

# 功能主义解释论视野下的“电影作品”

——兼评凤凰网案二审判决

万 勇

(中国人民大学法学院 北京 100872)

**摘 要:** 通过借鉴《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》与《美国版权法》的解释方法, 可以认为通过直播传输体育赛事画面时, 录制与传播在同时进行, 从而体育赛事画面被固定, 且符合“摄制在一定介质上”的要求。从《著作权法》立法目的来看, 在我国法的语境下, 采取的独创性标准应当更接近于版权体系标准, 而非作者权体系标准, 所以体育赛事画面在选择和编排方面具有独创性。适用广播权的前提是存在作品, 如果体育赛事画面被认为既不属于电影作品, 也不属于其他作品, 那么对其进行网络直播不能适用广播权。

**关键词:** 电影作品; 固定; 独创性; 体育赛事画面; 功能主义解释论

中图分类号: DF438 文献标志码: A DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2018.05.08

2018年3月, 北京知识产权法院就北京新浪互联信息服务有限公司诉北京天盈九州网络技术有限公司(该公司系凤凰网所有权人及运营商)案(以下简称“凤凰网案”)作出了二审判决<sup>①</sup>。该判决撤销了北京市朝阳区人民法院的一审判决, 认为: 体育赛事直播画面不属于电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品; 此外, 由于法院在《著作权法》第3条规定的法定作品类型之外, 无权设定其他作品类型, 因此, 赛事直播画面也不属

于“其他作品”。该判决在法学理论界、实务界引起了高度关注。

事实上, 有关体育赛事画面的法律性质、保护方式等法律问题, 是近年来的热点问题, 已有一些文献进行过论述。不过, 这些文献主要是从立法论的角度展开, 本文则是从解释论的视角, 重点考察“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”(以下简称“电影作品”)的含义, 并结合北京知识产权法院判决涉及的几个争议焦点展开讨论。

就技术发展引起的法律问题进行的解释论而言, 大致可以分为两类, 即功能主义解释论与形式主义解释论。功能主义解释论关注的是技术引起

收稿日期: 2018-04-23

基金项目: 上海市教育发展基金会和上海市教育委员会“曙光计划”(13SG15); 中国人民大学科学研究基金(中央高校基本科研业务费专项资金)(17XNA002)

作者简介: 万勇(1981), 男, 湖北洪湖人, 中国人民大学法学院教授, 博士生导师, 法学博士。

<sup>①</sup> 参见:(2015)京知民终字第1818号民事判决书。

了什么后果,而不是技术如何运作,强调技术对现实世界的影响,而不纠缠于细节。形式主义解释论关注的则是技术的错综复杂之处,强调技术的精准架构<sup>①</sup>。具体到电影作品,形式主义解释论强调只有制作方法与电影作品类似,才可视为电影作品;功能主义解释论则关注制作效果。本文认为,在技术发展日新月异,而修法和立法进程相当缓慢的当下,盲目地固守形式主义,不仅将阻碍产业发展与创新社会的建立,也会影响人们对法治社会的功能性期待。当然,在进行功能主义解释时,必须建立在对法律文本的法解释学基础上,不能突破基本的著作权法原理。

### 一、法院可否创设新的作品类型

北京知识产权法院在得出法院“无权设定其他作品类型”这一结论时,在注释中援引了《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(以下简称《伯尔尼公约》),认为“公约第2条使用‘诸如’二字只是给各国立法者提供若干指导,但世界上作品的主要各类全部都列举出来了。”那么,《伯尔尼公约》列举若干作品类型,究竟有何用意?

(一)《伯尔尼公约》对作品类型的列举及其作用

《伯尔尼公约》第2条第1款采取了以下结构:首先对“文学和艺术作品”概念的要点作出规定,然后对这些作品进行了非穷尽性列举(其使用了“诸如”一词明确表明列举的非穷尽性)<sup>[17]</sup>。

文学和艺术作品一词包括文学、科学和艺术领域内的一切成果,不论其表现形式或方式如何。这里的“科学”一词仅用于表明绝不能狭义地解释文学和艺术作品的概念,例如,认为“文学作品”仅指“纯文学”作品,“艺术作品”仅限于狭隘的“美术”范畴。因为科学领域内的作品受到保护的原因并非其具有科学性,而是其属于文字、绘画作品形式或文学和艺术领域内另一成果形式的智力

创作<sup>[18]</sup>。

尽管《伯尔尼公约》第2条第1款并没有明确提及智力创作是作品的一个基本要件,但这被认为是不言而喻的。1948年布鲁塞尔修订会议的总报告则更明确地阐述了这一点:“向来有一种观点认为没有必要具体说明这些作品构成智力创作,因为……只要谈到文学和艺术作品,就已经在使用一个术语,它意味着正在谈论……文学和艺术范畴的智力创作。”<sup>[17]</sup>事实上,从《伯尔尼公约》的其他条款也可以推论出:只有属于智力创作的那些成果才能成为作品。例如,《伯尔尼公约》第2条第5款对汇编作品的规定:“文学或艺术作品的汇编……凡由于对材料的选择和编排而构成智力创作的……”

可能还有未被列举的其他作品,它们仍有资格受到《伯尔尼公约》的保护。尽管如此,某一类作品是否被《伯尔尼公约》第2条第1款列举出来仍然极为重要,因为只有这样,《伯尔尼公约》第2条第6款<sup>②</sup>才能使公约对这类作品的保护确定无疑<sup>[23]</sup>。那些未被列举出来的客体是否属于文学和艺术作品,则是对《伯尔尼公约》第2条第1款的解释问题,因而可能产生各成员国之间不同解释的情形。如果在解释上发生了争议,只有一种可能的解决方法,就是提交给国际法院<sup>③</sup>。然而,这在《伯尔尼公约》的历史中并不是一种可行的机制。正因为如此,《伯尔尼公约》的历次修订会议一般倾向于在各方达成充分一致的前提下,通过非穷尽性列举中不断增加新种类的作品,来解决可能产生的关于它们是否应受保护的疑问<sup>[19]</sup>。但这绝不意味着未被明确列举的作品类型不属于《伯尔尼公约》意义下的作品。

① 参见: Copyright Act of 1976 - Transmit Clause - ABC, Inc. v. Aereo, Inc., 128 Harv. L. Rev. 371, 377 (2014)。

② 《伯尔尼公约》第2条第6款规定“本条所提到的作品在本联盟所有成员国内受到保护。”

③ 参见《伯尔尼公约》第33条。

(二) 我国《著作权法》中“法律、行政法规规定的其他作品”的含义

之所以使用“法律、行政法规规定的其他作品”这一用语,是立法者为适应未来发展需要所采取的立法技术措施,以便于随着科技的发展增加新的作品种类;但是,作品种类的增加,不能是随意性的,需要由法律、行政法规规定。当然,这里所指的法律、行政法规,不限于《著作权法》和著作权行政法规<sup>[3]</sup>。

然而,需要注意的是,由于《著作权法》第3条开始的措辞是“本法所称的作品,包括以下列形式创作的……作品”,其中“包括”一词既可以作穷尽性列举的解释,也可以作非穷尽性列举的解释(包括但不限于)。如果采用后一种解释,则《著作权法》第3条的意思是指:如果法律(尤其是《著作权法》以外的其他法律)、行政法规规定了其他种类的作品,则它们自然也是《著作权法》意义下的作品,而无需由法院来判断;至于法律、行政法规没有规定的客体是否属于作品,则需要法院来判断。申言之,作品有以下三类《著作权法》第3条第(1)-(8)项明确列举的具名作品,第3条第(9)项规定的“法律、行政法规规定的其他作品”以及不属于前两类由法院确定符合作品构成要件的其他作品。不过,不管对作品类型作何种解释,并不影响本文的结论,因为本文认为赛事公用信号所承载的连续画面可以归入“以类似摄制电影的方法创作的作品”。

## 二、电影作品的含义

我国《著作权法》所使用的“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”这一用语直接来自《伯尔尼公约》<sup>[4]</sup>。因此,如果要准确理解该用语在我国著作权法语境下的含义,考察《伯尔尼公约》的缔约历史及相关术语的含义就显得非常有必要。

## (一) 伯尔尼公约语境下的解释

《伯尔尼公约》自1886年缔结,先后经历了1896年、1908年、1914年、1928年、1948年、1967年以及1971年的修订。由于电影大概在1898年才出现,因此《伯尔尼公约》最早只可能在1908年文本中对其给予保护。

### 1. 1908年柏林文本

《伯尔尼公约》1908年文本第2条与1971年文本的第2条的结构类似,都是先对文学和艺术作品进行一般定义:“文学和艺术作品一词包括文学、科学和艺术领域内的一切成果,不论其表现形式或方式如何。”然后,再对基本定义所涵盖的客体类型进行示例<sup>[3]</sup>。

不过,《伯尔尼公约》1908年文本第2条的作品示例中并未提及电影作品。其第14条倒是规定了对电影作了规定,但它使用的用语是“电影制品”(cinematographic production):“电影制品应得到与文学或艺术作品同等的保护,只要由于作者通过对演出形式的编排或对表现情节的组合而赋予作品以个性和独创性特征。”<sup>①</sup>

在1908年,当时电影工业尚处于起步阶段,而柏林外交会议就通过了上述规定来管理电影作品,这令不少人都大感困惑,其原因可能是电影作品的特殊性。因为通常而言,制作一部电影耗资巨大,因此为了很好地保护制片商的权利,在国际条约中作出相应的规定,似乎是最好的方式<sup>[5]</sup>。

### 2. 1928年罗马文本

《伯尔尼公约》1908年柏林文本第14条的规定并不能使有关的利益方感到满意。国际文学艺术协会、国际电影协会一直提议对该条款进行修改。他们建议应当删除《伯尔尼公约》第14条第2款定义独创性电影作品时所做的限制<sup>[5]</sup>。也就是说,公约应当使电影作品享有不受限制的保护:即使电影作品不能满足第14条第2款规定的独

① 参见《伯尔尼公约》1908年柏林文本第14条第2款。

创性要求,也应获得保护<sup>[6]269</sup>。

在1928年召开罗马外交会议时,法国代表团也提出了上述建议<sup>[6]267</sup>。但是意大利代表团和伯尔尼国际局对此表示反对,他们认为这种规定太超前了。意大利代表团和伯尔尼国际局建议,只应当删除《伯尔尼公约》第14条第2款中的“个性”一词,因为加入这一词语以后,会使得人们认为对于电影作品的独创性要求要高于一般的文学或艺术作品。此外,他们还建议《伯尔尼公约》应明确规定:如果电影不具有独创性,则其只能享有摄影作品所能享有的保护水平。最终,《伯尔尼公约》第14条第2款得到了修改,修改后的文本如下:“在作者赋予电影制品以独创性特征的情况下,该作品应得到与文学或艺术作品同等的保护。如果电影制品缺少这一特征,则其享有与摄影作品同等的保护。”非独创性电影是指那些未表现出任何“创作性活动”的电影,即它们只是在没有对被拍摄的景物进行任何选择或处理的情况下,由摄制者简单拍摄到胶片上的物体和景象的照片。显然可以认为,实际制作电影时所涉及的技巧(拍摄角度、光线等的选择)完全像决定拍摄题材如何处理时所涉及的技巧一样值得保护<sup>[2]371</sup>。

### 3. 1948年布鲁塞尔文本

《伯尔尼公约》1948年布鲁塞尔文本将电影作品纳入到了其第2条第1款列举的作品名单中,原因是在罗马修订会议之后,各方基本上达成了一致意见。此外,布鲁塞尔外交会议还增加了“以类似摄制电影的方法制作的作品”这一用语。这一用语来源于《伯尔尼公约》柏林文本第14条第4款“上述规定适用于以类似摄制电影的其他方法产生的复制品或制品。”作出这一规定的原因是柏林外交会议认为,鉴于电影产业不断发展的特点,各种新方法都有可能被发明出来,应该规定将这些新事物纳入公约<sup>[2]373</sup>。

此后,由于电视的大规模发展,导致各方对“以类似摄制电影的方法制作的作品”是否可以涵

盖“电视作品”产生了一定的疑问。原因是电视可能以未固定的形式存在,即使固定,其也是以非类似摄影电影的方法固定的。也就是说,尽管两者制作的效果类似,但制作的方法并不类似。

### 4. 1967年斯德哥尔摩文本

为了解决上述问题,在20世纪50年代到60年代,电影专家委员会进行了详细考察和认真研究。最后,各方达成普遍一致的意见是:电视作品应被视为电影作品,但在如何视同的问题和如何固定的问题上,仍然存在意见分歧<sup>[2]374</sup>。为了解决后一问题,《伯尔尼公约》1967年文本在其第2条中单独增加一款:允许成员国国内立法规定所有作品或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。为了解决前一问题,《伯尔尼公约》1967年文本将“制作”一词改为“表现”,原因之一是因为“制作”一词可理解为事先录制,而“表现”则表示其效果是在电影作品放映中产生的,这样,该规定就可适用于电视“直播”,即无事先录制的情形<sup>[7]</sup>。另一个原因是修改以后行文更为精确,因为它是指制作效果的类似而不是制作方法的类似<sup>[2]375</sup>。

因此,从《伯尔尼公约》缔约历史来看,“电影作品和以类似摄制电影的方法表现的作品”的表述十分宽泛,足以涵盖视听作品。而这一术语今天一般用来涵盖由“一系列相关画面”构成、借助机器或设备观看的电影和类似作品。也就是说,如果过去一度曾因受保护种类的“方法”要素而对需要通过不同固定形式来制作的视听作品能否受保护提出过质疑的话,如今鉴于电影摄制使用的诸多不同介质和方法,“电影作品”“以类似摄制电影的方法表现的作品”与一般视听作品之间的区别看起来也就不具有什么重要意义了<sup>[2]376</sup>。

综上所述,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。当然,《伯尔尼公约》允许成员国对于固定作出特别要求。

## (二) 我国著作权法语境下的解释

尽管我国《著作权法》中规定的“以类似摄制电影的方法创作的作品”来源于《伯尔尼公约》,不过二者还是略有不同,因为后者使用的是“表现”。正是由于这一文字上的不同,导致我国的学者和法院在进行解释时,尤其是在解释涉及动画片或者使用计算机制作的视频是否可以归入这一类作品时,产生了分歧<sup>[8]</sup>。本文认为,我国《著作权法》所使用的“以类似摄制电影的方法创作的作品”可以解释为与《伯尔尼公约》所使用的“以类似摄制电影的方法表现的作品”同义。理由有如下几点:

### 1. 文义解释

法律解释必先由文义解释入手。文义解释,指按照法律条文用语的自然和通常意义,阐释法律之意义内容<sup>[9]</sup>。质言之,如果没有明确的相反表示,则应当认为这种通常意义最可能反映立法者的真实意图,否则法律条文将没有任何意义。

根据《现代汉语大词典》的解释,“创作”的含义是:(1) 塑造艺术形象的创作过程;(2) 文学艺术作品<sup>[10]</sup>。就第一种含义而言,实际上没有任何实质性意义,它只是表明创作可以作动词使用。因此,从文义解释来看,“以类似摄制电影的方法创作的作品”可以涵盖的范围相当广泛。

### 2. 体系解释

一般而言,体系解释是指,除非有其它明确规定,同一法律使用同一概念时,应当作相同解释。我国《著作权法》第3条在具体列举作品类型之前,有一段概述性的内容“本法所称的作品,包括以下列形式创作的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品。”其中也使用了“创作”这一用语。此外,我国《著作权法实施条例》对著作权法中的“创作”一词作了进一步解释“著作权法所称创作,是指直接产生文学、艺术和科学作品的智力活动。”<sup>①</sup>

我国《著作权法》也有一处对“摄制”的含义

作了解释“摄制权,即以摄制电影或者以类似摄制电影的方法将作品固定在载体上的权利。”<sup>②</sup>因此,摄制权属于演绎权的一种,摄制显然不同于复制权所涵盖的简单“录音、录像”,还要体现“创作者对摄制对象的加工、整理、设计和创新,加入创作者的创作意图和构思设计。”<sup>③</sup>

从以上分析来看,“以类似摄制电影的方法创作的作品”除了表示“以类似摄制电影的方法”产生出具有独创性的作品之外,没有任何进一步的实质意义。因为要构成作品,其必须是“(以下列形式)创作”,此处已经用“创作”对作品进行了限制,而摄制又只是要求“以摄制电影或类似摄制电影的方法”创作出新作品。

### 3. 目的解释

《著作权法实施条例》对电影作品进行了如下定义“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者以其他方式传播的作品。”<sup>④</sup>

著作权法的立法目的是保护创作者、传播者权益,促进作品的创作和传播。从上述立法目的来看,没有理由将电影作品限制在传统的“摄制”方式制作的范围内,也没有必要要求作品一定被“摄制在一定介质上”。因此,《著作权法实施条例》的定义可能背离了《著作权法》的立法本意<sup>[11]</sup>。事实上,《著作权法(修订草案送审稿)》即采用了“视听作品”的概念,删除了“摄制在一定介质上”的要求。

### 4. 历史解释

我国1991年《著作权法》并没有使用“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”这一表达,而是使用“电影、电视、录像作品”<sup>⑤</sup>。1991年

① 参见《著作权法实施条例》第3条。

② 参见《著作权法》第10条第1款第(13)项。

③ 参见:(2010)杭滨知初字第26号民事判决书。

④ 参见《著作权法实施条例》第4条第(11)项。

⑤ 参见:我国1991年《著作权法》第3条第(5)项。

《著作权法实施条例》对“电影、电视、录像作品”的定义是“摄制在一定物质上,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、播放的作品。”<sup>①</sup>将该定义与2001年《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”的定义相比,我们不难发现二者几乎是完全一样的,除了个别文字上略有改动。例如,前者使用的是“物质”,后者使用的是“介质”;前者使用的是“播放”,后者使用的是“或以其他方式传播”。

2001年《著作权法》将“电影、电视、录像作品”修改为“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”,主要是因为“电影、电视、录像作品”只涉及了电影、电视、录像三种媒体形式,涵盖不了1991年《著作权法》颁布后又出现的新媒体形式。国际上对于这类作品或者称为“电影作品和以类似摄制电影的方法表现的作品”,或者称为“视听作品”。因此,2001年《著作权法》按照国际上通行的做法进行了修改<sup>[12]</sup>。

综合上述各种解释方法,本文认为“以类似摄制电影的方法创作的作品”是一个涵盖范围非常广泛的用语。其并不限于以类似拍摄传统电影那样由诸多作者共同创作,并以拍摄电影的步骤制成的作品,而是可以涵盖所有视听作品,只要其符合相关作品构成要件。

### 三、“固定”与“独创性”的含义

北京知识产权法院认为,要构成电影作品,至少应符合固定及独创性两个要件<sup>②</sup>。

#### (一) 固定的含义

一般来说,作者权体系的国家不将固定作为保护作品的条件,因而,即兴演奏的音乐、跳舞或演讲,自表达之时起,即受保护。这也符合作者权体系所依循的自然法哲学的思想,因为按照自然法哲学,一旦作品被创作出来,无论其以何种形式

表达,作品上的权利即自动产生<sup>[13]40</sup>。相比较而言,版权体系的国家通常都会要求作品固定,理由主要包括:(1)可以便利地区分受版权保护的作品与不受版权保护的作品,因为固定要求作者从事某些“额外的工作”,以表明他们对通过版权获得回报的目的;(2)因为固定就要求作品以某种便于公众接触的形式存在,这样使得公众能够持续地接触该作品。总之,只有当一国具有明确的公共政策目标,并且通过固定的要求才能最好地实现该政策目标时,才应当考虑规定这样的要求<sup>[14]</sup>。

历史上,《伯尔尼公约》曾对舞蹈作品和哑剧有过固定要求,原因是避免取证困难。在布鲁塞尔修订会议上,完全删除固定要求的提案遭到了否决,理由是:作为证据的一种形式,固定仍然十分重要。在斯德哥尔摩外交会议上,一个类似的提案也遭到了反对。这导致各方达成了以下妥协方案,即一方面删除对舞蹈作品和哑剧的强制性固定要求,另一方面允许国内法对所有类型的作品规定固定的要求。结果是,任何缔约方此后都可以要求外国作品被固定后才能获得保护。从某种意义上可以认为这是公约要求给予的保护水平的倒退,不过,却提高了美国加入《伯尔尼公约》的可能性<sup>[15]112-113</sup>。需要指出的是,世界知识产权组织编写的指南强调,即使对于那些国内立法包含有固定要求的国家而言,这一要求也可以——而且通常也是在——合理地适用。例如,可以认为对现场表演进行同步固定即足以体现这一要求的合理性<sup>[121]</sup>。

美国《1976年版权法》第102条(a)款规定:受版权保护的作品必须“固定在有形的表达媒介上”。因此,在美国版权法中,固定是作品获得版

① 参见:我国1991年《著作权法实施条例》第4条第(9)项。

② 参见:(2015)京知民终字第1818号民事判决书。

权保护的条件之一。其第 101 条的定义首先对固定进行了一般性规定“将作品固定在有形的表达媒介上是指作者本人或经作者授权,使作品被包含在复制品或录制品中,其持久性、稳定性足以使作品在不仅仅是短暂的时间内可以被感知、复制或或以其他方式传播。”

“固定”定义首句的一般性规定给直播传输带来了问题:以广播信号为载体的歌曲或电视节目是否足够稳定到保持多于“短暂的时间”,从而符合版权法保护的的条件?为了解决这一问题,同时在版权法中保留固定的要求,美国国会选择了一种与“固定”定义首句宽泛的、技术中立的方法截然相反的狭窄的、视具体情况而定的解决方案,规定“为了本法的目的,被播送的由声音、图像或两者相结合组成的作品,如果是在播送的同时进行同步录制,即为固定作品。”这一规定解决了面向公众的包括体育直播等没有固定形式的边录制、边直播的现场转播行为的地位认定问题。美国众议院报告特别强调:如果直播的内容可以按照电影作品或录音作品的方式进行版权保护,则该直播的内容应该被认定为固定的;如果其录制与传播同时进行,则该作品应获得法定保护<sup>[5]</sup>。

在我国著作权法的语境下,并没有一般性地将作品被固定作为获得著作权保护的前提条件。根据《著作权法实施条例》的规定,作品是指“文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果”<sup>①</sup>。其中“以某种有形形式复制”(可复制性)中的“复制”应当作何种解释,存在不同观点。按照法律解释的一般规则,除非有其他特殊规定,同一用语在一部法律中应当作相同解释,因此,此处的“复制”应当与“复制权”中的复制具有相同含义。然而,此种解释却不符合逻辑:因为某一客体受复制权保护的前提是其构成作品,然而构成作品的前提又是其能“复制”,这是循环论证;此外,专有权除复制权外,还有发行权、表演权等,显然复制与其他行为存在区

别,而且复制也并非其他行为的子项,如果作品构成要件中的“复制”与复制权中的复制同义,则作品不能享有《著作权法》第 10 条第 1 款第(6) - (17) 项规定的相关权利。

为了克服上述逻辑缺陷,法院在审判实践中将“以某种有形形式复制”中的“复制”解释为其他含义。有的法院将之解释为“重复”<sup>②</sup>。有的法院将之解释为“非仅存在于人脑构思中”<sup>③</sup>。也有有的法院将之解释为“固定”:“我国著作权法保护的作品是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种形式固定的智力成果。”<sup>④</sup>一般认为,第三种观点是可取的<sup>[8]24</sup>。事实上,《著作权法(修订草案送审稿)》也采取了此种观点,对作品的定义进行了修改“本法所称的作品,是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种形式固定的智力表达。”<sup>⑤</sup>

需要指出的是,即使认为作品定义中的复制是固定的意思,构成作品要件的“可复制性”也只是要求“可固定性”,即作品只要可以固定即可,并不以实际固定为条件。事实上,我国《著作权法》第 3 条第(2) 项规定的“口述作品”显然就是尚未固定,但仍然构成作品。当然,以上论述只是针对一般情况,并不排除著作权法对某些特殊类型的作品施加固定的要求。

《著作权法实施条例》在对电影作品进行定义

① 参见:我国《著作权法实施条例》第 2 条。

② 例如,上海市第一中级人民法院认为“体育赛事是客观发生的,没有版本的事先设计……其具有唯一性和不可复制性,故不属于著作权客体的范畴。”(参见:(2013)沪一中民五(知)终字第 59 号民事判决书。)

③ 例如,杭州市中级人民法院认为“西湖十景……造型已经以有形的表达方式呈现,而不再仅仅停留于创意阶段,可以通过拍照、摄录等有形形式进行复制,具有可复制性。”(参见:(2011)浙杭知终字第 54 号民事判决书。)

④ 参见:(2008)西民四初字第 119 号民事判决书。

⑤ 《中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿)》征求意见稿《著作权法(修订草案送审稿)》第 5 条第 1 款[EB/OL]. [2018 - 04 - 22]. [http://www.gov.cn/xinwen/2014 - 06/10/content\\_2697701.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2014 - 06/10/content_2697701.htm).

时,要求“摄制在一定介质上”。虽然上文指出,这一定义可能背离了《著作权法》的立法本意,但在该定义被修改之前,还是应当从解释论的角度对其进行阐释。本文认为,对于直播传输节目,即使特别强调“固定”要求的《美国版权法》也承认其符合“固定”的要求,显然,我国《著作权法》不应采取高于美国法对“固定”的要求,但也可采取类似的解释路径:录制与传播同时进行,从而构成固定,符合“摄制在一定介质上”的要求。

## (二) 独创性

一般来说,作者权体系的国家对获得版权保护所要求的独创性程度比版权体系的国家要高<sup>[13]41</sup>。之所以如此,主要是两个法律体系所采用的哲学基础不同。作者权体系自19世纪以来,一直主要受自然法理论、人格理论的影响<sup>[13]34</sup>。因此,作品是作者人格的外化;作者的创作物自然就属于他自己所有;进而作品是人类智力的创作成果,所以被要求具有某种主观上的新颖性或创作性的要素<sup>[13]41</sup>。版权体系采取的则是功利主义进路,认为之所以对作品提供版权保护,原因在于其对鼓励创作,从而提高社会的整体福利是必要的。

就《伯尔尼公约》而言,根据《伯尔尼公约》第2条第5款,可以认为第2条第1款中的文学和艺术作品蕴含了“智力创作”这一含义。再从修订《伯尔尼公约》的历次外交会议的纪录来看,显然作品被认为应是智力创作这一要求,并不意味着作品应具有符合工业产权领域的“新颖性”概念的全新性,而是意味着它应具有独创性<sup>[1]17</sup>。虽然大陆法系和英美法系对独创性的理解存在一些差异,不过这种差异有一种逐渐淡化和趋同的趋势。单纯的“辛勤劳动”不足以使成果构成作品,它还必须是一种智力创作;但是,超出单纯的智力创作条件而要求某种更高水平的创作性,或要求在某种程度上体现作者个性,则是不合情理的<sup>[1]17</sup>。也就是说,尽管《伯尔尼公约》将独创性的确切特征留给成员国国内法自行确定,但它还是暗示了对

成员国自由划定这些界限的某些限制:对于公约所明确列举的作品类型,各成员国不可以将独创性标准提高到实际上完全排除对这类作品保护的程<sup>[2]349</sup>。

那么,我国《著作权法》究竟属于作者权体系还是版权体系,其要求的独创性标准为何?从我国《著作权法》所使用的术语——著作权和邻接权、采用的权利体系——人身权和财产权、规定的例外与限制——封闭式的立法模式等方面来看,我国《著作权法》似乎属于作者权体系<sup>①</sup>。然而,从正当性基础来看,我国《著作权法》似乎采用的是功利主义进路,而非自然法哲学<sup>[14]151</sup>。因为我国《著作权法》第1条规定“为保护文学、艺术和科学作品作者的著作权,以及与著作权有关的权益,鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播,促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣,根据宪法制定本法。”

由于立法目的与具体法律条文之间存在的紧张关系,导致我国法院在确定独创性的标准时观点各异。有的法院认为,创作性只要求一定水准的智力创作高度<sup>②</sup>,这一标准与版权体系标准类似。有的法院认为,应表现作者独特个性<sup>③</sup>,这一标准基本上与作者权体系标准类似。也有的法院认为,处于一定创作高度与作者个性之间<sup>④</sup>,这一标准则兼采作者权体系与版权体系。

本文认为,既然我国《著作权法》明确规定其立法目的是为鼓励作品的创作和传播,而且我国历史上也并不存在植根于自然法哲学的个人本位的传统财产法观念;相反,中国社会传统更强调公共利益,社会本位的财产观更契合我国传统观

① 有关作者权体系与版权体系的区分,参见:西尔克·冯·莱温斯基. 国际版权法律与政策[M]. 万勇,译. 北京:知识产权出版社,2017:30-58.

② 参见:(2013)沪一中民五(知)终字第170号民事判决书。

③ 参见:(2010)高民终字第772号民事判决书。

④ 参见:(2011)朝民初字第31507号民事判决书。



念<sup>[16]</sup>153。因此,我国《著作权法》采取的独创性标准应当更接近于版权体系标准,而非作者权体系标准。

就凤凰网案而言,尽管公用信号制作手册对于拍摄提供了一定的指导和建议,但不能就此认为拍摄不具有独创性。该手册从某种意义上讲就相当于摄影师在学习摄影课程时的教科书或教师讲授的拍摄技巧。例如,对于人物、山水、花草,都各有拍摄的重点与技巧,不能因为摄影师学习过相关内容,就否认其拍摄出来的作品的独创性。如果按照判决的逻辑,则摄影师学习拍摄课程或资料越多,学得越好,摄影师受到的限制也就越多(类似作家中的考据派,句句有出处<sup>①</sup>),拍摄出来的作品所具有的独创性也就越低,这显然是不合理的。因此,本文认为,根据公用信号制作手册的指导拍摄,不能当然认定拍摄出来的画面无独创性。进一步而言,对于涉案体育赛事画面,由于存在多个机位拍摄,每个机位拍摄的画面有多种选择(摄影师对于拍摄重点,近景、远景的选择和构图存在不同选择),导演在收到各个机位拍摄的画面后,也存在选择和编排。因此,即使在没有添加解说、慢动作和集锦的情况下,赛事画面也具有独创性。

#### 四、结语

北京知识产权法院在否认涉案赛事直播公用信号承载的连续画面构成电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品之后,又讨论了网络直播行为的性质。令人感到困惑的是,其认为被诉网络直播行为是对广播权中第一种广播行为——“无线广播”——的信号的的网络直播行为,“属于广播权调整的第二种行为,即‘以有线传播或者转播的方式向公众传播广播的作品’的行为”。然而,需要指出的是,广播权中第一种广播行为针对的客体是作品,第二种广播行为针对的客体是“广

播的作品”;无论哪一种行为,要适用广播权,前提都是首先需要存在作品。如果按照二审法院对于广播权的上述解释,则其已经承认了涉案赛事节目是作品,而这与其之前的认定是矛盾的。

事实上,关于网络直播行为的性质,尽管此前曾有过争议,但后来各方基本达成了共识,认为:其属于《著作权法》第10条第1款第(17)项“应当由著作权人享有的其他权利”的规制范围<sup>②</sup>。

综上所述,本文认为,通过法律解释的方法,可以将“以类似摄制电影的方法创作的作品”解释为与《伯尔尼公约》中“以类似摄制电影的方法表现的作品”同义,从而将判断的重点由制作方法,转为制作效果:是否由投射到银幕或屏幕上的连续视觉画面构成。另一方面,世界知识产权组织出版的公约指南明确指出《伯尔尼公约》中“电影作品和以类似摄制电影的方法表现的作品”与“视听作品”的概念相当<sup>[1]28</sup>。由于赛事直播画面符合独创性要求,录制与传播同时进行,因而符合固定要求,从而构成电影作品。■

#### 参考文献:

[1]世界知识产权组织.世界知识产权组织管理的版权及相关权条约指南以及版权及相关权术语汇编[M].日内瓦:世界知识产权组织出版物,2004:17-218.

[2]山姆·里基森,简·金斯伯格,国际版权与邻接权——伯尔尼公约及公约以外的新发展[M].郭寿康,等译.北京:中国人民大学出版社,2016:349-376.

[3]李明山,常青,等.中国当代版权史[M].北京:知识产权出版社,2007:214.

[4]刘春田.知识产权法[M].5版.北京:中国人民大学出版社,2014:62.

① 需要指出的是,即使是作家中的考据派,也并不妨碍其创作的成果具有独创性而构成作品,因为选择和编排可体现独创性。

② 参见《北京市高级人民法院关于涉及网络知识产权案件的审理指南》第15条。

- [5] Stephen P. Ladas. The International Protection of Literary and Artistic Property [M]. New York: The Macmillan Company, 1938: 446.
- [6] Sam Ricketson, Jane C. Ginsburg. Appendices to International Copyright and Neighboring Rights: The Berne Convention and Beyond [EB/OL]. [2018-04-07]. <http://www.oup.com/uk/booksites/content/9780198259466>.
- [7] 德利娅·利普希克. 著作权法与邻接权 [M]. 联合国教科文组织, 译. 北京: 中国对外翻译出版公司, 2000: 512.
- [8] 何怀文. 中国著作权法: 判例综述与规范解释 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 24-119.
- [9] 梁慧星. 民法解释学 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1995: 214.
- [10] 阮智富, 郭忠新. 现代汉语大词典 [M]. 上海: 上海世纪出版股份有限公司, 上海辞书出版社, 2009: 286.
- [11] 崔国斌. 著作权法: 原理与案例 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2014: 154.
- [12] 郭寿康. 知识产权法 [M]. 北京: 中共中央党校出版社, 2002: 43.
- [13] 西尔克·冯·莱温斯基. 国际版权法律与政策 [M]. 万勇, 译. 北京: 知识产权出版社, 2017: 34-113.
- [14] UNCTAD. Resource Book on TRIPs and Development [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2005: 148.
- [15] 朱莉·E. 科恩, 等. 全球信息经济下的美国版权法 [M]. 王迁, 等, 译. 北京: 商务印书馆, 2016: 82.
- [16] 崔国斌. 知识产权法官造法批判 [J]. 中国法学, 2006 (1): 151-153.

## The Meaning of Cinematographic Works from the Perspective of the Functionalism: Comments on the Second Instance Judgment on Phoenix Case

WAN Yong

( Law School , Renmin University of China , Beijing 100872 , China)

**Abstract:** By referring to the interpretation method of the Berne Convention and the American Copyright Law, it is submitted that recording and transmission are carried out at the same time through live webcasting of the motion pictures of sports events, which constitutes fixation and satisfies the requirements of “the filming on a certain medium”. From the legislative purpose of the Copyright Law, in the context of Chinese law, the standard of originality should be closer to the standard of the copyright system, instead of the standard of the author’s right system. In this regard, the selection and arrangement of the motion pictures of the sports event satisfy the originality requirement. The premise for the broadcasting right is the existence of a work. If the motion pictures of a sports event are considered not to be cinematographic works or other work, the broadcasting right cannot be applied to the live webcasting of them.

**Key Words:** cinematographic works; fixation; originality; motion pictures of the sports event; functionalist theory on interpretation

本文责任编辑: 黄 汇