



中国优秀博士论文  
DOCTOR  
法学

# 版权客体论

卢海君 著



知识产权出版社  
INTELLECTUAL PROPERTY PUBLISHING HOUSE

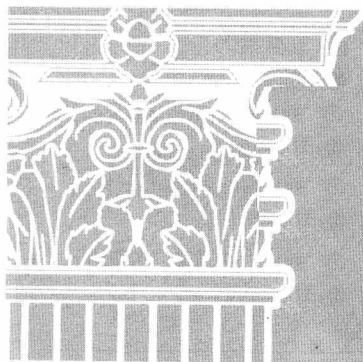
# 版权客体论

卢海君 著

对外经济贸易大学“211工程”三期重点学科建设项目中期成果

项目名称：经济全球化条件下我国版权客体制度的构建

项目号：73400026



知识产权出版社  
INTELLECTUAL PROPERTY PUBLISHING HOUSE

责任编辑：刘睿

责任校对：韩秀天

特约编辑：吴婧

责任出版：卢运霞

### 图书在版编目 (CIP) 数据

版权客体论/卢海君著. —北京：知识产权出版社，2011.1

ISBN 978-7-5130-0213-4

I. ①版… II. ①卢… III. ①版权—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 195446 号

中国优秀博士论文·法学

## 版权客体论

卢海君 著

---

出版发行：知识产权出版社

社址：北京市海淀区马甸南村1号

邮 编：100088

网 址：<http://www.ipph.cn>

邮 箱：[bjb@cnipr.com](mailto:bjb@cnipr.com)

发行电话：010-82000860 转 8101/8102

传 真：010-82005070/82000893

责编电话：010-82000860 转 8113

责编邮箱：[liurui@cnipr.com](mailto:liurui@cnipr.com)

印 刷：北京富生印刷厂

经 销：新华书店及相关销售网点

开 本：880mm×1230mm 1/32

印 张：17.75

版 次：2011年1月第一版

印 次：2011年1月第一次印刷

字 数：430千字

定 价：45.00元

ISBN 978-7-5130-0213-4 / D · 1096 (3154)

---

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

# 总 序

改革开放以来，我国经济社会发展的水平日益提高，科学技术和文化创作日益进步，知识经济的特征日益凸显，知识产权制度对科技和经济发展的支撑作用日益加强。

经过多年发展，我国知识产权事业取得了巨大成就，符合社会主义市场经济发展要求的知识产权制度基本建立。以2008年《国家知识产权战略纲要》的颁布为标志，我国知识产权制度从“调整性适用”阶段进入“主动性安排”阶段，知识产权制度的发展进入了一个新的历史时期，知识产权事业正在揭开一个新的篇章。

中国知识产权制度的建构、知识产权事业的发展与进步，离不开知识产权人才的培养，知识产权教育水平的提高和知识产权学术研究的进步。中国知识产权事业的发展需要全社会的共同努力。为提高我国知识产权学术研究水平，培育优秀青年知识产权研究人才，中国法学会知识产权法研究会与知识产权出版社自2008年始联合组织开展知识产权类优秀博士学位论文评选以及资助出版工作。该项工作具有丰富的内涵：

第一，以高层次、高质量的人才培养为目标。通过设立优秀博士学位论文奖项，鼓励更多优秀人才参与知识产权学术研究，不断增强我国知识产权制度的理论储备。

第二，以提高知识产权学术水平为导向。评选优秀博士论

文，促使更多青年学人创作高质量学术著作，不断提高我国知识产权学术研究水平。

第三，以我国知识产权事业的发展为宗旨。通过优秀博士论文的评选以及资助出版工作，鼓励青年学人关注现实，关注新兴发展需要，以优秀思想成果推动我国知识产权事业向着更快更好的方向发展。

第四，以科学公正、注重创新、严格筛选、宁缺毋滥为原则。在知识产权优秀博士论文的评选过程中，知识产权法研究会组织评审专家，本着公开、公平、公正的原则，严格按照评审标准，对申报人员的博士论文进行遴选。

第五，以选题新颖、研究创新、逻辑严密、表达规范为标准。优秀博士论文的选题应当具有理论意义和现实意义，在研究内容上应当有所创新，材料应当翔实，推理应当严密，表达应当准确。

中国法学会知识产权法研究会与知识产权出版社开展的这一活动在总结和传播知识产权教育与学术成果、鼓励青年学人学习和研究的进步、推动知识产权事业发展等方面具有重要意义。在双方的共同组织与安排之下，论文评选甫经两届，新著即将面世。该项工作还将继续进行下去，每年评选出一批优秀博士论文，并且由知识产权出版社资助出版，以期作为知识产权思想传播的媒介、学术交流的窗口、对话互动的平台。新书迭见，英才辈出，学术之树长青。

是为序。

吴汉东

2010年5月



## 序

整个著作权制度发展进化的历史，可以说是复制和传播技术不断进步、著作权客体范围不断扩大的历史。不管经济和社会的大环境如何发展变化，对著作权立法而言，著作权客体范围的适当界定可以说是永恒的主题。著作权的立法目的在于促进科学和实用艺术的进步，而著作权客体范围的恰当界定关乎这一目的能否顺利实现。著作权客体范围界定得过宽，可能会阻碍社会公共利益的实现，不利于著作权制度的目标的实现；著作权客体范围界定得过窄，则不能对作品的创作提供足够的激励，同样有悖于著作权制度的功能的实现。

围绕著作权客体范围这一主题话语，思想表达两分原则和原创性原则成为著作权法律的两项基本原则。思想表达两分原则回答著作权法保护的客体，即“是什么”的问题；原创性原则回答保护对象在满足何种要件的时候才能够受保护的问题，即“怎么样”的问题。两大原则的有机结合和准确运用，共同界定了著作权的客体范围。于是，思想表达两分原则和原创性原则这两个貌似神离的制度，在著作权客体范围界定这一根本问题上统一起来了。

关于著作权客体，我国不少学者对此问题已经有所研究。早年，我和王毅老师曾经合著了一篇名为《著作权客体论》的文

章，发表在《中南政法学院学报》1990年第4期上。在这篇文章中，我们对著作权客体制度的相关问题作了一些初步的研究。由于知识产权的客体具有不同于所有权客体的非物质性，人们不能对其进行“形象”把握。而对著作权客体，虽然人们取得了一致的认识，将客体称为“作品”，但作品同样具有非物质性，不易把握。自著作权制度产生伊始，对“作品”内涵的把握便被国内外学术界和实务界视为一个最根本的难题。在当时的《著作权客体论》中，我们指出：作品的内容是作品存在的基础；作品的表现形式则是作品内容的组织构造或外在的物质显现。作品的表现形式，是著作人将无形、抽象的内容用语言、色彩、符号等表达媒体客观地表现于外部的一种物质手段。根据马克思的哲学原理，形式和内容是对立统一的关系，是同一事物的两个侧面。一部作品，当其内容存在于作者头脑中还未产生具体的表现形式时，著作权法是无法对其进行保护的；而当它以某种形式显现出来，使他人得以感知时，这时作者的创造性劳动才有可能遭受他人侵犯，作者才需借助著作权法进行保护。就一般意义而言，作品是内容与表现形式的有机统一体。根据文艺创作的一般理论，作品的内容一般包括题材、主题、概念和事实、情节等要素。一般而言，题材、主题、概念和事实不能够由某人所垄断，不应当受著作权法保护；而情节则应当分别不同的具体情况而论，对于单纯的情节，著作权法不会也不应该给予保护。但是，如果情节被赋予了特定的环境、特定的题材和特定的人物，这一情节的发展序列就应该受到著作权法的保护。与作品内容相对应的作品表现形式，也是作者创造性智力成果的有机组成部分，并且是作品完成的最终形态。作品的表现形式一般包括符号、结构和体裁等要素。符号作为作品表现形式的第一要素，在文字作品中表现为



语言，在美术作品中表现为色彩和线条，在音乐作品中表现为旋律。反映一定内容，具有可复制性和独创性的符号应当受到著作权法的保护。结构是指对作品总体的组织和安排。结构是作者创造性脑力劳动最为充分和最为关键的外在体现。独创性的结构应当受到著作权法的保护。体裁是指作品的类别，也是作品的表现形式之一。以文学作品为例，体裁大体上可以分为诗歌、小说、戏剧、散文、电影文学和说唱文学等。著作权法对体裁的保护相对较弱，只有当体裁与作品表现形式的其他要素相结合共同表现作品内容时，才能成为保护对象，单纯的体裁本身并不能受到保护。

厘清著作权法保护的客体只是界定客体范围的第一步。这些对象只有在具备一定条件情况之下才能够受到版权保护。一般而言，作品必须反映一定的思想或感情，作品应当具有独创性，作品应当具有固定性，作品应当具有可复制性。只有满足上述各项要件的作品才能够成为著作权法的保护对象。

海君是我指导的博士，他在硕士阶段就是我的科研助手，在本科阶段选修过我所开的《罗马法》。可以说，我亲历了海君博士的成长。在本科阶段，海君就喜欢在课堂上向我提一些问题，在硕士阶段他喜欢写一些小文章拿给我看，在博士阶段发表了不少作品。他在科研方面的兴趣和努力逐渐得以显现。

海君在硕士阶段做我的科研助手的时候，曾经跟我讨论过思想表达两分法的问题，我对他也作出了一定的指导，并且就他所提出的问题进行了解答。海君2005年成为我的博士研究生。在2006年，有一天，我正在给研究生上知识产权法的课程，海君在课间把他的博士论文开题的设想跟我作了交流，他将题目定为“版权客体论”，我当即答应下来。这个选题作为博士论文的选题





确实很好。尽管很多学者已经对这一问题作出了研究，版权客体论虽然是一个老问题，但也是一个新问题，值得研究。我对海君的博士论文有所期许。

2007年底，海君将他的博士论文初稿交给我。当时文章的基本框架已经出现，不过梳理不够，剪裁不足。我让他对文章进行修改。当海君将博士论文的修改稿提交给我的时候，他向我陈述了论文的主线，即围绕“客体可版权性”这一中心，结合“思想表达两分原则”和“原创性原则”两大基本原则，以汇编作品、演绎作品、实用艺术作品等特殊类型的作品为分析对象，企图回答版权客体的范围这一根本性问题。虽然他的文章在一些地方可能打磨不精，但至少能够自圆其说。所以，我同意他的博士论文进入答辩。十分高兴，他的文章顺利通过答辩，并且还获得了校级优秀博士论文的称号。毕业不久，其论文又获得了湖北省优秀博士论文的称号。

如今，海君已经在对外经济贸易大学法学院工作两年。他的博士论文参与中国法学会知识产权法研究会与知识产权出版社联合举办的2009年度知识产权类优秀博士论文评选活动，并获第一名，知识产权出版社准备出版他的博士论文，又打开他的这篇《版权客体论》的时候，发现他在毕业以后的两年确实针对版权客体论这一问题作了一些可以称道的研究，对《版权客体论》这篇论文作了精心修改。本书中，海君博士首先以思想表达两分法为中心，结合合并原则、约减主义与整体概念和感觉原则、思想的法律地位等问题，对版权客体的范围进行界定，即认为版权的客体即作品，而作品的本质就是表达。紧接着，回答了作品的可版权性要件，即原创性。结合思想表达两分原则和原创性原则，他以非独立创作因素、功能性因素、非文字性因素、事实性因



素、表达量的因素和传统文化因素对客体可版权性的影响为着眼点，结合汇编作品、数据库、演绎作品、实用艺术作品、建筑作品、软件、角色、事实作品、标题和民间文学艺术作品等特殊类型的作品，具体分析了版权保护的客体以及客体的可版权性要件。在行文过程中，海君博士还较多地运用了案例分析和比较法的研究方法，书中许多资料也可以作为版权客体制度进一步研究的依据。

时值本专著出版之际，提笔草涂数语，以此推介年青学人，并表笔者祝福之意。

是为序。

吴汉东

2010年9月



中国  
优秀  
博士  
论文  
法  
学  
D  
O  
C  
T  
O  
R

## 中文摘要

版权客体论既是一项基础性研究，又是一个前沿性课题。版权客体制度是整个版权制度的基石，其他版权制度都围绕客体制度展开。版权客体范围的恰当界定关系到版权法目的的实现；社会经济条件的不断发展和新型版权客体的陆续出现对版权法提出了新的挑战。

版权客体范围的界定和客体可版权性要件的确是版权客体制度两个密不可分的问题，前者以后者为依归，后者以前者为基础；换言之，处于版权客体范围的事物只有在满足可版权性要件的情况之下，才能够获得版权保护，而只有对处于客体范围的事物，才有必要探讨其是否具备可版权性。版权客体范围和客体可版权性是整个版权客体制度的有机组成部分。

思想表达两分法既是版权法最为基本的，也是版权客体制度最为重要的法律原则，是有效确定版权客体范围的基本制度。其基本含义是版权法只保护思想的表达而不保护思想本身。思想表达两分法源于司法实践并在其中丰富和完善，最终上升为制定法。思想的垄断可能导致创作障碍、不效率和对言论自由的限制，所以思想应当处于自由使用的状态。要正确适用思想表达两分原则，需要区分思想与表达，这种区分方法基本上有内容形式区分法、减除测试法、抽象测试法、功能目的测试法、抽象——

过滤——对比测试法、基于思想与表达之关系的区分法等。当特定思想只有一种表达方式或仅有有限的几种表达方式，或者描述特定主题必须要用到特定的表达时，保护表达可能会产生思想垄断的后果，版权法对这种表达不予保护，这种法律处理方式称之为“合并原则”或“情景原则”。该原则是思想表达两分法的合理内核或延伸。相对于虚构作品，事实作品和功能性作品适用合并原则的几率比较大；该原则在视觉艺术作品是否具有可适用性值得探讨。“约减主义”与“整体概念和感觉原则”实际上是判断实质性相似和版权侵权的两种不同路径，前者在确定客体可版权性范围的时候主张对作品进行分析和解构，后者则从整体上对该范围进行界定，适用上述两种不同的分析路径所导致的版权保护范围实际上是不同的。思想可能具有巨大的经济社会效益，思想是有价值的。对思想赋予一定程度的法律保护有现实需求，在一些国家的立法例中也存在对思想赋予法律保护的实践。思想没有外化为一定的可识别的形式，并且没有办法确定思想的界限，思想的这种属性决定了其不可以成为普通财产权的客体。绝对性的财产权是一种对世权，效力范围广泛，对思想赋予普通财产权会产生违背社会公共利益的结果。思想表达两分法要求思想上不能够存在版权，但一些版权法规则与制度实际上在一定程度上保护了思想。思想不受版权法保护，并不意味着思想不受任何知识产权法律部门的保护。专利法保护的客体是思想，是一种形诸于一定的产品或一定的方法、通过权利要求书加以限定和表达的具体性思想。思想上不能够存在普通的绝对性财产权和版权，但从实现相对关系中思想的提供者与思想的接受者之间的公平正义的角度出发，对思想赋予一定程度的相对权保护还是可行的。这种做法也值得我国借鉴。版权保护的客体是表达，这一判断已经在



学界形成共识。版权法保护的表达是形诸于一定符号的表达，是“符号化”和“形式化”的表达。不过，在“表达的形式”出现之前，“表达的实质”已经存在于人的思维之中。前者是版权保护的对象，后者是版权保护的实质。“表达的形式”和“表达的实质”这一组概念的提出有利于对版权客体进行进一步清晰的认识。由于普通文字作品在表达要素方面具有有限性，所以，其“表达的形式”和“表达的实质”具有同一性。“表达的形式”与“表达的实质”的区分有利于论证演绎权存在的合理性，有利于正确认识软件作品和建筑作品的本质，有利于厘清不同作品之间的关系。

处于版权客体范围之内的事物受版权法保护所需要的条件称之为“可版权性要件”。原创性是客体可版权性的核心要件。以Feist案为标志，案例法对原创性要件内涵的丰富和发展作出了重要贡献。Feist案经典地表述了原创性要件：作品是独立创作的，并且包含最低限度的创造性。原创性最为基本的含义就是作品来源于作者，而不是抄袭他人作品的结果；原创性的确定并不包含对作品艺术价值的评判；原创性的作品是作者创作行为的产物；作品所包含的个性是原创性有无的核心评判标准；创作意图的有无并不影响作品原创性的获得；劳动和投资不能够作为原创性的基础；独立作品要具备原创性无须其相对于基础作品存在可区别性的变化，非独立作品要具备原创性须其相对于基础作品存在可区别性的变化；新颖性并不是原创性的要件；不能一体化地要求作品欲获得版权保护须满足创造性要件，诸如汇编作品和演绎作品等非独立作品需要满足创造性以获得可版权性，独立作品却不需要满足这一要件。厘清原创性的各个问题点有利于更深入地理解和适用该要件。作者导向型分析与作品导向型分析，特征导向



性分析与目的导向型分析，定性研究与定量研究分别代表了作品原创性分析的不同侧面，应当结合起来对作品可版权性作出适当界定。版权保护存在于主观性表达之上，而非客观性描述之上。在特定类型的作品中，原创性要求可能与这些作品将要实现的社会价值相冲突，版权法需要作出适当平衡。

原创性要件的界定对指导客体可版权性的确定具有基础性指导意义，但客体可版权性的研究不止于此，特定创作要素对客体可版权性具有不同程度的影响，导致特定版权客体可版权性要件具有一定程度的特殊性。汇编作品、数据库和演绎作品都是非独立创作的作品，作品中非独立创作因素的存在影响到此类作品的可版权性。辛勤收集原则不适当地保护了汇编作品中的事实和作者的劳动，现代版权制度摒弃了辛勤收集原则，依靠汇编者在对事实或材料的选择、协调或编排中所表现出来的原创性决定汇编作品的可版权性。数据库是特殊类型的汇编作品，数据库保护的理论基础有辛勤收集原则、原创性原则、合同保护理论、对动产的侵害理论、反不正当竞争法、技术措施保护理论和特殊权利保护理论等。基于数据库特别是电子数据库不同于普通汇编作品的属性，数据库特殊权利的建构成为一个立法热点。数据库的特殊权利一般包括提取权和再利用权。演绎作品是在已有作品的基础上经过改写、改变、改编等方式创作的作品，基于演绎作品的版权保护不对基础作品的版权法地位造成不良影响的考虑，实践中发展出实质性区别标准、超过仅是微小的限度的变化/可区别性变化标准等演绎作品的原创性标准。实用艺术作品兼具艺术性和实用性，可分离性标准是其可版权性的特殊要求，该标准分为物理上的可分离性和观念上的可分离性；前者要求物品的艺术性层面能够真实地同其功能性层面区分开来，后者只要求这种区分在



理论上可行即可。观念上的可分离性的具体判断标准有“解不开地交织在一起”标准、主要/次要标准、可销售的可能性标准、Denicola 的注重创作过程测试法、Newman 的“暂时置换标准”、可分离性的二元标准、观念上的可分离性的两步测试法等。同普通实用艺术作品一样，建筑作品也兼具艺术性和功能性，但其也具有不同于普通实用艺术作品的特殊性。《美国 1990 年建筑作品著作权保护法》颁行之后，建筑作品成为单独的一个版权客体类型，建筑作品从实用物品和可分离性标准中解放出来。

软件保护的必要性毋庸置疑，软件的文字性要素即源代码和目标代码的可版权性没有什么争议，是否及在何种程度上对软件非文字要素赋予版权保护值得研究。这些非文字要素是软件除了代码本身以外的其他层面，例如结构、顺序和组织或者观感。非文字性要素是软件的重要组成部分，有必要对其进行保护。Whelan 案将软件的版权保护扩展到其整体结构、次序和组织，该案的判决有重大影响。用户界面是用户与计算机交流互动的方式和表现形式。尽管用户界面具有功能性，但其可版权性要素确实需要保护。角色是作者的一种创造，角色的原创性标准包括清晰描绘标准、“被讲述的故事”标准、可预见性标准等。对事实进行选择、协调与编排，调查，推测，分类，评价，预测所形成的作品都是事实性作品。在事实作品与汇编作品重合的场合，如果作者对事实的选择、协调或编排具备最低限度的创造性，其应当获得版权保护；仅仅是对事实的调查本身不能够使该事实具有可版权性；分类本身只是不受版权保护的思想，对特定分类方法的表达则可能具有可版权性；在事实之上添加的作者的评价因素所形成的产物，可能获得版权保护；多数法院认为对未来事实的预测本身可以享有版权保护。一般而言，作者的表达越充分，越



可能包含作者的个性因素，从而越可能具备原创性。所以，尽管标题是作者的创作成果，但仅仅是普通的、惯用的、没有表现出作者个性特征的或者处于公共领域的标题不能够获得版权保护。民间文学艺术作品因为受传统文化因素的影响而表现出诸多特殊属性，加之其他方面的一些原因，许多国家或地区的版权法并不保护民间文学艺术作品或者并不对民间文学艺术作品赋予特别的保护。虽然诸如版权法、商业秘密法、商标法和反不正当竞争法等传统知识产权制度都可以赋予民间文学艺术作品一定程度的保护，但民间文学的固有属性导致传统知识产权制度对民间文学艺术作品的适应性。例如，建立在个体作者基础之上的传统版权制度并不适合保护民间文学艺术作品。传统知识产权制度对保护民间文学艺术作品的不足呼唤民间文学艺术作品特殊保护制度的建立。

版权客体范围的不断扩张意味着公共领域的日益缩小，而文学艺术的进步和社会的发展需要足够的公共领域的存在作为未来创作的基础。版权客体范围的适当确定需要考虑公共领域的维护，诸如自由软件、开放源代码、知识共享等行动的采取已经在一定程度上增进了公共领域的范围。





## Abstract

Research on the subject matter of copyright is a fundamental study and a frontier issue. The system of subject matter of copyright is the cornerstone of the whole copyright system, and it is also the basis of the other copyright systems. Realization of the objective of the copyright system depends on an appropriate definition of the realm of the subject matter of copyright. Emergence of the new kinds of subject matter of copyright and the ongoing development of social economic conditions challenge the copyright system.

The definition of the realm of subject matter of copyright and ascertaining of the copyrightability of subject matter of copyright are two inseparable issues of the system of subject matter of copyright: the former is meaningless without the latter while the latter relies on the former. In other words, only when the subject matter of copyright meets the condition of copyrightability can it be protected by copyright act. Only for things in the realm of the subject is it necessary to talk about their copyrightability. Hence, study on the realm and the copyrightability of the subject matter of copyright are organic parts of the study on the system of sub-