

论作品类型化的法律意义

李琛

内容提要：立法中的作品类型化是例示性而非限定性的，凡公认符合作品定义的新表达，只要立法未明确排除，应当予以著作权保护。不过，当新表达难以归入法定类型时，应更为谨慎地检验其是否属于作品。不同的作品类型可能对应不同的保护规则，对新作品归类时，要重点考虑该作品与保护规则是否匹配。

关键词：著作权法 作品 作品类型化

Abstract: The categories of works listed in copyright law are exemplary, not limitative. All the new types of expressions meeting the constitutive requirements of work are copyrightable, unless they have been explicitly excluded from the legal protection. But if a new type of expression cannot be found in the statutory lists, its eligibility as work should be more strictly examined. Because the categorization of works corresponds to different protection rules, the match degree between the work and the applicable rules should be regarded while classifying a new type of work.

Key Words: Copyright law; works; categorization of works

一、问题的提出

在立法技术上，各国著作权法通常不仅规定作品的定义，还会罗列作品的具体类型，我国也不例外。我国著作权法对作品的类型化主要借鉴了《伯尔尼公约》，而该公约对主要的作品种类规定得比较全面，因此司法实践中很少因为作品的归类产生争议。但艺术创作与技术传播都是非常活跃的力量，出现前所未有的作品新类型，在逻辑上是完全可能的。一旦出现这种情形，立法中的作品类型是否具有有限定效果，直接关系到新作品保护之得丧。近年来，这个问题在我国已经从逻辑假想变成了事实，司法者的观点也存在分歧。到目前为止，我国的司法裁判中主要出现了以下四种不同的解决方案。

方案一，认为涉案表达虽不属于立法明确

列举的类型、但符合作品要件时，援引《著作权法》第3条第（九）项（法律、行政法规规定的其他作品）予以保护。^①

方案二，认为涉案表达虽不属于立法明确列举的类型、但符合作品要件时，援引《著作权法实施条例》第2条（作品的定义）予以保护。^②

方案三，认为法院在《著作权法》第3条规定之外无权设定其他作品类型，并认为该条第（九）项中的“其他作品”只能是法律、行政法规已经规定的作品。也就是说，如果是《著作权法》与其他法律、行政法规未明确规定的作品类型，不应得到著作权保护。^③

方案四，肯定了《著作权法》第3条第（九）项的“其他作品”必须是法律、行政法规明确规定的类型，对新作品的保护，应当尽量利用已有作品类型的立法弹性，但对于无法

作者简介：李琛，中国人民大学法学院教授

基金项目：本成果受到中国人民大学“统筹推进世界一流大学和一流学科建设”专项经费的支持（项目批准号：15XNLG06）。

① 北京市海淀区人民法院（2016）京0108民初字第14322号民事判决书。

② 北京市朝阳区人民法院（2014）朝民（知）初字第40334号民事判决书。

③ 北京知识产权法院（2015）京知民终字第1818号民事判决书。需要说明的是，这个观点是判决的附带性意见，涉案表达不受保护的真正原因是未被认定为作品。

解释为已有类型的情形，判决未发表意见。例如，在“音乐喷泉著作权”案的二审判决中，法官把涉案表达解释为美术作品予以保护，使个案得到解决，所以未触及“无法解释为已有作品类型时如何处理”的问题，至少没有明确地提出“不合乎已有类型就不予保护”。^④

鉴于上述争议，有必要在理论上辨明作品类型化的法律意义，以便司法作出最恰当的法律解释。

二、立法中作品类型化的例示性

在民法理论中，“物权法定”是指物权的种类与内容须法定，从未有“物类法定”的说法。除了法律明确排除保护的禁止流通物，绝对不会因为某种物前所未见而不予保护。相反，社会鼓励人们不断创造出新物。同理，即使认为“著作权应当法定”（对此观点存在不同意见），法定的对象也是权项而非作品。从创作自由的角度分析，只要不违反法律的禁止性规定，任何艺术形式的新探索都是值得鼓励的，不能要求作者“依法定类型创作”。因为新作品归不到旧类型中而不予保护，无异于削足适履。另外，从利益平衡的角度而言，作品数量的增加并未扩张著作权的范围（这与新权项的确立是不同的）。出于社会公共利益的考虑，应当慎重对待的是作品性的判断，避免把不符合作品要件的对象纳入著作权的保护范围。新作品类型的出现，有益于社会文化而无损于公共利益。因此，在法理上，“作品类型法定”没有正当性。既然法律无意限定作品类型，又何必罗列、而不是直接规定一个作品概念了事呢？从思维方法来看，“当抽象——一般概念及其逻辑体系不足以掌握某生活现象或意义脉络的多样表现形态时，大家首先会想到的补助思考形式是‘类型’。”^⑤反映在立法上，类型比概念更具体，可以提供找法的便利，减轻解释的负担。对照“文字作品”去判

断现实中的表达，当然比对照“作品”的抽象概念更直观、更容易。因此，概念与类型并用，是立法常用的手法，反映为概括加列举模式。作品的立法类型化，首要的功能便是例示指引。承认作品立法类型的例示性，既是立法通例，也是理论通说。

例如，《法国知识产权法典》第L.112-2条采用了“被视为本法典意义上的智力作品尤其包括……”的表述。《德国著作权法》第2条也规定，受保护的文学、科学、艺术著作尤其指……“尤其”一词是为了强调所列举的作品属于典型作品，但并非限定列举。德国学者雷炳德明确指出：“立法者仅仅通过举例的方式，对作品的类别进行了列举。一旦随着科学技术的发展而在文学、科学或者艺术领域出现了新的作品类别，毫无疑问，这些新的作品也受到著作权法的保护……”^⑥《日本著作权法》第10条的标题即为“作品的例示”。值得一提的是，我国近代著作权立法就已经采用了列举加概括的立法技术，以示作品类型的开放性。例如，1915年《著作权法》第1条在列举作品类型之后，于第（五）项规定“其他有关学艺美术之著作物”，1928年《著作权法》第1条第（五）项则表述为“其他关于文艺、学术或美术之著作物”。我国台湾地区“著作权法”亦明确规定，“本法所称著作，例示如下……”萧雄淋教授认为：“惟本条仅就受保护之著作加以‘例示’，而非列举。”^⑦张懿云教授持相同观点，“‘著作权法’第5条第（一）项，例示十种著作类型，但并不以此为限，保留了日后若有新的创作类型，只要能满足著作之保护要件，自创作完成时起，即得受著作权之保护。”^⑧有美国学者对立法中作品列举的解释亦同：“这些作品种类的列举并不是排他性的。……具有根本性意义的观念是，除非受到特别的排除，一切被固定在有形体的表达媒介

④ 北京知识产权法院（2017）京73民终字第1404号民事判决书。

⑤ [德]卡尔·拉伦茨著：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第337页。

⑥ [德]M.雷炳德著：《著作权法》，张恩民译，法律出版社2005年版，第112页。

⑦ 萧雄淋著：《新著作权法逐条释义（一）》，五南图书出版有限公司2000年版，第86页。萧教授此处所指的“列举”显然是“限定列举”之意。

⑧ 张懿云：《著作权法及相关案例介绍》，我国台湾地区“经济部智慧财产局”2009年版，第36页。

上的原创性表达都有资格获得版权保护。”^⑨

国际组织的观点也不例外。《伯尔尼公约》第2条第1款规定，“‘文学艺术作品’一词包括文学、科学和艺术领域内的一切作品，不论其表现形式或方式如何，诸如……”马苏耶的解释是：“使用‘诸如’二字，表明这一列举完全是一种例示，而不是详尽的；它只是给各国立法者提供若干指导。”^⑩负责著作权公约的另一个国际组织——联合国教育、科学及文化组织主持编写的著述中表达了同样的观点。*The Copyright ABC*一书强调：“特别需要指出的是，作品清单只是举例（It is important to note that such lists are given by way of example only），清单中没有特别提到的其他创作成果也可以得到保护……”^⑪《著作权与邻接权》一书中指出：“各国在这方面的法律为了说明有关问题，通常是举例式地而不是限制性地列出一些受保护的作品。”^⑫

综上，立法中的作品类型是例示性而非限定性的，在知识产权法教义中已成共识。

三、立法中作品类型化的规范功能

作品类型化的例示性，并不意味着可以轻率地对待作品分类。除了提供找法便利、减轻解释负担的作用外，立法中的作品类型化还具有若干规范功能。

其一是便于作品登记。著作权登记通常需要注明作品类别，国外学者也认为，“在一定程度上，它们的作用是作为管理性分类而被版权作品登记所遵行。”^⑬

其二是与相应的特别规则衔接。著作权法中的某些特别规则是仅仅适用于某一类作品

的，这些规则的确立必然以作品分类为前提。例如，视听作品适用特别的权属规则，美术作品原件的所有人可以行使展览权。如果没有视听作品、美术作品的分类，这些规则就无法表述。正因为如此，一种新作品的归类，不能仅仅依据直观感受判断与哪类作品相近，更要考虑与作品类型相匹配的规则。“法律类型之构成亦取决于其共同特征，只是哪些特征之共同，在法律上有类型化之意义，尚待于规范上之价值判断。”^⑭例如，在“音乐喷泉著作权”案中，原告自己选择登记的作品类型是“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品（以下简称视听作品）”。从音乐喷泉兼具可视可听效果的角度考虑，音乐喷泉似乎可以归入视听作品。但从规则匹配的角度考虑，音乐喷泉作品难以适用视听作品的权属规则，更重要的是，音乐喷泉通常设置在户外公共场所，并成为公众拍摄、录制的对象。为了社会公共利益，应当适用长期设置于户外公共场所的艺术品合理使用规则。因此，如果要在现有类型中对音乐喷泉归类，归入美术作品要优于视听作品。

此外，鉴于立法中确定的作品类型是长期以来文艺理论与创作实践的总结，如果某种表达难以归类，也有可能是其作品性本身存在疑问。因此，对于难以归类的新表达，应当更为谨慎地检验其是否符合作品要件。山姆·里基森和简·金斯伯格认为，《伯尔尼公约》中的“列举”仍然是公约提供保护的唯一可靠的保证。^⑮但从他们所举的引发争议并由后来的公约予以明确规定的作品类型（实用艺术品、计算机程序、数据库）来看，争议的实质其实是围绕着“究竟是不是作品”，尤其关涉“是

⑨ [美] 谢尔登·W. 哈尔彭、克雷格·艾伦·纳德、肯尼思·L. 波特著：《美国知识产权法原理》，宋慧献译，商务印书馆2013年版，第12页。

⑩ 《保护文学和艺术作品伯尔尼公约（1971年巴黎文本）指南》，刘波林译，中国人民大学出版社2002年版，第13页。北京知识产权法院（2015）京知民终字第1818号民事判决书引用了该译作，判决书的注释2表述为：但需要指出的是，使用“诸如”二字“只是给各国立法者提供若干指导，但实际上作品的主要各类全部都列举出来了”。完整的原文是：“使用‘诸如’二字，表明这一列举完全是一种例示，而不是详尽的；它只是给各国立法者提供若干指导。”《保护文学和艺术作品伯尔尼公约（1971年巴黎文本）指南》的原文是“实际上作品的主要种类全部都列举出来了（in fact all the main categories of works are set out）”，而不是“各类”。

⑪ 英文原文可见联合国教科文组织著：《版权法导论》，知识产权出版社2009年版，第18页。

⑫ [西] 德利娅·利普希克著：《著作权与邻接权》，中国对外翻译出版公司、联合国教科文组织2000年版，第46页。

⑬ 同注释⑨。

⑭ 黄茂荣著：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第480页。

⑮ [澳] 山姆·里基森、[美] 简·金斯伯格著：《国际版权和邻接权——伯尔尼公约及公约以外的新发展》（第二版），郭寿康、刘波林、万勇、高凌瀚、余俊译，中国人民大学出版社2016年版，第353页。

否属于文学、艺术和科学领域”。我国有论者强调作品类型的法定化，其实主要的顾虑也是在于，某些表达本身是不是作品可能存疑。例如，有作者举邻接权为例：某些邻接权对象在逻辑上满足作品条件，但立法将之排除在狭义著作权之外。^{①⑥}这个例子提出了两个有价值的启示：第一，面对新型表达，要区分究竟是作品的归类问题还是作品的资格问题。在某些作者权体系的国家，邻接权的对象被认为没有独创性，所以争议的实质还是在于作品性的判断，而非作品类型法定。第二，在判断作品性时，应当尊重已有立法和社会一般观念。在立法已经确立邻接权与狭义著作权之分、社会文化普遍认为邻接权对象没有独创性的前提下，法官不能仅凭个人的看法，把立法规定为邻接权对象的表达解释为作品。同理，对于“计算机字体构成作品”这样引发广泛质疑、欠缺社会共识的观点，司法者有必要谦抑个人之见。^{①⑦}

因此，本文赞同把作品的法定类型清单作为一个重要指南，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。本文也赞同，如果立法已经先行确定了某种对象（例如作者权体系中的表演）不是作品，应属于“立法已经明确排除”，不得予以著作权保护。但是，本文不赞同“绝对作品法定主义”。所谓“绝对作品法定主义”，是指：承认某种新表达毫无争议地符合作品要件，立法也没有排除保护，仅仅因为无法在现行法中归类而拒绝予以著作权保护的立场。“绝对作品法定主义”违反了作品类型的例示性。

四、保护作品新类型的解释方法

基于上述分析，当涉案表达不属于常见的作品类型、但毫无争议地符合作品要件、且法律未明确排除时，应当予以保护。在法律依据的选择方面，应当优先选择法定类型，充分

利用法定作品类型定义中的弹性空间，例如“等”“其他”之类的字眼。

但是，由于某些作品类型与特别规则相对应，所以未必任何新作品都适于归到已有的类型中。在这种情况下，司法者仍然应当对新作品予以保护。除了因为前面论证过的作品类型的例示性之外，还有一个类比考量的理由：与作品的类型列举相比，著作权权项的列举具有强得多的限定意义。权利的范围相当于社会契约，是权利人独占范围与社会公众共享范围的界分。《美国知识产权法原理》一书认为，作品的列举不是限定性的，但在介绍版权人的权利时，却认为“这些列举是完全的、穷尽式的，不可能再推导出其他权利来。”^{①⑧}日本学者田村善之认为，在创设知识产权的解释方面，“裁判所的判断也应该以克制的态度进行参与。”^{①⑨}当然，对此也有不同的立场，《德国著作权法》在对著作财产权的列举之前也使用了“尤其是”的表述，以示列举的非限定性。但至少对于权利内容的例示性，远不如作品类型的例示性那样达成了共识。而我国现行《著作权法》采用了“应当由著作权人享有的其他权利”的表述，司法实践对于著作权的内容也早已作出过创设性解释。^{②⑩}与著作权内容相对的规则是著作权的限制，我国的“合理使用”立法技术原本是借鉴了作者权体系，采用了限定列举，而司法实践也早已突破立法，创设了新的合理使用类型。^{②⑪}所谓“举重以明轻”，司法对于具有较强限定意义的列举尚且采取开放的解释态度，对于原本没有限定意义的作品类型的解释当然不必作茧自缚。

由于我国《著作权法》对作品类型的规定没有明确地采用“例示”之类的表述，具体法定类型之外的唯一条款只有第3条第（九）项。因此，如何解释“法律、行政法规规定的其他作品”至关重要。本文认为，可以结合前

^{①⑥} 陈锦川：《法院可以创设新类型作品吗？》，载《中国版权》2018年第3期。

^{①⑦} 参见《知识产权》2011年第5期，专题评述：“评方正公司诉宝洁倩体字侵权案”。

^{①⑧} [美]谢尔登·W.哈尔彭、克雷格·艾伦·纳德、肯尼思·L.波特著：《美国知识产权法原理》，宋慧献译，商务印书馆2013年版，第79页。

^{①⑨} [日]田村善之编：《日本现代知识产权法理论》，李扬等译，法律出版社2010年版，第22页。

^{②⑩} 在“信息网络传播权”和“其他权利”条款尚未引入立法时，法院就保护了信息网络传播权。参见北京市第一中级人民法院（1999）一中知终字第183号民事判决书。

^{②⑪} 参见李琛：《论我国著作权法修订中“合理使用”的立法技术》，载《知识产权》2013年第1期。

述司法实践中的方案一与方案二，把《著作权法实施条例》解释为“其他行政法规”，鉴于《著作权法实施条例》第2条规定了作品定义，因此可以把符合作品定义的新型表达解释为“法律、行政法规规定的其他作品”。这种解释既符合作品类型的例示性，也可以被立法文义所涵盖，且逻辑可以自洽。作品的定义条款同《著作权法》的其他条款一样，完全可以发挥规范功能。萧雄淋教授在解释我国台湾地区“著作权法”时指出，“故非属于本条第一项所例示之著作，有可能亦属本法第3条第一项第一款之‘著作’，而受‘著作权法’保护。”^{②②}本文建议的解释思路和此观点相同，通过激活作品定义条款，实现已列举作品类型的例示性，使我国《著作权法》与《著作权法实施条例》在总体上达到概括加列举的规范效果。

本文作者在参加学术会议时，听到一种反对观点：依据立法本意，“其他作品”只能是法律、行政法规规定的具体作品。前述方案三认为法院无权设定作品类型，也隐含了这种看法。对此回应如下：

1. 我国《著作权法》未明示作品类型的例示性，这一缺陷是客观存在的。在有缺陷的立法之下，很难作出完美无瑕的解释。即便真的不符立法本意，“大德不逾闲，小德出入可也”。^{②③}如果采取狭隘的解释，必然导致“绝对作品法定主义”，那就从根本上背离了作品类型化的立法目的。

2. 按照法解释学的理论，立法本意并不具有当然的优先性。“在一个法治国家里，人们应该考虑和遵循的仅仅是立法者表现在法律文字中的客观意思，而不应该是立法者的主观

意思。”^{②④}既然立法文本中，包含了某种解释的可能性，该解释能更好地适应现实需求，且类比其他条款的解释在司法取向上更为和谐统一，没有必要固守立法者本意。此外，“立法本意”的确定向来有主观说与客观说之争。杨仁寿先生认为，“惟所谓立法者之意思，并非指立法者当时之意思而言，而系指依当时立法者处于今日所应有之意思，故法意解释，应依社会现有的观念，就立法资料的价值予以评估……”^{②⑤}1990年《著作权法》的立法者规定“其他作品”条款就是有意为新作品的保护预留空间，若其目睹今日社会发展之迅速，又见今日知识产权司法力量之雄厚，是否仍固守“必得法律、行政法规已作明确规定”，令人怀疑。

当然，如果坚持认为对“其他作品”应采狭义解释，那就只能从立法文本的其他措辞寻求解释空间。例如，《著作权法》第3条的表述是“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”，“包括”一词也可以解释为“包含但不限于”。最彻底的解决办法，莫过于立法者修改我国《著作权法》第3条，明确作品类型的非限定性，例如把第3条第（九）项修改为“其他文学、艺术和科学领域内具有独创性的表达”。但无论如何，奉行绝对作品法定主义是不妥当的。

结语

司法谦抑或是能动，均不可空泛评价，需结合立法的价值取向。在限制处谦抑，向自由处能动。■

^{②②} 同注释⑦。

^{②③} 《论语·子张》。

^{②④} 张志铭著：《法律解释操作分析》，中国政法大学出版社1999年版，第41页。

^{②⑤} 杨仁寿著：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第123页。