

《著作权法》中作品类型兜底条款的适用机理

孙 山

【摘 要】在具备独创性的前提下,以体育赛事节目、游戏直播画面等为代表的新类型表达以何种作品类型之名获得保护,是目前困扰我国著作权保护司法实践的难题之一。在第三次修改的《著作权法》正式施行前,法院可将现行《著作权法》及《著作权法实施条例》视为整体,依据目的解释、体系解释等方式,以《著作权法》第3条第9项“其他作品”之名,保护符合《著作权法实施条例》第2条所列构成要件的各种新类型表达,克服立法者与司法者有限理性之不足。在第三次修改的《著作权法》正式施行后,法院可将修改后的《著作权法》第3条中的作品定义条款与该条第9项结合使用,为新类型表达提供兜底保护。《著作权法》第二章第二节“著作权归属”中出现的汇编作品、演绎作品、合作作品、委托作品和职务作品,都只能用于解决权利归属及其行使问题,并非《著作权法》第3条意义上的作品类型,无法以此类作品之名获得救济。

【关键词】作品类型;兜底条款;汇编作品;职务作品;演绎作品;合作作品;知识产权法定原则;著作权归属

【作者简介】孙山,西北政法大学经济法学院副教授。

【原文出处】《知识产权》(京),2020.12.53~66

【基金项目】2018年国家社科基金一般项目《应对国际贸易知识产权制度变革的中国方案研究》(18BFX219)。

我国《著作权法》中存在多处兜底条款。兜底条款的出现本来是为了防止挂一漏万,提升司法裁判的弹性,而研究的缺位则使得弹性司法流于空谈。在我国著作权制度初建之时,权利人的维权意识弱,没有兜底条款发挥作用的现实空间。《著作权法》运行三十年之后,兜底条款就成为司法者不得不直面的适用难题。以我国现行《著作权法》第3条中作品类型条款为例,在八项具体列举之外,第9项中还规定了“法律、行政法规规定的其他作品”。而在2020年11月11日通过、2021年6月1日起施行的第三次修订的《著作权法》(以下简称新《著作权法》)中,立法者选择了以“符合作品特征的其他智力成果”的表述取代“法律、行政法规规定的其他作品”充当兜底条款。与此同时,该条还引入了原本位于《著作权法实施条例》第2条中的作品定义,并作了微小修改。两相比较,“其他智力成果”与“其他作品”实质相同,只是增加了“符合作品特征”的限定。“其他智力成果”

的表述不能排除发明创造,加上“符合作品特征”的限定又显得过于冗长,而“其他作品”则简明扼要,不致引起误解。因此,在无特别说明的情况下,本文以“其他作品”,涵盖修法之前的“其他作品”和修法之后的“其他智力成果”。体育赛事节目、游戏直播画面、晚会类节目、网页、音乐喷泉,乃至长久以来争论不休的实用艺术品,是否属于该条第9项中的“其他作品”?如果是,上述对象的司法保护就有了实体法律依据;如果不是,上述对象的保护则只能通过解释适用其他八项具体列举的作品类型,或通过适用《反不正当竞争法》一般条款来实现了。换言之,我们必须回答现行法中作品类型兜底条款属于何种类型的条款:是没有司法适用可能的无意义条款,还是认可其他“法律、行政法规”创设新类型作品的授权条款,抑或是可在司法裁判中用于解释创设新类型作品的开放性条款。不止于此,新《著作权法》引入了作品定义条款,兜底条款中还删去了“其他法律、行政法

规”的限制,“其他作品”的司法适用看似扫清了规则上的障碍。

就现行法而言,一些学者认为作品类型应以法定列举为限,该法第3条未赋予法官解释创设新类型作品的权力^①,实务界亦有法官持类似看法。至今为止,我国其他法律、行政法规都未明确规定《著作权法》第3条前八项之外的新类型作品。在事实上关闭了解释之门^②。反对意见则认为,立法中的类型化条款是例示性的,法官可以结合《著作权法实施条例》第2条保护新类型作品,否定“绝对作品法定主义”^③。之前的司法裁判对此亦持摇摆态度,“中超赛事转播案”一、二审判决即为典型:一审判决中法院以满足独创性要求为由认定赛事录制形成的画面构成作品,但未明确具体的作品类型^④,事实上是以“其他作品”给予救济;二审判决主张“其他作品”需要符合“法律、行政法规规定”的前提限定,法院无权在第3条规定的类型之外设定其他作品类型^⑤。不止于此,对于《著作权法》第二章第二节中的汇编作品、演绎作品、合作作品、委托作品等,是否属于第3条意义上的“其他作品”,学术界也有不同声音。一些学者恰恰是主张前述对象构成汇编作品而应获得保护^⑥。如此一来,能否以“其他作品”之名保护上述对象,如何解释适用“其他作品”,不但影响着司法裁判的个案结果,更关系到《著作权法》的开放性,关系到立法目的的实现,关系到《著作权法》立法的科学性问题。2020年修法之后,作品类型兜底条款如何适用,也是司法机关不得不直面的问题。本文从解释论的视角,明确“其他作品”的所指,剖析作品类型兜底条款的适用机理。

一、作品类型兜底条款的功能分析

(一)作品类型兜底条款的功能

作品类型兜底条款的功能,是明确赋予法官解释的权力,将符合作品特征但未被立法者明确列举的新类型智力成果,以“其他作品”之名予以保护,“其他作品”即为新类型智力成果的作品类型。人类只拥有有限理性,有限理性的限制决定了兜底条款的出现不可避免。“其他作品”是立法者事先预留的兜底条款,而兜底条款的解释权则配置给司法者,立法目的的有效实现决定了法官有权通过解释适用

“其他作品”,对“符合作品特征的其他智力成果”提供保护。按照我国《著作权法》第1条的表述,保护著作权与邻接权、鼓励作品的创作与传播、促进文化与科学事业的发展与繁荣都是该法的立法目的。“新作品类型的出现,有益于社会文化而无损于公共利益”^⑦,按此,保护法定类型以外的“其他作品”,符合该法的立法目的。对于司法者而言,不能以法无明文规定为由拒绝裁判,那么,当出现立法未曾规定的情况时,司法者必须要做出回应,而这种回应就需要以法律解释的方式实现。法律解释的前提一定是有相应的解释依据,文义解释、体系解释等解释方法的对象往往是各种封闭性条款,目的解释的对象则主要是开放性的兜底条款,“其他作品”就成为通过目的解释的方法扩充解释适用的法律依据。文义解释、体系解释等方法主要用于将待定作品归类于法定类型作品,确保立法与司法的刚性。除此之外,按照立法目的解释适用“其他作品”,兼顾立法与司法的弹性,也是司法者的重要任务。一些学者主张新类型表达是否列入著作权客体给予保护属于著作权法修订所决定的事项,否定司法或行政机关解释创设的必要性、可行性与合理性^⑧。这种看法既不符合作品类型兜底条款的功能,又无视我国《著作权法》修订启动艰难、进程缓慢、次数偏少的现状。

本次修法的一大特点,就是将2010年《著作权法》中还存在适用分歧的“法律、行政法规规定的其他作品”,松绑、简化为“符合作品特征的其他智力成果”,“其他作品”被明确为独立的作品类型。从第3条所使用的立法语言来看,以该条前八项之外的形式创作的作品属于“其他作品”,“其他作品”应当具备兜底保护功能。2010年《著作权法》第3条规定:“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……”从第3条的表述来看,该条意义上作品的分类标准是作品的“形式”,一定的表现形式“使他人通过感官能感觉其存在”^⑨。“包括”,按照《现代汉语词典》的界定,是指“包含(或列举各部分,或着重指出某一部分)”^⑩。显然,不结合具体的语境,我们很难判断该词的具体所指,是仅限于所列举对象,还是包括但不限于所列举对象。“包括”之后,立法者以“等作品”为

领域列举的结尾,而文学、艺术等非常宽泛的领域限定表明了立法者的开放态度,显然,此处的“包括”是“包括但不限于”“着重指出某一部分”,采取非穷尽式的列举方式。可见,作品定义条款中不同用语的文义解释指向了相同的结果:作品所涉的领域是开放的。而在该条具体作品类型的列举中,又出现了第9项“法律、行政法规规定的其他作品”。如前,作品的分类标准是“形式”,而“以下列形式”之前的“包括”,具有兜底保护性质。因此,其他“法律、行政法规”创设新类型作品,是符合该条的立法精神的。但是,其他“法律、行政法规”并未具体创设任何新类型作品。如果将“法律、行政法规”解释为只包括其中的列举性规则的话,该条规定反而在事实上成为新类型作品保护的限制性条款,与兜底条款的立法预设格格不入。而在2020年修订后的《著作权法》第3条中,作品定义之后仍然保留了“包括”,作品类型列举中仍然保留了兜底条款,并且删去了“法律、行政法规规定的”限制,立法者的态度显而易见:为新类型作品的保护松绑,“其他作品”成为独立的作品类型。因此,《著作权法》所保护的作品,自然是“包括但不限于”前八项的具体类型,前八项属于着重指出的部分,以其他形式创作的新类型作品,都可按“其他作品”之名获得该法的保护。

《著作权法》立法后,我们可以从我国已经参加的国际公约中推导出“其他作品”的存在,即实用艺术作品,实用艺术作品可以“其他作品”之名完成归类保护。《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(以下简称《伯尔尼公约》)中虽将实用艺术作品列为受保护对象,但由各成员方在国内法中自主规定具体的适用范围和保护条款,有别于其他类型作品之上的国民待遇原则。按照该公约第2条第7款^①的规定,当来源国仅以工业品外观设计和模型之名对实质意义上的实用艺术作品提供保护时,权利人在其他国家也只能请求此种保护;如果被请求国家未通过外观设计和模型给予专门保护,那么被请求国家必须通过本国著作权法以作品之名救济实用艺术作品。正是因为上述原因,《实施国际著作权条约的规定》^②第6条中才规定对外国实用艺术作品提供二十五年的保护。由于实用艺术作品兼具实用性和艺术性两个

特征,与“美术作品”之单纯审美价值的立法预设存在巨大差别,实用艺术作品始终无法被纳入“美术作品”的范畴。抛开《实施国际著作权条约的规定》所造成的超国民待遇不提,只有将实用艺术作品归类为“其他作品”才能解决对外国实用艺术作品提供保护的法理说明和《著作权法》依据。从当下的司法实践来看,法院逐渐在个案中认可了国内主体对实用艺术作品的权利诉求^③。从修法趋势看,2014年公布的《著作权法(修订草案送审稿)》第5条中已经将“实用艺术作品”单列为一类作品,但因分歧过大,最终未能入法。所以,将实用艺术作品归类为“其他作品”保护,有其理论基础、现实需求、裁判依据、司法回应和立法认同。

在我国,实用艺术作品之外新的作品类型已经从逻辑假想变成了现实。现行《著作权法》第3条所列举的八类具体作品类型,几乎全部是以表现形式为分类标准的。唯一例外的“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”,立法者在命名时刻强调了创作方法,与《伯尔尼公约》和各主要国家立法存在明显区别,体育赛事节目等新类型对象的创作方法与电影的创作方法既不相同也不类似,这种变化是当下无法以该类作品之名保护体育赛事节目、游戏直播画面、晚会综艺类节目等新类型对象的直接原因。《伯尔尼公约》第2条第1款中作品类型的列举,包括“电影作品和以类似摄制电影的方法表现的作品”,重在屏幕上的显示,没有“创作方法”的限制。《保护文学和艺术作品伯尔尼公约(1971年巴黎文本)指南》(以下简称《公约指南》)特别强调,电影作品的类似作品“与其说所使用的方法类似,不如说由这种方法产生的效果、声音、影像类似”^④,表明此类作品的分类标准仍然是表现形式。对于其他国家而言,“以类似摄制电影的方法表现的作品”有涵盖体育赛事节目等新类型对象的可能,而我国则只能转向“其他作品”、录像制品或以《反不正当竞争法》寻求保护。作品分类标准例外情形的“概念创新”,既不符合第3条确立的整体分类标准,也影响到《著作权法》的实效,不足为法。正是因为如此,新《著作权法》才会用“视听作品”取代“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”,以期在统一分类标准的同

时,扩大该类作品的涵射范围。而在2021年6月1日新《著作权法》施行之前,符合独创性要求的体育赛事节目、晚会综艺类节目、游戏直播画面和音乐喷泉只能以“其他作品”之名获得保护。除此之外,网页设计也很难归入前八项作品类型中,有法院即在认定涉案网站主页属于受保护作品的同时,未在判决书中直接说明属于何种类型^⑤,事实上将其归入“其他作品”实现救济。随着技术的革新,新类型作品早就从逻辑假想变成了现实,新类型作品还会出现,司法裁判必须对此予以回应,“其他作品”条款应当保留,而且会在未来发挥更重要的作用。

(二)国内立法指导的示例——《伯尔尼公约》第2条第1款的意义澄清

我国现行《著作权法》第3条对作品的类型化,主要借鉴了《伯尔尼公约》,而部分学者对第三条的解释,恰恰根植于对《伯尔尼公约》相关规定的误读,违反了文义解释、目的解释和体系解释的逻辑要求。因此,有必要澄清《伯尔尼公约》第2条第1款的准确含义。

首先,将《伯尔尼公约》第2条第1款中“诸如”一词当作封闭式列举的引导语,这种看法违背了文义解释的逻辑要求。王迁教授在认可《伯尔尼公约》第2条第1款中“诸如”的示例性列举的同时,从成员国对源自其他成员国的作品履行最低保护标准和国民待遇的义务出发,主张成员国可将“本公约保护的作品”限于“诸如”之后明文列举的作品类型^⑥。显然,此种解读有着鲜明的立场选择,但是,并不符合对“诸如”一词作文义解释时的逻辑要求。《伯尔尼公约》第2条第1款作品定义之后,用“诸如”(such as)作为引导词列举了各种类型的作品。对于“诸如”一词的含义,《公约指南》指出:“表明这一列举完全是一种示例,而不是详尽的;它只是给各国立法者提供若干指导”^⑦。这种界定也符合汉语中对“诸如”一词的认同:“举例用语,放在所举的例子前面,表示不止一个例子”^⑧。在此,我们还需明确“诸如”作为法律术语使用时的法技术功能。在保留解释创设新类型对象功能的同时,“诸如”一词还发挥着限定作用:“诸如”之后所有类型的作品,都可以通过相同方式为人类所感知,已经被明确列举的作品类型对尚未明确

列举的作品类型具有指引功能,已经被明确列举的作品类型的共同特征,尚未明确列举的作品类型也必须具备,作品类型不能随意解释创设。正是基于这些条约背后隐藏的逻辑,在王迁教授文中所举“食品味道案”中,欧盟法院最终选择否定无法通过技术手段精准和客观确定的食品味道之作品属性,明确《伯尔尼公约》所保护的作品限于可以通过视觉或听觉感知的表达^⑨,此即共同特征。而在我国法中,作品的共同特征是具备《著作权法实施细则》第2条中所规定的构成要件。

其次,《伯尔尼公约》中作品的分类标准是表现形式,第2条对表现形式也未作限制,把未被明确列举的表现形式排除在外的看法违背了目的解释的逻辑要求。《伯尔尼公约》第2条第1款对作品的定义中,强调作品是“以任何方法或形式表现的一切产物”。毋庸置疑,国际公约不可能穷尽列举所有的表现形式,示例列举之外的表现形式必然有构成作品的可能,这符合该条的预设目的。按照《公约指南》的介绍,该条款是通过两个手段实现给“文学和艺术作品”下定义的立法目的:“行文时设想到文学、科学和艺术领域内的一切产物,并且不准许因它们的表现形式或方法而进行任何限制。”^⑩因此,该条款对于作品类型的列举必然是开放性的,有限列举之外的表现形式同样构成作品,实现“全部包括在内”^⑪的立法目的。有观点认为,“文学、科学和艺术领域”属于限定语,该条属于相对封闭的作品类型界定^⑫。然而,“文学、艺术和科学领域”的限定仅仅是为了将具有实用功能的对象排除在该条约的保护范围之外,而不是封闭作品类型。郑成思教授指出,以列举方式规定作品类型有如下好处:“一是没有把作品范围圈死,给随着技术发展而新出现的客体留下了位置;二是避开了成员国作品范围上的差异”^⑬。国际公约从来都是妥协的结果,《伯尔尼公约》更不例外,它不但要调整国与国之间的规范冲突,还要调整版权体系与作者权体系之间的规范冲突。多重因素作用之下,《伯尔尼公约》第2条第1款的列举是且只能是各成员方对于受保护作品的最小范围约定。

再者,《公约指南》中的矛盾表述,只能被理解为最终坚持非穷尽式性列举,否则就违反了体系解释

的逻辑要求。容易引起误解的是,“示例列举”的定性表述之后紧跟了如下表述:“但实际上作品的主要种类全部都列举出来了”^③。一些学者将该表述作为理由之一,主张将第2条第1款的列举解释为穷尽式列举^④。公约如此规定的目的就是为了保障作品定义与类型列举的弹性,以此适应各国国情和社会发展需求。而《公约指南》中的矛盾表述,则是特定时间段内某些领域的发展步入瓶颈期后部分人群过于自信的结果。《公约指南》撰写于1978年,四十多年来世界的变化天翻地覆,新的作品类型不断出现,“全部列举”不足为训。况且,该句表述的是“作品的主要种类”(al the main categories of works),并非“全部种类”,即便在当时,指南撰写者也根本没有排除非典型种类作品的存在可能,仍旧是开放性列举。所以,我们也就不难理解在此后的分析中,《公约指南》认为公约准许成员国超出“诸如”之后列举的范围,将其他文学、艺术和科学领域内的产物作为作品予以保护^⑤。主张《伯尔尼公约》第2条第1款的规定属于穷尽式列举的观点,如本文所析,属于断章取义。

二、作品定义条款与作品类型条款的共同作用——作品类型兜底条款司法适用的实现方式

作品类型兜底条款不是没有司法适用可能的无意义条款,相反,它可以充当认可其他“法律、行政法规”创设新类型作品的授权条款,还可以担纲法官解释创设新类型作品的法律依据。2021年6月1日之前,在其他“法律、行政法规”未能创设新类型作品或创设的新类型作品尚不足以囊括个案中出现的特定表达的情况下,现行《著作权法》作品类型兜底条款还可以和《著作权法实施条例》第2条共同作用,充任司法裁判的法律依据。在新《著作权法》施行之后,法官便可以直接依据《著作权法》第3条中的“其它作品”条款,对符合“文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果”要件、同时又无法归入前八项明确列举的具体作品类型中的“其他智力成果”提供保护。

(一)作品定义条款是判断是否构成作品的唯一标准

在新《著作权法》施行之前,《著作权法实施条例》第2条是判断是否构成作品的唯一标准,符合该

条所列构成要件的表达应当受到《著作权法》的保护。现行《著作权法》第3条中列举了作品类型,但未定义作品本身。因此,一般意义上作品的构成要件,目前只能通过《著作权法实施条例》第2条^⑥加以确定。《著作权法》第3条的作用则在于明确作品的类型。德国学者认为:“通常情况下,将某一成果归入特定的作品类型(而不是其他作品类型)并非至关重要,因为这并不导致不同的法律后果。原则上,《德国著作权法》为每一种作品类型提供同样的法律保护。只有在针对特定作品类型的法律有特殊规定的情况下,是否归属于该特定作品类型才具有重要意义”^⑦。此种见解于我国司法实践亦有重要的参考价值,是否能归入特定作品类型,并不是决定该作品是否受保护的前提条件,作品构成要件条款才是唯一标准。

从修法来看,《著作权法实施条例》第2条的规定获得了认可,2021年6月1日后该内容将以新《著作权法》第3条的方式继续充当判断是否构成作品的唯一标准。作品类型兜底条款司法适用的质疑之一,就是我国现行《著作权法》中缺少作品的定义条款,此种立法方式导致部分学者产生特定表达只有归类为第3条前八项作品类型或在其他法律、行政法规中被明确列举才能受到保护^⑧的错误认识。第三次修订后,新《著作权法》第3条作品定义条款主要继承了《著作权法实施条例》第2条的内容,作品类型条款则主要沿袭了《著作权法》第3条的规定,并将最后一项列举由之前的“法律、行政法规规定的其他作品”修改为“符合作品特征的其他智力成果”。将“法律、行政法规规定的”限制删去,改为发挥要件限定作用的“符合作品特征”,立法者的思路显而易见:只要符合该条中作品的一般构成要件,就可以受到《著作权法》的保护,不论该种表达是否属于已经被明确列举规定的表现形式。我们可以从修法中看出立法者对于法律适用的明确态度:以作品的一般构成要件作为判断是否受《著作权法》保护的唯一标准,作品类型的列举条款并不起限定作用。

按照《著作权法实施条例》第2条的规定,作品构成要件包括以下四项:“文学、艺术和科学领域”“独创性”“可复制性”和“智力成果”。其中,“文学、艺术

和科学领域”属于领域限定,主要目的在于划分著作权与工业产权,将领域外的表达排除出著作权的保护范围^③。根据相关司法解释,“独创性”是指“独立完成且具有创造性”^④,用以明确法律保护的正当性基础。“可复制性”旨在突出特定表达可以通过一定方式再现,强调法律保护的必要性^⑤。“智力成果”,用意则在于否定通过《著作权法》保护纯体力成果的可能性。具体内容上,新《著作权法》第3条用“以一定形式表现”取代“可复制性”,但这种变化只是逻辑层面的小修小补,不会影响独创性在作品认定中的核心地位。从表述上看,《著作权法实施条例》第2条中的“可复制性”要件与新修的《著作权法》第3条中的“以一定形式表现的”要件有差别,但就实质而言,二者在含义上并无二致,都强调通过某种方式为公众所感知且能够在物理层面再现,修法变化的原因在于“可复制性”表述与复制权共用“复制”字眼,容易引起误解。理论研究和司法实践中对“独创性”要件争议最大、着力最多,各方对其他要件并无多少歧见,毫无疑问,作品属性判断的焦点集中于“独创性”,“独创性”是作品的核心构成要件。

《伯尔尼公约》中未引入独创性的原因在于公约形成的过程,不能因此否定独创性对作品的限定作用。作为妥协的结果,国际公约会对部分难以达成共识的概念选择回避,以备选方案的方式处理争议较大的制度设计,前述《伯尔尼公约》第2条第7款中实用艺术作品的多选模式属于后者,而独创性的缺位则属于前者。《伯尔尼公约》第2条第1款给作品下了定义,认为“‘文学和艺术作品’是指文学、艺术和科学领域内以任何方法或形式表现的一切产物”。与我国《实施条例》中的定义不同,该条并未将独创性和可复制性规定为要件。众所周知,就作品的保护而言,全球范围内存在版权体系和作者权体系两种立法模式,二者在独创性高度、保护对象、权利体系构成和整体的制度架构上有显著不同。版权体系国家一般对作品须具备的独创性要求都很低;作者权体系国家则要求作品体现作者的个性,作品应当具备较高的独创性。《伯尔尼公约》中未将独创性规定为要件,不是因为各成员方否定独创性对作品的限定作用,恰恰相反,是由于各成员方对作品应当具

备的独创性高度存在分歧,以妥协为基本特征的国际公约的必然选择就是回避独创性的话题,将独创性高度问题留给各成员方以国内法的方式自行决定。《公约指南》指出公约中未明确定义“著作权”的缘由是各国均有受社会因素和经济因素影响的法律制度,下一个具有普遍约束力的定义十分困难^⑥,独创性的界定亦如是。

我国部分学者与法官主张狭义著作权与邻接权在权利对象上的差别是独创性高低而非有无^⑦,这种认识的根源是我国《著作权法》中“录像制品”的特色规定。作者权体系国家立法普遍奉行狭义著作权与邻接权的二元结构,按照作者权体系国家的立法逻辑,特定表达的规范评价存在三种可能^⑧:彻底不保护;通过邻接权制度获得保护;通过狭义著作权制度获得保护。基于作品的传播而产生的表演者权、录音制作者权和广播组织权构成邻接权的主要内容,而表演、录音和广播节目信号的共性,就是不具有著作权法意义上的独创性。换言之,在作者权体系国家,狭义著作权与邻接权在权利对象上的差别,是独创性的有无而非高低。我国《著作权法》采二元结构,整体制度上属于作者权体系,但狭义著作权与邻接权在权利对象的区分标准问题上,与其他作者权体系国家有不同认识,国内既有主张独创性有无之分的,也有主张独创性高低之分的,“中超赛事转播案”一、二审判决的不同立场凸显了这一点^⑨。究其根源,在于以我国独创的“录像制品”保护体育赛事节目、游戏直播画面等新类型表达时,“录像制品”被扩大解释为“没有独创性和有一定独创性但达不到作品所需高度的智力成果”。进而,有一定独创性但达不到作品所需高度的“录像制品”,与完全没有任何独创性的表演、录音制品、广播节目信号和版式设计,共同成为邻接权的保护对象,狭义著作权和邻接权的划界标准变得模糊含混。由是,我国语境下狭义著作权和邻接权在各类权利对象上的区别,就被一些学者和法官解读成独创性的高低之分,如王迁教授即认为构成作品所需要的独创性并不是有和无,而是程度高与低的问题^⑩。

但是,作为作品核心构成要件的独创性之“创”,应当是最低程度的创造性,而不是一定高度的创造

性,狭义著作权与邻接权在权利对象上的差别是独创性的有无而非高低。如前所析,“录像制品”的引入是狭义著作权与邻接权划界标准模糊含混的直接原因,去掉“录像制品”后二者的分类标准就恢复为作者权体系国家通行的独创性之有无。本次修法用弹性更大的“视听作品”取代现行法中的“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”,没有独创性的“录像制品”只能以邻接权的方式获得保护,有独创性的“录像制品”则纳入“视听作品”的范畴,从逻辑上排除了有一定独创性但又达不到视听作品所需独创性高度的录像制品的存在。从制度功能来看,促进作品的传播是邻接权制度的价值导向,独创性的高低对邻接权的救济没有影响。我国《著作权法》保护包括录音录像制作者权在内的“与著作权有关的权益”,“侧重的是传播作品过程中投入的劳动和资金”^⑧,劳动和资金本身没有任何独创性可言,司法者也根本无须判断录像制品的独创性高低。独创性的高低就是作品学术性、艺术性的高低,文化、价值、道德多元的现代社会中独创性高低之判断会导致真正有价值作品得不到保护的情况出现^⑨。正如一些学者所言,邻接权客体的判断标准是“无独创性”标准,“无独创性”标准优于“独创性较低”标准^⑩。综合修法变化与制度功能,独创性之“创”应当是最低程度的创造性,狭义著作权与邻接权的分类标准是独创性之有无,不能以独创性达不到一定高度为由否定新类型表达以作品的身份获得保护。

(二)作品定义条款与作品类型条款的共同作用——作品类型兜底条款司法适用的实现方式

现行法框架下,《著作权法实施条例》第2条不足以独立担纲对新类型作品的保护依据,2020年修法后法官也不能只依据第3条中的作品定义条款提供救济。对于新类型作品保护的方式,目前法院出现两种操作方式:其一,在排除属于明确列举的法定类型作品之后,以符合作品构成要件为前提,援引《著作权法实施条例》第2条作为保护依据,“中超赛事转播案”一审裁判采此种思路^⑪;其二,在排除属于明确列举的法定类型作品之后,以符合作品构成要件为由援引《著作权法》第3条第9项作为保护依据,“音乐喷泉案”一审裁判即属此种^⑫。两种操作方式有实

质上的差别:第一种方式是将《著作权法实施条例》第2条作为独立的保护依据,第二种方式则是结合《著作权法实施条例》第2条和《著作权法》第3条第9项的规定。第一种方式并不符合法院对作品提供保护的找法过程。通常情形下,法院要想对特定表达提供保护,应对拟保护对象完成以下两个阶段的定性归类:第一,判断特定表达是否构成作品;第二,判断特定表达属于何种类型的作品。第一阶段完成了司法救济正当性的证明,第二阶段则要具体实现司法救济。《著作权法》第3条前八项中的不同作品类型,对应着差异或大或小的权能配置与保护期限设定,归类决定着司法救济的实效。同理,第9项应当用于解释新类型作品的权能配置和保护期限设定。引用《著作权法实施条例》第2条只能完成司法救济正当性的证明,至于权利救济得以主张的具体权能和保护期限,该条无法给予任何指引,司法救济的实效无从谈起。修法后的作品定义条款,同样也只能完成司法救济正当性的证明。因此,现行法框架下《著作权法实施条例》第2条不能独立担纲新类型作品的保护依据,还需《著作权法》第3条的配合作用。

现行《著作权法》第3条规定的“法律、行政法规规定的其他作品”包括两类:第一类是已经在其他“法律、行政法规”中被明确规定的“其他作品”,第二类是未以具体规则列举的方式明确规定、但可以通过具体条文的法律解释推导出的“其他作品”。对于第一类“其他作品”,受保护的正当性无人质疑,但从我国立法实践来看,立法者始终没有在其他法律规范文件中创设新类型作品。所以,寄希望于其他“法律、行政法规”创设新类型作品以适应社会发展需求的想法,无异于画饼充饥。于是,保护新类型作品的任务,自然落在了第二类“其他作品”之上。

《著作权法实施条例》属于“法律、行政法规”,这是该条例第2条可以与现行《著作权法》第3条共同作用的前提条件。在“中超赛事转播案”中,二审法院主张其在《著作权法》第3条规定之外无权设定其他类型的作品,“其他作品”是且只能是法律、行政法规已经规定的作品,反言之,未明确规定的作品类型,不应得到著作权法的保护^⑬。在其他“法律、行政

法规”至今尚未以明文列举的方式创设新类型作品的现实背景下,二审法院对于体育赛事节目制作者的态度稍显冷漠,造成这种态度的原因,则是二审法院对于“法律、行政法规规定”的偏狭解读。“法律、行政法规规定”既包括规则部分,也包括其中的原则部分,规则中既有各类列举式规定,也包括定义性条款。《著作权法实施条例》由国务院总理以国务院令的方式公布,根据《立法法》的相关规定,当然属于行政法规。因此,《著作权法实施条例》第2条中的定义条款“可以发挥规范功能”^⑧,凡是符合该条所列构成要件的表达都属于一般意义上的作品,应当受到保护。

“其他作品”属于独立的作品类型,凡是符合《著作权法实施条例》第2条所列构成要件的表达,都可以“其他作品”之名受到保护。如果只有《著作权法实施条例》第2条,我们根本无法对明文列举的作品类型之外的表达通过《著作权法》予以实质上的救济,只能求助《反不正当竞争法》或《侵权责任法》等。现行《著作权法》第3条第9项中的“其他作品”则为新类型表达受保护僵局的打破提供了可能。作为兜底条款,“其他作品”可以被解释为独立的作品类型,法院不必再具体说明“其他作品”是何种作品,只有明确这一点,新类型作品的救济才能产生实效。如前所述,“法律、行政法规规定的其他作品”所涵盖的第二类作品,是未以具体规则列举的方式明确规定、但可以通过具体条文的法律解释推导出的“其他作品”。因此,符合作为行政法规的《著作权法实施条例》第2条作品定义条款的所有构成要件的表达,在无法归类为《著作权法》第3条前八项的情况下,可以“其他作品”作为归类的依据,获得该法的救济。当然,法院应当根据新类型作品在表现形式上的特征,结合前八项作品类型的权能配置与保护期限设定情形,比照与其最为接近的前八项作品类型,解释确定“其他作品”具体的权能和保护期限。

2021年6月1日之后,法官可以直接依据新《著作权法》第3条中作品定义条款与兜底条款对新类型表达予以救济,这种变化符合各国通例。本次修法为“其他作品”的司法适用扫清了障碍,在排除可归类为前八项明确列举的作品类型之可能性的前提

下,“符合作品特征的其他智力成果”便可获得兜底条款的保护。为了避免“向一般条款逃避”,须在穷尽列举规则之后方能选择兜底条款,“其他作品”的适用亦不例外。对作品类型作非穷尽式列举,是各国立法的通例,而区别,则在于各国立法所采用的立法技术。有学者认为,规定作品类型兜底条款是我国著作权法特色,其他国家通行做法是对作品进行类型化规定^⑨。这种看法是不符合实际的,不论法系如何,各国立法者都必须克服有限理性和保障创作自由,选择在立法中作弹性规定。《美国版权法》第102(a)款中对作品作了最为宽泛的界定^⑩,并以“作品包括以下各类”的措辞完成列举,而按照第101条中的定义,“包括”(including)是说明性而非限制性的术语^⑪,类型列举自然不会是完全封闭的。《德国著作权法》第2条第1款对受保护作品进行了列举,列举时德文法条中使用了“insbesondere”的副词^⑫,意为“特别”“尤其”,是“包括但不限于”,与该国向WIPO提交的英文版本中“include, in particular”^⑬表述的意思完全相同。所以,德国人对作品类型列举也持开放态度。《法国知识产权法典(立法部分)》第112-1条^⑭对作品采取与《美国版权法》极为相似的宽泛界定,第112-2条则对作品类型进行了非穷尽式列举,法文版本所使用的副词“notamment”^⑮意为“尤其、特别”,表明作品类型“包括但不限于”已经列举的对象。《英国版权法》则与前述各国略有不同,该法第1条^⑯对作品类型作了貌似穷尽的列举。然而,从该条的具体表述来看,立法者在第1项和第2项中采用了非常宽泛的用语,辅之以极低的独创性要求,足以囊括绝大多数作品,在法律效果上接近于其他各国立法中的作品类型的非穷尽式列举。因此,各主要国家的立法,都在尽力实现应有的弹性,而实现方式,大都采取了非穷尽式列举,并用术语专门强调列举的法律意义。我国《著作权法》较上述国家更进一步,在第3条中直接规定了“其他作品”,而其立法目的与原理,与各国并无不同。一些学者为了证成作品类型法定,提出各国采开放性规定会导致国家间义务不对等和过度扩张著作权范围以致利益失衡的结果^⑰。这种判断夸大了非穷尽式列举的不足,与各国坚持非穷尽式列举的共识不符,也根本无力回应新类型作品

保护的社会需求。

三、此“作品”非彼“作品”——“其他作品”与第二章第二节中其他“作品”的逻辑关系

汇编作品规定在我国《著作权法》第二章第二节中,而规定作品类型的第3条则位于第一章“总则”之中。汇编作品在《著作权法》上有其名分,但该类作品是否属于第3条中的“其他作品”,法官能否将汇编作品作为独立的作品类型进行保护,存在分歧认识。一些学者以汇编作品定性体育赛事节目^⑤、游戏直播画面^⑥和晚会类节目^⑦,也有研究者分别对体育赛事节目^⑧、游戏直播画面^⑨和晚会类节目的汇编作品定性提出相反意见^⑩,但都未能充分展开论证。因此,汇编作品的法律解释,就成为司法裁判中不得不直面的问题。

按照文义解释的规则,汇编作品不属于“其他作品”。第一,从分类标准来看,汇编作品不同于《著作权法》第3条的总体标准,自然也就不属于“其他作品”。根据《著作权法》第15条的表述,汇编作品的定义重点在“对其内容的选择或者编排体现独创性”^⑪,是以创作方法作为其分类标准的。而第3条的总体分类标准,如前所析,是作品的表现形式,作为兜底条款的“其他作品”自然不会例外。创作方法显然不同于表现形式,分类标准不一致,自然不存在一一对应的集合关系。事实上,以汇编方式创作的作品可能构成第3条中所有类型的作品,汇编作品的界定无法给出一个确定的答案,自然也就不能以此为基础作出裁判。因此,汇编作品并非第3条意义上的作品类型,要想以该条意义上的作品类型受到保护,还需对汇编作品的表现形式进行归类,只有在符合作品的一般构成要件且不能就明确列举的作品类型对号入座时,才能以“其他作品”之名获得救济。第二,现行法中“其他作品”之前有“法律、行政法规规定的”限定,此处的“法律”,只能是《著作权法》以外的法律,而汇编作品恰恰规定于《著作权法》之中。按照立法的惯例,如果在一部法律中提到该法之外的其他法律,通常都会以“其他法律”或“法律”指代,而提及该部法律时,都会使用“本法”的措辞。汇编作品规定在《著作权法》中,属于“本法”上的作品,自然排除在“法律、行政法规规定的其他作品”范围

之外。

按照体系解释的规则,汇编作品不能归类于“其他作品”。法律解释的对象,是法律规范文件中的用语,而所有用语,都处于一定的语境之中,解释时都受制于语境,受制于该条的整体表述。不止于此,法条更是规范体系的组成部分,用语解释也受制于上下文的逻辑关系,受制于立法目的及其背后的价值判断。一些学者之所以能够得出汇编作品属于独立作品类型的结论,是因为他们将该条孤立看待,完全无视第15条在整个《著作权法》中的体系位置。规定汇编作品的第15条,位于第二章“著作权”下第二节“著作权归属”之中。显然,从该章节的名称上我们就可以得出如下基本判断:立法者之所以规定汇编作品,是为了解决著作权的归属问题。从体系解释的视角来看,位于总则中的第3条规定了作品的类型,该条文对其余各章具有统领性的作用,其余各章均不能在该条之外另行创设新作品类型。官方释义指出:“其他作品”“是指除了上述八项著作权的客体外,由法律、行政法规规定的著作权的其他客体”^⑫。立法语言应当精准,规范设计力求简明高效,秉持上述共识,此处的“法律”只能是《著作权法》之外的其他法律,将《著作权法》其他章节中出现的“作品”定性为“其他作品”所推导出的结果必然是立法语言的含混和规范设计的冗余。如果汇编作品属于“其他作品”,立法者的理性选择是将之移入第3条中,没理由特别对待“汇编作品”,徒增法律解释之劳。因此,第二章第二节中的汇编作品,自然不能以“其他作品”之名获得保护。

按照目的解释的规则,汇编作品无法纳入“其他作品”的范围。第一,从第3条第9项的官方释义来看,汇编作品无法纳入“其他作品”的范围。官方释义认为,规定作品类型兜底条款的原因,一是因为随着文化和科学事业的发展,有可能出现新的思想表达形式,二是有可能将现在尚未作为著作权客体的列入著作权客体^⑬。显然,汇编作品不属于以上两类原因中的任何一种情形,应被排除在“其他作品”之外:在立法之时,立法者已经在条文中规定了汇编作品,如此一来,它就不属于新的表达形式,也不属于尚未列入的著作权客体。第二,汇编作品的定性无

法回答该类作品的权利配置、保护期限等问题,不能为司法裁判提供任何直接指引。汇编作品的定性只是回答了此类作品的创作方式,解决了独创性问题,至于究竟属于何种“形式”,能够获得何种保护,还需归类为第3条中的作品类型。毕竟,第3条中不同作品类型之上成立的著作财产权^③及其保护期限^④又存在实质上的差别,权利限制制度也有不同^⑤,而立法上并没有给汇编作品的权利配置、保护期限等问题提供任何现成答案。司法裁判时法官不可能将对特定表达的定性停留在汇编作品的阶段,汇编作品属于“其他作品”的判断回避了具体的法律适用,对最终裁判结果意义有限。

汇编作品只能用于明确权利归属和权利行使的限制,不能充当第3条作品类型的兜底条款。我国一些学者对汇编作品情有独钟,认为独创性的选择或编排在不能形成独立表现思想或文艺美感的内容的情况下将无法归入第3条所列九类作品中,只能用汇编作品之名予以保护,汇编作品具有“兜底”作用^⑥。如前所析,规定汇编作品的第14条位于第二章第二节“著作权归属”下,从章节的名称就可以看出该条的立法目的。从第14条的具体表述来看,该条的规范重点是确定汇编作品的权利主体及权利行使过程中与原作品著作权间的关系,根本没有涉及第3条作品类型条款中作为分类标准的“形式”。所谓兜底,一定是在统一分类标准之下才能成立,而汇编作品采用了“形式”之外的分类标准,从法理与逻辑上根本无法充任第3条作品类型的兜底条款。按照立法者的原意,第3条第9项中的“其他作品”本就是兜底条款,如果将汇编作品理解为第3条之外作品类型的兜底条款,意味着第14条将成为兜底条款之兜底条款,叠床架屋,个中谬误,不言而喻。

不止汇编作品,《著作权法》第二章第二节中出现的演绎作品、合作作品、委托作品和职务作品,都不属于第3条意义上的作品,不能归类为“其他作品”,充当新类型作品的定性依据。退一万步,假设汇编作品属于第3条第9项意义上的“其他作品”,遵循相同的逻辑,演绎作品、合作作品、委托作品和职务作品也应属于“其他作品”,在新类型作品出现时,

这些“作品”都可以用来归类定性。可惜,此种归类和汇编作品属于“其他作品”的说法面临同样质疑:不符合文义解释、体系解释、目的解释的解释结果,不能为新类型作品的具体保护提供任何直接答案。即便是认为汇编作品条款构成作品类型兜底条款的学者,也只是主张汇编作品有其特殊性,未敢以演绎作品、合作作品等诉诸兜底保护,原因还在于此种找法尝试的荒谬。同在第二章第二节“著作权归属”下的汇编作品、演绎作品、合作作品等都只能用来解决权利归属和权利行使中的利益冲突问题,汇编作品并没有体现出任何特殊性,自然也不能特别用于新类型作品的兜底保护,演绎作品、合作作品等亦莫能外。

结语

以体育赛事节目、游戏直播画面等为代表的新类型表达在具备独创性的前提下,以何种作品类型之名获得保护,是目前困扰我国著作权保护司法实践的难题之一。将《著作权法》第3条第9项“其他作品”这一兜底条款作为救济依据,必然要回答此种情形下知识产权法官造法的必要性与实现方式问题。李雨峰教授认为:“(知识产权)法官造法的界限是,当他补充法律条文内涵时所依赖的理论,必须源于知识产权法律文本的总体精神,而不能在知识产权框架之外寻求渊源。”^⑦本文赞同此说。本文所要传递的理念,就是在现行法框架下将《著作权法》中的作品类型条款及其实施条例中的作品定义条款视为整体,在2021年6月1日后将新《著作权法》第3条中的作品定义条款和作品类型条款视为整体,依据目的解释、体系解释等方式,以“其他作品”之名,保护符合作品定义条款的各种新类型表达,克服立法者与司法者有限理性之不足,充分保障创作自由。同时,本文澄清如下认识:《著作权法》第二章第二节“著作权归属”中出现的汇编作品、演绎作品、合作作品、委托作品和职务作品,都只能用于解决权利归属及其行使问题,并非《著作权法》第3条意义上的作品类型,不能涵盖于作品类型兜底条款之中,不可用于确定作品之上的具体权能和保护期限,自然也就无法以此类作品之名获得救济,仍须还原为第9条意义上的作品类型。

注释:

①参见王迁:《论作品类型法定——兼评“音乐喷泉案”》,载《法学评论》2019年第3期,第10-26页;刘银良:《著作权兜底条款的是非与选择》,载《法学》2019年第11期,第118-135页。

②参见陈锦川:《法院可以创设新类型作品吗?》,载《中国版权》2018年第3期,第25-27页。

③参见李琛:《论作品类型化的法律意义》,载《知识产权》2018年第8期,第3-7页。

④参见北京市朝阳区人民法院(2014)朝民(知)初字第40334号民事判决书。

⑤参见北京知识产权法院(2015)京知民终字第1818号民事判决书。

⑥如丛立先教授主张体育赛事节目可以以汇编作品的身份受到保护,参见丛立先:《体育赛事直播节目的版权问题析论》,载《中国版权》2015年第4期,第9-12页;王迁教授主张春晚节目构成汇编作品,参见王迁:《论“春晚”在著作权法中的定性》,载《知识产权》2010年第4期,第21-26页。

⑦同注释③。

⑧参见刘银良:《著作权兜底条款的是非与选择》,载《法学》2019年第11期,第119页。

⑨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14页。

⑩中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第七版),商务印书馆2016年版,第42页。

⑪“在符合本公约第7条第(4)款规定的前提下,本联盟成员国的立法可以规定其法律对实用艺术作品以及工业品外观设计和模型的适用范围,以及这类作品、外观设计和模型受到保护的的条件。在来源国仅作为外观设计和模型受到保护的的作品,在本联盟其他成员国只能受到各该国给予外观设计和模型的专门保护。但如果该国没有这种专门保护,这些作品应作为艺术作品受到保护”。

⑫1992年9月25日中华人民共和国国务院令第105号发布《实施国际著作权条约的规定》。

⑬近年来实用艺术作品相关判例的整理、分析,可参见冯晓青、付继存:《实用艺术作品在著作权法上独立性》,载《法学研究》2018年第2期,第139-143页。

⑭刘波林译:《保护文学和艺术作品伯尔尼公约(1971年巴黎文本)指南》,中国人民大学出版社2002年版,第15页。

⑮上海知识产权法院(2015)沪知民终字第14号民事判决书。

⑯参见王迁:《论作品类型法定——兼评“音乐喷泉案”》,载《法学评论》2019年第3期,第18-22页。

⑰刘波林译:《保护文学和艺术作品伯尔尼公约(1971年巴黎文本)指南》,中国人民大学出版社2002年版,第13页。

⑱中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第七版),商务印书馆2016年版,第1708页。

⑲参见王迁:《论作品类型法定——兼评“音乐喷泉案”》,载《法学评论》2019年第3期,第19-20页。

⑳刘波林译:《保护文学和艺术作品伯尔尼公约(1971年巴黎文本)指南》,中国人民大学出版社2002年版,第12页。

㉑刘波林译:《保护文学和艺术作品伯尔尼公约(1971年巴黎文本)指南》,中国人民大学出版社2002年版,第13页。

㉒参见刘银良:《著作权兜底条款的是非与选择》,载《法学》2019年第11期,第121页。

㉓郑成思:《版权法》,社会科学文献出版社2016年版,第405页。

㉔同注释㉑。

㉕参见王迁:《论作品类型法定——兼评“音乐喷泉案”》,载《法学评论》2019年第3期,第21-22页。

㉖参见刘波林译:《保护文学和艺术作品伯尔尼公约(1971年巴黎文本)指南》,中国人民大学出版社2002年版,第16页。

㉗“著作权法所称作品,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。”

㉘[德]图比亚斯·莱特:《德国著作权法》,张怀岭、吴逸越译,中国人民大学出版社2019年版,第31页。

㉙参见曹新明主编:《知识产权法学》,中国人民大学出版社2016年版,第35页。

㉚参见李琛:《论作品定义的立法表述》,载《华东政法大学学报》2015年第2期,第15-17页。

㉛《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》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。

㉜有观点认为,任何表达都具有被复制的可能性,“表达”隐含了“可复制性”,“可复制性”等同于“能够被客观感知的外在表达”,“可复制性”属于作品定义中多余的限定。参见金松:《论作品的“可复制性”要件——兼论作品概念条款与作品类型条款的关系》,载《知识产权》2019年第1期,第62-65页。这种判断是不准确的。“可复制性”由想象变为现实的关键,是复制技术,而复制技术总是具有时代性,“任何表达都具有被复制的可能性”的说法无视时空的限制,自然也就不能充分认识到“可复制性”要件的规范价值。

㉝参见刘波林译:《保护文学和艺术作品伯尔尼公约(1971年巴黎文本)指南》,中国人民大学出版社2002年版,第11页。

㉞参见北京市朝阳区人民法院(2014)朝民(知)初字第40334号民事判决书;北京知识产权法院(2015)京知民终字第1818号民事判决书;王迁:《论体育赛事现场直播画面的著作

权保护——兼评“凤凰网赛事转播案”》，载《法律科学(西北政法学报)》2016年第1期，第186页。

⑤此处所说规范评价可能，只涉及本文所设定的著作权法框架下，并不包括依据《反不正当竞争法》《侵权责任法》等获得相应的规范评价。

⑥参见北京市朝阳区人民法院(2014)朝民(知)初字第40334号民事判决书；北京知识产权法院(2015)京知民终字第1818号民事判决书。

⑦王迁：《体育赛事现场直播画面著作权保护若干问题——评“凤凰网赛事转播案”再审判》，载《知识产权》2020年第11期，第30页。

⑧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130页。

⑨参见李雨峰：《中国著作权法：原理与材料》，华中科技大学出版社2014年版，第40页。

⑩参见王国柱：《邻接权客体判断标准论》，载《法律科学(西北政法学报)》2018年第5期，第163-172页。

⑪参见北京市朝阳区人民法院(2014)朝民(知)初字第40344号民事判决书。

⑫参见北京市海淀区人民法院(2016)京0108民初字第15322号民事判决书。

⑬参见北京知识产权法院(2015)京知民终字第1818号民事判决书。

⑭李琛：《论作品类型化的法律意义》，载《知识产权》2018年第8期，第7页。

⑮参见刘银良：《著作权兜底条款的是非与选择》，载《法学》2019年第11期，第119-122页。

⑯“以任何现在已知的或者以后出现的物质表达方式——通过此种方式可以直接或借助于机械或装置可感知、复制或其他方式传播作品——固定的独创作品，依本篇受版权保护。……”

⑰“The terms ‘including and’ ‘such as’ are illustrative and not limitative”。

⑱参见《德国著作权法》提交WIPO德文版，<https://wipo.int/zh/text/462249>，2019年12月10日最后访问。

⑲参见《德国著作权法》提交WIPO英文译本，<https://wipo.int/zh/text/474263>，2019年12月10日最后访问。

⑳“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。”

㉑参见《法国知识产权法典(立法部分)》提交WIPO法文版，<https://wipo.int/zh/text/537285>，2019年12月10日最

后访问。

㉒“版权是依据本编存在于下列作品中的一种财产权——(a)独创性文字、戏剧、音乐或者艺术作品；(b)录音制品。电影或广播；(c)出版物的版式设计。”

㉓参见王迁：《论作品类型法定——兼评“音乐喷泉案”》，载《法学评论》2019年第3期，第16-17页。

㉔如赵双阁、艾岚：《体育赛事网络实时转播法律保护困境及其对策研究》，载《法律科学(西北政法学报)》2018年第4期，第60-61页。

㉕参见崔国斌：《认真对待游戏著作权》，载《知识产权》2016年第2期，第3-18页。

㉖参见王迁：《论“春晚”在著作权法中的定性》，载《知识产权》2010年第4期，第21-26页。

㉗参见徐小奔：《论体育赛事节目独创性之所在——兼评“新浪诉凤凰网体育赛事转播案”》，载《中国版权》2016年第3期，第48-49页。

㉘参见焦和平：《网络游戏在线直播画面的作品属性再研究》，载《当代法学》2018年第5期，第84页。

㉙参见张爱国：《“春晚”著作权的法律定性问题——从央视国际诉快车网侵权案谈起》，载《理论探索》2011年第2期，第135-138页；严波：《论春晚的影视作品性质——基于著作权法下的作品独创性视角》，载《现代传播(中国传媒大学学报)》2015年第6期，第96-98页。

㉚《著作权法》第15条规定，汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料，对其内容的选择或者编排体现独创性的作品，为汇编作品，其著作权由汇编人享有，但行使著作权时，不得侵犯原作品的著作权。

㉛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21页。

㉜参见胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，法律出版社2002年版，第21页。

㉝如出租权只成立于视听作品、计算机软件之上，展览权针对摄影作品、美术作品才有意义。

㉞如视听作品的财产权的保护期只有50年，起算时间有别于其他作品。

㉟如《著作权法》第24条第1款第10项仅适用于美术、建筑作品。

㊱参见王迁：《论汇编作品的著作权保护》，载《法学》2015年第2期，第35-49页。

㊲李雨峰：《中国著作权法：原理与材料》，华中科技大学出版社2014年版，第102页。