

# 作品类型法定缓和化的理据与路径

梁志文\*

**摘要** 作品类型的封闭式与开放式立法模式具有不同的法律适用方法。在开放式立法模式下,法院认定非典型作品时不能行使立法者专属的法律政策选择,而应坚持作品类型法定的缓和化,其理据在于法律规范的弹性空间与填补法律漏洞的需要。抽象的作品概念、以非物质化与技术中立的立法技术来界定具体作品类型,这使得非典型作品可通过法律解释而得到保护。作品类型的法律漏洞主要是因技术、经济因素造成的嗣后漏洞。准确识别法律漏洞是进行漏洞填补的前提,版权法上有意义的沉默不属于法律漏洞,它是指表达形式的反面——不受保护的思想、程序、操作方法或数学概念等。作品法定类型的法律漏洞包括隐藏式漏洞与开放式漏洞。不同漏洞的填补方法应有所区别,但关键在于准确识别作品法定类型的标准特征、否定特征和可变特征。应运用三步法,采用类推适用和分解类推等方式进行漏洞填补,也应允许特定情况下的整体类推。

**关键词** 作品类型法定 开放式立法 技术中立 法律漏洞 表达形式

## 一、问题与路径

作品是版权法中最基础的概念,<sup>〔1〕</sup>但无论采类型法定(即封闭式)抑或开放式立法模式,界定版权法上的“作品”都不是一个容易问题。<sup>〔2〕</sup>最近几年引发广泛讨论的体育赛事直播、电子游戏、音乐喷泉都涉及具有重要市场价值但并不属于版权法所明确列举的作品类型。竞

\* 南京师范大学法学院教授。本文受到国家社会科学基金项目“创新驱动发展战略下知识产权公共领域问题研究”(项目编号:17ZDA139)资助。

〔1〕 See Margot E. Kaminski and Guy A. Rub, “Copyright’s Framing Problem”, *UCLA Law Review*, Vol. 64, No. 5, 2017, p. 1102.

〔2〕 参见梁志文:“版权法改革的方向与原则”,《法学》2017年第12期,第138—139页。

争者未经授权的利用行为如何定性,其前提便是其作品地位的判定,特别是北京知识产权法院终审的“音乐喷泉案”,〔3〕它引发了较为对立的理论争议。

一种观点认为,“在目前尚无法律、行政法规明确增加了其他具体作品类型的情况下”,法院创设作品新类型“是被立法明确排除的”。〔4〕从理论上讲,它将“导致我国与其他《伯尔尼公约》成员国在保护义务方面的不对等”,〔5〕故新作品类型的司法认定不符合履行国际义务的公共政策。此外,法院创设新的作品类型也有违立法与司法的权力配置原则,〔6〕不符合两者的权职划分。另一种观点则认为,版权法规定的“作品类型是例示性而非限定性的”,用来类比的物权法定也仅指其种类与内容法定,而非客体法定。〔7〕更明确地说,“作品类型条款不是可版权要件,无法归属于现行法的作品类型条款不影响智力表达成果的作品属性”。〔8〕新出现的作品形式如果突破现有的作品分类,完全可得到版权法的保护。〔9〕

2020年第三次修订的《著作权法》明确采纳了开放式立法模式。然而,无论是赞许作品类型法定还是认同开放式立法模式,也无论是从立法论立场还是解释论角度,如果更宏观地看待这一争议,两种立法模式均有利弊。前者体现了版权法追求确定性、客观性及终局性的目标,后者具有版权保护的灵活性与综合性。〔10〕而且,从制度实施的整体效果来看,两者大体相同。〔11〕因此,即使是《著作权法》改采开放式立法模式后,也应该赞许作品法定类型的基本价值,同时适度认同作品法定类型的弹性空间。不同立场所关注的焦点问题不应该是两者孰优孰劣,而是法院应如何正确界定版权客体。正确的解决方案应该区分作品类型与可版权性条件,最终落脚于法院的法律适用方法。

类似于物权法定缓和化,版权法也应该坚持作品类型法定缓和化。对于未落入法定类型的非典型作品,法院应坚持克制的态度,审慎适用“符合作品特征的其他智力成果”条款,但它不是拒绝保护的理据,特别是在法律本身具有弹性空间或存在法律漏洞的情况下。所谓弹性空间,是指作品类型的法定定义本身具有抽象概括性,其字义范围在最大程度上能够涵摄争议

〔3〕 参见北京中科恒业中自技术有限公司等与北京中科水景科技有限公司侵害著作权纠纷上诉案,北京知识产权法院(2017)京73民终1404号民事判决书。

〔4〕 同上注。法院认为它不同于《著作权法》第10条明确规定的“其他权利”,因后者并未有类似的限定语(即“其他法律、行政法规规定”)。

〔5〕 王迁:“论作品类型法定——兼评‘音乐喷泉’案”,《法学评论》2019年第3期,第10页。

〔6〕 参见刘银良:“著作权兜底条款的是非与选择”,《法学》2019年第11期,第118页。

〔7〕 参见李琛:“论作品类型化的法律意义”,《知识产权》2018年第8期,第5、7页。

〔8〕 金松:“论作品的‘可复制性’要件——兼论作品概念条款与作品类型条款的关系”,《知识产权》2019年第1期,第59页。

〔9〕 参见刘春田主编:《知识产权法》,高等教育出版社2015年版,第58页。

〔10〕 两种立法模式的优劣分析,参见(英)坦尼亚·阿普林:“客体”,徐红菊译,载(英)埃斯特林·格雷克主编:《欧盟版权法之未来》,知识产权出版社2015年版,第47—50页。

〔11〕 See Ewa Laskowska-Litak, “Between Scylla and Charybdis: A Comparative Look at Copyright’s Protected Subject Matter and the (CJ)EU Harmonization”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 14, No. 10, 2019, p. 761. 本文第二部分将有论证。

的非典型作品。一般意义上的作品概念也因其抽象概括而具有极大的弹性空间。作品类型的法律漏洞是版权法在列举具体作品类型时未能涵盖其本应给予保护的表达形式,故需要以一般意义上的作品概念为桥梁,类推作品类型。据此,本文首先分析两种立法模式下不同的法律适用方法,并以“音乐喷泉案”二审判决书说理所忽略的问题为重点,分别研究作品法定类型的弹性空间、法律漏洞的识别及其填补方法,以期澄清作品类型法定缓和化的法律适用方法。

## 二、作品法定类型的不同适用方法

关于作品类型法定争议的本质是法院对作品类型的解释权限。持作品类型法定的观点认为,法院无权将非典型“作品”纳入到版权客体之中,未纳入法定作品类型表明其不属于作品的范畴。<sup>[12]</sup>但相反的观点认为,即使法院没有认定作品新类型的自由裁量权,但如果涉案作品依据公共政策应受保护时,完全可以将新出现的作品纳入到版权客体之中。<sup>[13]</sup>在《著作权法》改采开放式立法模式后,上述争议似可暂告一段落。但是,从比较法的角度来看,作品类型法定与开放的立法模式各有利弊,回顾“音乐喷泉案”的理论争议,将有助于法院正确依据开放式条款来确定受保护的作品类型。

从比较法来看,法院如何认定版权法所保护的作品,采封闭式立法与开放式立法模式的不同国家做法并不一致。在英国、英联邦成员国及前英国殖民地国家等采纳封闭式立法的国家,法院常常采用两步法来判定版权客体。其首先判定涉案的表达是否落入法定类型之内,如果不符合法定类型的界定,则不受保护;其次,判定落入法定类型的作品是否满足原创性等版权要件。<sup>[14]</sup>采开放式立法的国家通常仅须判断涉案表达是否属于“作者的智力创作”,即一步法。例如,欧盟《著作权与相关权保护期指令》第6条规定:“体现作者自身智力创作的照片具有原创性,应依据第1条得到保护。除此之外,不能适用其他标准来确定其受保护的适格性。”因此,两者的区别在于前者强调作品法定类型的独特地位,或者说,作品法定类型属于可版权性的构成要件。

然而,从实际效果来看,特别是在典型作品类型范畴之内,法院得出的结论基本相同。以短语或短句能否作为文字作品得到版权保护为例,英国法院主要通过对文字作品予以限缩解释的方式,强调文字作品必须传递信息或意义、由文字欣赏产生愉悦。“歌词中某个单句既不能传递足够的信息,也不能给读者带来充分的文学愉悦,故不能视为文字作品。”<sup>[15]</sup>而在开放

[12] 王迁,见前注[5],第21、23页。

[13] 参见崔国斌:《著作权法:原理与案例》,北京大学出版社2014年版,第124页;陈锦川:“法院可以创设新类型作品吗?”,《中国版权》2018年第3期,第26—27页。

[14] See Justine Pila, *The Subject Matter of Intellectual Property*, New York: Oxford University Press, 2017, p. 153; also see Paul Goldstein and P. Bernt Hugenholtz, *International Copyright: Principle, Law and Practice (Fourth Edition)*, New York: Oxford University Press, 2019, p. 176.

[15] Laskowska-Litak, supra note 11, p. 763.

式立法模式下,法院的主要工具是独创性标准,因为这些简单的表达难以体现“作者自身的智力创作”。越是简短的句子,就越难体现出作者的想象或创作性选择,也越难与其所要表达的思想相区分。例如,德国法院通常对作品类型采宽松解释的态度,甚至不判定其作品类型,仅以较为严格的独创性标准来限制此类作品的版权保护,短语或简单的单句不能满足独创性条件而不受保护。<sup>[16]</sup> 两种立法模式的效果大体一致,究其原因,一方面是现行立法所规定的作品类型大体上囊括了立法者所意欲保护的表达形式,另一方面是成文法上规定的作品类型大都属于概括抽象性的规定,且符合技术中立原则。<sup>[17]</sup>

在大多数情况下,作品类型并不是当事人的争议焦点。是否能够归入某一“特定的作品类型并非至关重要,因为这并不导致不同的法律后果”。<sup>[18]</sup> 原则上,每一类作品受到的法律保护是一致的,只有在特定情况下,法律针对特定类型的作品作出了特殊的规定。<sup>[19]</sup> 发生争议的案件通常属于非典型作品之场合。所谓非典型作品,是指不能纳入法定作品类型或者处于法定作品类型边缘状态的表达形式。<sup>[20]</sup> 作品类型封闭式立法将法定作品类型视为可版权的要件;而开放式立法则认为作品法定类型仅是判断的辅助手段,或者说是参考清单,即作品法定类型属于典型的作品,但它并未穷尽所有受保护的表达形式。质言之,能否借助于更抽象概括的作品概念确认作品的客体地位,这是封闭式立法与开放式立法在法律适用上的主要区别。

音乐喷泉不是典型的作品类型,该案二审法院认为一审判决适用“其他作品”的做法不妥,但认为成文法规定的作品法定类型具有“概括性和抽象性,为法律适用提供了解释的空间”。为此,二审法院采取两步法来判断涉案作品是否受版权保护,即先确定“涉案音乐喷泉喷射效果的呈现是否构成作品”,然后再确定其“属于何种法定作品类型”。<sup>[21]</sup> 本质上,二审判决仍然属于开放式立法模式下的裁判思路,因为二审法院在第一步判断时遵循着“智力成果(即表达)—独创性—可复制性”思路。<sup>[22]</sup> 从逻辑上讲,如果涉案作品已经符合“作品”的规定,其理应与其他明确列举的作品一样得到保护,作品类型的确定仅仅属于技术性问题。首先,二审法院根据一般的生活常识将它从文字作品等法定类型中排除。其次,二审法院也拒绝承认其属于视听作品,原因是喷射效果的动态性符合“连续活动的画面”这一形式特征,但不符合“摄制

[16] Laskowska-Litak, supra note 11, p. 763.

[17] 详细论述参见本文第三部分。

[18] (德)图比·亚斯莱特:《德国著作权法》,张怀岭、吴逸越译,中国人民大学出版社2019年版,第31页。

[19] 这些特殊规定既包括权利保护的规定,如出租权与展览权;也包括权利限制的规定,如摄影作品的保护期、法定许可播放的范围等。参见金海军:“作品分类在著作权法上的意义”,《中国版权》2019年第3期,第24—25页。

[20] See R. Anthony Reese, “Copyrightable Subject Matter in the ‘Next Great Copyright Act’”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 29, No. 3, 2014, p. 1500.

[21] 北京知识产权法院民事判决书,(2017)京73民终1404号。

[22] 很明显,《著作权法》第3条中的“智力成果”一词来自《伯尔尼公约》。尽管“成果”的含义非常广泛,但其准确含义应该与《伯尔尼公约》定义条款中的“表达”之义一致。参见(德)希尔克·冯·莱温斯基:《国际版权法律与政策》,万勇译,知识产权出版社2017年版,第111页。

在一定介质上”的构成要件。<sup>〔23〕</sup>然而,法院认为其构成美术作品,原因是“法律规定的要件中并未有意排除动态的、存续时间较短的造型表达”。尽管法院也承认它与典型的美术作品不同,如绘画、书法、雕塑等一般都是静态的、持久固定的造型艺术。

但是,二审判决书并未解释清楚如下问题:

第一,法院能够在何种权限范围内类推法定作品类型?二审法院认为,音乐喷泉不是“其他作品”,也不是视听作品,而属美术作品,这一法律推理体现了法院坚持“谦恭而不进行突破扩张是法律解释应当遵循的规则”。<sup>〔24〕</sup>但法院又认为,版权客体的类型会随着科学技术的发展而发生变化,立法者难以预测新作品类型是成文法的局限性所在,故“法律的解释要顺应科技的发展、跟上时代的步伐”。<sup>〔25〕</sup>但是,版权客体的法律规定可能涉及到立法政策问题,如计算机软件被视为文字作品并非是逻辑推理、而是政策选择的结果,处理此类案件的法院处于利益冲突的双方争议之中,常常诉诸于“不劳而获”之类的直觉,较易于认可其可版权性的地位,社会公众缺乏足够的参与渠道,难以实现宏观意义上的利益平衡。因此,只有立法者才是解决方案的最佳提供者,也只有立法者才有权通过立法来选择或定制该领域的保护政策。<sup>〔26〕</sup>在开放式立法模式下,法院不能像立法者那样,对需要进行法律政策选择的部分——如计算机软件,它迥异于一般以阅读、欣赏为主的文字作品——确立预测性的规则。那么,法院对作品类型的解释空间及限度何在?

第二,法院应依据什么标准来确定作品类型的本质属性?一方面,二审法院认为根据一般常识即可否定音乐喷泉的文字作品属性,但另一方面,为何它又可以将其定性为美术作品,而一般常识下的美术作品仅是静态造型艺术?从一般常识来看,音乐喷泉的效果更类似于视听作品,但法院为何坚持“摄制在一定介质上”是电影作品的标准特征?

从更一般意义上讲,无论是封闭式立法还是开放式立法,上述问题都是法院处理作品类型争议时不可回避的问题。特别是在涉及非典型作品案件的场合,不同的法律适用方法可能产生迥然不同的法律结果。因此,从理论上探索其合理的解决方案具有重要意义。

### 三、版权法界定作品及其类型的弹性空间

毫无疑问,版权法保护的作品类型处于不断扩张之中,主要原因是表达技术的进步促使了表达方式的多元发展。当然,即使是持作品类型法定观点的学者也不反对版权客体的扩张,只

〔23〕 有学者认为,“画面”是对“image”的不准确翻译,其对应的汉语应为“影像”。音乐喷泉不是影像,而是一种“水塑”,是造型艺术作品。参见李琛:“《著作权法》中的几个翻译问题(上)”,《中国版权》2019年第5期,第79页。

〔24〕 北京知识产权法院民事判决书,(2017)京73民终1404号。

〔25〕 同上注。

〔26〕 Reese, supra note 20, p. 1502.

是认为应该通过法律修订的方式、由立法者来决定,而非法院通过司法程序认定。<sup>[27]</sup>然而,事实上,版权客体扩张的重要途径之一就是司法,有很多版权新客体往往先获得法院认可,然后才由立法予以确认。这一论断具有比较法上的坚实论据。

作为封闭式立法的英国,1710年的《安妮法》保护的客体仅是“书籍”(book),但法院对其范围的解释较为灵活;英国议会在1842年修订时增加了地图、图表等客体,法院也同样对其采取较为自由的解释。<sup>[28]</sup>例如,印刷的一份乐谱(即音乐作品)并不是传统意义上的书籍,但仍然以“书籍”名义得到保护。著名的曼斯菲尔德(Mansfield)法官在1777年审理的“巴什诉朗文(Bach v. Longman)案”中认为,“音乐是科学,它可被书写,是通过标识和符号来表达思想的模型”,故音乐应受法律保护。<sup>[29]</sup>该案的特殊之处在于,法官认为《安妮法》使用的“书籍和其他写作(other writings)”这一术语具有更广的含义,它不限于语言。但是,“其他写作”仅出现在《安妮法》的序言中,具体条款未有任何地方提及该术语。<sup>[30]</sup>类似情况也发生在美国,例如电影作品是首先由法院确认的,法院认为“摄影作品具有足够的解释空间,可以包括动态图片(即电影)的保护”。“随后,美国国会通过立法的方式增订了电影及幻灯片这一版权客体,以确保该新兴产业中的创作具有受保护的资格。”<sup>[31]</sup>有意思的是,摄影作品也是先由法院确认,此后才通过立法修订的方式予以明确。<sup>[32]</sup>

抽象意义上的作品概念始于判例与理论,而非立法。将文学产权作为概括“思想的特定表达”之术语首先为法官和理论界所采纳,在英国1769年“米勒诉泰勒案”(Millar v. Taylor)中,曼斯菲尔德法官首次界定了版权法上文学产权的概念。<sup>[33]</sup>最初,英国通过单行立法来保护书籍之外的客体,如印花布设计和花边图案。英国的这些单行立法最终被1911年《版权法》整合为一部法律;受保护的客体被概括为“文字、音乐、戏剧和艺术作品”,这进一步促成了抽象意义上的作品概念之出现,“用于涵盖一切受保护的表达形式”,<sup>[34]</sup>并部分影响了欧洲大陆法以及国际条约的术语选择。<sup>[35]</sup>1886年缔结的《伯尔尼公约》采用了“文学艺术作品”的概念,它

[27] 刘银良,见前注〔6〕,第135页。

[28] See Pamela Samuelson, “Evolving Conceptions of Copyright Subject Matter”, *Pittsburgh Law Review*, Vol. 78, No. 1, 2016, p. 23.

[29] See Yin Harn Lee, “The Persistence of the Text: The Concept of the Work in Copyright Law-Part I”, *Intellectual Property Quarterly*, Vol. 2018, No. 1, 2018, p. 28.

[30] *Ibid.*, pp. 28—29.

[31] Samuelson, *supra* note 28, p. 26.

[32] 参见梁志文:“摄影作品的独创性及其版权保护”,《法学》2014年第6期,第32页。

[33] Lee, *supra* note 29, pp. 27—28.

[34] Jonathan Griffiths, “Dematerialization, Pragmatism and the European Copyright Revolution”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 33, No. 4, 2013, p. 769.

[35] Samuelson, *supra* note 28, pp. 23—24. 更准确地说,“literary”应翻译为“文字”,而非“文学”,前者的保护范围要宽很多。但基于“《保护文学艺术作品伯尔尼公约》”这一约定俗成的翻译原因,此处仍翻译为“文学”。

涵盖了所有类型的作品,如图书、宣传册、戏剧、舞蹈以及实用艺术品。随后,它逐渐成为世界各国广为接受的版权客体概念,成为当代版权制度的基本构成部件。<sup>[36]</sup>

美国1909年《版权法》之前的法律在界定其保护客体时也使用非常具体的概念,仅包括图书、地图、图表、音乐曲谱、印刷物和雕版印刷品,这既使得新出现的表达形式(如摄影作品、电影作品)难以为这些明确列举的清单所涵盖,也使得已有的一些表达形式(如雕塑)不合理地被排除出客体之外。<sup>[37]</sup>立法者需要频频修法才能满足版权保护的实际需求,疲于应付的立法者改变了版权法的起草策略,更具弹性或包容性的法律概念开始出现,并逐渐取代过去这些封闭式的列举清单。很明显,立法者采用抽象的作品概念,本质上是授权法院在具体案件中对其可版权客体的地位进行评价,体现了立法者授予法院认定作品类型的权力。

作品概念的抽象化是通过两条路径实现的:

第一,为具体列举的作品类型创设抽象的上位概念——“作品”。美国1909年《版权法》试图在具体列举的作品清单之前进行抽象概括,该法第4条规定:“本法保护的作品应包括作者所有的写作(all the writings)。”很明显,“写作”的术语脱胎于文字作品的历史遗迹,但体现了立法者试图抽象出上位概念“作品”的意图。然而,它仍然具有局限性。例如,作为最古老的一种艺术形式,舞蹈被认为缺乏标准标注体系来记录舞步,故不能被视为作者的写作。虽然具有情节或戏剧性的舞蹈归入戏剧作品而得到保护,但大多数舞蹈并不具有戏剧性。<sup>[38]</sup>最终,美国1976年《版权法》摆脱了该束缚,使用了“创作作品”(works of authorship)的概念,具有两方面的重要作用,一是为舞蹈等表达形式纳入法定客体提供了依据;二是具有一定程度的开放性。“创作作品”这一开放式术语以及跟随使用的“包括”(including)一词均表明:作品具体类型的列举是“示例性而非限制性的”,它可以涵盖美国《版权法》第102(a)条列举清单之外的作品类型。<sup>[39]</sup>

抽象的作品概念为大陆法系国家普遍采用,其典型立法范式是“一般的作品定义+示例性作品目录”,如法国《知识产权法典》第L112-1条规定:“作品是人类的精神创作”;第L112-2条则开放式地列举了典型的作品类型。德国《著作权法》也相类似,第2条第1款列举的具体作品类型被明确属于示例性的,因为法律使用了“insbesondere”(特别的)的限定;第2款规定的是作品的一般概念:“受本法保护的作品仅指个性化的精神创作。”我国《著作权法》第3条在列举作品类型之前明确界定了何谓“作品”,它与该条第9项、《著作权法实施条例》第4条对作品法定类型的详细规定构成完整的开放式规范。

第二,法律所规定的具体作品类型呈现出抽象概括的特点。这体现为如下两个重要且具有相互影响的立法技术:非物质化与技术中立。

版权法对具体作品类型的规定经历了从具体到抽象、从有形载体到无形性的过程,体现了

[36] See Lee, *supra* note 29, p. 23.

[37] See Reese, *supra* note 20, pp. 1512-1513.

[38] See Samuelson, *supra* note 28, p. 47.

[39] See Reese, *supra* note 20, p. 1499.

法律对作品类型的界定摆脱物质载体束缚的非物质化发展趋势。例如,现代版权法上的文字作品滥觞于“书籍”,但相比于过去明确列举书籍具体载体(如图书、宣传册、公报等)的做法,术语“文字作品”抽离了具体有形载体的要件,落脚于文本形式,其所涵盖的范围自然就宽泛很多。作品类型界定的抽象化、非物质化发展趋势使其具有一定的弹性空间,它属于立法者使用的重要立法技术,也是法院有权进行扩张解释的法律依据。

从宏观来看,这一非物质化的发展进程是加强版权保护的必然产物。以英国法为例,最初对书籍的保护仅限于出版、再版与复制件的发行,随后开始区分作为物权的作品载体与作为版权客体的无形实体,并且版权保护范围逐渐延伸到部分复制(摘录)、翻译、改编等情形。在法律上,文本逐渐取代书籍成为版权保护的客体,<sup>[40]</sup>英国法随即又用“实质性部分”概念来保护作品的情节等非文字性部分。此时,“出于版权扩张保护的正当性解释,法律开始不得不将客体解释成具有非物质化的本质属性,它能涵盖变化的不同具体形式,同时又具有可识别性”。<sup>[41]</sup>自此,作品的无形属性开始成为《版权法》下权利属性与客体范围的基本特征,从作品类型、保护门槛标准到侵权判断依据,无一不体现了非物质化的趋势。<sup>[42]</sup>

版权法对作品类型的界定遵循技术中立的基本原则。版权法是传播技术的产物,它随着传播技术的发展而不断发展。在技术急速进步的时代,立法者通过不断更新法律来适应表达技术的发展是不现实的,技术中立原则就是解决法律滞后性的立法技术。对作品类型界定的非物质化特征在本质上就是技术中立原则的重要体现。将作品的界定从作品的物质载体中抽离出来的立法技术,即媒介中立。仍以文字作品为例,传统版权法保护的书籍是以纸质媒介为载体的界定方式,而文字作品则是将版权客体从记录媒介中分离出来,从而转向以文本为保护对象,避免了立法者在面临新的记录媒介时需要不断修改法律之困境。譬如,网页或光盘等载体记录的文字作品,明显不同于传统的书籍,但符合“小说、诗词、散文、论文等以文字形式表现的作品”这一定义。

技术中立原则还体现为将作品从其创作的具体技术手段中抽离出来,仅落脚于最终的表达形式,而非强调其创作时所依赖的技术手段,因为后者会随着技术的发展而不断变化,但为公众带来愉悦、审美或信息的表达形式在一定历史时期内具有稳定性。美国《版权法》对视听作品的界定典型地体现了抽离创作技术手段的立法技术,其第 101 条的定义为:“视听作品是指一系列关联画面,以器械或装置(如放映机、投影仪或电子装置)与其配音(如有声音的话)一起播放,而不考虑其载体性质(如胶片或磁带等)。”<sup>[43]</sup>该定义的标准特征是“系列关联画面”(series of related images),其主要要素是“用于播放”,以及可变特征“伴音”,播放设备或物质载体仅属于示例性规定,也属可变特征。视听作品是摄制技术的产物,但该定义根本未曾涉及

[40] See Lee, *supra* note 29, p. 28.

[41] Griffiths, *supra* note 34, p. 770.

[42] See Griffiths, *supra* note 34, pp. 767—768.

[43] 17 U.S.C. § 101.



到作品的创作技术,而落脚于最终的表达形式——系列关联画面。

抽象的作品概念和作品类型概念通过技术中立原则为利用新技术创作的表达形式提供保护工具,立法者也无需频频修法来保护那些“创作作品概念中未曾界定的类型,避免了法律被冻结于特定时刻的技术”;这被认为是美国自1976年《版权法》制定后,四十余年来在版权客体领域未遇到特别疑难问题的原因之所在。<sup>[44]</sup>

#### 四、作品法定类型的漏洞识别

抽象概括的作品类型概念使得法院可以通过法律解释来保护非典型作品。除此之外,版权法存在的法律漏洞也是非典型作品受保护的重要原因。一般认为,法律必有漏洞,法院有填补法律漏洞的权限;而法官进行法的续造,不仅在于填补法律漏洞,更在于采纳乃至发展一些在法律中隐含的新的法律思想。<sup>[45]</sup> 法律漏洞是“法律体系上之违反计划的不圆满状态”,乃成文法规定的“过犹不及”。它包括两种类型:“法条漏洞”是法律体系具备“不及”之特征,“规范漏洞”则属规范得“太多”之特征。<sup>[46]</sup> 法律解释与法律漏洞填补是法律适用中同一思考过程的不同阶段,均是从成文法可能的字义范围出发。在立法者原本计划目的范围之内而超越字义范围的解释活动,为法律内的法的续造;如果需要在整体法秩序的基本原则范围内超越字义范围,则称之为超越法律的法的续造。<sup>[47]</sup>

我国著作权法对作品类型化的规定存在立法技术上的一些局限:第一,作品分类过细,这意味着法律规定的作品类型化程度不高,难以涵盖全部的作品种类,存在“不及”的特征,即法条漏洞。《著作权法》第3条在“符合作品特征的其他智力成果”之外,分八款列举了十四类作品,明显体现了抽象化程度不高的现实情况。如英国法规定的作品类型包括文字、戏剧、音乐、艺术作品以及电影;<sup>[48]</sup>而每类作品下又列举一些更为具体的作品清单,如“艺术作品”这一上位概念包括“绘画作品、照片、雕刻或拼贴画”“建筑作品”和“工艺美术作品”。<sup>[49]</sup>从法律文本来,它规定的具体作品类型也是采用“一般界定+具体列举”的立法技术,具有抽象概括性。第二,著作权法对作品类型的具体界定未能贯彻技术中立原则,规定了作品的非必要特征,属于规范“过多”之情形,存在规范漏洞。以我国《著作权法实施条例》第4条第11款所界定的视听作品为例,其定义不仅包括最终的表现形式,即“有伴音或无伴音的连续画面”;而且还包括了具体的创作手段或技术,即“摄制在一定介质上”。“摄制”体现了电影工业的主要创作技术,

[44] Reese, *supra* note 20, pp. 1516-1517.

[45] 参见(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第246页。

[46] 参见黄立:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第293页。

[47] 同上注。

[48] 英国法也保护表演者、录制品、广播等邻接权客体。

[49] CDPA(1988) of UK, Art. 4(1), from <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/Section/4>, last visited on 21 April 2021.

但明显滞后于创作技术的发展。<sup>[50]</sup> 这导致电子游戏动态画面等表现形式难以符合视听作品的定义,即使其表达形式与视听作品相同。<sup>[51]</sup>

因此,在著作权法上作品类型化不足的背景下,法院不仅需要从作品法定类型的本质属性把握著作权法保护的作品范围,而且也需要借助于作品的抽象概念来填补法定类型列举的不足,保护具有原创性的表达形式,而不是拘泥于法律文本的字面意义。例如,电子游戏动态画面或音乐喷泉都不属于典型的作品类型,不同于“电影、电视”抑或“绘画、书法、雕塑”等在著作权法上有明文列举的作品类型。从法律适用的角度来看,电子游戏动态画面不属于通过“摄制在一定介质上”而制作的作品,它可以作为“类电作品”(即类似摄制电影方法创作的作品)得到保护,<sup>[52]</sup>与将音乐喷泉视为“美术作品”受保护在法律推理上是一样的:法院都突破了成文法的明确规定而进行了法律类推,属于法律漏洞的填补。至于音乐喷泉是美术作品还是“类电作品”,抑或是“其他作品”,则属于法律类推的技术问题。当然,可以更进一步探讨的问题是:音乐喷泉是否属于法院可以类推适用的范围?或者说,未明确列举的音乐喷泉属于著作权法上客体规则的法律漏洞吗?质言之,反对将音乐喷泉作为作品受保护的观点,是认为其不属于著作权法的法律漏洞,但电子游戏动态画面却是的。

一般认为,只有当法律有漏洞存在时,法官才有法的续造之权限,<sup>[53]</sup>其界限即在于法律规则的不圆满违反了计划性。即,开放式立法模式下“符合作品特征的其他智力成果”这一条款的适用,其前提仍在于作品法定类型的规定存在法律漏洞。法律漏洞不同于有意义的沉默与法政策错误。前者主要是指法律对某些事项保持沉默属于立法者有意沉默的事项,它包括法外空间和反面解释等,自然不存在法律漏洞。<sup>[54]</sup>法政策错误是指立法者先前作出的决定(如将某一事项视为法外空间)因技术、经济及社会政策的变化而被证实是错误的。一般认为,它不属于法律漏洞,只有新的立法才能予以修正。<sup>[55]</sup>那么,未被明确纳入客体类型的音乐喷泉是否属于上述情形呢?

在我国著作权法、绝大多数国家的著作权法乃至《伯尔尼公约》等国际条约制定之前,音乐喷泉即已存在,<sup>[56]</sup>但所有著作权法的作品类型均未明确规定。这一事实是否排除法院将其认定为版权客体?首先,就我国著作权法而言,其制定过程并无立法资料表明,其曾经基于公共政策而明确将某类智力成果(如音乐喷泉)排除出版权客体。因此,它不存在“法政策错误”

[50] 依据《现代汉语词典(第七版)》的释义,“摄制”是指“拍摄并制作”。当然,从字义上看,“摄制”也可分拆成“摄”和“制”,但单纯的“摄”不足以完成一部电影,还必须通过对拍摄的画面进行剪辑(即“制”)才能完成一部电影,传统的动画片也是通过摄制的方式制作完成的。

[51] 参见卢海君:“‘电影作品’定义之反思与重构”,《知识产权》2011年第6期,第20页;王迁:“‘电影作品’的重新定义及其权利归属与行使规则的完善”,《法学》2008年第4期,第84—85页。

[52] 参见王迁、袁锋:“论网络游戏整体画面的作品定性”,《中国版权》2016年第4期,第19—24页。

[53] 参见拉伦茨,见前注[45],第247页。

[54] 参见黄立,见前注[46],第330—333页。

[55] 参见拉伦茨,见前注[45],第252页。

[56] 参见王迁,见前注[5],第21页。

的情形。其次,从《著作权法》第3条及《著作权法实施条例》第4条所列举的具体类型来看,立法者已经认识到两种情况会导致列举作品类型的具体规定具有不圆满性,并产生违反计划性的后果。一是新的表达形式会随着科学技术的发展而出现;二是政策变化将使得著作权法纳入新的客体类型。立法资料还表明,第三次修订之前的《著作权法》之所以在“其他作品”前用“法律、行政法规规定”来限制,目的是保证法制的统一,而不是封闭作品的具体类型。<sup>[57]</sup>但是,关于作品类型因应法律政策变化而调整的权力应专属于立法者,故只能由“法律”来规定。

事实上,我国著作权法上“有意义的沉默”主要为“反面解释”,即根据《著作权法》第3条“作品”定义的规定,<sup>[58]</sup>著作权法上的作品即是“表达形式”。作为受版权保护的表达,通常为“思想表达二分法”原则所界定,如《与贸易有关的知识产权协议》第9(2)条等。尽管它并未为中国现行著作权法所明确规定,但作为公认的法律原则,理所当然成为作品类型界定的基本前提。依据“思想表达二分法”,不受保护的思想、事实、功能性智力成果才属于著作权法上“有意义的沉默”。

从本质上讲,许多争议的本质不是作品类型问题,而是该智力成果是否属于著作权法上受保护的表达。这不仅体现于中国法上音乐喷泉引发的作品类型争议,也体现为欧洲大陆法上发生的香水气味和食品味道的可版权性争议。“香水气味和食品味道案”被认为体现了欧陆开放式立法的负面影响。“保护的灵活性和综合性以牺牲一致性为代价,特别是智力成果不适合纳入版权范围的情况下”,<sup>[59]</sup>承认香水的可版权性突破了版权与其他知识产权客体的界限。荷兰最高法院承认兰蔻香水的作品地位固然与开放式立法的弊端有关,但批评者已指出其根本原因在于法院并未真正理解作品的具体范围,1912年荷兰《版权法》只保护“人类五个感官中的视觉与听觉可察觉的智力作品”。<sup>[60]</sup>或者说,荷兰最高法院对“有意义的沉默”产生了误解,特别是其后审理的“Technip Benelux BV v. Arier Gerhard Goossens案”更是认可“动力学计划方案”的作品地位,被批评者认为其违背了“思想表达二分法”,对数学概念给予了版权保护。<sup>[61]</sup>而且,荷兰法院的做法并不具有典型性。例如,尽管法国巴黎上诉法院两次以相同理由认可香水气味可作为作品得到版权保护,但该判决均被法国最高法院撤销,其理由大致是基于“思想表达二分法”或功能性原则:“香水气味仅是应用技术诀窍的结果,……它不能被视为一种创作而成的、能从著作权保护中受益的表达形式。”<sup>[62]</sup>

欧盟法院在2018年底判决的“奶酪味道案”明确了在开放式立法下作品范围界定的方法,或者说,明确了作品类型法律漏洞的判断标准。该案原告援引“香水版权案”主张奶酪味道的

[57] 参见胡康生主编:《中华人民共和国著作权法释义》,法律出版社2002年版,第21页。

[58] 立法者认为,创作是通过一定表现形式将无形的思想表达出来,使他人通过感官能感觉其存在。同上注,第14页。

[59] 阿普林,见前注[10],第49页。

[60] 阿普林,见前注[10],第50页。

[61] 阿普林,见前注[10],第50页。

[62] 王迁,见前注[5],第17页。作者指出,“该判决的结果当然是正确的,但理由缺乏说服力”。

版权,荷兰法院请求欧盟法院就“欧盟法是否排除了食品味道可版权性”的三个关联问题进行裁决:欧盟成员须遵守的《伯尔尼公约》上的文学艺术作品,是否仅限于视觉和/或听觉所感知的智力创作?食品的不稳定性和/或味道体验的主观性属于否定其版权保护的理据吗?以及《信息社会版权与相关权协调指令》(2001/29/EC)第2至5条的规定是否排除食品味道的版权保护?〔63〕欧盟法院审理后认为,版权客体在满足“作者自己的智力创作”这一独创性标准之外,〔64〕还必须属于《指令》中“作品”意义下作者自己智力创作的“表达”。法院通过对一系列国际条约的解释后,强调版权保护可及于表达,但不及于思想、程序、操作方法或数学概念本身。〔65〕在此基础上,法院认为版权保护客体须以足够准确、客观的可识别的方式表达出来,即使该表达不必以永久形式存在。〔66〕其理由主要有二:清晰、准确地确定版权客体是保护相关主体利益的需要;版权客体确定方法中的主观因素会损害法律确定性。〔67〕据此,欧盟法院认为食品味道不属于版权客体。

很明显,欧盟法院对该案的判决受到欧盟法官提供的法律意见影响,但在具体论证时具有重大区别。法院回避了作品是否仅指通过视觉、听觉感知的表达形式这一问题,而法官则是从《伯尔尼公约》列举的作品清单中找到其共同特征——以视觉、听觉感知的表达形式,而味觉、嗅觉与触觉感知则并不是。质言之,法官认为作品清单所具有的共同特征是隐藏的作品条件,而法院认为只有独创性与客观识别性才是具有实际意义的客体条件,从而为未来技术条件下其他感官可感知的表达形式提供了开放空间。〔68〕

作品是将“来源于人的思想或者情感内容予以公布,并使作品的受众以某种方式能够感知到”,即“必须采取一定的形式,使得他人能够被感知”。〔69〕或者说,作品一方面必须要具有某种思想或美学方面的精神内容,另一方面须通过被他人所感知的方式表现出来。〔70〕味道、气味是一种化学方法的结果,而非被表达的客体,它也无法体现出思想或情感内容。因此,即使著作权法未明确排除食品味道、香水气味的作品属性,它也不是著作权法存在的法律漏洞,其原因是它们不属于著作权法保护的表达,而不是难以被归入任何一种法定作品类型。将香水气味、食品味道作为作品保护,是法院错误地将“有意义的沉默”当作了法律漏洞。

我国法院在大多数案件中援引《著作权法实施条例》第2条(即《著作权法》(2020)第3条第1款)来确定版权客体,这是因为大多数案件都属于典型的作品类型,况且只有在极少数情

〔63〕 See Case 310/17, *Levola Hengelo BV v. Smilde Foods BV* ECLI:EU:C:2018:618 (*Levola, CJEU*), para. 25.

〔64〕 *Ibid.*, para. 36.

〔65〕 *Supra* note 63, para. 37–39.

〔66〕 *Supra* note 63, para. 40.

〔67〕 *Supra* note 63, para. 41.

〔68〕 See Jani McCutcheon, “*Levola Hengelo BV v Smilde Foods BV: The Hard Work of Defining a Copyright Work*”, *Modern Law Review*, Vol. 82, No. 5, 2019, p. 944.

〔69〕 亚斯莱特,见前注〔18〕,第25页。

〔70〕 参见(德)M·雷炳德:《著作权法》,张恩民译,法律出版社2005年版,第113–114页。

况下,作品类型的识别才具有法律意义。如果作品法定类型是版权客体的必备条件,则法院就不得明确其作品类型,否则会面临法律论证的逻辑缺失。从本质上讲,这是将作品法定类型之外的任何智力成果均视为法律上的“有意义的沉默”,不承认作品类型的法律存在漏洞之可能。如果严格坚持这一观点,则不仅音乐喷泉不能得到保护,视听作品也同样只有通过法律修订的方式才能涵盖电子游戏动态画面。因此,从作品类型法定角度来质疑音乐喷泉可版权性的观点,与其说是质疑音乐喷泉美术作品的地位,毋宁说主张它属于著作权法上的法外空间。但事实上,著作权法上“有意义的沉默”应该仅指表达的反面——不受保护的思想、程序、操作方法或数学概念本身等。质言之,漏洞识别的主要方法是通过“思想表达二分法”来划定著作权法上“有意义的沉默”,只要属于著作权法上的表达,它就是受保护的作品;如果争议中的表达未落入著作权法明确列举的作品类型之内,即存在法律漏洞。

## 五、作品法定类型的漏洞填补

版权客体为表达形式,而不是思想。当某一表达形式未能为作品法定类型所涵摄时,即已存在法律漏洞。如何填补法律漏洞?依据性质不同的法律漏洞,法学方法论上有着成熟的漏洞填补方法。而作品法定类型漏洞的填补,应从一般意义上的作品抽象概念出发,依据不同性质的法律漏洞而采取合适的填补方法。

### (一)法律漏洞的不同类型应采不同的填补方法

虽然法律漏洞的识别及填补基于同一考量,但两者在逻辑上具有先后关系。<sup>[71]</sup>法律漏洞的填补方法主要包括类推适用、目的性限缩、目的性扩张及创造性补充。前两者所依据的法理是平等原则,包括“相同案件、相同处理”(类推适用)与“不同案件、不同处理”(目的性限缩)。目的性扩张所依据的法理是立法旨意或规范目的,根据立法旨意将并无类似性的规范扩张至待处理的案件事实。创造性补充依据的是法理念与事物的本质(事理),其无实证法上可供援引的具体规则。<sup>[72]</sup>

法律漏洞的填补属于法官从事法的续造或法律补充,其具体方法依据法律漏洞是隐藏式还是开放式的不同而有所区别。<sup>[73]</sup>隐藏式漏洞是指法律明文规定的规则未曾考虑到案件事实的特性,进而导致适用该规则时并不适宜;而开放式漏洞是指法律欠缺本应规定的法律规则时所形成的漏洞。著作权法上的法律漏洞大都属于因技术、经济的演变而产生新的法律问题时所导致的嗣后漏洞。这些漏洞包括隐藏式漏洞,如复制权诞生于传统传播技术时代,新技术

[71] 参见拉伦茨,见前注[45],第276页。

[72] 参见黄立,见前注[46],第392—393页;杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第145—146页。

[73] 开放式漏洞的填补方法包括类推适用、回归法律所包含的原则以及或事物的本质等。隐藏式漏洞的填补方法主要从法律字义出发之目的性限缩与目的性扩张。参见拉伦茨,见前注[45],第258、267页。

条件下转录文字作品的朗诵或音乐于录音带,<sup>[74]</sup>或者网站提供的有声读物,<sup>[75]</sup>此等行为亦应构成作品的复制。嗣后漏洞也包括开放式漏洞,譬如,网络游戏及其相关的构成要素是否构成作品,以及属于何种类型的作品,<sup>[76]</sup>属于版权法制定时立法者未曾预见的新技术产物。在美国版权法上,它还面临额外的法律问题:游戏玩家每次运行游戏时会产生不同的展示场景,这是否满足“固定”要求?<sup>[77]</sup>

隐藏式漏洞主要以目的性限缩来填补。目的性限缩与目的性扩张类似,均属于法律规范的字义所适用的案件事实与立法旨意不符的情形,其字义太宽,将不应适用的事实包含在内,属目的性限缩的漏洞填补方法;反之,则属目的性扩张。在版权案件中,这两类漏洞填补方法较为常见。例如,我国《著作权法》第35条第2款规定的法定许可转载之对象为“作品”,其构成要件有三:一是作品已经刊登,二是著作权人未声明不得转载,三是按照规定向著作权人支付报酬。法律对“作品”未予任何限制,这意味着无论何种作品,报刊都可转载或摘编。显然,这不符合设立该款的立法目的,因此,法院认为,篇幅较长、能够独立成书的小说不应当包括在法定许可的范围之内,否则不利于对著作权的保护。<sup>[78]</sup>这是成功运用目的性限缩的漏洞填补方法。<sup>[79]</sup>中国法上视听作品的定义规定了“摄制在一定介质上”的构成要件,在法律文义上排除了不是以摄制的方式制作的连续画面,如电子游戏活动画面等。根据立法旨意,电子游戏活动画面与法律文义所涵盖的类型(即以摄制方式创作的电影)符合相同的规范目的,故应包括在视听作品的范围之内,以完成其漏洞填补。此为目的性扩张的漏洞填补方法。

类推适用是开放式漏洞填补的重要方法,它将法律针对某一对象所规定之构成要件转用于应作相同评价的类似案件事实,包括个别类推与整体类推两种情形。前者是将某一法律规范准用于其他类似的案件事实,后者是将从多数法律规定中得出的一般法律原则适用于法律未予规定的其他案件事实。<sup>[80]</sup>例如,对版权客体范围持不同立场的观点都援引《伯尔尼公约》第2(1)条的权威规定,但指望其能够处理所有的争议问题,“就如同期望在19世纪没有水晶球这样工具的情况下,却要以21世纪的透镜技术来审视”。<sup>[81]</sup>因此,它需要类推适用等漏洞填补方法。在前述欧盟“食品味道案”中,法务官提供的法律意见即通过整体类推的方式认为奶酪味道不属于版权客体的范畴,其理由是:尽管《伯尔尼公约》第2(1)条保护的表达形式

[74] 参见拉伦茨,见前注[45],第256页。

[75] 参见张书青:“‘有声读物’涉著作权若干问题浅析”,《法律适用·司法案例》2018年第22期,第68—76页。

[76] 有学者指出作品的法定类型不应成为版权客体的判断条件,参见熊文聪:“从网络游戏纠纷看‘作品’的法律界定”,《中国娱乐法评论》2019年卷第1期,第70—72页。

[77] See Reese, *supra* note 20, p. 1516.

[78] 参见张承志诉世纪互联通讯技术有限公司侵犯著作权纠纷案,《最高人民法院公报》2000年第1期,第28—31页。我国《著作权法》经历了三次修订,但该规定并没有变动。

[79] 参见梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2003年版,第168页。

[80] 参见拉伦茨,见前注[45],第258、276页。

[81] McCutcheon, *supra* note 68, p. 943.

是“科学和文学艺术领域内的一切产品(production),不论其表现方式或形式如何”,但其后具体列举的作品类型的共同特征是“仅限于人类能够通过视觉或听觉理解的表达形式,排除了通过其他感官(如味觉、嗅觉或触觉)能感知的产品”。〔82〕

各种漏洞填补方法常常在类推适用的名义下作为补充法律的方法,特别是整体类推,其本质是发现被援引的个别规定背后之“共通的法律理由”或“事理”,并将其一般化。故其正确适用取决于“其事实上是否确可一般化,以及可否因特定事件类型的特性而有不同的评价”。〔83〕或者说,类推等法律漏洞填补方法是否正确,还在于法院有没有正确发现法律的一般原理。例如,通过对国际条约、各国立法上具体列举的版权客体类型进行分析,发现作品的共同特征是人类能够通过视觉或听觉理解的表达形式。这一发现是否成立,对于漏洞填补方法的正确适用具有决定性的意义。从这一点来看,质疑作品类型“兜底条款”的学者,可能并不反对法律漏洞的填补,而是对漏洞填补方法有争议,因为“作品概念或类型化的作品概念具有开放性,可涵盖文学、科学或艺术领域的作品”,“音乐喷泉所要保护的对象是喷泉在特定音乐配合下形成的喷射表演效果、具有美感的独特视觉效果”,本质是“该音乐作品的表演效果”,〔84〕类推美术作品并无必要;或是认为,将音乐喷泉归入美术作品的做法有违立法旨意,既不利于版权法“明晰权利界限、维护交易安全”的价值趣旨,也可能“导致我国与其他《伯尔尼公约》成员国在保护义务方面的不对等”。〔85〕质言之,“喷泉音乐案”的法律类推违背了漏洞填补时须遵循的立法旨意或规范目的。

## (二)法律漏洞填补方法在作品类型认定中的运用

事理(“事物的本质”)或法理念是法官从事法的续造之主要依据。因此,探究作品法定类型的事理或其体现的法理念,是解决上述争议的关键所在。大体上,它应该依三步法来适用其事理或法理念。

第一步,确定抽象概念上的作品之事理。探究作品之事理,其本质在于它是否符合著作权法的公共政策目标,或者说,将新的表达形式纳入版权客体所必须回答的问题是:它是否有益于“作品的创作和传播”,以及能否促进“文化和科学事业的发展与繁荣”?各种表达或艺术形式的创新是创作自由的产物,体现了著作权法鼓励创作的立法目标,有益于社会文化的发展与繁荣。如果因为新作品归不到旧类型中而不予保护,无异于削足适履,它不同于版权新权项的扩张,作品数量的增加不仅不会影响社会进步,反而有益于社会公共利益保护,如果慎重把握作品性(独创性等)判断,就可以“避免把不符合作品要件的对象纳入著作权的保护范围”。〔86〕

〔82〕 The Opinion of Advocate General M. Melchior Wathelet (Levola, AG), para. 51, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204426&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=775332>, last visited on 3 April 2021.

〔83〕 拉伦茨,见前注〔45〕,第262页。

〔84〕 刘银良,见前注〔6〕,第121页。

〔85〕 王迁,见前注〔5〕,第10、15页。

〔86〕 参见李琛,见前注〔7〕,第4页。

作品的本质是表达,而表达具有面向读者、听众、观众等受众(以下概称“读者”)传播创作内容的共性特征。著作权法是传播技术的产物,受版权法保护的作品必须体现出人际传播的特点。面向人类读者传递作者的情感或信息,这是所有法定作品类型所具有的共性特征。“作品必须向人类读者传递信息,无论是思想、创意、事实、图像还是外观(appearance),这是其能够促进科学以及广义上的知识和文化进步的原因和手段。”〔87〕

不能够客观、充分地向人类读者传播创作内容的智力成果,不构成作品。例如,文字作品为版权法明文规定的作品类型,但以文字形式呈现的所有智力成果是否都可以构成作品?答案应该是否定的。无法客观、充分传播情感或信息的文字,如生造的单个词汇或短语不受版权保护,其原因不是该智力成果不具有独创性,而是其无法充分传播情感或信息。〔88〕著作权法上明文列举的典型作品均是从人类的听觉、视觉这两种感知方式进行传播。尽管这不能否定通过人类其他感官(如嗅觉、触觉、味觉等)感知的方式创作作品,但在现有传播技术的情况下,它尚无法促进信息或情感的有效传播,也无法成为版权法保护的表达形式。

第二步,确定作品法定类型的属性。根据我国《著作权法实施条例》第4条,作品法定类型的界定方法主要考虑三项特征:表达形式、用途(或意图)和创作手段。例如,文字作品、舞蹈作品、美术作品等以表达形式为依据,分别为“文字形式”“连续的动作、姿势、表情等”“以线条、色彩或者其他方式构成……的造型艺术”。音乐作品、戏剧作品则以用途为标准,分别为“能够演唱或者演奏”“供舞台演出”。而曲艺作品则两者兼具,即“以说唱为主要形式表演”。摄影作品、视听作品则强调了创作的技术手段,即“借助器械在感光材料或者其他介质上记录”“摄制在一定介质上”。

在构成法定作品类型定义的要素中,根据其属性可以分为标准特征、可变特征和否定特征。标准特征是指决定其能否成为该类型作品的特征,可变特征是不影响能否成为该类作品、但属于典型的特征,否定特征是指确定不能成为该类作品的特征。〔89〕“尽管标准特征、可变特征和否定特征的界限常常不甚清晰,但大多数情形还是明确的。以绘画为例,作品的平面性和符号的非动画性是标准特征,形状和色彩是可变特征,但突出的三维物体属于否定特征。”〔90〕有些作品的形式特征具有交叉与重合,如文字作品和戏剧作品在形式上都以文字形式体现,但“供舞台演出”是戏剧作品的标准特征。如果情节是戏剧作品的标准特征,则音乐剧属于戏剧作品,而不是音乐作品。

然而,有时候区分作品类型并不容易,特别是著作权法对作品类型界定遵循传统艺术理论,但争议案件涉及当代艺术形式,就可能产生作品属性的争议。例如,美术作品属于造型艺

〔87〕 Samuelson, *supra* note 28, p. 57. 该文提出了五项基本准则来判断非典型作品的可版权性:经济重要性、法律匹配性、环境(技术)变迁性、创作属性以及人际传播性。

〔88〕 这大体上类似于英国法的观点,不同于德国等大陆法的观点。

〔89〕 See Justine Pila, “Copyright and Its Categories of Original Works”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 30, No. 2, 2010, pp. 247-248.

〔90〕 *Ibid.*, p. 248.



术,它通常的表现形式为平面或立体,静态造型是其标准特征,动态性是其否定特征;平面或立体是其可变特征,但属于绘画与雕塑的标准特征。行为艺术、景观设计等概念艺术是后现代艺术的重要组成部分,被认为属于动态造型艺术,而传统上的动态造型艺术仅指舞蹈。“音乐喷泉案”中有音乐伴奏的喷泉喷射场景能否归入美术作品,关键在于其动态性的法律意义。

第三步,非典型作品的漏洞补充。法定类型之外的作品包括三种:立法者曾经否定的作品类型、未置可否的作品类型和未曾预料到的作品类型。第一种明显属于有意义的沉默,不存在法律漏洞;后两者则需要确定其构成法律漏洞后进行漏洞填补,其具体方法包括类推适用、分解适用以及特殊情况下的整体类推。

类推适用是将作品类型的法律具体规定适用于争议作品,其正确与否取决于对作品的标准特征、否定特征和可变特征之综合判断。将电子游戏活动画面归入视听作品的范畴,其前提是将连续画面作为视听作品的标准特征,静态画面是其否定特征,而摄制技术则是可变特征。体育赛事直播画面能否作为视听作品得到保护,其争议焦点之一是“固定”要件(即“摄制在一定介质上”),即该要件是否属于视听作品的标准特征。<sup>[91]</sup>当然,即使承认体育赛事直播画面符合视听作品的标准特征(即“由一系列有伴音或者无伴音的画面组成”),也不能肯定其属于受版权保护的作品,因为具有独创性也是版权保护的条件之一。<sup>[92]</sup>汇编作品被认为是我国《著作权法》上作品法定类型的兜底条款,<sup>[93]</sup>也是常用的一种类推适用工具。例如,网页包含了文字、图片、动画等一系列元素,它在整体上难以归入到作品法定类型之中,<sup>[94]</sup>但可以归入汇编作品的名目下得到保护。<sup>[95]</sup>但是,法院是需要明确其汇编作品的属性,还是仅肯定其作品地位即可?持作品类型法定的观点认为应该明确汇编作品的地位。然而,有些新型作品涉及到某些法律争议,用汇编作品作为兜底条款具有一定困难性,这促使法院采用分解适用的方式,而不适用汇编作品的规定。

所谓分解适用,是指将新型作品的构成要素进行分解,然后分门别类进行类推适用。电子游戏作品的构成要素包括软件、文字、音乐、戏剧、图片、视听材料等,它们都落入了法定作品类型之中。法院常常将电子游戏作品的构成要素“归入到受保护的作品具体类型之中,而不是将其解释为‘原创作品’的剩余类型,并进而延伸为未明确列举的表达形式”。<sup>[96]</sup>例如,游戏挂

[91] 赞同构成电影作品的观点,参见万勇:“功能主义解释论视野下的‘电影作品’”,《现代法学》2018年第5期,第98页。该文指出:“在《伯尔尼公约》的框架下,以类似摄制电影的方法表现的作品可以涵盖所谓未固定的电视直播。”

[92] 关于其独创性的争议,参见张新锋:“解释论中体育赛事传播者权益之版权保护”,《现代法学》2019年第6期,第157—161页。

[93] 参见王迁,见前注[5],第10页。

[94] 参见武汉天天同净饮品有限公司与武汉英特科技有限公司网页著作权纠纷案,湖北省高级人民法院(2001)鄂民终字第22号民事判决书。

[95] 参见青岛网星电子商务有限公司诉青岛英网资讯技术有限公司网页著作权纠纷案,山东省青岛市中级人民法院(2002)青民三终字第2号民事判决书。

[96] Reese, supra note 20, p. 1516.

机运行的整体画面构成视听作品,其理由是“著作权……保护创作的结果,即连续动态的影像画面”。〔97〕具有一定审美价值的游戏场景地图被归入示意图等图形作品,理由是它属于“向玩家呈现其预设的特定游戏战术空间构造”,使玩家“具体认知到游戏地图整体以及内在结构和布局”,与图形作品的标准特征相同。〔98〕

然而,法院采纳分解适用的方法有时也难免削足适履。例如,由于有玩家参与,游戏中的各项要素(如图片、音乐、文字等)存在不同的组合,这导致游戏直播画面不同于挂机运行时的整体画面,很难进行具体的侵权比对。如果以单个的图片、音乐等构成元素来比对,则法院会面临成千上万项组合比对对象的困境。将电子游戏作为一项作品来进行整体保护,即可避免上述困境。因此,法院可能选择的做法是,认定涉案游戏整体上构成受版权保护的作品,但不进一步明确其具体的作品类型。这说明整体类推具有重要意义。〔99〕

## 六、结 论

对于非典型作品是否属于版权客体这一问题,即使是坚持作品类型法定的立场,也不能作出绝对否定的回答,其原因在于作品类型的法律规定本身具有弹性空间。这既体现为抽象的作品概念,也源自作品界定时所采纳的非物质化和技术中立的立法技术。著作权法上的法律漏洞也是非典型作品纳入版权客体的基本依据。作品类型抽象规定的适用与法律漏洞的填补具有不同的效果。整体而言,在法律条文字义范围内纳入非典型作品,属于对弹性条款的法律解释。例如,尽管法律并未明确列举“沙堡”这一作品类型,但毫无疑问它应属于美术作品,是立体造型的雕塑。〔100〕法院超出法律字义范围来确认作品地位,则属于法律漏洞的填补。在多数情况下,版权客体争议的本质在于漏洞填补方法;而漏洞填补方法的关键在于准确识别法定作品类型的标准特征、否定特征和可变特征。

这里需要澄清的问题是:客体条件只是版权保护条件之一。在作品类型的理论争议中,人们常常混淆了作品的表达要件与其他版权保护条件(如独创性)之间的关系,特别是“思想表达二分法”、功能性原则等常常被人们所忽略。〔101〕例如,音乐喷泉造型及色彩变换等表现形式是受技术控制的展示效果,单纯模仿该表现形式几乎不可能。因此,实质性相似的喷射效果必然涉及技术的模仿或窃取。非常有趣的是,被评为2016年北京法院知识产权十大创新案例之一的“水幕工程设计图案”与“音乐喷泉案”极其类似,原告主张工程设计图作品的版权,但法院

〔97〕 上海菲狐网络科技有限公司诉深圳侠之谷科技有限公司、广州柏际网络科技有限公司等侵害著作权案,广州互联网法院(2018)粤0192民初1号民事判决书。

〔98〕 参见腾讯公司诉畅游云端公司、英雄互娱公司侵害著作权案,深圳市中级人民法院(2017)粤03民初559号民事判决书。

〔99〕 当然,理想的状况是通过立法修订的方式将日益重要的作品类型(如电子游戏)法定化。

〔100〕 Reese, *supra* note 20, p. 1514.

〔101〕 参见梁志文:“版权法上的功能性原则”,《法学》2019年第7期,第150页。

认为,按图施工属于技术方案、实用功能的实现过程,不受版权保护。<sup>[102]</sup>

最后要指出的是,虽然本文研究的法律适用方法仅限于作品法定类型,但它无疑也可在其他版权制度的法律适用中得以应用,有助于解决诸如著作财产权、合理使用等制度中兜底条款或开放式条款所面临的理论和实践争议。

---

**Abstract:** Different legal construction depends on how works are defined in copyright law from a closed or open catalogue of subject matters. Because of the flexibility in the concept of works and legal loopholes in statutory categories of works, courts shall provide a broad interpretation of statutory categories of works to protect atypical works, except that it is governed by the legal policy exclusive to legislator. Particularly given the abstraction in the concept of works and the legislative technique through technology neutrality and dematerialized essence, atypical works shall be protected through legal interpretation. Legal loopholes in statutory categories of works are derived from the fact that law always follows economic and social development. Therefore, identification of legal loopholes is the premise of loopholes filling. The meaningful silence in copyright law, which is not a legal loophole, refers to the reverse side of expression, such as unprotected idea, process, method and mathematical concept. Legal loopholes in statutory categories of works include hidden loopholes and open loopholes. Methods of filling depend on the nature of different loopholes, and the key is to accurately identify the features of statutory categories of works. It should adopt a classificatory system of standard, variable and contra-standard features of works and it also should adopt three-step method to fill loopholes, which include reasoning by analogy or disintegration analogy to statutory categories of works, and reasoning by ensemble analogy to works concept under certain circumstances.

**Key Words:** Closed-list Statutory Categories of Work; Open-ended Legislation; Technology Neutrality; Legal Loopholes; Expression

---

(责任编辑:杨 明)

---

[102] 参见北京水韵园林景观有限公司诉北京泰和通金典建筑装饰工程有限公司、华联新光百货(北京)有限公司侵犯著作权案,北京市朝阳区人民法院(2015)朝民(知)初字第22682号民事判决书。