



ENTERTAINMENT LAW

娱乐法

(第二版)

宋海燕 著

商務印書館
The Commercial Press

娱乐法

(第二版)

宋海燕 著

 商务印书馆
The Commercial Press

2018年·北京

图书在版编目(CIP)数据

娱乐法/宋海燕著.—2版.—北京:商务印书馆,2018
ISBN 978-7-100-15950-0

I. ①娱… II. ①宋… III. ①文化事业—法律—中国
IV. ①D922.16

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 047196 号

权利保留,侵权必究。

娱乐法

第二版

宋海燕 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

北京市艺辉印刷有限公司印刷

ISBN 978-7-100-15950-0

2018年5月第1版 开本 880×1230 1/32

2018年5月北京第1次印刷 印张 14 1/2

定价:68.00元

第二版序言

距《娱乐法》第一版仅三年，第二版就如此快速面世。虽始料未及，也实为形势所致。

促成第二版快速面世的因素主要有二，而这也正是该版的亮点所在。其一，近年来中国娱乐法案例呈井喷之势。中国娱乐产业近期发展迅猛，涉及经济利益数额惊人，整个市场活跃而浮躁，诸种因素导致娱乐产业中的法律纠纷频发。我记得三年前撰写《娱乐法》第一版时，颇为遗憾的是在相关法律领域，中国尚缺乏相关法律法规、纠纷或案例判决，故只能退而求其次，转而援引域外法律及案例加以诠释。岂料短短几年，几乎在每个法律领域，都可轻易找到国内娱乐产业相关的诉讼纠纷及案例判决。故此，第二版中的亮点之一便是增加了上述中国娱乐法相关案例，并力求每一法律要点都有相应的中国案例及域外案例（美国、英国、欧盟成员国等）相佐证。

第二版的亮点之二是增加了“游戏产业”一章（第十章）。2016年全球游戏产业的总收益为996亿美元，远超过电影产业的总收益（380亿美元）。而中国2016年的游戏总收益就高达244亿美元，超过了美国的游戏总收益额235亿美元，占据了全球四分之一的游戏收益份额。无论读者对游戏本身持何种态度，如此庞大的产业经济却是无法忽略的。故此，第二版专辟一章，分别从游戏产业的历史渊源、游戏产业的知识产权保护（专利、商标、著作权）以及游戏产业的其他法律前

沿问题(如游戏中的个人形象权、游戏的虚拟财产性质等)探讨游戏产业所面临的各种法律问题。

在对本书第二版介绍之余,再说几句题外话。

本人近两年参加各种科技、媒体、娱乐领域的论坛发言,与会者经常谈及以下两个饶有趣味的话题:一是技术与内容的融合,一是人工智能。鉴于两者与本书所谈到的出版、影视、音乐及游戏等娱乐产业都密切相关,故在此就多聊几句。

就第一个话题“技术与内容的融合”而言,争论的焦点在于——新技术的发展是否会颠覆目前内容产业的现状?对此,多数的影视内容公司并未将新技术的发展视为威胁,毕竟在过去几个世纪中,新技术的发展从未停歇过。仅从电影行业来看,从十九世纪末片长仅为几分钟的黑白默片,到上世纪中叶的彩色有声长片,到近十年 3D-IMAX 影片的兴起,乃至 2016 年李安导演执导的《比利·林恩的中场战事》中所使用的 3D、4K、120 帧的突破影史的新技术——上述种种新技术的产生事实上并未能颠覆美国六大电影公司掌控好莱坞的现状。同样,在出版及音乐领域,无论是纸质书到电子书籍、有声书籍的过渡,还是留声机到磁带、CD、iTunes 的发展,似乎也未能改变六大出版社或是六大唱片公司统霸全球市场近一个世纪的格局。因此,不少的老牌内容公司似乎依旧未将新技术的挑战放在眼里。在他们看来,新技术会带来新机遇,但远远谈不上对其产业地位的颠覆。

然而,来自卡耐基梅隆大学的两位学者史密斯(Michael D. Smith)与特朗(Rahul Telang)教授在其新书《流播放、分享、偷窃》(*Streaming, Sharing, Stealing*, 2016)却提出了一个很有意思的观点——“完美风暴”,即将当今新技术对内容产业的挑战与 1991 年美国东北部的“完美风暴”相媲美,认为当互联网技术、移动技术及超级

计算能力综合在一起,形成一个“完美风暴”时,此时新技术所造成的风暴效果就会远超过内容产业以往的经验所能应付的挑战。

1991年美国万圣节期间东北部所遭受的风暴,原本是一股来自加拿大的寒流,后经大西洋亚热带气旋影响转换成了热带风暴,最后在东行期间碰上另一股气旋最终演变成破坏力极强的飓风。因美国的气象学专家并未给这个风暴命名,故该风暴迄今为止仍被称为“完美风暴”(Perfect Storm)。(该风暴后被改编成小说《完美风暴》及同名电影——中译名为《惊涛骇浪》)。卡耐基梅隆大学的两位教授以1991年美国东北部的“完美风暴”来比喻今天新技术对内容产业的冲击及影响。他们的观点是:目前对内容产业的冲击不仅来自一个风暴(单个技术),而是若干股风暴(譬如互联网、超计算能力、移动化消费模式)的同时冲击。这种完美风暴所造成的影响远非以往的经验所能应对。

具体而言,新技术的发展会彻底改变甚至颠覆内容巨头们对其上游的艺人乃至下游的宣传、发行以及消费渠道的控制。在传统的产业模式中,内容产业的寡头们既控制着位于产业链上游的创作者,又同时掌控着位于下游的宣传、发行以及消费渠道。譬如位于上游的作家只能找出版社出版书籍;编剧只能为影视公司撰写剧本;而演员、歌手、主持人也只能通过与影视公司、唱片公司、电视台签约而获得出场机会。同样,位于下游的消费者也只能通过有限的宣传模式(如报纸上刊登的书评、影评;亲朋好友之间的口碑相传)了解内容的优劣,并通过有限的发行模式消费内容——大家不妨回忆一下那些曾经为了一首歌而不得不购买一整张光盘(或磁带)以及每晚八点半乖乖坐在电视机前收看喜爱的电视节目的日子。

然而,新技术的发展却彻底改变了这种产业链的商业模式。首先,互联网及移动技术的产生使得位于产业链上游的创作者首次获得

了直接面对消费者的机会。这几年颇受瞩目的影视大剧《甄嬛传》《琅琊榜》从严格意义上讲都属于网络文学。而网络文学的兴起(受益于互联网与移动技术)使作者跳过了传统的出版环节,直接面对读者,从而获得更多的商机。又如,目前颇有争议的“网红主持人”也并非由传统的电视台所聘请的主持人。就技术手段而言,一部可上网的智能手机就可使一个“主持人”直接面对线下的若干观众。另一方面,位于产业链下游的宣传、发行及消费模式也同样受到了新技术所带来的冲击。譬如,搜索引擎以及社交媒体的出现就极大增加了消费者获得信息的渠道。这种新的“口碑相传”甚至有可能干预到原有的发行模式。电影《夏洛特烦恼》就受益于“自来水军”的口碑相传,使得院线将其排期从原先的11%调整到30%,最终成功完成了影片票房的逆袭。因此,当几种新技术——互联网技术、移动技术、大数据、超级计算能力——组合成一个“完美风暴”,从而改变了位于产业链上游的艺人生存方式,改变了下游的宣传、发行、消费模式,改变了消费者获得信息的渠道时,新技术是否确实会威胁到内容产业的地位呢?对此,笔者也没有现成的答案。但是至少,这是一个接下来几年大家应该关注思考的问题。

第二个谈论至多的话题则是人工智能(AI, Artificial Intelligence)。自谷歌 DeepMind 名下的人工智能阿尔法狗(AlphaGo)在围棋领域大败人类;微软联手荷兰莫瑞泰斯博物馆等机构,借助人工智能对现存的伦勃朗三百多幅画作进行分析模拟,最终创作出一幅可以假乱真的画作《下一个伦勃朗》(*The Next Rembrandt*);IBM 名下的人工智能沃森(Watson)在观摩了上百部恐怖片后,制作出一部长达六分钟的电影预告片《摩根》(*Morgan*),人工智能就成为我们这个时代不可避免的话题。

在当今科学界对人工智能的讨论中,主要存在以下三种观点(马克思·泰哥马克著,《生命 3.0:处于人工智能时代的人类》(Max Tegmark, *Life 3.0: Being Human in the Age of Artificial Intelligence*, 2017):第一种观点以谷歌公司的创始人拉里·佩奇(Larry Page)为代表,可称为“数字乌托邦”(Digital Utopia),其主要观点为:数字化生活及人工智能是宇宙进化(注意:这里所说并非“人类进化”)的自然阶段。人类应促成人工智能的发展,而不是试图遏制或囚禁这种智慧的存在。第二种观点则更为审慎,更为主流,其意识到人工智能对人类生存的潜在威胁,因此在倡导人工智能方面更为谨慎,并致力于创建“可与人类兼容的人工智能”(human-compatible AI)的研究,希望未来与人类智慧媲美甚至超越人类智慧的超级人工智能(superintelligence)能够拥有与人类同样的目标及价值观。持这种观点的代表人物包括加州伯克利大学斯图特·罗素教授(Stuart Russel),麻省理工学院马克思·泰哥马克教授(Max Tegmark),特斯拉汽车创始人伊隆·马斯克(Elon Musk)以及微软创始人比尔·盖茨(Bill Gates)等。第三种观点则与第一种观点相似,同样不担忧人工智能对人类生存的威胁,却源于完全不同的理由。持这种观点的科学家认为可超越人类智慧并对人类生存产生威胁的人工智能在几百年之内都不会出现,因此现在的恐慌大可不必。曾任百度人工智能首席科学家的吴恩达(Andrew Ng)就曾经这样评论过,“担心杀人机器人的存在,就好像担心人类会在火星过度殖民从而导致火星人口爆炸一样”。

撇开科学家们对人工智能发展的不同预测及观点,即使在笔者所处的法律界及知识产权领域,人工智能也同样引发了各种争议及讨论。譬如,版权界的争论之一为“人工智能所创作的内容是否属于受著作权保护的作品”。法律界人士对此多持否定观点,尽管其所依据

的理由及根据不同。

第一种反对以版权法来保护人工智能生成的内容的观点认为:人工智能所产生的内容缺乏著作权法定义下“作品”所必需的“独创性”,因为人工智能毕竟是机器,其生成内容的过程无非是“应用算法、规则和模板的结果”,因此其生成的内容远称不上“作品”,故而彻底否定了人工智能存在“创造力”的可能性。笔者对此并不认同。事实上,近三年的科学报告已经充分证明了人工智能除了具有远超过人类的记忆力(memory)、计算能力(computing)之外,还拥有“学习能力”(machine learning)。人工智能的这种学习能力主要借助于类似于人脑的“深度神经网络”(deep neural network)以及“深度加强学习”(deep reinforcement learning,类似于我们所熟悉的“题海战术”)所实现。早在2014年,英国DeepMind公司(阿尔法狗的发明者,后被谷歌公司收购)所研发的人工智能,就在完全不了解雅达利公司的游戏《打砖块》(Break Out)的游戏规则,甚至对该款游戏中所出现的操作板、滚动球、墙、砖块毫无概念的情形下,只依靠着最为简单的目标指令(即“目标为积累更多的分数”),从开始毫无章法的乱碰乱撞,到逐渐意识到如何使用操作板接球以获得更多分数,乃至最后发现只要对准游戏屏幕左上角的砖块连续打出一个洞,就可增加球撞击砖块的数量,从而获得最高分数的结论。该人工智能从第一次接触这款游戏到彻底攻破它,只花了短短240分钟(4个小时)的时间。此次试验结果甚至震惊了DeepMind公司内部的研发人员,因为即便这些研发人员在此之前也从未意识到该游戏的左上角砖块竟然是突破这个游戏的关键!

由此可见,那些主张“人工智能没有学习能力或创造力,其产生的作品缺乏独创性”的观点其实是严重低估了人工智能学习与创作的能力与潜力。更多关于人工智能“认知力”(perception)及“创造力”(cre-

ativity)的讨论,可参考谷歌人工智能科学家亚佳斯于2016年在TED的主题演讲“计算机是如何学习创作的?”(Blaise Aguera Y. Arcas, *How Computers Are Learning to Be Creative?* 2016TED)即使目前所出现的人工智能只有“局部领域的智能”(narrow intelligence),譬如只拥有下棋、画画、写诗、作曲、翻译或驾驶汽车的单一智能,但跟人类一样具有“普遍智能”(general intelligence)或“人类智能”(human-level intelligence)、甚至超越人类智能的超级人工智能(superintelligence)却无疑是可实现的。这,只是一个时间问题。

另一种反对将人工智能产生的作品纳入著作权保护的观点则更为直白。鉴于包括著作权法在内的知识产权法的宗旨是促进与鼓励“人类智慧的成果”,那么人工智能即使拥有媲美人类甚至超过人类的超级智慧,但因其主体不属于“碳基生命”的人类,因此其产生的作品也不属于著作权法定义下的作品范畴。对此,笔者是认同的。既然整个法律制度都是由人类所建立、用以调节人类关系的制度,那么即使我们在法律体系的构建中有意识地排斥其他物种(无论是动物或是人工智能),似乎也无可厚非。

当然,人工智能对法律界乃至人类的挑战还有万千,但这已远非此篇序言所能覆盖。故暂且搁笔,期待新技术及可与人类兼容的人工智能的发展,能为人类带来更美好的未来。

最后,笔者要感谢洛杉矶洛约拉法学院的学生王默、牟垚、刘理凡、张可霖,Angele He, Diana Martinez 及访问学者李喜蕊对本书第二版所做出的贡献。

宋海燕

2017年初秋,洛杉矶

第一版自序

年前，应商务印书馆盛邀，提笔撰写《娱乐法》一书。

中国电影票房收入近年来爆炸式的增长、影视公司大手笔的海外收购、互联网产业跨界内容制作的万丈雄心——如此种种似乎都意味着中国娱乐产业黄金时代的到来。一时间，“娱乐法”一词荣登热门词汇榜，而娱乐法律师也开始自成一系。

那么，究竟何谓“娱乐法”？其实，娱乐法并非一门单独的法律学科，而是融合了合同法、著作权法、商标法、侵权责任法、劳动法，甚至破产法的跨部门的调整娱乐行业商业行为的法律规范的总和。作为世界上最成熟发达的娱乐产业鼻祖，以好莱坞为代表的美国娱乐产业覆盖了电影、电视、数字媒体、音乐、出版、软件游戏等多项产业。由于娱乐产业所涉及的法律问题有其特殊性，为适时反映该产业的法律需求，美国不少法学院（包括作者所任教的法学院）也专门开设了“娱乐法”课程。

与娱乐产业最为相关的法律领域首推知识产权法律制度，尤其是著作权法。毕竟娱乐产业的核心资产——如小说、剧本、影视作品、音乐作品、游戏软件等无形资产正是著作权保护的对象。同时，娱乐产业的从业人员也多被著作权法视为“作者及其他权利人”的作家、编剧、导演、作曲、摄影、演员等。因此，本书讲述的重点之一即为知识产权法在娱乐产业的具体应用。

本书作者在美国洛杉矶 Loyola 法学院担任法学教授之前，曾任美国迪士尼公司亚太区资深法律顾问，有幸近距离接触美国好莱坞的商业模式，并亲自解决各种法律相关问题。本书通过对美国好莱坞百

年发展的回顾，结合中美两国的法律与实践，精选娱乐产业的经典案例若干，向中国读者推出一部基于美国好莱坞娱乐产业模式相关的行为规范，简称为“娱乐法”。本书第一章为美国好莱坞电影产业的发展史及行业玩家的简略介绍；第二章至第五章分别从著作权、商标权、人格权及合同法等角度系统阐述娱乐产业所涉及的法律问题；第六章至第九章则围绕电影及电视两大产业，阐述影视剧本的获取、电影融资、电视真人秀节目的法律保护及影视产业的基本经济学概念等。第十章摘录了活跃在中美影视圈的朋友们对于该行业的前景展望。最后，附录中收集了娱乐产业常用的部分格式合同及行业术语，以供读者学习参考之用。

作为一名学者、律师及通俗文学的爱好者，如何将法律题材的书籍写得通俗易懂、深入浅出，一直是作者努力尝试的目标。毕竟《娱乐法》一书应有“娱乐大众”的觉悟与精神。期望书中的案例精选能够让本书的阅读略添趣味。

作者首先要感谢商务印书馆王兰萍编审的大力支持。与王编审合作经年，她的信任与支持是敦促作者耕耘文字的动力之一。商务印书馆许月竹深厚的法律功底与严谨的校对工作为本书的内容与文采增色不少。作者同时要感谢本校法学硕士专业(LLM)毕业的学生张然、何谢晨与徐天然。他们三位在本书的撰写过程中从事了大量的文献研究与翻译工作，可算是较早接触美国娱乐法的中国留学生了。同时要感谢的还包括为本书第十章采访录贡献段落的业界朋友，以及许超先生，他为本书提供了十分有价值的建议和指导。最后，向所有包容、关爱、支持我的家人及朋友致谢！

书中疏漏、谬误之处，还请读者海涵指正。

是为序。

宋海燕

2014年夏，意大利博洛尼亚

目 录

第二版序言	1
第一版自序	1
第一章 美国的好莱坞产业	1
第一节 好莱坞的发迹史	1
一、犹太移民创建的电影王国(1900—1920)	1
二、大制片电影公司的黄金时代(1920—1940)	5
三、行业工会的发展	6
四、娱乐媒体集团的并购潮	7
第二节 好莱坞的玩家们	9
一、经纪代理	10
二、个人经理人	12
三、买家：美国六大电影公司及独立制片公司	13
四、娱乐法律师	16
五、行业协会	17
第二章 娱乐产业的著作权	19
第一节 著作权的客体	20
一、作品的要求	20
二、思想与表达	24

2 娱乐法 (第二版)

三、作品的种类	33
第二节 著作权的权利内容	35
一、人身权(精神权利)	35
二、财产权(经济权利)	44
三、邻接权(Neighboring Rights, Related Rights)	60
四、从娱乐产业的角度看著作权的分类	66
第三节 著作权的所有人	68
一、著作权归属的一般原则	69
二、演绎作品的著作权归属	69
三、合作作品的著作权归属	69
四、电影作品(视听作品)的著作权归属	73
五、职务作品的著作权归属	78
六、委托作品的权属规定	82
第四节 著作权的保护期限	85
一、人身权(精神权利)的保护期限	85
二、经济权的保护期限	86
第五节 著作权的限制	87
一、合理使用(Fair Use)	88
二、法定许可(Compulsory License)	112
三、公有领域(Public Domain)	113
四、孤儿作品(Orphan Works)	116
五、知识共享(Creative Commons)	117
第六节 故事角色与造型	120
一、外观视觉造型(Visual Character)	120
二、故事角色造型(Story Character)	121
三、如何判断受著作权保护的造型	122
四、如何处理故事角色与造型	127

第三章 娱乐产业的商标权	129
第一节 商标权综述	130
一、商标的构成要素	130
二、几种特殊商标	130
三、商标的注册性	137
第二节 商标专用权的限制	145
一、商标的合理使用	145
二、商标的戏仿(Trademark Parody)——言论自由	150
三、比较广告(Comparative Advertising)	153
第三节 驰名商标	155
一、驰名商标的认定标准	156
二、驰名商标的保护范围	157
第四节 影视作品中的商标使用	160
一、植入广告(Product Placement)	161
二、商标淡化(Dilution)——影片的“雷区”	163
三、影视作品片名的商标保护	168
第五节 角色商品与商品化权	173
一、角色商品(Character Merchandise)	174
二、商品化权(Merchandise Right)	175
第四章 娱乐产业的人格权	181
第一节 隐私权	182
一、隐私权综述	182
二、擅自公开个人隐私	183
三、擅自侵入私人领域	187
四、错误曝光	193

4 娱乐法 (第二版)

五、新闻媒体的言论自由	194
第二节 诽谤(名誉权)	197
一、诽谤(侵犯名誉权)概述	198
二、诽谤侵权的抗辩	201
三、诽谤侵权与新闻言论自由之间的平衡	202
第三节 个人形象权	208
一、美国对个人形象权的保护	209
二、中国对于个人形象权的保护	212
三、个人形象权与言论自由之间的平衡	214
第四节 电影公司的防范自守则	219
一、豁免书(Release Form)	219
二、剧本过关报告(Script Clearance Report)	220
三、警示牌	221
第五节 信息网络时代对个人隐私权的保护	221
一、欧洲:谷歌诉西班牙数据保护局(<i>Google v. AEPD</i>): “被遗忘权”	222
二、中国:信息网络时代对人身权益的保护	225
第五章 如何保护作品的创意	232
第一节 以合同保护创意	234
一、明示合同(Express Contract)	234
二、默示合同(Implied Contract)	236
第二节 电影公司的相应对策	239
一、拒绝接受“未经邀请主动提供的创意”(unsolicited ideas)	239
二、由经纪代理出面提交	239
三、提交协议(Submission Agreement)	240

第六章 如何取得影视作品的剧本	241
第一节 购买已有的文学作品	241
一、期权协议(Option Agreement)	242
二、期权协议的主要条款	243
第二节 聘请作家创作剧本	259
第七章 电视真人秀节目	261
第一节 电视真人秀节目之概述	261
一、真人秀节目之定义	261
二、真人秀节目的历史发展	264
第二节 电视节目模式的法律保护	268
一、何谓“电视节目模式”	268
二、电视节目模式的法律保护	271
三、节目模式权利人的自我保护措施	278
第八章 电影产业的融资	280
第一节 电影融资概述	281
第二节 美国六大电影公司的融资模式	282
一、自产自销(Studio-Financing)	283
二、“制作-融资-发行”模式 (Production-Financing-Distribution Deal)	283
三、合拍(Co-Productions)	284
第三节 独立制片公司的融资模式	285
一、海外预售融资(Pre-sales)	285
二、银行贷款(Bank Loans)	287
三、完片担保(Completion Guarantee)	288