

作品类型限定表达范围之反思与超越

朱 冬*

摘 要 在《著作权法》明确采取作品类型开放模式后,仍然存在一种以作品类型限定受保护表达范围的观点。据此,现实生活中的作品需依据表现形式的不同进行拆分,归入法律上不同类型的作品单独进行保护。然而,拆分保护模式可能面临缺乏现实基础、架空改编权、与现有权属规则冲突等问题。表现形式与表达是不同的概念,表现形式仅仅与外在表达有关,与内在表达无关。作品表达具有整体性:作品的表达手段具有多样性,内在表达建立在外在表达基础之上、与之不可分离。特定类型作品定义中的表现形式是对该类作品特征性表达手段的描述。作品类型作为示例性规范,并不具有限定作品表达范围的功能。应当秉持作品表达整体保护观,以被告是否利用了原告作品整体表达的实质部分做为侵权判定标准。上述裁判思路在“游戏换皮”“静态侵权”等类案件中应当得到贯彻。

关键词 作品类型 表现形式 表达 整体保护观 “游戏换皮”

一、问题的提出

关于作品类型的规范意义,近年来学术界热切关注不能纳入法律明确列举之作品类型的智力成果是否应受著作权保护,即作品类型应当封闭还是开放的问题。^{〔1〕}随着2020年《著作权法》修正完成,作品类型开放已经为立法所确认。那些无法纳入法律列举的作品类型,但符合作品特征的智力成果,仍然可以受到《著作权法》的保护。^{〔2〕}至此,关于作品类型规范意

* 厦门大学知识产权研究院副教授。

〔1〕 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—6页;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11—17页;刘银良:“著作权兜底条款的是非与选择”,《法学》2019年第11期,第119—122页。

〔2〕 参见《著作权法》第3条第9项。

义的讨论似乎已经画上了句号。然而,在理论和实践中还存在这样一种观点:对于已经纳入特定类型的具体作品,受保护的表达应以该类作品定义中规定的表现形式所限定者为限。持此类观点者认为,“不同类型作品以不同表达来划分,作品的独创性体现在该作品的表达中,并以此确定作品的著作权范围”。〔3〕例如,根据定义,美术作品中受保护的表达以颜色、色彩、线条及其组合为限;舞蹈作品中受保护的表达以舞蹈动作为限;视听作品中受保护的表达以活动画面为限,等等。上述观点可以概括为:作品类型限定表达范围。

作品类型限定表达范围的认识对著作权侵权认定的基本思路产生了直接影响,近期一些引起学术界和实务界热议的案件亦围绕作品类型是否限定表达范围的问题展开。

就“游戏换皮”类案件是否可以在视听作品项下进行保护的问题,作品类型限定表达范围的观点即被用来作为批评所谓“整体保护模式”的主要依据。例如“太极熊猫案”,法院认为游戏画面属于视听作品,而游戏界面布局和界面内容作为游戏具体玩法规则的特定呈现方式,属于视听作品中应受保护的表达。〔4〕批评观点主张,根据定义,视听作品的著作权人仅能禁止他人对画面本身的利用,将游戏玩法、游戏情节纳入保护范围,错误地将视听作品所保护的表达延伸到了非画面因素。〔5〕而在“我的世界案”中,二审法院即采纳了上述观点,坚持视听作品中受保护的表达应以连续画面为限,否定了一审法院在视听作品项下对游戏玩法等非画面因素进行保护的做法。〔6〕

在抽取静态画面是否侵犯舞蹈作品著作权问题(即“静态侵权”)的讨论中,亦存在作品类型限定表达范围的观点。例如“月光案”,被告从原告舞蹈整体呈现中截取多幅静态图像作为餐厅装饰画,一审法院认为静态的舞蹈画面亦属于舞蹈作品中应受保护的表达。〔7〕批评观点主张,根据定义,舞蹈作品中受保护的表达仅限于舞蹈动作,并不涉及静态画面等非动作因素。〔8〕“月光案”的二审法院即采纳上述观点,否定了一审法院在舞蹈作品项下提供保护的

〔3〕 陈锦川:“视听作品著作权是否可以延伸至情节、音乐、美术等内容”,《中国版权》2021年第4期,第34页。

〔4〕 参见苏州蜗牛数字科技股份有限公司与成都天象互动科技有限公司等侵害著作权纠纷案,江苏省高级人民法院民事判决书,(2018)苏民终1054号。

〔5〕 参见陈锦川,见前注〔3〕,第34页;崔国斌:“视听作品画面与内容的二分思路”,《知识产权》2020年第5期,第39页;张伟君:“呈现于视听作品中的游戏规则依然是思想而非表达——对若干游戏著作权侵权纠纷案判决的评述”,《电子知识产权》2021年第5期,第68页;谢晓尧:《网络游戏通往视听作品的“画面关”》,载微信公号“知产财经”,2022年6月17日上传。

〔6〕 参见广州网易计算机系统有限公司、上海网之易吾世界网络科技有限公司与深圳市迷你玩科技有限公司侵害著作权及不正当竞争纠纷案,广东高级人民法院民事判决书,(2021)粤民终1035号。本案中,二审法院适用《反不正当竞争法》第2条为原告提供了保护。

〔7〕 参见杨丽萍与云海肴(北京)餐饮管理有限公司等侵害著作权纠纷案,北京市海淀区人民法院民事判决书,(2018)京0108民初32020号。

〔8〕 参见何敏、吴梓茗:“舞蹈作品侵权认定的误区与匡正——兼评我国首例‘静态手段侵犯舞蹈作品著作权’案”,《贵州师范大学学报(哲学社会科学版)》2022年第2期,第127、130页。

做法。^{〔9〕}

从实践层面来看,对于作品类型是否限定表达范围的不同认识,将直接影响到著作权侵权认定的具体思路,导致“游戏换皮”“静态侵权”等类案件的处理产生不同结果。从理论层面来看,对该问题的不同理解则涉及对作品类型的规范意义、表现形式与表达的概念以及著作权侵权认定底层逻辑等基本问题的认识。实践中新技术条件下产生的新类型案件的解决,仍然需要回到对著作权法基本理论问题的讨论上来。本文以作品类型限定表达范围的认识为研究对象,从以此为基础形成的拆分保护模式入手,分析其面临的现实困境,厘清表现形式与表达等概念的关系、探寻作品类型划分的标准和规范意义,得出作品类型不应限定表达范围的结论。在此基础上,提出坚持作品表达整体保护观的主张,明确整体保护观下著作权侵权认定的基本思路,以期深化对著作权法相关基本理论问题的认识,为具体案件的解决提供支撑。

二、作品类型限定表达范围的现实困境

由作品类型限定表达范围引申出来的,是作品的拆分保护模式。拆分保护模式的基本论证思路是:由于《著作权法》依据不同表现形式对作品进行了类型化处理,现实生活中的综合性艺术并非作为单个作品获得整体保护,而是应当依据特定类型作品的定义,对不同类型的表达进行拆分,还原为文字、图形、声音、动作、画面等,分别纳入法律上的相应作品类型单独进行保护。然而,无论从具体操作还是实际效果来看,以作品类型限定表达范围为基础的拆分保护模式,其应用面临诸多困境。

(一) 拆分保护的现实基础缺失

拆分保护的前提是,现实生活中的作品由不同类型的表达构成,不同的表达独立存在,并且可以与其他表达相分离。因此,只有当拆分出的表达本身先于被拆分作品整体创作完成前即独立存在,或者在侵权行为发生前已经被制做成独立作品时,拆分才具有现实基础。配乐、服装、舞美设计等通常是先于舞蹈作品、杂技艺术作品、戏剧作品或者视听作品等存在的,这些元素本身即可构成受法律保护的作品,当然可以单独主张保护。有学者主张,舞蹈中的音乐、服装、化妆、灯光设计、舞台设计等应与舞蹈动作设计分别进行保护,不应纳入舞蹈作品的保护范围,^{〔10〕}正是出于这样的考虑。“俏花旦—集体空竹案”中,法院认为,杂技艺术作品中的配乐、服装、舞美设计等独立于动作设计,应当单独进行保护,^{〔11〕}亦是同理。“哪吒之魔童降世

〔9〕 参见杨丽萍与云海肴(北京)餐饮管理有限公司等侵害著作权纠纷案,北京知识产权法院民事判决书,(2022)京73民终1387号。本案中,二审法院适用《反不正当竞争法》第6条关于仿冒行为的规定为原告提供了保护。

〔10〕 参见李扬:《著作权法基本原理》,知识产权出版社2019年版,第70页。

〔11〕 参见中国杂技团与张硕杂技团等著作权权属、侵权纠纷案,北京知识产权法院民事判决书,(2019)京73民终2823号。

案”中,法院指出,比对画面背后的故事情节是否一致,是电影剧本的保护问题。^[12] 而将情节从视听作品画面中剥离,同样以承载情节的剧本作为文字作品已经事先存在为前提。类似的,舞蹈作品、杂技艺术作品、戏剧作品或者视听作品的剧照,虽然可能是后于被拆分作品整体而存在的,但是在侵权行为发生之前已经脱离原作品成为独立的作品,当然可以单独行使著作权。

然而,如果拆分出的表达本身并不先于被拆分作品整体存在,或者在侵权行为发生前尚未被制做成独立作品时,拆分保护模式就可能缺乏现实基础。对于那些事先并无剧本,即无文字形式表达与之对应的情节,例如在摄制过程中临时创作的情节,由于缺乏在先文字作品这一现实基础,则无法与视听作品进行剥离进行分别保护。

上述问题在“游戏换皮”类案件中表现得尤其突出。有学者主张,游戏玩法的保护不应放在视听作品项下,而是须通过还原为文字作品来主张保护。^[13] 然而,如果作为游戏玩法之描述的文字作品并不事先存在;或者事先仅有对游戏玩法的抽象文字描述,缺乏对游戏要素安排、组合方式的具体文字描述,剥离则存在困难。一种解决方案是拟制文字作品的存在。持此类观点的学者认为,即使在现实中先于视听作品的文字作品并不存在,也可以将视听作品画面理解为帮助创作者记录独创性内容的载体,从而推定文字作品的存在。^[14] 该观点试图以载体能够与作品分离为基础来证明视听作品中情节的独立性,但显然是混淆了载体与表达这两个概念。现代著作权法上的作品载体,专指作品借以存在的有形介质而言。^[15] 既然画面属于视听作品的非物质性表达,就不能认为画面可以构成文字作品的物质性载体。此外,如果认为文字作品可以存在于视听作品的画面之中,就相当于否定了文字作品的独立性,对情节的剥离保护也就成为了无源之水。因此,通过拟制文字作品存在从而将尚无文字与之对应的情节等抽象内容从视听作品中剥离出来进行单独保护的观点无法成立。

就“月光案”而言,拆分保护模式认为,由于静态画面不属于舞蹈作品定义中的舞蹈动作,只能以符合其表现形式特征的作品类型来主张保护。但是,如果认为案涉静态舞蹈画面应当归于美术作品或者摄影作品,由于这些静态画面在被控侵权行为发生前尚未被制作成剧照,则保护的基础尚不存在。此外,有学者建议,对于静态舞蹈画面中人物造型、背景、灯光、动作等多种元素组合形成的整体效果,应当选择以视听作品为基础来实现保护。^[16] 这种观点同样面临以下难题:在视听作品尚未被制作出来的情况下,原告主张所依据的保护前提并不存在。

(二)一定程度上架空了改编权

按照文学理论,作品是内容和形式的统一体。现代著作法除保护作品的形式部分、禁止逐

[12] 参见北京光线影业有限公司与杭州某网络科技有限公司等侵害著作权及不正当竞争纠纷案,杭州互联网法院民事判决书,(2020)浙0192民初9817号。

[13] 参见陈锦川,见前注[3],第34页;崔国斌,见前注[5],第39页;张伟君,见前注[5],第68页。

[14] 参见崔国斌,见前注[5],第32页。

[15] 参见李扬,见前注[10],第5页;王迁:《知识产权法教程》(第7版),中国人民大学出版社2021年版,第174页。

[16] 参见何敏等,见前注[8],第127、130页。

字复制作品外,亦禁止节略、翻译和改编等非字面侵权行为。^{〔17〕}著作权法对非字面侵权的规范是通过改编权实现的。所谓作品的改编,是指在原作基础上进行创作形成新作品的行为,既包括对原作内容的改编,又包括对原作形式的改编。^{〔18〕}以文字作品为例,应受保护的表达除作为形式存在的文字性表达外,亦包括文字所表述的故事内容。文字作品中具体的情节选择、结构安排、情节推进设计符合独创性要件的,亦属于著作权法保护的表达。^{〔19〕}在保留原作内容的基础上,赋予全新的外在形式,从而形成新的作品,亦应纳入改编权的控制范围。但是,在作品类型限定表达范围观念下,关注的重点被放在了作品的形式层面,对现实生活中的作品进行拆解,将作品整体看作是各部分的简单组合,忽视了对不同表达要素之间组合以及单个表达要素对于整体作品贡献的考察,排除了对作品中某些具体内容的保护,造成改编权在一定程度上被架空的困境。

将视听作品中受保护的表达限制在活动画面之上,强调仅就活动画面是否相似进行对比,导致无法在视听作品项下对内容的改编行为进行规范,把将视听作品改编为文字作品的行为排除在保护范围之外。因为将视听作品改编为小说的行为,通常仅仅涉及情节部分,很难说是直接利用了视听作品的动态画面。但是,《伯尔尼公约》明确保护视听作品的改编权。^{〔20〕}如果承认以文字作品为基础创作视听作品属于改编权的范畴,显然改编者所利用的仅仅是文字作品中的情节、人物等相对抽象的内容,并运用镜头语言将其转化成了活动画面。同理,对于视听作品的改编亦不能仅仅限定在对活动画面的层面,亦应包括对情节、人物等相对抽象的内容的改编。在美国司法实践中,利用文字叙述视听作品的情节即构成对视听作品改编权的侵犯。^{〔21〕}上述做法值得关注。

在肯定视听作品改编权亦对作品内容提供保护的前提下,应当认可视听作品的独创性并不仅仅体现在活动画面上,而且也体现在对各种表达要素的选择、安排和取舍之中。以关于电视节目模式版权保护的讨论为例,美国法院虽然秉持抽象节目模式不受保护的观点,但是认同电视节目中各个元素汇集在一起可以获得版权保护。^{〔22〕}英国法院亦指出,当系列电视节目中存在一些可以将案涉节目与其他类似节目区别开来的可识别特征,这些区别特征彼此结合形成一种内在结构,并能够以一种可识别的形式制作节目时,就可以获得版权保护。^{〔23〕}美英

〔17〕 See Leslie A. Kurtz, "Speaking to the Ghost: Idea and Expression in Copyright," *University of Miami Law Review*, Vol. 47, No. 5, 1993, pp. 1226-1227.

〔18〕 参见(德)M. 雷炳德:《著作权法》,张恩民译,法律出版社2005年版,第159—160页。

〔19〕 参见陈喆(琼瑶)与余征(于正)等侵害著作权纠纷案,北京市高级人民法院民事判决书,(2015)高民(知)终字第1039号。

〔20〕 参见《伯尔尼公约》第14条之二第1款。

〔21〕 See *Twin Peaks Productions v. Publications International*, 996 F.2d 1366, 1372-1373 (2nd Cir. 1993).

〔22〕 See *Baris/Fraser Enters. v. Goodson-Todman Enters.*, 5 U.S.P.Q.2d 1887, 1889 (S.D.N.Y. 1988).

〔23〕 See *Banner Universal Motion Pictures v. Endemol Shine Group & Anor.*, [2017] EWHC 2600 (Ch), para. 44.

两国关于电视节目模式保护的基本认识,实际上将节目中不同表达要素的结合纳入可受保护表达的范畴,在视听作品项下对除活动画面之外相对抽象内容的保护提供了可能性。相反,将视听作品中受保护的表达限定在画面之上,无疑完全排除了视听作品项下对电视节目模式等相对抽象内容提供保护的可能性。

回头再看“游戏换皮”类案件,被告并未利用原告作品中的活动画面,将视听作品中受保护的表达限制在画面之上,排除了视听作品项下对游戏中各种不同表达要素进行综合对比的可能性。尽管有观点认为,游戏玩法的保护可以通过《著作权法》上其他类型的作品来实现,^[24]但是单从视听作品的角度来看,上述意见无疑相当于排除了视听作品的改编权。若强调以文字作品为基础对游戏玩法提供,基于作品类型限定表达范围的认识,则又会面临无法完全将各种可视性表达要素及其具体结合纳入对比范围的难题。

将舞蹈作品中受保护的表达限制在舞蹈动作之上,亦可能导致排除对各种表达要素组合的保护。单纯地强调舞蹈动作,无法将舞蹈动作与音乐、灯光、布景等要素的结合纳入舞蹈作品的保护范围。此外,还可能忽视对单个表达要素对于整体作品贡献的考察。在舞蹈作品的保护中,单纯强调对动作设计进行对比,很容易得出单个静态姿势本身不受保护的结论。^[25]与此相反,美国司法实践并没有将舞蹈作品的保护限制在动作本身,而是对舞蹈作品中体现的动感提供保护。美国法院指出,拍摄形成系列照片可以表现舞蹈的动感,即便是仅仅使用单幅照片,如果观众能够从中体会到舞蹈的动感,亦构成对舞蹈作品版权的侵犯。^[26]前述做法关注单个动作对于整体舞蹈动作的意义,将舞蹈作品的保护延伸到了动感的范畴。可以说,对于不同表达要素的组合以及单个表达要素保护的忽视,在一定程度上架空了舞蹈作品的改编权。

(三)与现有权利归属规则存在龃龉

以作品类型限定表达范围为基础的拆分保护模式,还试图从作品权利归属的角度为自己寻找依据。配乐、服装、舞美设计等通常是可以独立于舞蹈作品、杂技艺术作品、戏剧作品或者视听作品等单独创作而成的,著作权当然可以分别行使和保护。在演绎作品的情形下,拆分保护模式的适用似乎亦不存在问题,因为演绎作品的创作者显然无法对原作主张权利。有学者认为,由于视听作品大多是在小说、剧本、音乐等已有作品基础上创作而成的演绎作品,编剧、词曲等并未参与到视听作品的创作之中,因此视听作品的保护亦不应延及非画面因素。^[27]然而,尽管视听作品可能具有演绎作品的特性,我国《著作权法》并没有将视听作品的权利归属置于演绎作品规则之下,而是设置了特殊的权利归属规则。在视听作品的特殊权利归属规则之下,拆分保护模式的适用则会导致矛盾的出现:

[24] 例如,在“我的世界案”中,二审法院指出,游戏元素及其组合设计可以作为游戏玩法的具体表达而受到保护,但是这种保护不应放在视听作品项下进行。参见广州网易计算机系统有限公司、上海网之易吾世界网络科技有限公司与深圳市迷你玩科技有限公司侵害著作权及不正当竞争纠纷案,见前注[6]。

[25] 参见何敏等,见前注[8],第125页。

[26] See *Horgan v. Macmillan, Inc.*, 789 F.2d 157, 162 (2d Cir. 1986).

[27] 参见陈锦川,见前注[3],第36页;崔国斌,见前注[5],第30页;张伟君:《对视听作品的保护应排除被制作为视听作品的原作品的干扰》,载微信公号“知产财经”,2022年6月10日上传。

首先,以作品类型限定保护范围为基础的拆分保护模式,架空了制作者对视听作品整体的著作权。《著作权法》规定,电影作品、电视剧作品的著作权由制作者享有,编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者仅仅享有署名权;其他视听作品的著作权则由当事人约定,没有约定或者约定不明的仍然适用前述规则。^[28]《著作权法》明确了编剧等作为视听作品作者的地位,^[29]相当于将编剧行为纳入视听作品的创作活动之中。那么,将情节纳入视听作品的整体保护范围就属当然。当然,也有学者认为,上述规则只是一种默认的权利归属规则,^[30]并未确认编剧作为视听作品作者的地位。即便不认可编剧的视听作品作者地位,上述规则亦表明,原本属于编剧的权利,除署名权外,均归属于制作者。那么,制作者对视听作品享有的著作权仍然可以涵盖剧本内容。因此无论如何理解编剧的地位,根据《著作权法》关于视听作品权利归属的规定,制作者均能够对视听作品的整体享有著作权,涵盖剧本、音乐等元素。

其次,以作品类型限定保护范围为基础的拆分保护模式,扰乱了视听作品整体利用与个体作品单独利用的界限。有学者认为,既然《著作权法》允许剧本、音乐等可以单独使用的作品单独行使著作权,就应当认为视听作品的著作权不能延及剧本、音乐等。^[31]按照这种观点,由于情节、绘画、音乐等不属于活动画面,须分别以文字作品(剧本)、美术作品或者音乐作品单独主张保护,那么,涉及情节的侵权行为只能由编剧来主张权利。这实际上是将“有权单独行使”解释为“必须单独行使”。从立法原意来看,所谓的可以单独使用,应当是指剧本、音乐等脱离视听作品整体的使用;当这些作品作为整体视听作品的有机部分时,仍然受整体视听作品著作权的控制。^[32]《著作权法》将视听作品进行整体利用的权利集中到制作者手中,主要是出于保护投资和促进作品商业利用的考虑。^[33]只有在剧本脱离视听作品独立进行使用时,编剧才能单独行使著作权。如果认为只能由编剧行使诉权,在没有证据表明被告直接抄袭了剧本的情形下,无疑是架空了视听作品整体著作权由制片者集中行使的规则。直接从视听作品中抄袭情节,亦属于对视听作品整体利用的范畴,不能因为剧本的著作权可以单独行使而将情节排除在视听作品著作权保护范围之外。美国法上,视听作品的整体利用与部分利用的界限是十分清楚的:对于视听作品声音部分的单纯听觉表演,被认为是对视听作品的表演;如果声音是从唱片上复制而来,则不构成对视听作品的表演,应以音乐作品独立主张保护。^[34]上述做法值得我国借鉴。

在作品构成合作作品的场合,拆分保护模式亦面临类似问题。《著作权法》规定,合作创作的作品,著作权由合作作者共同享有;对于可以分割使用的部分,可以由各自的创作者单独享

[28] 参见《著作权法》第17条第1款。

[29] 参见王迁,见前注[15],第239页;吴汉东:《知识产权法》,法律出版社2021年版,第186页。

[30] 参见崔国斌,见前注[5],第30页。

[31] 参见陈锦川,见前注[3],第35页。

[32] 参见曲三强:“论影视作品的法律关系”,《知识产权》2010年第2期,第21页。

[33] 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81页。

[34] See House Report No. 94-1476: Copyright Law Revision, 64 (1976).

有著作权。^{〔35〕}共同创作者原则上对于整体合作作品享有著作权,只不过在权利行使方面需要遵循协商一致、不得单独转让的特殊规则。而所谓的单独享有著作权,仅仅适用于共有人对各自创作部分进行单独使用的情形。在某个舞蹈作品是由音乐、舞美、灯光、服装等各个部门协作共同创作完成的情况下,每个创作者均对作品整体享有著作权。但是在拆分保护模式下,即使是在整体使用作品的情形下,仍然需要对不同的部分进行拆分之后单独进行保护,同样会导致将“可以单独行使”转变成“必须单独行使”的结论,无法与现行法律规则相兼容。

三、作品表达整体保护观之证立

回到逻辑层面,作品类型限定表达范围的观点,将作品类型主要以表现形式的不同为划分标准作为依据,通过表现形式与表达两个概念的链接,从而将作品类型的规范意义由确定特定智力成果是否受保护扩展到划定具体作品保护范围的层面。上述推理,涉及表现形式与表达的关系、作品表达范围的确定以及作品类型的规范意义等基本问题。本部分对这些基本问题进行逐一分析,在对作品表达整体保护观进行证立的同时,对作品类型限定表达范围的认识进行证否。

(一)表现形式与表达的关系厘清

作品类型限定表达范围的立论基础之一,在于将作品的表现形式与表达这两个概念等同。我国《著作权法》要求作品须能够以一定形式表现,^{〔36〕}作品类型亦大致以表现形式的不同作为划分标准。^{〔37〕}根据著作权法理论,表达(expression)一词专门用来指代作品中应受保护的部分,^{〔38〕}与不受保护的思想(idea)相对。目前,学界在使用表现形式和表达这两个概念时,往往不加以特别区分。例如,有的学者直接将表现形式作为与思想对立的概念,用来指代应受著作权法保护的主体;^{〔39〕}有的学者则明确指出,表现形式与表达(或者表达形式)系同义语。^{〔40〕}

然而,仔细分析不难发现,表现形式与表达并非同一逻辑层次上的概念。对作品表现形式的强调,主要是要求作品具备客观性或者可感知性。^{〔41〕}作品的创作,是作者将内在思想外化

〔35〕 参见《著作权法》第15条。

〔36〕 参见《著作权法》第3条。

〔37〕 参见《著作权法实施条例》第4条。

〔38〕 值得注意的是,对英文“expression”一词的中文翻译并未取得一致。《伯尔尼公约》正式中文译本翻译为“表现”(参见《伯尔尼公约》第2条第1款);TRIPs协议正式中文译本则翻译为“表达方式”(参见TRIPs协议第9条第2款)。有学者指出,将“expression”翻译为“表达方式”并不合适,应当翻译为“表达”更为准确。参见郑成思:《版权法》(修订版),中国人民大学出版社1997年版,第48页。

〔39〕 参见吴汉东等:《知识产权法学》(第2版),北京大学出版社2002年版,第53页;冯晓青:《著作权法》,法律出版社2010年版,第48页。

〔40〕 参见崔国斌:《著作权法:案例与原理》,北京大学出版社2014年版,第39页;张今:《著作权法》(第2版),北京大学出版社2018年版,第18页。

〔41〕 参见王迁,见前注〔15〕,第56页;吴汉东,见前注〔29〕,第155页;胡康生,见前注〔33〕,第14页;冯晓青,见前注〔39〕,第52页。

为表达的过程,只有表达外化之后才能使得作品具有可感知性,从而成为财产权的客体。这个过程需要借助一定的手段方能实现。人类是符号动物,文字、语言、乐曲、色彩线条、连续动作、活动画面等能够为人类直接感知的符号形式,就成为具体表达借以呈现的手段。^[42]从这个角度来看,能够以一定形式表现,即是强调作品须具有符号的外在形式方能为人类所感知。而具体作品类型定义中“以某种形式表现”的表述,即表明表现形式是被当作表达手段来看待的,是对该类作品不同于其他类别作品之外在特征的描述,并非指表达本身而言。正如学者指出,表现形式是作品创作可以采取的表达手段,是相对固定的;而表达则是作者利用一定的表达手段进行创作所形成的最终结果,是丰富多彩的。^[43]因此可以说,作品是作者利用某种或者多种表达手段所形成的具体表达。

表现形式可以用于说明作品采取了何种表达手段,文字作品即以文字作为表达手段所形成的以文字形式呈现的表达。但是,文字作品中受保护的表达仅仅以文字形式的表达为限么?为了回答这个问题,还需要对受著作权法保护的表达的内涵和外延进行考察。

现代著作权法所保护的表达,已经远远超出了表达手段所限定的表达范围。作品的保护范围并不以外在符号形式为限,符合独创性要件的具体作品内容也属于可受保护的表达。^[44]文字作品保护除文字性表达以外的故事内容即为适例。就文字作品而言,在依抽象层次法所搭建的作品金字塔结构中,文字性表达仅仅是金字塔整体结构中最底层的那部分,在底层表达上,足够具体的情节亦属于文字作品中应受保护的表达。将抽象层次法运用到其他作品类型,即可得出应受保护的表达不应仅仅限定在表现形式所确定的底层表达范围的结论。关于底层表达之上更为抽象的表达,学界采用不同的术语进行描述,有学者称之为“被充分描述的结构”(structure),^[45]有学者称之为作品的“模式”(pattern),^[46]也有学者称之为“构成作品最终形态的主要框架性内容”或者“作品中受保护的独创性构成元素”。^[47]

德国学者关于表达层次划分所采用的术语精确凝练,值得借鉴。德国学者指出,作品整体表达可以细分为外在表达和内在表达两个层次:外在表达,即文字、旋律、画面等底层具体表达,这些表达是经由表达手段直接确立的;而内在表达则相对抽象,存在于计划、思想的连贯性、证明过程、对人物形象的勾勒、电影或者戏剧场景与构图的发展、画作的构思与构图、建筑

[42] 参见雷炳德,见前注[18],第42页;刘春田主编:《知识产权法》(第6版),中国人民大学出版社2022年版,第58页。

[43] 参见李顺德、周详:《中华人民共和国著作权法修改导读》,知识产权出版社2002年版,第38页。

[44] 参见王迁,见前注[15],第87页;郑成思,见前注[38],第44页;卢海君:《版权客体论》(第2版),知识产权出版社2014年版,第13页。

[45] See Hugh Laddie, Peter Prescott, Mary Vitoria, Adrian Speck and Lindsay Lane, *The Modern Law of Copyright and Designs*, London: Butterworth, 2000, p. 85.

[46] See Zechariah Chafee, Jr., “Reflections on the Law of Copyright: I,” *Columbia Law Review*, Vol. 45, No. 4, 1945, p. 513.

[47] 参见梁志文:“论演绎权的保护范围”,《中国法学》2015年第5期,第150页。

结构设计、乐句与节奏之中。^[48] 借用上述术语,可以初步得出以下几点结论:第一,外在表达是作品金字塔结构中最底层的那部分表达,直接体现了作品所采取的表达手段;第二,内在表达是外在表达基础之上更为抽象的表达,主要体现在作品的框架、结构、模式之中,与作品采取何种具体表达手段无关;第三,外在表达是内在表达的基础,二者作为作品整体表达的两个层次,具有一体性。

因此,表现形式与表达系不同概念,表现形式是对表达手段的描述,而表达手段仅仅与外在表达有关,与作品的内在表达无关。

(二)作品中受保护表达的整体性

结合作品创作过程的基本特点,基于上文对著作权法所保护之“表达”这一概念的分析,可以得出作品中应受保护的表达具有整体性的结论。

一方面,作品的表达手段具有多样性和综合性。著作权保护不能脱离文学艺术创作实践。作品的创作既可以利用单一的表达手段完成,也可以体现为多种表达手段的综合运用。舞蹈、杂技、戏剧、电影等都是公认的综合艺术。随着多媒体技术的不断发展,综合文字、声音、画面等多种表现形式的新型作品更是不断涌现。^[49] 多种表达手段融合在一起使得作品表达成为一个完整的整体,不同表达手段之间的连结、安排、取舍也是作品独创性的重要体现。以特定作品定义中的表现形式限定受保护表达的范围,显然排除了其他表达手段以及多种表达手段结合形成的综合表达。将戏剧作品的保护范围仅仅限定在剧本之上,即是没有看到戏剧创作的综合性特征。^[50]

作为一种视觉艺术,视听作品的创作,是将文字、图形、声音等多种元素融合成为一个整体,并把这个整体转化为画面的过程。^[51] 主张视听作品的创作仅仅体现在对活动画面的选择、安排和取舍方面的观点并不足取。^[52] 活动画面的形成仅仅是视听作品整个创作过程的最终阶段,而非全部过程。将视听作品的创作限定在画面形成过程,并将受保护的表达限定为画面,直接后果就是忽视对伴音的保护。而伴音作为视听作品的有机组成部分,应当与画面一

[48] 参见雷炳德,见前注[18],第42—43页。需要说明的是,本书原文使用的是“表达形式”“外在表达形式”和“内在表达形式”等概念。根据上下文,“表达形式”实际上就是应受保护的“表达”,因此本文以“表达”一语替换之。

[49] 参见雷炳德,见前注[18],第174页;(日)中山信弘:《多媒体与著作权》,张玉瑞译,专利文献出版社1997年版,第54—55页。

[50] 参见刘春田,见前注[42],第63页。

[51] 参见雷炳德,见前注[18],第153页。

[52] 需要指出的是,在我国有学者认为英国视听作品的保护即以画面为限。这种观点其实是误将《英国版权法》所保护的影片(film)等同于视听作品。《英国版权法》上并没有视听作品的概念,对于电影仅能通过戏剧作品和影片间接提供保护。虽然影片属于版权保护的客体,对其保护并不以独创性为要件,本质上是一种邻接权。在英国,对电影的改编只能通过戏剧作品保护。但是由于戏剧作品须具有可表演性,导致不符合戏剧作品构成要件的影片内容无法获得保护,为此已经有学者建议英国增加关于视听作品的规定。See Richard Arnold, “Content Copyright and Signal Copyright: The Case for a Rational Scheme of Protection,” *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, Vol. 1, No. 3, 2011, p. 277.

起构成完整的视听作品。^[53]此外,文字、图形、动作等虽然并非画面本身,但是均可以成为画面的构成要素,视听作品中画面的形成离不开对这些要素的选择、安排和取舍。对画面是否近似的判断也就离不开对这些要素及其组合方式的考察。关于视听作品的登记,美国版权局要求须综合考量视觉材料、听觉材料以及作品的整体流动感等因素,^[54]并没有将眼光局限在对画面的考察。

舞蹈作品的创作,亦并不仅仅限于动作设计,而是包含了动作、音乐、布景、灯光、服装等多种元素在舞台上的配合,这些元素及其编排共同构成了舞蹈设计,均属于完整的舞蹈作品的保护范围。^[55]有学者主张音乐、灯光、服装、布景等只是为了增加舞蹈表演效果所做的设计,并非舞蹈作品独创性的构成要素。^[56]这种观点显然与艺术创作实践不符,在舞蹈作品侵权认定中,排除其他表达要素仅对动态的舞蹈动作进行对比,显然割裂了舞蹈作品的整体表达。

另一方面,作品中应受保护的表达具有层次性。如前文所述,现代著作权法不仅保护作品金字塔结构底层的外在表达,亦保护更为抽象的内在表达。内在表达以外在表达为基础,不能脱离外在表达而单独存在,两个层次共同构成作品表达有机统一的整体,不可分割。

视听作品中活动画面和情节之间就是外在表达和内在表达的关系。将受保护的表达限定为活动画面,即排除了情节这种更为抽象的内在表达。一种观点认为,视听作品的画面与底层故事在观念上可以相互分离,据此得出画面与故事情节应当分别进行保护的结论。^[57]然而,观念上的可分并不意味着在保护上可以截然分开,根据作品表达层次性原理,作为整体表达的不同层次,外在表达与内在表达的区别仅在于抽象程度不同。从存在形态上看,内在表达须以外在表达为基础,不能脱离外在表达而单独存在。拆分保护模式要求将视听作品中的情节剥离、归入文字作品进行保护,但是此时如果作为外在表达的文字作品并不事先存在,情节这种内在表达即无所依附。从这个意义上讲,将情节从视听作品中剥离出来与活动画面分开进行保护的做法是违反作品表达层次性原理的。

坚持舞蹈作品侵权对比以舞蹈动作为限,进而排除对静态画面的保护,也是过分强调底层的外在表达,忽视了作为动感的内在表达。类似的争议在未经许可对杂技、戏剧、画面进行拍照的行为,是否得以杂技作品、戏剧作品、视听作品为基础主张保护的案件中亦有体现。如果将情节等内在表达考虑在内,照片的内容足以反映作品内在表达的,即可纳入保护范围。

(三)作品类型规范功能之澄清

接下来的问题是,我们能否从作品类型规范推导出:各类作品应受保护的表达范围须受到规范所界定之表现形式的限制?学界存在这样一种观点,认为作品类型的划分决定了不同类型作品受保护的表达范围不应存在交叉重叠,超越表现形式所确定的表达范围进行保护,将使

[53] See Melville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Vol. 1 Lexis, database updated 2022, at § 2.09 [D][1].

[54] See U. S. Copyright Office, *Compendium of U. S. Copyright Office Practices*, 2021, p. 807.

[55] 参见吴汉东,见前注[29],第158页;郑成思,见前注[38],第94页。

[56] 参见李扬,见前注[10],第70页。

[57] 参见崔国斌,见前注[5],第39页;张伟君,见前注[27]。

得其他类型的作品失去价值。^[58]为回答这一问题,需要回归对作品类型规范功能的探讨。

首先,作品类型为示例性规范,^[59]仅仅是对应受法律保护作品的列举,并非完全以表现形式的不同作为分类标准。回顾《伯尔尼公约》的发展,可以发现作品类型的扩张不仅仅源自技术发展导致新型表达手段出现的需要,其中既有特定国家或者利益集团的推动,又有区别保护的特殊考虑。例如,在建筑设计图以外增设建筑作品,主要是在法国的推动下完成的;将图画与设计图作为不同类型加以列举,乃是出于对艺术作品与科学性作品进行区分的考虑。^[60]我国学者已经认识到,《著作权法》上作品类型的划分并没有遵循同一标准,大体上是借鉴美学分类,同时也兼顾法的规范目的。^[61]虽然美术作品与产品设计图均可由色彩、线条等形式表现,《著作权法》仍然遵循《伯尔尼公约》将它们分别作为两种作品进行列举,并且仅为美术作品提供展览权的保护。^[62]由于分类标准并不统一,各种作品类别保护的表达之间在范围上存在交叉重叠就是不可避免的。^[63]

其次,即便是以表现形式为特征来定义具体类型的作品,亦并不排除现实作品中包含定义以外的其他表现形式。一种观点认为,具体作品类型属于法律概念,不应从日常用语角度加以理解,只有表现形式所限定的表达才是法律意义上的作品。^[64]根据这种观点,只有动作设计才是舞蹈作品,无须考虑音乐、背景、服装等因素。然而从逻辑上看,具备特定表现形式是归入特定作品类型的充分非必要条件。现实作品符合特定表现形式特征即构成某类作品,但是不能反过来说该作品仅仅包含定义所规定的表现形式。也就是说,尽管表现形式可以作为一类作品区别于其他类作品的特征,但是这种区别特征不能作为划定特定类别作品中受保护表达范围的依据。以动作设计定义舞蹈作品,不能排除具体舞蹈作品中还包含舞蹈表情、舞蹈节奏和舞蹈构图等其他要素。^[65]以连续画面定义视听作品,亦不能排除特定视听作品中包含文字、颜色线条、动作等其他表现形式。在美国,专门为视听作品创作的字幕、图片、雕塑和录音等均被纳入视听作品的保护范围。^[66]

再次,即便因采用不同的表现形式而形成了互不相同的外在表达,也不能排除不同作品在相对抽象的内在表达层面存在交叉的情况。有学者认为,既然文字作品的保护可以涵盖情节,

[58] 参见崔国斌,见前注[5],第28页;张伟君,见前注[5],第67页;何敏等,见前注[8],第130页。

[59] 参见世界知识产权组织:《保护文学和艺术作品伯尔尼公约(1971年巴黎文本)指南》,刘波林译,中国人民大学出版社2002年版,第13页。

[60] 参见(澳)山姆·里基森、(美)简·金斯伯格:《国际版权与邻接权——伯尔尼公约及公约外的新发展》,郭寿康等译,中国人民法学出版社2014年版,第377、379—381页。

[61] 参见刘春田,见前注[42],第60页。

[62] 参见《著作权法》第10条第1款第8项。

[63] 参见崔国斌,见前注[42],第124页;李明德、许超:《著作权法》(修订版),法律出版社2009年版,第32页。美国国会明确指出,《美国版权法》中列举的作品类型之间完全可能存在重叠,属于一个类别作品作完全可能包括其他类型的作品。See House Report No. 94-1476: Copyright Law Revision, 53 (1976).

[64] 参见何敏等,见前注[8],第126—127页。

[65] 参见李扬,见前注[10],第69页;吴汉东,见前注[29],第158页;刘春田,见前注[42],第64页。

[66] See Paul Goldstein, *Goldstein on Copyright*, New York: Aspen Publishers, 2005, p. 12.

那么视听作品的保护就不应再涵盖情节。^{〔67〕} 这种观点存在以下矛盾：一方面，认为文字作品的保护范围不限于表现形式所限定的文字性外在表达，还延及具体情节等内在表达；另一方面，对于视听作则坚持应以表现形式所限定的外在表达——活动画面——为限来界定其保护范围，拒绝为该类作品的内在表达提供保护。在美国，视听作品与文字作品的保护坚持相同标准，不仅限于文字、画面等外在表达，均可以延及情节等内在表达。^{〔68〕} 创作者可以利用不同的表达手段形成不同的外在表达，但是就更为抽象的内在表达而言，完全可能出现在不同类别的作品之中。虽然文字作品与视听作品的表现形式不同，但是在内在表达层次上的情节则完全可能存在交叉、重合的情形。

综上所述，表现形式与表达系不同概念，二者并不等同；作品的表达具有整体性，不应人为地进行割裂；作品类型仅仅是示例性规范，并不具有限定特定作品表达范围的规范功能。有鉴于此，作品类型限定表达范围的认识不能证立，以此为基础的拆分保护模式应当予以摒弃，在著作权侵权认定中应当秉持表达的整体保护观。

四、作品表达整体保护观的应用

在作品表达整体保护观下，不同类型作品中应受保护的表达，并不因为作品定义中特有的表现形式而受到限制。著作权侵权判定，尽管可以以作品表现形式为指引或者参考，但是绝不应当仅仅以具体类型作品定义中表现形式所限定的表达范围为限。应当从整体表达入手，重点考察被告利用的是否构成原告作品的实质部分。鉴于作品类型限定表达范围的认识对于“游戏换皮”“静态侵权”等类案件的处理方式产生了直接影响，本部分重点以此两类案件为例，对作品表达整体保护观的应用进行详细说明。

（一）整体保护观下著作权侵权认定的基本思路

一般来说，未经著作权人许可又无法律规定的免责事由，侵入权利人控制的专有领域的，即构成侵权。著作权侵权判定的基本逻辑表明，应当以原告受保护的作品为基点，考察被告行为是否落入原告作品的保护范围。类型归属不应成为限定特定作品中受保护表达范围的羁绊。在我国，已经有学者认识到，应当关注实质相似性的部分是否属于原告作品的独创性表达，而无需考虑该部分是否构成原告作品的作品类型。^{〔69〕}

在作品表达整体保护观下，著作侵权的判定应当以作品整体而非部分表达为基础，考察被告作品与原告作品是否构成实质性相似。1988年《英国版权、外观设计与专利法》即明确将版权侵权定义为：“未经许可以法律禁止的方式直接或者间接地利用原告作品整体或者实质部分

〔67〕 参见崔国斌，见前注〔5〕，第39页；陈锦川：《游戏情节等内容属于视听作品著作权保护范围吗？——从电影〈哪吒之魔童降世〉一案说起》，载微信号“知产财经”，2022年6月13日上传。

〔68〕 See supra note 21. 本案中，被告以原告电视剧的内容为基础出版图书。法院指出，案涉电视剧中每一个复杂的情节转折和人物发展都以相同的顺序出现在书中，已经构成非字面意义上的实质性相似。

〔69〕 参见阮开欣：“从《月光》舞蹈作品案看著作权侵权的认定”，载《中国知识产权报》2021年1月18日，第10版。

的行为。”〔70〕据此,除了原样照抄类的字面侵权以外,改变作品的形式或者利用作品的一部分等非字面侵权均被纳入规制范畴。〔71〕上述两种非字面侵权情形被美国学者称为“综合非字面相似”(comprehensive nonliteral similarity)和“部分字面相似”(fragmented literal similarity)。〔72〕由此可能产生以下疑问:非字面侵权的确认、著作权保护扩展至作品的实质部分,是否意味着作品整体保护观无法证立,转而应当从部分表达出发进行侵权判定?事实上并非如此。从本质来看,对作品实质部分的利用,仍然可以视同对作品整体的利用;〔73〕就具体认定思路而言,不论是“综合非字面相似”还是“部分字面相似”,在判断过程中实际上均仍然坚持表达的整体保护观。

在作品表达整体保护观下,“综合非字面相似”的认定,强调对作品中各表达要素组合方式的考察,从而将作品中更为抽象的内在表达纳入保护范围。如前文所述,内在表达和外表达不是整体和部分的关系,作品各要素组合形成的架构、模式或者框架所构成的内在表达,与外在表达分属不同的抽象层次,不可与作品整体表达分割开来。美国法院指出,将利用作品情节类比为从作品中拿出了某个部分并不合适,情节就像骨架一样,支撑起了整个作品。〔74〕实践中将复杂作品拆解为不同要素进行分别对比,可以用来初步判断被告是否存在抄袭行为,但是不能作为最终认定实质性相似的标准。这是因为,单纯的拆解可能导致将作品整体表达看作是各部分的简单组合,忽视对各要素之间的组合方式的考察。因此,在“综合非字面相似”的认定中,不简单地能以要素对比代替整体对比。将计算机软件的保护延伸到程序中独特的结构、序列和组织,〔75〕对代码层以上的“非字面侵权”进行规范,即是作品表达整体保护观应用的适例。

“部分字面相似”的认定同样应当遵循作品表达整体保护观,关注被控侵权人所利用的部分内容是否构成原告作品整体表达的实质部分。〔76〕例如,就被告利用原告乐曲中8个音符是否构成版权侵权的问题,英国法院强调,应当看这8个音符是否构成原告作品的实质部分,而不是考察这8个音符本身是否构成受版权保护的作品,如果允许原告通过重新定义其作品来适应不同规格的侵权行为,就不会再有实质部分规则适用的余地了。〔77〕是否构成作品整

〔70〕 参见1988年《英国版权、外观设计与专利法》第16条第(3)款。

〔71〕 See Lionel Bently, Brad Sherman, Dev Gangjee and Phillip Johnson, *Intellectual Property Law*, Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 199.

〔72〕 See Nimmer and Nimmer, *supra* note 53, at § 13.03 [A].

〔73〕 1968年《澳大利亚版权法》第14条第(1)款(a)项。

〔74〕 See *Nichols v. Universal Pictures*, 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930).

〔75〕 See *Computer Associations International v. Altai*, 982 F. 693, 702 (2nd Cir. 1993).

〔76〕 See Nimmer and Nimmer, *supra* note 53.

〔77〕 See *Hyperion Records v. Warner Music*, 1991, unreported. See Bently et al., *supra* note 71, pp. 201-202. 尽管有人可能会说,即使不从整体保护观出发,亦可以认为8秒不具有独创性来拒绝提供保护,这与整体保护观下否定该部分构成原告作品实质部分从而拒绝提供保护在结果上是相同的。但是两种思路的逻辑基础完全不同。值得注意的是,欧盟法院似乎允许对被告利用的部分是否具有独创性进行判断。See *Case C-5/08, Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, Judgment of the Court (Fourth Chamber), 16 July 2009. 对该案的评述, see Bently et al., *supra* note 71, p. 208.

体表达实质部分的认定,既可以从“量”的方面进行考察,更以“质”的方面为最终标准。即使被告仅仅利用了原告作品中很小的部分,也可能因为在质的方面具有足够的重要性,从而构成原告作品整体的实质部分。^[78]对于从他人长视频中截取部分作为短视频进行发布的案件,即应以被截取的部分是否构成原告作品整体表达的实质部分为基本思路。

当然,以作品表达整体保护观判断“部分字面近似”是否构成侵权,并不排除在被告利用的部分并不构成原告作品实质部分、但是在符合作品构成要件的前提下允许该部分以独立的作品单独主张保护。通常来说,作品标题、角色形象等均可以独立于作品整体进行单独保护。例如在英国,虽然对服装、布景装置及化妆等因素的模仿不足以构成对戏剧作品版权的侵犯,但是并不妨碍服装和布景装置单独作为艺术作品得到保护。^[79]需要注意的是,这里所谓的单独保护,并非因为作品类型限定了表达范围所致,而是由于该部分本身符合作品的构成要件,因此著作权可以单独行使。当然,正如学者所指出的,这种单独保护模式不能任意扩张,在考虑作品的组成部分是否可以单独作为一个作品受到保护时,须关注创作者的意图、依附程度以及作品商业化形式等因素加以综合判断。^[80]

(二)整体保护观在“游戏换皮”类案件中的应用

关于网络游戏的保护,存在整体保护和要素保护两种模式。近年来,我国法院开始尝试对网络游戏进行整体保护,并提出了整体保护与要素保护相结合的思路。^[81]然而,在“游戏换皮”类案件的相关讨论中,对于是否可以在视听作品项下通过整体保护模式禁止抄袭他人游戏玩法的做法,仍然存在不同声音。如前文所述,对整体保护模式提出批评的主要依据之一,就是作品类型限定表达范围。受此种认识的影响,有学者建议将电子游戏归入“其他”作品的类别以实现整体保护。^[82]对游戏玩法保护的讨论,涉及到产业发展、诉讼成本等多方面的政策考量。但是这些并非本文关注的重点,本文所关注的是,作品表达整体保护观能为“游戏换皮”类案件的处理提供哪些思路。

首先,将网络游戏归入视听作品,并不妨碍“游戏换皮”类案件的处理。在美国,电子游戏是可以作为视听作品登记的。^[83]游戏作为视听作品进行登记时,美国版权局通常会综合考察整体游戏的流动感、游戏整体效果的视听展现以及作品的展现次序等因素决定是否予以登

[78] See Nimmer and Nimmer, *supra* note 53; Bently et al., *supra* note 71, p. 204.

[79] 参见(英)帕斯卡尔·卡米纳:《欧盟电影版权》,籍之伟等译,中国电影出版社2006年版,第182页。

[80] See Bently et al., *supra* note 71, p. 202.

[81] 参见2020年《广东省高级人民法院关于网络游戏知识产权民事纠纷案件的审判指引(试行)》第6条;上海知识产权法院知识产权综合审判二庭课题组:《网络游戏知识产权司法保护研究——以著作权保护为主视角》,载上海知识产权法院网,<http://www.shzcfy.gov.cn/detail.jhtml?id=10014986>,最后访问日期:2023年5月26日。

[82] 参见李扬:《认真对待“网络游戏玩法”的法律保护》,载微信公众号“李扬知产”,2022年7月8日上传。

[83] See U. S. Copyright Office, *supra* note 54., at § 807.1.

记。^{〔84〕}按照作品表达整体保护观,游戏画面仅为金字塔结构中最底层的外在表达,网络游戏中受保护的表达,还应包括其他表达要素以及在此基础之上进行组合而成的更为抽象的内在表达。主张采取拆分保护模式的学者认为,在游戏设计阶段游戏玩法通常会以文档的形式加以描述,是先于游戏画面存在的。^{〔85〕}这种观点将游戏玩法限定于文字性的外在表达,从而使之与游戏画面对立起来。而在作品表达整体保护观下,游戏玩法、游戏情节与游戏本身并不是整体与部分的关系,游戏玩法及其呈现属于游戏整体表达中更为抽象的内在表达。正如学者指出,游戏玩法并非物理上独立于外在画面而存在,而是“表里匹配、相互映照、彼此成就、不可分离的有机整体”。^{〔86〕}

其次,作品表达整体保护观为将游戏玩法的具体呈现纳入可受保护的表达范畴提供了可能性。目前,学界关于游戏玩法的属性存在不同认识。一种观点认为,游戏玩法属于思想,即使可以被具体地表达出来也不会改变其本质;^{〔87〕}相反的观点则主张,具体到一定程度的游戏玩法可以脱离思想的范畴成为表达。^{〔88〕}我国法院已经开始承认,游戏玩法的具体呈现或者说游戏玩法具体设计可以构成表达。^{〔89〕}将视听作品中受保护的表达限定在画面上,排除了结合游戏要素对游戏玩法的具体呈现是否构成表达进行考察的机会。而作品表达整体保护观则对游戏玩法的保护持相对开放的态度,尤其是,现代游戏概念随着技术的发展发生了巨大变化,电子游戏玩法与普通游戏玩法已经呈现出不同的样态。美国学者指出,游戏是否侵权,必须运用计算机软件领域发展出来的复杂测试来衡量,而不是简单地贴上“游戏规则”这一幼稚的标签。^{〔90〕}“游戏换皮”类案件完全可能在视听作品项下纳入“综合非字面相似”的情形。最高人民法院在“太极熊猫案”的再审裁定亦指出,“玩法规则是一个笼统的说法,其是否受到保护,不应根据名称判断,而应根据具体表达方式,依照著作权法关于作品的规定特别是独创性的规定予以判断”。^{〔91〕}相对于完全排除对游戏玩法进行保护的做法,这种认识显然是一种进步。

〔84〕 See *Atari Games v. Oman*, 979 F.2d 242, 245 (D. C. Cir. 1992).

〔85〕 参见崔国斌,见前注〔5〕,第39页;张伟君,见前注〔5〕,第68页。

〔86〕 参见熊文聪:《游戏玩法规则:一个客观的实在》,载微信公号“版话”,2022年7月15日上传。

〔87〕 参见张伟君,见前注〔5〕,第71页。

〔88〕 参见熊文聪,见前注〔86〕;卢海君:“网络游戏规则的著作权法地位”,《经贸法律评论》2020年第1期,第134页。

〔89〕 参见暴雪娱乐有限公司等与广州四三九九信息科技有限公司等侵害著作权及不正当竞争纠纷案,上海市浦东新区人民法院民事判决书,(2017)沪0115民初77945号;菲狐公司与柏际公司等与深圳侠之谷公司著作权权属、侵权纠纷案,广州互联网法院民事判决书,(2018)粤0192民初1号。

〔90〕 See *Nimmer and Nimmer*, *supra* note 53. 该书作者举了一个例子,一本关于古希腊历史的书可以受到版权保护,但是当将其中内容制作成攻打马拉松战役或者在爱琴海诸岛航行的“游戏”时,却因被归为“游戏规则”而不予保护。如果在事实的选择、非历史元素的安排等方面均构成具有独创性的表达,该游戏亦应该获得版权保护。

〔91〕 参见苏州蜗牛数字科技股份有限公司与成都天象互动科技有限公司等侵害著作权纠纷案,最高人民法院民事裁定书,(2020)最高法民申5551号。

再次,游戏玩法的具体呈现不同于游戏的整体画面,在侵权判断过程中不能将二者混为一谈。司法实践中,有法院在就游戏具体要素进行对比的基础上,得出整体画面相似的结论,从而认定“游戏换皮”构成侵权。^[92]有学者对这种以画面近似为由保护游戏玩法的做法提出了批评。^[93]这种批评值得重视。画面只是视听作品的外在表达,而游戏玩法的具体呈现则属于内在表达,二者分别属于整体表达的不同层次,抽象程度不同,在侵权比对时不能简单地相互替代。游戏具体要素的安排和架构属于游戏玩法的具体呈现,这种呈现可能体现在画面上,亦可能与实际画面的呈现无关。令人欣慰的是,实践中已经有法院认识到以整体画面相似实现游戏玩法保护的做法存在问题。“热血传奇案”中,法院指出,“游戏换皮”类案件中实质性相似的判断不是直接比对整体画面,而是应当就游戏玩法的具体设计进行对比。^[94]当然,游戏玩法具体设计的对比,一般可以从游戏具体要素入手,只不过在此基础上还需继续考察各要素的组合、呈现方式是否相似,对该部分内容否构成原告游戏的实质部分进行分析。^[95]

(三)整体保护观在“静态侵权”类案件中的应用

实践中,在舞蹈作品、杂技作品、戏剧作品、视听作品等领域均可能出现未经许可拍摄剧照或者进行截图是否构成侵权的问题。这些“静态侵权”均属于“部分字面相似”的典型情形。有观点认为,单个静态的游戏画面并非动态画面,无法纳入整体游戏画面获得保护。^[96]这种观点的底层逻辑仍然是作品类型限定表达范围。根据作品表达整体保护观,应当认可静态画面亦属于视听作品整体表达的一部分,综合考察原告作品采用的各种表达手段,在此基础上,将侵权判定的重点放在对“被告所利用的静态画面是否构成原告作品动态画面的实质部分”的分析之上。

根据作品表达整体保护观,舞蹈作品中受保护的表达不应以动作为限。“月光案”中,一审法院即认为,舞蹈的独创性不仅可以体现在动态的舞蹈动作的连接、编排、组合中,亦可以体现在静态的舞蹈姿势上。^[97]该认识没有受到作品类型限定表达范围观念的影响,将舞蹈作品

[92] 参见广州硕星信息科技股份有限公司等与上海壮游信息科技有限公司等著作权权属、侵权纠纷案,上海知识产权法院民事判决书,(2016)沪73民终190号;广州网易计算机系统有限公司等与深圳市迷你玩科技有限公司侵害著作权纠纷案,广东省深圳市中级人民法院民事判决书,(2019)粤03民初2157号。

[93] 参见张伟君,见前注[27]。

[94] 参见娱美德有限公司等与广州三七互娱科技有限公司等著作权权属、侵权纠纷案,广州互联网法院民事判决书,(2019)粤0192民初38509号。本案主审法官撰文指出,由于网络游戏具有较强的互动性,在玩家的参与下可能呈现出不同的画面,传统电影作品侵权案件中对画面进行对比的方法并不适用,结合游戏自身特点,应将游戏玩法具体设计作为游戏的基本表达进行比对。参见周扬:《探析“换皮游戏”侵权判断方法及法律适用》,载微信公众号“知产财经”,2022年6月24日上传。

[95] See Atari, Inc. v. N. Am. Philips Consumer Elecs. Corp., 672 F.2d 607, 617-618 (7th Cir. 1982). 本案中,被告采用与原告基本相同的角色,并以极为相似的方式表达角色转换和“再生”过程,法院认为,由于原告游戏中特有的人物形象是使其区别于类似视频游戏的重要特色,普通观察者会得出被告抄袭原告游戏的结论。

[96] 参见焦和平:“网络游戏在线直播画面的作品属性再研究”,《当代法学》2018年第5期,第80—81页。

[97] 参见杨丽萍与云海肴(北京)餐饮管理有限公司等侵害著作权纠纷案,见前注[7]。

中受保护的表达扩展至静态的舞蹈姿势,但是,法官又直接以静态的舞蹈姿势亦属于受保护的表达为由判决被告构成侵权,并没能完全贯彻作品表达整体保护观。舞蹈作品作为综合性的艺术门类,受保护的表达包括动作、灯光、布景等多种元素以及这些元素的综合配合。“静态侵权”实际上是利用了舞蹈作品中外在表达的一部分,是否构成侵权,关键是要考察被告利用的静态画面是否构成原告舞蹈作品的实质部分。有学者指出,舞蹈表演时拍摄照片,如果基本无法还原连续的舞蹈动作设计,并不构成对舞蹈作品著作权的侵害。^[98] 这一观点实际上是在强调由于照片没能体现舞蹈动感,因此不构成舞蹈作品整体表达的实质部分。对此笔者认为,不能简单地以仅保护动作为由,认为任何静态图片均无法构成舞蹈作品的实质部分,拒绝为“静态侵权”提供保护。如前文所述,美国司法实践确认,系列照片甚至单幅照片如果可以使观众感受到舞蹈作品传达的动感,仍然构成版权侵权。这种认定坚持了作品表达整体观,认可了静态图片落入舞蹈作品受保护的表达范围,即如果该画面能够体现舞蹈的动感则属于舞蹈作品的实质部分。

在涉及视听作品的“静态侵权”类案件中,亦有法院以静态画面属于活动画面的组成部分为由,认定影视剧截图构成侵权。^[99] 同理,认可静态画面属于视听作品表达一部分的观点,坚持了作品表达整体保护观,无疑是正确的。但是,如果仅仅以此为由认定被告构成侵权,没能对该部分是否属于原告视听作品整体表达的实质部分进行分析,仍然未能完全贯彻作品表达整体保护观。在英国,法院则会对静态画面是否构成影片的实质部分进行专门的论述。^[100] 前述做法值得我国借鉴。

五、结 论

作品类型限定表达范围的观点,是近年来关于作品类型规范意义讨论的延续。然而,以作品类型限定表达范围为基础的拆分保护模式在实践中面临诸多问题难以解决。理论上,表现形式与表达系不同概念,表现形式是对作品表达手段的描述,而表达手段仅仅与外在表达有关,与内在表达无关。根据表达手段的不同对表达进行拆解,将内在表达与外在表达剥离,违反了表达整体性原理。以特定作品类型的特征性表现形式所确定的外在表达为准来划定保护范围,不但排斥了其他外在表达,也排斥了内在表达。作为示例性规范,作品类型的规范意义在于对可受著作权保护的作品形式进行列举,不应起到限制受保护表达范围的作用。

在著作权侵权判定过程中,应当坚持作品表达整体保护观,综合考虑作品采用的各种表达

[98] 参见王迁,见前注[15],第108页。

[99] 参见深圳市蜀黍科技有限公司与优酷网络技术(北京)有限公司侵害著作权纠纷案,北京知识产权法院民事判决书,(2020)京73民终187号;东阳市乐视花儿影视文化有限公司与北京豆网科技有限公司侵害著作权纠纷案,北京市朝阳区人民法院民事判决书,(2017)京0105民初10028号。

[100] See *Spelling Goldberg Productions v. BPC Publishing*, [1981] RPC 283. 该案中,被告在杂志上使用了原告电影中几个互不连贯镜头的照片,法院指出,部分镜头、甚至是一个单独的镜头均属于影片的一部分,如果该部分构成整个影片的实质部分,对其复制即构成版权侵权。

形式,将外在表达和内在表达均纳入考量范围,以被告是否利用了作品的实质部分作为侵权判断的根本标准。

就“游戏换皮”类案件而言,简单地以电子游戏归类为视听作品为由将保护范围限定在画面之上,排除了对其他表达要素以及各个要素组合安排的考量,完全关闭了著作权法保护游戏玩法具体呈现方式的大门。坚持作品表达整体保护观,一方面可以在观念上对游戏玩法的著作权保护采取较为开放、灵活的态度,另一方面亦可以纠正实践中以画面对比代替游戏玩法具体呈现方式对比的不当做法。

就“静态侵权”类案件而言,坚持作品表达整体保护观,为现有司法实践中对静态图片属于视听作品、戏剧作品或者舞蹈作品中受保护表达范围的做法提供了理论支撑;同时,也提示我们对以部分对比代替整体对比的做法保持警惕。

Abstract: After the China's Copyright Law clearly adopted the open mode for the categories of protected works, there is still a view that the scope of protected expression in a specific work should be limited by the type of the works. Accordingly, works in real life should be separated according to different forms of expression, and put into different types of works in law for separate protection. However, the split protection mode may face problems such as lack of practical basis, denial of adaptation rights, and conflicting with the current ownership rules. It should be noted that “form of expression” and “expression” are totally different concepts. The form of expression is only related to the external expression, but is not related to internal expression. The expression of a work should be protected as a whole: a work is the synthesis of various means of expression, and the internal expression is based on the external expression and cannot be separated from it. The expression form in the definition of a specific type of work is the description of the characteristic expression means of this type of work. As an enumeration, work type should not limit the scope of expression of a specific type of work. So, we should adhere to the concept of comprehensive protection of the expression of works, and treat whether the defendant has used the substantial part of the comprehensive expression of the plaintiff's work as the standard for defining a copyright infringement. The logic above should be implemented in the sorts of “change of game skin” and “static infringement” cases.

Key Words: Category of Work; Form of Expression; Expression; Comprehensive Protection Concept; “Change of Game Skin”

(责任编辑:杨 明)