

论“已经固定”不是电影作品的可版权要件

熊文聪

(中央民族大学 法学院,北京 100081)

摘要:多个司法判决认为,由于《著作权法实施条例》第四条将电影作品描述为“摄制在一定介质上”,故“已经固定”是电影作品的可版权要件。这种说法是站不住脚的。《著作权法》第三条和《著作权法实施条例》第四条均不是作品的“定义性条款”,作品的可版权性是一个价值命题,仅与独创性有关,而固定仅涉及作品与物质载体相结合,从而使其能被感知、被传播和被存储等技术问题,与创作无关,与《著作权法》鼓励创作的立法目的无关。因此,即使没有稳定固定的体育赛事直播视频也应当属于可版权作品。

关键词:电影作品;可版权性;固定;直播视频

中图分类号:D923.4

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2019)02-0052-05

法院在几起体育赛事直播视频的侵犯著作权纠纷案件判决书中认为,电影作品(包括“以类似摄制电影的方法创作的作品”)受著作权保护的前提(或“要件”)之一是该电影作品必须已经稳定地、持久地固定于一定的物理介质之上,否则不予保护。而体育赛事公共信号由于在直播过程中采取的是随摄随播方式,整体画面并未稳定固定于有形载体上,故不满足电影作品的“已经固定”要件。^①对此,有学者给出了不同看法,指出“在我国著作权法的语境下,并没有一般性地将作品被固定作为获得著作权保护的前提条件”。^{[1]101}笔者也认为,“已经固定”不是电影作品的可版权要件,本文将从逻辑、法理、事实及比较法等多个视角加以论证。

一、如何给概念下定义

顾名思义,所谓“可版权性”,即探讨智力成果在满足什么条件或要素下才能受到著作权保护。而众所周知,著作权保护的对象就是作品,故可版权性问题又可转化为在法律视野下对作品概念或构成要件的追问。根据形式逻辑,任何一个概念都具有内涵和外延两个方面。内涵是指反映在概念中的事物的特性或本质,外延是指反映在概念中的一个个、一类类的事物。^{[2]13}而下定义就是通过“属十种差”的方法来明确某概念的内涵,即定义是揭示概念所反映的对象的特点或本质的一种逻辑方法。^{[2]23}依照这一形式逻辑学的基本常识,我们可以得出《著作权法实施条例》第二条“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。”是作品的“定义性条款”,因为它明确了作品的内涵或构成要件:“具有独创性”和“能以某种有形形式复制”。

据笔者观察,有不少司法判决将《著作权法》第三条视为作品的“定义性条款”,即主张著作权保护的一方当事人必须证明涉案智力成果到底属于《著作权法》第三条项下的哪一类作品,如果不符合任何一种“法定”作品类型的构成要件(由《著作权法实施条例》第四条给出),则不具有可版权性。但仔细推敲《著

收稿日期:2018-12-13

基金项目:中央民族大学“双一流”科研创新团队项目支持

作者简介:熊文聪(1978—),男,江西临川人,中央民族大学法学院副教授,法学博士,硕士生导师。

^① 参见北京知识产权法院(2015)京知民终字第1818号民事判决书;北京市第一中级人民法院(2014)一中民(知)初字第6912号民事判决书。

作权法》第三条的字面含义和语法结构可知,它完全没有定义“什么是作品”,或者说它完全没有给出智力成果的可版权要件。

首先,此条第一句话为:“本法所称的作品,包括以下列形式创作的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品”。用“作品”来界定“作品”,这不是“属十种差”,而是循环论证,让人读过之后仍然搞不清楚,到底什么是作品,什么又不是作品。

其次,基于前述逻辑学原理,下定义必须明确某个概念的内涵,而《著作权法》第三条仅仅列举了作品的若干种类(即“外延”),而没能揭示作品的特点或本质,显然它不属于“可版权要件”条款。

最后,退一步讲,就算它列举了作品的若干项外延,但又由于这种列举是“穷尽式”的(因为其第(九)项“其他作品”前加了限定词“法律、行政法规规定的”,而至今为止,除著作权法外,没有哪部法律或行政法规规定了一种前八项之外的新的作品类型),这又犯了“定义项与被定义项不能完全重合”的错误,因为定义项与被定义项必须在外延上具有全同关系,即必须在外延上完全相等。如果违反这条规则,定义项的外延就会比被定义项的外延或多或少,即意味着定义项不能正确揭示被定义项的内涵。^{[2][25]}也就是说,只要具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果,都构成作品,不论其表现形态如何,也不论其是否属于所谓的“法定类型”。

由此不难看出,《著作权法》第三条不是作品的“定义性条款”,不能因为涉案智力成果不属于该条所列任一作品类型而将其排除在著作权保护之外。皮之不存毛将焉附,依附于《著作权法》第三条而存在的《著作权法实施条例》第四条显然也就不能视为每种法定作品类型的可版权要件条款,故即使其中描述电影作品指“摄制在一定介质上”的作品,即使“摄制在一定介质上”被非常狭隘地理解为“已经稳定地固定于一定介质上”,那也不能得出“已经稳定地固定于一定介质上”俨然可以充当电影作品的可版权要件。

二、可以复制≠已经固定

《著作权法实施条例》第二条给出了智力成果可版权的两个要件:具有独创性+能以某种有形形式复制。根据《现代汉语词典》,“能”系助动词,表示具备某种能力或达到某种效率,而“已经”为副词,表示动作、变化完成或达到某种程度。显然,能够复制不等于已经复制,更不等于已经固定。“能够复制”恰恰说明作品不是有体物,因为有体物是不能够被复制的。作品就是形式、知识、符号或信息,它是有形无体的,但它要被感知、被传播,需要依赖于一定的物质实体。^{[3][69-71]}这就决定了作品在依附于一定的物质载体之前,它就已经是作品了。如果非得以“可以被感知”“可以被传播”作为著作权保护之前提,那判断依附在什么物质载体上及依附时间长短的标准,就是它能够被感知、能够被传播即可。实际上,“固定”(fixation)有两种不同含义,一种含义是指有形无体的作品“依附”于一定的物质载体之上从而能够被感知和传播,可简称为“感知、传播型固定”;另一种含义是指作品被长期稳定地“存储”于一定的物质载体之上,可简称为“存储、保留型固定”。有时,这两个环节是同时完成的,比如用笔在纸上作画,画创作完成了,其依附于纸上被看见的同时也被稳定地保存于纸上。但有时,这两个环节是先后完成的,比如音乐家即兴创作并演奏了一首新曲,这首新曲通过空气(一定的物质实体)的振动从而被感知和传播,但尚未被稳定地“存储”于物质载体之上,直到其被录制在唱片或硬盘上。如果不加区分,这两个环节很容易混为一谈。《美国联邦版权法》101条就出现了这种问题,其对“固定”的解读是:“作品‘固定’在有形载体上,指经作者同意将作品体现在文本上或录音制品上,其长期性和稳定性足以使在不短的时间内可感知、复制或者以其他方式传播作品。”这里的“固定”到底是指作品依附于一定的物质载体从而可以被感知和传播还是说作品被长期稳定地录制、存储于一定的介质上,并不能得到非常确定的答案。

显然,我国《著作权法》并不要求作品必须长期稳定地“存储”于一定的介质上才受保护。有人说在法条列举的作品类型中,唯独只有“口述作品”是不要求以“已经固定”为可版权前提的。这种说法并不尽然,实际上,“音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术”等以“人的动态表演”为要素(而非指以静态的文字、符号

等呈现的书面表达)的作品都不要求“已经固定”。如果按照北京知识产权法院在最近的“音乐喷泉”案中的观点,甚至连“美术作品”都不要求已经固定。^①归根到底是因为“可版权性”是一个价值判断问题,而不是事实描述问题:一个东西是什么并不决定它是否应当受保护,^{[3]7-12}故将“是否已经固定”这种纯粹技术问题作为一个价值判断要件,且仅限于评判电影作品的可版权性,其正当性何在呢?

有人认为,电影作品之所以要以“已经固定”作为可版权要件,是因为《著作权法实施条例》第四条对作品类型的定义中,就规定了电影作品必须“摄制在一定介质上”。这种说法是站不住脚的。

首先,前文已经充分论证了《著作权法实施条例》第四条连同《著作权法》第三条都不是可版权要件条款,故可以说无论这些条款如何定义或描述某一作品类型,都不影响其是否受著作权保护的判断。

其次,无论是从电影的发展历史还是现实情况来看,“摄制”(即采用摄像机拍摄)都不是创作电影的唯一方式。并且从司法实践来看,缺乏摄制环节也不是电影作品(包括“类电影作品”)享有著作权的障碍。在“奇迹 MU”等多起涉及网络游戏的著作权案件中,法院都认为虽然网络游戏的创作方法不是“摄制”,但根据《伯尔尼公约》第二条第(1)项对“类电影作品”的描述,其本质在于表现形式与电影作品相同或类似,而非创作方法,故游戏的整体画面可以作为“类电影作品”获得著作权保护。^②

再次,退一步讲,即使认为《著作权法实施条例》第四条可以作为可版权要件条款,但就中文语法和字面含义而言,摄制“在”一定介质上,意味着在尚未依附于一定介质之前或者说在依附的同时,电影作品就已经存在了,就已经创作完成了。如果按照前述“固定”的第一种含义,“摄制在一定介质上”只是将电影作品与物质载体相结合,从而使电影作品能够被感知和传播的机械操作过程而已,它与“创作”毫无关系。

最后,再退一步讲,即使“已经固定”是电影作品受著作权保护的前提,以“直播”的方式拍摄、传输电影作品也完全满足“已经固定”要求。在早期,电影作品需要摄制在胶片上;在数码时代,电影作品可以摄制在硬盘、光碟等介质上;而在无线电和流媒体时代,电影作品完全可以摄制在光波或电磁波上,并通过光电载体的交替转换进行快速传播并最终被人感知。电磁波虽然无法用肉眼识别,但并不能否定其物理属性。根据百度百科的定义,信号是指“表示消息的物理量,如电信号可以通过幅度、频率、相位的变化来表示不同的消息。这种电信号有模拟信号和数字信号两类。信号是运载消息的工具,是消息的载体。”可见,信号本身就是承载了消息或信息的物质载体或介质。因此,承载了电影作品的信号,完全满足已经固定之要求。

三、比较法视角的考察

有人认为,以“直播”的方式传输视听作品并不能满足美国版权法中的“固定”要求。对此,《美国联邦版权法》101条给出的回答是:“由正在传送的声音、图像或两者构成的作品的录制与其传送同步(simultaneously)进行的,就本法而言,视为‘固定’”。可见,直播视频只要在向外传送的同时也被录制,就满足固定要求。虽然即兴创作尚未稳定存储或同时录制下来的演讲、舞蹈、表演或广播难以获得美国联邦版权法的保护,但根据《美国联邦版权法》301条,这并不影响其可以获得普通法或任何州之成文法的保护与救济。并且,诚如前文所言,美国版权法混淆了“感知、传播型固定”和“存储、保留型固定”,故“已经固定”是不是应当作为可版权的实质条件,并非毋庸置疑,已有多位美国学者对其逻辑自洽性提出了质疑。^[4]

世界上绝大多数国家都不要求作品必须以长期稳定地“存储于”一定介质之上作为其可版权要件。作品一旦创作完成(即使是临场发挥的演讲、音乐、舞蹈或表演),无论其以何种形式表现,著作权即自动产生。《伯尔尼公约》1948年布鲁塞尔文本首次将电影作品纳入其第2条第1款列举的作品类型之中,并增加了“以类似摄制电影的方法制作的作品”这一用语。作出这一修改的原因是之前的柏林会议指出,鉴于电影产业不断发展的特点,各种新方法都有可能被发明出来,应该规定将这些新事物纳入公约。^{[5]373}因

^① 北京知识产权法院(2017)京73民终1404号民事判决书。

^② 上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第529号民事判决书;上海知识产权法院(2016)沪73民终190号民事判决书。

为上世纪 40、50 年代的电影作品都是摄制并存储于胶片上的,所以是否“已经固定”并不是一个问题,而到了 60 年代后期,电视作品出现了,其是通过无线电信号方式传播的,并没有长期稳定地存储于一定介质之上,能否视为电影作品受到著作权保护便产生了分歧。对此,《伯尔尼公约》1967 年斯德哥尔摩会议达成了一致意见,即规定成员国可以根据文学和艺术作品的一般定义,甚至根据另一种不同于公约中采用的制度来保护未固定的作品。^{[5]374}与此同时,《伯尔尼公约》1967 年文本还特意将“以类似摄制电影的方法制作的作品”中的“制作”一词改为“表现”,从而不要求“类电影作品”必须在录制方法上与电影相同,而仅要求其在表现形式和视觉效果上与电影相同或类似,该规定便可适用于电视“直播”,即无事先录制的情形。^[6]有学者评论道,令人啼笑皆非的是,如果过去一度曾因受保护种类的“方法”要素而对需要通过不同固定形式来制作的视听作品能否受到保护提出过质疑的话,那么如今鉴于电影摄制中使用的诸多不同介质和方法,“电影作品”“以类似摄制电影的方法表现的”作品和一般视听作品之间的区别看来也就不再具有什么重要意义了。^{[5]376}

四、赛事直播视频满足“固定”要求

体育赛事直播视频(或称“公共信号”)由于采用的是“随摄随播”的方式,那是否满足所谓“固定”要求呢?基于前述分析与论证可知,答案是肯定的:满足。

其一,从技术上看,赛事直播视频在“上星”之前,是需要先“录制”在安装于导播车上的存储介质之上的,以便在出现紧急情况无法正常传输卫星信号时,这些保存在导播车上的视频信号可被及时调用。因“存储”带来的时间差使得电视观众在看到赛事画面时,总是会比现场延时十几秒钟。不难理解,这实际上已经达到甚至超过了美国法上“向外传送的同时被录制”这一固定要求的“高标准”。

其二,比赛现场抓拍精彩画面的摄像机可以实现慢镜头回放,其机理就在于这些设备内部安装了存储介质。

其三,也许有人会说,尽管赛事公共信号在上星之前已被录制下来,但通过卫星传输并最终由荧屏观众看到的仍然是动态的、乃至无形的赛事画面,故仍然不满足“已经固定”要求。这是一种似是而非的诡辩。根据著作权法原理,作品本身就是纯粹的形式化表达(无体物),它只是符号组合整体上体现的排列关系、比例关系。经过对符号的主观选择,作品就已经创作完成了。但创作完成并不意味着作品能够在时空中被传播、被人的感官获取、察知。要想被传播、被感知,作品就必须与一定的物质载体相结合。荧屏观众之所以能相隔万里看到正在进行中的比赛画面,显然是因为这些画面已经与一定的物质载体相结合了,尽管该载体(光波、电磁波等)是人的肉眼看不到的,但并不能否定载体的存在。同样地,如果因为公共信号是动态的、“无形的”就否定直播视频已经固定,那可以说任何作品都不满足“已经固定”要求。因为在阅读一部小说或聆听一首音乐时,被我们的感觉器官所接收的信息早已不是固定在纸面或硬盘中的小说或音乐,而是借助光和空气的振动传递而来的作品。如果这些事实对于判断其他作品的可版权性都不是障碍,那为什么要对赛事直播视频如此苛刻呢?

总而言之,无论对“固定”做何种含义的解读,它都只可能是技术问题、事实问题,但一项智力成果应不应当或值不值得用著作权保护,却是一个典型的价值判断和政策选择问题。一件东西是什么并不决定它就必然受保护或必然不受保护,《著作权法》第一条彰显的立法者的价值选择是:但凡进行了创新、产生了作品,就应当通过保护来加以激励。创新可以包括电影作品内容层面,也可以包括电影作品表现形式层面,当然还可以包括电影作品传播与“固定”等技术层面。因此,讨论“已经固定”是否是电影作品的可版权要件问题是有意义的,它能帮助我们去伪存真,看清著作权法的内在逻辑、价值目标与前进方向。

参考文献:

- [1]万勇.功能主义解释论视野下的“电影作品”[J].现代法学,2018(5). 95-104.
- [2]华东师范大学哲学系逻辑学教研室编.形式逻辑(第五版)[M].上海:华东师范大学出版社,2016.
- [3]熊文聪.事实与价值二分:知识产权法的逻辑与修辞[M].武汉:华中科技大学出版社,2016.
- [4]MERGES R, MENELL P, LEMLEY M. Intellectual property in the new technological age: 2016[M]. CA: Clause 8 Publishing, 2016: IV-32.
- [5]山姆·里基森,简·金斯伯格.国际版权与邻接权——伯尔尼公约及公约以外的新发展[M].郭寿康,等译.北京:中国人民大学出版社,2016.
- [6]德利娅·利普希克.著作权法与邻接权[M].联合国教科文组织,译.北京:中国对外翻译出版公司,2000:512.

On “Having Fixed” Being Not an Element of Copyrightability for the Film Works

XIONG Wencong

(School of Law, Minzu University of China, Beijing 100081, China)

Abstract: Recently several judicial decisions have held that “having fixed” is a copyright element for the film works because the Article 4 of the *Regulations for the Implementation of the Copyright Law of the PRC* describes the film works as “filming on a certain medium”. This argument is not justified. The Article 3 of the *Copyright Law* and the Article 4 of the *Regulations for the Implementation of the Copyright Law of the PRC* are not defining clauses. Copyrightability is a value proposition, only related to its originality, while “having fixed” only involves the combination of the works and the material carrier, which makes it perceived, disseminated and stored. Therefore, it has nothing to do with creation, nor with the legislative purpose of the *Copyright Law*, that is, to encourage creation. In this way, the live sports event video, though it is not fixed, should belong to a copyrightable work.

Key words: film works; copyrightability; fixed; live video

(责任编辑:董兴佩)