

IP

知识产权专题研究书系

ZUOPIN YANYIQUAN YANJIU

作品演绎权研究

孙玉芸 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

—IP

知识产权专题研究书系

ZUOPIN YANYIQUAN YANJIU

作品演绎权研究

孙玉芸 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

作品演绎权研究 / 孙玉芸著. —北京: 知识产权出版社,
2014. 11

(知识产权专题研究书系)

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3153 - 0

I. ①作… II. ①孙… III. ①知识产权 - 研究 - 中国

IV. ①D923. 404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 267129 号

责任编辑: 刘 睿 刘 江

特约编辑: 王晓琳

责任校对: 韩秀天

责任出版: 刘译文

作品演绎权研究

Zuopin Yanyiquan Yanjiu

孙玉芸 著

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编: 100088

责编电话: 010 - 82000860 转 8113

责编邮箱: liurui@cnipr.com

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

发行传真: 010 - 82000893/82005070/82000270

印 刷: 保定市中华美凯印刷有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 17

版 次: 2014 年 11 月第一版

印 次: 2014 年 11 月第一次印刷

字 数: 208 千字

定 价: 42.00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3153 - 0

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

演绎权：著作权保护的挑战

（代 序）

著作权领域的作品有多重价值，包括固有价值 and 拓展价值。

以复制方式利用现有作品，其着重点在于作品的固有价值；以演绎方式利用现有作品，其着重点在于作品的拓展价值。例如，吴承恩创作的《西游记》，堪称中华古典小说中的瑰宝。当人们以复制方式印刷出版现代版《西游记》时，只能让其固有价值得以延伸。但是，当人们将《西游记》演绎成电视连续剧或者选取其中的一个章节拍摄成电影时，就拓展了它的文学艺术价值，不仅为人类增添更多的愉悦，而且引领人们对社会进行更深层次的思辨。

单纯从著作权理论角度看，演绎，毫无疑问是对现有作品的一种创作性利用。演绎者决定对某一作品进行演绎创作之前，首先应当弄清楚该作品受著作权保护的状况，然后再考虑是否应当与该作品作者或者著作权人取得联系，获得许可，最后才能决定是否对该作品进行演绎创作。倘若该作品已超过法律规定的保护期限，进入了公有领域，演绎者在不侵害该作品作者人身权的前提下，可以对该作品进行演绎创作。对于仍处于法律规定保护期内的作品，演绎者应当事先取得该作品著作权人许可，才能进行演绎创作。演绎者通过努力寻找仍然无法与著作权人取得联系的，应当将该作品以孤儿作品对待，按照

有关规定办理相关手续后进行演绎创作。

然而，从著作权实践角度看，某一件具体作品即使与他人先在创作的作品高度相似甚至相同，该在后作品的作者却可以各种各样的理由否认其创作的作品是对他人先在作品的演绎，而坚称是自己独立的创作，只是因为巧合而雷同或者相似而已。面对这种现象，在先作品的作者或者著作权人要想指控该在后作品的作者所创作的作品是以其现有作品为基础进行的演绎，其难度非常大。例如，2014年4月，我国台湾女作家琼瑶指控电视连续剧《宫锁连城》是对其电视剧《梅花烙》的抄袭剽窃（实际上应当是演绎），但《宫锁连城》编剧却矢口否认其抄袭剽窃（包括演绎），而是自己的独立创作，只不过在故事情节、主要人物及其关系、经典桥段等创作要素方面因巧合而雷同。在此纠纷中，琼瑶女士的维权之路必定十分艰难，因为改编式或者抄袭剽窃式演绎只是对原作中实质部分的利用，并不是原封不动的拿来，更何况被指控方以巧合而辩。

当然，在现实中，有些演绎是很容易判断的，例如，对现有作品进行翻译、点校、注释、整理、缩写或者扩充。

由此可见，理论上的演绎与现实中的演绎存在巨大的差距。由此导致著作权人依法享有的演绎权在具体实践中面临着巨大的挑战。孙玉芸博士为了寻找破解演绎权所遭遇的难题，早在攻读博士学位期间就进行资料的收集整理，梳理相关理论，剖析具体案例，探索突破路径。今天，她的研究成果《作品演绎权研究》终于抽芽吐蕊，呈现在您面前，我作为导师，深感欣慰。

《作品演绎权研究》，谨遵“发现问题—分析问题—解决问题”的研究思路，从演绎权的发展轨迹入手，提出演绎权扩张

问题，并对演绎权扩张的技术背景、历史进程、社会影响进行深入考察；以著作权理论为支撑，紧扣具体实践，分析演绎权扩张的正当性及其在司法实践中的体现；进而探讨演绎权扩张与版权公有领域之间的对立与冲突，反思演绎权扩张现象，提出限制演绎权扩张建议。全文脉络清晰，结构合理。针对演绎权的扩张问题，作者一方面从经济激励说、自然权利说、延迟作品公开说、节约交易成本说、公地悲剧说等角度肯定了演绎权扩张的必要性，并就司法实践中如何保护演绎权提出了具体方案；另一方面，从言论自由权、工具主义说、自然权利说、经济激励说等角度，作者也提出自己对演绎权过度扩张的担忧，指出演绎权的扩张应受到适当限制，版权法应为公众的自由演绎留下适当的发展空间，并建议从利益平衡原则出发，通过利益补偿法或分阶段保护法来完善演绎权制度。

以此为序，聊表喜悦之情！

曹新明

2014 年夏于武汉

目 录

绪论	(1)
一、本书的研究价值	(1)
二、国内外的理论研究现状	(4)
三、本书研究内容、主要观点和研究方法	(11)
第一章 演绎权的扩张	(19)
第一节 演绎权的否定——“版权只是复制权”	(19)
一、1709 年《英国安娜法》：作者没有演绎权	(20)
二、1790 年《美国联邦版权法》：《英国安娜法》的 追随者	(23)
三、早期版权法：演绎权为何被否定	(26)
第二节 演绎权的形成——“版权只是复制权”的例外	(28)
一、表演权：演绎权的过渡	(28)
二、翻译权、戏剧改编权：演绎权的雏形	(32)
三、传统版权法：演绎权是如何形成的？	(36)
第三节 演绎权的发展——“版权不只是复制权”	(38)
一、新技术的挑战：电子技术、数字技术的兴起	(39)
二、版权法的应对：演绎权的全面扩张	(42)
三、现代版权法：演绎权发展的影响	(48)
本章小结	(50)
第二章 演绎权的正当性	(52)
第一节 演绎权之经济激励说	(52)
一、版权扩张下的经济激励说：财产权是激励创作之必需 ...	(52)
二、经济激励说下的演绎权：保护作者演绎作品市场的 财产权	(54)

三、经济激励说对演绎权的论证：新经济市场的角度	(59)
第二节 演绎权之自然权利说	(63)
一、版权法上的自然权利说：劳动财产权说、个性说和 浪漫作者权说	(63)
二、劳动财产权说：演绎权是“劳动”扩大化理解后的 结果	(64)
三、个性说：演绎权是作品人格化后的产物	(66)
四、浪漫作者权说：演绎权是作者浪漫化后的需要	(70)
五、自然权利说对演绎权的解释：“天赋人权”的角度	(72)
第三节 演绎权之其他学说	(74)
一、延迟作品公开说	(74)
二、节约交易成本说	(76)
三、公地悲剧说	(77)
本章小结	(82)
第三章 演绎权与演绎作品	(85)
第一节 演绎权与演绎作品的原创性	(86)
一、演绎作品的原创性标准	(87)
二、为认定侵犯演绎权，非法演绎作品应具有原创性	(93)
三、原创性标准：演绎权保护中的一把双刃剑	(97)
第二节 演绎权与演绎作品的固定性	(101)
一、作品的固定性要求	(102)
二、演绎作品固定性的双重标准	(104)
三、演绎作品固定性的统一	(107)
第三节 非法演绎作品的法律保护	(114)
一、非法演绎作品的保护论与不保护论	(115)
二、非法演绎作品应获得版权保护	(118)
三、非法演绎作品上的双重版权	(121)
本章小结	(124)

第四章 演绎权的侵权认定	(127)
第一节 实质性相似测试法	(128)
一、作品载体的变化：侵犯演绎权还是复制权？	(128)
二、作品本身的变化：侵权还是不侵权？	(138)
第二节 市场测试法	(145)
一、演绎作品市场的界定	(146)
二、侵权与否的判断	(150)
第三节 精神利益测试法	(159)
一、演绎权与精神权利	(160)
二、“精神利益是否被损害”的判断	(164)
本章小结	(166)
第五章 演绎权与公有领域	(168)
第一节 演绎权与表达自由	(168)
一、版权保护与表达自由	(169)
二、演绎权与表达自由的冲突	(172)
第二节 演绎权与工具主义说	(180)
一、工具主义说	(180)
二、演绎权与工具主义说的冲突	(185)
第三节 演绎权与其他理论	(195)
一、经济激励说	(195)
二、自然权利说	(199)
本章小结	(201)
第六章 演绎权的限制	(203)
第一节 合理使用	(203)
一、合理使用判断之转换性目的：与演绎权的对立	(204)
二、合理使用判断之非商业性目的：与演绎权的一致	(207)
第二节 权利穷竭	(211)
一、版权法中的权利穷竭	(212)

二、演绎权与权利穷竭的适用	(215)
第三节 版权转移终止条款的演绎作品例外	(222)
一、演绎作品保护的两难：原作者与演绎作者的利益 冲突	(223)
二、版权转移的终止及例外：原作者与演绎作者的利益 平衡	(227)
三、演绎作品保护的双赢：分阶段保护	(233)
第四节 法定许可	(237)
一、法定许可下的利益平衡	(237)
二、法定许可对演绎权的适用	(239)
本章小结	(242)
结论	(243)
参考文献	(245)
后记	(259)

绪 论

一、本书的研究价值

演绎权的出现是版权制度扩张的产物。从版权法的历史变迁中，可以清晰地看到演绎权的发展脉络。演绎权的初步形成，约开始于 19 世纪中叶，以英、法两国达成保护作者翻译权的双边协议为标志。在此之前的长达 100 多年的版权法进程中，演绎权和演绎作品的概念几乎不存在。早期的版权法，无论是《英国安娜法》，还是美国的第一部《美国联邦版权法》，都以打击盗版为目的，只授予作者及其出版商印刷权和重印权。因此，对作品进行改编、翻译或将作品从一种形式转换为另一种形式并发行之，这并不构成侵权，作者无权控制他人对作品的二次创作，改编作品、翻译作品及其他在原作品基础上产生的作品，均与原作品一样，受到版权法的平等保护。但是，版权制度的扩张改变了这一切。随着传媒技术的发展及文化产业的兴起，对作品的改编行为逐渐流行，并催生出新的消费市场。代表作者一方的相关利益集团开始积极推动版权法的修订，要求法律除继续打击盗版之外，还应加大对以生产新作品为目的的改编行为的规制，确保作者在国际市场、电影市场等新兴市场的垄断，保护他们的经济利益。面对新技术的挑战，立法者逐渐改变了以往对翻译、改编的态度，倾向于认为限制他人对原作品的接触于社会更有利。版权法逐渐加强了作

者对作品的控制，翻译权、注释权、节选权、改编权等不断涌现，并最终形成一个庞大的权利族群，汇入演绎权体系，为各国立法和国际公约所认可。

演绎权的出现，也反过来作用于版权法，给版权制度的发展带来深刻影响。首先，从立法方面来看，演绎权彰显了私权神圣理念，强化了对二次创作的控制。自演绎权诞生之后，“任何对作品的利用活动都应为主宰”的版权扩张思想深入人心，版权法实现了从打击盗版（非生产性使用作品）到打击二次创作（生产性使用作品）的飞跃，作者的专有权范围不断扩大。就这一意义而言，对演绎权的认识过程，也就是对版权扩张的认识过程。其次，从司法方面来看，演绎权模糊了侵权界限，增加了版权侵权认定的困难。一方面，在演绎权的保护下，剽窃与原创越来越难以区分；另一方面，由于演绎权与复制权、精神权利等的交叉与重叠，演绎权的侵权认定也常易与这些权利发生混淆。什么是作品的实质性相似、如何把握演绎行为的法律性质，成为司法实践中又一复杂、棘手的难题。

演绎权在版权法中的地位及其影响，使得对其进行较为系统的梳理与分析非常必要。具体而言，研究演绎权的基本理论和实际操作，有以下重要意义：

第一，是合理界定版权法的权利范围、实现私人利益和公共利益平衡的需要。

版权法的保护界限在哪，这一直是版权法中的一个古老问题。事实上，存在于版权领域内的一切疑难制度，包括合理使用、思想与表达二分法及独创性理论等，其实都是在试图对这一问题进行解答。甚至，这一问题也经常逾越版权领域，而受

到包括商标、专利等其他知识产权制度的关注。然而，即使跳出版权制度框架，站在知识产权权利冲突的角度，人们也未能很好地解决这一问题。日本学者中山信弘曾指出：著作权法的权利范围不明确，使得社会上对作品的允许利用范围存有各种各样的“迷信”。演绎作品是作品中的一种特殊类型，它既不同于剽窃作品，也不同于原创作品。授予作者演绎权，要求演绎作品的创作须获得原作者的授权，这不可避免地使得本就模糊的版权保护范围更加模糊，一定程度上可能导致部分原创作品的创作也被纳入作者私权范畴。因此，对作者演绎权的保护，其实真正拷问的是版权制度的核心——版权法究竟要保护什么？研究演绎权的存在理论及其发展趋势，既是合理划分版权权利范围及公有领域的关键所在，也是抑制版权过度扩张，保护公共利益的需要。

第二，是正确理解演绎权扩张、解决演绎权侵权纠纷的需要。

作品的价值在于其艺术性，而版权制度的产生却因其财产利益而起。演绎作品具备作品的构成要件，但却因和原创作品的商业利用冲突而被置于原作者演绎权的控制之下。与版权人的其他财产权利相比，演绎权集中反映了版权法中的利益重叠与冲突，呈现法律界定的模糊性及实践保护的难操作性特点。司法实践中，面对作品演绎权的侵权纠纷，法院常常从复制权的角度去认定原作者的版权是否受到侵犯。特别地，当从复制权角度无法作出侵权与否的判断时，法院才开始真正考虑作者的演绎权是否受到侵害，且判决还经常相互冲突。演绎权在司法保护中的这一尴尬地位，与其在版权立法中的扩张趋势极不适应。随着计算机软件、视听作品、孤儿作品的大量涌现以及

私人使用现象的普遍，演绎权日益复杂并越来越令人困惑。新的时代及技术背景下，我们有必要正视原作品和演绎作品的关系，从竞争、市场利益等角度，还原演绎权的本来面目，探讨利益平衡下演绎权的存在价值及对公共领域的保护。对作品演绎权制度展开研究，这既是解决司法实践中日益增多的作品演绎权侵权纠纷的需要，也是进一步完善演绎权立法的需要。

二、国内外的理论研究现状

作品演绎权制度是一项较少为人关注的课题。在我国，对这一制度展开较为细致研究的是冯晓青学者的《演绎权之沿革及其理论思考》一文。该文着重探讨演绎权的扩张历程及其正当性，这也是我国极少数的专门论及这一主题的文章。除此之外，相关研究成果还有学者马秀荣、卢海君、黄汇以及郭斯伦等的著作，以上学者主要探讨演绎作品的构成要件及非法演绎作品的保护问题。其中，马秀荣学者的《非法演绎作品之著作权辨》一文较早提出了非法演绎作品是否应受到著作权法保护的问题；黄汇学者的《非法演绎作品保护模式论考》一文着重分析了非法演绎作品保护的各种模式及我国的选择；卢海君学者的《从美国的演绎作品版权保护看我国〈著作权法〉相关内容的修订》一文主要结合美国在演绎作品保护方面的立法与司法实践，分析了我国《著作权法》在该方面存在的问题及完善；郭斯伦学者的博士论文《演绎作品构成研究》着重从演绎作品应受版权保护的角度，深入分析了演绎作品的两大构成要件——原创性和利用性的内涵及其判断标准。

与国内现有研究成果相比，国外学者对作品演绎权方面的研究，由于有相关案例可供探讨，因此显得相对深入和丰富。

就当前来看,国外关于演绎权的研究成果主要如下。

1. 演绎作品的构成与法律保护研究

演绎作品的构成及保护,是所有关于演绎权的讨论中学者论述最多的问题。其研究内容主要集中在以下三个方面。

第一,探讨演绎作品的两大构成要件——原创性和固定性。其中,对于原创性,多数观点认为这是演绎作品的核心要件,并结合 Doran 案、Gracen 案等具体分析了原创性的基本含义。对于固定性,部分学者则从 Midway 案、Galoob 案等出发,认为固定性不是演绎作品受版权保护的必备要件。如:Stevens S. Boyd, *Deriving Originality in Derivative Works: Considering the Quantum of Originality Needed to Attain Copyright Protection in a Derivative Work*, 40 Santa Clara L. Rev. 325 (2000) (斯蒂文·博伊德:《演绎作品的原创性:演绎作品要获得版权保护,应具备多少原创性》); Tyler T. Ochoa, *Copyright, Derivative Works and Fixation: Is Galoob a Mirage, or does the Form (gen) of the Alleged Derivative Work Matter?* 20 Santa Clara Computer & High Tech. L. J. 991 (2004) (特勒·欧嘉:《版权、演绎作品和固定性:是否 Galoob 案就是 Mirage 案,或者是所谓的演绎作品形式在起作用》); Emilio B. Nicolas, *Why the Ninth Circuit Added Too Much to Subtract Add-on Software from the Scope of Derivative Works Under 17 U. S. C. § 106 (2): A Textual Argument*, 2004 Syracuse Sci. & Tech. L. Rep. 4 (2004) (伊米里奥·尼克拉斯:《为什么在认定加减软件是否是演绎作品时,第九巡回法院要求的比版权法更多》)。

第二,探讨演绎作品例外制度的成因及其适用。不少学者对美国版权法中的这一特殊制度进行了细致研究,充分肯定了

这一制度在版权转让终止后保证演绎作品不受原作者控制的重要意义,并结合 Mill 案、Ahlert 案、Abend 案分析了相关法律条文的真正含义及其正确适用。如: Rob Sanders, *The Second Circuit Denies Music Publishers the Benefits of the Derivative Work Exception: Fred Ahlert Music Corp. V. Warner/Chappell Music, Inc.*, 29 Sw. U. L. Rev. 655 (2000) (罗伯·桑德斯:《第二巡回法院否定了音乐出版商通过演绎作品例外条款所获得的利益: Ahlert 案》); Peter J. Settle, *Underlying Copyright Renewal and Derivative Works: Abend v. MCA, Inc.*, 863 F. 2d 1465 (9th Cir. 1988), 58 U. Cin. L. Rev. 1069 (1990) (彼得·赛特:《版权续展条款的基础及演绎作品: Abend 案》); Virginia E. Lohmann, *The Errant Evolution of Termination of Transfer Rights and the Derivative Works Exception*, 48 Ohio St. L. J. 897 (1987) (维吉尼亚·罗曼:《转移权终止与演绎作品例外的不当演变》)。

第三,探讨数字时代演绎作品的发展及一些新兴的演绎作品类型。从数字技术的发展将可能对演绎作品的保护带来的影响出发,部分学者分析了新技术背景下改革原演绎作品制度的必要性。针对演绎作品的一些特殊类型,如计算机软件,学者也对其原创性要求、侵权认定标准及未来的发展态势等作出了新的分析,并提出了一些法律适用建议。如: Natalie Heine-man, *Computer Software Derivative Works: The Calm before the Storm*, 8 J. High Tech. L. 235 (2008) (娜塔莉·海曼:《演绎作品之计算机软件:暴风雨前的宁静》); Gerald O. Sweeney Jr. & John T. Williams, *Mortal Kombat: The Impact of Digital Technology on the Rights of Studios and Actors to Images and Derivative*

Works, 3 Minn. Intell. Prop. Rev. 95 (2002) (吉拉德·斯维尼等:《魔鬼帝国:数字技术给影音作品和演绎作品带来的影响》)。

2. 演绎权的扩张与侵权问题研究

演绎权的扩张是近年来各国版权法发展的一个共同现象,不少学者对这一现象表示了极大关注。其中,部分学者专门以美国1870年、1909年和1976年版权法为考察对象,系统对比和分析了不同时期下法律对演绎权的态度及变化,力图揭示演绎权发展的概貌。而另一些学者则对演绎权的扩张理由作了多角度分析,并表达了未来演绎权应进一步扩张的意见及相关立法建议。如:Patrick W. Ogilvy, *Frozen in Time? New Technologies, Fixation, and the Derivative Work Right*, 3 Vand. J. Ent. & Tech. L. 687 (2006) (帕奇克·欧吉威:《及时冻结?新技术、固定性和演绎权》); Michael Abramowicz, *A Theory of Copyright's Derivative Right and Related Doctrines*, 90 Minn. L. Rev. 317 (2005) (迈克尔·埃博拉姆维茨:《演绎权理论和相关学说》); Michael Wurzer, *Infringement of the Exclusive Right to Prepare Derivative Works: Reducing Uncertainty*, 73 Minn. L. Rev. 1521 (1989) (迈克尔·伍泽:《演绎权的侵犯:减少不确定性》)。演绎权的扩张也给版权侵权认定带来不少麻烦。面对司法中法院在演绎权侵权判决方面的混乱状态,部分学者首先对Mirage案、Lee案等相关案例进行了细致考察,在较为全面地分析了演绎权的实际保护现状及其成因后,着重对演绎权侵权中的一些疑难问题,如演绎权侵权的不确定性、演绎权与复制权及精神权利的关系、判断侵权的实质性相似标准、演绎权保护中的利益冲突等作了较为深入的研究,为解决演绎权侵权