

# 著作权法中作品独创性的作品类型逻辑

王国柱\*

**摘要:**作品类型与作品独创性之间存在内在关联。作品类型是作品独创性的类型化呈现方式,作品独创性是生成作品类型的决定性因素。作品类型为阐明作品独创性提供必要场景,作品类型为描述作品独创性提供适格路径,是独创性抽象叙事的相对具体化。开放的作品类型体系是作品独创性逻辑延伸的结果,作品类型体系的开放性是作品独创性“主体性”特质和“创造性”特质的要求。法律示例的作品类型是作品独创性判定的辅助条件,示例的作品类型可以提示作品独创性判定的方向,提供差异化的独创性判定思路。应当以合乎作品独创性的展开逻辑为原则、以优化具体要素的配置为手段来改进著作权法中作品类型的示例方式。法律未示例的作品是作品独创性判定的适格对象。在适用“符合作品特征的其他智力成果”兜底条款时应当厘清未示例作品与示例作品类型之间的关系,以作品独创性判定的内在逻辑引领兜底条款的适用,以作品的领域限定要件作为作品独创性判定的前提,对“作品特征”进行全面考察。

**关键词:**作品独创性 作品类型 开放式兜底条款 作品构成要件 未示例作品

## 一、问题的提出

独创性是著作权法中作品的核心构成要件,是判断特定对象是否属于著作权客体的关键因素。关于作品独创性的基本内容,立法文件并未阐明,对作品独创性作出判定是司法裁判的任务。对作品独创性应当进行多要素综合判定:(1)作品是作者独立创作完成的;(2)独创性的基础是蕴含在思想表达中的人格要素;(3)作品必须来自作者的创造性活动。<sup>①</sup>作品独创性与著作权法的诸多范畴存在着关联,其中,显性的制度性关联主要体现在以下方面:(1)作品独创性关系到作者的身份,2020年修正的《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)第11条第2款

\* 吉林大学理论法学研究中心、吉林大学法学院教授

基金项目:国家社会科学基金资助项目(19BFX157)

① 参见吴汉东:《知识产权法》,法律出版社2021年版,第153页。

规定：“创作作品的自然人是作者”。《中华人民共和国著作权法实施条例》(以下简称《著作权法实施条例》)第3条进一步规定：“著作权法所称创作，是指直接产生文学、艺术和科学作品的智力活动。为他人创作进行组织工作，提供咨询意见、物质条件，或者进行其他辅助工作，均不视为创作。”可见，作品是“创作”的产物，只有进行“创作”的主体才是作者。(2)作品独创性关系到著作权与邻接权的区分，有无独创性是区分著作权客体(作品)与邻接权客体(表演活动、广播信号、录音录像、版式设计等)的首要标准。<sup>①</sup>(3)作品独创性关系到作品类型的制度设计和功能实现，作品独创性的类型化是作品类型化的基础，作品类型能够为作品独创性的判定提供指引。

作品类型是指以某种标准对作品进行分类所形成的结果。2020年修正的《著作权法》第3条较为集中地对作品类型作出示例，具体包括：(1)文字作品；(2)口述作品；(3)音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品；(4)美术、建筑作品；(5)摄影作品；(6)视听作品；(7)工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品；(8)计算机软件；(9)符合作品特征的其他智力成果。上述作品类型大体上是按照作品的创作方式划分的。事实上，按照不同的分类标准，著作权法上的作品类型可以呈现多种形态，并不以2020年修正的《著作权法》第3条示例的作品类型为限。<sup>②</sup>特定的类型化标准通常服务于特定的类型化目的。2020年修正的《著作权法》第3条示例的作品类型主要是服务于可版权性判定；第13条规定的“改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的”演绎作品、第15条规定的汇编作品、第17条规定的视听作品既可以服务于可版权性判定，又可以用于确定著作权归属；第14条规定的合作作品、第18条规定的职务作品、第19条规定的委托作品则主要是服务于确定著作权归属的目的，与可版权性判定不相关。在作品类型的诸多语境中，可以服务于作品可版权性判定的作品类型与作品独创性相关联。

关于作品独创性的作品类型逻辑，以往的研究没有对作品类型的生成原因给予足够的关注，尚未充分揭示作品独创性对作品类型的决定作用，这在一定程度上引发了关于2020年修正的《著作权法》究竟应当采取“作品类型法定”<sup>③</sup>模式还是“作品类型开放”<sup>④</sup>模式的争论。在2020年修正的《著作权法》已经确立“作品类型开放”模式的背景下，进一步揭示作品独创性的作品类型逻辑，有助于厘清作品独创性与作品类型在作品可版权性判定中的功能定位，更好地发挥作品类型的示例作用，准确适用“符合作品特征的其他智力成果”这一开放式兜底条款。鉴于此，笔者拟从作品类型和开放式作品类型体系的生成原因、示例作品类型和未示例作品的功能等方面入手，对作品独创性的作品类型逻辑进行探索。

<sup>①</sup> 参见王国柱：《邻接权客体判断标准论》，《法律科学》(西北政法大学学报)2018年第5期。

<sup>②</sup> 参见孙山：《新类型作品著作权保护的现实选择——〈著作权法〉第三条中“其他作品”的解释适用》，《电子知识产权》2020年第7期。也有学者认为：“依据创作的原因关系，我国著作权法把作品分为个人作品、合作作品、委托作品、职务作品和法人作品。所谓的原因关系是指作品产生的依据和原因。上述的分类实际上就是依据智力投入者和财力投入者的组合情况而对作品进行的分类。”许辉猛：《论委托作品条款的适用范围——以非独立创作的作品类型为视角》，《河南财经政法大学学报》2012年第5期。

<sup>③</sup> 参见王迁：《论作品类型法定——兼评“音乐喷泉案”》，《法学评论》2019年第3期。

<sup>④</sup> 参见卢海君：《“作品类型法定原则”批判》，《社会科学》2020年第9期。

## 二、作品类型作为作品独创性的类型化呈现方式

### (一) 作品独创性是生成作品类型的决定性因素

#### 1. 独创性体现了作者对作品的作用力

从作品的客体属性上看,独创性是作者的主体性价值在作品这一客体上的体现,作品之所以成为著作权的客体并获得著作权法的保护,最基础的原因在于作者的智力劳动成果以“独创性表达”的形式凝结在作品之中。权利客体是主体利益的具体化,利益的具体化就是权利客体的具体分类。也可以说,权利客体是主体的自由意志和利益的交汇点。<sup>①</sup> 作品作为“独创性表达”承载着作者最为关切的利益,不同类型的作品体现了作者不同形式的利益。从作者的创作活动上看,作者的创作活动是在自主意志的支配下,结合自身的能力,使用必要的方式进行的。作者的创作活动具有“自主性”的特点。作者只有在意志自由的情形下才能进行创作,由此形成的“独创性表达”自然也是作者自由意志的外化。“独创性表达”的表现形式源于作者的“自主性”,尽管我们可以从观察者的角度对作者的“独创性表达”进行类型化描述,概括出“文字作品”“美术作品”“视听作品”等不同作品类型,但作者的自主性创作活动是对作品进行类型化描述的基础。形形色色的作品类型只是观察者对作者自主性创作活动的客观记录,任何试图从外在于作者的角度对作品类型进行“建构”的意图都是无法实现的,也是荒谬的。这种现象并非仅在著作权法领域存在,它反映了“类型”的一般规律。“我们无法随意建构类型……类型便是那些已存在于立法者与法律形成之前的事物。立法者的任务便是去描述各种类型。”<sup>②</sup> 进一步讲,对于作者的创作活动而言,立法者所描述的作品类型甚至无法发挥指引、示范的作用。作者只要贯彻自己的创作意图、遵循相应领域的创作规律就可以形成“独创性表达”,只要该“独创性表达”属于“文学、艺术和科学领域”“能以一定形式表现”就没有理由否定其作品属性。至于该“独创性表达”被描述为何种作品类型,只关乎观察者的认知。无论观察者最终将该“独创性表达”描述为何种作品类型,该作品类型都是由作者创造的,都是受权利主体支配的。从这个意义上讲,独创性是第一性的,作品类型是第二性的。

#### 2. 独创性体现了创作方式对作品类型的塑造

作品独创性中的“创”通常被解读为个性,即作者通过作品展现出自己独特的思想、情感。作者采用何种创作方式来表达思想和情感,决定着表达的形态和效果。创作方式服务于创作意图和创作内容,作者作为创作主体当然享有运用创作方式的自由。作者在进行创作时会根据需要运用适合的创作方式,具有较强创新意识和创新能力的作者并不满足于运用已知的创作方式,而是探索新的创作方式,包括在原有的创作门类中寻找新的表现方式、在不同艺术门类之间进行交叉融合、运用新兴技术手段进行创作等。一方面,创作方式可以为作者表现其个性化的思想、情感提供支撑,某些创作方式的运用本身就可能属于“独创性表达”;另一方面,创作方式的运用有助于形成表现手段的类型化,进而推动新的作品类型的形成,如运用声光电手段创作的视听作品

<sup>①</sup> 参见方新军:《权利客体的概念及层次》,《法学研究》2010年第2期。

<sup>②</sup> [德]亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,台湾地区新学林出版股份有限公司1999年版,第111页。

相对于运用文字形式创作的文字作品就属于新的作品类型。作品的创作方式能够充分展现作品的特征,创作方式存在明显差异的作品比较容易被区分。因此,创作方式特别适合作为作品类型的区分标准,2020年修正的《著作权法》第3条所示例的作品类型就采用创作方式作为主要的分类标准。创作方式是作者为了实现其表达需求而创造或选取的,创作方式的运用是在作品独创性内在逻辑展开的驱动下进行的,作者是创作方式的创造者和运用者,独创性是创作方式的灵魂。创作方式的创造和运用不仅促成了现阶段人们习以为常的作品类型,也会在未来推动形成新的作品类型。“同样的艺术创作成果,可以通过多种介质予以表现。舞谱可以通过舞者进行演绎,也可以通过喷泉、烟花、灯光等形式进行表现。就此而言,艺术创作及其表现形式之间并不存在泾渭分明的界限,而且,艺术创作的未来趋势必定是跨界与融合。”<sup>①</sup>因此,从作品创作方式的角度考察,作品类型是独创性逻辑展开的必然结果。

### 3. 独创性体现了不同专业领域对作品类型的塑造

根据2020年修正的《著作权法》第3条的规定,作品存在于“文学、艺术和科学领域”之中,“领域限定要件”的主要作用是将功能性和实用性排除在作品独创性之外,使著作权法上的作品区别于专利法上的发明创造。不同的领域为作品独创性提供了差异化的展开路径,作品独创性在文学、艺术和科学领域内呈现出不同的特征,专业领域成为作品独创性塑造作品类型的重要方式。例如,艺术领域的作品重在以审美的方式展现独创性,而科学领域的作品重在通过对特定元素的选择和安排来展现独创性。如果继续对文学、艺术和科学领域进行细分,独创性的呈现方式将更加具有差异性。2020年修正的《著作权法》第3条所示例的作品类型体系基本上按照文学、艺术和科学领域之下的细分领域展开。从作品形成的角度看,文学、艺术和科学领域(包括细分领域)的生成基础是作者的创作活动,专业领域是在梳理创作活动的共性和差异性的基础上形成的,是对大量特定作品的独创性进行抽象的结果,某一专业领域的作品独创性具有区别于其他领域作品独创性的类型化特征。但是,专业领域作品的类型化特征无法替代单一特定作品的独创性,专业领域作品的类型化特征可以在单一特定作品的独创性判定中发挥引导作用。不同专业领域所展现出的作品独创性特征源于作品的创作者。对“独创性表达”的类型化梳理和呈现是创作实践不断积累的必然结果,新的专业领域的“独创性表达”一定会出现,某些专业领域的创作则可能萎缩甚至消失,这些变化都取决于人的创作实践的发展。

#### (二)作品类型是独创性抽象叙事的相对具体化

##### 1. 作品类型为阐明作品独创性提供必要场景

独创性不仅是作品最为抽象的构成要素,也是著作权法中最为抽象的概念,较为常见的解释方式是从“独”和“创”两个角度入手,揭示独创性所蕴含的“作品来源于本人”和“作品体现出创造性”两层含义。上述两层含义揭示了独创性的“主体性”特征,结合文学、艺术和科学领域的特点,也可以从作者的个性等角度对“主体性”进行阐释。但是,作者的个性等标准本身就具有抽象性,如果将抽象的标准直接应用于独创性判定等实践场域,难免会产生独创性判断标准“空洞化”的问题。为了有效发挥独创性的功能,提高独创性判定的可预见性和可接受性,有必要为作品独创性的阐释提供相对具体的、可以重复呈现的场景,类型化的阐释路径恰好契合了这一需求。

首先,作品类型能够为阐明作品独创性提供直观的场景。有学者认为,造成独创性判断标准

<sup>①</sup> 卢海君:《“作品类型法定原则”批判》,《社会科学》2020年第9期。

“空洞化”的原因是“把保护著作权的哲学基础与作品独创性的判断标准混为一谈,把‘作者个性的体现’等较为形而上的哲学话语作为具体的判断标准加以运用”。<sup>①</sup> 值得庆幸的是,“当人们借助抽象—普遍的概念及其逻辑体系都不足以清晰明白地把握某生活现象或者某种意义脉络时,首先想到的是求助于‘类型化(Typen)’的思维方式”。<sup>②</sup> 人们之所以青睐类型化,是因为“类型永远比抽象地被定义的概念在内容上来得较为丰富,较为有思想,较为有意义,较为直观”。<sup>③</sup> 与作品独创性所具有的抽象性不同,作品类型可以向人们传递相对直观的信息,便于人们借助美术作品、建筑作品、图形作品等作品类型对独创性进行阐释。

其次,作品类型能够为阐明作品独创性提供可重复再现的场景。“由于类型不要求其内涵与所指称客体的特征完全符合,它尽可能多地保留了事物的个别特征,所以类型较之抽象概念更接近于生活事实,同时又与具体的、个别的社会现象保持距离,从而使其具有相对的确性。”<sup>④</sup> 引入类型化分析方法之后,“独创性表达(作品)—独创性表达的类型化(作品类型)—特定的独创性表达(特定作品)”这一结构在观念领域和实践领域都得以确立。尽管作品独创性的抽象叙事给人们带来的困惑将在很大程度上被作品类型提供的具体特征、具体方式所消除,但作品类型提供的场景相对于某一特定作品而言仍然具有相对的抽象性,这使得作品类型能够为阐释作品独创性提供相对确定的、可重复再现的场景。

最后,作品类型能够为阐明作品独创性提供差异化的场景。作品类型展现了作品独创性的差异化存在方式,如“一个科学作品和一个艺术作品的分别,即一个是理智的事实,一个是直觉的事实”。<sup>⑤</sup> 科学作品和艺术作品所体现的独创性差异能够以类型化的方式被描述、被人们接受,由此形成关于这两类作品独创性判定的经验。

## 2. 作品类型为描述作品独创性提供适格的考察路径

类型是一种介于抽象与具体之间的中间状态,有学者对类型的典型特征进行了以下精到的揭示:(1)类型的边界具有不确定性,(2)类型具有鲜明的层次性,(3)类型集合中的各元素之间具有流动性和灵活性。<sup>⑥</sup> 类型的上述特征在作品类型上得到了充分体现。

首先,作品类型为描述作品独创性提供了多角度考察的路径。2020年修正的《著作权法》第3条所示例的9种作品类型表明,不同作品类型之间的界限并非泾渭分明,同一作品可以归属于两种以上的作品类型,这使得人们可以从不同作品类型的角度联合观察同一作品。例如,音乐、戏剧或舞蹈作品中的一部分(而不是全部)与文字作品是相重叠的。戏剧、舞蹈作品在录制技术发展起来之前仅能以文字作品的形式出现,在录制技术发展起来之后,仍有很大一部分戏剧、舞蹈作品表现为文字作品。多数国家的著作权法和《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》之所以把文

<sup>①</sup> 谢晴川:《论独创性判断标准“空洞化”问题的破解——以科技类图形作品为切入点》,《学术论坛》2019年第5期。

<sup>②</sup> [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(全本·第六版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第577页。

<sup>③</sup> [德]亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,台湾地区新学林出版股份有限公司1999年版,第113~115页。

<sup>④</sup> 李可:《类型思维及其法学方法论意义——以传统抽象思维作为参照》,载南京师范大学法学院《金陵法律评论》编辑部编:《金陵法律评论》(2003年秋季卷),法律出版社2003年版,第112页。

<sup>⑤</sup> [意]克罗齐:《美学原理》,朱光潜译,商务印书馆2012年版,第3页。

<sup>⑥</sup> 参见张斌峰、陈西茜:《试论类型化思维及其法律适用价值》,《政法论丛》2017年第3期。

字作品与戏剧、舞蹈作品分别开列出来,主要是考虑到它们的最终创作目的不同,文字作品主要是为人们阅读而创作的,戏剧、舞蹈作品则是为演出而创作的。<sup>①</sup>又如,计算机软件是2020年修正的《著作权法》第3条示例的作品类型之一,根据《计算机软件保护条例》第2条和第3条的规定,计算机软件是指计算机程序及其有关文档。所谓文档,是指用来描述程序的内容、组成、设计、功能规格、开发情况、测试结果及其使用方法的文字资料和图表等,如程序设计说明书、流程图、用户手册等。从法律法规的规定来看,计算机软件作品与文字作品存在着交叉。不仅如此,作为计算机程序表现形式的源代码和目标代码与传统文字作品在构成要素方面具有同构性,按照普通文字作品的著作权保护模式对软件进行著作权保护成为各国的普遍选择。<sup>②</sup>文字、戏剧、舞蹈、计算机软件能够成为著作权法保护的作品的根本原因是它们具有独创性,具有相同或相似外观表现的“独创性表达”可能因为创作目的、使用方式等方面的差异而被划分为不同类型,加之分类标准的多元化,最终被立法所示例的作品类型会呈现出边界的不确定性。这种不确定性是独创性丰富内涵的自然流露,对于从多角度考察作品独创性是有益的。

其次,作品类型为描述作品独创性提供了多层次纵深考察的路径。2020年修正的《著作权法》第3条示例的作品类型都是对作品进行一定程度抽象的结果,充分展现了类型的层次性特征。例如,2020年修正的《著作权法》第3条第(8)项示例的美术作品包含了绘画、书法、雕塑等更为具体的艺术形式,这些具体的艺术形式仍然具有继续细分的空间。以绘画为例,以国土为标准,绘画可以分为中国画与西洋画;以题材为标准,中国画有山水、人物、花卉、翎毛四大类,西洋画有人物、风景、静物等种类;以工具为标准,中国画可以分为墨画和彩画,西洋画可以分为铅笔画、色铅笔画、擦笔画等。<sup>③</sup>可见,美术作品具有“向下”分解的层次空间。当然,美术作品也可以“向上”进行抽象,我们可以将美术作品、音乐作品、舞蹈作品等作品类型概括为艺术作品,进而区别于图形作品、模型作品的上位类型——科学作品。作品类型的层次性能够为阐释独创性提供纵深空间。

最后,作品类型为描述作品独创性提供了多领域协同考察的路径。作品类型集合中各元素之间具有流动性和灵活性,如视听作品的创作会涉及音乐、美术等多领域元素的应用。不同领域元素的交叉融合能够为作品独创性提供新的生成方式和阐释路径。总之,作品类型的特质契合了作品独创性的内在要求,能够为描述作品独创性提供适格路径。

### 三、开放的作品类型体系作为作品独创性逻辑延伸的结果

#### (一)作品类型体系的开放性是作品独创性“主体性”特质的要求

“人的主体性是人作为活动主体的质的规定性,是在与客体相互作用中得到发展的人的自觉、自主、能动和创造的特性。”<sup>④</sup>“主体”用来指称人这种特殊存在者,“主体性”是使人成为主体

<sup>①</sup> 参见郑成思:《版权法》(上),中国人民大学出版社2009年版,第105~111页。

<sup>②</sup> 参见卢海君:《版权客体论》,知识产权出版社2014年第2版,第295页。

<sup>③</sup> 参见丰子恺:《认识绘画:丰子恺绘画十六讲》,北京日报出版社2017年版,第12~15页。

<sup>④</sup> 郭湛:《主体性哲学——人的存在及其意义》,中国人民大学出版社2011年修订版,第23页。

的特殊能力。<sup>①</sup> 作品独创性的“主体性”特质是指作品独创性反映了作者的主体性,作品独创性体现了作者的意志、能力和作用。“主体性的重要表现是自主性、目的性,从主体出发,努力使客体为主体服务。”<sup>②</sup>由此观之,独创性是寓于作品(客体)之中反映作者(主体)内在要求的因素。作品独创性的“主体性”特质通过以下途径作用于作品类型,进而使得作品类型体系呈现出开放性特征。

### 1. 作者的创作活动具有能动性

人类具有自觉、主动认识世界和改造世界的能力。创作活动也是作者运用主观能动性进行的实践活动,如艺术创作的主体与客观世界处于审美关系之中,并以形象的形式来能动地进行审美创造。<sup>③</sup> 作品是作者发挥主观能动性进行创作的结果,作品类型是对作者创作成果的概括性描述。尽管作者的创作活动会受到作品体裁、创作手法等客观因素的影响,但在符合客观规律的情况下,作者的主观能动性具有改造创作条件和创作方式的能力。原有的作品类型可以为作者所用,但不会成为作者创作活动的束缚。当作者的精神主体与实践主体、主观世界与客观世界相互冲突乃至对抗时,作者的主体性往往更能得到充分的体现,<sup>④</sup>作者会根据创作实践的需要创造出新的作品类型。

### 2. 作者的创作活动具有自主性

创作活动是作者在自主意识支配下进行的实践活动,作者自主决定其思想、情感的表达方式,这是作品独创性内涵中“独立创作”要素得以存在的根本原因,也是形成个性化表达的前提。“承认个性在文章创作中的分量,就肯定了作者在文艺创作中的自主性和独立性,就把文章视作了人性的自然抒发和流露,就是对人性最大的尊重。”<sup>⑤</sup>作者创作活动的自主性既表现为选择作品类型的自由,也包括整合、创造作品类型的自由。已有的作品类型体系不会成为作者创作活动的边界,作者的创作活动受到作者创作意图等自由意志的驱使,只要物质技术条件允许,作者有可能运用任何可控的技术手段表达自己的思想、情感。无论是传统的技艺,还是声光电等技术手段,抑或是数字技术都可以为作者所用。在此基础上形成的思想、情感表达完全可能具有独创性,但该“独创性表达”以何种类型呈现就存在多种可能性,不排除作者创设新的表达形态,此种新的表达形态虽然不属于法律确认的成熟的作品类型,但并不影响作者的自主创作以及形成独创性的表达。

### 3. 作者的创作活动具有独特性

创作是一种源自于作者本人的个性化活动,个性化的表达反映了作者特有的思想、情感。著作权法承认具有个性的表达属于“独创性表达”,也就是肯定作者内在思想、情感的价值。具有独特性的创作活动不仅能够产生“独创性表达”,而且为作品类型的创新提供了可能性。尤其是在作者追求与众不同、独树一帜表达效果的情况下,整合传统的作品类型、创造新的作品形态就可能成为“独创性表达”的实现方式。

① 参见郭晶:《“主体性”的当代合理性:马克思的主体性思想研究》,中国社会科学出版社2015年版,第57页。

② 王玉樑:《论主体性的基本内涵与特点》,《天府新论》1995年第6期。

③ 参见杨太:《论艺术创作中的主体能动性及其实现》,《辽宁大学学报》(哲学社会科学版)2005年第6期。

④ 参见李天恩:《试论创作的个体性与社会性的关系》,《中州学刊》2000年第2期。

⑤ 余俊:《中国著作权观念与标识性范畴的形成》,《当代法学》2023年第4期。

#### 4. 作者的创作活动具有多样性

创作活动是人类社会频繁发生的实践活动,不同创作主体又具有不同的个性特征,创作活动必然呈现出丰富多样的特点,作品的形态也必然具有无限的丰富性。随着技术的发展,可供使用的创作手段增多,创作活动的多样性特征更加突出。运用类型化的方法可以对丰富多样的创作活动的成果——作品——进行分类,但是,典型的作品类型无法涵盖无限丰富的作品形态,必然有非典型作品形态游离于典型作品类型之外。随着出现频率的提高,这些非典型的作品形态具有转化为典型作品类型的可能性,同时,随着创作活动的不断发生,非典型的作品形态仍然会不断出现。作者创作活动多样性带来的必然结果恰好契合了类型化的固有特征,因为“归类思维最大限度地社会事实的本来面目展示给人们,在其中,繁多性、重叠性、关联性、交叉现象得以尽情生长”。<sup>①</sup>可见,创作活动的能动性、自主性、独特性和多样性等“主体性”特征对作品类型体系的开放性具有天然的需求。

聚焦于作品独创性的“主体性”特质,我们不难发现“作品类型法定”的逻辑缺陷。作品类型是对作者“独创性表达”的描述,作品类型源于作者,无论法律是否对典型的作品类型进行示例,都不影响作品类型的存在。如果立法者采用“作品类型法定”的方式将特定的作品类型纳入著作权法的保护范围,并将法律法规没有确认的作品类型排除在著作权法的保护范围之外,将造成对作者某些创作活动的“否定”,这种“否定”显然是不合理的。因为此类创作活动体现了作者的“主体性”,如果作者的创作成果不欠缺“创造性”,就没有理由对该成果的独创性进行否定。退一步讲,即使允许著作权法选择性地保护某些类型的作品,也很难找到清晰的标准,因为类型之间本来就没有绝对清晰的界限,类型的内在要素也处于流动和变化之中,不应强行将某些与典型作品类型外观不同的作品排除在著作权法的保护范围之外。

#### (二)作品类型体系的开放性是作品独创性“创造性”特质的要求

作品独创性的“创造性”特质是作者“主体性”特质的进一步延伸,在分析作品独创性时,创造性是一个需要进行单独考察的因素。在著作权法上,创造性通常意味着个性、贡献、差异等表现形式,是作者的表达获得著作权法保护的必备条件。创造性的获得需要多种因素支撑,其中最为重要的是作者的想象力。“想象力是基于人的灵肉二重属性基础上的一种特殊的能力”,<sup>②</sup>是一种具有创造性的认识能力。在艺术领域,“艺术原创力,突出表现为艺术想象力”。<sup>③</sup>“在科学研究中,想象力是创造力的源泉。”<sup>④</sup>想象力有强弱之分,拥有丰富想象力的作者更容易创作出优秀的作品,但只要是具有创造性的表达,就必然有想象力的支撑。如果认为作品“独创性表达”的背后存在着一种源于人的能力,那么这种能力非想象力莫属。想象力引领的作品创作活动,可以使作品在创作内容、创作方式、创作题材等方面体现出创造性。

现有的典型作品类型具有相当大的容纳能力,能够为作者提供创作空间,使其在创作内容、方式、题材等方面充分发挥想象力。但是,想象力不会有边界,创作活动也不会只局限于典型作

<sup>①</sup> 李可:《类型思维及其法学方法论意义——以传统抽象思维作为参照》,载南京师范大学法学院《金陵法律评论》编辑部编:《金陵法律评论》(2003年秋季卷),法律出版社2003年版,第112页。

<sup>②</sup> 车轶:《论想象力在康德批判体系中的贯通作用》,《哲学研究》2016年第9期。

<sup>③</sup> 熊立、姜耕玉:《艺术创造的心灵:想象力与理解力》,《艺术百家》2017年第2期。

<sup>④</sup> 王鸿生:《科学研究中的想象力、洞察力和理解力》,《科学技术哲学研究》2012年第1期。



品所示现的空间之内。作品创作活动中至少存在两个较为活跃的因素:(1)具有想象力和创造力的作者,(2)随着技术的发展不断丰富的创作手段。上述两个因素的结合不仅会促进内容创新,也会加快题材创新的步伐,进而促进新的作品类型的出现。

新作品类型的出现,在文学、艺术等领域意味着新门类的诞生,在著作权法领域意味着作品独创性有了新的表现方式和判定指引。从著作权法所示例的作品类型来看,摄影作品、视听作品、计算机软件作品等作品类型的出现就是对文字作品、音乐作品、美术作品等传统作品类型的超越。在此过程中,以划时代的技术进步为背景,富有创造力的作者运用创新性的创作手段,开创了作品创作的新空间。当今时代,数字技术和网络技术为作品创作提供了更为丰富的场景和手段,进一步激发了作者的想象力,为新作品形态的产生创造了条件,如果新作品形态出现的频率较高,该形态就有可能成为著作权法示例的作品类型。可以预见,以作者想象力作为原动力的作品类型创新将会一直进行下去,著作权法也会一如既往地记录作品类型从少到多、从成因单一到成因复杂的发展轨迹。而“作品类型法定”的观念和做法有悖于作品独创性的“创造性”特质。理由如下:

### 1. “作品类型法定”不适当地为人类的想象力设置了“边界”

“作品类型法定”意味着由法律、行政法规对可以受到著作权法保护的作品类型进行明确规定,<sup>①</sup>法律、行政法规没有明确规定的作品类型不属于著作权法保护的作品类型,由此导致立法上的作品类型体系具有封闭性。尽管存在“法律、行政法规规定的其他作品”之类的兜底条款,但是“法律、行政法规规定”的兜底方式并不具备进行开放解释的空间,本质上仍属于法定的、封闭式规定。在实践中,作品类型体系的封闭性导致新作品形态无法获得著作权法的确认。与此同时,作品类型的法定化和作品类型体系的封闭化使得“作品类型”在作品可版权性判定中具有了实质构成要件的地位,作品类型的适格性俨然成为与独创性并列的要件,具备独创性但不属于适格作品类型的表达无法成为著作权法保护的作品。这种法律适用结果违背了“作品类型由作品独创性决定”的固有逻辑,也使得由想象力驱动的开放式创造受到外力的强制性限定,最终导致具有独创性的智力成果无法受到著作权法保护的不合理结果。如果裁判者试图保护其认为具有独创性但不属于“法定”作品类型的作品,可以在两个方向“强行突破”:(1)对“法律、行政法规规定的其他作品”进行开放解释,(2)将拟保护的对象尽力解释为某种“法定”作品类型。<sup>②</sup>但是,对封闭式兜底条款进行开放解释并没有法律依据,将特定对象尽力解释为某种典型作品可能引发关于论证合理性的质疑。

### 2. “作品类型法定”混淆了“人类智力创造”和“法律制度创设”两种不同的社会现象

<sup>①</sup> 2010年修正的《中华人民共和国著作权法》第3条第(1)项至第(9)项对著作权法上的作品进行了列举,其中,第(9)项规定的内容是“法律、行政法规规定的其他作品”。

<sup>②</sup> 在“杭州西湖风景名胜区湖滨管理处等与北京中科水景科技有限公司著作权纠纷案”中,一审法院认为,《中华人民共和国著作权法》规定的具体作品类型中,并无音乐喷泉作品或音乐喷泉编曲作品这种作品类别,但这种作品本身确实具有独创性,涉案“喷泉在特定音乐配合而形成的喷射表演效果”应当作为“法律、行政法规规定的其他作品”进行保护。但是,二审人民法院认为,在目前尚无法律、行政法规明确增加了其他具体作品类型的情况下,在司法裁判中适用“法律、行政法规规定的其他作品”条款是立法明确排除的。二审人民法院同时认为,应当突破一般认知下静态的、持久固定的造型艺术作为美术作品,将涉案音乐喷泉喷射效果的呈现认定为美术作品。参见北京知识产权法院(2017)京73民终1404号民事判决书。

作者的创作活动能够产出智力成果,为社会增加精神财富,是一种对社会有益的活动。正如物质生产能够为社会增加物质财富,而不会增加社会负担一样,作品创作、新作品类型的创造也不会增加社会的负担。相比之下,著作权法上的“权利法定”作为一种“法律制度创设”,却呈现出另外一种状态。“权利法定”包括“权利种类法定”和“权利内容法定”,意在强调著作权人有权禁止他人未经许可对其作品实施某种行为,是一种对著作权人进行赋权的制度安排。如果放任权利人专有权利边界的扩张而不加以限定,将侵害作品使用者乃至社会公众的利益。因此,赋权是有成本的,如何实现合理赋权是一种利益平衡的艺术,“权利法定”也是一种利益平衡的技术。可见,作为“人类智力创造”的作品类型与作为“法律制度创设”的“权利法定”具有不同的属性,两者的法律意义也不同。“新类型作品的产生源自于作者本人的努力,作品类型的增加有别于著作权类型和内容的增加,不会产生新的注意义务而加重社会公众的负担,没理由不受到法律的肯定性评价。”<sup>①</sup>因此,保持作品类型体系的开放性是著作权法的明智选择。

#### 四、法律示例的作品类型作为作品独创性判定的辅助条件

2020年修正的《著作权法》第3条将“符合作品特征的其他智力成果”确立为兜底条款,在立法上确认了作品类型体系的开放性,这种做法符合作品独创性决定作品类型及作品类型体系的内在规律。在开放的作品类型体系之下,2020年修正的《著作权法》对作品类型的列举不再具有法定意味,其属性应当是“示例”,即举出代表性的例子。<sup>②</sup>以示例的方式对作品类型进行规定是国际条约和各国著作权立法的惯常做法。例如,《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》第2条第1款规定:“‘文学和艺术作品’一词包括文学、科学和艺术领域内的一切成果,不论其表现形式或方式如何,诸如……”。<sup>③</sup>《德国著作权法》第2条第1款规定:“受保护的文学、科学、艺术著作尤其指:(1)语言著作……”。<sup>④</sup>《美国版权法》第102条规定:“以任何现在已知的或者以后出现的物质表达方式……固定的独创性作品,依本篇受版权保护。作品包括以下各类……”。<sup>⑤</sup>条约和法律文本中使用的“诸如”“尤其指”“现在已知的或者以后出现的”等表述方式清晰地表明了立法者的“示例”意图,也表明法律所示例的作品类型体系具有开放性。法律所示例的作品类型既是作品独创性逻辑的自然展开,也是作品独创性判定的辅助条件。

##### (一)著作权法示例的作品类型应符合的标准

著作权法对作品类型进行示例的目的在于实现特定的制度功能,而非单纯向公众展示作品

<sup>①</sup> 孙山:《新类型作品著作权保护的现实选择——〈著作权法〉第三条中“其他作品”的解释适用》,《电子知识产权》2020年第7期。

<sup>②</sup> 本文所论述的作品类型示例,主要是指2020年修正的《中华人民共和国著作权法》第3条对作品类型的示例以及《中华人民共和国著作权法实施条例》第4条对示例作品类型含义的解释。在特定情况下,也包括2020年修正的《中华人民共和国著作权法》第13条规定的演绎作品、第15条规定的汇编作品等兼具服务于可版权性判定和确定著作权归属双重功能的作品类型。

<sup>③</sup> 中国人民大学知识产权教学与研究中心、中国人民大学知识产权学院编:《知识产权国际条约集成》,清华大学出版社2011年版,第20页。

<sup>④</sup> 《十二国著作权法》翻译组译:《十二国著作权法》,清华大学出版社2011年版,第147页。

<sup>⑤</sup> 《十二国著作权法》翻译组译:《十二国著作权法》,清华大学出版社2011年版,第723页。

形态。2020年修正的《著作权法》第3条对作品类型进行示例的主要目的是服务于作品可版权性的判定,即为了服务于作品独创性的判定。从作品独创性判定的角度考察,某一作品形态只有符合一定的标准才能成为著作权法示例的作品类型。

1. 该作品形态在实践中出现的频率较高

作品形态的频繁呈现意味着从事此类作品创作的主体已经多元化,作品的创作和传播甚至体现出行业特征,对此类作品的独创性进行判定不再是单一主体的偶然需求,而是一种社会需求。

2. 对该作品形态进行独创性判定的成功概率较高

在个案中,裁判者不可避免地要对某一作品形态的独创性进行判定,在没有先例可供参考的情况下,不同的裁判者可能在考察要点、论证思路等方面体现出差异,但如果此种作品形态在不同案件中被频繁地认定为属于具有独创性的表达,那么此种作品形态在独创性方面的“成熟度”较高,初步具备了类型化的实践基础。

3. 该作品形态具有可以被清晰描述的特征

有学者结合《著作权法实施条例》第4条的规定,认为我国著作权法在规规定作品类型时主要考虑了3项特征,即表达形式、用途(或意图)和创作手段。例如,文字作品、舞蹈作品、美术作品等以表达形式为依据,音乐作品、戏剧作品则以用途为标准,摄影作品、视听作品则强调了创作的技术手段。<sup>①</sup> 作品形态的特征是作品独创性的表现方式,也是判定作品独创性的切入点,如果某一种作品形态形成稳定的特征,该作品形态的“独创性表达”就具有了典型性。

4. 该作品形态能够在一定时期内持续存在

作品形态只有具备生命力,才能不断被创作者运用,昙花一现的作品形态不具有示例价值。符合文化发展规律、适应技术进步潮流的作品形态通常具有持久的生命力,将其作为示例的作品类型进行规定符合著作权法激励创新的立法宗旨。

5. 该作品形态无法显而易见地归入著作权法已经示例的作品类型

所谓“显而易见地归入”是指裁判者在面对新的作品形态时无须通过创造性思维就可以将该作品形态认定为一种或者多种已经示例的作品类型。例如,网络游戏从整体上看具有自身的特点,似乎属于新的作品形态,但如果可以将网络游戏的独创性要素归入美术作品、文字作品、视听作品等著作权法已经示例的作品类型之中,就没有必要对“网络游戏作品”进行单独示例。相反,如果某种新的作品形态具有不同于著作权法已示例作品类型的特征,裁判者需要花费相当大的论证成本才有可能将其解释为已示例的作品类型,而且论证的逻辑未必具有足够的说服力,此时就应当认定此种作品形态无法显而易见地归入著作权法已经示例的作品类型。

(二)著作权法示例的作品类型的功能

著作权法示例的作品类型作为作品独创性判定辅助条件,其功能主要表现在以下两个方面:

1. 提示作品独创性判定的方向

著作权法所示例的作品类型能够在抽象的独创性概念与纷繁的具体表达之间建立关联,通过对具体表达与示例的作品类型进行匹配的方式为独创性的判定提示可能的方向,使作品独创性判定可以沿着较为成熟的进路展开,为获得确定的、可信的判定结论提供便利。此种功能在

<sup>①</sup> 参见梁志文:《作品类型法定缓和化的理据与路径》,《中外法学》2021年第3期。

“刘辉与华风雅图(深圳)文化传播有限公司著作权权属、侵权纠纷案”<sup>①</sup>中得到了充分的体现。关于涉案合成图片是否形成了新的作品,该案二审人民法院认为,判断涉案合成图片是否形成新的作品以及形成何种作品,应根据该合成作品的创作方式、创作结果等因素进行审查判断。二审人民法院将上述判定因素与涉案合成图片有可能归入的作品类型相结合,对可能归入的作品类型进行逐一考察,并认为:涉案合成图片的创作方式并未在已有作品上形成以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的新的美术作品;虽然作者对已有作品作了细微更改,但是更改内容与原作品不存在可以被客观识别的显著差异,未对原表达加以发展形成新表达,不属于改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的演绎作品;虽然作者在部分图片中添加了中国古诗词等文字,但选择和编排空间有限,独创性低,该合成图片亦不属于对其内容的选择或者编排体现独创性的汇编作品,涉案合成图片没有形成新的作品。尽管人民法院审理该案适用的是2010年修订的《著作权法》,作品类型仍然“法定”、作品类型体系尚未“开放”,但法官以作品类型检索的方式提示作品独创性判定方向的做法符合作品类型示例的内在规律,值得肯定。

## 2. 提供差异化的独创性判定思路

作品独创性在不同的作品类型之上体现出不同的特征,抽象意义上的“独立创作”和“创造性”至少要具体到作品类型的层次才能够被描述和判断,人们往往使用“有”“无”标准来判断作品独创性,或者使用“高”“低”标准来判断作品独创性中的“创造性”,但“有”“无”标准或“高”“低”标准只有与具体的作品类型相结合才有意义,离开具体的作品类型谈“有”“无”或者“高”“低”都是无的放矢。著作权法示例的作品类型提供了判定作品类型的成熟经验和基本规律,“通常,文学艺术作品的创作性标准较高,在具体人物关系情节设计、矛盾和冲突等方面的相同就可能丧失独创性。实用艺术作品与科学作品受制于现实需要,创作的可能空间在整体上有限,在独创性方面的平均要求比较低”。<sup>②</sup> 审美在作品独创性判定中具有重要作用,但作品类型不同,审美意义的实现程度也有差异,在艺术作品之上,审美意义得到“不言自明”的实现;在建筑作品等“兼具”艺术性和实用性的作品类型之上,审美意义得到“不可或缺”的实现;在科学作品之上,审美意义得到“可有可无”的实现。<sup>③</sup> 可见,法律示例的作品类型为作品独创性提供的差异化判定思路具备合理性和实用性。

对于作品独创性判定而言,著作权法所示例的作品类型只是辅助条件,不是前提性条件或基础性条件,更无法成为作品可版权性判定的独立要素。但是,实践中仍然存在着对示例作品类型功能的认识误区。例如,在“王晓泉、王纪芳等与乐清市王十朋纪念馆等著作权权属、侵权纠纷案”<sup>④</sup>中,一审人民法院认为,原告主张《王十朋全集》系汇编作品并享有著作权,但《王十朋全集》在内容的选择或者编排上不具有独创性,不构成新的汇编作品,原告主张《王十朋全集》系汇编作品并享有著作权的依据不足,人民法院不予支持。而原告的全部诉讼请求的依据系三原告享有《王十朋全集》的汇编作品著作权,故原告的诉讼请求没有事实和法律依据,人民法院不予支持。

<sup>①</sup> 参见广东省深圳市中级人民法院(2020)粤03民终10642-10657号民事判决书。

<sup>②</sup> 付继存:《著作权法的价值构造研究》,知识产权出版社2019年版,第160页。

<sup>③</sup> 参见王国柱:《著作权法中作品独创性的审美逻辑》,《法学研究》2023年第3期。

<sup>④</sup> 参见浙江省乐清市人民法院(2016)浙0382民初7139号民事判决书、浙江省温州市中级人民法院(2018)浙03民终1520号民事判决书。

人民法院同时认为,原告主张《王十朋全集》系演绎作品及对《王十朋全集》中部分内容享有单独的著作权,可由原告另行主张。一审人民法院审理该案的思路是“原告主张汇编作品的著作权——法院判定该作品不属于汇编作品——法院驳回原告诉讼请求,不再主动从其他角度对作品独创性作出判定”。二审人民法院纠正了一审人民法院的裁判逻辑,并合理地指出,确定作品类型虽然有助于确定案件审理方向和比对重点,但并非原告主张权利的前提条件,与确定著作权人请求权基础属于两个不同的法律概念。一审人民法院以确定作品类型作为审理的前提和权利基础,在原告按照法院释明确定作品类型后驳回原告诉讼请求明显不当,应予纠正。此外,如果将选择作品类型作为原告提出诉讼请求的前提,就意味着原告需要在起诉前自行判定拟保护的作品是否具有某种作品类型所要求的独创性,而判定作品独创性的工作本应由人民法院完成。裁判者在判定作品独创性时,有必要将作品类型作为重要的考量因素,但只能将其作为辅助因素,裁判者应当遵循作品独创性的判定规律,主动全面地对涉案作品的独创性进行判定。作品类型既不是独创性判定的起点,也不是独创性判定的终点。

### (三)著作权法中作品类型示例方式的改进

在我国,对作品类型的示例主要是通过2020年修正的《著作权法》和《著作权法实施条例》进行的,2020年修正的《著作权法》主要示例了作品类型的名称,《著作权法实施条例》以下定义的方式对示例的作品类型进行描述。著作权法对作品类型的示例需要具体要素的支撑,常见的要素包括作品的表现形式、创作方式、创作工具、创作过程、创作目的等。为了更好地发挥示例作品类型对作品独创性判定的辅助作用,有必要对作品类型的支撑要素进行科学配置,改进作品类型的示例方式。著作权法中作品类型示例方式的改进应当以合乎作品独创性的展开逻辑为原则,以优化具体要素的配置为手段。

#### 1. 强化对创作过程等动态要素的描述

在用以示例作品类型的各项要素中,作品的表现形式、细分领域、创作工具等要素客观地描述了作品创作所依赖的物质技术条件、归属的具体文学艺术领域以及呈现给受众的结果形态,这些要素可以归入静态要素的范畴。运用静态要素对作品类型进行基础性描述是发挥示例作用的前提,其作用毋庸置疑。在作品类型的静态架构建立之后,能够体现作者创作活动特点的动态因素对作品独创性的个案判定更具有示例价值,主要的动态因素包括如何运用创作方式、如何完成创作过程等。对于需要依赖技术手段完成的作品而言,考察其动态因素的意义更为明显。例如,对摄影作品的示例除了选取创作工具(器械、感光材料等)、表现形式(记录客观物体形象的艺术作品)等静态要素之外,还可以对角度、光线的选取、创作技法的运用等动态要素进行示例。2020年修正的《著作权法》第3条以“视听作品”取代了“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”,可以预见,“呼之欲出的Web3.0,以及在ChatGPT的引领下不断发展的生成式人工智能,将进一步提升视听内容创作传播的智能化程度,对既有的著作权治理体系带来更深层次的挑战”。<sup>①</sup>因此,“强化对创作过程等动态要素的描述”这一改进思路也适用于对视听作品的示例。

#### 2. 有效揭示作品独创性产生的空间条件

作品独创性的产生需要作者具备自主性、想象力、创造力等主观条件,也需要客观对象为作者想象力、创造力的实现提供空间条件。著作权法示例的作品类型既包括文字作品、音乐作品、

<sup>①</sup> 曹博:《著作权法如何应对Web3.0挑战:以视听内容为样本》,《东方法学》2023年第3期。

舞蹈作品、美术作品等典型的文学、艺术作品,也包括建筑作品、图形作品、模型作品等具有实用性、功能性特征的作品。由于作品独创性排斥实用性、功能性,在判定作品独创性时就需要剥离实用性、功能性要素,并考察作者是否拥有进行“独创性表达”的空间,创作空间的存在是作品具有独创性的必备客观条件。2020年修正的《著作权法》第15条在对汇编作品进行定义时明确指出汇编作品的独创性产生于“对其内容的选择或者编排”之中,该定义揭示了产生独创性的空间,能够有效助力作品的独创性判定。《著作权法实施条例》第4条第(13)项规定了模型作品的定义,即“为展示、试验或者观测等用途,根据物体的形状和结构,按照一定比例制成的立体作品”。该定义中的“按照一定比例制成”没有为独创性的产生提供空间,“如果模型是严格地按照一定比例对实物进行放大、缩小或按原尺寸制成的,而没有在外形、结构或装饰等方面作出任何改变,那么这样的模型是不具备独创性的”。<sup>①</sup>为了使示例的作品类型更符合作品独创性的展开逻辑,有必要对模型作品等作品类型的示例方式作出改进。

## 五、法律未示例的作品作为作品独创性判定的适格对象

2020年修正的《著作权法》第3条采用开放式的方式对作品类型进行示例,在示例了8种典型的作品类型之后,采用“符合作品特征的其他智力成果”作为兜底条款,改变了此前以“法律、行政法规规定的其他作品”作为兜底条款的封闭式列举方式。2020年修正的《著作权法》关于作品类型规定方式的变化表明,著作权法保护的作品不仅包括示例的作品类型,而且包括符合开放式兜底条款要求的未示例作品。

本文所称未示例作品,是指没有被法律明确示例的、实践中已经存在的作品形态。法律未示例的作品包括已经存在一段时间,但其作品属性和意义新近被发掘的作品形态,如音乐喷泉喷射效果。除此之外,从发展的角度看,法律未示例的作品还应当包括运用新技术、新创作方式创作的新兴作品。本文之所以采用“未示例作品”的称谓,而没有采用“未示例作品类型”的表述,是因为部分未示例作品具有偶然性、短期性的特点,欠缺“作品类型”应当具备的典型性、稳定性等特征。即使具有类型化潜质的“未示例作品”可以演进为“未示例作品类型”,也仍然需要时间和实践的积淀。结合2020年修正的《著作权法》的规定,不难得出结论:对法律未示例作品的判定就是对“符合作品特征的其他智力成果”进行判定。法律未示例的作品既包括潜在的示例作品,也包括将来无法成为示例作品的非典型作品形态,无论是哪一种未示例作品,在判定其可版权性时都需要以独创性作为核心考察要素,独创性应当属于2020年修正的《著作权法》第3条兜底条款规定的“作品特征”中的核心特征。

### (一) 示例作品类型对未示例作品独创性判定的影响

示例作品类型及其体系是对作品独创性的类型化描述,也是对作品独创性判定经验的总结。示例作品类型对未示例作品独创性判定具有“反向”和“正向”两个方面的影响。所谓“反向”影响,是指示例作品类型包括现有技术和社会条件下大部分作品形态,若待判定的表达无法被现有示例作品类型所涵盖,则会引起人们的怀疑:该表达具备独创性的可能性究竟有多大?有学者赞

<sup>①</sup> 王迁:《“模型作品”定义重构》,《华东政法大学学报》2011年第3期。

同“把‘新表达无法在现行法中归类’作为其作品性存疑的考量因素”。<sup>①</sup> 在示例作品类型提供了较为丰富的作品独创性判定经验的情况下,对没有落入示例作品类型之中的作品形态进行独创性判定将会面对更多的不确定因素,作品独创性判定的难度也会增加。此时没有成熟的模式可以借鉴,没有清晰的路径可以依赖,裁判者秉持的是开放思维还是保守思维? 裁判者是否了解该作品形态的生成原理、是否能够找到适宜的论证角度? 此类因素都会影响到作品独创性的判定结果。尽管以法律未明确示例为由对未示例作品的独创性进行保守判定的做法并不合理,但此种认定倾向在一定程度上是客观存在的。所谓“正向”影响,指的是示例作品类型可以为未示例作品独创性的判定提供指引。我们可以从示例作品类型中总结出共性规律,并将其应用于未示例作品的独创性判定之中。示例作品类型所依托的静态要素和动态要素对于未示例作品而言同样不可或缺,示例作品类型静态要素和动态要素的配置形态能够为未示例作品独创性的判定提供思路。尽管示例作品类型体系不是封闭的,但著作权法所示例的诸项作品类型之间可以具有内在的共性和一致性。例如,2020年修正的《著作权法》第3条和《著作权法实施条例》第4条示例的典型作品类型均为视觉和听觉感知的对象,并没有味觉和触觉感知的对象,这一现象的形成原因应该与作品的非物质性、“独创性表达”的非功能性等因素有关,视觉和听觉的感知方式符合著作权法价值理念,具有普遍的适用性。相比之下,味觉和触觉的感知方式往往与质料和功能有关,与著作权法上的作品属性并不契合。因此种规律性认知仍然适用于未示例作品,故以气味、口味等方式呈现的对象不宜被认定为具有独创性。

## (二)“符合作品特征的其他智力成果”兜底条款的适用

### 1. 厘清未示例作品与示例作品的关系

在适用“符合作品特征的其他智力成果”兜底条款时应当厘清未示例作品与示例作品类型之间的关系。一方面,示例作品类型与未示例作品同属于著作权法所保护的作品,两者具有相同的法律地位。无论是示例作品类型还是未示例作品,都是因为其具备独创性等作品构成要件才受到著作权法的保护。示例作品类型在著作权法上获得“有名作品”的地位,是因为其具有典型性。示例作品类型与未示例作品类型相比并不具有优越性,2020年修正的《著作权法》第3条规定的“符合作品特征的其他智力成果”与该条示例的8种典型作品具有相同的法律地位。另一方面,示例作品类型条款并不必然享有优先于“符合作品特征的其他智力成果”兜底条款的适用顺序,该兜底条款具备独立存在的品性,可以独立适用于作品独创性判定。

由于示例的作品类型提供了成熟的独创性判定经验,裁判者通常会以示例作品类型作为作品独创性判定的论证方向,以便节约论证成本、增强判定结果的说服力。案件当事人和裁判者在面对法律示例的作品类型时,首先将涉案作品与示例作品类型进行关联考察也是合乎逻辑的选择。但是,我们并不能因此得出示例作品类型必然优先于兜底条款适用的结论。2020年修正的《著作权法》第3条对“符合作品特征的其他智力成果”的界定实际上就是在重申该条所规定的作品定义,该兜底条款本身就已经涵盖了作品的全部构成要件。在2020年修正的《著作权法》第3条之中,示例作品类型条款与作品定义相结合、兜底条款与作品定义相结合都能够实现判定作品可版权性的功能。例如,在“杨梦媛、方泽慧著作权权属、侵权纠纷案”<sup>②</sup>中,人民法院直接认定:

<sup>①</sup> 李琛:《论作品类型化的法律意义》,《知识产权》2018年第8期。

<sup>②</sup> 参见广东省佛山市禅城区人民法院(2022)粤0604民初15472号民事判决书。

“‘同桌的你图册’通过以拟人化的猫形象展示其进行学习、劳动、毕业等场景,具有独创性,构成著作权法意义上的符合作品特征的其他智力成果,应受到著作权法保护”。尽管人民法院对“同桌的你图册”的独创性阐释较为简单,但人民法院直接适用“符合作品特征的其他智力成果”兜底条款足以对特定对象是否具有独创性作出判断,该对象能否被归入示例作品类型并不会影响独创性判定。在特定对象可能符合的作品类型特征不清晰的情形下,如果要求裁判者必须在适用兜底条款之前首先对示例作品类型进行检索,并采用“排除法”将裁判依据导向兜底条款,将不适当地增加说理和论证成本。

## 2. 确立兜底条款适用的限度

以作品独创性判定的内在逻辑引领“符合作品特征的其他智力成果”兜底条款的适用,避免兜底条款的适用走向“宽松”和“保守”两个极端。一方面,“符合作品特征的其他智力成果”兜底条款的适用不应以独创性判定标准的宽松化为导向。包括作品独创性在内的作品构成要件是判定作品可版权性的依据,开放式兜底条款与封闭式兜底条款的差异在于,开放式兜底条款承认作品形态无限多样的现实,为作品独创性的判定清除了人为设定的时空障碍,顺应了作品独创性判定的内在规律。从“法律、行政法规规定的其他作品”的封闭式兜底条款到“符合作品特征的其他智力成果”的开放式兜底条款,获得拓展的仅仅是作品独创性判定的场景和路径,而源于作品独创性内在规律的判定标准并没有宽松化。在对未示例作品的独创性进行判定时,不能因其“未示例”而产生宽松、草率的判定倾向。另一方面,“符合作品特征的其他智力成果”兜底条款的适用不应以独创性判定标准的保守化为导向。符合作品特征的智力成果都具有著作权法保护的正当性,无论该智力成果是否可以归入示例作品类型,只要其具备作品的构成要件,就应当获得著作权法的保护。此外,对“符合作品特征的其他智力成果”的认定不会增加著作权法的实施成本,也不会损害相关主体和社会公众的利益。立法者没有理由对该兜底条款预设保守适用的立场,裁判者也没有理由以“防范”态度面对未示例作品形态。实践中,人们可能认为著作权法示例的典型作品代表着著作权法的保护范围、著作权法对示例作品的保护具有稳定性、著作权法对未示例作品的保护具有临时性,其实这些观念不过是人们长期以来形成的“典型作品情结”的流露,并没有相应的理论和实践基础。示例作品类型和未示例作品都是作品独创性内在逻辑展开的结果,未示例作品只是缺少“典型”特征,并不缺少可版权性。在对未示例作品的独创性进行判定时,不能采用“严于”示例作品的尺度进行保守判定。简言之,只要能够正确理解和适用作品独创性判定标准,遵从作品独创性固有的内在逻辑,所谓兜底条款的宽松化和保守化适用倾向都是可以避免的。

## 3. 保证兜底条款适用的正当性

以作品的领域限定要件作为作品独创性判定的前提,对“作品特征”进行全面考察,保证“符合作品特征的其他智力成果”兜底条款的适用具有正当性。结合2020年修正的《著作权法》第3条的规定,作品的构成要件包括领域限定要件、独创性要件、可表现性要件、智力成果要件等。作品的各个构成要件并不是相互孤立的,独创性要件与其他要件之间存在着相互依存的关系。对“符合作品特征的其他智力成果”兜底条款的考察既要聚焦于独创性要件,又要兼顾其他构成要件,尤其要重视发挥作品的领域限定要件对独创性的限定作用。从立法表述上看,领域限定要件即2020年修正的《著作权法》第3条规定的“文学、艺术和科学领域”。设定领域限定要件的目的是强调著作权法保护对象的特殊性,从而将著作权法保护的表达与专利法等其他知识产权法保



护的对象进行区分。更进一步讲,体现功能性和实用性的智力成果可以成为专利法保护的对象,但不属于著作权法保护的对象。人类具有丰富的想象力和创造力,会调动各种领域、各种类型的因素进行创新活动,人类的某些创新成果未必适合通过著作权法进行保护。

在适用“符合作品特征的其他智力成果”兜底条款时,有必要将领域限定要件作为作品独创性判定的前提,通过适用领域限定要件考察特定创新成果是否具有著作权法不保护的实用性、功能性特征,尤其要重视发挥“功能性原则”的作用。<sup>①</sup>例如,在对香水气味、食物口味的可版权性进行判定时,如果仅仅因为气味、口味具有“个性化的表达”的特点就将其认定为具有独创性的作品,将导致认定结果与领域限定要件以及“功能性原则”相冲突。“香水气味作为香水的核心元素,其实用性体现于气味对消费者的使用功能,而气味本身是其技术功能所决定的,仅仅是应用技术诀窍的结果。”<sup>②</sup>实用性、功能性与工业生产活动相关,而与艺术创作不相容。如果认为生产香水是一种工业生产活动而不是艺术创作活动,我们也可以得出这样一种观点:香水被排除在著作权法保护之外,正是因为它缺乏艺术的本质。<sup>③</sup>通过适用作品的领域限定要件,可以在进行独创性判定之前过滤掉某些不适合用著作权法保护的对象。此外,气味的产生极度依赖挥发性物质,气味难以长期保持很高的浓度,任何试图复制气味的行为都必须考虑温度、湿度等多种因素的影响,这也使得气味具有难以复制和保存的特性。<sup>④</sup>气味的特性也未必符合作品的可表现性要件的要求。不难看出,受到质疑的作品判定结果与作品类型体系开放并无关系,设立开放式兜底条款并不会增加作品可版权性判定的不确定性。判定结果的不合理性源于裁判者没有全面考察作品的构成要件,特别是忽视了领域限定要件的作用。因此,全面考察“作品特征”是准确适用兜底条款的保障。

## 六、结 语

本文所探讨的作品独创性的作品类型逻辑主要回答3个问题:(1)作品类型从何而来;(2)作品类型体系为何应当是开放的;(3)作品类型应当发挥何种作用。这3个问题可以进一步概括为“作品独创性决定作品类型”和“作品类型反作用于作品独创性”。从作品外观上看,作品类型是作品的类型化描述;从作品构成要件上看,作品类型是作品独创性的类型化呈现方式;从作品产生根源上看,作品类型源于作者的主体性,是作者创作活动的产物。鉴于作者的主体性是作品独创性的灵魂,独创性是作品的核心构成要件,可以将作品类型的产生原因、作品类型体系必然具有开放性的成因归结为作品独创性的主体性特质和创造性特质。作品独创性对作品类型的决定作用是第一性的,是全面的。相应地,作品类型对作品独创性的反作用是第二性的,是有条件的,可以将该反作用界定为“判定辅助作用”。“判定辅助作用”不仅适用于示例作品类型,也适用于

<sup>①</sup> 功能性原则是版权法上隐藏在思想观念与表达二分法、合并原则、必要场景原则等概念下的重要制度,是版权客体扩张至功能性、实用性作品等非纯文学艺术作品类型后用于确定版权保护范围的过滤审查与门槛标准。参见梁志文:《论版权法上的功能性原则》,《法学》2019年第7期。

<sup>②</sup> 卢纯昕:《法定作品类型外新型创作物的著作权认定研究》,《政治与法律》2021年第5期。

<sup>③</sup> See Nuno Sousa e Silva, The Boundaries of EU Copyright Law: Cheese, Jeans and a Military Report in the Court of Justice, 3 Market and Competition Law Review, 147-148(2019).

<sup>④</sup> 参见王成国:《无物之物——当代艺术中的气味》,《艺术评论》2023年第5期。

对未示例作品的独创性判定。

---

**Abstract:** There is an inherent relationship between the type of works and the originality of works. The type of works is the typified presentation of the originality of works, the originality of works is the decisive factor of generating the type of works. The type of works provides the necessary scene to clarify the originality of works, and the type of works provides the appropriate path to describe the originality of works, which is the relative concretization of the originality abstract narrative. The open type system of works is the result of the logical extension of the originality of works, and the openness of the type system of works is the requirement of the “subjectivity” and “creativity” of the originality of works. The works types of legal examples are the auxiliary conditions for the judgment of originality of works, which can suggest the direction of the judgment of originality of works and provide differentiated ideas for the judgment of originality. We should improve the example of the type of works in the copyright law by optimizing the allocation of specific elements in accordance with the principle of the expansion logic of the originality of works. The unexampled works are qualified objects of the judgment of the originality of works. When applying the miscellaneous provision of “other intellectual achievements conforming to the characteristics of the works”, the relationship between the unexampled works and the type of the exampled works should be clearly defined, the internal logic of the judgment of the originality of works should guide the application of the miscellaneous provision, and the prerequisite of the judgment of the originality of works should be the limited elements of the field of works, and a comprehensive examination of the “characteristics of the works” should be conducted.

**Key Words:** originality of works, type of works, open miscellaneous provisions, elements of composition of the works, unexampled works

---

责任编辑 何 艳