的抄袭、剽窃。“真金不怕火炼”一语已是家喻户晓,也不能作为上诉人的作品来保护。上诉人认为被上诉人

的对讲机广告属抄袭、剽窃,缺乏依据,其请求判令被上诉人停止使用对讲机广告及赔偿经济损失,公开赔礼道歉,本院不予支持。原审法院判决驳回原告诉讼请求正确,应予维持。

具体作品中所包含的艺术风格,大致能够视为作品抽象到一定程度后的产物。比如,我们一看到图腾柱式的雕塑作品,就会将它和印第安人联系起来。这是因为我们心目中对于图腾柱式作品所共同具备的抽象风格有一定的认知。因此,在见到具体的图腾柱式的作品时,我们总是能够从中找到该抽象特征。问题是,这一风格能够得到著作权法的保护吗?或者说,印第安人能够禁止外人雕刻让人对其来源发生误解的图腾柱雕塑吗?答案似乎是否定的。

在书法领域,字体风格是否为著作权法保护客体,也是一个类似的问题。在舒关关 v. 北大方正一案中,当代书法大家舒同之子舒关关就指控北大方正的“舒体”字库侵害舒同的著作权。舒关关宣称,北大方正在没有履行合法手续取得舒同同意的情况下,就聘请他人通过描摹,开发了1万余字的舒体字库,自1992年起在社会上广泛发行。此后,在其生产销售的方正书版、方正维思、方正飞腾、方正字库等软件产品中,均擅自以“方正舒体”“新舒体”等冠名,将舒体字置于其中文、日文等文字处理软件当中。这一案件后来似乎是不了了之。书法的字体是著作权法意义上的思想还是表达?结合“独创性”一节的北京方正电子电子有限公司诉广州宝洁有限公司案考虑这一问题。

1.5 解决方案

著作权法区分作品和作品所描述的技术方案、商业活动方案、体育锻炼方法等(以下统称解决方案)。作品所描述的解决方案被视为所谓的抽象思想而排除出著作权的保护范围。著作权法排除解决方案,大体上是要划清著作权法和其他法律(比如专利法、反不正当竞争法(商业秘密)等)之间的界限。解决方案可能可以获得专利保护,也可能作为商业秘密获得保护。这些法律有不同于著作权法上的利益平衡机制,能够更好地处理解决方案的保护问题,所以法院要将它们排除出著作权法的保护范围。下面的 Baker v. Selden 案法官的一些论述对于理解版权法的保护作品的目的有着非常重要的意义。^① 这是美国版权法上思想与表达或事实与表达二分原则(Idea/Expression or Fact/Expression Dichotomy)的起源。^②

1.5.1 技术方案

解决方案中的技术方案,是典型的不能受到著作权法保护的思想。著作权人在作品中描述一种机器设备,并不能因此就获得禁止他人制造和使用该机器设备的权利。

^① 关于本案的深入分析,可以参考 Pamela Samuelson, Why Copyright Law Excludes Systems and Processes from the Scope of Its Protection, 85 Tex. L. Rev. 1921 (2007)。

^② Crag Joyce, William Patry, Marshall Leaffer, Peter Jazi Copyright law (3rd Ed.) Matthew Bender & Co. Inc. 1997, at 96.

比如,在上海华凌建筑工程有限公司 v. 朱佩发案中^①,原告主张被告侵害其通风机系列产品技术图纸的著作权。法院认为:

虽然根据被上诉人[一审被告]的收边要求与上诉人对应图纸中零部件的尺寸及角度几乎完全相同的事实,以及被上诉人原系上诉人生产部负责人的事实,可以认定被上诉人收边要求中零部件的尺寸及角度来源于上诉人的产品设计图,但是产品设计图中零部件的尺寸与角度等参数属于产品设计图所包含的思想,不属于思想的表达方式,不受著作权法的保护。产品设计的尺寸与角度等参数可以成为专利、商业秘密的保护对象,但不属于著作权法的保护范围。上诉人不能以其对产品设计图享有著作权为由,垄断产品设计图中零部件的尺寸与角度等参数的使用。因此,被上诉人的收边要求与上诉人对应图纸中零部件的尺寸及角度几乎完全相同并不能证明被上诉人对上诉人的产品设计图进行了复制使用。

美国也有类似的案例。比如,在美国的 Muller v. Triborough Bridge Auth. 案中,原告对一本描述如何建造一种避免交通阻塞的桥梁的书拥有版权,被告在设计、规划、建造、运营过程中使用了这一作品。^②被告所利用的技术思想与原告的作品表达之间区别显而易见。

区分表达和技术方案,在有些案件中比较容易,而在另外一些案件中则非常困难。在下面的 Baker v. Selden 案中,区分起来就显得非常困难:“本案中的技术方案与作品表达的关系比较特别,不同于其他类似案件。在其他案件中,所谓的技术方案中的‘图表’通常表现为实体形态的木头、金属、石头等。本案中技术方案本身就是对表格的使用,使得观念上的区分更显得困难。”

作品中所描述的内容,并不总是不受保护的思想。比如,如果设计图纸中描绘一座建筑作品,则权利人可以通过著作权阻止他人进行平面到立体的复制——依据图纸建造该建筑物。有兴趣可以参考美国案例 Imperial Home Corp. v. Lamont, 458 F.2d 895(1972)。进一步的讨论,参考后文“著作财产权”的“复制权”一节。

中国2001年修订《著作权法》时,将保护客体延伸到“杂技”,一种新的杂技道具玩法,是解决方案还是著作权法的保护客体?

Baker v. Selden

美国最高法院

101 U. S. 99(1879)

Bradley 法官:

1859年,原告 Charles Selden 获得了“Selden 简化账簿”(“Selden’s Condensed Ledg-

^① 上海高院(2004)沪高民三(知)终字第5号。

^② Muller v. Triborough Bridge Auth., 43 F. Supp. 298 (S. D. N. Y. 1942).

er, or Book-keeping Simplified”)一书的版权。这本书展示并解释了一种特别的记账系统。在1860年和1861年,他又先后获得了该记账系统改进版的版权。原告指控被告Baker侵害其版权。被告则宣称原告并非作者,诉争内容并非合法的版权客体。

诉争作品是解释一种记账系统的介绍材料,书的后面附有一些由平行线和标题组成空白表格。该书具体说明如何实际使用这些记账表格(账本)。这一记账系统与现有的复式记账法(book-keeping by double entry)效果相同,但是借助于账本栏目和标题(columns and headings)的特殊安排,只需要在一页纸上或两页相对的纸上工作。被告使用类似的记账本,但是采用了不同的栏目安排,也采用了不同的标题。如果原告对他在该书中解释的记账系统享有独占权,则很难说被告没有侵害该权利,尽管后者采用的表格有些不同。相反,如果认为该记账系统应该开放任由公众使用,则很难认定被告的行为侵害原告的版权。科学真理或技艺方法是全世界的共同财产(common property),作者有权按照自己的方式描述、解释或使用它们。作为作者,Selden以独特的方式描绘了他的记账系统。Selden的书仅仅是一种解释性的作品(explanatory work)。Baker可能制造和使用了与这一系统实质相同的账本,但是并没有证据证明他侵害了Selden的版权。除非Selden对其描述的记账系统有独占权,否则Baker不会侵害其版权。

原告的证据主要是为了证明Baker使用了Selden书中所解释的记账方法。因此,问题的关键是,Selden在获得该书的版权之后,是否获得书中所描述的记账方法或系统的专有使用权。原告认为他获得了此类专有权利,因为没有人能够在使用该记账方法时,不采用和他书中所描述的表格和标题实质相似的表格和标题。换句话说,原告人认为他描述该系统所采用的表格和标题是该书的一部分,受版权保护。没有人可以制作和使用由类似的表格和标题组成的实质相同的记账系统。这是本案真正要解决的问题,即依据版权法,在书中描述一种记账的系统方法后,是否可以对该记账系统方法主张独占性财产权?

毫无疑问,关于记账方法的作品,即便仅仅是在解释一种广为人知的记账方法,也可能成为版权保护的客体。但是,版权仅仅将它作为一本书加以保护。这本书可能解释一种已经存在的系统,或者一种全新的系统。它描述的记账的方法及相关的详细解释,对公众获得实用知识很重要。但是,这本书和它所描述的技艺(art)之间有明确的区别。除了记账方法之外,在其他领域也同样存在这样的区分。比如,记录药品成分和用法、犁具和手表的制作、绘画或染色中的颜料使用、透视画法中的线条利用等技艺的书可以成文版权客体,但是没有人宣称该版权会导致作者对该书所描述的技艺享有独占权。无论它所描述的客体是否具有新颖性,与该书本身的版权效力无关。如果未经官方的新颖性审查就给予该书作者对其描述的技艺的独占性财产权,会让公众觉得意外,是一种欺诈。这是专利的职责,而不是版权。对一项发明、技艺或制造物主张权利,必须通过专利局的审查。只有政府授予的专利才能赋予这样的独占权。

我们可以利用上面提到的客体来说明专利和版权之间的差异。以药物为例。假设特定的混合物对于治疗疾病有重要价值。如果发现者就这一主题撰写并出版一本

书,他不会对该药物的制造和销售获得独占权。如果他希望获得此类独占权,他必须就该混合物申请专利。如果愿意,他可以获得该书的版权。但是,版权仅仅保证他对印制和出版该书享有独占权。对于其他所有的发明和发现,同样如此。

一本关于透视画法的书,无论含有多少图表,它的版权也不会导致作者对它所描述的画法(modes of drawing)享有独占权,即便此前没有人知道或利用过这些画法。如果没有申请专利,技艺在描述它的著作出版之后进入公共领域。如果作者利用文字而不是图表描述该记账方法,则毫无疑问他人可以合法地绘制出作者脑海中的表格,然后实际使用该记账方法。在本案中,记账的方法是利用线条和图表而不是文字描述的,这一事实并不妨碍他人实际使用该方法时复制这些线条和图表。

关于数学科学的著作的版权并不导致作者对他所描述的运算方法享有独占权,以至于阻止其他工程师使用这些运算方法。出版科学或实用技术书籍的目的是要向世界传输有用的知识。如果利用这些知识时不能避免盗版侵权,则这一目的将落空。如果不借用书中描述该技艺的方法和图表(或与之类似的方法和图表)就无法利用该技艺,则该方法和图表就是实施该技艺时所必须利用的附属物,应当供公众自由利用。但是,如果他人不是为了实际使用该方法,而是为出版其他描述这一方法的作品,则并不能自由利用上述书中的描述方法。

当然,这并不意味着上述规则同样适用于著作权中的装饰设计或插图。对于这些装饰性的设计或插图而言,外在形式是作者创作的目的之所在,而科学知识和实用技艺的最终目的在于应用。公众从书本出版中获得的好处正是这些知识和技艺的应用。文学作品和书籍的精髓在于其表达(statement)。只有表达受到版权保护。他人利用传授技艺的书中的相同的表达方法(methods of statement)(文字或图表形式),毫无疑问会侵害该书的版权。

在本案中,我们注意到 Selden 在书中解释和描述了一种特别的记账方法,并且用平行的线条、空白栏目和合适的标题等说明该方法。现在,虽然没有人有权复制和出版他的全书或其中的实质性部分,但是书的目的就是传授该记账方法,任何人可以使用它所描述的记账方法自身。使用该方法与出版解释该方法的书,完全不同。一本关于记账方法的书的版权,不能使得作者获得制造、销售和使用体现书中所述记账方法的账本的独占权。该方法是否能够获得专利保护,不是本案的问题。它实际上没有获得专利保护,因而公众可以公开而自由地使用它。当然,在使用这一方法时,必然要附带使用书中所描述的账本表格和标题。

原告在本案中的主张看似有道理,是因为受版权保护的书中所描述的记账方法的特殊属性引发了一些误解。描述该方法所采用的图形和表格刚好与利用该技艺时所实际采用的账本表格非常接近。这些图形和表格由账本的平行线和标题构成,与实际使用记账者自己利用铅笔等绘制或文具商印制的账本中的表格类似。而在其他大多数案件中,表格和图形所描述的对象在现实中通过木头、金属、石头或其他有形材料体现。但是,所有情形背后的原则是相同的。在书中描述一种方法,虽然使作者获得版权,但是并不会使作者获得对该方法的独占权。前者(书本)的目标在于解释,后者

(方法)的目标是使用。前者可能获得版权保护,后者如果可以获得保护,只能通过专利保护。

我们的结论是,空白账本不是版权保护的客体。Selden 的书的版权本身并没有赋予他制造和使用书中所设计和描述的账本的独占权。

思考问题:

(1) 如果图形或绘画作品中描绘的是一座建筑、雕塑或机械装置,他人可以自由复制所有这些被描绘的对象吗?

(2) 为什么不能用版权法保护作品所描述的技术方案?那么为什么可以保护小说背后相对抽象的情节呢?

(3) 记账的方法无法获得专利保护,它应该得到其他形式的保护吗?

(4) 法院说:“如果不借用书中描述该技艺的方法和图表(或与之类似的方法和图表)就无法利用该技艺”,则版权保护不能延伸到该描述方法或图表。是不是绝大多数计算机软件都有类似问题?

张成轩等 v. 杨文忠

四川省高院(2007)川民终字第 16 号

1959 年 4 月,华阳、双流县卫生工作者协会所编的《中医秘方验方汇编》(第一集)(以下简称《汇编》)前言载明:我县卫生工作者于 1958 年把家传师授及个人临床心得的秘方验方献出,现把它公开出来;第 71 页收集的“正骨敷药方”载明:主治:骨折;药物:川乌、草乌、首乌、白芷、大黄、生南星、生半夏各五钱、苍术、白芨、麻黄、黄柏各一两、金归连、白芷、薄荷、甘草、刘寄奴、官桂各三钱、北辛四钱;制法:共碾细末;用法:调葱子、醪糟、灰面敷患处,三天换药一次;附注:内服茜草、木通、血通、牛膝、防己、二筋、乳没、血藤、川芎、当归、木瓜、红花、大黄、虎骨、松节、藕节各三钱,二活、甘草、桃仁、土鳖、浙贝各二钱,碎补、六汗、杜仲、云苓各四钱,广三七、血竭各一钱,以上共为细末,成人每服五六钱,甜酒服。孕妇忌服、老幼减半。署名为石羊医院张品州。张品州即本案原告陈寅堂之夫、张成轩等七兄妹之父张品舟。

1996 年 3 月由山西科学技术出版社出版,张继祥、曾一林主编,杨天鹏编审的《杨天鹏骨伤科治验心法》(以下简称《杨》)一书第 351 页收集了“接骨散”,载明:接骨散(又名枯君散,本院经验方),组成:黄柏、大黄、麻黄、细辛、半夏、金龟连、白芨、白芷、川乌、草乌、首乌、甘草、刘寄奴、官桂、薄荷、苍术、南星;功效:活血散淤、消肿定痛;主治:跌打损伤,淤滞作痛,骨折,脱位,软组织损伤诸症;制用法:研细为末,用时以上药末生 2/3 加炒 1/3 调匀,用老葱捣烂冲茸加童便醪糟共加热调敷于患处。第 340 页收集了“生药散”,载明:生药散(本院经验方),组成:生川乌、生草乌、生南星、生半夏、白芷、红花、细辛、松节;功效:祛风逐痰、散寒解毒、通络止痛;主治:跌打损伤肿痛,肿瘤局部疼痛,关节痹痛;制用法:用蜂蜜或醋调敷(醋需加热),如出现过敏性皮炎即

停用。

[原告指控杨天鹏编审的《杨》书侵害了张品州对中药配方的著作权,因此提起诉讼。]

张品舟所写“正骨敷药方”是否系著作权法保护的客体,张品舟是否对药方“生药散”享有著作权……著作权法所保护的作品属智力成果,是作者思想情感的表达,且该智力成果是以一定的文字、符号为载体,通过独创性的表达方式,体现作者的个性。可见著作权法保护思想的表达方式,不保护思想本身(包括作品中所反映的原理、程序、操作方法等因素)。本院认为,“正骨敷药方”作为一种中医药方,记载内容反映了治疗骨折的一种技术信息,技术信息应当属于专利、技术秘密保护范畴。该药方本身作为技术信息的表达方式,由药方名、主治、药物、制法、用法、附记等部分组成,其表述形式是中医配方通常的表述方式,不具有独创性;该药方药物组成的表述也是常见中药药名的组合,在表述方式上亦不具有独创性。故“正骨敷药方”虽为张品舟所写,但该方不属于《中华人民共和国著作权法》所保护的客体,上诉人据此主张张品舟享有著作权的上诉理由不能成立,本院不予支持。 (颜桂芝、刘巧英、陈洪法官)

思考问题:

(1) 本案中,原告不是指控被告使用药方侵权,而是出版类似药方侵权。在这一点上,与前述 Selden 案事实不同,这会影响法院的讨论吗?

(2) 臆想的药方有著作权吗?

上海纽福克斯汽车配件有限公司等 v. 上海索雷亚汽车用品有限公司

上海市高院(2006)沪高民三(知)终字第25号

[原告纽福克斯配件公司分别设计完成 FB30W20C、DCAC70WB 两款车载电源转换器的印刷电路板元器件位置图,并分别申请了名称为“可将直流电转变为交流电的电源转换器”和“高频逆变开关电源”的实用新型专利。被告员工姜涛、李富启曾系原告纽福克斯配件公司员工。2000年11月离职,现在分别为被告总经理、开发部工程师。]

被告生产销售 70W3210[等]六款车载电源转换器,其中 120W、150W 车载电源转换器中的印刷电路板上的字符层分别与[原告的]175W、300W 产品中的印刷电路板上的字符层完全相同。[于是,原告提出侵权指控。]

原审法院认为,本案的争议焦点是:1. 印刷电路板上的字符层是否受著作权法保护。2. 被告按照印刷电路板上的字符层生产印刷电路板的行为是否属于著作权法规定的复制行为。

关于第一个争议焦点,原审法院认为:

首先,从技术角度分析,印刷电路板是表面制有导体连接线的绝缘板,其作用是在人们完成具有一定功能的电子线路设计之后,通过它把多个电子元器件(集成电路和

一些分立的晶体管、电阻、电容等)组合安装并向这些电子元器件提供它们之间需要的导体连接线,以实际形成所设计的电子线路。

制作印刷电路板一般需要两个阶段:一是在图纸上设计完成印刷电路板的布图设计图、元器件位置图;二是按照设计图纸生产印刷电路板实物,该印刷电路板上具有印刷线路和字符层。印刷电路板的元器件位置图是指由电子行业通用的元器件标识、字符组成,标注集成电路、电容、电阻、二极管、三极管等元器件的插接位置,用以指导操作工人插接元器件及进行维护的图纸。印刷电路板上的字符层是体现元器件分布位置的油墨层。印刷电路板布图设计图和元器件位置图是互相对应的关系,一般在印刷电路板布图设计图完成后,再设计元器件位置图。印刷电路板上的印刷线路和字符层也是互相对应的关系,印刷线路的布局、布线决定元器件的摆放位置。

其次,印刷电路板的元器件位置图属于图形作品,受著作权法保护,未经著作权人同意,他人不得对印刷电路板的元器件位置图以出版等形式复制发行。现两原告主张的是印刷电路板上的字符层,并非印刷电路板的元器件位置图。印刷电路板的生产过程是一个复杂工艺流程,字符层是体现元器件分布位置的油墨层,与印刷电路板密不可分,成为印刷电路板的重要组成部分。印刷电路板上的字符层与其背面导电的印刷线路存在互相对应的关系,各种安插在印刷电路板上的元器件正是通过导电的印刷线路实现元器件之间的电路连接,从而完成整块印刷电路板的功能。虽然印刷电路板上的字符层本身不具有导电、传热和绝缘的功能,但是它具有指导操作工人插接元器件及进行维护,从而实现印刷电路板整体功能的作用。因此,印刷电路板上的字符层具有一定的实用功能,已经超出了文学、艺术、科学作品的范畴,不属于著作权法保护的客体。最后,从国际惯例考虑,大多数国家对于印刷电路板上的字符层也不给予著作权法保护,而是从工业产权进行保护,故印刷电路板上的字符层在我国也不应受著作权法保护。

关于第二个争议焦点,原审法院认为:著作权法保护工程设计、产品设计图纸及其说明,仅指以印刷、复印、翻拍等复制形式使用图纸及其说明,不包括按照工程设计、产品设计图纸及其说明进行施工、生产工业产品,后者的使用适用其他有关法律规定。故即使被告按照两原告印刷电路板上的字符层生产印刷电路板的行为,无论通过何种方式,例如印刷方式,也应视为工业产权性质的实施。因此被告按照两原告印刷电路板上的字符层生产印刷电路板的行为不构成著作权法意义上的复制行为。

综上,原审法院认为,两原告主张的印刷电路板上的字符层已经超出了文学、艺术、科学作品的范畴,不属于著作权法保护的客体。被告按照两原告印刷电路板上的字符层生产印刷电路板的行为不属于著作权法规定的复制行为……

判决后,上诉人纽福克斯配件公司与上诉人纽福克斯光电公司均不服,共同向本院提起上诉,请求撤销一审判决,依法改判支持两上诉人的原审诉讼请求,本案诉讼费由被上诉人承担。两上诉人的共同上诉理由主要为:第一,一审判决认定事实错误。一审判决将元器件位置图和字符层机械割裂开来不符合事实。字符层表示的是每个元器件的位置和相互关系,就是元器件位置图,只不过是油墨印刷的。第二,一审判

决适用法律不当。1. 一审判决对“印刷电路板上的字符层是否受著作权法保护”的问题作出了错误判断。一审判决混淆了作品本身和作品使用方法的概念,任何受保护的作品都不会因为权利人的使用方式而不被保护;一审判决混淆了著作权客体和载体的概念,元器件位置图是作品,在工业产品中存在,在绝缘板上体现也是作品,应受著作权法保护;一审判决混淆了实用功能和指导作用的概念,本案中系争字符层“指导操作工人插接元器件及进行维护”,字符层就是说明书,只不过它是由图形和字符组成的说明书,说明书是作品,应受著作权法保护。2. 一审判决对“被告按照印刷电路板上的字符层生产印刷电路板的行为是否属于著作权法规定的复制”的问题,没有予以充分的论述,混淆了“复制”和“实施”的概念。本案被上诉人的行为并不是“按图施工”,而仅仅是将一块绝缘板上的图形移植到另一块绝缘板上,就像复印一样简单。两上诉人诉讼请求中的侵权作品并不是工业产品成品,而是印刷电路板上附着的字符层(元器件位置图)。被上诉人的行为属于著作权法规定的复制。综上,一审判决先是对字符层和元器件位置图的概念认定错误,后又对两个争议焦点分析判断失误,进而作出错误判决,请求撤销一审判决,依法改判。

.....

本院认为,根据我国著作权法的规定,工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品属于著作权法保护的作品。著作权法意义上对工程设计图、产品设计图的复制,仅指以印刷、复印、翻拍等复制形式使用图纸,而不包括按照工程设计图、产品设计图进行施工、生产工业产品。印刷电路板的元器件位置图属于图形作品,应受著作权法的保护,他人未经著作权人许可,不得复制、发行印刷电路板的元器件位置图。但印刷电路板本身是一种工业产品,不属于著作权法保护的文学、艺术、科学作品的范畴。而字符层是印刷电路板上不可分割的组成部分,字符层本身也具有指导操作工人插接元器件及进行维护的实用功能,因此字符层属于印刷电路板这一工业产品的组成部分,不是著作权法保护的客体。无论字符层是通过何种方式如印刷等在印刷电路板上形成的,形成字符层的过程都属于生产印刷电路板这一工业产品的一个环节。因此,被上诉人在印刷电路板生产过程中形成字符层的行为,是生产工业产品的行为,而不属于著作权法意义上的复制行为。故被上诉人生产系争印刷电路板的行为并不构成著作权侵权。

两上诉人上诉称,一审判决认定事实错误,字符层表示的是每个元器件的位置和相互关系,就是元器件位置图,只不过是用油墨印刷的。本院认为,虽然字符层表示的是每个元器件的位置和相互关系,与元器件位置图具有对应关系,但是字符层属于印刷电路板的组成部分,是工业产品的一部分,字符层与受著作权法保护的元器件位置图具有区别。两上诉人的这一上诉理由无法律依据,本院不予支持。

两上诉人上诉称,一审判决适用法律不当。本院认为,第一,字符层是工业产品印刷电路板的组成部分,字符层与印刷电路板是不可分割的。工业产品印刷电路板并不属于著作权法保护的文学、艺术、科学作品的范畴,作为工业产品印刷电路板组成部分的字符层并不等同于受著作权法保护的元器件位置图,字符层并不是著作权法保护的

客体。第二,字符层是印刷线路板这一工业产品的组成部分,无论字符层是通过何种方式如印刷等在印刷线路板上形成的,该形成字符层的过程都属于生产印刷线路板这一工业产品的一个环节。因此,被上诉人在印刷线路板生产过程中形成字符层的行为,是生产工业产品的行为,而不属于著作权法意义上的复制行为。故两上诉人的这一上诉理由无法律依据,本院不予支持。
(张晓都、李澜、马剑峰法官)

思考问题:

(1) 法院认为元器件位置图属于图形作品,而印刷线路板上字符层不是。不过,二者实际上一一对应。法院的推理有逻辑上的漏洞吗?

(2) “被上诉人在印刷线路板生产过程中形成字符层的行为,是生产工业产品的行为,而不属于著作权法意义上的复制行为。”我们能够说,一项行为是生产工业产品的行为,就不能是著作权法上的复制行为吗?

1.5.2 商业活动方案

描述商业活动方案的文字作品本身能够获得版权保护。但是,该作品所描述的商业方案本身,不能获得保护。在下面的胡明方等 v. 曹文志等案中,法院确认了所谓的《北京行动方案》本身作为文本,是著作权法意义上的文字作品,但是对于该活动方案本身却拒绝保护。从表达和解决方案区分的角度,法院的结论值得肯定。

胡明方等 v. 曹文志等

云南省昆明中院(2005)昆民六初字第64号

原告胡明方于2004年10月9日创作完成《首届“马帮茶道·瑞贡京城”普洱茶文化北京行总体方案》,该方案系文字作品,于同年10月12日在云南省版权局进行版权登记,登记号为23-2004-A-085。后胡明方于2004年10月19日与中新公司签订《关于共同实施“马帮茶道·瑞贡京城”普洱茶文化行系列活动的协议书》,约定两原告共同实施《北京行方案》。随后,两原告于2005年1月19日与“首届‘马帮茶道·瑞贡京城’普洱茶文化北京行活动组委会”(两原告均不是该组委会成员)签订授权合作协议书,约定三方授权原告中新公司负责组织实施“北京行活动”,在实施活动过程中,中新公司可以使用其名义或组委会名义。其后,“北京行活动”开始实施。被告曹文志在2005年2月7日之前一直与原告胡明方在同一处所办公,并曾担任“北京行组委会”副秘书长。

……

2005年2月7日,“北京行组委会”以被告曹文志擅自离开组委会为由,在报纸上公开申明将其从该组委会除名。2005年2月5日被告交流中心与西双版纳州政府正式决定共同举办“马帮贡茶万里行活动”,被告曹文志任该活动项目总监,而且该活动的组委会于2005年3月30日制作了《马帮茶道万里行》文字资料,后该活动也开始实施。

两原告认为被告曹文志利用其与原告胡明方接触及共同工作期间对其作出的“‘马帮茶道·瑞贡京城’系列活动策划实施方案”及后来形成的《北京行方案》的了解,与被告交流中心合作组织实施所谓“马帮贡茶万里行”活动,并进行招商经营活动系违反诚实信用原则,对原告的恶意侵权。两原告以两被告组织的活动与原告作出的“‘马帮茶道·瑞贡京城’系列活动策划实施方案”及后来形成的《北京行方案》基本相同,已造成商家、消费者、新闻媒体及社会的混淆和误解。两原告以两被告既实施了侵犯两原告著作权的行为又实施了针对“北京行活动”的不正当竞争行为,应承担相应的民事责任为由,诉至本院。

对于本案争议的四个问题,本院分别作如下评述:

.....

对于争议的第二个问题:原告胡明方是否有权请求确认“‘马帮茶道·瑞贡京城’系列活动策划实施方案”为其智力成果,以及其对《首届“马帮茶道·瑞贡京城”普洱茶文化北京行总体方案》是否享有著作权等合法权益;如有权,其诉讼请求是否能得到支持。

结合诉状和举证意见可知,原告胡明方的该项诉讼请求包含两个方面的内容:一是对《北京行方案》的著作权权属的确认;二是对“‘马帮茶道·瑞贡京城’系列活动策划实施方案”权利及权属的确认。

对于第一方面的内容,[法院]认定原告胡明方系《北京行方案》的著作权人,对其主张确认其为该作品的著作权人的诉讼请求依法应予以支持。

对于第二方面的内容,本院认为:首先,原告胡明方此项诉讼请求的基础并非著作权。就著作权而言,“‘马帮茶道·瑞贡京城’系列活动策划实施方案”已由《北京行方案》以文字作品的形式予以固定,故以著作权作为该诉讼请求的基础并无必要性;其次,排除了该系列活动实施方案作为著作权的客体,原告并不能证明其对该方案享有何种知识产权或智力成果权,故其主张享有该系列活动实施方案智力成果权的请求没有法律依据,依法不应得到支持。

对于争议的第三个问题:两原告请求确认其对《首届“马帮茶道·瑞贡京城”普洱茶文化北京行总体方案》享有使用实施权,其主张的使用实施权是什么内容,该权利是否属于著作权法保护的范畴,两原告此项诉讼请求能否得到支持。

在审理过程中,两原告认为,作为《北京行方案》的合法权利人,其对该作品进行使用实施的活动形成类似于著作权法中赋予著作权人享有的表演权的一种权利,该权利应作为著作权人的专有权利而依据著作权法得到确认。本院认为,作品作为一种人类智力创造的成果,它会因被利用而对利用人产生财产上的权益,所以著作权中的财产权即源自于著作权人对作品进行的利用活动。但是,本案中两原告使用实施的作品《北京行方案》从创作方式上看属于文字作品,进一步从内容上看其属于文字作品中的非文学艺术类作品,这类作品与文学艺术类作品在内容上有很大区别。《中华人民共和国著作权法》第10条第1款第(九)项规定的表演权中的表演活动所指向的作品,应该是内容可供表演的文学艺术类作品,如剧本、舞蹈等,而非文学艺术类作品的内容

是不可能进行表演的,因此,此类作品不应成为表演活动所指向的作品,其著作权人不可能实施表演活动,亦不能主张表演权。故,本院认为,两原告使用实施《北京行方案》的活动不属于著作权法中规定的表演活动,两原告不能主张拥有该作品表演权。

另外,两原告主张的使用实施《北京行方案》的权利是否属于《中华人民共和国著作权法》第10条第1款第(十七)项规定的应当由著作权人享有的其他权利,对该主张支持与否应当审查该使用实施活动是否是著作权法上的复制活动,即该使用实施活动是否能够再现该作品的表达。对此,本院认为:虽然作品可以看做是作者进行智力活动投入而产生的智力成果的最终载体,但是,著作权法所保护对象的仅仅是该智力成果的表达而不是该智力成果的构思和思想。本案中,《北京行方案》所记载的关于进行北京行活动的策划方案、组织方法及具体实施步骤的内容可视为作者的智力成果,如果这些智力成果满足一定条件可由其他知识产权制度进行保护(如专利或商业秘密制度),对这些智力成果的再现活动也应由其他知识产权制度进行调整;而对这些策划方案、组织方法及具体实施步骤所进行的独创性的文字表达才是著作权制度保护的范畴,能再现这些文字表达的活动才属于著作权法上的复制活动。

本案中,两原告按照《北京行方案》所记载的进行北京行活动的策划方案、组织方法及具体实施步骤,开展筹集资金、吸收参与者、组织人员、马匹、进行宣传等活动使用实施了该作品,这些活动所再现的作品中的策划方案、组织方法及具体实施步骤的内容属于作品的构思和思想。因此,本院认为,两原告使用实施《北京行方案》再现的是作品中不受著作权法保护的内容,即再现的不是对这些内容的表达方式,而是该作品的构思和思想,故其活动不属于著作权法上的复制活动,依此活动主张权利,不属于《中华人民共和国著作权法》规定的应当由著作权人享有的权利范畴,原告关于请求确认其享有《北京行方案》的使用实施权的诉讼请求,因无法律依据,应予以驳回。

对于争议的第四个问题:两被告的行为是否对两原告的合法权益构成侵犯;如构成,两被告应如何承担责任。

.....

两原告认为被告交流中心策划、组织的“万里行活动”侵犯了其合法权益。而从原告提交的《北京行方案》文字作品与被告交流中心制作的《马帮贡茶万里行》文字材料对比来看:一方面,两部文字作品均反映了作者以云南古代马帮贡茶历史为据,结合现代文化发展趋势,产生出以古代方式组织现代马帮驮茶进行长途贩运活动的构思。但是著作权法将作者的构思和思想排除在保护范围之外,因此,被告《马帮贡茶万里行》文字资料的构思与原告作品的构思相似并不导致前者对后者构成侵犯;另一方面,两部文字作品和材料在文字表达上没有相同之处,从内容上看,两部作品除表述云南古代马帮贡茶文化方面有共同之处外,其余包括活动宗旨、活动意义、活动时间、参与单位等方面均完全不同。虽然两部作品在表述云南古代马帮贡茶文化方面有共同之处,但云南古代马帮贡茶文化是公知的历史知识,任何单位及个人均可根据此历史知识开展创作与表达,甚至是一些不可避免的相同的优化表达。因此,本院认为,被告制作的《马帮贡茶万里行》文字材料并没有侵犯原告《北京行方案》文字作品的著作权。

另外,如前所述,两原告对《北京行方案》的使用实施活动并不受著作权法保护,因此,被告按照《马帮贡茶万里行》文字材料实施“万里行活动”并不可能构成对原告合法权益的侵犯。两原告认为两被告应立即停止以“马帮贡茶万里行”等类似的名义进行活动的主张不能得到支持。

此外,两原告认为其“北京行活动”经过宣传、实施,已经成为一个知名商品,两被告实施与此内容相似的“万里行活动”,造成了公众对两个活动的误认,两被告此行为对两原告构成不正当竞争。对此,本院认为:根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第1条、第2条的规定,反不正当竞争法维护的是正当竞争环境,制裁的是在商品交换和服务提供领域内的不正当竞争行为,行为主体是提供商品及服务的经营者。本案中涉及的“北京行活动”从其活动宗旨、活动方式和活动内容看该活动并不以提供商品或服务为目的,而是为了弘扬云南普洱茶文化,促进普洱茶产业的发展而举办的一次大型文化活动,该活动涉及的领域并非反不正当竞争法规范的商品交换和服务提供领域。因此,两原告称“北京行活动”系一个商品没有事实及法律依据,其主张被告对其实施不正当竞争行为亦没有事实及法律依据,对此本院不予支持。

(蔺以丹、蔡涛、徐群法官)

思考问题:

(1) 法院认为“对这些策划方案、组织方法及具体实施步骤所进行的独创性的文字表达才是著作权制度保护的范畴,能再现这些文字表达的活动才属于著作权法上的复制活动。”这一解释有道理吗?

(2) 对比一下,为什么以舞谱或乐谱纪录的音乐作品能够获得保护,即便复制者或表演者不再复制该字面形式的舞谱或乐谱呢?这里的活动方案能不能被视为舞蹈作品,舞台是云南到北京的广阔大地?

(3) 被告是否可能侵害原告的商业秘密?

说明:2005年5月1日,首届“‘马帮茶道·瑞贡京城’普洱茶文化北京行”的马帮从云南省普洱出发。这一马帮由43位赶马人和120匹骡马组成。2005年10月,这支马帮到达北京。2006年5月间,由99匹骡马组成的“马帮贡茶万里行”的马帮从云南出发,计划行程6000多公理,到达北京。不过,该马帮在温州断粮,赶马人被迫卖马散伙。活动主办方最后宣布启动“九九归一再上征程”活动,由一匹骡马驮着贡茶继续北上……^①

1.5.3 思维方法

思维方法在专利法上被视为抽象思想而无法获得专利保护。在著作权法上,作品中所描述的思维方法也不应属于可保护的表达。它应当像技术方案一样,供后来的创作者自由利用。当然,如果思维方法或步骤过于具体,则有可能让人觉得它更像具体的表达,而非抽象的思维方法。在下面的案例中,记忆单词的方法就很具体,容易引发争议。

^① “马帮贡茶万里行”沉浮录,见 <http://www.foods1.com/content/200554>,最后访问2014年8月1日。

岳德宇 v. 郑州大学出版社等

北京市西城区法院(2008)西民初字第1650号

[原告主编的]《奇思妙想》《三三速记英语词汇》系列丛书及《速记王》[收录了]部分英语单词附带汉字记法,如“branch”的汉字记法为“不(b)燃(ran)的树枝,扔进水池(ch)中”,“judge”的汉字记法为“大义灭亲的法官,拘(ju)捕有罪的(d)亲哥(ge)”,“newspaper”的汉字记法为“news 新闻,paper 纸;报道新闻的纸”等。

[被告的]《魔法英语单词短语随身记 高二全》书所[收录的]“branch”“judge”“newspaper”等193个英语单词的汉字记法与《奇思妙想》《三三速记英语词汇》系列丛书及《速记王》对应英语单词的汉字记法完全相同或者基本相同。

[本院认为:]

《奇思妙想》《三三速记英语词汇》系列丛书及《速记王》书所收录的“branch”“judge”“newspaper”等英语单词的汉字记法的表述是作者的独创性劳动,郑州大学出版社未举证证明此部分英语单词的汉字记法缺乏独创性,本院依据现有证据确认此部分英语单词的汉字记法的表述可以成为著作权法所保护之作品,岳德宇对此部分英语单词的汉字记法的表述享有著作权。原告岳德宇主编的《奇思妙想》《三三速记英语词汇》系列丛书及《速记王》出版时间早于被告郑州大学出版社出版的《随身记》。

郑州大学出版社出版的《随身记》书所收录的“branch”“judge”“newspaper”等193个英语单词的汉字记法与《奇思妙想》《三三速记英语词汇》系列丛书及《速记王》对应英语单词的汉字记法完全相同或者基本相同。其此举并未经此部分英语单词的汉字记法的著作权人岳德宇许可,亦未为岳德宇署名。郑州大学出版社作为专业出版者,在出版《随身记》书过程中未尽合理注意和审查义务,侵犯了岳德宇对此部分英语单词的汉字记法所享有的署名权、复制权以及获得报酬的权利。

(武彧、郭亚军、赵凤玲法官)

思考问题:

在上述案例中,法院没有考虑所谓的表达和思想的二分问题。你觉得如何判断记忆一个单词的方法是著作权法上的解决方案(思想)还是受保护的表达?

1.5.4 体育锻炼方法

中国体育报业总社 v. 广东音像公司

北京市西城区法院(2012)西民初字第14070号

国家体育总局于2010年11月正式启动中华人民共和国第九套广播体操(以下简称第九套广播体操)的创编工作(由群众体育司具体负责)……2011年6月末,第九套广播体操的动作及伴奏音乐创编完成,整套操共分九节,包括预备节、第一节伸展运

动、第二节扩胸运动、第三节踢腿运动、第四节体侧运动、第五节体转运动、第六节全身运动、第七节跳跃运动、第八节整理运动。各节动作说明如下:

.....

第一节伸展运动(8拍×4),第一个八拍:1—左脚向侧一步,与肩同宽,同时两臂侧举,掌心向下,头左转90°。2—右脚并于左脚,两腿微屈成半蹲,同时含胸,两臂屈肘竖于胸前,两手握拳,拳心相对,低头45°。3—两腿伸直,同时两臂侧上举,掌心相对,抬头45°。4—两臂经侧(掌心向下)向下还原成站立姿势。5—8同1—4,但出右腿,头向右转做。第二至四个八拍同第一个八拍。

.....

经国家体育总局审定批准,《第九套广播体操图解手册 DVD CD》(以下称授权出版物)由人民体育出版社于2011年8月出版,全套出版物定价70元,包括DVD、CD各一张,《第九套广播体操手册》一本,彩图一张。其中DVD的主要内容为第九套广播体操的演示教学片,包括动作演示、分解动作讲解、背后角度演示、集体演示等四段影像.....

被控侵权DVD《第九套广播体操》由广东音像公司出版、豪盛文化公司总经销,内容亦为第九套广播体操的演示教学片,包括全套正面演示、分解动作教学演示(八节)、全套背面演示等十段影像,使用了第九套广播体操的伴奏音乐(带口令).....

根据查明的事实,被控侵权DVD与授权出版物中演示教学片的示范人员不同、影像迥异,并非同一录像制品,但使用了相同的第九套广播体操动作和带口令的伴奏音乐,故本案的关键问题在于第九套广播体操的动作是否属于著作权法意义上的作品以及对伴奏音乐的使用是否构成侵权。

本案争议焦点如下:

一、第九套广播体操的动作是否属于著作权法意义上的作品

对此争议焦点,本院将从构成作品的法定条件以及作品的法定形式两个角度进行分析。首先,作为著作权法意义上作品应当具备以下条件:其一,必须属于文学、艺术和科学技术领域内的智力成果;其二,必须是具有一定有形方式的表达而非单纯的思想;其三,必须具有独创性。因此,第九套广播体操的动作是否属于著作权法意义上的作品,取决于其是否具备上述条件。

《伯尔尼公约》《世界版权公约》等国际公约以及世界上大多数国家的法律都规定著作权法的保护范围限于文学、艺术和科学作品。作为上述公约的缔约国,我国著作权法第一条即开宗明义地指出,著作权法的立法目的是为了“保护文学、艺术和科学作品作者的著作权”。《中华人民共和国著作权法实施条例》第2条进一步规定,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有形形式复制的智力成果。由此可见,只有文学、艺术和科学领域内的智力成果才可能成为受著作权法保护的作品。而无论是文学、艺术还是科学作品,其本质都是通过某种特定的媒介符号如文字、音乐、舞蹈、图形对人的思想、情感、知识进行交流与表达,从而展现文学艺术的感性之美和科学技术的理性之美。因此,不涉及人的思想感情和知识,不具有文学、艺术、科

学审美意义的创作,无论其独创性有多高,都不属于文学、艺术和科学领域内的成果。广播体操是一种具有健身功能的体育运动,由屈伸、举振、转体、平衡、跳跃等一系列简单肢体动作组成,但与同样包含肢体动作的舞蹈作品不同,其并非通过动作表达思想感情,而是以肢体动作产生的运动刺激来提高机体各关节的灵敏性,增强大肌肉群的力量,促进循环系统、呼吸系统和精神传导系统功能的改善。简而言之,广播体操的动作有强身健体之功用,而无思想情感之表达,既不展现文学艺术之美亦不展现科学之美,故不属于文学、艺术和科学领域内的智力成果。

著作权保护表达,而不保护思想。这既是《与贸易有关的知识产权协议》《世界知识产权组织版权条约》等国际条约的明确规定,也是目前世界各国普遍接受的版权法基本原则。根据该规则,著作权保护不延及同属思想范畴的原理、方法、概念、程序、技术方案和实用功能等。例如某人独创了一道菜肴的烹饪方法,并编写了讲解说明该方法的菜谱,其有权禁止他人复制、发行此菜谱,但却不能禁止他人使用该方法烹制这道菜肴,也无权阻止他人编写以自己的方式描述说明该方法的菜谱或录制演示如何烹制该菜肴的节目,其原因就在于烹饪方法属于思想范畴,不受著作权法保护,但作者以自己特定的方式解释说明该方法而编写的菜谱却是受著作权法保护的表达。广播体操是一种具有特定功能的身体练习活动,包含一系列连续的肢体动作,当这一系列动作按照规定的方式施行时,将产生既定的健身效果。因此,广播体操本质上属于一种健身方法、步骤或程序,而方法、步骤和程序均属于著作权法不保护的思想观念范畴。

基于以上分析,第九套广播体操的动作不符合构成作品法定条件中的二个,故不属于著作权法意义上的作品。

其次,从作品法定形式的角度分析,一般而言,受著作权法保护的作品应当属于某一法定形式或类型。《著作权法》第3条规定作品的法定形式包括:(一)文字作品;(二)口述作品;(三)音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品;(四)美术、建筑作品;(五)摄影作品;(六)电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品;(七)工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品;(八)计算机软件;(九)法律、行政法规规定的其他作品。显而易见,第九套广播体操的动作不属于上述任何一种形式。

但是,《著作权法》第14条还规定了汇编作品,即汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料,对其内容的选择或者编排体现独创性的作品。组成第九套广播体操的各个动作,如屈伸、转体、跳跃等,均不构成作品,但对这些简单肢体动作进行独创性的选择和编排,创编而成的全套动作作为一个整体是否属于汇编作品呢?本院认为答案是否定的,理由如下:首先必须明确,汇编作品亦是作品。汇编成果要成为汇编作品,其首先必须是著作权法意义上的作品,必须具备作为著作权法意义上作品的三个法定条件,即必须属于文学、艺术和科学技术领域内的智力成果,必须是一定有形方式的表达而非单纯的思想以及必须具有独创性,三者缺一不可。对内容的选择、编排体现独创性仅仅满足了三个法定条件之一即对独创性的要求,能否构成作品还取决于另外两个条件是否同时满足。易言之,对于内容的选择或者编排体现