

论作品的独创性

金渝林

“独创性是版权作品的本质属性”这个命题适用于所有现存的版权制度,但是有关独创性概念的规定性相应于不同的版权制度而有所不同。应把独创性作为界定版权作品的标准时,不同版权制度之间因独创性的差别导致了其版权作品正面实质条件的多样性。^{〔1〕}现存的版权制度主要分为两大体系,一个是大陆法系国家普遍采用的“作者权体系”另一个是英美法系国家普遍采用的“版权体系”。在这两个不同的体系之间,独创性概念的内涵和外延存在着根本性的差别,产生这一差别的原因是多方面的,但是它最直接地表现为不同的体系对“创作”概念在认识上的分歧。

一、作者权体系对独创性概念的规定

在作者权体系中,作者的权利是自然的、绝对的和不应受到限制的人权,因为作者创作的作品是作者人格的表现,是作者人格的一部分,而且在作者的一生都和作者相关联。^{〔2〕}作者的创作活动不是一般的劳动,也不是单纯凭技巧,甚至不是一般的智力活动,而必须是作者运用创造力从事的智力创造活动。智力创造活动有三个明显的特征:其一,它是人运用人脑的思维意识机制从事的活动,包括记忆、观察、想象、思考、判断等各种形式。智力活动的这一特征使得它从本质上区别于借助体力从事的劳动,也区别于其他生物无目的的活动以及一切非生物无意识的所谓“创造”活动。^{〔3〕}智力活动是在人脑中才能进行的活动,人脑不能从人体中分离出来,从而注定了这项活动只能是作为自然人的个人才能够从事的一种活动,非自然人的法人或其他社会组织则不能直接从事这项活动。根据这一原理,作者权体系不承认除自然人以外的任何法律主体为作者,从根本上否定了任何组织能够原始取得作者权的可能性。^{〔4〕}其二,它旨在产生无形的知识而不是有形的物。智力活动的这一特征使它区别于所有以直接产生有形物为目的的活动。其三,它必须是活动主体运用个人的创造力从事的活动。运用创造力从事的智力活动在本质上区别于机械的、重复性的智力活动,包括单纯凭技巧从事的智力活动。技巧也

• 本文作者系中国社会科学院法学研究所助理研究员。

〔1〕 有关作品概念和作品实质性构成要件请参看笔者1994年在中国人民大学学报第3期上发表的论文《论版权理论中的作品概念》。

〔2〕 Stephen M. Stewart & Hamish Sandison, *Inter'l Copyright and Neighbouring Rights*, Butterworths, 1989, P. 6.

〔3〕 机器是否能够创作的问题目前在国内外学术界、计算机界都有争论,有些国家(如英国)已经在法律中肯定了计算机创作的作品。

〔4〕 同〔2〕, P. 7.

就是“巧妙的技能”，而技能是指掌握和运用专门技术的才能。单纯凭技巧从事的智力活动只限于运用已经掌握了专门技术，所以它不属于智力创造活动的范畴。在作者权体系，作者的创作活动被归类于智力创造活动，其目的在于通过对作者权的保护来鼓励人们发挥创造才能从事智力创造活动。在智力创造活动中，主体的创造力凝聚在客体中就形成了智力创造结果的创造性特征，它是主体具有的特殊的质在客体中的反映。由此可见，只有具有创造性的作品才是真正表现了作者人格的作品，才是作者创作的作品。就象黑格尔在论及文艺作品时指出的“只有通过心灵而且由心灵的创造活动产生出来，艺术作品才成其为作品。”〔5〕

创造性是智力创造结果和一般智力活动结果相比在本质上的区别，是智力创造结果的质的规定性。一般在论述版权理论的独创性概念时，通常要将其同专利理论中的“首创性”概念作一个对比，〔6〕以辨明它们之间的区别。在直觉上，独创性和首创性的区别在于，首创性要求智力创造结果和已经存在的知识相比有实质进步性，因此在一个确定的时刻与已有知识相比它是唯一存在的，智力创造结果的这一特征由另一个概念“新颖性”来描述。专利保护对智力创造结果的新颖性要求符合人类社会知识积累的客观规律性。在人类社会知识积累的过程中，已经存在的知识无论以什么形式再现都不会对社会知识积累作出贡献，在这个意义上任何与已有知识相比没有新颖性的智力创造结果都不产生社会价值；独创性要求智力创造结果和已有知识相比在表现上存在着差异性，至于它是不是已有知识的再现则不重要。智力创造结果的这一特征由另一个概念“个性”刻划出来。版权保护对智力创造结果的个性要求体现了人类对文化生活多样性的追求。如果一个智力创造结果在表现上是唯一的，那么无论它是否有独创性都将被排除于版权保护的范畴。从理论上讲，不论是在版权理论还是在专利理论中，智力创造结果在质的规定性上都是相同的。但是，首创性和独创性毕竟是有区别的，这个区别产生于新颖性和个性对智力创造结果的界定。新颖性和个性分别刻划了创造性的不同的度，新颖性把这个度标定在唯一性上而个性把它标定在多样性上。由于个性是能够在结果上反映出的智力创造活动的最基本的特征，因此个性描述的是智力创造结果的能够被分辨的最低的创造性的度。〔7〕综上所述，“新颖性”和“个性”分别是智力创造结果的量的规定性，它们分别确立了专利和版权保护的智力创造结果需要达到的创造性的最低的度。所以，在作者权体系中独创性是对一类智力创造结果的质和量的规定性，它界定了受版权保护的智力创造结果，即版权作品的范围，使其既区别于没有创造性的可版权作品又区别于专利保护的发明。在一些采用作者权体系的国家之间，独创性概念的涵义也不完全相同，这一差别主要源于不同国家确定受版权保护的智力创造结果的量的规定性的不同。〔8〕即使在同一个国家里，相应于不同种类的作品也会因为相同的原因出现独创性概念在内涵上不完全相同的情况。

国外有些学者认为，作品的独创性必须从主观的意义上理解，不能象发明的首创性那样可以用作客观的标准。如果这种观点成立，那么独创性的确不能用作标准，因为标准不能有任何任意性。但是这种观点与客观存在不符，在版权制度中独创性不仅被用作确定版权作品的标准，

〔5〕 黑格尔：《美学》第1卷，朱光潜译，商务印书馆1979年版，第49页。

〔6〕 同〔2〕p. 50；Paul Goldstein, Copyright, Little, Brown & Co., 1989, p14—16。

〔7〕 要否定它是创造性的最低的度需要找到并论证一个比刻划多样性更低的创造性的度。

〔8〕 Thomas Dreier, “The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs. EIPR [1991]9.

而且在作者权体系也是版权侵权的主要判据。事实上,作为标准的独创性象首创性一样也是客观的。^{〔9〕}在任何一个版权制度中,独创性都有确定的规定性,这样它才可以作为标准从智力活动结果的属界定出具有一定特征的种。独创性标准之所以给人以“主观”的假象,不妨从以下几个方面对独创性和首创性这两个标准作一个对比分析。首先,作为标准的独创性不同于作为概念的独创性。作为概念的独创性是对版权保护的智力创造结果在某个方面的本质属性的描述,因此它是片面的;作为标准的独创性已经从抽象上升为具体,是具体的再现,它综合了版权保护的各项规定,诸如保护的目、范围和社会效果等等,因而它能够正确地反映出所保护的对象的本质及其规律。由于作为标准的独创性揭示了版权保护的智力创造结果的内在本质和必然发展规律,因此它是客观的。同样,作为标准的首创性也不同于作为概念的首创性。如果混淆了它们之间的关系,把作为概念的独创性和作为标准的首创性进行比较,因为前者仍然停留在抽象的阶段而后者已经从抽象上升到具体,所以必然会得出独创性只能从主观意义上理解而首创性可以用作客观标准的结论。

其次,首创性和独创性分别描述了专利技术和版权作品的本质特征,一事物的特征只有在与他事物的比较中才能呈现出来。在专利制度中,被用作比较的对象“现有技术”虽然在理论上是抽象的,但是相对于任何一项具体的发明,现有技术又都是确定的、具体的。专利是依法定审批程序产生的,在一项专利获得批准时该项专利技术的首创性就已经被确认了;在版权制度中,理论上也有一个确认独创性的比较对象“现有作品”。与现有技术不同的是,现有作品相对于一件具体存在的作品仍然是抽象的,除非当这件作品被指称为侵权作品时,被侵权作品才作为被规定的“现有作品”成为该作品的比较对象。作品是自然产生的,就一件作品而言现有作品是不确定的,该作品的独创性也是未被确定的。由于作品的独创性长期处于未确定状态,在直观上容易误解为是主观的。

最后,独创性和首创性相比,它们的复杂性程度不同。这不仅因为它们在创造性的量的规定性上不同,而且因为独创性确定了智力活动结果从无创造性到有创造性的量变到质变的“临界点”。独创性的复杂性也是人们难以象首创性那样准确地把握它的原因。

在作者权体系中,如果不同作者在相同的环境下,基于相同的构思和采用相同的表现手法创作出相同的作品,这些作品被认为都是具有独创性的。这个事实似乎完全否定了前面的论述,使得有关独创性的讨论又重新回到了它的起点。因为按作者权体系对独创性的规定,如果多个作者彼此独立完成的作品没有差异性,那么这些作品均不具有独创性。事实上,有关这个问题的答案已经蕴含在前面的论述中了。首先,“个性”描述的智力创造结果的差异性智力创造结果在这一创造性的量的规定性上必然会呈现出的特征,因此差异性智力创造结果经个性规定后的必然性。既然在这一条件下智力创造结果存在着这样的必然性,那么它也就存在着与此相应的偶然性。在这里偶然性是指个性这一创造性的量的规定性上在一定条件下智力创造结果呈现出的相同性。在出现偶然性时,即使不同作者彼此独立地完成的作品是相同的,它们仍然分别反映了作者的人格。在特定的条件下,由作品反映出的作者人格是可以相同的,因此不能因为这些作品反映出了相同的作者人格就否定其独创性;其次,偶然性的发生是有条件的。除了前面已经列举的条件外,它还必须满足“作者没有接触过相同作品”的条件。如果一个

〔9〕 用事物的属性作为标准的前提是该事物具有这一属性。一个客观存在的事物是否具有某一属性,则不依人的意志而转移。

作者在其创作过程中接触过相同作品,那么他创作完成的基于相同构思的作品和相同作品相同或相似就有其必然性。一件作品只有在作者没有接触过相同作品的条件下由作者独立完成,它们在作品中反映出的相同的作者人格才不会互相排斥,它们才各自具有独创性。最后,“相同作品可以具有独创性”是小概率事件。一个事件发生的概率越小,它所包容的信息量就越大,影响也就越大,从而引起人们更多的关注,以致于把“独立完成”误认为就是独创性。

在结束作者权体系有关独创性的讨论之前,有必要就临摹作品的独创性问题从理论上作一个专门的论述,因为它构成了作者权体系独创性规定的反例。按照作者权体系对独创性概念的规定,临摹作品没有独创性。首先,临摹作品不表现临摹者的人格。临摹作品是临摹者独立完成的,但是在整个临摹活动的过程中,临摹者的目的都旨在再现被临摹的作品,因此在临摹作品和原作品中各自反映出的作者人格相互排斥,除非它们是同一个。所以在作者权体系把临摹作品归类于复制品。其次,临摹活动不是智力创造活动。智力创造活动必定是活动主体发挥其创造力从事的智力活动,创造力因人而异,它凝聚在智力创造结果中就表现为主体的人格。倘若在一件智力活动结果中不含有主体的人格,那么主体的创造力又反映在何处呢?一种观点认为,临摹者的创造力在于“……无限接近地泯除一切个人特征。”^[10]正是“无限接近地泯除一切个人特征”,从根本上否定了临摹活动是智力创造活动,因为临摹者泯除的正是其自身所具有的创造力。既然临摹者在整个临摹活动中必须抑制自身的创造力,那么这个活动只能是凭技巧从事的活动;再者,坚持临摹作品有独创性观点的人最有力的推论是,如果单纯就结果的差异性而言,似乎越是拙劣的临摹,越有资格创作“作品”,完善无瑕的艺术创造,反而最不能受到版权的保护。^[11]临摹作品反映出的现象似乎说明,在这种特殊的条件下,独创性再次从一般性过渡到特殊性,从反映智力创造结果的差异性转变为反映其相同性。但是,在事物的现象与事物的本质相背离时,现象就转化为假象。临摹作品反映出的现象就是一种假象。形成这一假象的原因在于认识临摹作品时不加思考和论证就确信前提“临摹活动是智力创造活动”真,因此在开始论证临摹作品的独创性时,结论已经直接存在于条件中了。

二、版权体系对独创性概念的规定

版权(Copyright)一词最初的涵义是“禁止复制”,这个否定的规定源于英国十六、十七世纪享有出版发行特许权的书商行业协会(Stationers' Company)的行业惯例,即行会会员必须相互尊重在行会中登记的图书复制件的印制特权,禁止复制以其他会员名义登记的作品复制件。^[12]虽然版权一词是从“对复制件享有的权利 Right of Copy”发展而来的,而且至今仍然需要从否定的意义上把握它,但是不能因为如此就把版权简单地理解为“复制的权利”。版权概念随着版权制度几百年的发展、演变,尤其受二十世纪科学技术发展的影响,已经具有了相当丰富的内涵,但是在其发展的过程中始终遵循着这样一个原则,即无论是作品的创作者,或者是为生产和销售作品的投资者,或者为创作、生产、销售作品承担了经济风险者,都应该从这个作品的获利中得到应有的回报。显然,在版权体系中,版权保护并不刻意追求维护作者的创作成果,而是根据经济学原理通过刺激人们对作品创作的投资来促进新作品的产生和传播。在这一

[10] 浮新才:“创作论—兼论几个有关的问题”,《著作权》1994年第4期。

[11] 同[10]。

[12] M. B. Nimmer, Cases and Materials on Copyright, West Publishing Co., 1985, p. 14.

基本思想主导下,版权保护的客体自然地涵盖了通过智力创造活动、凭技巧从事的活动,甚至劳动直接产生的能够被复制的结果。^[13]因此,在版权体系中,从具有较高艺术价值的优秀文学艺术作品直到几乎没有创造性的事实作品(Factual Work)、功能性作品(Functional Work)都在其保护的范围内。^[14]由于上述原因,版权体系的独创性标准显得模糊、不易把握。考虑到采用版权体系的国家基本上是判例法为主的国家,其独创性标准主要是在判例法的发展中建立起来的,因此下面以较有代表性的美国版权判例的发展为例,来讨论独创性标准的特点和规定性。^[15]

根据美国版权专家的观点,在美国的版权司法中涉及作品独创性的判例可以追溯到十九世纪初 Gray V. Russell 案(1839)和 Emerson V. Davies 案(1845)^[16]的判决。受理这两起诉讼的斯托里大法官(Justice Story)在 Emerson 案的判决中作了这样的陈述:“牺牲自己利益,或者凭技巧、劳动,或者耗费了金钱测绘出或由搜集的资料编制出州或国家地图的人对该地图享有版权。”^[17]显然,在这两个判例中还没有对独创性标准作出明确的规定,甚至没有区分创作和投资与版权产生的关系。在此之后的一段时间,美国法院在版权判例中反映出来的有关作品独创性争论的焦点主要集中在概念本身是否包含了某种创造性或者艺术性含量的问题上。当时持肯定观点的人占有相当的比例,他们认为对作品的独创性要求应该象对发明的首创性要求一样,以致使受保护的作品能够反映出原始创作的艺术价值,但是这种观点最终没有得到联邦最高法院的支持,在 Burrow-Giles 案(1884)中,最高法院法官指出作品版权的产生不同于发明专利权的产生,否定了“对作品的保护应该适用首创性标准”的主张。^[18]值得注意的是,在 Burrow-Giles 案的判决中,法官没有否定独创性概念本身包含了某种创造性的观点,相反却在判决理由中陈述了为什么和以什么条件来认定该案涉及的反映现实生活的摄影作品具有创造性。由于在 Burrow-Giles 案中仍然没有给独创性一个明确的规定性,因此有关独创性是否意味着新颖性,是否应该有某种程度的创造性或艺术性的量的规定性,在美国版权司法中仍然是一个有争议的问题。

在美国的版权判例中,第一个对独创性作出明确规定的是 Bleistein 案(1903)。^[19]在该案判决中联邦最高法院指出,版权保护不能仅限于优秀的艺术作品,试图评估原始创作的艺术价值不仅超出了版权法范围也超出了法官的能力。法院明确指出,只要作品符合法定的可版权作品的种类,并且由权利主张者创作完成,其可版权性(Copyrightability)就不存在任何障碍,也就是说如果一件作品是由作者独立完成的,它就具有独创性。^[20]从 Bleistein 案开始,“独立完

[13] P. E. Geller, "Copyright in factual Compilations: U. S. Supreme Court Decides the Feist Case.", IIC, Vol. 22 (6/1991).

[14] 同[2]。

[15] 在 1976 年美国修订版权法之前,其成文法中从来没有定义过独创性概念,也没有规定版权作品必须要求有独创性,直到 1976 年美国修订版权法后才在该法第 102 条中明确了版权作品必须要求有独创性。

[16] 10F. Cas. 1035, No. 5728 (C. C. Mass. 1839); 8F. Cas. 615, 619, No. 4436 (C. C. Mass. 1845).

[17] M. B., Copyright, West Publishing Co., 1971, P. 63.

[18] Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111, U. S. 4S. G. 2F9, 28L. Ed. 349 (1884).

[19] Bleistein V. Donaldson Lithographing Co., 188 U. S. 239 S. Ct. 298, 4FL. Ed. 460 (1903).

[20] A. R. Miller & M. H. Davis, In Intellectual Property: Patents, Trademarks, and Copyright in A Nutshell, West Publishing Co., 1983, P. 20.

成”就成为美国通过判例法确定的判断作品独创性的标准。但是,对“独立完成”不能仅从词义上理解,因为其外延过于模糊,如果对其不加限制地用作独创性的规定性,那么独创性作为衡量版权作品的标准将是不确定的。联邦最高法院在 *Bleistein* 案中把独立完成解释为,“个性总的包含了某种独特的东西。即使在笔迹中它也能够表现出其独特之处,而一件极低水平的艺术中也存在某些不可约减的东西,这就是独立完成。”^{〔21〕}

在美国的版权制度中,独创性概念也具有质和量的规定性,但是它们和作者权体系独创性概念的规定性有着根本性的区别。在美国,独创性概念的质的规定性是在作品中反映出来的作者的个性,至于个性是基于什么原因产生的则并不重要。因为智力创造活动、凭技巧从事的活动、甚至劳动都可以使活动主体在客体上印上自己的烙印,都能够使客体或多或少地反映出主体的个性,所以在美国的版权制度中创作概念有着更为广阔的外延。个性也有不同的度,它反映了同一构思的不同作品之间的差异程度,而其最低的度正是“某些不可约减的东西”,这就是美国版权制度独创性概念的量的规定性。显然,由 *Bleistein* 案规定的独创性是一个非常低的标准,一个复制品与原作相比只要具有比细微差别稍微多一点的变化,就足以满足这个标准了。^{〔22〕}

从 *Bleistein* 案开始直到本世纪九十年代初,美国版权判例法的发展一直没有触及到独创性概念的质的规定性,但是其量的规定性则在不断地发展着,这主要体现在法院根据不同种类的作品规定了不同要求的个性的度。

在美国的版权制度中,独创性是一个比较难以把握的标准。导致这一结果的原因可以从以下几个方面分析。首先,在美国,不同种类的作品适用的独创性标准不同。由于美国的独创性标准的质的规定性存在相对的不确定性,因此在量的规定性发生较小的变化时,问题的复杂性程度就会随之有较大的变化。其次,在独创性是否含有创造性因素的问题上,美国版权界一直存有争议,一些著名版权专家倾向于把独创性和创造性作为两个彼此独立的概念,认为这样有助于把问题表述得更为清晰。^{〔23〕}但是这种观点缺乏理论依据,它不仅不能把问题表述得更清晰,反而容易产生歧义。由于缺乏理论指导,美国有关独创性判例产生的规则存在矛盾和冲突是不可避免的,这使得原本就很复杂的问题显得更复杂了。再者,在美国,作品独创性标准和版权侵权标准是两个不同的标准,前者是基于作者没有复制现有作品的事实产生的,而后者是基于被告复制了被侵权作品的事实产生的。显然,这两个标准在质的规定性和量的规定性上均有不同。因为这个原因,一个对现有作品增添了新内容的作品,即使它具有独创性的部分也未必不构成对被侵权作品的侵害。^{〔24〕}在美国的版权制度中,作者要证明其作品具有独创性并不困难,他只需要证明其作品不是直接从现有作品复制而来的,但是这件作品未必不构成侵权作品,除非作者能够证明他没有接触过被侵权作品或者法庭认定(在这个过程中,公众测试结果起着重要作用)该作品与被侵权作品之间不存在“实质相似性”^{〔25〕}。在美国的版权制度中,不仅掌握独创性标准和侵权判定标准的主体有所区别,而且在使用这两个标准时采用的比较对象

〔21〕 同〔12〕。

〔22〕 同〔20〕,p19—22。

〔23〕 同〔13〕。

〔24〕 Paul Goldstein, Copyright, Vol. 1, Little, Brown & Company, 1989, p. 64.

〔25〕 同〔24〕。

也不相同,前者是指现有作品,包括已进入公有领域和仍受版权保护的作品或资料,它具有一定的抽象性;后者是指在版权侵权诉讼中的被侵权作品,它是具体的。美国采用双重标准的原因有两个:其一,是因为在美国采用了低独创性标准,尽管这样可以扩大版权保护的范同,但是也不可避免地降低了版权保护的程同。如果不采用双重标准,那么除了直接复制以外将不存在任何其他形式的侵权,其结果使版权保护形同虚设。其二,是因为双重标准既可以鼓励人们充分利用处于公有领域中的资料从事创作,又可以给版权作品以有力的保护,符合美国宪法规定的对作品给予保护的基本原则。采用双重标准的问题在于它使版权理论缺乏系统性和逻辑性,构成了这个理论深层次的缺陷,不仅造成概念的二义性而且可能影响整个制度的发展。最后,在美国,独创性标准是通过判例法建立起来的。美国联邦最高法院不受它们以前确立的先例的约束,一个巡回区的联邦上诉法院也不受其他巡回区的联邦上诉法院确立的先例的拘束,这就不可避免地使通过判例确立的独创性标准,在一定的时期内存在一定的任意性或矛盾性,这也是独创性标准不易把握的原因之一。

根据美国的独创性标准,临摹作品是否可以在这一低水平上满足独创性要求呢?答案依然是否定的。在美国的版权制度中,独创性概念的质的规定性是反映在作品中的作者个性,因此即使实用作品或功能性作品也要求反映出最少量的作者个性才能确认其独创性,例如雕版复制品或者仿照摄影作品完成的油画都必须在它们与原作相比具有明显可分辨的差异性时,才能确认其具有独创性。^[26] 临摹作品的特点在于它本身不反映临摹者的个性,不能达到美国版权保护对独创性的基本要求,所以不具有独创性。但是按照美国的标准,那些拙劣的临摹作品反而有可能是有独创性的,这是与作者权体系相同情况的不同之处。

在1991年,美国联邦最高法院对Feist案^[27]的判决似乎要从根本上改变独创性标准的规定性。在该案判决中法院指出“作为版权中使用的术语,独创性不仅意味着这件作品是由作者独立创作的(以区别于从其他作品复制而来),而且意味着它至少具有某种最低程度的创造性。当然,必要的创造性的量是相当低的,即使微少的量就可以满足。绝大多数的作品能够很容易地达到这个程度,因为它们闪烁着某种创造性的火花,而不在于它们是多么不成熟、层次低或显而易见。”^[28]同时还指出“某些法院一直遵循的:‘Sweat of the Brow’或‘Industrious Collection (辛勤米集)’理论是错误的,是对版权基本原理的嘲弄。”^[29]法院在该案的判决理由中第一次阐述并运用了“创造性是版权法独创性要求的构成部分”的前提,^[30]从根本上改变了独创性概念的规定性。Feist案是美国判例法在独创性概念的规定上的一个重要转折,可能会对美国版权制度产生深刻的影响,但是它最终是否能够使独创性成为一个确定或相对确定的概念,仍需要关注美国今后一个时期的版权判例法发展的趋势。

三、中国版权制度中的独创性概念

中国的版权制度建立时间不长,严格地说还没有形成适合于中国国情的版权理论。目前中国版权理论的研究主要是介绍、比较、消化和吸收国外较成熟的理论,因此在学术界代表不同体系的版权保护观点时常会有冲突。虽然学术界的争论是建立和完善中国版权理论必不可少

[26] 同[18],[19]。

[27] [28] [29] Feist Publications, Inc. V. Rural Telephone Service Co., Inc, 499 U. S. (1991)。

[30] Paul Goldstein, “Copyright”, Journal, Copyright Society of the U. S. A., Vol. 38, [3/1991]。

的环节,但是也应该注意到它对版权立法和司法的影响。

从对作者权体系和美国版权制度有关作品独创性概念的分析不难看出,版权制度的概念系统在其形成和发展的过程中始终遵循着其自身发展的客观规律性,始终受到它所根植的特定的社会环境的制约,它既不能凭空臆造,也不能直接照搬其他版权制度已有的概念系统,而必须根植于这一特定的社会环境中,随着这个社会环境的变化逐渐地发展和完善。就一个特定的版权制度中的独创性概念而言,它的确定首先受到建立这个版权制度的目的的约束,建立一个版权制度的目的不仅是形成与这一制度相适应的版权理论的出发点,也是这一理论最终所要解决的根本问题。由于这一原因,从确定这个理论的基本逻辑概念开始直到整个概念系统的形成,都不能脱离建立这一制度的目的。它通过关系从上位概念传递到下位概念,贯穿整个系统。在一个版权制度所要达到的目的确定之后,它所期望鼓励人们从事的智力活动的形式随之而定,在这个基础上就可以给“创作”概念一个确切的规定性。创作概念是确定独创性概念的质的规定性的根据。正是由于作者权体系和版权体系就创作概念在认识上的不同,才导致了这两个体系有关独创性概念的质的规定性的不同。独创性概念的量的规定性规定了版权作品需要达到的独创性概念规定的质的度,它的确同样受到建立这个版权制度的目的的约束。了解作品独创性概念在规定的客观性和受特定条件的约束性,不仅是分析中国版权制度在作品独创性概念的界定上存在问题的根据,也是寻求解决这些问题的出发点。

“中国在知识产权保护方面用了短短几年时间,走完了发达国家一个多世纪才走完的路程”的提法时常见诸于报端,但是这种提法没有根据。以版权制度为例,凡是有据可查的发达国家的版权制度都不是花费了一个多世纪的时间才建立起来的,发达国家从特许制度向现代意义上的版权制度的转变,一般是在几年内完成并发挥其作用的。一个版权制度的建立,并不意味着它一定适合于它所基于的特定的社会环境,也不意味着支持这一制度的概念系统或理论基础同时建立起来了。版权制度需要根据它所赖以存在的社会环境的变化不断地发展和完善,这个过程只有当该制度消亡时才会终结。与一个版权制度相适应的版权理论的建立一般滞后于这个制度的建立,但是它一旦建立起来就会对这个制度的发展和完善产生积极的指导作用,并保持相对的稳定性。版权理论的建立不是或者主要不是基于一个已经存在着的版权制度,而是基于这个版权制度赖以存在的社会环境。因此,当一个特定的社会环境发生变化时,它最先表现为对已存在的版权理论的冲击,从而促进这个理论的发展。西方发达国家的版权发展史已经充分地证明了这一点。中国版权制度在短短几年内建立起来的事实本身就说明了中国不可能在建立这一制度之前先发展出适合中国国情的版权理论,然后再根据该理论的指导构造出适合中国特定社会环境的版权制度。中国在建立版权制度时主要依据的是国外较成熟的版权理论,事实上迄今为止中国仍然没有形成以中国国情为依据的系统的版权理论。由于中国版权理论的发展仍处于版权制度建立后的滞后期,因此学术界对独创性概念的解释必然带有一定程度的随意性。目前常见的有关独创性概念的解释大致有三种形式,一种是依作者权体系的基本观点来解释,^[31]另一种是依版权体系的基本观点来解释,第三种是把上述两种观点拼凑在一起的拼盘式解释。以上三种解释都存在同样的问题,即它们不是从中国特定的社会环境出发,根据中国建立版权制度预期的目标,先明确创作概念的规定性,再确定独创性概念的涵义,而是简单地借用其他国家版权制度已有的定义。由于上述三种有关独创性概念的解释都没有

[31] 胡康生,肖岫主编:《中华人民共和国著作权法知识问答》,法律出版社1991年版,第23页。

客观依据,因此它们在实际应用时往往会超出定义被任意发挥。

中国的具体国情决定了中国版权制度在对科学技术领域内的作品,尤其是实用作品方面的保护,不能照搬作者权体系对独创性概念的一般规定性;同样,中国版权制度也不能直接采用版权体系有关独创性概念的规定。采用版权体系的国家的法律制度一般是以判例法为其核心的,这和中国的法律制度有着根本性的区别。在判例法中,每一个判例因事实部分不同,法官对独创性概念的解释也会有所不同,这种在概念解释上的灵活性和不确定性正是中国法律制度所不允许的。一个版权理论只有适应于它所赖以存在的社会环境才是合理的,因此不同国家的版权理论都有其相应的特殊性。虽然不同国家之间的版权理论可以相互借鉴,相互吸收其它理论中合理的内容,但是被借鉴和吸收的内容必须融合于该理论中,成为其有机构成并能适应于该理论相应的特定社会环境。

中国也有一些学者试图从现行著作权法和其他相关法规中,寻找到对独创性概念的合理解释。根据现行著作权法实施条例对作品和创作概念的定义,作品是指具有独创性的智力创作成果,而创作是指直接产生文学、艺术和科学作品的智力活动。显然,在这两个定义中存在着一个逻辑学上的恶性循环,即定义作品必须先明确独创性的涵义,而独创性又需要根据创作概念来规定,但是创作概念只有在作品概念确定后才能有其规定性。目前对独创性概念的一种解释来源于假定:智力创作成果就是智力创造结果。这个假定可以从国家版权局正式发行的著作权法实施条例英译本中找到依据。在该译本中,“智力创作成果”一词的英文表述是“Intellectual Creation”。在这个假定下可以反推创作活动是智力创造活动,进而得出独创性概念的规定性。但是这个假定必然导致作品定义的逻辑错误。既然独创性是智力创造结果的本质属性,那么它就不能用作该定义的种差。独创性概念的另一种解释源于假定“智力创作成果就是指智力活动结果”。在这个假定下,独创性概念或者可以任意规定,或者取决于对智力活动的假定。但是无论采用任何一种方法,都无法避免作品或创作定义中的逻辑错误,因此试图从现行法律中确定独创性概念的规定性是不可能的。在中国的计算机软件保护条例中,创作概念被“独立开发”一词替代,但是有关独立开发的涵义以及它与著作权法中创作概念之间的关系则不明确。根据该条例有关软件开发者的定义,独立完成包括实际组织开发,实际进行开发和提供工作条件。显然,在条例中创作活动并不完全指智力活动,它包括了与程序开发相关的组织、管理和提供软硬件开发环境等,所以它不仅超出了版权理论有关创作的一般概念,作为著作权法的特殊法它也超出了一般法的有关规定。在软件保护条例中对创作活动作出特殊规定的理由是“程序是特殊作品”。但是,在作品概念下的任何一个作品种类相对于其他作品种类都是特殊作品,因为它们之间有区别,区别就是特殊。任何一个作品种概念的外延都不能超出“作品”这个属概念界定的范围,或者说凡是不在作品概念界定范围内的都不是作品。程序作品是作品概念的种概念,如果一定要把它“特殊到”连作品概念都不能包容的程度,那么它就不是作品了。因此,在软件条例中扩大创作活动的范围没有理论依据。

通过上述分析可见,在中国版权制度中,独创性是一个模糊概念,这个问题不仅存在于学术研究中,也反映在现行的有关法律、法规中。在版权司法上,这个问题表现为法院在确认版权作品和判定版权侵权时的盲目性和任意性。^[32]这不仅直接影响到版权司法的公正性,也严重损害了法律的权威性。

[32] 刘春田:《著作权法实践中的独创性判断》,《著作权》1994年第4期。

综上所述,作者权体系和版权体系对独创性概念的规定有着根本性的区别,这个区别主要源于它们各自基于的社会环境的不同,因而对“创作”概念有不同的认识。两个体系对创作概念不同的认识反映在独创性概念上,表现为同一概念的质的规定性的不同,这是本质上的区别。在采用同一体系的国家和地区之间,或者在同一个国家相应于不同种类的作品之间,独创性概念也不完全相同,它们之间的区别只是量的规定性的不同,是非本质的区别。随着科学技术,尤其是数字化技术的发展,作品的种类不断增加,每一种新作品种类的出现都会对版权保护提出新问题,迫使人们从版权保护的出发重新认识创作的本质,检验、调整独创性标准,以适应新形势下版权保护的需要。美国联邦最高法院对 Feist 案的判决充分地证明了上述观点。正如一些美国版权专家评论的那样,“Feist 案的判决对信息时代的版权保护是一个有决定意义的事件。”^{〔33〕} 在中国版权制度中,独创性概念是不确定的,这和中国版权理论的发展仍处在版权制度建立后的滞后期直接相关。独创性概念的不确定导致了版权司法在确认版权作品和判定版权侵权上存在着盲目性和任意性的问题,这些问题应该引起立法机关和司法机关的重视。

责任编辑:张 涵

责任校对:蒋 隽

· 补 白 ·

杨荫杭不满检察垄断刑事追诉权

慕 槐

杨荫杭先生本世纪初出洋研修法律,回国后曾在北京任法律教职。辛亥后相继任江苏、浙江以及京师高等审判厅厅长、京师高等检察长等职。1917 年以涉嫌收受巨额贿赂传讯交通总长许世英,朝野为之震动。无奈这种独立司法之行为不见容于官官相护的中国政界,最后只能辞官回家。好在他博学多能,从事律师职业之余,又做报人发表了许多涉及范围广泛的文章。当然,法学类占有相当的比重,成为我们研究近代法学发展时应当注意的文献。有兴趣者,不妨读读由杨先生之女杨绛教授整理成编的《老圃遗文辑》(长江文艺出版社 1993 年版),其中不少观点对今天的法制建设也不无启发。

例如,在发表于 1924 年的系列短文“读律余谈”中,作者对于继承时效、刑事程序、律师等问题都有颇具兴味的议论。他称“司法改革以来,最不惬人意者,莫如检察官垄断追诉权。”他认为这种制度“最不合中华之习惯与中华人之心理。”自唐代以来的旧法虽含国家追诉之意,但从未设专司起诉之官,“告发、告诉悉听人民自便,实与英美之法相近。”而由国家垄断追诉,若遇检察官渎职懈怠,则受害人“除饮恨吞声之外,更无他法。”作者对当时司法改革中对日本法的亦步亦趋提出了批评:

中华法政人才以出于日本者居大多数,故中华人之食日本法,如日本人之食鱼,生吞活剥,不暇烹调。所谓“国家追诉主义”,即其一例也。

杨荫杭先生大约不会料到,时过二十多年之后,中国居然设立了一种与法院相平行,不仅有追诉权,而且对法院亦行使监督权的检察机关。不过,这一次不是学日本,而是沿袭了前苏联体制。

〔33〕 同〔30〕。