



高等学校知识产权专业核心教材

# 著作权法学

王 迁 著

INTELLECTUAL PROPERTY



01-43



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

上海市法学、政治学教育高地资助项目

# 著作权法学

王 迁 著

INTELLECTUAL PROPERTY



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

**图书在版编目(CIP)数据**

著作权法学/王迁著. —北京:北京大学出版社,2007.7

(高等学校知识产权专业核心教材)

ISBN 978-7-301-12516-8

I. 著… II. 王… III. 著作权法-法的理论-高等学校-教材 IV. D913

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第103073号

**书 名:** 著作权法学

**著作责任者:** 王 迁 著

**责任编辑:** 华 娜 王业龙

**标准书号:** ISBN 978-7-301-12516-8/D·1820

**出版发行:** 北京大学出版社

**地 址:** 北京市海淀区成府路205号 100871

**网 址:** <http://www.pup.cn>

**电 话:** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

**电子邮箱:** law@pup.pku.edu.cn

**印刷者:** 北京大学印刷厂

**经 销 者:** 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 19.25印张 367千字

2007年7月第1版 2007年7月第1次印刷

**定 价:** 28.00元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

## 总 序

知识产权产生于工业社会,但是直到 20 世纪 70 年代,知识产权才真正成为社会经济发展的重要因素,知识产权不再单纯是智力成果或权利,而是企业的重要资产,可以像“资本”一样,在市场中运作。这意味着,知识产权本质上是一种经济和商业权利,是“市场垄断权”。知识产权已成为国家和企业实力的最重要的象征。因此,发达国家竞相提出了知识产权战略,并把知识产权战略作为实现社会发展、参与国际竞争的重要措施。

为改变我国“有制造,少创造;有知识,无产权”的不合理格局,我国也正在实施建设创新型国家和知识产权战略。知识产权战略中最关键的一个环节是知识产权人才的培养。国家知识产权局发布的《知识产权人才“十一五”规划》指出:我国知识产权专业人才在数量、结构、素质和能力上还不能满足经济社会发展的需要,知识产权事业发展急需的高层次复合型人才严重匮乏。一个普遍接受的认识是,知识产权人才的知识结构应当是法律、管理和理工三类知识的复合。于是各个高校均在探索培养复合型知识产权人才的模式。经国家教育部批准,华东政法大学于 2004 年在全国率先招收知识产权本科专业,开设的课程包括了法律、管理和理工三个学科门类,并试图在此基础上发展知识产权硕士、博士,建立完整的知识产权学科,培养多层次的复合型知识产权人才。

为了办好知识产权专业,努力建设知识产权学科,华东政法大学知识产权学院已经制订出学科和专业发展规划,搭建起具有法律、管理和理工科三类背景的专业教师队伍,并通过相互融合,实现教师自身知识结构的复合,推进知识产权学术研究。这套专著型的教材是知识产权学院教师在教学实践基础上撰写的,代表他们各自水平和我院知识产权教学和学术水平的著作。希望这套知识产权专业丛书有益于知识产权专业建设和人才培养,同时为探索知识产权学科建设贡献我们的力量。

华东政法大学知识产权专业教材编审委员会

2006 年 12 月 15 日

## 作者简介

王迁,华东政法大学教授、上海市“曙光学者”、国家知识产权发展战略研究专家库成员、上海2010年世博会知识产权咨询专家、国内多所高校知识产权中心兼职研究员。2003年在北京大学获得法学博士学位,此前留学加拿大多伦多大学,获法学硕士学位。曾出版专著《论“基因歧视”及其法律对策》、合著《著作权法》等。发表学术论文50篇,代表作品有《论网络传播行为及其侵权认定》、《论版权间接侵权及其规则的法定化》、《论信息定位服务提供者间接侵权的认定》、《“索尼案”20年祭》和《技术措施立法保护比较研究》等,其中有10篇被《人大复印资料》全文转载。主持过司法部课题、教育部课题、中国与欧盟信息社会项目课题、上海市教委重点课题,以及国家知识产权战略研究子课题等。曾获得上海市哲学社会科学优秀著作二等奖、中国高校知识产权研究会优秀论文奖。为本科生、研究生开设《知识产权法》、《著作权法》、《网络时代的知识产权法》和《知识产权名案评析》等课程,曾获得华东政法大学“优秀青年教师”、“优秀本科主讲教师”和“我心目中的最佳教师”称号。

# 目 录

<b>第一章 著作权法律制度概述</b> .....	(1)
第一节 著作权的概念 .....	(1)
第二节 著作权制度的产生与发展 .....	(2)
<b>第二章 著作权的客体</b> .....	(6)
第一节 作品的概念 .....	(6)
第二节 独创性 .....	(7)
第三节 不受著作权法保护的對象 .....	(22)
第四节 作品的分类 .....	(47)
<b>第三章 著作权的内容</b> .....	(69)
第一节 著作人身权 .....	(69)
第二节 著作财产权 .....	(86)
<b>第四章 著作权主体和著作权的归属</b> .....	(146)
第一节 著作权主体概述 .....	(146)
第二节 作者 .....	(148)
第三节 特殊作品的著作权归属与行使 .....	(154)
<b>第五章 邻接权</b> .....	(171)
第一节 邻接权概述 .....	(171)
第二节 表演者权 .....	(176)
第三节 录音录像制作者权 .....	(182)
第四节 广播组织权 .....	(186)
第五节 其他邻接权 .....	(190)
<b>第六章 对著作权的限制</b> .....	(196)
第一节 对著作权的限制概述 .....	(196)
第二节 合理使用 .....	(198)
第三节 法定许可 .....	(223)
<b>第七章 著作权的集体管理</b> .....	(233)
第一节 著作权集体管理组织概述 .....	(233)
第二节 著作权集体管理组织的设立 .....	(238)

---

第三节	著作权集体管理组织的职责、收费与分配 .....	(240)
第四节	著作权集体管理组织的内部管理和外部关系 .....	(242)
<b>第八章</b>	<b>著作权侵权的构成 .....</b>	<b>(249)</b>
第一节	直接侵权 .....	(249)
第二节	间接侵权 .....	(251)
第三节	对技术措施与权利管理系统的特殊保护 .....	(272)
<b>第九章</b>	<b>侵犯著作权的法律责任 .....</b>	<b>(281)</b>
第一节	民事责任 .....	(281)
第二节	行政责任 .....	(287)
第三节	刑事责任 .....	(289)
<b>第十章</b>	<b>著作权侵权救济的程序保障 .....</b>	<b>(292)</b>
第一节	临时措施 .....	(292)
第二节	管辖与时效 .....	(297)
第三节	侵权诉讼中的举证 .....	(299)

# 第一章 著作权法律制度概述

## 第一节 著作权的概念

著作权是民事主体依法对作品及相关客体所享有的专有权利。“著作权”这一概念有狭义和广义之分。狭义的著作权仅指作者对作品所享有的一系列专有权利。广义的著作权还包括邻接权,即作者之外的民事主体对作品之外的客体享有的一系列专有权利。邻接权在我国依《中华人民共和国著作权法》(简称为《著作权法》)的规定特指表演者对其表演、录音录像制品制作者对其制作的录音录像制品、广播组织对其播出的节目和出版者对其设计的版式享有的专有权利。著作权区别于其他知识产权的一个特点是它同时包括人身权利(又称精神权利)和财产权利(又称经济权利)。

与“著作权”这一术语经常替换使用的是“版权”。“著作权”与“版权”这两个术语从词源来看是存在很大差别的。“版权”(copyright)是英美法系的概念。从其英文原词可以看出,版权的最初意思就是“复制权”,是为了阻止他人未经许可复制作品、损害作者经济利益而由法律创设的权利。英美法系国家从未将版权看成所谓的“天赋人权”或“自然权利”,而是将它视作鼓励、刺激创作作品的公共政策的产物。与此相适应,版权的侧重点也在于保护作者的经济权利。作品长期以来被单纯视为作者的财产,而与作者的精神、人格关系不大。因此,版权可以像其他有形财产那样自由转让。同时,雇员在受雇期间为了完成雇主交付的任务而创作的作品,也被视为是雇主而非雇员的财产,其版权由雇主享有。有的英美法系国家甚至规定在这种情况下视雇主为作者。

而“著作权”是大陆法系的概念,其原意为“作者权”(author's right)。与英美法系的版权法相比,大陆法系的著作权法将作品更多地视为作者人格的延伸和精神的反映,而并非普通的财产。因此大陆法系的著作权法更为注重保护作者的人身权利,对著作权的转让施加较多限制,对人身权利则一般不允许转让和放弃。有的大陆法系国家甚至不允许著作权转让。同理,对于雇员为了完成雇主交付的工作任务而完成的作品,一般情况下雇员仍然能够原始取得著作权,雇主只能通过合同受让或被许可使用其中的著作财产权。

但是,随着两大法系的主要国家均加入了《伯尔尼公约》以及两大法系之间的相互借鉴和融合,“著作权”和“版权”在概念上的差别也在缩小。例如,目前大部分英美法系国家都在其版权立法中规定了作者的人身权利。以前一直不在



联邦《版权法》中明确承认人身权利的美国也在 20 世纪 90 年代修法,为视觉艺术品的作者规定了人身权利。一些大陆法系国家对于计算机软件也承认其著作权可以为雇主所原始取得。不过,版权制度与著作权制度的差异毕竟没有消失。

我国自清末从日本引进“著作权”的概念后,在正式立法中一直使用“著作权”,我国现行立法的名称也是《著作权法》。但这并不意味着我国的《著作权法》体现了典型的大陆法系著作权制度。相反,英美法系版权法中的不少规则和观念也体现在我国《著作权法》之中。例如,《著作权法》规定了“法人作品”,在特定条件下视法人或其他组织为“作者”,这条规定是借鉴自美国《版权法》,而传统大陆法系著作权法是绝不会承认不能动手进行实际创作的法人或其他组织能够成为“作者”的。再如,《著作权法》规定电影作品的著作权归制片人享有,同样也来自英美法系版权法的规定。由于我国《著作权法》同时借鉴了两大法系的制度,该法第 56 条明确规定“本法所称的著作权即版权”,这使得“著作权”和“版权”在我国立法中成为同义词。

## 第二节 著作权制度的产生与发展

应当说,在人类历史长河中,与其他财产权制度相比,著作权制度的历史是非常短暂的。从发展过程来看著作权制度的产生,经历了两个阶段。

### 一、特许出版权时期

著作权是一种民事权利,而权利一定代表并且保护着某种利益。法律之所以要创设著作权这种新型民事权利,也是基于某种特定利益需要受到保护的现实。这种利益最初反映为出版商出版文学艺术作品而产生的利益。在封建社会后期,造纸术和印刷术的普及和应用大大降低了书籍出版的成本,导致了出版行业的产生。出版商通过大规模地印刷和出版书籍,从中获得了丰厚的利润。一方面,许多大书商的社会政治地位越来越高,能够影响到政府的决策;另一方面,印刷成本的降低又使得许多小书商盗印书籍变得极其容易,威胁到了大书商的利益。出于维护自身利益的需要,这些大书商不断要求政府给予他们保护。而当时的封建政府出于书籍审查、言论控制和获得稳定税收的需要,也愿意与这些出版商合作。其手段就是赋予出版商以出版特定书籍的垄断权,出版商则要根据封建政府的要求拒绝出版对政府不利的书籍。这种垄断权就是著作权制度的前身——特许出版权。西方从 15 世纪开始,威尼斯共和国、罗马教皇、法国国王和英国国王都曾向印刷出版商授予专有印刷出版的特权,以及禁止他人翻印的特许令。在英国,16 世纪成立了由出版商组成的印刷公会,英国政府实行书刊出版的特许证制度,由皇室特别授权印刷公会的成员以出版书籍的垄断权。印

刷出版特权在我国古代也有所反映。在我国宋代的《东都事略》中,已载有“已申上司不许覆版”的文字。<sup>①</sup>“覆版”就是“翻版”,也就是现代语言中的“盗版”。我国香港和台湾地区现在还在使用“翻版”指代“盗版”。宋朝国子监甚至还发布过对盗印者将施以“追板劈毁、断罪施刑”处罚的公告。<sup>②</sup>“追板劈毁”就是把用于印刷盗版书籍的母板劈烂毁坏,类似于今天查禁盗版光盘生产线,把用于制作盗版的母盘用压路机压毁。明代的书籍中曾出现过“陈衙藏版,翻刻必究”的牌记,<sup>③</sup>有点类似于今天的“盗版必究”了。

需要注意的是,特许出版权并不是真正的著作权。它是封建政府或君主授予的出版特权,是一种公权力。而且能够获得特许权的只能是出版商,而不是作者。而现代意义上的著作权绝不是出版商的权利,而是作者的权利。出版商只能基于作者的许可而获得复制和发行作品的权利。由于特许出版权并不保护作品作者的权利,只是保护当时在封建社会中拥有很大权力的出版商的利益,与现代著作权制度存在本质区别。有的著作将上文提到的宋代书籍中的“已申上司不许覆版”描述为“是世界上最早的关于著作权的声明”,并认为“我国自宋朝对著作权实施保护”<sup>④</sup>,或者以此认为“一味否认我国古代存在真正意义的版权保护制度也是不妥的”<sup>⑤</sup>,应是不能成立的。

## 二、现代著作权保护时期

随着西方资产阶级革命的胜利,资产阶级取代封建统治者而登上政治舞台。而能够创作文学艺术作品的知识分子在西方也作为资产阶级的一部分成为统治阶级。政治地位的提高使他们努力为自己谋求经济利益。政府也日渐认识到保障作者的利益才能鼓励和刺激创作活动。在这种背景下,现代意义上的著作权制度开始产生。

在英国,经过作者阶层的反复争取,英国议会终于于1709年通过了一部以保护作者利益为核心的立法,史称《安娜女王法》。该法的核心内容是:“鉴于最近印刷商、书商擅自印刷、重印、出版他人书籍或其他著述,而未获得该书籍或著述之著作者许可,对其造成损害,或经常导致其本人破产及家境败落,为防止将来此等行为的发生,同时为了勉励学人撰写著作及写作有益的书籍……(现规定)著作人及其受让人,自该书籍首次发行之日起算,应享有印刷、重印该书籍

① 见周林、李明山主编:《中国版权史研究文献》,中国方正出版社1999年版,第2—3页。

② 同上书,第4页。

③ 同上书,第2—3页。

④ 吴汉东主编:《知识产权法》,中国政法大学出版社2004年版,第29页。

⑤ 王兰萍:《近代中国著作权法的成长(1903—1910)》,北京大学出版社2006年版,第6页。

的专有权利 14 年”。<sup>①</sup>

可见,《安娜女王法》一方面将保护的重点从出版商转向了作者,赋予作者对其作品的印刷、重印权(即现代意义上的复制和发行权),并明确指出立法的目的是鼓励创作,另一方面又规定了 14 年的保护期。从而确立了以作者为权利主体、以复制发行权为核心,辅之以法定保护期的现代版权制度雏形。

《安娜女王法》赋予作者的专有权利与封建时代的特许出版权有着本质的区别。特许出版权只保护出版商的利益,《安娜女王法》则将作者的利益放到了第一位。同时,特许出版权是由封建统治者特别授予的,是其单方意志的决定,是对出版商的“恩赐”。出版商不能随意转让被授予的出版印刷特权,因此特许出版权带有公权性质。《安娜女王法》则为作者规定了法定权利,这种权利是可以根据意思自治原则而自由行使和转让的财产权,是典型的私权。正因为如此,《安娜女王法》被公认为人类历史上第一部现代意义的版权法。

从 18 世纪后期开始,欧洲大陆各国也开始建立著作权制度。但欧洲大陆各国的著作权法更多地接受了欧洲大陆启蒙思想家对作品的独特观念。他们并不将作品视为普通财产,而是首先将其看作是作品人格的延伸和精神的反映。与此相适应,欧洲大陆各国著作权制度更为注重保护作者的人身权利,从而走上了与英美法系国家不同的著作权保护道路。

在此之后,科学技术的进步一直推动着著作权制度的发展。随着制图工艺、照片摄影技术、电影摄制技术和计算机技术的出现,地图、摄影作品、电影作品和计算机软件也陆续被纳入了著作权的保护范围。而无线和有线广播技术、录音技术、卫星传播技术和网络技术又使得机械表演权、网络传播权等成为著作权人的专有权利。今后科学技术的发展还可能催生新的著作权客体和专有权利。

### 三、我国著作权法的概况

虽然我国是印刷术的故乡,但由于种种原因,封建王朝对印刷出版商的特权保护制度始终没有演变成现代著作权制度。直至 1910 年,清政府才颁布了中国历史上第一部著作权法《大清著作权律》,但并没有来得及真正实施。1915 年和 1928 年北洋政府和国民党政府也曾分别颁布过《著作权法》。新中国成立后,中央政府虽然陆续颁布过一些有关稿酬和禁止翻版的文件,但并未形成系统的著作权制度。20 世纪 70 年代末,我国开始了建立著作权制度的进程。当时国家出版局、文化部和广播电视部分别颁布过《关于书籍稿酬的暂行规定》、《图书期刊版权保护试行条例》和《录音录像制品管理暂行规定》,对著作权给予了一定的保护。1986 年颁布实施的《中华人民共和国民法通则》(简称《民法通则》)开

<sup>①</sup> 见《安妮法》,刘波林译,载《中国版权》2005 年第 2 期。

始将著作权等知识产权正式纳入法律保护范围。

1990年9月7日,第七届全国人大常委会通过了新中国第一部《著作权法》。该法的通过,标志着我国初步建立了现代著作权制度,具有重大的历史意义。此后,我国又分别于1992年和1993年加入了《保护文学艺术作品伯尔尼公约》(简称《伯尔尼公约》)和《保护录音制品制作者防止未经授权复制其制品公约》,推动了我国著作权制度与国际接轨。

在1990年《著作权法》颁布后的10年间,我国的经济形势发生了重大变化。我国开始实行市场经济体制,这就要求著作权保护机制要与市场经济相适应。同时,我国加入了世界贸易组织,因此必须承担《与贸易有关的知识产权协议》(简称为Trips协议)所规定的义务。而1990年的《著作权法》与上述要求之间还存在一定差距。为此,我国于2001年修订了《著作权法》,增加了受保护的作品类型和著作权人的专有权利、调整了“法定许可”的范围、增加了对技术措施和权利管理信息的法律保护,从而全面提高了我国著作权保护水平。2005年和2006年,《中华人民共和国著作权集体管理条例》和《中华人民共和国信息网络传播权保护条例》的通过又使得著作权集体管理有法可依,并大大加强了网络环境中对著作权的保护力度。

## 第二章 著作权的客体

狭义著作权与邻接权的关键区别在于客体不同。只有对著作权法意义上的“作品”才能享有狭义著作权,作品的创作者才能被称为著作权法意义上的“作者”。对作品之外的劳动成果只能享有邻接权,该劳动成果的创造者不是著作权法意义上的“作者”。

本章所使用的“著作权”为狭义概念,因此本章标题“著作权的客体”即指由作者创作,并对其享有狭义著作权的作品。本章学习的重点和难点也在于判断何种劳动成果是著作权法意义上的“作品”。

### 第一节 作品的概念

无论是普通人,还是文学艺术家或自然科学和社会科学研究者,要让他人了解自己的思想情感或科学领域的研究成果,就必须通过一定的文字艺术等形式,如语言、声音、图像等来加以表达,使他人能够得以客观地阅读、欣赏和感知。这种将内心世界的思想感情借助语言、艺术和科学符号体系加以表达的过程就是“创作”,由此形成的具有文艺或科学美感和独创性的智力成果就是著作权法意义上的“作品”。

我国《著作权法实施条例》第2条对“作品”所下的定义是:“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。”对“作品”的这一定义,应当从以下三个方面来理解:

首先,“作品”必须是人类的智力成果。纯粹的自然风光和声音虽然可能很优美、具有欣赏价值,以至于可以被称为“大自然的杰作”,但它却不是人类智力创作的结果,也就不是著作权法意义上的“作品”。长江三峡上的神女峰宛若亭亭玉立的少女,无疑是一座自然天成的艺术品。但它并非由人雕刻创作而成,因此任何人都不可能享有对神女峰的著作权。如果有摄影师通过对拍摄角度、光线明暗、距离和光圈的选择而拍摄了一幅神女峰的艺术照片,该艺术照片却是摄影师创作的作品,摄影师作为作者享有著作权。

其次,“作品”必须是能够被他人客观感知的外在表达。单纯停留在内心世界的思想感情或者“腹稿”并不是著作权法意义上的“作品”。作品是沟通作者内心世界和客观外部世界的桥梁,思想感情或“腹稿”如果没有通过一定语言、艺术或科学符号形式表达出来,就无法使社会公众加以阅读、欣赏或感知,也就

没有任何社会价值,无法被复制和传播,当然也无法由《著作权法》加以保护。《著作权法实施条例》第2条所说的“能以某种有形形式复制”实际上就是强调“作品”只能是“外在表达”,因为只有“外在表达”才能以某种有形形式加以复制。例如,即使准备画竹子的画家已经在脑海中完成了对绘画每一处细节的构思设计,以至于“胸有成竹”,也不能认为他胸中的“成竹”是“作品”。只有当他将构思用画笔付诸纸张,画出可供他人欣赏的竹子时,才能说这幅竹子图是“作品”。

需要注意的是:作品中抽象的思想本身是不受著作权法保护的。只有对思想的具体表达才受著作权法保护。但判断作品中的哪些成分属于不受著作权法保护的思想有时却比较困难,因此本章第三节专门讲述思想与表达的分界问题。

再次,只有具有“独创性”的外在表达才是“作品”。“独创性”是“作品”区别于其他人类劳动成果的关键,但“独创性”的概念以及判断“独创性”的标准却比较复杂,本章第二节对此进行专门讲述。

## 第二节 独创性

**实例一:**甲、乙均是摄影师。甲于某风景胜地拍摄风景照片一张。乙从未看到过甲拍摄的照片,但乙在同一风景胜地旅游时,碰巧在同一拍摄地点,以同样型号的照相机,用同样类型的胶卷,以同样的取景、同样的角度、同样的光圈和快门拍摄了一张照片。这张照片与甲拍出的照片几乎一模一样,一般人很难用肉眼辨别出其中存在的微小差异。乙所拍摄的照片是否具有“独创性”?

**实例二:**某人擅长临摹名画,能达到以假乱真的地步,一般人根本无法通过肉眼分辨原作与此人的临摹之作。此人对他人作品所做的这种精确性临摹是否是作品?

**实例三:**一名政治家进行了讲演。在场的近百名记者中只有一名记者用他独有的速记方法准确地记下了讲演者所说的每一个字。该名记者的记录稿是否是他的作品?

**实例四:**甲公司为了编制当地居民的电话号码簿,派人走家串户收集并逐一核实每一居民的电话号码,花费了大量的时间和人力。在收集了当地全体居民的电话号码之后,该公司按居民姓名的字母顺序进行排列。乙公司抄袭了甲公司的电话号码簿。乙公司是否侵犯了甲公司的著作权?

**实例五:**某省广播电视报根据电视台预定播出的电视节目,按节目播出时间的先后顺序刊登每周电视节目预告。另外一家报纸未经该广播电视报社同意就转载了电视节目预告。这家报社是否侵犯了广播电视报社就电视节目预告的著

作权?

**实例六:**甲是一名3岁儿童,平时喜欢凭借自己的想象用水彩笔画画。某日经营某公司的邻居乙觉得甲画的一幅画颇有意思,随即将这幅画略作修改后,用作自己公司的宣传画。甲父认为乙未经许可使用儿子的绘画构成著作权侵权,乙则认为:3岁儿童没有受过任何美术训练,只是随意涂抹,画出的东西并无艺术性可言,只不过碰巧与公司的宣传理念较为吻合而已,因此根本不能称为“作品”,更谈不上享有著作权。如果甲父将乙诉诸法院,法院应当如何裁判?

**实例七:**甲某日在街上行走时,发现一警察正在试图营救被歹徒劫持的女子,甲本想用随身携带的照相机将现场拍摄下来,无奈身材矮小,前面围观者又太多,无法靠近,只得将照相机高高举过头顶,朝现场方向连接几次快门。后来发现有一张恰巧拍到了警察夺下歹徒匕首的关键性画面。请问:甲能否以这张照片为“摄影作品”为由主张对它享有著作权?

只有具有“独创性”的外在表达才能成为著作权法意义上的“作品”。“独创性”这一《著作权法》中的术语译自英语 originality,也可称为“原创性”。由于英语的 originality 本身就包含两种含义,而汉字“独创性”可以被分解为“独”与“创”两个方面,并分别与 originality 的两种含义相对应,因此可以从作为劳动成果的外在表达必须同时具备“独”与“创”两个条件来理解“独创性”。

## 一、“独创性”中的“独”

### (一)“独创性”中“独”的含义

“独创性”中的“独”是指“独立创作、源于本人”。在科学技术领域经常能听到这种说法:“某技术为我国工程技术人员所独创”。这里的“独创”显然意味着这种技术世界上原本没有,是由我国工程技术人员首先发明或设计的。换言之,科技文献中使用的“独创”往往指专利法意义上的“新颖性”,即以前没有相同的技术在国内外被公开发表过,或者公开使用过。但是,著作权法意义上的“独创”却并非指“首创”或“独一无二”。英语中“独创性”(originality)的动词形式“独创”originate 即为“起源”的意思,与介词 from 搭配后即指“起源于”。因此,著作权法意义上“独创性”中的“独”是指劳动成果源自于劳动者本人,即劳动成果是由劳动者独立完成的,而非抄袭的结果。

### (二)具有“独”的两种情况

劳动成果在两种情况下符合“独创性”中“独”的要求。第一:劳动成果是劳动者从无到有独立地创造出来的;第二:以他人已有作品为基础进行再创作,而由此产生的成果与原作品之间存在着可以被客观识别的、并非太过细微的差异。

### 1. 从无到有进行独立创作

只要是独立努力的结果,劳动成果即使碰巧与他人劳动成果一模一样,也仍然符合“独创性”中“独”的要求。在“实例一”中,乙摄影师拍摄的照片虽然与甲摄影师拍出的照片一模一样,但只要这张照片是乙独立拍摄的结果,仍然是“源自于”乙的,因此符合“独创性”中“独”的要求。如果该成果同时符合“创”的要求,则它是受著作权保护的作品。《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条因此承认:“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。”

每个人观察世界的角度、方法有差异,内心思想与情感世界不尽相同,表达手段各有特点,独立创作的结果总是不可避免地会打上个性的烙印,出现完全雷同的可能性是很小的。同时,如果相同作品已经公之于众,每个人都有接触这部作品的合理机会,后人要想证明自己基于独立努力创作出了与之一模一样的作品会遇到举证上的困难。但是,只要能够证明相似或相同并非抄袭的结果,而是来源于创作上巧合,后人的劳动成果仍然可以被认定为他本人创作的作品。

### 2. 以他人已有作品为基础进行再创作

对于在他人作品的基础之上进行的劳动,只要由此产生的成果与原作品之间存在着可以被客观识别的、并非太过细微的差异,该差异部分仍然符合“独创性”中“独”的要求。

例如,某艺术家根据缺少一只手臂的维纳斯雕塑进行创作,补上了那只缺失的手臂。尽管剩余的部分与原作完全相同,但新增加的手臂就是新雕塑与原有雕塑的差异部分,新雕塑因此符合“独创性”中“独”的要求。如果这只手臂的造型也符合“独创性”中“创”的要求,则新雕塑为原雕塑的演绎作品。

如果在他人作品基础之上进行劳动的结果与原作品之间过于相似,以至于缺乏能够被客观识别的差异,这种劳动成果就会因为不符合“独”的要求而只能被称为原作品的“复制件”,相关的劳动过程也只能是“复制”行为而非“创作”行为。例如,将他人长篇小说加以抄写并改正其中错别字的行为虽然也具有一定价值,但由此产生的劳动成果与原小说之间的差异过于细微。在抄写过程中改错字的行为仍然只是“复制”而非“创作”行为,改过后的小说并不是符合“独创性”中“独”要求的新作品。

### 理论研究:精确临摹是否创作出了作品?

“实例二”中所述的“精确临摹”如果达到了足以以假乱真的地步,是否属于著作权法意义上的作品呢?郑成思教授认为:临摹原已存在的、享有著作权的绘



画作品,不但要具备一定的技巧,而且要在自己的“再现品”中增加自己的创造性劳动,所以这种临摹的结果,实际上是“再创作”出新的美术作品。<sup>①</sup>

对此需要指出的是:只有符合“独创性”要求的劳动成果才是著作权法意义上的“作品”。而“独”和“创”两方面的要求必须同时得以满足。没有独立完成的成果,就谈不上该成果是否达到了一定的创造高度。正是由于精确临摹之作与原作品相比在视觉上没有被客观识别的差异,或者差异过于细微,临摹之作并不符合“独创性”中“独”的要求。虽然对艺术作品进行精确的临摹需要高度技巧、艺术品味与判断力,但由于精确临摹并没有产生可以被客观识别的、“源自于临摹者”的成果,因此精确临摹者所运用的仅仅是为进行“精确复制”所需要的技巧、艺术品味与判断力。

当然,精确临摹毕竟是由人而非机器进行的。人的临摹总会融入临摹者个性的因素,涉及到高度个性化的选择和判断,如用着力度大小等。因此如果有两位艺术大师对同一幅艺术作品进行临摹,从技术上说,无论两位大师多么追求临摹的精确性,他们临摹出来的绘画之间总会存在一定差异,这反过来也说明他们临摹出来的绘画与原艺术作品之间也仍然存在一定差异。正如郑成思教授所指出的那样:即使在临摹中可以“无限接近地混除一切个人特征”,但终究因为临摹者是有精神的人而不是机器,他们只能“接近”而已,却永远不能“到达”;临摹之作中应当有“主体的人格”或“个人的特征”存在,它们包含了掌握这种绘画技巧之人的“判断”及“选择”。<sup>②</sup>但是,“判断和选择”如果不能形成可以被人们客观加以识别的、不同于被临摹作品的部分,那么在绝大多数观赏者的眼中,临摹者对于临摹之作仍然没有贡献出不同于原作品,从而“源自于”他自己的东西,临摹之作也只是对原作品的重复和翻版。英国版权法学者们指出:在同一介质上对艺术品进行复制(copying)确实需要比对文字作品的单纯复制(mere reproduction)有更高程度的技巧和判断,但仅仅是复制(copying)过程中的技巧、劳动和判断却不能产生独创性。<sup>③</sup>他们还强调:要构成作品,必须在原作品基础上进行某种实质性的改变或润色,而且改变或润色在视觉上对作为一个整体的作品的影响比其技术上的意义更重要。<sup>④</sup>换言之,如果在他人作品基础之上进行劳动所产生的成果在视觉上与原作品差异很少,无论这种细微的差异是否体现了劳动者具有个性化的选择、判断以及高度的艺术技巧和品味,劳动成果仍然不能

① 见郑成思:《版权法》,中国人民大学出版社1997年版,第161页。

② 郑成思教授因此得出了结论——“判断与选择如果真的体现在作品中,人们就再难否定作品的独创性”。同上,第173页。

③ See Walter Arthur Copinger et al., *Copinger and Snone James on Copyright*, Sweet and Maxwell, Ltd. 1999, § 3.19.

④ Ibid.