

新《著作权法》背景下非典型作品保护探究 ——以新型艺术创作成果为例

卢婷婷

华东政法大学知识产权学院, 上海

收稿日期: 2022年10月29日; 录用日期: 2022年11月25日; 发布日期: 2022年12月2日

摘要

近几年来, 国内外司法实践中出现较多涉及新型艺术创作成果保护的相关案件, 在满足独创性、可复制性的条件下, 这类新型艺术创作成果可归入美术作品进行保护, 权利人也享有展览权等配套权利。由此得出非典型作品的保护启示, 对作品类型的立法应当把握最本质的特征, 使其具备适应社会发展的弹性解释空间; 法院应避免兜底条款的滥用, 优先进行作品类型的认定, 若无法纳入现有作品类型, 也应谨慎认定著作权人享有的专有权利范围。

关键词

作品类型, 非典型作品, 美术作品, 独创性

Research on the Protection of Atypical Works in the Context of *The New Copyright Law*

—Taking the New Artistic Creation as an Example

Tingting Lu

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

Received: Oct. 29th, 2022; accepted: Nov. 25th, 2022; published: Dec. 2nd, 2022

Abstract

In recent years, there have been many cases involving the protection of new artistic creation in judicial practice at home and abroad. Under the conditions of originality and reproducibility, such

new artistic creation can be classified into works of art for protection, and the copyright owner also enjoys the right of exhibition and other supporting rights. From this, we can draw the inspiration for the protection of atypical works. The legislation of types of works should grasp the most essential characteristics, so that it has a flexible interpretation space to adapt to social development; the court should avoid the abuse of the “bottom line” clause and give priority to the identification of the types of works. If it cannot be included in the existing types of works, it should also carefully identify the scope of the exclusive rights enjoyed by the copyright owner.

Keywords

Work Type, Atypical Work, Works of Art, Originality

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

作品是著作权法保护的主体，但这一概念却难以界定。近几年来，一些非典型作品的出现，如电子游戏、体育赛事直播、音乐喷泉等，它们都具有重要的市场价值，但其不能纳入法定作品类型或者处于法定作品类型边缘状态[1]。学界和实务界对于这类智力成果是否可以获得我国著作权法的保护以及如何保护存在着分歧。以美术作品为例，在人们印象中，传统艺术家手握画笔或刻刀，在画布或石木上进行创作；但随着艺术创作手段和表现介质逐渐多元，人类社会不断涌现出新的艺术创作成果，跨越和融合各种形式和媒介，对传统艺术类型和形式造成了强烈冲击。这些新型艺术创作成果具有动态和短时性的特点，创作介质并不再局限于画布和硬质材料，如以水为介质的音乐喷泉、以灯光为介质的灯光秀、以沙子为介质的沙画、以人类头发为介质的发型设计等。

“音乐喷泉”案终审判决¹依旧在持续引发众多学者的关注和讨论，而音乐喷泉是否构成作品以及应当归属于何种类型的作品也存在着较大的争议。有学者认为，音乐喷泉不构成《著作权法》意义上的作品[2]；有学者认为，二审法院认定音乐喷泉构成美术作品是正确的[3]；有学者认为，音乐喷泉不符合我国《著作权法》中美术作品的定义和保护范围，因此不构成美术作品，进而应当认定为汇编作品[4]或视听作品[5]；此外，新《著作权法》对作品类型进行开放式规定，也有学者认为音乐喷泉可以构成第(九)项规定的其他作品[6]。对以音乐喷泉为代表的新型艺术创作成果的保护路径研究，需要明确《著作权法》作品定义和作品类型条款的适用，以及明确美术作品类型的内涵和外延。

2. 对新型艺术创作成果是否构成作品的认定

著作权法对客观世界进行裁剪，并对其中部分符合保护要件的作品赋予著作权保护[7]，因此并不是所有智力成果都属于著作权法保护的主体，应当首先对新型艺术创作成果是否构成《著作权法》上的作品进行认定。新《著作权法》第三条对作品的构成要件作出规定，将作品定义为文学、艺术、科学领域内有独创性，并能以一定形式表现的智力成果；第(九)项的规定则意味着将符合作品特征的智力成果均纳入《著作权法》的保护范围之内。

2.1. 独创性的认定

独创性一词源于“originality”，包括“独”和“创”两部分，“独”指的是该作品由作者独立创作，

¹ 参见北京知识产权法院(2017)京73民终1404号民事判决书。

独立完成，“创”则指作品为智力创作成果，对创造的要求并不意味着对作品质量和价值的追求，无论是“阳春白雪”和“下里巴人”都可以受到著作权法保护，但仍须具有一定程度的“智力创造性”，如一个小孩在黑板上随手乱画的几道横线并不能形成著作权法意义上的作品。许多新型艺术创作都具备独创性，凝聚了艺术家们的构思和心血；而不具有独创性的作品无法受到著作权法保护，如中国法院对在植物线条、色彩搭配上未能体现独创性的插花拒绝保护²，美国法院曾拒绝对采用花木行业中存在已久的插花手法创作的胸花装饰作品³提供保护等等，因此并不是所有的新型艺术创作成果都可以受到著作权法的保护。

此外，虽然著作权法不保护技术性的创新成果，但对人类智力创作的要求并不意味着对技术参与的排斥。有学者对通过机械装置或计算机软件控制的音乐喷泉和灯光秀等作品是否可以受到保护提出质疑，认为作品美感的最终形成并不来源于人为因素的参与，这样的看法是错误的。以“音乐喷泉”案为例，设计师创作时需要对接泉的造型进行设计，并根据音乐制成水舞图谱等，最后将程序命令写入数控软件当中。音乐喷泉的形成确实有数控软件和硬件设备的参与，但这些硬件和软件只是作者实现水体动态的手段，并不会磨灭设计师的创造性投入。因此，机械装置的使用并不影响作品的独创性判断。

2.2. 可复制性的认定

在新型艺术创作成果的保护问题上，“可复制性”要件格外重要。有学者认为，作品必须被固定在物质载体上，而在音乐喷泉中，无论是“婀娜多姿的水舞”、“绚丽斑斓的灯光”还是“灿烂缤纷的色彩”都是稍纵即逝的[8]，因此不能被保护。而我国司法实践在插花案⁴、“西湖十景”发型案⁵中均肯定了作品的可复制性，如在“西湖十景”发型案中，法院认为该发型“以有形的表达方式呈现”，且可以通过拍照、摄录等方式复制，因此具备可复制性。

我国《著作权法实施条例》中的“可复制性”经常和美国版权法中的“固定性”(fixation)进行比较。而美国在应对新型艺术作品保护时，固定性往往也是判决书中论证的重点。美国版权法中的固定性是指作品必须“被固定在有形的(tangible)表达载体上”，而该固定必须“足够持久和稳定”，不能是转瞬即逝的。⁶该固定性要求在司法实践中存在较大的争议，人们开始思考，时长一个月的橱窗展览，时长三个月的博物馆墙上的绘画作品排列，以及夏季每晚上演的灯光秀，是否达到固定性的要求。⁷之后，美国法院在 *Stern* 案中对电子游戏提供了保护，认定其达到了固定性的要求，因为在游戏的每一次播放过程中，视觉和声音保持不变，而不是从它们被看到和听到的持续时间来认定作品的固定性。⁸由此可见，美国版权法中的固定性要件也在逐渐发生变化，是否能稳定地再现也纳入固定性的考量当中，并不仅仅从持续时间来判断。

此外，同美国版权法不同，固定性并非我国《著作权法》作品的构成要件，从我国对口述作品的保护可以看出。且根据新《著作权法》，我国将作品可复制性要件规定为“能以一定形式表现”，即只要作品承载于一定的物质载体上，能够被客观感知即可[9]。著作权法保护的是表达而不是载体，载体只是感知表达的工具，因此不论该载体是有形的还是无形的，瞬间的还是永恒的，只要能使人感知到作品表达的存在，则不能因载体的属性而否认作品的属性[10]。作品的物质载体既可以是是有形的，如传统的纸张、油墨，无固定形态的水、沙子等，也包括无形的，如电子、激光等。但是，味道、气味等是一种化学方

² 参见山东省济南市历下区人民法院(2016)鲁0102民初976号民事判决书。

³ See *Gardenia Flowers, INC., v. Joseph Markovits, INC.*, 280 F. Supp. 776, 782 (S.D.N.Y.1968).

⁴ 参见济南市中级人民法院(2017)鲁01民终998号民事判决书。

⁵ 参见杭州市中级人民法院(2011)浙杭知终字第54号民事判决书。

⁶ See H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess.

⁷ See Joan Infarinato, *Copyright Protection for Short-Lived Works of Art*, 51 *FORDHAM L.REV.* 90 (1982), pp112.

⁸ See *Stern Elecs., Inc. v. Kaufman*, 669 F.2d 852, 856-57 (2d Cir. 1982).

法的结果，其表现载体无法被人客观、准确地接收^[11]，因此载体也不可无限扩张。综上，我国《著作权法》可以对符合作品特征的新型艺术创作成果提供保护。

3. 对新型艺术创作成果的作品类型认定

新《著作权法》第三条第(九)项的规定从“法律、行政法规规定的其他作品”向“符合作品特征的其他智力成果”转变，因此对于符合作品特征的新型艺术创作成果，有不少学者主张直接适用“其他作品”条款进行保护，无须费尽心思考虑其应当纳入哪种传统作品类型。这种做法看似降低审判难度，实际上却给著作权权利的范围带来了更大的不确定性。我国《著作权法》规定了一些专属于某些作品类型的权利，如展览权只适用于美术作品与摄影作品，出租权只适用于视听作品和计算机软件等，可见不同类型的作品有不同的使用方式。且根据著作权法定原则，权利人所享有的权利应当限制在一定的范围内，不可无限制的扩张，虽然《著作权法》第十条对著作权权项作出兜底条款的规定，但法院在对该条款的适用中保持了极其谨慎的态度，否定了司法实践中所谓“融资权”⁹、“贬低社会人格权”¹⁰等权利人所主张的权利。那么，像音乐喷泉这样的新型艺术创作成果是否可以给予如展览权、出租权等仅仅适用于某一类作品的特殊规则？又如何应对新型作品带来的新的作品使用方式和侵权行为认定？

由此可见，即便适用“其他作品”的兜底条款对新型艺术创作成果提供保护，依旧会存在著作权人权利范围不明晰的问题，进而可能导致权利过度扩张和司法稳定性的破坏。同时，考虑到与特殊规则的衔接问题，目前仍需要对这类非典型作品进行作品类型归类的考察。然而，对新型艺术创作成果的作品类型认定存在以下法律困境：

3.1. 不符合传统美术作品的外在特征

以音乐喷泉为代表的新型艺术创作成果不符合传统美术作品静态的特征。根据《著作权法实施条例》第四条第(八)项对美术作品的定义，《著作权法》并无对美术作品的静态或动态作出限定，但无论是在学术界还是在司法实践中，都有不少人持美术作品应当是静态艺术造型的观点，并认为“音乐喷泉案”二审法院将音乐喷泉纳入美术作品保护是一种强行扩张和法院的“无奈之举”。有学者引用《中国美术辞典》对美术作品的定义，美术作品是静态可视的平面、浮雕或立体的形象，诱使与视觉发生密切关系的艺术，从而认为美术作品应当是静态的^[12]；有学者对条款进行解读，认为著作权法所保护的美术作品应当是和绘画、书法、雕塑等性质相类似的静态艺术表达^[13]。由此可见，以音乐喷泉为代表的新型艺术创作成果可能会因为不符合传统美术作品静态的特征而被排除在美术作品的保护范围之外。

此外，美术作品权利人享有对原件或复制件的展览权。对于传统美术作品，原件和复制件可以很容易区分开来，如画稿、雕塑等。而对于新型艺术创作成果，在承认具有可复制性的基础上，如何区分其原件和复制件，不仅影响对复制行为的认定，也影响展览权的实现。就音乐喷泉而言，喷泉喷射效果的最终呈现并不完全是喷泉图纸的再现，那么音乐喷泉作品的原件究竟是喷泉设计图纸还是中科公司最终生产的具有灯光、色彩、水舞元素的作品？展览权的实现形式又是什么？这些都存在争议。

3.2. 难以适用其他作品类型保护

在对新型艺术创作成果进行保护时，由于对是否构成美术作品的认定存在困难，有些学者在承认该具有艺术美感的创作成果应当受到著作权法保护的基础上，试图绕开对美术作品的认定，转而寻求其他作品类型进行保护，而最接近的便是汇编作品和视听作品这两种类型。例如在音乐喷泉案中，有学者认为，音乐喷泉可以作为汇编作品进行保护^[14]，因为音乐喷泉是对若干作品具有独创性的排列组合，符合

⁹ 参见北京知识产权法院(2017)京73民终2049号民事判决书。

¹⁰ 参见上海知识产权法院(2015)沪知民终字第442号民事判决书。

《著作权法》中对汇编作品的保护内容。而对于一些空间装置艺术,有些学者也主张认定为汇编作品,如在美国一起关于住宅装饰艺术(House Beautiful)的纠纷中,有学者认为,该艺术家在创作之前需要先搜寻适合创作的房子,从而找到其满意的墙壁外观,再独创性地放置其创作材料,因此可以符合选择——安排(selection-arrangement)原则构成汇编作品进行保护。

然而,任何作品的创作都是对各种要素的汇编,如根据黄仁宇在《汴京残梦》中对张择端创作《清明上河图》的描述,该画创作过程是张择端对国画院画师们在各处的写生进行选择、组合,在过渡之处作画后最终形成。如果该描述属实,我们依然会认定该画为美术作品而不是汇编作品^[15]。回到“音乐喷泉”案中,音乐喷泉可以受到保护是因为其对各要素独创性的编排,还是具有其本身独立的艺术美感呢?如果将一切难以认定的作品归于汇编作品的范畴,则会使汇编作品产生实质上的兜底作用,违背《著作权法》对汇编作品的立法本意。

此外,最新通过的《著作权法》将原有“电影作品和类电作品”改为“视听作品”,部分学者主张将一些动态艺术作品纳入视听作品的保护范围。有学者对“音乐喷泉案”进行解读时认为,音乐喷泉呈现的是一幅幅动态的画面,有音乐伴奏,且与人的听觉和视觉均有接触,因此可以归为视听作品保护。^[16]有学者引用法国“灯光秀”案的判例,主张可以借鉴法国对灯光秀采用视听作品保护的^{模式}。但实际上,法国法院保护的是其“独特的视觉创造”(original visual creation),主要指的是灯光给人带来的视觉享受,并没有认定为视听作品。¹¹

《视听作品国际注册条约》第二条规定,视听作品是由一系列固定的相关图像组成的有伴音或无伴音的作品。《著作权法实施条例》尚未对视听作品作出定义,但“视听作品”这一作品类型是由原有的“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”发展而来。由此可见,动态艺术作品和视听作品的定义相去甚远。

因此,新型艺术创作成果也难以用汇编作品、视听作品等其他作品类型进行保护。

4. 新型艺术创作成果的著作权保护路径

由上文可知,对新型艺术作品的保护存在着法律适用上的难题,但正如“音乐喷泉”案二审法院在判决书中所述,该类作品“呈现具有属于美术作品的解释余地”,且纵观我国《著作权法》的规定,只有美术作品具备保护新型艺术创作成果的空间^[17]。因此,对《著作权法》美术作品类型内涵和外延的梳理,有助于解决新型艺术创作成果的保护难题。

4.1. 明确美术作品保护要件

首先,从法律解释的角度梳理我国《著作权法》中美术作品的保护范围。根据法解释学的理论,如果立法文本中包含某种法律解释的可能性,可以更好地适应社会现实需求,应当“依社会现有的观念”进行解释。根据《著作权法实施条例》第四条中对美术作品“例示+规定”的定义,可看出美术作品有以下几个构成要件:构成方式为“线条、色彩或者其他方式”;具有审美意义;是平面或立体的造型艺术作品。根据立法者的解释,我国著作权法所保护的美术作品只有绘画、书法、雕塑以及实用艺术品四类。然而,这样的保护范围显然过于狭窄,难以应对不断涌现的艺术创作形式的变化对美术作品的冲击。从条文中看,“线条、色彩或者其他方式”为现代社会所出现的新的艺术表现形式留了解释的空间;从保护的现实需求来看,司法实践中的插花著作权纠纷案、发型设计著作权纠纷案,以及生活中的沙画作品、灯光秀、空间装置艺术作品、跨媒体艺术作品等突破了传统静态美术作品的载体和表现形式的新^型美术作品大量出现,也为该条文的解释提供了依据。因此,美术作品不应当仅包括静态、无声的艺术作品,一些具有艺术美感的动态、短时的艺术作品也有纳入美术作品类型保护的可能性。

¹¹See Cour de cassation, Chambre civile 1, du 3 mars 1992, 90-18.081, Inédit.

其次，从比较法视野来看，英美法系采用“艺术作品”(artistic works)的概念，且多采用开放式的例示规定形式。美国版权法则采用了“视觉艺术品”(visual art)的概念，保护可供人观看欣赏的艺术作品，其范围更加广泛，不限制创作的方式、手法和造型类别，既不限于二维和三维，也不限于动态和静态。由此可见，更加开放的作品类型规定具备法律解释的弹性空间，也可以更好地应对艺术发展对著作权法带来的挑战。

4.2. 厘清美术作品和其他作品类型的边界

对美术作品和其他作品类型边界的厘清，不仅可以避免作品类型的错误认定，也可以对新型艺术创作成果适用正确的配套权利规则。由上文可知，新型艺术创作成果存在着是否可以适用汇编作品、视听作品进行保护的争议，因此下文主要讨论美术作品与这两种作品类型的界限划分。

4.2.1. 与汇编作品的区分

一些新型艺术创作成果涉及多种要素的编排，如音乐喷泉对歌曲和水舞的结合，空间装置艺术对空间内各个物品的放置，地景艺术对花草、石头和其他材料的编排等等，似乎可以落入汇编作品的保护范围，因此需要讨论美术作品和汇编作品的界限。首先，根据《著作权法》对汇编作品的定义，汇编作品是对作品、作品片段以及其他不构成作品的材料或其他材料的汇编，此处的其他材料是否可以指自然界中的物质材料呢？答案应当是否定的。依据“作品”和“数据”的并列关系，法条中规定的“其他材料”应当是指作品与数据之外的其他信息，不包括物理实物。欧盟在《数据库法律保护指令》中指出，“数据库”一词应被理解为包括文字、音乐、艺术或其他作品的汇编，或者诸如文本、声音、图像、数字、事实和材料等其他材料的汇编，也与物理世界中的实物明显不同。因此，汇编作品的材料并不能包括自然界中的物质材料。其次，如果独创性的选择和编排仅仅是产生《著作权法》各类作品的手段，则并不应当单独构成汇编作品。在“音乐喷泉”案中，虽然设计师们对音乐作品、水舞和灯光进行了独创性的编排和结合，但最终呈现的音乐喷泉具有独立于各部分作品和元素的美感，因此不能认定为汇编作品。

4.2.2. 与视听作品的区分

由上文可知，在新型艺术作品中，一些动态艺术作品如灯光秀、沙画等存在着是否可以纳入视听作品类型的争议。

对美术作品和视听作品的区分，应当着重把握这两个作品类型的本质特征。从视听作品的定义上看，视听作品由一系列相关固定图像组成，如电影、电视剧、短视频等，其本质特征在于一系列图像(motion pictures)，并不是简单如字面意思中只要可视可听的作品都可以构成视听作品。虽然音乐喷泉和灯光秀属于动态美术作品，但其喷射效果和展现效果与“图像”相去甚远。此外，在物质媒介的使用上，视听作品与美术作品也存在着差异。以传统美术作品绘画和传统视听作品电影为例，绘画作品采用颜料、纸张等质料，这些质料本身也具备审美价值，是美术作品的重要组成部分，而电影运用摄像机械、胶片等物质媒介，这些质料本身无审美价值，电影只是借助这些媒介传达信息^[18]。回到新型艺术创作成果中，作品中的动态元素同时也是作品中艺术意义的组成部分，¹²应当将其归于美术作品的类型而非视听作品。

4.2.3. 明确新型艺术创作成果原件和复制件的区分

可复制性是作品的构成要件，复制权是作者的权利。作品总附着于一定的载体上，该载体可能为原件，也可能为复制件。作品原件和复制件的区分，影响美术作品展览权的行使，在设立追续权的国家也对权利人的追续权产生影响。由前文可知，这些新型艺术作品具有可复制性，但是其动态、转瞬即逝的特点使得作品难以被稳定地复制。正如一些学者所言，音乐喷泉在喷射的过程中，水流和光线都具有即

¹²See Megan Carpenter & Steven Hetcher, Function over Form: Bringing the Fixation Requirement into the Modern Era, 82 FORDHAM L. REV. 2221 (2014), pp2225.

刻流动的特质，整套设备于异地表演时难以精确、稳定地重现画面。那么，如何区分动态艺术作品的原件和复制件呢？

首先，大部分情况下，作品原件当然就是艺术家们亲手设计创作的艺术作品，如前文所述的发型设计师在模特头上设计的“西湖十景”发型便是以头发为载体的作品原件。而根据《著作权法》对复制行为的定义，复制件可以通过印刷、复印、录音、录像、翻录、翻拍、数字化等方式产生，因此摄影师可以通过给发型拍照的方式生成作品的复制件。音乐喷泉、灯光秀等动态艺术作品同样有可以通过翻拍、翻录等方式产生复制件的可能。其次，可复制性并不意味着能够产生完全相同的智力成果^[19]，这和专利法上的实用性并不相同。艺术作品与文学作品和音乐作品不同，具有其特殊性，无论技术怎样完善，复制件永远无法完美地传达艺术家的信息。¹³创作过程不可逆转，事后无法探求^[20]。因此，不能以无法相同再现来得出动态艺术作品不具有复制件的论证。最后，作品存在唯一载体的情况也时常发生，在仅有原件存在的情况下，也并不影响作品权利人享有展览权的权利。因此，认定为美术作品后权利人也可以享有配套权利规则。

综上，在对《著作权法》美术作品类型进行再梳理后，法院可以通过法律解释将新型艺术创作成果纳入美术作品的范围保护。

5. 新型艺术创作成果的著作权保护路径

通过对新型艺术创作成果进行著作权保护的路径探究后，我们可以从中归纳出适用于其他非典型作品的保护启示。从立法技术上看，作品类型的规定应当把握最本质的特征，排除非必要特征；从法律适用上看，应避免兜底条款的滥用，法院仍应当首先进行作品类型的归类，但不可强行解释，若出现无法归类的新作品，在给予著作权保护时也应谨慎认定著作权人享有的专有权利范围。

5.1. 把握作品类型最本质特征

立法上，作品类型的立法应把握该作品类型最本质特征，排除非必要特征。知识产权与技术极其密切，著作权法更被称为“技术之子”^[21]，对作品类型的规定应秉持技术中立原则，落脚于最终的表达形式而非创作时依赖的媒介和技术手段，因为技术会随着时代的发展而不断变化，但具有审美意义的表达形式在一定时期内具有稳定性。以视听作品为例，我国《著作权法》第三次修改将“电影作品和类电作品”修改为视听作品，是因为人们逐渐认识到“摄制于一定介质”并非决定视听作品受法律保护的关键因素。美国版权局登记指引中将动态图像(motion pictures)作为登记的种类之一，当图像以连续的顺序显示时，它们会形成一种肉眼可感知的动态效果，这一类别中通常登记的作品包括电影、电视节目、电子游戏、动画等等。由此可见，在美国视听作品保护中，一系列连续动态图像的显示是该作品类型的最本质特征。美术作品也是如此，是否静态或动态，是二维还是三维，并不是美术作品最本质的判断标准。如德国著作权法对美术作品的保护采用了“定义 + 例示”的方式，但更侧重于作品的表达手段，只要求能够“直观地表达美学内容”。因此，在对作品类型进行立法规定时，应当把握最本质的特征，正确归类。

5.2. 避免兜底条款的滥用

司法适用上，应避免兜底条款的滥用。目前，对于非典型作品的保护，有归入法和构成要件法。归入法是将非典型作品尽可能地解释为传统作品类型，如英国司法实践中所采取的“鸽巢方法”，作品获得保护必须归类于著作权法规定的客体^[22]；构成要件法则不再纠结于非典型作品如何归类，仅关注其是

¹³See Anthony O'Dwyer. The Nature of the Artists' Resale Right (Droit de Suite): from Antiquity to Modernity. *Intellectual Property Quarterly*, 2017(1), pp. 107.

否构成著作权法意义上的作品[23]。但是这两种方法都存在着弊端。首先,虽然新《著作权法》第三条对作品类型采用了开放规定,不属于前(八)项作品类型的非典型作品也可以得到保护,但作品类型的开放并不意味着例示性条款的舍弃,在规定了开放式作品类型的国家,类型化依旧是作品保护的重点。黄茂荣教授曾经指出,类型化不仅可以降低法律认识的劳动强度,还可以检查上位类型和下位类型是否存在矛盾和不一致。在著作权法中,由于作品的内涵和保护标准难以把握,类型也成为人们补助思考的工具,如对照“文字作品”的定义进行保护,比起对照作品概念进行保护更为直观和容易,司法实践中也积累了较多审判经验。因此,主张对开放式作品类型的规定并不意味着要抛弃类型化的立法模式。其次,当出现了无法通过法律解释纳入作品类型的情况的时候,也不能随意扩张,如英国曾将游戏与智力测试节目模式作为戏剧作品进行保护,¹⁴ 过于牵强。在此种情况下,该非典型作品属于兜底条款规定的“其他作品”,但在给予著作权保护时也应谨慎认定著作权人享有的专有权利范围。

6. 结语

新《著作权法》作品类型的开放规定为文学、艺术、科学领域内的非典型作品保护提供了一条必要且可行的保护途径。在对独创性和可复制性进行认定后,新型创作成果也可纳入我国《著作权法》的保护范畴。正如博登海默所说,“稳定与变化在法律生活中趋向于相互连接和相互渗透。”我国《著作权法》规定的作品类型已足以涵盖人类社会大部分智力劳动成果,因此在面对非典型作品的保护上,应坚持审慎原则,优先通过严格的法律解释纳入现有的作品类型范畴,而面对无法纳入的其他作品,也可以运用兜底条款进行保护,灵活应对。如此方能实现著作权人与社会公众的利益平衡,促进文学、艺术、科学领域的文化繁荣。

参考文献

- [1] 梁志文. 作品类型法定缓和化的理据与路径[J]. 中外法学, 2021, 33(3): 684-702.
- [2] 袁锋. 论音乐喷泉的著作权法定性——兼评我国“音乐喷泉著作权第一案”[J]. 电子知识产权, 2019(7): 11-20.
- [3] 李琛. 论作品类型化的法律意义[J]. 知识产权, 2018(8): 3-7.
- [4] 中国知识产权报. 音乐喷泉引发著作权保护之争[EB/OL]. http://www.cipnews.com.cn/cipnews/news_content.aspx?newsId=101074, 2017-07-04.
- [5] 卢纯昕. 法定作品类型外新型创作物的著作权认定研究[J]. 政治与法律, 2021(5): 150-160.
- [6] 崔立红. 短时艺术品著作权保护的实证研究[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2018(6): 63-73.
- [7] 卢海君. “作品类型法定原则”批判[J]. 社会科学, 2020(9): 95-103.
- [8] 王迁. 论作品类型法定——兼评“音乐喷泉案”[J]. 法学评论, 2019, 37(3): 10-26.
- [9] 赵翰原. 侵害作品唯一载体行为研究[D]: [硕士学位论文]. 武汉: 武汉大学, 2017.
- [10] 来小鹏, 贺文奕. 论电子游戏画面的作品属性[J]. 电子知识产权, 2019(11): 29-40.
- [11] 黄武双, 查汝玲. 食物味道和香水气味的著作权适格性问题研究[J]. 科技与法律, 2019(6): 13-18.
- [12] 唐昭红. 美术作品著作权保护的比较研究[J]. 武汉科技大学学报(社会科学版), 2004, 6(1): 38-41.
- [13] 刘文琦. 论著作权客体的扩张——兼评音乐喷泉著作权侵权纠纷案[J]. 电子知识产权, 2017(8): 30-38.
- [14] 袁博. 谈谈“喷泉第一案”中的两个版权问题[EB/OL]. 搜狐网. https://www.sohu.com/a/245482771_99928127, 2018-08-06.
- [15] 王迁. 论汇编作品的著作权保护[J]. 法学, 2015(2): 35-49.
- [16] 郭仕捷. 新型视听作品的著作权保护——由“音乐喷泉第一案”展开[J]. 北京化工大学学报(社会科学版), 2019(3): 30-35.

¹⁴See *Banner Universal Motion Pictures Ltd v Endemol Shine Group Ltd & Anor* [2017] EWHC 2600 (Ch).

- [17] 蓝纯杰. 新型艺术创作成果法律保护的现实需求——以“西湖音乐喷泉案”为管窥[J]. 法治论坛, 2019(4): 42-55.
- [18] 焦晓军. 美术与电影的辩证关系研究[J]. 电影文学, 2013(17): 134-135.
- [19] 金松. 论作品的“可复制性”要件——兼论作品概念条款与作品类型条款的关系[J]. 知识产权, 2019(1): 59-68.
- [20] 李琛. 谢绶樵与独创性[J]. 电子知识产权, 2005(8): 58-58+61.
- [21] 任安麒. 作品类型兜底条款的证成、选择与适用——兼议非典型作品的著作权保护路径[J]. 电子知识产权, 2021(4): 40-56.
- [22] 易玲, 杨泽钜. 著作权客体法定疏证——兼论“非典型作品”的保护[J]. 商学研究, 2021, 28(2): 118-128.
- [23] 曹阳. 非典型作品著作权保护的审慎原则证成与修正[J]. 电子知识产权, 2019(12): 57-69.