

论视听作品的范围及权利归属

王 迁*

摘 要 2020年修改的《著作权法》第17条用“视听作品”的名称取代了“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”，并将其分为“电影作品、电视剧作品”和“其他视听作品”，分别规定了著作权归属。前者著作权由制作者享有，后者则由制作者与作者约定。该规定是建立在有关“视听作品”的范围大于“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”的误解基础上的。它导致难以划分两类视听作品，同时“其他视听作品”的著作权归属对于潜在利用者而言将难以确定，因为约定将产生著作权归制作者、合作作者或其中特定合作作者的复杂可能性。此类视听作品的交易安全将由此受到损害，交易成本将不可避免地上升。建议将“其他视听作品”的范围局限于电子游戏的连续画面，同时认定潜在利用者有权信赖此类视听作品版权标识中标注的人就是权利人，以此减少修改后《著作权法》中视听作品著作权归属规则带来的负面影响。

关键词 电影作品 以类似摄制电影的方法创作的作品 视听作品 权利归属

引 言

2020年11月11日，历时九年的《著作权法》第三次修订工作终于完成。^{〔1〕}与2010年修

* 华东政法大学教授。本文为国家社会科学基金重大项目“媒体融合中的版权理论与运用研究”（项目编号：19ZDA330）和教育部人文社会科学研究规划基金项目“网络游戏产业良性发展的版权保障研究”（项目编号：19YJA820040）的阶段性成果。

〔1〕《著作权法》第三次修订工作于2011年7月13日正式启动，参见赖名芳：“《著作权法》第三次修订启动”，载中国新闻出版广电网，<http://data.chinaxweb.com/epaper/2011/2011-07-14/12358.html>，最后访问日期：2021年4月10日。

订形成的现行《著作权法》(以下简称“2010年《著作权法》”)相比,^{〔2〕}修改后的《著作权法》(以下简称“2020年《著作权法》”)最大的变化之一就在于将“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”改为“视听作品”,^{〔3〕}同时将视听作品区分为“电影作品、电视剧作品”(以下简称“电影、电视剧作品”)和“电影作品、电视剧作品以外的视听作品”(以下简称“其他视听作品”),并分别规定了著作权归属规则。^{〔4〕}

其中,以“视听作品”的名称替代“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”,在2012年3月国家版权局公布的《著作权法(修改草案)》(以下简称“国家版权局第一次征求意见稿”)中就出现了,^{〔5〕}在此后的各修改草案中一直保留,可谓反映了各界的共识。但是,这一修改仅仅是名称的替换而不涉及作品范围的改变,还是扩大了此类作品的范围,却没有形成一致意见。

将视听作品区分为“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”并分别规定著作权归属规则,则是在2020年8月公开征求意见的《著作权法修正案(草案)(第二次审议稿)》(以下简称“第二次审议稿”)中才出现的。^{〔6〕}在有关第二次审议稿审议情况的报道中,这一点被称为修改草案的一大亮点。^{〔7〕}然而,该条当时就在学界和业界引起了相当大的质疑之声,^{〔8〕}导致相关规定在2020年11月11日之前再次进行了较大调整,但没有改变对视听作品的分类和对不同类别的视听作品分别适用不同著作权归属规则的做法。仓促之间制订和通过的视听作品分类和著作权归属规则,带来了一系列事关视听产业发展的重大问题。其核心在于如何划分“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”,以及如何解释和适用新的视听作品著作权归属规则。

同时,这两处修改及其引发的问题之间存在着重要的联系。全国人民代表大会宪法和法律委员会向第十三届全国人民代表大会常务委员会就《著作权法修正案(草案)》修改情况所作的汇报记载了以下内容:

有些地方、单位、专家和社会公众提出,草案将“电影作品和以类似摄制电影的方法创

〔2〕 现行《著作权法》中的主要内容是2001年修订形成的,2010年的修订工作只对两个条文进行了调整,参见“全国人民代表大会常务委员会关于修改《中华人民共和国著作权法》的决定(2010年2月26日第十一届全国人民代表大会常务委员第十三次会议通过)”,载中国人大网,http://www.npc.gov.cn/zgrdw/huiyi/cwh/1113/2010-02/26/content_1545078.htm,最后访问日期:2010年3月1日。

〔3〕 参见2020年《著作权法》第3条第6项。

〔4〕 参见2020年《著作权法》第17条。

〔5〕 参见“《中华人民共和国著作权法(修改草案)》(2012年3月)”,载国家版权局网站,<http://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/12228/346270.shtml>,最后访问日期:2021年4月12日。

〔6〕 参见第二次审议稿第17条第1款、第2款。

〔7〕 参见史竞男、白阳:“著作权法修正案草案二审 拟对视听作品著作权分类保护”,其中称“草案二审稿的一大亮点,是拟对视听作品的著作权归属进行区分”,载新华网,http://www.xinhuanet.com/2020-08/08/c_1126342379.htm,最后访问日期:2020年8月8日。

〔8〕 参见王迁:“对《著作权法修正案(草案)(二次审议稿)》的四点意见”,《知识产权》2020年第9期,第38—42页;张晓娜:“专家学者热议视听作品著作权分类保护”,载《民主与法制时报》2020年9月24日,第2版;李正宁:“视听作品的著作权归属条款不宜改动——对著作权法修正案二读草案第十七条的建议”,载搜狐网,https://www.sohu.com/a/416017766_221481,最后访问日期:2020年9月1日。

作的作品”修改为“视听作品”，扩大了此类作品范围，将电影、电视剧作品与其他视听作品的著作权归属作统一规定不妥，建议对视听作品进行区分，对各自的著作权归属作相应的规定。宪法和法律委员会经研究，建议作以下修改，原草案的著作权归属原则适用于“电影作品、电视剧作品”，另增加规定，其他视听作品……（下文为新增加的“其他视听作品”的著作权归属规则，此处不再引述——笔者注）。〔9〕

据此，之所以在第二次审议稿中将视听作品区分为“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”并分别规定著作权归属规则，就是因为立法者认同将“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”修改为“视听作品”后，扩大了此类作品的范围，因此不应再沿用以往的著作权归属规则。这一认识是否正确，也成为判断分类规定视听作品及著作权归属规则是否科学的重要依据。

本文试对2020年《著作权法》中视听作品的范围、两类视听作品的分类标准以及视听作品著作权归属的规则进行研究，以期对2020年《著作权法》有关视听作品新规定的合理适用和保障视听产业健康发展提供参考，更希望为下一轮的《著作权法》修订工作提供借鉴。

一、视听作品的范围

上文所述，立法者区分视听作品的类型并分别规定著作权归属规则，是以“视听作品”的范围大于“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”为基础的。事实上，不仅立法者有此观点，在学界和业界也有相同的认识。如有学者提出：“视听作品”相对于“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”而言，“其概念内涵更广泛，能够将通过不同艺术形式表现的作品包含其中。”〔10〕笔者认为，这一认识是不正确的。

（一）“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”的起源与范围

《著作权法》在此次修改前后使用的术语“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”和“视听作品”都不是源于我国自己的创造，而是直接借鉴国际条约及外国立法的结果，因此了解这两个术语在国际条约及国外法中的含义对于解释它们在《著作权法》中所指的作品范围具有重要作用。

《著作权法》修改前规定的“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”显然来源于《伯尔尼公约》1948年布鲁塞尔文本第2条第1款所规定的“电影作品和以类似摄制电影方法创作的作品”（cinematographic works and works produced by a process analogous to cinematography）。但我国加入的又是《伯尔尼公约》1971年巴黎文本，其第2条第1款中使用的术语已被改为“cinematographic works to which are assimilated works expressed by a process a-

〔9〕 参见全国人民代表大会宪法和法律委员会在2020年8月8日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议上所作“关于《中华人民共和国著作权法修正案（草案）》修改情况的汇报”，载中国人大网，<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202011/4aae8f3d0293467f889e320e1cbfee13.shtml>，最后访问日期：2021年4月10日。

〔10〕 孙国瑞、刘玉芳、孟霞：“视听作品的著作权保护研究”，《知识产权》2011年第10期，第62页。

analogous to cinematography”，《伯尔尼公约》官方中文本的翻译是“电影作品和以类似摄制电影的方法表现的作品”，但原文中并没有出现“和”(and)，直译应为“电影作品(用类似摄制电影的方法表现的作品与电影作品属于同类作品)”。^{〔11〕} 由于我国必须遵守《伯尔尼公约》1971年巴黎文本的规定，因此2010年《著作权法》虽然使用的还是《伯尔尼公约》1948年布鲁塞尔文本所使用的术语，但对此类作品的范围应当根据《伯尔尼公约》1971年巴黎文本的规定进行解释。显然，澄清《伯尔尼公约》两个文本之间用语差异所代表的保护范围的差异，对确定2010年《著作权法》中“电影作品和以类似摄制电影方法创作的作品”的含义极为重要。

根据《伯尔尼公约指南》的解释，《伯尔尼公约》所保护的影视作品有极大的包容性。无论体裁如何(纪录片、新闻短片、专题报道片或按剧本拍摄的故事片)，长度如何，制作方式如何(外景拍摄、摄影棚拍摄、卡通制作等)，工艺方法如何(拍摄在赛璐珞片或录像带上)，用途如何(电影院放映或电视播放)，以及制作者是谁(商业制片公司、电视组织或单纯的业余爱好者)，都可以被纳入传统意义上的电影作品的概念之中。^{〔12〕}

传播技术在20世纪五十年代之后的发展引发了一个新问题，未被预先录制的现场直播连续画面，如电视台在新闻事件的现场所进行的直播，在符合独创性的条件下能否受到《伯尔尼公约》的保护？换言之，《伯尔尼公约》保护的影视作品，是否必须以预先固定为前提条件？这一问题成为1967年斯德哥尔摩外交会议(会议成果是形成了1967年斯德哥尔摩文本)的重要议题。^{〔13〕} 在讨论中形成了两种对立的观点，即要求以固定为保护前提和不以固定为保护前提。^{〔14〕} 最终，斯德哥尔摩外交会议采用了以下解决方案：一是将“电影作品和以类似摄制电影方法创作的作品”改为“电影作品和以类似摄制电影的方法表现的作品”，二是明确允许成员国将“已在物质载体上固定”作为所有作品或者特定类型作品的保护条件。^{〔15〕} 该规定在《伯尔尼公约》1971年巴黎文本中也予以保留。

这两处修改达到的效果，一方面是强调此类作品只要在表现形式上与传统意义上的电影类似即可，也就是可借助设备播放的连续画面，与是否预先固定在物质载体上无关；另一方面明确各成员国无权不保护那些没有预先固定的连续画面。由此可见，上述术语修改唯一引起的变化就是使之可以包容未予固定的连续画面。但成员国仍然有权选择不保护未固定的连续画面。

表面上看，我国于1992年加入《伯尔尼公约》(1971年巴黎文本)后，在2001年修改《著作权法》时，没有采用“电影作品和以类似摄制电影的方法表现的作品”的名称，似乎属于在立法

〔11〕 这是笔者求教著名翻译家张经浩教授时，张经浩教授所作的翻译。

〔12〕 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》(附英文文本)，刘波林译，中国人民大学出版社2002年版，第14—15页。

〔13〕 See WIPO, *Records of the International Intellectual Property Conference of Stockholm (1967)*, Geneva: WIPO Publication No. 311 (E), 1971, p. 1176.

〔14〕 Ibid., pp. 616—865.

〔15〕 由此形成的《伯尔尼公约》第2条第2款规定：“本同盟各成员国得通过国内立法规定所有作品或任何特定种类的作品如果未以某种物质形式固定下来便不受保护。”

上的重大失误。然而,由于《著作权法实施条例》将“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”定义为“摄制在一定介质上……的作品”,^[16]而“摄制在一定介质上”当然意味着连续画面已经被固定在某种物质载体上,是极为清楚的对“已固定”的要求。其他国家立法中被公认为要求电影作品须“已固定”的规定,也采用了类似的用语。^[17]如上文所述,“电影作品和以类似摄制电影方法创作的作品”与“电影作品和以类似摄制电影的方法表现的作品”的区别就在于后者可以包含未被预先固定的连续画面。在《著作权法实施条例》只将已固定的连续画面作为此类作品进行保护的情况下,《著作权法》无论使用哪个术语,在范围上都不会有所不同。

由此可见,2010年《著作权法》中的“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”的范围足以覆盖任何独创性的、已固定的连续画面,而且可以将通过新的制作手段形成的此类连续画面纳入其中,包括音乐电视(MV)、电子游戏中的连续画面和“微电影”等短视频。

(二)“视听作品”的起源与范围

与“以类似摄制电影的方法创作的作品”早在1948年就被规定在《伯尔尼公约》中不同,“视听作品”在国际条约中直至1989年才在当年由世界知识产权组织主持缔约的《视听作品国际注册条约》(又称《电影注册条约》,该条约已于1993年终止)中出现。^[18]该条约的目的是建立对视听作品的国际登记机制,以便缔约方的当事人登记有关视听作品及其权利归属的声明,并使该登记的声明在缔约方得到承认。^[19]换言之,虽然视听作品的著作权保护仍然是自动产生,不以登记为前提,但依该条约进行的登记在缔约方被推定为真实有效。^[20]条约的制订者显然认为,这样的登记系统将使潜在的受让人和被许可人知晓视听作品的权利归属并放心地与之进行交易,从而可以保障交易安全、降低交易成本,促进视听作品在世界范围内的传播。

《视听作品国际注册条约》第2条对“视听作品”进行了如下定义:“在本条约中,‘视听作品’指任何由一系列有伴音或无伴音的已录制的相关画面组成,可被视觉所感知的作品,当有伴音时,还可被听觉所感知。”根据该定义,《视听作品国际注册条约》中的“视听作品”必须是“已录制的”(fixed)连续画面。同时,根据该条约《基础提案》的解释,“视听作品”是艺术领域的智力创作成果,录制它的载体既可以是胶片、磁盘或磁带,也可以是未来出现的新载体;其用

[16] 《著作权法实施条例》第4条第11项规定:“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品,是指摄制在一定介质上,由一系列有伴音或者无伴音的画面组成,并且借助适当装置放映或以其他方式传播的作品”。

[17] 如英国版权法要求“电影”(film)“录制在任何介质上,从中可通过任何手段生成连续画面”。See Copyright, Designs and Patents Act 1988, Section 5B (1), <http://www.legislation.gov.uk/Ukpga/1988/48/section/5B>, last visited on 12 April 2021. 该规定被公认为要求“电影”必须“已固定”。

[18] See Treaty on the International Registration of Audiovisual Works, https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/other_treaties/frt-treaty.pdf, last visited on 2 April 2021.

[19] Ibid., Article 3(1), 4(1).

[20] 《视听作品国际注册条约》第4条(国际注册的法律效力)规定:“(1)(法律效力)每个缔约国承诺承认在国际注册簿中记录的声明在有相反证据被证实之前,应被视为真实,除非(i)该声明根据该国版权法或任何有关视听作品知识产权的其他法律无效,或(ii)该声明与国际注册簿中记录的另一声明相矛盾。”法条出处见前注[18]。

途,如用于影院播放还是电视台播出,则无关紧要。〔21〕

由此可见,《视听作品国际注册条约》中“视听作品”的范围与《伯尔尼公约》1948年布鲁塞尔文本中的“电影作品和以类似摄制电影方法创作的作品”是一致的。它和《伯尔尼公约》1967年斯德哥尔摩文本和1971年巴黎文本中“电影作品和以类似摄制电影的方法表现的作品”在范围上存在的唯一差异,在于它并不包含未预先录制就播出的连续画面,也就是现场直播形成的画面。但这只是显而易见的技术原因造成的,那就是《视听作品国际注册条约》的作用与《伯尔尼公约》不同,不是一般性地规定对视听作品的保护,而是建立国际登记机制。现场直播画面除非被录制(固定)在物质载体上形成复制件,否则无法提交世界知识产权组织进行登记。同时,如上文所述,由于《伯尔尼公约》1967年斯德哥尔摩文本和1971年巴黎文本允许成员国只保护已固定的此类作品,因此这种技术性的差异无关紧要。

也因为如此,世界知识产权组织编写的《世界知识产权组织管理的版权和相关权条约指南及版权及相关术语汇编》在解释“视听作品”时指出:“‘视听作品’是《伯尔尼公约》第2条第1款非穷尽式列举的文学艺术作品中‘电影作品和以类似摄制电影的方法表现的作品’较为简洁的同义语。”〔22〕该书在解释“电影作品”时指出:“当在《伯尔尼公约》中使用(‘电影作品’这一术语)时,(‘电影作品’)是指……《伯尔尼公约》第2条第1款非穷尽式列举的文学艺术作品中作为‘电影作品和以类似摄制电影的方法表现的作品’的广义类型。它对应的是‘视听作品’的概念。”〔23〕

由此可见,在国际条约中,“视听作品”和“电影作品和以类似摄制电影方法创作的作品”是可以互换的同义语。问题在于,既然“视听作品”并没有扩大《伯尔尼公约》中同一类作品的范围,为什么《视听作品国际注册条约》没有沿用《伯尔尼公约》中的“电影作品和以类似摄制电影的方法表现的作品”,而是使用了“视听作品”这一新的术语呢?《视听作品国际注册条约》的会议记录并未对此进行解释。

笔者认为,这其中的主要原因在于《伯尔尼公约》中的“电影作品和以类似摄制电影的方法表现的作品”是一个既拗口又冗长、结构复杂的短语。虽然该用语具有技术中立性,可以实现对各种连续画面进行全覆盖的效果,但毕竟不是每个人都是法律专家,不可能都对《伯尔尼公约》中高度抽象与复杂的用语进行过深入研究。许多业界人士很难理解许多采用新技术或新的制作模式生成的连续画面与“电影”有何关系。

“audiovisual work”则是一个显得既简洁又便于理解的用语,不会使人们产生它仅指与“电影”有关的刻板印象,从而使它用于电子游戏连续画面等通过新技术产生的连续画面时,更容易被公众所接受。换言之,不是因为“视听作品”在法律意义上的涵盖范围真的比“电影作

〔21〕 See WIPO, *Records of the Diplomatic Conference for the Conclusion of a Treaty on the International Registration of Audiovisual Works*, Geneva: WIPO Publication No. 343 (E), 1989, p. 78.

〔22〕 WIPO, *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms*, Geneva: WIPO Publication No. 891 (E), 2003, p. 268.

〔23〕 *Ibid.*, p. 273.

品和以类似摄制电影的方法表现的作品”更大,而是人们感觉如此。

当然,“视听作品”(audiovisual work)的用语给人的印象是此类作品必须能够被“听”到(audible),也就是必须有伴音,而事实并非如此。这可能是“视听作品”直至1989年才在国际条约中出现,而且直到今天还有大量国家未在著作权立法中使用这一术语的原因。据统计,在世界知识产权组织成员国中,仅规定了“视听作品”的有80个国家,多数都是发展中国家;未规定“视听作品”,仅规定了“电影作品”“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”或“电影作品和以类似摄制电影的方法表现的作品”的有50个(包括加拿大、英国、德国、意大利、奥地利、葡萄牙、荷兰、爱尔兰、丹麦、芬兰、日本、韩国、新加坡、以色列、澳大利亚和新西兰);还有47个国家规定了“电影作品和其他视听作品”(包括美国、西班牙、瑞士、法国和挪威)。^[24]多数发达国家都属于后两种情况。如果认为国际上的“视听作品”比“电影作品”“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”或“电影作品和以类似摄制电影的方法表现的作品”范围要大,则意味着多数发展中国家保护的此类作品范围大于多数发达国家,这当然是不可能的。

(三)“视听作品”与“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”在我国的关系

国际条约是需要各缔约方的国内法予以实施的,不同国家实施国际条约的方式并不相同。因此,对于在我国著作权立法中“电影作品和以类似摄制电影方法创作的作品”与“视听作品”之间的关系,还需要结合我国立法中的具体规定,特别是在修改《著作权法》过程中条文的变化予以分析。

如上文所述,我国2010年《著作权法》中的“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”可以覆盖任何符合独创性要求的且已固定在物质载体之中的连续画面。例如,我国法院普遍将符合独创性要求的音乐电视作为类电作品保护,即反映了这一共识。^[25]其中唯一有可能产生的疑问,就是《著作权法实施条例》要求此类作品必须被“摄制在一定介质上”,其中的“摄制”似乎将此类作品限定于摄像机拍摄形成的连续画面,从而排斥了使用计算机技术“制作”出的连续画面。但这一用语上的瑕疵是可以通过法律解释技术解决的。

既然《著作权法》中的“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”来源于《伯尔尼公约》,且我国立法者并未表示其有意使该用语具有不同于《伯尔尼公约》中相同用语的特定含义,对该用语的解释就应当尽量与《伯尔尼公约》保持一致。与此同时,虽然“摄制”通常被理解为“拍摄”,但毕竟《著作权法实施条例》的用语不是“拍摄”而是“摄制”。根据上述法律解释方法,“摄制”就可以被广义地解释为“拍摄”与“制作”。

在目前的司法实践中,法院也是作出了相同的解释。例如,对于动画片《大闹天宫》这种并

[24] 以上统计为查阅世界知识产权组织网站公布的其成员著作权立法的结果。

[25] 从2003年我国发生涉及音乐电视的诉讼以来,法院在绝大多数案件中认定涉案的音乐电视为“以类似摄制电影的方法创作的作品”,早期判决参见华纳唱片有限公司与北京唐人街餐饮娱乐有限公司侵犯著作权纠纷案,北京市高级人民法院(2004)高民终字第156号民事判决书。在少数案件中,法院认为涉案音乐电视独创性不足(如仅是缺乏镜头变换和剪辑制作的演唱会的现场录像),构成录像制品。参见“正东唱片有限公司与上海麒麟大厦文化娱乐有限公司著作财产权纠纷案”,上海市第二中级人民法院(2004)沪二中民五(知)初字第12号民事判决书。

非通过摄像机拍摄形成的连续画面,法院认定其为电影作品。^[26]再如,电子游戏的连续画面是应用计算机绘制与处理产生的,也不源于摄像机的拍摄,但法院对于符合独创性要求的仍然将其认定为类电作品。^[27]由此可见,2010年《著作权法》中的“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”具有极强的包容性,可以涵盖任何有独创性且已固定在物质载体上的连续画面,这一点是毋庸置疑的。

然而,在2011年《著作权法》第三次修订工作启动后,出现了将该用语改为“视听作品”的呼声。除了与前文所论述的国际条约进行此种术语修改的相同原因,还存在着基于国情产生的特殊原因。2010年《著作权法》根据独创性程度将已在物质载体上固定的连续画面一分为二——“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”及“录像制品”,两者是非此即彼的关系。^[28]同时,该法对这两者的权利人设定的专有权利并不相同,即对前者的保护水平高于后者。其中录像制作者并不享有“放映权”和“除许可电视台播放之外”的其他非交互式传播权。^[29]这就导致未经录像制作者许可在经营场所公开展映录像制品,以及“网络电视台”根据预定公布的节目时间表通过互联网传播录像制品的行为,并不构成对录制者权的侵权。

这样一来,如何区分这两类连续画面就成为非常重要的问题。在某些情况下,这种区分会引起激烈的争议,如独创性程度不高的音乐电视背景画面。此时当然需要进行个案判断。而个案判断不可避免地会导致一定程度的不确定性。因此,在讨论《著作权法》修订的过程中,出现了取消“录像制品”的呼声。^[30]这种意见也对《著作权法》的修订产生了一定影响。如上文所述,早在2012年3月国家版权局第一次征求意见稿中,“视听作品”的用语就取代了“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”。在该征求意见稿中,“视听作品”被定义为“固定在一定介质上,由一系列有伴音或者无伴音的画面组成,并且借助技术设备放映或者以其他方式传播的作品”。^[31]表面上看,该定义与《著作权法实施条例》对“电影作品和以类似摄制电影

[26] 参见上海美术电影制片厂与上海全土豆网络科技有限公司侵犯著作财产权纠纷案,上海市浦东新区人民法院(2009)浦民三(知)初字第12号民事判决书。

[27] 参见广州硕星信息科技股份有限公司、广州维动网络科技有限公司与上海壮游信息科技有限公司、上海哈网信息技术有限公司著作权侵权及不正当竞争纠纷案,上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第529号民事判决书,上海知识产权法院(2016)沪73民终190号民事判决书。

[28] 《著作权法实施条例》第5条第3项对“录像制品”的定义是“指电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品以外的任何有伴音或者无伴音的连续相关形象、图像的录制品”。

[29] 参见2010年《著作权法》第42条、第46条。

[30] 参见张玉敏、曹博:“录像制品性质初探”,《清华法学》2011年第1期,第61页;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22—24页;杨幸芳、李伟民:“视听作品的定义与分类研究——兼评我国《著作权法》第三次修订中‘视听作品’的修改”,《中国政法大学学报》2020年第3期,第51页。

[31] 《中华人民共和国著作权法(修改草案)》(2012年3月国家版权局公开征求意见稿)第3条第2款第12项。

的方法创作的作品”的定义如出一辙。^{〔32〕}然而该修改草案从邻接权的客体中删除了“录像制品”。国家版权局对此的解释是：

（修改草案）与现行《著作权法》相比，其主要区别为：（1）将“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”改为国际社会较普遍使用的“视听作品”，同时在相关权部分取消了“录像制品”的规定，主要理由是视听作品的表述更加简洁，单设一类录像制品作为相关权客体的立法例不普遍，多数情况下录像制品都可作为“视听作品”保护；^{〔33〕}

按此解释，取消录像制品规定的法律效果并不是录像制品不再受到任何保护，而是将其中的多数作为视听作品的一种提供保护。这就意味着构成视听作品所需的独创性程度必然会相应降低，这导致该修改草案中视听作品的范围确实较2010年《著作权法》中“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”的范围更大。在2012年7月国家版权局公开征求意见的《中华人民共和国著作权法（修改草案第二稿）》，以及2013年国家版权局向当时的国务院法制办公室提交的，并由国务院法制办公室公开征求意见的《中华人民共和国著作权法（修订草案送审稿）》中，都保持了国家版权局第一次征求意见稿的上述思路，即一方面将“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”改为“视听作品”，^{〔34〕}另一方面取消“录像制品”的规定并将其纳入“视听作品”。如果相关修改在2020年《著作权法》中得以保留，则2020年《著作权法》中的“视听作品”就会因纳入了“录像制品”而在范围上大于“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”。

但需要指出的是，即便如此，这一结果也不是用“视听作品”替代“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”本身造成的，而是取消“录像制品”的规定并将其纳入“视听作品”导致的。假设在2020年《著作权法》中，“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”的名称保持不变，但同样取消“录像制品”的规定并将其纳入此类作品，则此类作品的范围也会扩大。

然而，2020年《著作权法》在将“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”改为“视听作品”的同时，并没有取消“录像制品”的规定，^{〔35〕}也就是没有将“录像制品”并入“视听作品”。在这种情况下，既然“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”在2010年《著作权法》中已可涵盖任何具有独创性的、已在物质载体上固定的连续画面，包括动画片、音乐电视和网络游戏连续画面等，2020年《著作权法》用“视听作品”替换该用语并不属于实质性修改，而只是改变了此类作品的名称，并没有扩大作品的范围。

〔32〕 此处唯一的调整就是将“摄制在一定介质上”改为“固定在一定介质上”。如上文所述，法院在司法实践中早已根据《伯尔尼公约》将“摄制”解释为包括无需摄像机拍摄的“制作”，因此这一处改动仅具有形式意义。

〔33〕 国家版权局：“关于《中华人民共和国著作权法》（修改草案）的简要说明”，载国家版权局网站，<http://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/12228/346270.shtml>，最后访问日期：2021年4月10日。

〔34〕 《中华人民共和国著作权法（修改草案第二稿）》（2012年7月国家版权局公开征求意见稿）第3条第2款第12项；《中华人民共和国著作权法（修订草案送审稿）》（2014年国务院法制办公开征求意见稿）第5条第2款第12项。

〔35〕 参见2020年《著作权法》第44条。

这一结论也可以从其他国家的立法中得到验证。2006年的欧共体《出租权、出借权和知识产权领域特定与版权相关的权利指令》(以下简称《邻接权指令》)明确规定:“影片(film)指电影作品或者视听作品,或连续画面(moving images)。”^[36]其中的“电影作品”和“视听作品”之间使用的是“或者”(cinematographic or audiovisual work),这两者明显是可以相互替换的同义词。而“连续画面”(moving images)则不同于“电影作品”和“视听作品”,是指不构成作品的其他连续画面,也就是我国《著作权法》和德国等欧盟成员国立法中规定的“录像制品”。^[37]

美国的立法则从另一个角度说明了上述结论。美国《版权法》规定的第六类作品为“电影和其他视听作品”。^[38]其中“视听作品”被定义为“由一系列相关画面组成,本质上是为了借助诸如放映机、幻灯机或电子设备,与伴音(如有)一起放映的作品,无论体现作品的物质载体(如电影胶片或录像带)的性质如何。”^[39]“电影”则被定义为“由一系列相关画面组成的视听作品,与伴音(如有)一起连续播放时,产生动感。”^[40]从中可以看出,“电影(作品)”是“视听作品”的下位概念,是“视听作品”的一种类型。“电影(作品)”的构成要件是在“连续播放时,产生动感”(when shown in succession, impart an impression of motion),也就是必须能让观看者感觉相关画面动了起来,但这并非是对所有“视听作品”的要求。属于“视听作品”而不属于“电影(作品)”的典型实例是由一系列画面构成,且上下页之间存在密切联系的幻灯片,^[41]如为教学而制作的课件。无论以多快的速度播放幻灯片,观看者都不会觉得其中的画面动了起来,因此其不属于“电影(作品)”,但它属于其他“视听作品”。

我国《著作权法实施条例》对“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”的定义中并没有出现“产生动感”的表述。这就意味着2010年《著作权法》中的“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”与美国《版权法》中的“视听作品”在范围上是相同的,广于美国《版权法》中以“产生动感”为构成要件的“电影(作品)”。

当然,如上文所述,《著作权法实施条例》将“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”定义为“摄制在一定介质上……”,是对固定的要求。如果《著作权法实施条例》未来在修改时,删除了这一要求,则2020年《著作权法》中“视听作品”的范围将大于2010年《著作权法》中的“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”,因为其将包含未事先在物质载体上予以

[36] Directive 2006/115/EC on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, Article 2.1 (c).

[37] 相关规定参见德国《著作权法》第95条、法国《知识产权法典》第L215-1条、西班牙《知识产权法》第115条、意大利《著作权法》第78条之三、比利时《著作权法》第39条、瑞典《著作权法》第46条和瑞士《著作权法》第36条等。德国学者雷炳德指出,对体育活动、自然活动、军事行动的拍摄,谈话节目、戏剧或歌剧等的拍摄等不能构成影视作品,而只属于“活动影像(画面)”。参见(德)雷炳德:《著作权法》,张恩民译,法律出版社2004年版,第154页。

[38] 17 U.S.C. § 102 (a) (6).

[39] 17 U.S.C. § 101, “Audiovisual works”.

[40] 17 U.S.C. § 101, “Motion pictures”.

[41] See Melville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, New York: Matthew Bender, 2017, § 2.09 [C].

固定的连续画面。然而,且不说《著作权法实施条例》是否会做此修改还不得而知,即使确实删除了“摄制在一定介质上”的规定,由此扩大了“视听作品”的范围,这一变化也不是2020年《著作权法》用“视听作品”替换“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”本身造成的,而是对此类作品的定义进行修改导致的。假如2020年《著作权法》仍然使用了“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”的术语,但《著作权法实施条例》在修改时不再要求“摄制在一定介质上”,则“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”的范围也会相应地扩大。换言之,可能发生的作品范围的扩大也与《著作权法》此次修改无关。

综上所述,“将‘电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品’修改为‘视听作品’,扩大了此类作品范围”的认识是缺乏依据的。令人遗憾的是,以这一不当认识为基础,2020年《著作权法》在全世界首创了将“视听作品”区分为“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”并分别采用不同著作权归属规则的做法,可能导致严重的负面影响。

二、“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”的区分

2020年《著作权法》第17条将“视听作品”分为“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”,并分别对这两类“视听作品”的著作权归属进行了规定。其中第1款规定:“视听作品中的电影作品、电视剧作品的著作权由制作者享有,但编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权,并有权按照与制作者签订的合同获得报酬。”该规定与2010年《著作权法》第15条第1款对“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”著作权归属的规定实质相同。

问题的关键在于,2020年《著作权法》第17条第2款对“其他视听作品”著作权归属的规定属于高度创新。该款规定:“前款规定以外的视听作品的著作权归属由当事人约定;没有约定或者约定不明确的,由制作者享有,但作者享有署名权和获得报酬的权利。”该款采用的著作权归属规则完全不同于第1款的规定,不是将著作权归属于制作者享有,而是采用了“约定优先,无约定时归制作者”的规则。由此产生的问题,就是区分“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”的意义和标准。

(一)区分“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”的意义

对于两类视听作品的区分而言,首先应当解决一个法律解释问题。2020年《著作权法》第17条第1款对“电影、电视剧作品”采取了将著作权法定归属于制作者的模式,并没有像第17条第2款那样,允许制作者和作者约定著作权归属。但如果“电影、电视剧作品”的制作者和编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者就“电影、电视剧作品”的著作权归属进行了约定,内容是著作权并不归属于制作者,而是归属于编剧、导演、摄影、作词、作曲等全体创作者共同享有,试问这样的约定具有法律效力吗?如果希望利用“电影、电视剧作品”的人仅获得了制作者(其没有披露存在上述约定的事实)的许可,而没有获得全体创作者的许可,其利用“电影、电视剧作品”的行为是否构成侵权?

这一法律解释问题极为重要,因为如果回答是肯定的,则2020年《著作权法》对“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”的区分仅具有形式意义,两者的著作权归属规则实际上是相同

的,都是当事人的约定优先,没有约定或约定不明时著作权才归属于制作者。如果事实果真如此,那么讨论两类“视听作品”的区分标准也就没有意义了。

对此问题,应当从2020年《著作权法》第17条的立法目的,以及其第1款和第2款的关系出发进行分析。如前文所述,立法者误认为“将‘电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品’修改为‘视听作品’,扩大了此类作品范围,将电影、电视剧作品与其他视听作品的著作权归属作统一规定不妥”。可见,对两类视听作品采取不同的著作权归属规则是有意为之,是为了凸显两者的区别。

同时,与2020年《著作权法》第17条第2款相比,第17条第1款并没有规定“电影作品、电视剧作品的著作权归属由当事人约定;没有约定或者约定不明确的,由制作者享有”,而是直接规定“电影作品、电视剧作品的著作权由制作者享有”。如果认为“电影、电视剧作品”的著作权也能通过约定确定著作权归属,则等于认为2020年《著作权法》第17条第1款和第2款的规定没有任何区别,也就是“著作权由制作者享有”的规定也要让位于制作者与作者们的约定——有约定时从约定,无约定或约定不明时著作权才归属于制作者。这样的解释所导致的问题,就是使立法者区分“视听作品”的类型,并分别规定著作权归属的目的完全落空。既然“电影、电视剧作品”的著作权归属也是约定优先,那么为什么还要专门规定其“著作权由制作者享有”呢?又为什么还要再区分“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”并规定后者的“著作权归属由当事人约定”呢?对视听作品的分类和对著作权归属的分别规定将成为多此一举,这不符合法律解释的基本原则——让法律规定有其存在的意义。

由此可见,“电影、电视剧作品”著作权的归属具有法定性和确定性,是不允许制作者和作者们通过约定改变的。当然,这并不是说如果当事人作出了与法律规定相反的约定,如约定“电影、电视剧作品”的著作权归属于全体创作者共同享有,该约定就是无效的。只要相关约定不属于《民法典》规定的无效情形,自然具有效力。只是在解释由此形成的合同效力时,应认为其不具有权利变动的效力,即不能认为其改变了“电影、电视剧作品”著作权的法定归属。该约定应仅具有约束当事人的效力,并不能对抗第三人。需要强调的是,由于该约定不具有变动权利归属的效力,第三人是否知晓制作者与作者之间存在相反约定在所不问。换言之,获得了制作者许可的第三人对“电影、电视剧作品”的利用均为合法,无所谓善意第三人和恶意第三人的区分。

由此可见,2020年《著作权法》第17条区分“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”的实质,在于当事人的约定对著作权归属的影响。对前者不产生改变法定著作权归属(著作权归属于制作者)的效力,对后者则决定了著作权归属。因此,两类“视听作品”的区分标准在2020年《著作权法》实施后是极为重要的问题。

(二)区分“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”的标准

尽管区分“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”的标准极为重要,但是有关《著作权法修正案草案》的说明、修改情况的汇报、审议结果的报告和修改意见的报告都没有提及该标准究竟是什么。笔者认为,由于对“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”的区分极为生硬且事先缺乏广泛讨论,在这个视听产品制作技术极为发达、传播渠道多样的媒体融合时代,几乎难以找

到一个既符合法理又不违反常识的区分标准。

首先,是否能以“视听作品”的长度作为划分的依据呢?人们在影院中观赏的“电影”通常不会短于一个小时,而电视台播放的电视剧,通常一集也不会短于40分钟。但这种划分方法是不可行的,因为有时候短片也被人们公认为是电影、电视剧。如广受欢迎的动画片《小猪佩奇》每一集长度只有几分钟,但恐怕没有人否认这几分钟的一集构成“电影、电视剧作品”。再如奥斯卡奖中也设有“最佳真人短片”[Best Short Film(Live Action)]、“最佳动画短片”[Best Short Film(Animated)]和“最佳纪录短片”[Best Documentary(Short Subject)]三个短片奖,^[42]难道获奖的影片仅因时长较短就不成为“电影、电视剧作品”了吗?

其次,能否以有情节为区分标准,将有情节的“视听作品”归入“电影、电视剧作品”,没有情节的归于“其他视听作品”呢?因为电影、电视剧通常都是有剧情的。然而,这也难谓科学的分类标准,因为即使是在业界,也并不认为没有情节就必然不是电影、电视剧。《动物世界》《舌尖上的中国》等纪录片都没有情节,至少并不需要有情节,但也很少有人会否认这些纪录片属于“电影、电视剧作品”。奥斯卡奖中也设有“最佳纪录长片”[Best Documentary(Feature)]和“最佳纪录短片”[Best Documentary(Short Subject)]两个纪录片奖项。^[43]《电影管理条例》更是将通常没有情节的纪录片、科教片和专题片纳入了管理范围。^[44]

第三,能否认为如果相关视听作品由持有摄制电影许可证的电影制片单位,^[45]或者持有电视剧制作许可证的电视剧制作单位制作,^[46]就属于“电影、电视剧作品”,否则属于“其他视听作品”?该标准的合理性也值得质疑。试举一例,假设某机构提交了设立电影制片单位的申请,但为了赶时间,在获批之前就违规开拍电影并在短期内拍摄完成,但该机构最终未能获得行政审批,未取得摄制电影许可证。试问该违规拍摄的电影是否仅因其未取得制作许可就不再属于“电影作品”了?其回答当然是否定的。该机构应当为其违法行为受到处罚,其拍摄的电影也可能无法取得公映许可证,但这并不妨碍该电影作为电影作品受到《著作权法》的保护。^[47]还有一些被称为“微电影”的视频并不是经行政机构审批的电影制片单位和电视剧制片单位制作的,而是由其他机构制作的。它们有情节、有导演、有演员、有配乐,达到了相当的

[42] See Academy's Board of Governors, "93rd Academy Awards of Merit Amended Version", https://www.oscars.org/sites/oscars/files/93aa_rules.pdf, last visited on 11 April 2021.

[43] Ibid.

[44] 《电影管理条例》第2条规定:“本条例适用于中华人民共和国境内的故事片、纪录片、科教片、美术片、专题片等电影片的制片、进口、出口、发行和放映等活动。”

[45] 《电影管理条例》第10条规定:“国务院广播电影电视行政部门应当自收到设立电影制片单位的申请书之日起90日内,作出批准或者不批准(设立电影制片单位)的决定,并通知申请人。批准的,由国务院广播电影电视行政部门发给《摄制电影许可证》。”

[46] 《广播电视管理条例》第35条规定:“设立电视剧制作单位,应当经国务院广播电影电视行政部门批准,取得电视剧制作许可证后,方可制作电视剧。”

[47] 2010年修订之前,《著作权法》第4条曾规定“依法禁止出版、传播的作品,不受本法保护”,产生了未经合法审批而拍摄、进口的电影是否受保护的疑问。2010年《著作权法》修订之后,删除了上述规定。

制作水准,除了时长较短之外与故事片没有实质区别,试问其是否属于“电影、电视剧作品”?〔48〕

最后,能否以“视听作品”的创作目的是否为影院或电视台播映为区分标准?该标准显然也是不可行的。在网络时代,有越来越多的电影和电视剧在拍摄之初就已决定只在网络中传播,而不进入影院或电视台播映。〔49〕

事实上,视听作品的共性就在于其画面的上下衔接体现出的独创性,有的以连续画面体现故事情节或传递信息,有的则以连续画面展示纯粹的视觉艺术美感,是创作方法(使画面上下衔接)和呈现方式(可播放的连续画面)使视听作品区别于其他类型的作品。《伯尔尼公约》使用的术语“cinematographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to cinematography”,直译为“电影作品(用类似摄制电影的方法表现的作品与电影作品属于同类作品)”,强调的是此类作品在创作方法和呈现方式上具有同质性,并没有生硬地将其区分为不同子类型的作品。

“电影”和“电视剧”是人们日常生活中的用语,在行政审批时也有严格限定,“电影”由国家电影局进行管理,而“电视剧”则由国家广电总局进行管理,但与《著作权法》中的用语原本并不对应。在未来的司法实践中,如何区分“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”将成为巨大的难题。即使通过修订《著作权法实施条例》或者颁布司法解释勉强规定一个标准,恐怕也难有科学性可言。而区分标准的难以确定,不仅与立法者对于“视听作品”的范围大于“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”的误解有关,还与立法者对“其他视听作品”著作权归属所持有的不当理念有关。

三、“其他视听作品”著作权归属的确定

与“电影、电视剧作品”的著作权确定地归属于制作者不同,“其他视听作品”的著作权归属取决于当事人的约定,而当事人的约定具有多种可能性,且难以为外人所知晓。这将以超出立法者预料的方式大大增加利用此类视听作品的法律风险。

(一)允许对“其他视听作品”约定著作权归属对视听作品著作权许可的影响

视听作品的特点在于通常需要多名作者在制作者的投资和组织之下,合作进行创作。因此《著作权法》要解决创作者与制作者(通常为机构)之间的关系。2010年《著作权法》将“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”的著作权统一归属于制片者,使著作权归属清晰明了,有利于保护交易安全。因为潜在利用者可以放心地寻求制片者

〔48〕 笔者曾在华东政法大学校庆晚会上观看过学校团委拍摄的一部时长为17分钟的“微电影”《爱·回家》,讲述了三名法学毕业生在工作中遇到挫折后,在母校老师的鼓励和帮助下走出困境,获得事业成功的故事,非常感人。该片网址为https://v.youku.com/v_show/id_XMzUxMzY5MjIyOA==.html,最后访问日期:2021年4月2日。

〔49〕 例如,电视剧《太子妃升职记》《余罪》和《白夜追凶》等电视剧都是仅在网络视频平台传播的。

的许可,无需担心创作者会前来主张权利,从而有利于视听作品的传播、促进视听产业的发展。

2020年《著作权法》规定“其他视听作品”的著作权归属由约定决定。创作者与制作者当然可以将该“其他视听作品”的著作权约定为归属于全体创作者共同享有,或者由制作者与全体创作者共有,或者由某一位或几位创作者享有。但在该内部约定缺乏公示方法的情况下,公众无从知晓。如果潜在利用者向制作者寻求许可,而制作者向其隐瞒曾与创作者约定著作权归属于创作者的事实,并以著作权人的身份发放许可,被许可人将面临未经许可利用该“其他视听作品”的法律风险。这将迫使利用者找到“其他视听作品”的所有创作者,与其逐一核实其是否与制作者进行过权利归属约定、以及约定的内容如何。

如果参与创作者与制作者约定,其创作的“其他视听作品”的著作权由全体创作者共同享有,则此时对该“其他视听作品”(合作作品)应适用“不可分割使用的合作作品”的著作权行使规则。2020年《著作权法》第14条第2款规定:“合作作品的著作权由合作作者通过协商一致行使;不能协商一致,又无正当理由的,任何一方不得阻止他方行使除转让、许可他人专有使用、出质以外的其他权利,但是所得收益应当合理分配给所有合作作者。”这就意味着“协商”是利用该“其他视听作品”的必经程序,如果没有经过协商,部分合作作者不能许可他人利用该“其他视听作品”。^[50]如果共同享有著作权的合作作者们不能就如何利用该“其他视听作品”协商一致的,在反对者没有正当理由的情况下,其他合作作者仅可以发放非专有许可,不得发放专有许可。

据此,那些希望利用该“其他视听作品”的人为了规避风险,必然会要求每一名创作者都在许可合同上签字。因为一旦缺少任何一名创作者的签字,就意味合作作者之间并没有对发放许可进行过协商,或者有合作作者反对发放许可。此时,即使只寻求获得非专有许可,潜在被许可人也必须查实该名创作者的反对意见是否有“正当理由”,而这当然是很难判断的。如果是寻求专有许可,则任何一名合作作者的反对(无论是否有“正当理由”)就将导致其无法获得专有许可,这将给“其他视听作品”的利用带来极大的法律障碍。

即使是视听产业较为发达的英国,其1988年颁布的《版权、外观设计和专利法》也将电影版权规定为由制片者享有,^[51]经修改后才改为由制片者与主要导演共同享有。^[52]

[50] 相关的司法实践也确认了这一点。参见吴思欧等与上海书画出版社、江苏省苏州市新华书店侵犯著作财产权纠纷案,江苏省高级人民法院(2009)苏民三终字第0101号民事判决书。在涉及网络游戏《传奇》的著作权许可纠纷中,法院认为网络游戏的共有著作权人之一若未与其他著作权人协商而签订游戏软件的授权许可合同,涉嫌侵害其他著作权人作为共同著作权人的权利,因此发布了诉前禁令。参见亚拓士软件有限公司申请诉前行为保全案,上海知识产权法院(2016)沪73行保1号民事裁定书。

[51] See CDPA 1988, supra note 17, Section 9(2).

[52] 英国1996年《版权和邻接权实施细则》(The Copyrights and Related Rights Regulations 1996)第18条对英国CDPA 1988的第9(2)条进行了修改,将电影的版权归制片者(producer)享有,改为由制片者与主要导演共同享有。

该法中的“电影”(film)并不需要具备独创性,^[53]其范围相当于我国2020年《著作权法》中的“视听作品”再加“录像制品”。但英国版权法并没有将其区分为“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”并分别规定权利归属,其法定化的、相对简单但清楚明了的权利归属规则有利于作品的许可与利用。视听产业最为发达的美国虽然没有在《版权法》中对“电影和其他视听作品”的版权归属作出特别规定,但业界的习惯占据了主导地位,在现实中制作者都会使用一套定型化的合同,约定制作者享有视听作品的版权。^[54]但即使如此,也仍然产生了因参与电影的部分内容创作而要求共享电影版权的纠纷,如著名的“穆罕默德案”。^[55]我国的视听产业的成熟度还难以与美国相比,现在就对“其他视听作品”采用以合同约定决定著作权归属的做法,为时尚早。

(二)允许对“其他视听作品”约定著作权归属对视听作品中表演者权归属的影响

著作权法是一个极其复杂的体系,其中的许多条款相互之间存在密切联系,往往牵一发而动全身。因此在对某一条款作出实质性修改时,必须考虑它对其他条款所产生的影响。遗憾的是,立法者在分类规定视听作品的著作权归属时,缺乏体系性思维,没有注意到其对现有规则的修改对视听作品所涉表演者的权利归属所产生的重大冲击,从而可能对视听产业的发展造成进一步的妨碍。

2010年《著作权法》并没有对“电影作品和以类似摄制电影的方式创作的作品”中表演者(演员)的权利归属作出专门规定。但是,该法第15条规定此类作品的著作权由制片者享有,作者们享有署名权。在区分著作权(作者权)与邻接权的立法中,保护的重心总是在于著作权。通常著作权法对邻接权的保护水平不会高于著作权。虽然2010年《著作权法》并没有专门规定“电影作品和以类似摄制电影的方式创作的作品”中表演者(演员)的权利归属于制片者。但根据“举重以明轻”的法律解释方法,既然受到较高保护水平的作者都不能对其参与创作的此类作品保留除署名权之外的其他权利,那么演员(表演者)也不可能对其参与表演的相同作品保留其除署名权之外的其他权利。

在“《天仙配》案”中,著名黄梅戏艺术家严凤英是电影《天仙配》的女主角。严凤英的继承人指称被告未经许可将电影制成光盘销售,侵犯了严凤英的表演者权。法院驳回了该诉讼请求,理由是“电影演员对为完成电影拍摄所进行的表演除享有获得报酬的权利以外不再享有其

[53] 英国版权法规定了三类作品:①独创性文字、戏剧、音乐或艺术作品;②录音、电影或广播;③出版物版式设计。从中可以清楚地看出,只有第一类作品需要具备独创性。See CDPA 1988, supra note 17, Section 1 (1).

[54] See 2017 Writers Guild of America-Alliance of Motion Picture and Television Producers Theatrical and Television Basic Agreement, <https://www.wga.org/uploadedfiles/contracts/mba17.pdf>, last visited on 20 December 2020.

[55] 杰夫里·穆罕默德在拍摄有关美国黑人民权运动领袖马尔科姆的传记电影时,对剧本的修改提出了建议,将一些阿拉伯语译成英语作字幕,为角色选择正确的礼拜方式,并设计了两幕与朝圣有关的场景。美国联邦第九巡回上诉法院认为其参与方式尚不足以使其作为合作作者共享电影版权。See Aalmuhammed v. Lee, 202 F.3d 1227 (9th Cir. 2000).

他经济权利”。^[56] 同样,在涉及构成“电影作品和以类似摄制电影的方式创作的作品”的广告片中表演者权利的诉讼中,法院也指出“(原告)作为该作品中的表演者……不再享有其他经济权利,无权对其在广告片中的表演单独主张表演者权。”^[57]“既然电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品的相关作者都不能对该作品行使复制权、发行权等专有权,表演者当然也不应有权行使上述权利。”^[58]由此可见,根据2010年《著作权法》,“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”中的演员因表演产生的表演者权中的经济权利(以下提及“表演者权”时均指经济权利)应当归属于制片者。但前提是2010年《著作权法》规定了此类作品的著作权由制片者享有。

2020年《著作权法》同样没有对“视听作品”中演员(表演者)的权利归属作出专门规定,但其第17条第2款规定“其他视听作品”的著作权归属“由当事人约定”。既然此类视听作品的著作权并不法定归属于制作者,而是约定优先,那么认为其中演员(表演者)的表演者权法定归属于制作者的观点就失去了基础。再加上2020年《著作权法》第40条明文规定在职务表演的情况下,表演者可以与单位约定表演者权的归属,在“其他视听作品”中的演员(表演者)是制作者员工的情况下,就更无法否认此类表演者有权与制作者约定表演者权的归属。

这样一来,“其他视听作品”的权利结构将出现异常复杂的局面。不仅创作者们可以与制作者约定著作权归属,出现著作权归属的不同可能性,而且演员(表演者)也可以与制作者约定表演者权的归属,又出现表演者权归属的不同可能性。同时,上述两种情况又可以进行排列组合,如合作作者与制作者约定著作权归全体创作者共有,但表演者与制作者约定表演者权归制作者,等等。假如约定表演者权由全体表演者共同享有,则对其表演者权的许可应比照上文所述2020年《著作权法》第14条第2款有关“不可分割使用的合作作品”的规定进行。也就是应以“协商”为必经程序,某一表演者即使无正当理由,也可阻止其他表演者对表演者权进行专有许可。

显而易见的是,“其他视听作品”的潜在利用者要想合法地获得许可、传播该作品,必须查清每一名合作作者以及每一名表演者是否与制作者进行过约定,约定的内容如何。如果查实该“视听作品”的著作权经约定归属于全体合作作者,以及表演者权经约定归属于全体表演者,则必须要找到每一位合作作者和每一位表演者获得许可,且任何一名作者或表演者的反对都将使专有许可无法实现。这对于“其他视听作品”的传播所造成的极高交易成本和巨大障碍是不言而喻的。

[56] 王冠亚、王小亚、王小英与深圳书城南山城实业有限公司、安徽音像出版社著作权纠纷案,广东省深圳市南山区人民法院(2006)深南法知初字第10号民事判决书。

[57] 高健与梅赛德斯——奔驰(中国)汽车销售有限公司侵害表演者权纠纷案,北京市朝阳区人民法院(2013)朝民初字第23148号民事判决书。

[58] 高健与梅赛德斯——奔驰(中国)汽车销售有限公司侵害表演者权纠纷案,北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第03453号民事判决书。

四、区分对待“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”的思维之误及化解之道

笔者认为,此次《著作权法》修改,之所以会分类规定视听作品的著作权归属,导致上文所述的严重问题,不仅是因为立法者误认为“视听作品”在范围上大于“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”,也与立法者没有正确理解“其他视听作品”在市场交易方面与传统的电影、电视剧高度类似相关。

笔者臆测,立法者之所以要对视听作品的著作权归属进行分类规定,且对“其他视听作品”采取了完全不同于“电影、电视剧作品”的著作权归属规则,可能是考虑到在音乐电视等作品中,连续画面所起的作用弱于或者并不强于其中的其他作品,如音乐作品。如有一些画面独创性较低的音乐电视,虽然也勉强可被认定为“视听作品”,但吸引人们点唱的主要是音乐作品本身,而不是(或者不主要是)与音乐相配合的连续画面。立法者觉得将此类视听作品的著作权也规定为由制作者享有,对其中其他作品的作者有失公平。

笔者认为,立法者的用意值得称道,但其解决问题的思路值得商榷。视听作品著作权的归属,固然涉及到视听作品制作者与创作者之间内部利益的分配,但更重要的是有关视听作品的对外许可,即外部关系。其他类型作品很少像视听作品这样,涉及制作者与众多作者和表演者相互之间的复杂关系,因此特别需要明确对外许可的主体,即究竟是谁有权发放许可,以使视听作品的潜在利用者较为便捷地查明权利归属状况,放心地与权利人进行交易,避免视听作品中众多作者和表演者起诉的法律风险。因此,保障交易安全,是在设计视听作品权利归属制度时应当首先考虑的政策目标。上文提及的《视听作品国际注册条约》在序言中即指出,“缔约方期望提高与视听作品有关的交易在法律上的安全性,以增进对视听作品的创作和该作品的国际流动……”。

在这个意义上,“其他视听作品”和“电影、电视剧作品”并不存在本质区别。在立法者心目中,音乐电视和电子游戏画面大概属于典型的“其他视听作品”。但音乐电视的制作,即使是已有音乐为基础的,也往往需要编剧、导演、摄影和演员的参与,同样涉及制作者(音乐电视出品方)与诸多合作作者及表演者之间的关系。电子游戏形成的视听效果也通常来源于编剧、美工、作词作曲者的共同创作,当然涉及制作者(游戏公司)与诸多合作作者之间的关系。在这种情况下,针对“其他视听作品”规定与“电影、电视剧作品”不同的著作权归属规则,缺乏正当性。

在2020年《著作权法》实施之后,只能通过对该法的合理解释,尽量减少对视听作品的交易和视听产业的发展所造成的负面影响。对此笔者提出两点建议:一是在设定“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”的区分标准时,尽可能地扩大“电影、电视剧作品”的范围,缩小“其他视听作品”的范围。可以考虑只将电子游戏画面划入“其他视听作品”。这一方面是因为电子游戏不涉及表演者(与之相比,动画片中至少还有不少配音演员),而且连续画面的顺序与用户的操作有关,与传统的电影和电视剧有较大差别;另一方面是由于电子游戏的开发通常都由游戏公司组织,游戏公司基本都会与参与创作的个人签订合同,明确由游戏公司享有电子游戏的所有权利,自然也包含视听作品的著作权,因此权利归属的确定性相对较大。

二是如果一定要将音乐电视和“微电影”等短视频也纳入“其他视听作品”之中,则应当充

分利用最高人民法院针对修改后的《著作权法》发布的《关于加强著作权和与著作权有关的权利保护的意見》第3条的规定。该条的内容是：“在作品、表演、录音制品上以通常方式署名的自然人、法人和非法人组织，应当推定为该作品、表演、录音制品的著作权人或者与著作权有关的权利的权利人……”。由于著作权法意义上的“署名”仅指在作品上表明作者身份的行为，^[59]在录音制品上标明自然人、法人和非法人组织的名称并不属于著作权法意义上的“署名”，因此这一规定中的“署名”实际上包括了权利归属的标注。

虽然上述以权利归属的标注推定权利人的规定是为著作权执法程序(包括侵权诉讼)设计的，但对权利交易也可以参照适用。据此，如果“其他视听作品”上有权利归属的标注，比如“©”后加一个自然人、法人或非法人组织的名称，潜在的被许可人可以信赖该自然人、法人或非法人组织就是“其他视听作品”的权利人(著作权人和表演者权的享有者)并与之交易。如果事后发现“其他视听作品”上标注的权利人不实，不应认定从标注的权利人处获得许可并依许可条款利用“其他视听作品”的行为构成侵权，以此降低交易成本、保护交易安全。

五、结 语

2020年《著作权法》将“视听作品”区分为“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”，并分别规定不同的著作权归属规则，对后者采取“约定优先”，是建立在有关“视听作品”的范围大于“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”的不当认识基础上的，所导致的后果，将是难以区别两类“视听作品”，并妨碍“其他视听作品”的利用，进而对视听产业的发展造成不利影响。

值得关注的是，对“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”的区分及对不同著作权归属规则的规定，并不是自2011年启动《著作权法》第三次修订工作以来学界和业界长期讨论的结果，甚至在2020年4月30日全国人大网上公开征求意见的《中华人民共和国著作权法修正案(草案)》中也没有出现相关规定。这样的修改不但没有共识可言，甚至在此前的公开出版物中，难觅这一修法建议的踪影。它是在2020年8月公布的第二次审议稿中突然出现的，距2020年11月11日完成《著作权法》修订不足3个月的时间，其匆忙和仓促的程度令人难以理解。

笔者并非反对任何在法律修订的最后时刻对草案内容进行重大修改。在这次《著作权法》的修订中，有些重要条款也是在修正案通过前不久才加入的，如有关人民法院销毁侵权复制品以及销毁主要用于制造侵权复制品的材料、工具、设备的规定，^[60]以及以署名推定权利存在的规定，^[61]它们在2020年8月公布的第二次审议稿中都没有出现。但临时决定增加这些规定是有特殊原因的，那就是《中美经济贸易协议》已作出了清楚、明确的规定，^[62]而此前立法者可能未能注意到应通过修订《著作权法》实施该协定，因而在最后时刻直接将《中美经济贸易

[59] 2020年《著作权法》第10条第1款第2项规定：“署名权，即表明作者身份，在作品上署名的权利”。

[60] 参见2020年《著作权法》第54条第5款。

[61] 参见2020年《著作权法》第12条第1款。

[62] 参见《中美经济贸易协议》第1.20条(销毁假冒商品)第2款、第3款；第1.29条(著作权和相关权的执行)第1款。

协议》的条款移入《著作权法》之中。但是,视听作品的分类及权利归属涉及视听作品的交易安全和视听产业的健康发展,是《著作权法》中极为重要的内容。全世界范围内并没有将“视听作品”区分为“电影、电视剧作品”和“其他视听作品”并规定完全不同的著作权归属规则的先例。在学界和业界没有对此问题进行充分讨论并凝聚共识,而且是在第二次审议稿公开后有不少反对意见的情况下,仅用不足3个月的时间就决定对现有规则进行如此大幅度的改变,形成“全世界唯一”的局面,难言符合立法科学性的要求。

上文虽然提出了化解此次对“视听作品”分类规定权利归属导致的问题的建议,但毕竟不是治本之道。期待下次《著作权法》修订时,正本清源,正确认识视听作品的范围,以保障视听作品的交易安全作为确定其著作权归属及相关表演者权归属的基本原则,恢复视听作品的著作权法定归属于制作者的规定。而对于视听作品中作者和表演者权益的保障,应当参考许多国家著作权法的规定,为作者和表演者规定不可放弃的利用视听作品的获酬权(业界称为“二次获酬权”),以此同时实现保障视听作品交易安全和保障视听作品中作者与表演者利益的立法目的。

Abstract: Article 17 in the amended Copyright Law(2020) replaces the concept of “cinematographic works and works produced by a process analogous to cinematography” with “audiovisual works” and categorizes them as “cinematographic and TV serial works” and “other audiovisual works”, applying different ownership rules. The ownership of the former belongs to the producer, while the latter is decided by the contract between producer and the authors. This provision is based on the false understanding that the scope of “audiovisual works” is larger than “cinematographic works and works produced by a process analogous to cinematography”, and it leads to the extreme difficulty in distinguishing the types of audiovisual works. The ownership of the copyright in “other audiovisual works” will be unclear to the potential user since it might belong to the producer, co-authors or one of co-authors according to the contract. The legal safety of the trade of such works will be undermined and the legal cost will rise inevitably. This article suggests that the scope of “other audiovisual works” should be reduced to only include the serials of moving images of video games, and the potential users should be entitled to believe that the name appeared in the copyright notice attached to “other audiovisual works” indicates the copyright owner. In this way, the negative impact of the copyright ownership rule of audiovisual works in the amended Copyright Law might be reduced.

Key Words: Cinematographic Works; Works Produced by a Process Analogous to Cinematography; Audiovisual Works; Copyright Ownership

(责任编辑:杨明)