

论作品定义的立法表述

李琛*

目次

- 一、作品定义的基本要求
- 二、作品的一般定义
- 三、领域限定的法律意义
- 四、立法中具体作品的列举与定义

摘要 作品定义的立法表述,既要合乎逻辑,又要实现法律的规范功能。作品的定义应遵循属加种差的逻辑,在属的选择上以“表达”为优,在种差的设定上应以具有法律构成要件价值为准。“文学、艺术、科学领域”的限定其意义在于划分作品与非作品,立法在判断实用品的外形是否为作品时应格外谨慎。在具体作品的列举与定义时,应借鉴美学的分类,同时兼顾法律的规范目的。

关键词 作品 实用艺术作品 著作权法

一、作品定义的基本要求

“作品”是著作权法的核心概念之一,它是著作权的产生依据。“创作”、“作者”等其他核心概念必须通过“作品”的概念得以确定,因为创作是产生作品的行为,作者是产生作品的人。但是,不少立法文件并不能清晰地表述作品的内涵。例如,《法国知识产权法典》规定“本法典的规定保护一切智力作品的著作权,而不问作品的体裁、表达形式、艺术价值或功能目的。”大多数的立法文件只规定作品的外延。核心概念在立法中没有明确的内涵定义,这一现象并不鲜见。内涵定义是对被定义对象的本质属性的描述,具有高度的抽象性。但是,把握并恰当地描述事物的本质属性绝非易事,越是一个学科的基础概念,往往越难定义,有的基础概念本身已经属于哲学范畴。立法与学理的功能不同,立法的主要目的是指导实践,因此要尽可能地避免分歧。“当我们对一个事物没有足够深入的了解,不能抓住其本质时,我们往往难以给出该事物的定义。在这种情况下,我们只能通过描述来宽泛地说明事物。”与作品的抽象描述相比,规定作品的具体类型要明确得多。所以,很多立法回避作品的内涵定义,只是列举作品的外延。有的学者把列举外延也视为一种定义方法,称之为“外延定义”。“外延定义就是指被定义的普遍词项所适用对象的汇集”。⁽¹⁾ 不过,通说认为,定

* 李琛,中国人民大学法学院教授,法学博士。

(1) [美]欧文·M.柯匹、卡尔·科恩《逻辑学导论》(第11版),张建军、潘天群等译,中国人民大学出版社2007年版,第137页。

义是明确概念内涵的逻辑方法。⁽²⁾列举并不是一种严格意义上的定义方式。列举的作品类型不可能穷尽实践中的作品,在立法中,作品的列举通常是非限定性的,当新的作品类型出现、涉及对作品的解释时,依然要借助作品的内涵定义。如果立法中没有作品的内涵定义,那么作品的内涵则主要是通过学理和司法实践来达成共识的。通常在法律共同体中存在有关作品概念的主流意见(同时存在若干非主流意见),而对概念中包含的要件(例如独创性)的诠释,则是通过司法实践不断发展和演化的。这种不定义作品的立法技巧虽然带来了不确定性,但同时也避免了拙劣的定义造成的负效应。

同时,明确给出作品内涵定义的立法亦不乏其例。例如《日本著作权法》规定:作品“是指文学、科学、艺术、音乐领域内,思想或者感情的独创性表现形式。”这是一个标准的“属加种差”模式的内涵定义。我国现行《著作权法》虽未规定作品的内涵定义,只是规定“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”,但在《著作权法实施条例》中给出了作品的内涵定义和各种具体作品的内涵定义。《著作权法》第三次修订送审稿(以下简称《送审稿》)吸收《著作权法实施条例》的相关规定并作了修订。这种立法技术增强了法律的可预见性,亦有其优势。

如果我们选择明确定义作品的立法模式,为了最大限度地扬长避短,立法中的作品定义应当满足两个基本要求。一是合乎逻辑。这是对定义的表述形式的要求。最主要的是,作品的一般定义包含的限定性表述不得多余,因为这些限定就是作品的法律要件,不必要的限定不应成为要件。二是有益实践。作品的定义与分类在纯粹的逻辑考虑之外,还要服从法律的规范目的。例如,作品内涵定义中“属”与“种差”的选择不应任意,而应当具有规范意义。出于指导实践的需要,作品分类标准的一致性可以有少数例外,某些在规范上要特殊对待的作品可以独立归类。此外,立法者应当关注理论与实践中的有关作品定义的重大分歧,尽量促成法律适用标准的统一性。本文将基于这两点,对我国《著作权法》修订中的作品定义进行分析评价。

二、作品的一般定义

定义的标准逻辑形式是属加种差。在立法文件中,对作品定义的属概念的选择主要有两种:智力成果和表达(表现)。⁽³⁾

我国《著作权法实施条例》第2条规定,“著作权法所称作品,是指文学、艺术、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。”“智力成果”一词只是说明作品是智力活动的外在结果,区分了产生作品的劳作性质,即作品不是体力劳作的成果,但作品作为一种成果本身的特质并没有得到揭示。而且有学者认为,汉语中的“智力成果”也可以是思想。⁽⁴⁾放下学理争论,仅从立法规范功能的角度评价,“表达”是与“思想”相对的概念,以“表达”作为属概念,暗含了“思想—表达”二分法,对实践的指引更有针对性,更具有规范意义。国家版权局公布的《著作权法》第三次修订草案的第一稿和第二稿中,对作品的定义为“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成果。”依然选择了“智力成果”作为属概念。《送审稿》第5条则改为“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。”从立法定义的规范功能来看,“智力表达”优于“智力成果”。

“文学、艺术、科学领域内”与“独创性”作为作品的要件,基本上没有争议。《著作权法实施条例》的作品定义还附加了一个限定“并能以某种有形形式复制的”。“有形形式”是一个赘语,没有无形的形式,该限定的意思就是作品应具有可复制性。立法定义中的每一个限定都不得任意引入,必须具有构成要件的价值。换言之,如果这一限定是有法律意义的,意味着在司法实践中法院必须在领域限定、思想—表达二分法和独创性判断之

(2) 郭彩琴编著《逻辑学教程》,北京大学出版社2007年版,第29页。

(3) 本文重点讨论作品的立法定义,而非学理定义。关于作品概念的更全面的分析,参见李琛《著作权基本理论批判》,知识产权出版社2013年版,第112-136页。

(4) 金渝林《论版权理论中的作品概念》,载《中国知识产权评论》(第1卷),商务印书馆2002年版。

外 检验涉案表达是否具有可复制性。在逻辑上,任何表达都具有被复制的可能,思想才是不可复制的。不可复制的对象也不可为他人利用,根本无需法律的保护。因此,“表达”就隐含了可复制性,“并能以某种有形形式复制的”是一个多余限定。国家版权局的《著作权法》第三次修订草案第一、二稿与《送审稿》把“可复制性”改为“并能以某种形式固定的”。“可固定性”限定的规范意义何在,同样让人不解。在美国法上,作品必须加以固定才能获得保护,而我国采自动保护原则,《送审稿》第5条规定,“著作权自作品创作之日起自动产生,无需履行任何手续。”所以“并能以某种形式固定”之含义只能解释为“具有固定的可能性”。凡外在的表达,皆有固定的可能。如果可固定性没有现实的规范意义,就不应引入立法定义,否则徒增司法论证的负担。

三、领域限定的法律意义

虽然我国立法中的作品定义一直包含“文学、艺术、科学领域内”的限定,但理论上和实践中对这一限定的意义均缺乏足够的重视,在分析作品性时往往忽略了这一要件。这一限定仅从字面来看,颇令人费解。文学与艺术的划分是以符号媒介为标准的,最狭义的艺术是指以线条和色彩为媒介的视觉作品(绘画、雕塑、建筑等),较广义的艺术包含文学以外的作品(例如音乐艺术、舞蹈艺术等),最广义的艺术包含文学作品。如果这里的“领域”是就符号媒介而言,并不存在一种独立的科学作品形式,科学作品可以是文字的、线条色彩的或声像的。根据《著作权与邻接权法律术语汇编》的解释,科学作品是“以符合科学立场要求的方式处理问题的作品”,例如工具书、科普作品等。⁽⁵⁾显然,这是以作品的功能和目的来划分的。如果把领域限定理解为“作品的目的功能限定”,则“文学、艺术、科学”不足以穷尽作品的使用目的,还应增加“商业领域”。因为文学艺术的目的功能是纯粹的审美,但依据法律标准,产品说明书、商业广告也可以构成作品。从法学角度来看,作品的目的限定是毫无意义的,作品的目的不影响作品的可保护性。

“领域限定”是作品定义的组成部分,因此,它的意义应该在于划分作品与非作品。“文学艺术科学领域”所修饰的名词是“表达”,逻辑的推论是“文学、艺术、科学领域以外的表达不是作品”。所以,领域限定的法律意义主要在于把“文学、艺术、科学领域外的表达”排除出著作权的领域。中山信弘认为,“如果说这一要件有实际意义的话,其意义在于,将实用性的物品从作品中分离出去,使之成为外观设计、实用新型等工业产权法保护的主体。”⁽⁶⁾金渝林教授也认为,“在大多数国家的版权法以及两个著名的国际版权保护公约中,都把版权保护范围限定在文学、艺术和科学领域内,这一限定的理论依据正是基于‘实用—非实用二分原则’。”⁽⁷⁾日本学者田村善之在解释作品的领域限制时指出,“属于文学、学术、美术或音乐领域这一要件,成问题的主要是实用品。”⁽⁸⁾

可见,领域限制的主要目的是划分著作权与工业产权。工业产权(industrial property)的译法并不十分准确,“industrial”是“产业”之义,称“产业产权”更为恰当。工业产权的对象被预设为在产业应用中实现价值,故工业产权的保护以产业应用为限。作为划分工业产权与著作权标准的“实用性”,不同于作为专利法上发明要件的实用性,它实际上是指“应用性”,而不是具有技术效果。因此,外观设计也属于工业产权。外观设计权仅限于排他地在特定产品(载体)上应用装饰设计,而著作权中的复制权不受载体的限制,原因正在于此。所以,在专利法上,使用“制造”的称谓而非“复制”。“外观设计毕竟还是依附在产品之上,仅就产品而言仍可被称为制造。可见,专利法中的制造是指生产出具备相应实用功能的产品。”⁽⁹⁾作品的“非实用性(非应用性)”,是指作品仅以满足人们的感知需求为目的,而非以与产品结合为目的。美国学者在解释地

(5) 世界知识产权组织编《著作权与邻接权法律术语汇编》,刘波林译,北京大学出版社2007年版,第231页。

(6) [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19页。

(7) 金渝林《论版权理论中的作品概念》,载《中国知识产权评论》(第1卷),商务印书馆2002年版。

(8) [日]田村善之《日本知识产权法》,周超等译,知识产权出版社2011年版,第421页。

(9) 刘春田主编《知识产权法》(第4版),中国人民大学出版社2009年版,第216页。

图、计算机程序为什么不属于实用品时指出(尽管在日常用语意义上这些对象是有用的而非审美的):因为它们仅仅传达信息(convey information)。(10) 当人们感知到作品,传达信息的目的就已实现。所以,著作权的本质就是控制对作品的传播(控制作品的感知范围),无论传播的媒介为何。

近几年,我国发生了一系列涉及计算机字库的案件,对于计算机字库中的单字是否构成作品,学术界有较大分歧,法院也作出了结论不一的裁判。大多数讨论都直奔独创性,而很少讨论字库单字能否进入著作权领域。(11) 在近期作出的“北京北大方正电子有限公司诉上海跃兴旺贸易有限公司等侵害著作权纠纷案”的判决中,(12) 法院指出“毋庸讳言,从计算机字库字体产品的创作过程和最终目的的角度可以认为其是一种规范化和实用性的工业产物,但并不能因此认为计算机字库中的单字只是工业产品而非艺术作品……不能因为计算机字库中的单字具有工业用途而否认其具有可以受到著作权法保护的可能性。也就是说,计算机字库中的单字具有一般意义上的可版权性,但对于特定单字是否具有著作权,则应当按照著作权法关于作品构成要件的相关规定进一步进行分析和判断。”接下来,判决书从以下角度进行了“字库中的单字可版权性”论证:具有独创性;具有可复制性;具有美感。这三点与作品的领域限定相关的只有第三点。但是,“具有美感”并不足以论证作品性,因为外观设计也具有美感。现代日用产品几乎大多数都具有一定的美感。关键是,这种美感是否达到具有独立感知价值的程度?依据一般社会观念,字库中的单字如果不是作为文字处理工具的组成部分,是否会被当做字帖供人赏析?对这一点的论证并不充分。

领域要件的判定,对利益关系的影响重大。凡使特定表达为公众所感知的行为(传播行为),原则上都受著作权控制,而工业产权只是控制表达与特定产品结合的行为。著作权包含人格权,而工业产权无此内容,且著作权的保护期比工业产权长得多。有一种对象处于临界状态,即实用艺术作品。当一种以产业应用为目的的表达达到相当程度的美感时,会具有独立的感知价值。日本学者认为,“在判断是否属于文艺、学术、美术或者音乐范围的作品时,经常适用是否被视为纯粹的美术作品这一标准。”(13) 所谓视为纯艺术品,就是可以具有独立的感知价值。是否具有独立的感知价值,是一种主观判断,有可能存在模糊区。如果独立的感知价值并不明显,社会公众极有可能将其视为工业产权的对象,基于前述利益关系的分析,予以著作权保护会使社会公众动辄得咎。(14) 因此,在价值取向上,凡与实用功能相结合的表达,认定其构成作品应当格外谨慎,如果对作品性有较大争议时,以否定其可版权性为宜。德国学者认为,对实用艺术作品而言,著作权保护的要求高于纯艺术作品,“必须明显超出平均水平许多。”(15) 这种表述不合逻辑。如果同属著作权的范畴,独创性的标准应该是同一的。这种“高要求”实际上是对“是否属于艺术领域”的判断,反映了对领域判断的一种价值取向:对实用品的形式不轻易认定为作品。我国若干判决对字库单字的作品性认定,是不谨慎的,与应有之价值取向背道而驰。

《送审稿》把实用艺术作品单独归类,定义为“指玩具、家具、饰品等具有实用功能并有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品。”这个定义所列举的“玩具、家具、饰品”恰恰并非典型的实用艺术作品,这三类对象中的大多数不具有独立的赏析价值,因此这种列举起不到指引实践的规范功能,不应该纳入立法定义。送审稿规定实用艺术作品的保护期为25年,这在一定程度上会减小司法界的不谨慎所造成的负效应。如果某种实用性

(10) Stephen M. Mcjohn, *Intellectual Property*, 中信出版社2003年影印版,第40页。

(11) 参见专题评述“评方正公司诉宝洁倩体字侵权案”,《知识产权》2011年第5期。

(12) 参见北京市第三中级人民法院(2014)三中民(知)初字第09233号民事判决书。

(13) [日]田村善之《日本知识产权法》,周超等译,知识产权出版社2011年版,第422页。

(14) 在“汉仪公司诉笑巴喜”案中,江苏省南京市中级人民法院认定汉仪字库中的“笑”、“喜”是作品,而“巴”字不是作品。参见江苏省南京市中级人民法院(2011)宁知民初字第60号民事判决书。在“北大方正公司诉上海跃兴旺贸易公司”案中,法院认定被告使用“之”字不侵权,而使用“自”、“然”、“子”三字侵权。不难看出,笔画少的字就可能被认定为没有独创性。社会公众很难判断同一字库中的字笔画多到什么程度就变成“作品”。字库单字可以成为“著作人格权”对象,将会产生诸多问题。字库使用者不能轻易改动文字处理的结果,否则可能侵害“作品”的完整性。使用者的“署名”义务,更是不可思议。

(15) [德]雷炳德《著作权法》,张恩民译,法律出版社2005年版,第143页。

表达被不恰当地认定为作品,至少保护的期限较短,对社会公共利益的影响要小一些。不过,法院也可能因此认为,判断为作品不会有太大影响,从而不够谨慎,助长司法认定的随意性。其实,明确“把实用品的外形认定为作品应格外谨慎”这一价值取向,比立法单独规范实用艺术作品更加重要。如果实践中只对有明显的独立感知价值的实用性表达给予著作权保护,即使保护程度与一般作品相同,也不会有不良后果。

四、立法中具体作品的列举与定义

列举作品的具体类型,是很多法域采用的立法技术。这种列举并不完全等于逻辑上的划分,逻辑划分必须采用同一标准,而立法中的作品分类采用的标准并不完全统一。基本分类方法是借鉴美学分类,兼顾法律的规范目的。艺术理论认为,“……最常用、最具有实践意义的分类方法,就是以创造艺术形态的材料和技法为依据,分为美术、音乐、舞蹈、文学、戏剧、影视、摄影、曲艺、杂技、建筑和园林等。”⁽¹⁶⁾不难发现,著作权法的分类与此基本吻合。有些作品在纯粹的表现形式上并无特殊之处,但考虑到保护规则的特殊性因而予以单列,例如在美术作品之外单列实用艺术作品,这是兼顾法律规范目的的体现。

《著作权法实施条例》对具体作品的定义,显得过于任意,没有准确地反映出分类的标准。有的作品定义依据的是“表现形式”。例如,文字作品被定义为“以文字形式表现”的作品;口述作品被定义为“以口头语言形式表现”的作品;舞蹈作品被定义为“通过连续的动作、姿势、表情等表现”的作品。而有的作品定义依据的是作品功能。例如,音乐作品是“能够演唱或者演奏的”;戏剧作品是“供舞台演出的”。还有的作品定义强调的是创作方法。例如,摄影作品是“借助器械在感光材料或者其他介质上记录客观物体形象的艺术作品”;电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品,是“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”。

参照美学标准的作品分类并没有独立的法律意义,只是为了让社会公众更直观地了解作品范围。如果没有规范上的特别需求,或是起到更为明晰的效果,立法没有必要采取这种标准不一的定义方式,而是应当尽可能地借鉴美学的定义,并且尽量采用统一的标准,原则上应以表现形式为据。当前的立法技术非但不明晰,反而增加了适用的困惑。例如,著作权法意义上的戏剧、音乐等表演艺术作品,究竟是不是表演本身,学术界一直存在争议。在《著作权法实施条例》中,音乐作品、戏剧作品和曲艺作品都被定义为“供表演”的作品,而舞蹈作品则是“通过连续的动作、姿势、表情等表现思想情感的作品”。这种表述的差异究竟是任意的还是有意的?表演就是以动作、姿势、表情等表现思想情感的行为,舞蹈作品是“供表演”的还是表演本身?

以创作手法定义作品则带来更大的问题。从逻辑上说,作品是一种结果,定义应该直接描述结果自身的特质,不同的创作手法可能形成同样的结果。而且,用创作方法定义作品,很容易与技术的发展脱节。《著作权法实施条例》把摄影作品定义为“借助器械在感光材料或者其他介质上记录客观物体形象的艺术作品”,这一定义在字面上并没有排除活动的物体形象,在表述上涵盖了录像。而“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”的定义方式,则已经不符合视听作品创作的发展,视听作品可以采用电脑合成等方式,不一定要“摄制”。《送审稿》在具体作品定义方面,对表述角度多重、凌乱的问题整体上未作大的修正,但在个别之处有所改进。例如,把视听作品的定义改为“是指由一系列有伴音或者无伴音的连续画面组成,并且能够借助技术设备被感知的作品,包括电影、电视剧以及类似制作电影的方法创作的作品”。这一定义的角度已经从“创作方法”转为“表现形式”。

综上,我国著作权法中的作品定义还需进一步完善,合乎逻辑的要求与指导实践的需求,是作品的立法定义应顾及的两大重点。学理与司法中关于作品的重大争议,也是立法修订应当重视的资源。

(责任编辑:吴一鸣)

(16) 王宏建主编《艺术概论》,文化艺术出版社2000年版,第114页。