

版权理论中的创作概念

曹世华*

一、创作概念在版权理论中的地位

创作不仅是一切精神产品产生的前提,而且是版权法律关系赖以发生的基础,正如保罗·戈尔茨坦所言:“如果仅用一名话来表示的话,版权所讲的是作品的创作(authorship)”。^[1]就抽象水平而言,创作概念在版权理论体系中当属基石范畴和逻辑起点,它规定着版权理论中其它范畴的实质内容和相互关系。因此,对创作概念进行合理的解释和抽象,乃是版权理论研究中不可或缺的工作。事实上,版权理论研究和司法实践中的诸多分歧与争论皆与创作概念有关:

(一)创作之于作品独创性。独创性作为版权作品的本质属性,在不同的版权制度中有着不同的规定,而产生这一差别的原因是最直接地表现为不同版权制度中对创作概念在认识上的分歧。^[2]我国著作权法中的“独创性”应作何界定?学术界一直存有争议,回答这个问题只有与“创作”相联系才是合乎逻辑的。很显然,如果认为“创作”是作者智力创造活动,“独创性”就应界定为“创造性”或“再创造性”;若把单凭技巧从事的活动、甚至一般意义上的劳动也视为“创作”,则“独创性”实质上不过是对作品产生过程的规定,即所谓“独立完成”。

(二)创作之于版权保护范围。“思想”(Idea)与“表达”(Expression)的两分法原则,即版权法不保护作品的“思想”只保护思想的“表达”这一版权法的经典理论,似乎不断受到来自实践的挑战。以本世纪八十年代以来在美国形成的以Whelan诉Jaslow案(简称Whelan案)为代表的所谓“第二代判例”和以Computer Assocs诉Altai案(简称CA案)为代表的所谓“第三代判例”^[3]为例:Whelan案判定,对计算机程序的版权保护可以从其文字的编码扩展到它的“结构、顺序和组织”(简称SSO标准);尽管SSO标准被后来的CA案所确立的“三步判断法”所取代,但后者并非绝对否定任何层次上的SSO要素的可版权性,而是在说明“程序的结构、顺序与组织”未必就是程序之Idea的Expression”。^[4]从这两个判例来看,似乎只有承认“Idea”也属于“创作”的范畴或者重新界定传统之“创作”概念才能避免版权理论基础因此而动摇。

* 安徽省巢湖师范专科学校讲师。

[1] 保罗·戈尔茨坦:《论版权》,任允正译,《著作权》1992年第1期。

[2] 金渝林:《论作品的独创性》,《法学研究》1995年第4期。

[3] 金渝林:《从美国计算机程序著作权判例法的发展探索程序著作权保护的范围》,《著作权》1993年第1期。

[4] 张柳坚:《从结构化程序设计方法看计算机软件的版权保护范围》,《著作权》1996年第4期。

(三) 创作之于临摹、后续作品的法律性质。临摹作品的法律性质取决于版权法的具体规定。尽管国内有文献指出: 即使在大陆法系国家, 也有承认其享有版权的, 并且在国际上也基本上有了结论。^[5] 但是, 就世界范围而言, 各国版权法中临摹作品的法律性质还是有差异的, 至少在我国 1990 年的著作权法中, 临摹作品是归于复制的。如何评价这一法律规定, 学界持不同学术观点的双方似乎都陷入了困境——赞成将临摹归于复制的一方, 虽然比较容易说明临摹作品不表现临摹者的人格和创造力, 但却不能合理解释“越是拙劣的临摹越有资格称作‘作品’”这一现象; 相反的观点试图证明临摹只能“接近”却不能“到达”原作, 然而沿着这个思路同样会得出“越是杰出的临摹, 越是不如拙劣的临摹有资格受到版权保护”这一令人难以接受的结论。实际上, 我们不妨换一个思路, 去思考一下临摹可不可以称作“创作”, 因为对“作品”的保护与对“创作”的保护并不矛盾, 而且对“创作”的保护更接近版权法的实质。问题的关键在于: 艺术领域中的“创作”与版权领域中的“创作”究竟有什么区别和联系。换句话说, 立法者应如何看待艺术实践中视临摹为艺术创作这一客观事实。

同样的道理亦可适用于后续作品法律性质的讨论。后续作品作为一种广泛的文学现象, 被视为一种文学创作的形式已是文学常识。问题的症结在于: 要不要给这一类文学创作以版权法保护? 至于后续作品在内容和形式上的要求则可退居其次。

(四) 创作之于数据库的法律地位。在版权理论中, 将具有独创性的数据库归入传统的编辑作品, 一向是不成问题的, 分歧在于不具作品性质的数据库。在国际上, 虽不乏将该类数据库作为版权保护对象的立法例, 但在我国该类数据库的法律地位尚无定论。是“只能按照反不正当竞争法或者专门的法律保护”,^[6] 还是同时再给予“邻接权”保护?^[7] 这些立法例和理论观点都需要从版权理论的角度给予合理的解释, 而首先要遇到的问题便是: 开发数据库所需的物力投入和“额头上的汗水”可否与“创作”等量齐观?

(五) 创作之于作品数字化及数字化作品。无庸讳言, 数字化技术给传统的版权制度和版权理论所带来的冲击是史无前例的。目前争论的问题是: 作品数字化转换究竟是属于类似翻译的“演绎”,^[8] 还是属于一种“复制”行为?^[9] 仅从作品数字化前后的对比中是难以得到正确的结论的, 因为这种对比并不能揭示“演绎”与“复制”的本质区别。在这里, “结果”的对比似乎远不如“过程”的对比更能说明问题。作品数字化的过程是由机器完成的, 那么, 现存的版权理论应否承认机器也能“创作”呢? 这才是“演绎”说能否成立的关键。

与作品数字化相应的问题是数字化作品尤其是“多媒体作品”的法律地位问题。在国际上, 不仅有许多人主张创立多媒体作品类, 甚至有人建议取消所有的作品分类, 以便创立能涵盖数字时代新作品的新的版权法。^[10] 不过, 普遍的观点认为: 信息技术革命对版权制度的影响被过分夸大了, 实际上并不需要版权法作出多大的变革。^[11] 国内学术界的观点也不尽相同, 有的认

[5] 郑成思:《临摹、独创性与版权保护》,《法学研究》1996年第2期。

[6] 许超:《面对数字技术挑战的中国著作权法》,《著作权》1996年第3期。

[7] 韦之:《论数据库著作权》,《著作权》1996年第3期。

[8] 金渝林:《数字化技术对版权保护的影响》,《国际电子报》1996年第7期。

[9] 前引[6], 许超文。应明:《作品数字转换的著作权法律性质》,《著作权》1997年第1期。

[10] Andrew Christie, *Reconceptualising Copyright in the Digital Era* EIPR, Nov, 1995, P. 530.

[11] Henry, *Multimedia, Mythology, Metaphor and Reality*, (1995), ENT. LR19; Dixon and Self, *Copyright Protection, for the Information Superhighway*, (1994) 11EIPR 465.

为没有必要单独规定一类“多媒体作品”；^{〔2〕}有的主张在法律上应当给多媒体作品一个恰当的名分；^{〔3〕}还有的则预言我国现行的对作品分类的模式将难以适应技术发展的要求。^{〔4〕}多媒体作品在法律上究竟该如何定位？如果仅从多媒体作品与传统的版权客体的对比中寻找立论的依据，往往缺乏说服力。事实上，从版权客体变化发展的基本规律来看，一种精神产品可否归入版权客体的较为深刻的依据是：生产该类精神产品的活动是否已在整个精神生产领域取得了相对独立的地位。换言之，这样的“活动”是否也是一种“创作”活动。产品自身的具体特征并没有决定性意义。我们不妨回顾一下电影作品进入版权客体的历史：有的国家在相当长的时间里都不认为它是“作品”，而是某种“产品”；^{〔5〕}因为仅从电影自身的特征看，它不过是“文字作品”、“音乐作品”、“摄影作品”的综合，只是在电影创作作为人类精神生产的不可或缺的形式，特别是作为一项产业得到很大发展以后，电影才被法律认为是一种单独的作品类给予单独的规则保护。这个例子对于我们今天审视多媒体作品仍不乏启发意义。

二、创作概念的不同规定及其法哲学基础

尽管创作概念在版权理论中具有非常重要的地位，然而，当我们试图给出版权理论中创作概念的合理性规定时却并不容易。这不仅因为不同的版权制度对创作概念的规定有所不同，而且还因为，即使在一国版权法中，其创作概念的内涵亦存有差异甚至矛盾。^{〔6〕}如果我们从法哲学的角度考察这种现象，则不难看出：创作概念的规定首先取决于一国版权立法之价值取向。

从大陆法版权法系（以下简称作者权体系）和普通法版权法系（以下简称版权体系）的版权立法来看，尽管这些国家多为自由市场经济国家，但由于受到不同的法律传统和法律哲学思想的影响，两者在版权立法的价值取向上可谓大相径庭。作者权体系版权立法确立了以保护作者精神权利为中心的精神（人格）价值观，认为作品是作者人格的延伸。虽然精神价值观并不排除作者因作品被使用而享有的经济权利，但作者精神权利的保护应处于突出位置。^{〔7〕}因此，在该体系中，“创作”就被规定为必须是作者运用创造力从事的智力创造活动，而非单凭技巧的劳动和一般的智力活动，作者的创作活动是作者人格的表现，作者创作的作品是作者人格的一部分。^{〔8〕}

版权体系则认为：版权是调整贸易、商业和艺术的手段，是作者为社会服务的报酬，因而体现了一种“经济价值观”。这种经济价值观旨在激励人们对生产文化产品进行投资，对文化产品的投资者和生产者制造产品而拥有的权利提供保护，以促进本国经济发展。这种价值观念反映在立法上，就是以保护精神产品创作者的复制权为基点。《安娜法》虽然突出了对作者权利的保护，但整个法律把立足点放在维护作者及其他权利人的经济权利方面，并没有强调对作者精神

〔2〕 许超：《新技术与国际著作权保护的发展趋势》，《知识产权》1997年第2期。

〔3〕 郭禾：《信息技术对著作权制度的影响》，《著作权》1996年第1期。

〔4〕 高思：《关于“作品”的几点思考》，《著作权》1997年第1期。

〔5〕 参见郑成思：《版权法》，中国人民大学出版社1990年版，第38页以下。

〔6〕 参见拙作：《论作品独创性之合理规定》，《法律科学》1996年第6期。

〔7〕 参见中国版权研究会编：《版权研究文选》，商务印书馆1995年版，第202页。

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

权利的保护。^[9]从这一基点出发,智力创造活动、凭技巧从事的活动、甚至一般意义上的劳动,只要是作者独立完成的,均视为“创作”。以美国为例,其版权制度中的创作概念有着十分广阔的外延,在Emerson V. Davies案(1845)^[9]中,法官在判决中甚至作出了如下陈述:“测绘或编制出州或国家地图的人,因该地图是由他牺牲自己利益、或者凭技巧和劳动,或者耗费了金线测绘或编制出来而对该地图享有版权。”^[10]很显然,从这个判例中已经无法看出创作之于版权与投资之于版权还有什么区别。

我国著作权保护制度需要认真研究世界各国版权立法的理论和实践,特别是国外较为成熟的版权理论对于我国版权制度的建立有着重要的借鉴意义。但是,我国社会主义法的本质和基本国情决定了我国的著作权法必须具有自己的价值取向,而不是外国版权法的翻版或杂揉。我国的著作权法既要重视作者的精神权利,又要重视作者的经济权利;既要遵循世界各国普遍接受的基本原则和概念系统,又要适合本国国情;既要坚持精神产品的文化品格,又要承认其特殊商品属性。这些因素使得我国的著作权法面临着多种价值选择,自然表现出价值取向上的多元性,这种多元性必然造成其概念系统的不确定性和逻辑矛盾。就我国现行著作权法的“创作”概念来说,一方面,《著作权法实施条例》规定:“著作权法所称创作,指直接产生文学、艺术和科学作品的智力活动。为他人创作进行组织工作,提供咨询意见,物质条件,或者进行其他辅助活动,均不视为创作”;另一方面,在《计算机软件保护条例》中,“创作”即指“独立开发”,包括实际组织、进行开发和提供工作条件(见该《条例》第三条第三项)。很显然,这里的“创作”并不完全指智力活动,它还包括与程序开发有关的组织、管理和提供工作条件等辅助性活动。造成“创作”概念规定自相矛盾的原因应解释为我国版权立法价值取向的多元性,而不能简单地视为立法技术上的缺陷。

三、创作活动的客观必然性与创作概念

通过对版权制度的历史过程的考察,我们可以看到:创作概念的规定除了受到一国版权制度的价值取向的约束外,还要受到其反映对象的客观必然性的制约。创作概念的规定必须符合人类创作活动的本质和规律,这是一切合理的版权制度的内在要求和必备要件。

首先,创作作为人类精神生产的主要形式,是一种观念性活动,具有鲜明的个体性特征。创作的直接目的是要达到主体从观念上把握客体,以观念形态再现和建构客体,以满足人们精神生活的需要。任何一种观念、理论和艺术形象的诞生,主要不是凭借体力活动,而是要靠脑力劳动通过积极的创造性的思维活动才能实现,就连计算机软件也不例外。虽然软件的生产必需凭借物质手段,如光盘、磁带等,但这种生产从根本讲是生产者脑力创造活动。^[11]在当今科学技术不断进步的情况下,电脑无疑大大扩展了人类计算、选择、改编、展现、设计的能力和从事创作作品所需要的其他事情,但是,它扩大的是人的能力并靠人的能力工作。^[12]所以,即便一

[9] 前引[5],郑成思书,第12页。

[9] 8F·Cas. 615, No. 4436(C. C. Mass. 1845)。

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

[11] 肖前主编:《马克思主义哲学原理》(上册),中国人民大学出版社1994年版,第315页。

[12] 国家版权局编:《著作权的管理和行使论文集》,上海译文出版社1995年版,第452页以下。

件作品纯粹由机器“创作”而成,这种“创作”也不可能归入精神生产的范畴。

其次,创作是一种特殊的创造性的精神生产活动。人类的实践活动都具有某种创造性特点,而精神生产的创造性则具有更高的特殊要求。精神生产所产出的,应是以往不存在或与以往所不同的新的思想、新的理论、新的作品,而不能仅是简单的重复或模仿,创新是它的本质特点。创作活动尽管不能脱离人类已经积累的精神文明成果并且要以前人的创作成果为前提,但这只能是一种批判性的继承和创新性的借鉴,而不能是全部纳入和吸收。在精神产品的传播中,往往也需要进行一定的重复生产,如印刷发行书籍、复制艺术品、艺术重复表演等,但它只是对已经创造完成并客观化了的精神产品的再现,并不体现创作活动的本质。

最后,创作活动具有自身的发展规律。由于人类不断增长的物质文化需求的推动,人类的物质和精神生产能力均达到了空前的水平,以信息革命为代表的现代科学技术革命使人类的生产实践步入了一个新的发展时期;同时,人类物质生产与精神生产的关系也越来越密切,物质生产的进步越来越依靠精神生产的支持,精神生产的发展也越来越离不开先进的物质手段,文化领域与工商领域发生了前所未有的交叉融合,精神生产与物质生产的区分只具有相对的意义。这就使人类创作活动发生了深刻的变化,这种变化具有三个明显趋势:

一是精神生产的领域不断拓宽,越来越多的技术因素开始融入创作过程。例如,电脑可被用来协助画家为制作电影或电视片填画动画序列,制作电影或电视片;在电脑音乐领域,可设计一种计算机程序来选择一系列音符或任何其他声音并使用不同的音调和节奏编成乐曲。这种方式的创作实际上是人和机器合作的过程,有时甚至很难区分人与机器的贡献比例。

二是精神生产的社会化程度日益提高,一些前所未有的创作形式应运而生,而且创作过程的有些环节开始独立出来,不再象以前那样不可分离。我们以音乐电视(MTV)的创作来说,一般包括策划、创意、导演、词曲、演唱、摄像、美工、数码编辑、制片等多个步骤,其中“策划”、“创意”、“数码编辑”等则属于新出现的创作形式。

三是部分创作活动的产业化趋势。最典型的是计算机软件,软件的生产、存贮和利用,已成为现代社会生产中最重要产业之一,占有社会劳动力相当大的比例。不仅如此,在商品社会中,影视生产也是商品生产,它是资本的简单再生产和扩大再生产在影视工业中的体现。^[23]而当代中国的艺术文化,尤其是流行艺术,也已进入了“文化工业”的时代。^[24]

当我们结合上述诸要素来审视现存的版权制度时,便可以作出如下评价:

(一)作者权体系把“创作”归类于智力创造活动,强调活动主体的创造力运用和表现形式的创新,这虽然合乎人类创作活动的本质特征,但却不够全面。因为由创作活动的本质所决定的作品的客观属性,不仅有表达方式的不同,更有内容上的差异。相当多的功能性作品、事实作品的真正价值恰恰在于它的实用性、机能性和技术性,而不是它的表达形式。如果仅以表现形式上的差异作为衡量创作成果中可版权性的依据,那么,对于只具有实用性和机能性作品创作的保护就有了障碍。此外,由于创作的样式越来越丰富,诸如“策划”、“创意”等,不但是人们司空见惯的创作模式,而且也是一种方兴未艾的行当。若教条式地坚持所谓“思想”、“表达”两分法的经典理论,那么只能对这些事实视而不见。这是造成作者权体系“创作”理论与信息时代不相适应的深刻原因。

[23] 丁亚平:《艺术文化学》,文化艺术出版社1996年版,第305页。

[24] 肖鹰:《中国当代艺术文化的内在困厄》,《社会科学》1994年第11期。

(二) 版权体系将“创作”规定为“独立完成”,而且并不要求对智力创造活动与凭技巧从事的活动作根本性区别,其创作概念必然有着更为广阔的外延。“独立完成”的作品自然也就可以涵盖各种不同形式、不同性质的作品,这就为大量的非艺术性、非学术性的创作成果进入保护范围提供了方便,从而顺应了现代社会精神生产活动的发展变化。这是版权体系关于创作概念规定的合理性一面。但是,另一方面,如此规定创作概念势必导致对作品独创标准要求过低。以美国为例,一个复制品与原作相比,只要具有比细微差别稍多一点的变化,就足以满足这个标准,^[25]这显然有悖于人类创作活动的本质。当然这个问题不可能不引起重视,特别是在CA案中,美国第二巡回上诉法院又重申了这样的原则:并非付出了劳动的成果就一定享有版权;只有付出了“创作性”劳动而形成的具有“独创性”成果才能享有版权。^[26]这对于我们研讨创作概念是具有启发意义的。

(三) 在中国的版权制度中,有关创作概念的规定,既有类似于作者权体系的地方(如《著作权法实施条例》第三条),也有类似版权体系的地方(如《计算机软件保护条例》第三条第三项)。乍看起来似乎有点兼收并蓄的意味,但自相矛盾的创作概念会给版权理论和司法实践带来更多的困难和问题。当我们面对本文开头列举的那些争论时,就不免感到无所适从。因此,进一步发展以创作概念为基石范畴的版权理论,并以此为指导,完善我国版权制度中的有关创作概念的规定,使之更具有合理性,乃是一项十分必要的工作。

四、创作概念合理性规定之探讨

对版权理论中创作概念的定义,需要对现有的各种版权制度中的创作定义进行合理的抽象,而不能满足于对任何一国版权法中“创作”定义的熟练引用。我们通过以上讨论可知:合乎立法者的价值取向、合乎人类创作活动的本质和规律是决定版权理论中创作概念合理性的两个基本层次。进一步说,这两个层次又是紧密联系、不可或缺的。我们应在此基础上进行科学的综合,这样就有可能对创作概念作出一个比较合理的规定。

(一) 关于创作概念的属。本文认为,版权理论中的“创作”应该是一种精神生产活动。与“创作”邻近的属应该是精神生产活动而非“智力活动”。如此界定创作概念的属,才能表明创作活动与物质生产活动以及其它非精神生产的智力活动的区别。而我国《著作权法实施条例》中将“智力活动”作为“创作”邻近的属就不能表明这种区别,因为很多物质生产活动同样会有相应的智力活动与之相伴随。况且,有些智力活动,如技术发明等也不属于精神生产活动。

(二) 关于创作概念的种差。对创作概念种差的确定,必须起到从所有“精神生产活动”中界定出创作活动的作用。具体来说就是:

第一,要能够表明创作与精神生产领域内与创作活动有联系的其它生产活动的区别。精神生产领域的编辑出版活动、组织管理活动、提供工作条件等。虽然与创作活动有联系甚至关系重大,但毕竟与创作活动有着本质区别。创作活动必须是构思和表现文学、艺术、科学等作品的精神生产活动。

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

[26] 参见郑成思:《知识产权与国际贸易》,人民出版社1995年版,第277页以下。

第二,要能够廓清“巧合”、“引用”与假冒、抄袭行为的界限。假冒、抄袭行为的表现形式往往是复杂多样的,仅从行为结果上比较,有时很难看出它们与“巧合”、“引用”的区别。假冒、抄袭的本质特征是:作品、标题、署名三者之间的关系缺乏真实性。因此,所谓创作必定具有这样的涵义:作品由署名作者独立完成。

第三,要能够揭示演绎与复制行为的区别。演绎作为一种创作方式,必须依赖原有作品才能进行,所以演绎活动只有在原作的基础上再行构思和表现并付出一定量的精神劳动才不致于构成对原作的复制。在这里,创作即是在原作基础上的再创造。当然,这种再创造可以是表现形式的改变,也可以是内容结构的重新安排,或是兼而有之。

第四,要能据之判断实用性、机能性成果是否具有可版权性。有些实用性、机能性成果之所以能进入版权保护的范围,是因为这些成果中也含有精神生产的因素。但这些成果的创作毕竟不同于纯粹艺术型或学术性成果的创作,如果我们对其创作的要求过低(即只要不是模仿他人就算是创作),则不利于有关产业的发展和繁荣。因此,笔者同意这样的观点:对于具有一定程度的实用性、机能性的东西继续承认其著作权成立,且提高作为其成立要件的创作水准线;对于具有很强实用性、机能性的东西,如计算机程序,即使没有模仿他人的程序,但如果是能被一般的程序设计人员易于作成的软件,也应否认其创作性。^[27]

综上所述,版权理论中的创作概念同任何知识形态一样,自身是含有矛盾的,是包含着普遍性和特殊性的对立统一,是包含着确定性和灵活性的对立统一。“矛盾的思维乃是概念的本质因素,”^[28]如此理解创作概念才能克服机械性思维的局限而进入辩证理论思维。从普遍性和确定性上讲,“创作”就是指署名作者自己构思和表现文学、艺术、科学等作品的精神生产活动;从特殊性和灵活性上讲,“创作”又因客观情况的变化以及立法者对其认识的发展而被要求具有某种程度的创造性或一定的技术水准。当我们面对某个具体的认知对象,特别是本文开头述及的那些问题时,必须把这两方面统一起来才能找到正确的答案。在传统的版权理论面临各种问题和挑战时,尤其需要这种辩证理论思维,以免走向极端和片面(要么“一成不变”,要么“推倒重来”),这是任何一种版权理论走向成熟、臻于完善的必由之路。

[27] [日]中山信弘:《数字时代著作权的变化》,詹智玲译,《外国法译评》1995年第2期。

[28] 《列宁全集》第55卷,人民出版社1990年版,第197页。