

署名权主体规则的困惑及思考

张 玲*

内容提要 我国著作权法有关作者、著作权人、署名权的规则,没有明确署名权的主体究竟是作者还是著作权人,需要在考察域外立法例的基础上,从法理层面进行分析论证,重新审视作品、作者、署名权、著作权背后的价值理念,重构作品之上的权利体系。应该采用二元论,将作者权与著作权分置。作者权定性为作品创作事实的确认机制,由创作者独享;著作权定性为作品经济利益的分配机制,由创作者与投资者分享。作者权中的署名权是表明创作者的身份,著作权中的署名权是表明著作权人的身份。

关键词 作者 著作权人 署名权 作品权利体系

作者、著作权人、署名权是著作权法领域的基本概念,立法对此有专门法条予以规范。我国《著作权法》第9条规定了著作权人的种类,第10条规定了著作权的内容、署名权的定义,第11条规定了作者的定义。第17条规定了委托作品的权利归属规则。第20条规定了发表权之外的著作人身权的保护期限。尽管每一条的法律表述明确,但是,如果把这些条文综合在一起,进行体系化解释,就出现了疑问:署名权的主体究竟是作者还是著作权人?当事人约定由委托人享有委托作品的署名权是否有效?这些问题都有待澄清。并且,上述问题的解决涉及到我国著作权法权利体系构建、作品权利配置模式等深层次、宏观性问题。需要我们在考察域外立法例的基础上,从法理层面进行分析论证,重新审视作者、署名权、著作权背后的价值理念、功能定位,进而提出满足逻辑自洽性,具有条理化、系统化的立法建议,重构作品之上的权利体系。

一、我国署名权主体规则在解释论上的困惑

我国著作权法在理念、总体结构、主要内容上是著作权体系的立法模式,但是,在一些具体问题上又杂糅了版权体系的规则。^①由此,不可避免地出现了条文之间的逻辑矛

* 南开大学法学院教授,博士生导师。本文系南开大学亚洲研究中心资助课题“著作人身权及其归属规则研究”(项目批准号:AS1601)的阶段性研究成果。

① 参见[德]阿道夫·迪茨《中国著作权制度:英美模式还是大陆模式》,载《中国专利与商标》2011年第1期。

盾。仔细研读我国著作权法有关作者、著作权人、署名权的规则,可以发现,从不同条文出发,可以得出不同结论,而结论之间存在着冲突。

(一) 署名权主体: 作者抑或著作权人

1. 法条解读之矛盾

(1) 署名权是作者享有的表明身份的权利

按照法律解释方法的适用顺序,对法律条文首先应进行文义解释。《著作权法》第10条第1款第2项规定了署名权的定义,“即表明作者身份,在作品上署名的权利。”^②以此表述解释得出的结论是:署名权主体只能是作者,由作者在作品上署名。

《著作权法》第11条第4款的主旨是确认作者的方法,即“如无相反证明,在作品上署名的公民、法人或者其他组织为作者。”据此,法律明确规定在作品上署名的推定为作者,而不是著作权人。

在特殊作品著作权归属规则中,综观《著作权法》第12条至第17条,可以发现:第一,在作者是著作权人时,法律仅规定著作权由作者享有,诸如:演绎作品、合作作品、汇编作品、一般职务作品。第二,在作者与著作权人分离时,法律区分署名权和其他权利,分别规定了不同主体。在第15条规定的视听作品中,由编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权,制片人享有其他权利;在第16条规定的特殊职务作品中,作者享有署名权,单位享有其他权利。

在著作权保护期限规则中,《著作权法》第20条规定“作者的署名权……保护期不受限制。”在著作权权利限制规则中,合理使用(第22条)和教科书的法定许可(第23条)都规定:应当“指明作者姓名”。《著作权法实施条例》第19条规定,使用他人作品的,应当指明作者姓名、作品名称,但当事人另有约定或者由于作品使用方式的特性无法指明的除外。上述条文给出的信息是:署名权的主体是作者。

《著作权法》第47条规定了只需承担民事责任的侵权行为,第三项是侵犯署名权的行为“没有参加创作,为谋取个人名利,在他人作品上署名的”。《最高人民法院关于审理著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2002〕31号)第11条规定了解决署名纠纷的规则“因作品署名顺序发生的纠纷,人民法院按照下列原则处理:有约定的按约定确定署名顺序;没有约定的,可以按照创作作品付出的劳动、作品排列、作者姓氏笔划等确定署名顺序。”其中“没有参加创作”“创作作品付出的劳动”“作者姓氏笔划”的表述,均指向作者,而不是著作权人。

(2) 署名权是著作权人享有的一项人身权

在进行文义解释无法揭示条文真实含义、不能得出唯一解释结论时,就应当启用体系解释方法,“结合具体法律条文所处的上下文、在某一制度整体中所处的地位等因素

^② 《著作权法》(修订草案送审稿)第13条将署名权定义修改为“决定是否表明作者身份以及如何表明作者身份的权利。”与现行法律表述相比,没有实质变化,只是细化了权利行使方式。

来进行解释”^③。我国《著作权法》第二章的标题是“著作权”,第一节的标题是“著作权人及其权利”,第10条规定了著作权人享有的权利,包括人身权和财产权。该条一共列举了17项,其中第2项是署名权。第17项采用开放式规范,表述为“应当由著作权人享有的其他权利”,并且该条第2、3款规定,著作权人可以许可和转让的是第5项至第17项权利。因此,在此条文框架下,署名权的定性是著作权权利束下的一项具体权利,属于著作权人享有的一项人身权,且不适用许可、转让规则。

第9条的主旨是规定著作权人的种类,以是否是创作者为标准分为作者和依照著作权法享有著作权的公民、法人或者其他组织。所以,著作权人与作者不是一个概念,著作权人既可以是作者,也可以是非作者。而第10条第1款第2项规定署名权是“表明作者身份”的权利。但是,法释(2002)31号第7条第2款又规定“在作品或者制品上署名的自然人、法人或者其他组织视为著作权、与著作权有关权益的权利人,但有相反证明的除外。”依据该条文得出的结论是:在作品上署名的被视为著作权人。

上述由不同法条解读得出的结论,让人产生疑惑:署名权究竟是作者的权利,还是著作权人的权利?非作者的著作权人是否享有署名权?如果以署名权定义为基点,得出的结论是:非作者身份的著作权人不享有署名权,作者身份的著作权人享有署名权也是表明作者身份,而不是表明著作权人身份,即不是以著作权人的身份享有署名权。由此,在逻辑上就产生了问题:在著作权人享有的权利里面,法条列举了作者专享的署名权,署名权的定义作为第1款第2项与上位第1款的表述发生了逻辑矛盾。

2. 学者观点之争论

由于法条在表述上的问题,学者关于作者、著作权人、署名权、精神权利的论述也存在颇多争议,形成了署名权主体的不同观点:著作权人权利说、作者权利说、多重彰示说。著作权人权利说主张,“署名权是著作权人享有的表明作者身份,在作品上署名的权利。”^④“作者在作品上署名的目的在于公示自己的著作权人身份,与物权公示作用相同。”^⑤作者权利说主张,“署名权,是指作者在其创作的作品及其复制件上如何标记作品来源的权利。”^⑥“只有作者才有署名权。”^⑦多重彰示说主张,署名权既彰显作者与创作行为及作品之间的关联,也彰显著作权人与作品之间的关联。^⑧

抛开著作权人权利说、多重彰示说的正当性,仅从文义解释而言,该两种学说难以成立。第一,法理与规则相冲突。同一论著中有关署名权的观点之间自相矛盾。一方面,在法理上主张:署名权是作者基于作品的创作事实,享有的与人身相联系的专属权利。署名权的根本目的在于彰显作者与作品之间存在“血缘”关系的客观事实。署名权

^③ 王利明《法学方法论》,中国人民大学出版社2012年版,第368页。

^④ 杨信、余德峰《作品署名权可转让之证成》,载《江西社会科学》2013年第12期。

^⑤ 柳励和《论作品署名权的转让》,载《湖南科技大学学报》(社会科学版)2009年第3期。

^⑥ 刘春田主编《知识产权法》,中国人民大学出版社2014年版,第71页。

^⑦ 王迁《将知识产权法纳入民法典的思考》,载《知识产权》2015年第10期。

^⑧ 参见周晓冰《著作人格权的保护》,知识产权出版社2015年版,第37-39页。

的本质是准确、恰当地表明作者与其智力成果之间的关联,集中体现作者的人格尊严和人格自由,与作者不可分离。另一方面,在规则上却又主张:作者包括自然人、法人和其他组织。承认法人能被视作作者,是面对现实的一种实事求是的态度;委托作品中,包括署名权在内的著作人身权和财产权可以约定归属。署名权的主体包括作者、著作权人及其他智力劳动者。^⑨这样的规则设计超出了理论预设。

第二,不符合现行法中的署名权定义。我国《著作权法》明确规定,署名权是“表明作者身份”的权利,而不是表明著作权人的身份。在作者与著作权人不是同一主体时,不可能由著作权人来替作者做出决定“是否表明作者身份以及如何表明作者身份”,著作权人的意志不能强加在作者身上。署名权如何行使,只能由作者依据作品特点以及自身心理考量,来决定是否署名或署真名、假名、笔名、艺名、别名等。

第三,混淆了作者与著作权人。依据我国《著作权法》第9、11条,作者与著作权人是两个不同的概念。只是在法律没有特别规定时,作者享有著作权,成为著作权人。此时,两种身份集于一体。在特殊职务作品、视听作品等情形下,作者与著作权人是不同的主体。因此,署名权在彰显作者与作品之间关联的同时,不可能再具有彰显著作权归属的功能,下述命题不能成立“在作品上署名的人,即被法律推定为作品的作者,被推定为作者的人也就被推定为作品的著作权人。”^⑩“署名权可以彰显作品的著作权归属,继而起到表明作者具有作品的创作者之身份的目的。”^⑪

3. 法官审理思路之差异

立法上逻辑矛盾的规则表述缺陷、学界中理论体系失调的解读,导致法官在处理纠纷时,也存在诸多值得反思的问题。针对相同案由、类似案情的案件,法官的审理思路却完全不同。一种审理思路是:争议对象是否为作品,原告是否参与了创作。如果原告参与了创作,即是作者,应享有署名权。即作品—创作—作者—署名权。如在“朱明来诉陈文学侵犯署名权纠纷案”中,法院认为,作品署名权是作者表明作者身份的权利,这一权利来源于作者对作品的创作。是否署名、如何署名、怎样署名该由作者控制。其他没有参与作品创作的人都不得侵犯,否则构成署名权侵权。^⑫在“陕西省西安影视制片公司诉陕西省西安曲江影视投资(集团)有限公司等侵犯署名权纠纷案”中,法院认为,署名权的权利主体是作者,作品是作者享有署名权的前提和载体。署名的目的在于表明作者身份,从而使创作者获得一定的精神利益和财产利益。^⑬

但是,与上述案件不同,另一种审理思路是:先确定争议对象是否是作品,之后确定著作权人,最后解决署名权保护问题。如果原告享有著作权,也就当然享有署名权。即

^⑨ 参见前引⑥,刘春田主编书,第71、88、95页;李明德、许超《著作权法》,法律出版社2003年版,第70、76、139、156页;吴汉东主编《知识产权法》,法律出版社2014年版,第73、62、67、72页;前引⑧,周晓冰书,第14、28、37-46页。

^⑩ 前引⑤,柳励和文。

^⑪ 前引⑧,周晓冰书,第14页。

^⑫ 参见湖北省武汉市中级人民法院(2010)武知初字第279号民事判决书。

^⑬ 参见陕西省西安市中级人民法院(2011)西民四初字第00149号民事判决书。

作品—著作权人—署名权。在说理论证部分,法官将著作权人与作者两个法律术语交叉使用。在“赵春霖诉张京先著作权纠纷案”中,法院认为,署名权是著作权法赋予作者或编者的一项权利。“只要在作品上署上著作权人的姓名并排除未参加创作人在该作品上署名的情况,那么就达到了著作权法保护著作权人署名权的程度和高度了。”^⑭此外,在“张明德诉上海文艺出版总社著作权署名权纠纷案”^⑮、“南京博励实业公司诉中国人民解放军南京军区电视艺术中心电视剧署名权纠纷案”^⑯、“吴嘉振与朱湘君、温州晚报社署名权纠纷上诉案”^⑰、“圆谷制作株式会社诉北京长安商场侵犯署名权纠纷案”^⑱中,法官遵循了相同的审理思路。

(二) 委托作品中署名权归属的约定效力

1. 著作权整体约定说、著作权限制约定说之争

《著作权法》第17条规定了委托作品的著作权归属规则:有约定的,从约定;没有约定,由受托人享有。在当事人可以约定“著作权的归属”规则中,“著作权”的含义在学界、司法界均存在争议。

学界中,有著作权整体约定说、著作权限制约定说之争。^⑲前者认为:委托作品著作权归属的第17条,可以理解为其中所说的著作权既包括经济权利又包括精神权利。^⑳依据我国《著作权法》,委托作品中的出资人可以成为原始主体,享有全部的著作财产权和著作人身权。^㉑委托创作中,作者的署名权可以通过约定转让。^㉒而后者认为:委托作品的精神权利只能由作者专有,不得转让。经济权利可以通过合同约定归属。^㉓

学界的争论在司法界同样存在。有的法院认可著作权整体约定说,有的法院认可著作权限制约定说,由此出现了同案异判现象。在“严会生诉中国唱片总公司等侵害著作权案”中,法院认为,著作权法没有对委托创作合同可以约定的著作权权项进行限制,故应认定当事人可以约定的著作权为第10条所列的所有权项,其中包括署名权。原告关于著作权中的精神权利不可转让、协议内容违反法律规定应属无效的主张,没有法律依据。^㉔在“张楚诉社会科学文献出版社侵犯署名权纠纷案”中,法院认为,署名权是指表明作者身份,在作品上署名的权利。社会科学文献出版社提出涉案图书为委托创作

^⑭ 参见北京市海淀区人民法院(1993)海民初字第2698号民事判决书;北京市中级人民法院(1994)中经知终字第34号民事判决书。

^⑮ 参见上海市第一中级人民法院(2000)沪一中知初字第37号民事判决书。

^⑯ 参见江苏省高级人民法院(2000)苏知终字第3号民事判决书。

^⑰ 参见浙江省高级人民法院(2002)浙经二终字第41号民事判决书。

^⑱ 参见北京市第一中级人民法院(2004)一中民初字第11242号民事判决书。

^⑲ 参见孙新强《委托作品著作权原始归属之辨析》,载《法学》2009年第3期。

^⑳ 参见前引⑨,李明德等书,第156页。

^㉑ 参见前引⑨,吴汉东主编书,第61页。

^㉒ 参见杨延超《作品精神权利论》,法律出版社2007年版,第305页。

^㉓ 参见李明德《著作权主体略论》,载《法商研究》2012年第4期。

^㉔ 参见北京市第一中级人民法院(1999)一中知初字第23号民事判决书;北京市高级人民法院(1999)高知终字第69号民事判决书。

的作品,双方在合同中对著作权归属做出了约定,因此包括署名权在内的著作权均由其享有的主张,依据不足,不予支持。^⑤

2. 著作权整体约定说、著作权利限制约定说的两难境地

笔者认为,在我国现行著作权法规范框架下,著作权整体约定说、著作权利限制约定说均处于两难境地,都存在法条体系解释上的困难。

以著作权整体约定说为基点,当事人关于由委托人享有署名权的约定应该认定有效。但是,依据《著作权法》第11条第2款,委托人不是创作作品的公民,不符合作者的认定要件,但却享有署名权,可以表明作者身份,在公众视野中变成了作者。如此一来,与署名权、作者的定义条款发生了矛盾,并且违反了第10条第3款“著作人身权不可转让”的规定。而作为委托作品智力投入一方的受托人,完全符合法律规定的作者要件,是委托作品的作者,但却不享有第10条规定的包括署名权在内的任何权利。作者意义上的受托人在公众视野中与作品不存在任何关系。著作权整体约定说完全遮蔽了委托作品的创作者。

以著作权利限制约定说为基点,当事人关于由委托人享有署名权的约定应该认定无效,符合著作人身权不能转让的基本理论。但是,在《著作权法》、《著作权法实施条例》、著作权法的司法解释中,没有任何条文对委托合同可以约定的“著作权”范围做出限定,而“著作权”一词,按照《著作权法》第10条规定,就应该包括署名权在内的所有著作人身权和著作财产权。由此,著作权利限制约定说违反了委托作品著作权可以约定的权利归属规则。

二、域外署名权主体规则的立法例考察

上述在作者、著作权人、署名权规范方面存在的立法、司法、理论的问题,使得比较法研究成为必要。作品保护领域存在着著作权体系与版权体系之分。因而,我们在两大体系框架下,分别考察典型国家的立法例。

(一) 著作权体系的考察

著作权体系的法哲学基础是自然权利论。作品只能由自然人创作,作品与作者的人格(精神所有论)或创作行为(劳动所有论)有内在的关联。因此,注重保护作品的智力投入一方创作者的权利,而非出资一方的制作者。^⑥只有创作者能够原始获得著作权。以法国和德国为代表的大陆法系国家,坚持这种理念历经200多年而不改。^⑦著作权体系框架下,有单一权利体系与双重权利体系之分。

^⑤ 参见北京市第二中级人民法院(2003)二中民初字第4689号民事判决书;北京市高级人民法院(2003)高民终字第669号民事判决书。

^⑥ 参见李琛《著作权基本理论批判》,知识产权出版社2013年版,第200、201页。

^⑦ 曹新明《我国著作权归属模式的立法完善》,载《法学》2011年第6期。

1. 单一权利体系下的署名权主体规则

单一权利体系下又可细分为一元论、二元论。前者的代表是德国,后者的代表是法国。

(1) 德国立法例

一元论认为著作权是单一权利。财产性与人格性不是著作权的两个组成部分,而是一个统一权利的双重功能。奥易根·乌尔默称之为“树形理论”。财产与人格两大利益是一棵树的树根,正是这些树根构成了一棵树:著作权,各项著作权权能是这棵树的树杈、树枝。基于著作权的这种统一性,以作者的精神利益与物质利益相结合、渗透为出发点,德国著作权法始终贯彻了“创作主义原则”,将客观第一性的作者事实创作行为直接上升为法律第二性的著作权原始取得规则,其第1条明确规定,“文学、科学、艺术作品的作者对其作品按照本法规定享有保护。”而“作者是指作品的创作人。”(第7条)因此,只有给予作品独创性的人:创作者意义上的作者,才是著作权人,其他任何人不能以任何形式原始获得著作权。即使是作者按照雇佣合同、委托合同或者其他方式预订创作作品的情形,著作权也是由作者原始取得。其他人只能依据合同约定或法律规定,取得授权许可,行使著作财产权。而署名权只能由作者享有。作者可以在任何时间要求确认自己的作者资格,并且可以对抗任何第三人对其资格的冒充、剥夺等干扰行为。^②

(2) 法国立法例

二元论认为著作权是“一体两权”,由精神权利和财产权利构成。两者相互独立,分别按照人格和财产的特性设计法律规范。著作精神权利不可转让,专属于作者;著作财产权利可以转让。《法国知识产权法典》第L111—1条规定,作者仅仅根据其创作的事实,就可以享有独占的、对抗任何人的权利。这些权利包括精神权利和财产权利。即使作者订有劳务合同或者劳动合同,也不影响作者享有全部的精神权利和财产权利。并且,第L121—1条规定,作者的署名权系于作者人身,永远存在、不可剥夺、不因时效而丧失。但是,法国并没有自始至终坚持创作者本位原则。依据第L113—5条规定,如无相反证明,以法人名义发表的汇编作品,其著作权可以由法人原始取得。依据第L113—9条规定,职务软件及其文档作品的财产权利,属于雇主并由其单独行使。在作者享有的精神权利中,修改权、收回权除另有约定外,不得再行使(第L121—7条),等于已经名存实亡。综上,在法国知识产权法框架下,上述规范综合适用的结果:创作者的作者原始取得各项精神权利和财产权利,但汇编作品、职务软件及其文档作品除外。其中,在汇编作品情形下,包括署名权在内的全部著作权可以由法人享有;在职务软件及其文档作品情形下,雇主享有财产权利,雇员(创作者)的部分精神权利或被剥夺或被限制,但是,仍然享有署名权。

2. 双重权利体系下的署名权主体规则

^② 参见[德]M·雷炳德《著作权法》张恩民译,法律出版社2005年版,第26-28、273、275页。

日本著作权法既吸收了大陆法系的价值观,也借鉴了英美法系的规范,同时,又拥有自己的特色。^{②9}

第一,在作品权利体系方面,坚持双重权利模式。日本著作权法规定了作者人格权,属于大陆法系理念。但是,其权利体系构造与德国、法国均不同。^{③0}德国、法国的共同点是在作品之上设置一个权利:著作权。在此前提下,德国坚持一元论、法国遵循二元论。而日本在作品之上设置了两种权利:作者人格权和著作权。日本著作权法第二章标题是“作者的权利”,下面第三节为“权利的内容”,第二小节为“作者人格权”,第三小节为“著作权的权利种类”。因此,作者人格权不属于著作权范畴,作者人格权与著作权是在作品之上存在的两类相互独立的权利。作者人格权保护精神利益,具有人身专属性,由作者专享,不能转让(第59条);著作权保护财产利益,可以全部或部分转让(第61条)。

第二,在权利归属方面,遵循作者本位原则。第二章标题是“作者的权利”。作者是原始主体,由作者享有各项作者人格权和著作权(第17条)。在此前提下,规定了电影作品例外。第29条规定,在符合规定要件时,电影作品由制作者享有著作权;播放组织专门为播放而制作的特殊电影作品,由播放组织享有部分著作权。

第三,在作者界定方面,原则上是大陆法系理念。尊重客观事实,认可作者是有生物大脑、能进行智力创作的自然人。第2条之2规定“作者,是指创作作品的人。”但是在特殊作品的具体规则设计上,偏向了英美法系的价值观。第15条确认职务作品、职务软件作品的作者是雇主:法人。法人以作者的身份享有作者人格权和著作权。

在日本著作权法框架下,上述规范综合适用的结果,使得署名权主体变得复杂许多。通常遵循法律适用规则即先特殊后一般的顺序,首先应适用的是职务作品规范:凡属于职务作品的,均由雇主作为作者享有署名权;其次,适用电影作品规则,由制作者享有署名权;最后,适用一般规范,由“创作作品”的自然人享有署名权。

(二) 版权体系的考察

版权体系的法哲学基础是激励论,更多地从功利主义角度看待作品之上的权利,认为“copyright”只保护财产利益,将作品的财产利益更多地分配给了作品的投资者,而非智力投入的创作者。其代表国家是英国、美国。

1. 英国的署名权主体规则

英国长期以来坚持作品财产价值观。1710年《安娜法》是世界上第一部版权法。该法虽然将保护主体由出版商变为作者。但实际上是出版商行会丧失特许权后改变策略,为博取公众的认可,以保护作者、激励创作为口号来掩盖其真实目的:延续出版商的垄断利益。因此,版权法以保护作者为名,实则保护出资者的利益。^{③1}在此立法背景下,

^{②9} 参见张彦民《日本著作权保护制度的变迁》,载《出版发行研究》1990年第3期。笔者基于对现行日本著作权法的总体认识,将其归入著作权法体系。

^{③0} 前引^{②9}杨延超书,第38页。

^{③1} 熊琦《著作权法中投资者视为作者的制度安排》,载《法学》2010年第9期。

《安娜法》仅规定了作者的复制权。直到1948年,英国在参与修订《伯尔尼公约》布鲁塞尔文本时,才开始考虑本国版权法修订问题,并于1956年在版权法中规定了一些防止错误地赋予作者身份的非经济权利(1956年《英国版权法》第43条)。1988年英国制定并颁布了现行版权法,第四章规定了四项权利:身份权、反对对作品进行损害性处理权、反对冒名权、某些照片与影片的隐私权。^②其中,前两项属于作者的精神权利,后两项是非作者享有的权利,实质上是对作者精神权利的限制。

关于权利归属,第11条第1款规定“作品之作者是作品中一切版权之第一权利人,但须服从下列规定:除非雇佣合同另有规定,雇员在雇期间创作的文学、戏剧、音乐、艺术作品,其雇主是该作品版权的第一权利人。”委托作品的版权属于委托人。关于作者的界定,第9条给出了宽泛的外延:自然人和法人都可以成为作者。因此,可以成为作者的人包括:创作作品之人、制作录音或电影之人、制作广播之人、提供电视节目服务之人、出版者。并且,英国版权法对署名权做出了非常严格的限制。第一,作者行使署名权适用声明规则,即必须提前以书面方式声明该权利。第二,署名权不适用于计算机程序、字形设计、出自计算机的作品、雇佣作品、为时事报道创作的作品、期刊、汇编性参考书、政府作品等作品,也不适用于法律允许的不侵犯著作财产权的行为。^③因此,在英国,权利的归属显然偏重于投资者,作为创作者的自然人在很多作品中,既不享有版权,也不是作者。创作者与作品的关系被彻底割裂。创作者的智力贡献在社会公众视野中隐去。

2. 美国的署名权主体规则

1790年美国以《安娜法》为蓝本,制定了第一部联邦版权法,秉承英国的版权理念,以财产价值说为基点,仅保护作品之上的财产利益。版权就是财产权,而不包括精神权利。但正是这个被版权体系标榜的特点,成为美国加入《伯尔尼公约》的障碍。美国为了符合《伯尔尼公约》第6条之2第1款对作者精神权利保护的标准,于1990年制定《视觉艺术家权利法》,确认了署名权以及保护作品完整权。虽然该两项权利仅限视觉艺术作品的作者享有,但终于在美国的版权法中加入了精神权利,突破了仅保护财产利益的版权体系的传统。据此,视觉艺术作品的作者有权在其作品上署名,并且可以禁止在任何不是其创作的视觉艺术作品上作为作者使用其姓名(第106条之2)。

关于版权的原始取得,美国《版权法》在《联邦宪法》的“知识产权条款”之下,遵循了作者本位原则。第201条(a)规定,作品的原始版权属于作品的作者。但是,该条的(b)同时规定:除非另有约定,雇主或委托创作作品的其他人,视为作者,享有版权中的一切权利。通过将雇主或委托人拟制为作者的方式,既符合宪法的规定,又实现了经济价值,达到了保护出资者利益的目的。拟制作者最初源于美国判例法。1903年美国最高法院在Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.一案中,首次确认“视为作者原则”。

^② 参见吴汉东《知识产权基本问题研究》,中国人民大学出版社2004年版,第216、219、227、252页。

^③ 参见前引①,[德]阿道夫·迪茨文。

霍姆斯大法官在该案判决中写道“如果雇员创造某种东西是为了履行部分职责,那么,他所创造出来的东西就应该属于雇主的财产。”6年后,美国国会正式将该原则写进了1909年版权法。该法第26条规定:作者一词应当包括雇佣作品情形下的雇主。^④拟制作者的规则彻底打破了客观事实第一性与法律规范第二性之间的契合,使得作品的出资者能够堂而皇之地享有作品的全部权利。客观上投入智力创作的事实作者就此被第二性的法律遮蔽,失去了与作品的联系。公众不能再得知作品的思想、表达出自何人。

(三) 域外立法例类型化梳理

上述域外立法例的考察显示,在著作权与版权体系不同法哲学基础上的宏观层面的类型化之下,两大体系的不同国家在微观层面的具体制度设计上,又呈现出相互借鉴学习后的近似规则。

1. 作者界定

(1) 作者一元论:德国坚持作者一元论,是严格贯彻作者权解决方案的代表。作者仅限于创作者,只能是独立创作了作品的自然人。法人不可能从事创作工作,因而不能成为作者。^⑤

(2) 作者二元论:美国、英国、日本遵循作者二元论,作者原则上是创作者,但在符合法律规定的作品情形时,法人也可以成为作者。将作者扩展至非创作者的法人、投资者。

2. 作品之上权利体系构造

(1) 单一权利论。该模式是在作品之上设置一个权利,同时保护精神利益、财产利益。

第一,著作权一元论。德国以精神利益和物质利益相互渗透为出发点,按照一元论的要求,在作品之上设置一个统一的权利:著作权。著作权在性质上既不属于财产权,也不属于人身权,是一种新型的复合权利形式。著作权的期限、转让、继承等,均适用统一规则。著作权项下各权能的保护期限一致,著作权不能转让,可以继承。一元论将民法中财产权、人格权的不同规则杂糅在一起,使原本仅适用于财产权或人格权的某一个规则,适用于同时涵盖财产利益和精神利益的著作权整体,造成了理论上的自相矛盾,存在规则设计上的缺陷。^⑥

第二,著作权二元论。法国将在作品之上的权利规定为著作权,著作权是一个集合性权利,属于一体两权,可以再分为著作人格权和著作财产权。基于作品之上精神利益和财产利益的不同特点,分别适用人格权和财产权的规则。

(2) 双重权利论。该模式的立法指导思想是:著作权或版权是纯粹的财产权,作者精神利益属于民法中的一般人格权或普通法中的权利。

^④ 参见前引③,熊琦文。

^⑤ 前引②,[德]M·雷炳德书,第181页。

^⑥ 参见李琛《知识产权片论》,中国方正出版社2004年版,第71页。

第一 统一立法例。日本在前期制定的有关作品保护的法律法规中,都仅规定了著作权人的财产权。直到1899年,为了加入《伯尔尼公约》,才增加了人格权的保护。由于旧法中著作权仅是财产权,因而在著作权之外单独规定了人格权。^⑦由此形成了双重权利模式:作者人格权和著作权。作者人格权是一种具体的人格权,与一般人格权之间不存在本质差别,因而可以直接受到民法的保护。^⑧著作权法规定作者人格权的目的是为了宣示作者人格权在著作权法框架下具有特性,而在于明确作者人格权的具体权项,让作者更好地保护自己的利益,也让公众能更好地尊重作者的人格,以防侵害。^⑨

第二 分散立法例。美国、英国在作品之上设置的是版权。版权法最初只保护财产权,后来虽然纳入了精神权利,但是其保护很有限,非常不充分。在美国,除非有悖于《视觉艺术家权利法》,法院只能援引版权法之外的保护名誉、隐私、不正当竞争、合同法等零星的救济手段保护作者的精神利益。在英国,也是可以通过版权法之外的普通法予以保护。因此,美国、英国对于精神权利的保护采用了分散立法模式。除了可以明确适用版权法保护署名权的极少数情形外,还可以获得普通法的保护。但是,由于分散立法模式缺少明确、统一的法律依据,只能依赖法官的解释与推定,是否能获得保护以及保护的力度,都缺乏可预见性。^⑩

3. 作品之上权利归属规则

(1) 创作者独享

德国秉承“各人应得的归于各人”思想,将作品归作者所有。著作权主体只能是那些给予作品独创性的人。对创作人的人格以及他们为文化生活所带来的价值的尊重,要求人们只能把作品之上的权利赋予作者,而不是其他人。著作权法适用创作人原则,即“作品原则上归作者本人所有,而且该作品所产生的所有权利都由作者本人原始取得”^⑪。职务作品、电影作品中雇主、出资者的利益,通过法定许可或约定许可的方式予以保护,但创作者仍是署名权的主体。

(2) 创作者、出资者分享

以“作品人格论”为基础的著作权体系中,日本、法国将一部分作品的署名权赋予了创作者之外的法人,背离了其理论预设;以“作品财产论”为基础的版权体系中,美国、英国为了符合《伯尔尼公约》的规定,加入了保护署名权的条款。但是,美国只适用于复制品在200件以下,经作者署名、按序编号的视觉艺术作品,并且排除了属于雇佣作品的视觉艺术作品,在司法实践中,仍然遵循版权财产权理念,并未真正保护著作人格权。^⑫

^⑦ 参见前引^③,吴汉东书,第240页。

^⑧ 美国规定版权是财产权,日本也认可著作权是财产权。两国在该点上一致。但是,美国对作者精神权利的保护是援引版权法之外的法律,采分散保护模式。日本虽然认为作者人格权与一般人格权同质,但是,却在著作权法内规定了作者人格权,采统一保护模式。

^⑨ 参见[日]半田正夫、纹谷畅男编著《著作权法50讲》,魏启学译,法律出版社1990年版,第154页。

^⑩ 参见前引^③,李琛书,第75-78页。

^⑪ 前引^③,[德]M·雷炳德书,第88、181页。

^⑫ 参见张娜《论著作人格权保护在美国的演绎》,载《知识产权》2012年第4期。

英国则通过声明规则和排除规则,对雇佣作品、计算机程序等之外的作品,余下不多的能够享有署名权的创作者,设置了诸多限制,大大削弱了对精神权利保护的力度。

综上,在知识产权现代化、国际化、一体化的趋势下,著作权体系与版权体系互相借鉴、融合,从立法理念到法律规则,两者之间的差异在逐渐缩小。著作权体系不再严格固守人格价值说,或通过拟制作者方式,使作者从一元论到二元论,将投资者纳入作者范畴;或通过权利配置路径直接将权利给予投资者,从而淡化了创作者的精神利益保护。版权体系也突破了财产价值说,赋予了作者署名权等精神权利,以保护作者的精神利益。在版权法体系的国家,将署名权等精神权利纳入版权法进行保护已经是不可扭转的历史趋势。^⑬

三、署名权主体规则的重构

在署名权问题上,理论界冲突的学理解释,司法界的同案不同判,均源自我国立法在体系设计上的矛盾和法条表述上的逻辑缺陷。因此,需要我们超越现行法的具体规范层面,从法理角度深入研究,在理顺两大体系价值理念的基础上,重新审视署名权规则的本质属性,回归其应有的价值功能,以构建起满足逻辑自洽性、具有条理化 and 系统化的法律规范。

(一) 作品本质属性的反思

权利构造取决于权利保护对象的本质属性,署名权是基于作品而产生的权利。

1. 抛弃作品“人格观”

(1) 作品“人格观”只是特定国家、特定历史时期的产物

版权体系以财产价值观为哲学基础,奉行“商业版权”学说。^⑭把创作视为投资,其基本信念是:孰投资孰受益。^⑮作品“人格观”只是著作权体系的法哲学基础。并且,其形成具有偶然性,是19世纪的哲学观与美学观影响的结果。先验唯心主义“赋予人的智力以巨大的强力和力量……把人的思想变成‘宇宙的惟一支柱’”^⑯。该哲学流派的代表人物黑格尔、康德都从“人格之反映”的角度解释作品的本质。康德主张作品是作者个人禀赋的实现,是作者人格之外化。黑格尔强调作品完全表现作者个人的独特性,是他或她思想的表现以及人格的表现。此外,19世纪正是法国的浪漫主义文学运动高涨时期,美学史认为浪漫派的文学观点与德国古典哲学一脉相通,德国古典哲学强调的非理性的唯心主义是浪漫派思潮的哲学基础。浪漫派作家强调表现人的主观情感。因此,“作品体现人格”的观念与特定的历史背景、文化思潮相联。19世纪的哲学观与美

^⑬ 参见吴汉东、曹新明、王毅、胡开忠《西方诸国著作权制度研究》,中国政法大学出版社1998年版,第22-25页。

^⑭ 参见前引^⑬,吴汉东书,第186页。

^⑮ 参见前引^⑬,李琛书,第47页。

^⑯ [美]E·博登海默《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第77页。

学观偶然地被法律选择,成为著作权合理性的基础。这种对作品的诠释是历史的偶然,而非逻辑的必然。^{④7}

(2) 作品“人格观”受到现代美学观、哲学观的挑战

作品人格观已经受到一些学者的质疑、批判。李琛教授在进行历史分析后,揭示作品人格观受到现代美学观、哲学观的挑战。20世纪以来,美学观点沿着“从主体本位到文本本位”的路径发展,后现代主义逐渐颠覆了浪漫主义美学认可的作者统治地位,罗兰·巴特宣告《作者的死亡》,主张作品的意义应当由读者确定。读者的诞生应以作者之死为代价,“是语言在说话,不是作者在说”,作者与文本相分离;20世纪20年代后,在德国哲学家卡西尔的影响下,产生了符号哲学美学,作品被诠释为纯粹的符号形式。作品不再被视为直接的思想或情感的外化,已不是作者人格的附庸,而是具有独立存在价值的符号形式。曾经影响作品人格观产生的哲学和美学理论已经悄然隐退,作品“人格观”也就丧失了证明自己正当性的基础。^{④8}

(3) 作品并非都体现个人的情感

当今社会,不管是创作主体,还是创作客体,与19世纪作品“人格观”确立时的情况相比,发生了极大变化。作品“人格观”已不符合社会的客观实际情况。并非所有的作品都是作者情感的体现。首先,在创作主体方面:早期的创作多是个体创作、自由创作。个人被看作是创作的来源或者起源。^{④9}自然人完全出自自己的情感、看法、偏好、想象,可以不受限制、天马行空地表达。但是,随着版权产业的发展,职务创作、法人创作的趋势日趋增强,并且越发地依赖巨额资本的支撑。创作的动机也不再单纯是自然人个体所思所想的外在表达,而是面向大众的喜好,推出能被市场认可的作品,进行产业化运作,以取得最大投资效益。影视公司、娱乐公司、广播电视媒体、软件集团、数据库开发公司等为主导创作了大量作品。其次,在创作客体方面:早期的作品多属于小说、诗词、散文、绘画、书法、音乐、戏剧等,这些形式的作品内容中情感因素占据主导。但随着社会客观需求和数字化发展,软件、游戏、数据库、摄影作品、产品及工程设计图、地图、示意图、模型、实用艺术品等功能类、事实类作品日益增多。而上述作品形式中,作者的思想感情色彩等个体特征因素已经淡化或根本不再体现。

(4) 体现个人情感的作品也不属于人格要素范畴

作品“人格观”认为作品是作者思想、情感的外在形式,著作权法应保护作者的人格利益。笔者认为,该观点存在逻辑缺陷,把思想、情感与思想、情感的外在表现形式(作品)、人格要素三者等同化,并将人格利益概念进行泛化解释。

依据宪法、人格权法基本理论,上述三者之间有关联,但并不等同;人格利益一词也

^{④7} 参见[澳]彼得·德霍斯《知识财产法哲学》,周林译,商务印书馆2008年版,第91-93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。

^{④8} 参见前引^{④7}李琛文;前引^{②②}杨延超书,第189-193页。

^{④9} 参见[澳]布拉德·谢尔曼、[英]莱昂内尔·本特利《现代知识产权法的演进》,金海军译,北京大学出版社2005年版,第43页。

具有其固有内涵。人格尊严是宪法规定的基本人权。^{⑤①}民法将其转化为民事权利人格权后,民事主体得以真实享有。因此,人格尊严是人格权的基石,是人格权法的重要内在价值。现代人格权法的构建以人格尊严的保护为中心而展开。^{⑤②}而人格尊严,是指人作为法律主体应当得到承认和尊重,是人之为人的基本条件,最起码的资格,是人作为社会关系主体的基本前提。^{⑤③}人格权是指民事主体对其生命、健康、姓名(或名称)、肖像、名誉、隐私、信用等各种人格利益所享有的排除他人侵害的权利。^{⑤④}因此,人格利益是权利主体基于其人身所享有的非财产利益,具有固有性、专属性、不可剥夺性,其载体为不能脱离人身的、符合“人之为人”标准的人格要素。

宪法赋予公民从事文学艺术创作的自由、言论自由,^{⑤⑤}它们是现代法治社会中人的基本人权。作为宪法基本权利的创作自由、言论自由,经由人格权法转化为一般人格权或一项具体人格权。^{⑤⑥}表达自由是作品产生的前提,但并不是作品本身。作为体现作者思想、情感的作品,以表达自由为前提,是表达自由的产物,但是,它已经脱离开人体,不再属于宪法、人格权法中的“人之为人”所固有的、不可剥夺的、基础性的“表达自由”的范畴。衍生物与本体不能混为一谈。因此,表达自由是人格利益的组成部分,但表达自由的产物——作品,不再属于人格要素。^{⑤⑦}作品一旦创作完成,就外在于人体本身,不再属于人之为人理应具有的基本条件。与此相应,也就不再符合人格权保护的固有人格利益的法律标准。^{⑤⑧}“人之为人”人格要素之上的人格利益与作品之上的精神利益不能混淆。况且,著作权法遵循思想、表达二分法原则。受法律保护的作品只是一种表达,而表达中所蕴含的思想、观点,并不受著作权法保护。如果思想、观点还能牵强地说与“人格”有关的话,用文字、声音、线条、色彩等符号组合而成的表达,绝不能纳入人格要素范畴。对作者本人的评价不同于对作品的评价,基于人身的人格利益不同于基于作品的精神利益。人格利益的内容是:保持个人与人身、姓名、肖像、社会评价的联系处于正当状态。精神利益的内容是:保持作者与作品之间的联系处于正当状态。^{⑤⑨}因此,只要作品创作完成后,基于作品而产生的利益,都应归属于著作权法规范效力之内,不能

^{⑤①} 参见《宪法》第38条。

^{⑤②} 参见王利明《人格权法中的人格尊严价值及其实现》,载《清华法学》2013年第5期;刘凯湘《人格权的宪法意义与民法表述》,载《社会科学战线》2012年第2期。

^{⑤③} 参见前引^{⑤①}王利明文。

^{⑤④} 参见王利明《人文关怀与人格权独立成编》,载《重庆大学学报》(社会科学版)2016年第1期。

^{⑤⑤} 参见《宪法》第47条、第35条。

^{⑤⑥} 参见宋慧献《版权保护与表达自由》,知识产权出版社2011年版,第59页。

^{⑤⑦} 有学者主张“著作人格权不是一个人成为作者之后拥有的特权,而是作者作为人应当享有的权利。”前引^{⑤⑥}李琛书,第69页。笔者认为应区分作品产生前后的不同权利性质。作品产生之前,表达自由属于宪法、民法中的“人之为人”的人格权范畴;作品产生之后,属于著作权法中的作者的精神权利。作者的精神权利并不是作者作为“人”应当享有的权利。而是自然人创作完成作品,有了作者资格后,才享有的权利。

^{⑤⑧} 人格尊严作为人格权法的基本价值理念,检验着哪些人格利益应当受到人格权法的保护、哪些不应当受到人格权法的保护,为是否损害人格利益划清了界限。参见前引^{⑤①}王利明文。

^{⑤⑨} 参见前引^{⑤⑥}李琛书,第60页;前引^{⑤⑦}[德]M·雷炳德书,第267页。

再回到人格权法领域。著作权法不保护人格利益,保护的是作品中体现的与作品相关的作者的精神利益。

在哲学、美学等领域,可以宽泛地描述为作品是作者人格的延伸,是作者人格的物化。^⑨但是在法学领域,必须严格界定人格要素、人格利益等术语的法律内涵,以划定人格权法保护对象的范围和边界。既不能将人格延展至体力劳动的产物上,也不能延展至智力创造的作品上。否则,不同法律就失去了区分的基础。人格权法与物权法、著作权法之间的界限将无法划定。

综上,“智力劳动的成果皆具人格要素”无法证立。对象的形成过程中有智力的参与,不能证明对象本身就是人格要素。“智力成果体现人格”是一种缺乏法律意义的结论。^⑩所谓作品体现人格,实质涵义是作品表达了作者的思想、情感。而思想、情感在著作权法中属于被排除的领域。

2. 树立作品“智力成果观”

否定了作品“人格观”后,我们不应再以作品“反映人格”为基点分析问题。但作品毕竟有个人的烙印,那又应该如何概括作品的本质呢?笔者主张以“智力成果观”替代“人格观”。

(1) 作品是智力成果具有规范价值

有学者主张,知识产权前现代法与现代法之间的差异之一是,前者关注保护对象中所体现的智力劳动,后者则把注意力更多地集中于对象本身,即从创造到对象。^⑪因此,“对法的规范功能而言,权利对象自身具有法律意义,产生对象的劳动过程没有意义。”“法律制度的设计只关心财产的形态以及由此决定的行为方式。”^⑫笔者认为,以权利对象的形成过程来解释对象的法律特征,并非都是“缘木求鱼”,在一切场域都没有价值。在著作权法领域中,关注保护对象的形成来源是否属于智力创作,就具有特别的重要意义。“著作权产生于作品的创作行为。”“证明著作权的凭证是智力创作行为。”它源于事物的本质。^⑬

第一,智力创作是区分所有权与著作权保护对象的标准。有别于商业标识^⑭,在著作权法领域,从作品的来源角度抽象出作品的本质特征,更具规范价值。按照通说,著作权法保护对象是具有独创性的表达。而这种“独创性的表达”是有生物大脑的自然人基于其意志创作而成,是自然人对认知对象进行思考、选择、取舍、安排、设计、构思等一

^⑨ 黑格尔主张“财产是自由的首要体现”,“财产是人格的体现”。因此,作品体现人格,物也是人格的延展。参见前引⑪,[澳]彼得·德霍斯书,第86-93页。所以,作品人格观从黑格尔政治哲学思想中,摘取其中关于财产与人格关系的部分表述,来论证其合理性,是牵强的。

^⑩ 参见前引⑪,李琛文。

^⑪ 参见前引⑪,[澳]布拉德·谢尔曼、[英]莱昂内尔·本特利书,第4,173页。

^⑫ 李琛《法的第二性原理与知识产权概念》,载《中国人民大学学报》2004年第1期。

^⑬ 参见[西]德利娅·利普希克《著作权与邻接权》,联合国译,中国对外翻译出版公司2000年版,第33、91页。

^⑭ 在商业标识领域,法律主要保护的是符号的识别性。但是,也并非绝对不考虑符号的设计来源。臆造商标的保护力度高于任意商标、暗示商标、叙述商标,与其在设计时投入了智力创作,有直接关系。

系列智力活动的结果。与物的生产者在生产过程中可能投入的“智力或情感”在内涵上有本质差别。刘春田教授在论证方正“倩体字”是否能得到著作权法保护问题时,就是从分析方正字生成的关键环节和制作过程入手,得出结论:方正字的生成过程从始至终都是劳动,没有创造行为。因而,它不是作品,不能得到著作权法保护。刘春田教授特别指出要区分劳动和创造。创造不属于劳动,而是可与劳动相提并论的另类人类活动。以劳动为正当性依据,产生了传统意义上的财产权;以创造为正当性依据,产生了崭新的财产权形态——知识产权。劳动成果与创造成果是获得传统财产权和知识产权的分水岭。^⑤

第二,智力创作是区分著作权与邻接权保护对象的标准。德国学者雷炳德教授在其论著中专门开辟章节,专题分析智力创作成果的渊源、创作过程、作品与相关劳动投入等问题,并主张应区分精神方面的创作行为与精神方面的投入行为。前者产生了一个新的精神方面的客体,作者本人不可以替换。后者则仅仅服务于某个精神方面的财富,并不表达任何具有独创性的智慧,付出这种投入的人经常可以被替换。基于上述不同,得以分别构建著作权制度和邻接权制度。^⑥

第三,智力创作是区分作品与非作品的标准。猴子自拍照、大象作画、软件自动生成的诗作、新闻稿件、译作等,在信息表现形式上与自然人创作的作品没有区别。但是,前者并不是作品。2014年猴子自拍照事件在美国和英国引发了广泛争议。美国版权局最终作出声明:非人类所产生的“作品”不具有版权。美国加州旧金山联邦地区法院也认定动物不能拥有版权。著作权体系、版权体系均把独创性作为作品的实质要件,区别只在于强调的程度高低不同。但是,在解读独创性的基本内涵时,它们是一致的:需要创作者在创作的过程中独立投入智力性劳动,是其经过大脑对文字、线条等元素的选择、取舍,按照一定的逻辑有机组合在一起。因此,在衡量和评价一个对象究竟能否成为著作权保护的作品时,信息的产生是否包含了人的智力创作过程是最关键、最具评价力的标准。^⑦

(2) 作品是智力成果已是范式

作品是智力成果,无论是在学界,还是在立法、司法层面,均已是共识。

在学界,知识产权保护对象是否都是智力成果,仍是一个争议问题。肯定说认为,知识产权是保护智力创造成果的权利。^⑧否定说认为,知识产权是保护智力成果和商业标识的权利。用“智力成果”描述全部知识产权的对象,本身难以成立。并非所有的知识产权对象都是智力成果。商标权的出现,瓦解了智力劳动对知识产权的统一功能。智力成果不能覆盖工商业标记。商业标记受保护并不以一定的智力含量为要件,只要

^⑤ 参见刘春田《论方正“倩体字”的非艺术性》,载《知识产权》2011年第5期。

^⑥ 前引^⑤,[德]M·雷炳德书,第46-57页。

^⑦ 张玲、王果《动物“创作成果”的民事法律关系三要素分析》,载《知识产权》2015年第2期。

^⑧ 参见世界知识产权组织《知识产权法教程》,专利文献出版社1990年版,第2页;郑成思主编《知识产权法教程》,法律出版社1993年版,第1页。

标记能够起到记号的功能即可。^⑨ 两种学说争议的焦点在于商业标识是否属于智力成果,而对于著作权保护对象作品,则一致认可为智力成果。

在立法层面,我国《著作权法实施条例》第2条直接将作品定义为“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。”并在第3条中进一步解释“创作,是指直接产生文学、艺术和科学作品的智力活动。”德国著作权法明确规定作品是个人的智力创作。意大利著作权法定义作品的内涵为独创性。韩国著作权法规定作品是对人的思想或情感的独创性表达。上述立法例表明:独创性表达或成果是对作品的经典表述。^⑩

司法层面,法官在原告以著作权侵权为由的纠纷中,首先要分析原告请求保护的對象中是否投入了创造性智力活动,以此判断是否构成作品。诸如,“北大方正诉广州宝洁字体单字案”^⑪、“广西广播电视报社诉广西煤矿工人报社电视节目预告表案”^⑫、“王继明诉王强华、中国大百科全书出版社名录案”^⑬,等等。^⑭ 此外,法官在判定是否构成著作权侵权时,遵循的判定规则是实质性相似加接触。“实质性相似”是从财产形态的角度分析争诉对象。而“接触”就是要分析财产的形成过程,以判断被告的表达是否来源于原告:是剽窃、抄袭,还是独自创作。只构成实质性相似,而没有证据证明被告有机会接触到原告的作品,不能认定为著作权侵权。法释〔2002〕31号第15条规定“由不同作者就同一题材创作的作品,作品的表达系独立完成并且有创作性的,应当认定作者各自享有独立著作权。”所以,在著作权侵权判定时,财产来源即是否来源于自己的智力创作,起到了决定性作用。

(3) 智力成果是所有作品的本质

有作品“人格观”的反对者主张:当今社会,作品创作已从“个人时代”进入“团体时代”。作品功能也从“提供精神享受”延伸到了“解决技术问题”。纯粹追求商业利益的作品、由团队集体创作完成的作品、以解决技术问题为目的实用作品,在社会生活中已大量存在,不再是例外,而这些作品并不体现作者人格特征。由此,作品“人格观”陷入危机。^⑮ 笔者赞同上述结论,但不认可论据。正如上述,我们已经证成:当今社会中,作品并非都必然反映情感因素,反映情感因素也并非人格要素。因此,“人格观”已经不能表述作品的本质了,但“智力成果观”是所有作品本质的概括。著作权法保护的作品

^⑨ 参见前引^⑫,李琛文:李琛《对智力成果权范式的一种历史分析》,载《知识产权》2004年第2期。

^⑩ 付继存《著作权法的作品观:从本质主义到建构主义》,载《知识产权》2016年第1期。

^⑪ 参见北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第5969号判决书民事判决书。

^⑫ 参见郑成思《版权法》,中国人民大学出版社1997年版,第612-615页。

^⑬ 参见北京市中级人民法院(1993)中民知初字第2782号民事判决书。

^⑭ 有学者主张:在法律上,劳动结果决定劳动性质。只有产生了作品的劳动才是创作,产生了临摹品的劳动是复制。据此,进一步主张:法律应当关注权利对象自身的特征,而非权利对象产生的来源。参见前引^⑨,李琛文。笔者认为,从因果关系上讲,只有劳动过程决定劳动结果,不能由劳动结果反推劳动过程。此外,创造是事实行为,是否是智力活动属于事实判断。该事实判断的结论是为了进行价值判断,即智力成果是否属于著作权法保护对象:作品。

^⑮ 参见易健雄《从“署名”到署名权——观念的遗弃与权利的困境》,载《中国版权》2013年第5期。

是表达,而表达在客观事实第一性层面只能出自有血有肉的自然人,思维是人脑的特有技能。只有自然人才能完成智力创作。学习、构想、鉴赏、撰写和表达文学、音乐和艺术作品,是只有人才能完成的活动。^⑥法人、其他组织不可能成为“表达”的创作者。不体现个人思想、感情的法人作品、职务作品,也是出自有血有肉、有生物大脑的自然人。是由自然人完成“表达”的创作,是他们智力活动的结晶。因此,作品均是自然人的智力成果。

(4) 智力成果观具有逻辑周延性

作品“人格观”在19世纪为证成作品保护的合理性提供了理论基础,为著作权制度的建立做出了贡献。但是,其本身在逻辑推理上是不周延的。作品“人格观”的核心观点是作品不同于普通财产,因为它是智力劳动的精神产物。作者通过精神创作活动使自己具有个性特点的思想得以体现。所以,作品是人格的反映,著作权法要保护作者的人格。在上述论证推理的思路中,存在逻辑错误,没有形成一个完整的逻辑链条。从作品是智力劳动的产物出发,可以得出作品是不同于普通财产的智力成果的结论,但不能得出是“人格反映”的结论。从“智力成果”到“人格反映”尚需进行论证,主张者应承担论证负担。但是,在上述推理中,并没有论证,而是直接得出了结论。由此发生了问题。智力创作的成果并非都具有人格情感特征。在专利法领域,技术方案、设计方案不体现人格情感;反不正当竞争法领域,商业秘密不体现人格情感。但是,它们都是智力成果。因此,不能从作品是智力成果,直接得出作品体现人格的结论。据此,笔者认可作品“人格观”的第一步推理的结论:作品是智力成果,不是普通的商品。版权体系的作品财产观抹杀了作品中的智力创作因素。但只能止于此,不认可“人格观”的第二步推理的结论:智力成果是人格体现,是人格要素。

(二) 作者署名权的价值

有学者主张:作品体现人格的观念已成为著作权体系的历史负累,处处作茧自缚。并发问:任何劳动者与其劳动产品之间的联系都是客观的,为何唯独作者与作品的联系不能割断?^⑦另有学者主张:署名权是一类特殊的占有权,直接满足的是权利人的物质需求,在本质上属于财产权。^⑧署名权应该纳入财产权体系。^⑨笔者认为:署名权作为作者享有的一项最基本的精神权利,已被《伯尔尼公约》和越来越多的国家所确认。作者署名权的价值或曰创设目的既有保护作者精神利益的私法属性,也有维持作者与作品之间的精神纽带关系的社会属性。

^⑥ 参见前引③,[西]德利娅·利普希克书,第90页。

^⑦ 参见前引③,李琛书,第106-108页;前引②,李琛书,第172页。

^⑧ 有学者主张构建“精神权利二元保护理论”,即作品精神权利和作者精神权利。前者体现作者对作品的支配利益,在本质上属于财产权,包括:署名权、发表权、修改权、保护作品完整权、收回权;后者体现作者对作品的精神利益,是真正意义上的精神权利,包括:名誉权、隐私权、创作自由权。参见前引②,杨延超书,第13、14、165页。该观点大胆、新颖,但笔者持有异议。论者在自己构建的物质权利、财产权概念的基础上,所做的逻辑推理,值得商榷。

^⑨ 前引④,杨信、余德峰文。

1. 表明作品的智力来源

通说认为作者署名权是为了保护作者的人格利益。基于上述对作品本质属性的论证,笔者建议,应将此表述修正为:作者署名权的价值在于表明作品的智力来源,以确认作者与其作品之间存在创作关系这一客观事实。

知识产权是一个权利束,其中包括许多子权利。著作权、专利权、商标权是三大核心权利。以权利对象与智力的关系为标准分类,专利权、著作权同属智力成果权,商标权是商业标识权。商标在客观第一性设计阶段,可能投入了智力创作因素,诸如臆造商标。但是,法律第二性上,商标法保护的是商标的识别性,是商标符号之上承载的商誉。因此,未经许可,他人不得在相同或类似商品上使用相同或近似商标,以免消费者发生混淆、误认,使生产者(包括服务提供者)与其商品之间保持正常联系。商标侵权人搭便车,擅自使用他人的注册商标,销售自己的商品,切断商标权人与其商品之间的联系,结果是挤占了商标权人的市场份额,使商标权人受到经济损失。因此,商标法通过商标符号,维护商家与其商品之间的联系,保护商标权人的经济利益。所以,商标权是单一的财产权。

与商标权不同,专利权、著作权保护对象在第一性上是智力成果,在第二性上也是作为智力成果来保护。只是专利权保护的是发明创造,著作权保护的是作品。由此,专利法、著作权法基于智力成果设计出了不同于商标法的权利构造。在专利法领域,分别设有发明人(包括设计人)权利与专利权人权利。在第一性上,发明创造是出自发明人的大脑。正是发明人的发明创造成果推动了科学技术发展。发明人对人类的物质文明进步做出了贡献。在第二性上,法律要确认这一客观事实,承认发明人的创造性劳动,保护发明人及其智力成果之间的联系。因此,发明人作为发明创造完成人的身份在世界上绝大多数国家的法律中均得到肯定。^⑩《巴黎公约》第4条之3也规定:发明人有权要求在专利证书上记载自己是发明人。我国《专利法》第17条规定:发明人或者设计人有权在专利文件中写明自己的发明人或者设计人。即发明人、设计人享有署名权。与此同理,保护智力成果的著作权法,也应确认作者与其作品之间的智力来源关系,赋予作者署名权。作品是作者创造性脑力劳动的结晶。作者创作的大量优秀作品,丰富了人们的文化、艺术生活,推动了人类精神文明的发展。“在这种态势下,执行着社会职能的国家就需要对作者的贡献予以认可。”^⑪通过立法确认这一客观事实,尊重作者付出的智力劳动,维系作者与其作品之间的联系,赋予作者署名权,使作者得以表明其作者身份,也使社会公众了解作品出自于谁。并且,与专利法保护的发明创造不同,著作权法保护的作品发生在文学、艺术、科学领域。独创性要求作者必须独立构思,从而使作品更具有作者的个性特征,打上了个人独特智慧的烙印。学术著作、论文、诗词、小说、音乐、绘画、戏剧等作品与发明创造相比,更多地表达了作者的思想、观点、认识、感受,抒

^⑩ 参见前引⑥,刘春田主编书,第212页;前引⑨,吴汉东主编书,第149页。

^⑪ 参见前引⑩,[德]M·雷炳德书,第7页。

发了作者的情感,体现了作者的人文价值。因此,著作权法也有更充足的理由保护作者的署名权。作者署名权的正当性在于基于创作事实,表明作品的智力来源。

2. 维护法律体系内署名规则的统一性

作品具有传承性。作者在借鉴已有成果的基础上,创作出作品。该作品又成为后人创作的参考文献。作品一旦创作完成后,就成为社会文化的组成部分。因此,作品不仅仅单纯是作者所思所想的外在表达,同时也是社会的精神财富,推动了文学、艺术、科学事业的发展和繁荣。作品之上存在的上述私人属性和社会属性,使得与作者署名相关的规则中,既有私法规范,也有公法规范。但是,在我国现有法律体系内,私法规范内部以及私法与公法规范之间存在着法律冲突。著作权法允许非创作者署名,特别是第17条规定委托作品的当事人可以约定署名权的归属,使得“枪手代笔”成为合法。切断了真正的创作者与作品之间的智力来源关系。对创作者来讲,其真实身份不为社会公众所知,不能因其创作而获得应有的科研、创新、学术能力和才华素养的评价,其姓名之上的声誉(读者吸引力)也无法累加;对委托人来讲,则可以仅仅因为约定,或支付对价,或无偿,就能沽名钓誉,获得本不该属于他的学术评价和社会声誉。这违背了私法领域的帝王原则——诚实信用原则。我国《民法通则》将诚实信用原则规定为民法的一项基本原则,应当具有适用于包括著作权法在内的全部私法领域的效力。

此外,非创作者署名与规范学术诚信的公法规范也发生了直接冲突。由非创作者署名的挂名、代笔等学术不端行为违背了创作者与作品之间的智力成果纽带关系的公共利益属性,与学术道德规范背道而驰,扰乱了正常的社会评价体系,并且使学术评价机制及社会监督失去了客观基础,文学史、学术史、制度史、思想史等一切需要以创作者真实身份为基础资料的研究也将无法进行。《高等学校预防与处理学术不端行为办法》(教育部令2016年第40号)第27条规定了学术不端行为,其中与署名有关的是(一)、(四)、(六)项。《学位论文作假行为处理办法》(教育部令2012年第34号)第3条也将非创作者署名定性为学位论文作假行为。查处学术不端行为,维护学术诚信,虽然不是著作权法的直接目的,但是,在著作权法框架下,规定由创作作品的作者享有署名权,可以直接起到上述作用,并且能够使公众得知作品的真正作者,以探寻学说发展的轨迹、学者的思想发展历程、思潮诞生的前因后果,全面、准确把握文化发展过程中的各种思想观点、文学艺术的发展脉络。

作者与作品的关系不能隔断,它同时承载着作者的私人利益和文化发展的公共利益。因此,作者署名权的设置一方面是为了保护作者的私益,另一方面也是为了保护社会文化发展利益的需要。署名相关规范之间的一致性,有利于避免因不同法律规定的规则不同而带来的制度障碍,破除人为的制度藩篱,消除在署名问题上的私法内部的冲突,理顺私法和公法之间的衔接。

(三) 作者署名权与著作权人署名权的建构

在证成作者应享有专属的署名权后,应解决著作权人与署名权的关系问题。笔者认为,要解决该问题,应基于作品是智力成果的本质属性,在剖析版权体系、著作权体系

现有解决方案的困惑之后,重构作品之上的权利配置模式。

1. 作品两大体系解决署名权方案的困惑

在客观事实上,一个作品的创作过程中,既需要智力的投入,也需要资金的投入。在法律层面上,如何进行价值判断,协调智力投入者(作者)与资金投入者(雇主、投资者)的关系,就成为一个难题。版权体系、著作权体系为解决该难题,都付出了努力,各自给出了解决方案,但都背离了自己的理念,造成体系内部的不和谐,理论预设与署名权规则发生冲突。

上述比较法考察显示,版权法体系将作品与一般商品同等对待,只保护作品之上的财产利益,版权就是财产权。但是,为了加入《伯尔尼公约》,符合公约对作者精神权利保护的最低要求,英国、美国均修改其版权法,加入了保护作者署名权的规定。由此,与其作品财产观发生了冲突,已经背离了作品即商品,创作即投资的理念。著作权法体系否认作品是纯粹的商品,而将作品与作者人格紧密相连,要保护作品之上的作者人格利益。但是,为了保护文化投资者的利益,消除作者人格权对作品市场运作的消极影响,不得不设置了一些特殊规则,诸如:构建法人作品,将法人拟制为作者;在职务作品中,将雇主视为作者,等等。以此将作品的利益分配给非创作者的投资者,由投资者享有包括署名权在内的全部著作权。可是,这样的权利配置规则已经违背了作品人格观的理论预设,切断了智力投入方创作者与其作品之间的联系。剥夺创作者的署名权,不仅使其失去了基于作品的全部精神利益,而且对其职业发展产生了实质性的消极影响。他(她)无从证明自己的专业创作能力,从而使其更换工作非常困难。^②此外,公众也无从了解作品出自谁,是谁的所思所想,是谁的智力创作成果。“视为作者原则”掩盖了实际的创作者。“拟制作者的‘诞生’标志着实际作者的‘死亡’。”^③

我国现行著作权法在接受著作权体系理念的同时,也规定了法人作品,将组织体视为作者,由其享有全部著作权。此外,我国在作品之上设立的权利模式是著作权,著作权再分为著作人身权和著作财产权。著作权一般情况下属于作者,特殊作品则由作者和投资者分享。在这里,立法的思路是作者需按照法定规则转换成著作权人的身份后,才能享有著作权^④。而不能直接以作者的身份享有署名权。但作品是作者智力成果的本质属性,意味着作者应该直接以其本来的身份享有署名权。因此,我国著作权法的权利配置模式应该在解构之后,重新设计。

2. 在作者权和著作权中分置署名权

在客观第一性上,作品是智力成果,是作者独特智慧的表达。基于对作品的这一事实判断结论,笔者既不赞同版权体系的作品财产观,也不赞同著作权法体系的作品人格观。而是主张吸收两大体系的合理内核,正视作品之上既有精神利益,也有财产利益。

^② 参见前引^③李琛书,第86页。

^③ 孙新强《论作者权体系的崩溃与重建》,载《清华法学》2014年第2期。

^④ 参见《著作权法》第9条、第11条。

因此,既要保护智力投入一方创作者的利益,也要保护投资一方的利益。权利原始取得规则的设定必须对与作品有关的各方利益进行衡量,并使之达到平衡。要兼顾考虑作品创作过程中各方参与者的利益和需求,不能一刀切地把作品之上的全部利益分配给任何一方,尤其不能切断作品与作者之间的智力来源关系。^⑤

借鉴专利法框架下发明人权利与专利权分置模式的范本,以及商标法中保护商品生产者、服务提供者与其商品、服务之间的联系,维护市场竞争秩序的理念,笔者主张:在作品之上也设立两种权利即作者权和著作权。作者权由创作作品的自然人,作为创作者独享;著作权由作者与非作者的投资者按照一定规则分享。作者权设立的目的在于确认客观事实:作品出自谁,“表达”谁的所思所想。以保护创作者的精神利益,并肯定自然人对文学、艺术、科学事业发展所做出的贡献。使文化消费者能够正确得知作品的智力来源,维护文化市场的竞争秩序。著作权设立的目的在于分配作品在市场运作中的经济利益。因此,作者权是一种确认机制,著作权是一种利益分配机制。^⑥

在上述重构的作品权利体系模式下,作者权和著作权中均设置署名权。作者权中的署名权是表明创作者的身份,著作权中的署名权是表明著作权人的身份。以此来解决我国现行著作权法中仅有表明作者身份的署名权,没有表明著作权人身份署名权所带来的困境。在我国现行法律框架下,在作品上署名的只能是作者,但是,当依据著作权归属规则,作者不能原始取得完整著作权,诸如职务作品、委托作品、视听作品等,作者与著作权人不再是同一主体,此时,公众就无从得知谁是著作权人。著作权人缺乏一个公示的路径,并由此给著作权转让、许可带来困难。虽然我国有作品登记制度,^⑦但实行的是自愿登记原则,登记不具有强制性。如果在作品登记制度之外,再赋予著作权人以署名权,由著作权人在作品上署名,其公示效果更直接、高效,能够减少公众的搜索成本。

综上,笔者建议将《著作权法》(修订草案送审稿)的相关条文修改如下:第13条第2款第2项为“署名权,即表明著作权人身份,在作品上署名的权利。”此外,删除第15条第3款法人作者的规定,^⑧将第4款提升为第3款,并改为“作者享有表明创作者身份,在作品上署名的权利。”

^⑤ 有学者主张“保护创作者和激励创作只是支撑著作权制度正当性的符号性表达,著作权法的真正目的是保护作者中的投资者。”前引^③熊琦文。笔者不赞同该观点。

^⑥ 有学者主张:著作权是纯粹的财产权,著作人格权是民法人格权的一种。对著作人格权进行特别法保护,纯粹是出于技术上的需要,并不表示二者在性质上存在差异。参见前引^②李琛书,第183、171页;前引^③李琛书,第68-70、94页。笔者认为:既然已经证成作品不是人格的反映,不是人之为人的人格要素。那么,作品之上的精神利益也就不能再纳入民法人格权范畴,而应在著作权法框架下设计对作者精神利益的保护。

^⑦ 参见《著作权法实施条例》第25条、《计算机软件保护条例》第21条。

^⑧ 关于法人作品与职务作品的关系,有二元分立说和一元合并说之争。笔者赞同后者。

结 语

仔细研读我国著作权法有关署名权的规则,产生疑惑:署名权的主体究竟是作者还是著作权人?学者对此持有不同观点,从而产生著作权人权利说、作者权利说、多重彰示说。此外,司法层面也存在着同案异判的现象。我国立法、司法、学界关于署名权主体规则的混乱,使得比较法研究成为必要。但是,域外立法例的考察不仅没有消除疑惑,反而促使笔者思考一个问题:难道创作者与作品之间的联系可以被完全切断?为此,笔者着手从法理层面进行分析论证,重新审视作品、作者、署名权、著作权背后的价值理念、功能定位。继而主张以作品“智力成果观”为出发点,吸收两大体系的合理内核,借鉴专利法的权利分置模式,在作品之上设立两种权利——作者权和著作权。作者权由创作者独享;著作权由创作者与投资者按照一定规则分享。作者权设立的目的在于确认客观事实:作品出自谁,“表达”谁的所思所想。著作权设立的目的在于分配作品在市场运作中的经济利益。因此,作者权是一种确认机制,著作权是一种利益分配机制。在上述重构的作品权利体系模式下,作者权和著作权中均设置署名权。作者权中的署名权是表明创作者的身份,著作权中的署名权是表明著作权人的身份。

Abstract: Different conclusions are deduced from varied provisions under literal interpretation and systematic interpretation methods after thoroughly analyzing the rules of Chinese Copyright Law about author, copyright owner and authorship. That is the perplexity: the subject of authorship is whether the author or the copyright owner? In order to clarify this perplexity, we need to carry out analysis and demonstration from legal principle on the basis of investigation of extraterritorial legislations, re-examine the value of works, authors, authorship, and copyright, and then reconstruct the right system on works. It is suggested that the author's right and the copyright are separated in dualism. The author's right is the confirmation mechanism for the creation fact, which is exclusive to creator, while the copyright is the distribution mechanism of economic interest, which is shared by creators and investors. In conclusion, the authorship in author's right is the identity indication of creators and the authorship in copyright is the identity indication of copyright owners.

(责任编辑:王莉萍)