

# 论视频游戏玩家行为的著作权法定性

陈 虎

(华东政法大学 知识产权学院,上海 200042)

**摘 要:**基于游戏自由度高低,玩家游戏行为形成的画面变化空间不同,只有同时具有创作意思的情况下才构成演绎作品。高自由度游戏中,游戏开发者与玩家明示或默示的约定,可以认定为具有合作创作意图,在二者都贡献独创性内容的前提下,可以形成合作作品。游戏作品中包含可被表演的文字、音乐和舞蹈作品,具有被部分表演的可能性。但玩家行为不契合我国现行法体系,且大多数情况下以传达技巧而非文学艺术美感为目的,不宜授予表演者权。

**关键词:**游戏玩家行为;演绎作品;合作作品;表演者

中图分类号:D913

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2020)01-0040-08

近年来,网络游戏产业高速发展,不仅游戏本身的研发与运营突飞猛进,成效显著,与游戏相关的市场也得以催生。以“斗鱼”游戏直播平台发展状况为例,截止 2018 年 3 月,斗鱼的总融资金额已超过了 60 亿元人民币。有业内人士透露,斗鱼目前的估值在 24 亿~25 亿美元。<sup>①</sup>游戏产业及其次级市场中的巨额利润必然引发博弈,玩家能否从巨大的市场中分享利益关系着产业的未来。在 2015 年的“斗鱼”案<sup>②</sup>中,法院就试图探讨玩家行为是否创作出了新作品。该案引发了一定争议,对于游戏玩家行为是否创作出新作品,理论与司法实践尚未给出一致答案。此外,游戏玩家是否可以与游戏作品原作者构成合作作者,以及游戏玩家行为是否构成表演行为均有研究的必要。本文从游戏玩家行为主客观两个方面入手,在区分游戏具体类型基础上,对上述问题进行进一步探讨。

## 一、游戏玩家行为生成画面的可版权性标准应坚持主客观要件相结合

玩家在操作游戏过程中投入了一定的时间和精力,从“劳动财产理论”角度讲,应就其投入获得法律拟制的财产利益。然而,著作权法的客体应当满足特定的条件,不能仅依据“额头冒汗”就被认定为作品。玩家行为所产生的画面建立在利用原游戏设定元素的基础上,其是否可以作为演绎作品进行保护,应当从玩家游戏行为的主客观两方面共同判断。

### (一)以客观呈现效果为依据判断玩家行为的独创性存在困境

独创性是判断内容是否具有可版权性的直接依据,在司法实践中,对于独创性的判断一般分为“独”与“创”两个方面。具体而言,作为劳动成果的外在表达一方面要独立创作、源于本人,另一方面则要满足一定水准的智力创造(intellectual creations)高度而非仅仅体现了体力劳动。<sup>[1]</sup>独创性的判断着眼于作品的

收稿日期:2019-05-30

基金项目:教育部人文社会科学研究规划基金项目“网络游戏产业良性发展的版权保障研究”(19YJA8200040);华东政法大学优秀博士论文培育项目“人工智能生成内容著作权法问题”(2019-1-010)

作者简介:陈 虎(1993—),男,安徽宣城人,华东政法大学知识产权学院博士研究生。

① 关于游戏直播市场的进一步介绍,参见陈子迁、衣莱:《斗鱼的底气 全产业链布局 领跑游戏直播》,http://finance.sina.com.cn/roll/2018-05-12/doc-ihamfahw7374777.shtml,最后访问时间:2019 年 5 月 8 日。

② 上海耀宇文化传媒有限公司诉广州斗鱼网络科技有限公司,上海市杨浦区法院(2015)浦三知初字第 191 号民事判决书。

外在表达形式,即玩家通过游戏行为所形成的画面是否满足“独”与“创”两方面的要求。

从“独”的角度上讲,游戏玩家在进行操作时,其行为是否独立完成的问题也值得探讨。尤其在竞技类游戏中,模仿行为的普遍存在增加了事实认定的难度。某些情况下,玩家认为自己独立完成了作品,而实际情况可能并非如此,无意识的抄袭也足以形成非独立创作的推断。随着通讯技术的飞速发展,某一作品通过网络传播之后,任何人都有迅速接触该作品的可能性。美国版权法学者 David Nimmer 就指出:“在许多案件中,接触作品要么被坦白承认,要么很容易得到证明,以至于发现侵权完全转化为判断作品之间是否构成实质性相似的过程。”<sup>[2]</sup>从反面来讲,尤其是对于游戏领域而言,玩家可以更加容易地通过多种路径获得在先玩家的操作视频等信息,抄袭在先玩家行为的可能性大大增加。

“创”的空间大小由游戏自由度决定,且创作空间的大小对独创性的高低有实质影响。以文字作品为例,对于姓名、标题或短语,由于字词排列组合有限导致可创作空间极小,因此,美国明确不授予上述三者以版权保护。<sup>[3]</sup>由于游戏玩家操作形成的画面建立在游戏原有设定的基础上,即使满足可版权性标准,也只能构成演绎作品。对于演绎作品而言,其所需要满足的要求比原创性作品更高。不同游戏赋予玩家的自由度不同,玩家对游戏画面变化施加的影响存在较大区别。判断玩家游戏行为所呈现出来的画面是否具有独创性,应当依据玩家在游戏创作空间来决定。根据自由度的高低,大致可以将游戏作品分为以下三种。

第一类是赋予玩家自由度极低的游戏。这类游戏中,每一个玩家所操作出来的画面几乎相同。这类游戏以通关类游戏为代表,玩家需要严格按照游戏的设定规则和玩法来操作,且一般而言不存在多种可选择的游戏路径。如在街机游戏《三国战纪》中,玩家只能操纵诸葛亮、赵云等几个人物进行闯关,每一个关卡出现的小兵数量是严格设定的,且任何玩家在杀死某个关卡的小兵和 Boss 之后,都会按照游戏给定的顺序进入下一个关卡。在这种情况下,玩家无法通过其操作展示其独特的选择、安排,故而难以形成创作。

第二类是自由度中等的游戏。在《王者荣耀》等竞技游戏中,玩家基于其操作可以形成事实上难以重复的画面。特定角色、技能施放顺序、具体场景等因素组合起来的画面很难再现,充分体现了个性化,这样的玩家行为产生的画面是否具有独创性?国内有学者在解读“斗鱼案”<sup>①</sup>时认为:“用户只是通过个性化的操作将游戏程序中原本就包含的各种可能性中的一种加以实现而已,因此并没有创作出有别于原有作品的新作品。”<sup>[4]</sup>对于该类游戏而言,这无疑是正确的,玩家的确未能贡献出独创性增量(additions),只是相当于输入指令调用原游戏作品的内容加以展示。美国第二巡回上诉法院在 Stern Electronic 案中明确,虽然有玩家在机器交互模式中通过操作导致视听演示在某些方面改变,但无论如何操作控制,总有很大一部分的重复序列和许多方面画面保持不变。<sup>②</sup>

第三类是“完美”自由度的游戏。以最新上线的《楚留香》游戏“家园系统”为例,游戏道具各有各的用处,玩家可以随心所欲地自由摆放建筑与家具,互相搭配组成一个真实可触、独属于自己的江湖小家。<sup>③</sup>在这类“沙盒类”游戏中,玩家可以自由地按照自己的意愿行为,而不是按照特定的套路。利用游戏中的素材,玩家可以制作独特的物件,这样的画面是否具备独创性?我国司法界有学者指出,在这类游戏中玩家游戏的过程,实际上是创作美术作品的过程。<sup>[5]</sup>诚然,游戏作品的定义在该情形下出现异化,它名为游戏,实际上相当于一个 3D 画图软件,转化为创作而非竞技体验的工具。

问题在于,在上述第二类和第三类游戏中,玩家行为所产生的画面都在利用原有游戏作品的内容,都

① 上海耀宇文化传媒有限公司诉广州斗鱼网络科技有限公司案,上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第 191 号民事判决书,法院否认了玩家贡献了新的作品。

② See Stern Electronics, Inc. v. Kaufman, 669 F.2d at 855-56; See also Williams Elecs., Inc. v. Arctic Int'l, Inc., 685 F.2d 870, 874, 215 U.S.P.Q. (BNA) 405, 408 (2d Cir. 1982).

③ 《楚留香》这个家园系统真的不一样, [http://www.sohu.com/a/240270699\\_362130](http://www.sohu.com/a/240270699_362130), 最后访问时间:2019 年 5 月 13 日。

是对计算机预设序列、画面和元素等内容的再现且画面也体现了一定的区分特征,何以后者产生了新作品而前者却没有?笔者认为,至少从游戏画面本身的角度,得出不同的结论似乎缺乏相应依据。同样利用游戏预设内容的玩家行为之所以可以进一步区分独创性,根本原因在于玩家对这两种不同自由度的游戏持有不同的主观状态,即是否具有创作意思。

### (二)创作意思是游戏玩家行为可版权性的主观必要条件

一般而言,外观上满足独创性标准的内容足以构成作品,这也符合我国《著作权法实施条例》第2条对于作品的定义:“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。”然而,“具有独创性”“可以有形形式复制”仅仅是构成作品的必要非充分条件,对于这样的智力成果最终能否构成作品还需结合立法价值原理做体系化推导。我国《著作权法》第1条开宗明义地将立法价值定位为“鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播”,这是一种通过保障私权促进公有领域发展的价值激励方式。这一目标的实现,需要通过著作权保护的奖励而激发创作者的创作热情,创作行为是著作权立法价值目标的直接落脚点。创作行为是以主观上具备创作意思为构成要件,如果主观上基于其他目的而偶然形成外观上类似于作品的内容,如随手扔出毛笔无意间形成了一幅简单的水墨画,这样的“作品”本身就带有偶然因素。相比之下,立法刺激的创作行为必然是可以在未来稳定实现的行为,这样的行为才有可能在著作权法的奖励机制下重复实施,最终促进文学艺术公有领域的繁荣。

之所以给予人工智能生成内容以版权保护存在争议,很大程度是由于人工智能同动物一样缺乏创作意思。<sup>[6]</sup>美国曾出现认定猕猴拍摄的照片是否构成作品的一起案件,法院认为作品的创作者必须是人,而不能是动物或植物。<sup>①</sup>“智能计算机提出的基本问题,即将版权授予该‘作者’——作为创作者或作品的知识创造者——并没有符合进一步激发未来创造力的目标”。<sup>[7]</sup>不授予机器以作者地位的根本原因在于其尚未达到具有人类情感的高端智能水准,即使以外观主义为标准赋予其版权保护,机器、动物又如何能受到立法的刺激进行进一步创作呢?同样,很多外观上具有独创性的信息,虽然由人类主体完成,但由于创作意思的缺乏而无法构成作品。

从民事法律行为理论角度上也可对创作意思的必要性加以论证。创作是一种民事事实行为,其本身不直接产生任何使得法律关系设立、变更或终止的私法效果,<sup>[8]</sup>这是其与后续利用作品的民事法律行为之间的最大区别。但是,不要求表示意思的存在,并不意味着事实行为没有主观状态。“在一些事实行为中,当事人也可能对其行为的后果有一定的意思,而且也表达于外”,<sup>[9]</sup>民事法律范畴里的行为,无论是法律行为还是事实行为,均需一定主观状态,二者的区别仅在于这种主观状态是否属于表示意思。“在把它(行为)当作具体法律事实看待时,它首先指有行为意思的行动举措,也即有意识的或者为意识所控制的行动举措,梦游、完全受制于外力等相反状态中的行动举措因此被排除在外”<sup>[10]</sup>。例如,无因管理即是事实行为,需要有管理意思方能成立。根据民事事实行为的一般原理,创作行为同样需要以创作意思为主观要件。

### (三)创作意思与独创性齐备下的玩家行为产生演绎作品

根据创作意思的有无,可以将游戏作品分为如下两种类型进行分析。对于上文所述自由度中等的竞技类游戏而言,玩家操作的最终目的是为了竞技而非创作,其行为所产生的画面即使难以重复,也不能构成作品。从法经济学的角度来讲,对于竞技类游戏,即使没有著作权,玩家也能够从竞技快感的获取中得到足够的刺激。这样,再行以著作权法保护这种不以创作为目的的行为显然构成了过度激励。在这种情况下,不同玩家之间存在目的同一性。目的同一性主导下的手段多样性必然受到限制,玩家为了实现竞技目的,难免有意无意地学习技巧娴熟玩家的操作方式。这样,玩家行为所制造的画面可变空间并不大。

① See *Naruto v David John Slater*, 2016 U.S. Dist.

体育赛事节目正是由于追求行业标准同一性而偏废个性创作,以至于可版权性存疑。<sup>①</sup>从这个角度上说,创作意思和作品外观上的独创性可以相互作用。相对而言,“完美”自由度的游戏则异化为创作的工具,如此,玩家在其行为过程中就能够意识到自己在创作,对玩家行为所产生的画面可以作为美术作品进行保护。

区分游戏玩家的主观意思具有理论上的可行性,但游戏玩家行为形成的画面最终是否具有独创性需要通过外显特征进行判断,而如何从外显特征推定主观意思则往往容易陷入循环论证的怪圈。以人工智能生成内容为例,如果不披露相关内容是由具有创作意思的人类所创作,受众往往很难通过外观分辨其是否具有独创性,这就容易造成不具有创作意思的机器也能创作作品的假象。因此,完全从外显特征判断玩家主观上是否具有创作意思几乎难以实现。笔者认为,较为可行的方案是对玩家所操作的游戏进行先行的类型区分,如玩家在操纵竞技类的《王者荣耀》等游戏就几乎不会产生任何独创性内容。更为复杂的情况下,当某一游戏掺杂竞技与自由创作特征时,则需要根据具体画面判断该部分内容对应的是竞技性还是自由创作性游戏。

概言之,结合游戏画面外观上是否具有独创性以及玩家是否具有创作意思,可以从主客观一致的角度上较为合理地界定玩家行为在具体生成画面中的著作权性质。

## 二、玩家行为所产生的画面构成合作作品与否的分析

根据独创性与创作意思分析游戏玩家行为的著作权性质,是撇开了作为基础作品(underlying work)的游戏预设画面而对游戏玩家行为的单独分析。然而,玩家行为必须依托于游戏开发者所提供的创作平台,玩家具有创作意思且其行为所形成的画面具有独创性时,该画面一般构成演绎作品。演绎作品的构成无需过多考虑游戏开发者的主观心态,而合作作品则不同,需要综合考量游戏开发者与游戏玩家是否具有合作意图。根据前文,玩家行为所产生的游戏画面在一定情况下可以构成作品,但游戏作品著作权人与玩家对该画面均有不可或缺的贡献,该画面属于合作作品、演绎作品还是某一方的单独享有著作权的作品,关涉权利归属与利益分配的重要问题,实有具体分析的必要。

### (一)构成合作作品需要具备主客观的双重要件

一方面,客观上需要合作参加创作者有独创性贡献。合作作品由各个合作作者所创作的部分组成,对于这些部分是否需要具备独立的可版权性,美国两位权威学者提出了不同看法。Nimmer 教授指出,每个作者的贡献是不需要可版权保护的。<sup>[11]</sup>然而,Goldstein 教授的观点得到了司法的支持,即每一项贡献都必须达到可版权客体的水平。之所以否定 Nimmer 教授的观点,原因如下:一方面,限制作者在作品中对已有思想的运用,限制思想的自由交流;另一方面,Goldstein 教授的观点使得版权法和合同法之间达成了更适当的平衡,允许任何人以合同的形式赋予他人以作者身份,并且不允许当事人使用合同法将不受版权保护的事项转化为可版权的事项。<sup>[7]</sup>诚然,如果某一主体仅仅凭借贡献宽泛意义上的创作思想就能够被认定为“合作作者”,根据合作作者必须就不可分割的作品共同行使权利的原则,该主体就通过思想性贡献达到在事实上将他人表达性成果加以控制的效果,这显然是违背著作权法有关作者必须是做出独创性贡献之人的基本原理。从法定意义上明确不得授予非表达性贡献者以合作作者资质,也能够防止实践中相关主体通过合同转让而规避著作权法有关作者资格规定的寻租行为。

另一方面,创作者主观上有合作意图。诚如前文所述,创作是主客观一致作用下的事实行为。在合作作品中,创作者主观方面的要求也必不可少。美国《版权法》第 101 条定义“合作作品”为“两名或多名作者创作的作品,其意图是把他们的创作部分合并成为一个单一体中的不可分割的或相互依存的部分”。

<sup>①</sup> 参见“北京新浪互联信息服务有限公司诉北京天盈九州网络技术有限公司案”,北京市朝阳区人民法院(2014)朝民(知)初字第 40334 号判决书。该判决认为,体育赛事直播画面构成电影作品受到质疑,原因正是满足观众稳定预期的直播画面独创性有限。

该条文较为明确地指出,合作创作同一作品的意思是构成合作作品的主观要件。认定具有合作意识,必须证明:各方都必须预料到,他的创作将成为或已经成为合作创作整体的一部分;每个合作作者在其进行相应创作时,必须具有为合作作品而创作的目的。<sup>①</sup>我国学界也大致形成共识,合作作品的作者之间必须有共同创作某一作品的意图。郑成思教授指出,如果一方未经许可而将他人作品“合”入自己的作品,则构成对他人的侵权。合作作者间须有合意,暗示在各国(包括中国)版权法中有关“创作时不得侵犯他人版权”的诸条款中。<sup>[12]</sup>准此以言,虽然我国《著作权法》在“合作作品”的有关条款中未明确主观合作意图为其构成要件,但这种对主观状态的要求可以从立法的体系解释中当然推知。

## (二)玩家与游戏研发者构成合作作者的类型化分析

讨论玩家与游戏研发者是否构成共同作者,有一个基本前提,即游戏本身具备可版权性。<sup>[13]</sup>这样,游戏研发者作为可能的“合作作者”之一,就满足了上述第一个条件——合作参加创作之人有独创性贡献。在这一基础上,进一步讨论玩家能否基于其游戏行为成为合作作者,只需考虑玩家是否通过游戏行为贡献了独创性增量,以及是否与游戏研发者有共同创作意图。在不同的游戏类型当中,玩家、游戏开发者的合作意图与独创性贡献呈现一定规律。

如前所述,在没有达到“沙盒类游戏”类似的高自由度游戏中,玩家没有创作意思,并未贡献出形成演绎作品所需要的独创性增量。在这种情形下,玩家只扮演将游戏预设的各种可能性展示出来的角色,经玩家行为所呈现的游戏画面仅归属于游戏作品著作权人。根据我国《著作权法》第13条的规定,合作作品必须由两人以上完成,游戏作品本身可能由多个贡献独创性劳动的合作作者完成,但玩家显然不在其列。另外,从合作意图角度也可以解释该类游戏的玩家无法成为合作作者。根据我国合作作品的权属规则,一方行使合作作品著作权时需与另一方进行必要的协商,这无疑违背大多数游戏研发者主观意愿。事实上,游戏研发者在设计该类游戏的时候,就严格要求玩家按照既定的规则和玩法进行游戏。

对于“沙盒类游戏”玩家的贡献,有学者指出:“在用户单纯将游戏当作单纯的创作工具的情形下,用户的行为不是演绎,而是独立创作,对最终的创作成果享有独立的著作权。”<sup>[14]</sup>如果该类游戏本身具备可版权性,则游戏研发者和玩家都可以贡献独创性内容,客观上就足以满足构成合作作品的要件,故而只需要明确游戏开发者和玩家是否具有共同创作的合意。如果没有,由于游戏玩家行为所产生的画面建立在原游戏作品的基础上,是未经许可的演绎行为。演绎行为本身并非法律规制的对象,“原则上讲,制作改编作品的行为是不受著作权法规制的;相反,发表或利用改编作品就需要征得原作者本人的同意”。<sup>[15]</sup>在这种情况下,玩家一旦未经许可对自己打游戏的画面予以利用,如在直播中利用游戏画面,即构成对游戏作者改编权的侵犯。

演绎作品和合作作品是一个非此即彼的概念,如何定义玩家行为完全取决于其与游戏开发者的主观心理状态。在开放式的沙盘游戏中,上述双方完全可以通过明示或默示意思表示形成创作合意。以《我的世界》游戏为例,官方明确在“用户协议”第4条的“用户的知识产权及许可”中表明:“用户根据包括但不限于《我的世界》游戏、网易提供的游戏素材等网易授权的任何内容制作的素材/内容其知识产权及所有权均归网易公司与用户共有。”<sup>②</sup>游戏公司通过该类格式条款发出了要约,玩家点击“同意”即构成承诺,合同没有其他导致无效的瑕疵,没有理由否定双方具有合作创作的意图。退一步讲,即使没有此类合同约定,也不能排除双方以事实合同的方式达成合作意图。

玩家能否基于其行为与游戏开发者共享著作权不能一概而论。游戏的规则、玩法以及对玩家的开放程度不同,会产生不同的结论,应结合特定游戏类型具体分析。随着游戏产业的高速发展,越发注重玩家的个性设置才能赢得市场,因此,玩家的自由度提高是大势所趋,游戏本身也呈现日渐开放的态势。当游戏

① See *Weissman v. Freeman*, 868 F. 2d 1313 (2d Cir), cert denied 493 U.S. 883, 110 S. Ct. 219 (1989).

② 关于相关约定的具体内容,参见“网易使用许可及服务协议”,[http://mc.163.com/pe/news/update/2017/10/20/26704\\_719812.html](http://mc.163.com/pe/news/update/2017/10/20/26704_719812.html),最后访问时间:2019年5月15日。

异化为共同创作的工具时,玩家有理由成为合作作者而与游戏作者分享利益。由于演绎作品通常需要获得在先许可,合作作品的思路更易达成游戏开发者与玩家的内部融洽,对游戏画面外部市场的构建也优于固有的演绎作品许可机制。认定玩家行为可以形成合作作品,于游戏画面的保护与利益实现均有所助益。

### 三、游戏玩家行为不构成著作权法意义上的表演

随着电子竞技赛事飞速发展,游戏玩家高超的技巧越来越具有价值。在游戏迷心目中,像 Faker<sup>①</sup> 等职业玩家的操作无疑是一种表演。然而,著作权法意义上的表演与公众认知出入较大。

#### (一)表演者的范畴要遵循类型法定原则

公众认知中的表演者一般较为宽泛,而著作权法上的表演者并非狭义的著作权人,而是邻接权中表演者权的主体,其范围大小取决于不同法域对邻接权的设计理念。广义的表演者还包括了对非作品进行表演的主体,这是《罗马公约》给予各国的自由。但是,认定表演者的范畴必须结合各国立法选择,遵循类型法定原则。我国现行法将表演者严格限定为表演文学艺术作品之人,只有被表演的对象是著作权法意义上的作品时,表演者才能被法律认可而享有表演者权。<sup>②</sup> 故而诸如足球运动员的“表演”由于脱离了特定作品难以构成著作权法意义上的表演。

并非所有作品类型的作者都当然享有我国《著作权法》所包含的 13 项财产权,例如,作者只能在文字作品上享有翻译权,而对建筑作品、音乐作品等类型作品的翻译权则无从谈起。《罗马公约》(1961 年文本)第 3 条规定:“‘表演者’是指演员、歌唱家、音乐家、舞蹈家和表演、歌唱、演说、朗诵、演奏或以别的方式表演文学或艺术作品的其他人员。”英国《版权、平面设计和专利法》更是明确将可被表演的作品限定为文字、戏剧和音乐作品。<sup>③</sup> 表演权是公开传播权的子权利,不同作品类型对应不同的公开传播子权。例如,电影作品通过放映公开传播,美术作品则主要通过展览的方式,这完全是由作品的性质与传播的特征所决定的。从我国立法解释论的视角以及作品的特征,可以进行表演的作品仅限于文字作品、戏剧作品、音乐作品和舞蹈作品四种类型。当然,可被表演作品类型的固定化,并不意味着数字时代所催生的新型作品断然不具有被表演的可能性,如果新的作品类型符合表演活动的一般规律,其是否可以被表演则从立法论的角度似应具有一定探讨空间。

#### (二)竞技游戏的玩家行为特征不符合表演活动的一般规律

即使撇开不同法域立法者公共政策选择的差异,竞技游戏玩家的行为也与表演存在天然差异。2017 年 10 月 31 日,国际奥委会正式宣布,认证电子竞技运动为正式体育项目,这一公告代表着国际奥委会自此把电子竞技纳入奥运会比赛项目。尽管将电子竞技与运动等同存在争议,却也说明了二者具有一定共性,即注重参与者反应、技巧与策略。有观点认为运动员与玩家无法对比,这是因为,运动员相比于游戏玩家缺少了以作品为依托这一条件。<sup>[16]</sup> 根据该观点,玩家似乎具有更大可能性构成表演者。但是,该差异性不能消除两类行为的共性——偏实用而废美感。从主观上说,表演的目的不在于传达行为的难度,而竞技目的恰恰在此,这也是奥运会倡导“更高、更快、更远”,却不强调“更美”的原因。

巴西基于自身产业发展的考量,曾在其《版权法》中规定由俱乐部代位行使运动员的表演者权。该做法受到广泛批评,最终也被巴西立法者废止。从法理上讲,运动员不能成为表演者,很大程度上由于其不表演任何包括已经超过保护期的作品。但由于《罗马公约》允许各国结合国情对表演对象必须是作品的

① Faker 是韩国竞技选手李相赫的游戏 ID,以顶级的游戏操作和取得赛事冠军的数目而闻名,是 LOL 中荣誉最多的职业选手。很多分析人士一直把他排在世界第一,经常称他为“神”,他的对手和粉丝称其为“不死大魔王”(Unkillable Demon King)。参见“维基百科”的介绍, [https://en.wikipedia.org/wiki/Faker\\_\(video\\_gamer\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Faker_(video_gamer)), 最后访问时间:2019 年 5 月 19 日。

② 《中华人民共和国著作权法实施条例》(2013)第 5 条第 6 款:“表演者,是指演员、演出单位或者其他表演文学、艺术作品的人。”

③ See CDPA 1988 s.19(1).

原则做出变通,该一点不足以成为该条文存续的根本障碍。更深层的原因在于,运动员展现的是技巧而不是文学、艺术方面的美感,不能被认定为表演者。众所周知,著作权法保护的是文学、艺术领域的作品,而非技巧性、实用性的产物。同理,竞技游戏玩家的操作行为在主客观上均不涉及著作权法意义上的文学艺术美感,不能因此赋予其表演者权。

此外,从表演者人身权保护的角度,亦可以证明玩家行为的非表演性。一方面,我国《著作权法》第38条赋予表演者“表明表演者身份”和“保护表演形象不受歪曲”两项人身权能。如果说玩家对其操作“表明身份”类似于在物权上登记,在现实中尚有一定可行性,“保护表演形象不受歪曲”则有违生活常理;另一方面,正如英国权威版权学者所指出:“表演者精神权利适用于现场表演或录音制品中,而不延及可固定的视听作品(如电影)”。<sup>[17]</sup>对于游戏作品以类电影作品的方式以整体保护,在我国学界与实务界已有一定共识,玩家操作的画面是对类电影作品的无独创性增量的呈现,作为类电影作品的成分,不单独享有这两项人身权能。<sup>①</sup>使玩家享有表演权,易导致相应人身权权能的落空。

### (三)从游戏作品被表演的可能情形探讨玩家是否构成表演者

事实上,由于立法并未明确将“游戏作品”单独作为一类作品类型,所以我国司法实践在侵权判断上长期采用拆分式保护,即将游戏中可保护的元素一一进行侵权比对。<sup>②</sup>游戏作品是一个复杂集合体,其中包含了不同的作品类型。一般来说,游戏作品画面中可保护的元素分为以下几个方面:计算机软件、文字作品、音乐作品、美术作品并可以在整体上构成类电影作品。由于计算机软件无法在游戏画面中呈现出来,故而不属于可被表演的对象。从逻辑上讲,如果游戏画面中的其他元素属于我国《著作权法》规定的可被表演的对象,则游戏作品可以在局部意义上被表演。

由于游戏作品概念的模糊性,游戏作品的公开传播方式,似乎是学界一直在探讨,却尚未系统化研究的问题。笔者认为,游戏作品虽然具有一定特殊性,其可拆分元素仍分别属于固有作品类型,应遵循公开传播权基本理论予以分析。具体而言,游戏画面中的美术作品一般通过展览和放映实现公开传播,整体构成的类电影作品只能通过放映权公开传播,这两类元素都无法表演。相应地,游戏作品中的文字作品、音乐作品和舞蹈作品都可以被表演。例如《劲舞团》《QQ炫舞》等舞蹈动作游戏,该类游戏中研发者预设的各种舞蹈动作,在满足独创性和固定性的条件下足以构成舞蹈作品。如果现实生活中有人将此类预设的舞蹈动作公开表演,即构成对舞蹈作品的表演,也即游戏作品的部分表演。

从与我国现行法中其他类型表演者(如舞蹈者、歌唱者)的对比来看,表演者必须以自己身体力行的方式呈现文学艺术作品的美感,才能主张人身权和相应财产权。准此以言,无论是RPG游戏的玩家控制角色行为,抑或沙盒类游戏玩家利用游戏创作的行为,都不构成对游戏作品的部分表演。

## 结论

游戏作品著作权问题之所以复杂,深层原因在于立法未对游戏作品的范畴给予清晰地界定,由于不同客体对应不同的法律特征,对游戏作品的相同研究往往因为偷换概念而导致结论差异。游戏市场承载了巨大的利益,游戏玩家能否基于其行为从中分享市场利益,取决于从该行为中可以获得何种法益。本文依据类型化思考,以竞技类游戏与沙盒类游戏的创作模式为代表,一方面从作品或邻接权客体外观出发;另一方面结合主观创作意思、合作意图,分别探讨游戏玩家行为构成演绎作品、合作作品的不同情形。此外,表演者权在我国仅赋予表演文字、音乐和文字作品者,游戏作品中包含此三类作品,因而具有被部分表演的可能性却不能被整体表演。但玩家行为不符合表演的一般特征,且由于与其他三种类型的表演

<sup>①</sup> 严凤英继承人主张严凤英享有在黄梅戏电影《天仙配》中的表演者权,被法院驳回,参见广东省深圳市南山区人民法院(2006)深南法知初字第10号判决书。

<sup>②</sup> 如“暴雪娱乐有限公司、上海网之易网络科技有限公司诉北京分播时代网络科技有限公司、广州市动景计算机科技有限公司等侵害美术作品著作权纠纷案”,广东省高级人民法院(2016)粤民终1719号判决书。

存在较大差异,不宜被认定为著作权法意义上的表演行为。

#### 参考文献:

- [1]王迁.知识产权法教程[M].北京:中国人民大学出版社,2016:26-32.
- [2]NIMMER D. Copyright illuminated: refocusing the diffuse US statute[M].Rijn:Kluwer Law International, 2008: 505.
- [3]United States Copyright Office, Copyright protection not available for names, titles, or short phrase.[EB/OL].[2019-07-02]. <https://www.jdsupra.com/legalnews/copyright-protection-not-available-for-n-67566/>.
- [4]王迁.电子游戏直播的著作权问题研究[J].电子知识产权,2016(2):11-18.
- [5]祝建军.网络游戏直播的著作权问题研究[J].知识产权,2017(1):25-31.
- [6]王迁.论人工智能生成的内容在著作权法中的定性[J].法律科学(西北政法大学学报),2017(5):148-155.
- [7]WU A. From video games to artificial intelligence: assigning copyright ownership to works generated by increasingly sophisticated computer programs[J]. AIPLA quarterly journal, 1997(131): 131-178.
- [8]王泽鉴.民法总则[M].北京:北京大学出版社,2009:238.
- [9]王利明,杨立新,王轶,等.民法学[M].北京:法律出版社,2015:88.
- [10]常鹏翱.论目的意思独立的事实行为[J].法律科学(西北政法大学学报),2012(3):79-85.
- [11]NIMMER M B, NIMMER D. Nimmer on copyright[M].New York: Matthew Bender, 1996: § 6.07.
- [12]郑成思.版权法(修订本)[M].北京:中国人民大学出版社,2009:338.
- [13]FESTINGER J. Video game law[M].Ontario:LexisNexis Canada Inc., 2005:42-59.
- [14]崔国斌.认真对待游戏权利[J].知识产权,2016(2):3-18.
- [15]雷炳德.著作权法[M].张恩民,译.北京:法律出版社,2004:254.
- [16]夏佳明.电子游戏直播中知识产权保护研究[J].电子知识产权,2016(2):19-25.
- [17]DAVIES G, HARBOTTLE G. Copinger and Skone James on copyright—second cumulative supplement to the fifteenth edition[M]. London:Sweet & Maxwell, 2007: 88.

## On the Copyright Nature of the Video Game Player's Behavior

CHEN Hu

(Intellectual Property School, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

**Abstract:** Based on the degree of freedom, the game player behaves differently. Only when the player behaves with creative intention, can it be called a derivative work. The explicit or implicit agreement between the game developer and the player can be identified as joint creative intent in such games with much freedom. If both parties contribute original content, a collaborative work can be constituted. For the reason that a game includes literary, music and dance works that can be performed, there is the possibility that video game can be partially performed. Nevertheless, the player's behavior does not conform to the existing copyright law system in China, it is not appropriate to grant the player the right of performance because in most cases, the player's behavior is to convey skills rather than artistic aesthetic feeling.

**Key words:** gamer behavior; derivative work; joint work; performer

(责任编辑:董兴佩)