

文章编号: 1674-5205(2024)06-0036-(013)

论视频的分类与独创性认定

孙昊亮

(西北政法大学经济法学院, 陕西 西安 710122)

〔摘要〕 随着全媒体时代的来临, 新媒体技术飞速发展, 媒体融合不断加剧, 视频成为传播内容的主要方式之一, 并产生了巨大的经济价值。然而, 我国著作权立法和司法未能顺应这一变化, 对视频的保护分类不清, 对视听作品的保护仍停留在“电影时代”, 体现出很强的“媒体规则”。固守传统电影、电视剧的媒体传播分类和权利归属模式, 忽略了全媒体时代下视频的制作和传播都已经呈现出全新样态的时代特征。全媒体时代应当以独创性为依据将视频划分为视听作品、录像制品和其他视频三种类型, 并在视听作品中放弃电影作品、电视剧作品和其他视听作品的分类方式, 权利归属制度应当向简化媒体类别、统一适用规则的方向发展。

〔关键词〕 视频; 独创性; 视听作品; 权利归属

Abstract: With the advent of the all-media era and the rapid development of new media, media convergence continues to intensify, and video has become one of the main communication contents, generating enormous economic value. However, in China's copyright legislation and judiciary, there has been a failure to adapt to this change, with unclear classification of video protection and the protection of audiovisual works still stuck in the “film era”, reflecting strong “media rules”. The current phase still adhering to the traditional media communication classification and rights ownership model of movies and TV dramas, ignoring the fact that video production and dissemination have shown a completely new form in the era of multimedia. In the era of multimedia, videos should be classified into three types based on originality: audiovisual works, video products, and other videos. The classification of film works, television drama works, and other audiovisual works should be abandoned in audiovisual works, and the direction of simplifying media categories and uniformly applying rules should be developed in terms of rights ownership.

Key Words: video; originality; audiovisual works; ownership of rights

中图分类号: D913 文献标识码: A

一、问题的提出

人类从诞生之日起就可以看到“活动着的”五彩斑斓的世界, 但真正能够运用“动态影像”再现世界却是近百年来的事情。在“动态影像”出现之前, 人类的思想和情感只能用文字、口述等方式表达。随着视频影像的出现和普及, 视频影像越来越多地成为人们表达思想和情感的方式。特别是随着互联网等技术的发展, 制作与传播视频影像已经成为普通人具备的能力。当媒体传播进入融合时代, 视频内容成为互联网传播的最大流量, “刷视频”“追剧”等逐渐成为人们的生活习惯。正如亚里士多德所言, 人天生是视觉(图像影视)动物,^[1] 相较于对文字内容的阅读、理解和想象, 视频可以给用户更加直观、真实的视听享受。如此, 全媒体时代, 越来越多的人成为视听用户。《中国网络视听发展研究报告(2024)》(以下简称《报告》)指出, 截至2023年12月, 我国网络视听用户规模达10.74亿, 网络使用率达98.3%; 《报告》显示, 2023年, 网络视听行业市场规模首次突破万亿, 以网络视听为主营业务的存续企业共有66万余家; 微短剧正成为精品创作和主流价值观传播的阵地, 得到越来越多用户的认可; 经常观看微短剧的用户占比达39.9%, 仅次于电视剧/网络剧和电影/网络电影, 31.

收稿日期: 2024-08-08

基金项目: 国家社科基金项目(22BFX101)“算法时代的作品创作与著作权保护问题研究”

作者简介: 孙昊亮, 西北政法大学经济法(知识产权)学院教授、法学博士、博士生导师。

[1] [古希腊]亚里士多德:《形而上学》, 吴寿彭译, 商务印书馆1983年版, 第1页。

9%的用户曾为微短剧内容付费。^[2]无论是长视频、短视频、综合视频,还是网络直播或微短剧,用户规模、日均使用时长等均呈现出不同程度的增长,作为网络传播的主要内容,视频被广泛应用且发展迅猛,带来了巨大的商业价值。无论接受与否,视频已经渗透到社会的方方面面。以短视频为例,饲养宠物等“生活类”视频主要以网络用户自拍为主;专家教师讲授等“知识类”视频主要来自听众拍摄或者专业机构推广;电影、电视剧内容剪辑等“介绍类”视频主要是由影视爱好者或者专业机构制作传播;视频还包括“吃播类”“带货类”“电子游戏类”等等。可以说,短视频几乎参与到所有生活内容的传播。有学者指出,相对于影视作品,文字作品的衰落已然成为一个事实。^[3]传播载体的“视频化”已经影响且未来将更大程度地影响社会生活的方方面面。

作品的著作权保护,与相应的文化产业以及传播媒体密切相关。以视频产业为例,视频发展早期,视频产业高度集中,只有少数电影公司才有实力投资拍摄视频内容,视频几乎等同于电影。直到数码摄像机的出现,非电影的个人录像视频日益普及,原有产权保护模式才受到挑战。由于缺乏可行的产业形态,个人录像不被认为是著作权保护的作品,只能被纳入邻接权的保护范围。在电影产业的巨大影响下,长期以来“电影作品”成了视频类作品的“代名词”。然而,随着数字技术、互联网传播的发展,人类的文化创作与传播进入全媒体时代,电影、电视剧等传统媒体作品与新型自媒体视频的边界逐渐消融,视频的传播也不再仅仅依赖荧幕与荧屏等模式。在互联网的加持下,视频直达每个人的电脑与手机,这不仅冲击着文化产业的格局与秩序,而且考验着著作权的保护规则。二十年前,著作权法对视频内容的保护还仅仅集中于电影胶片的复制发行、公开播映、电视广播等最为传统的产业形态。长期以来,由于电影产业对于著作权立法的强势影响,视频的著作权保护很大程度上体现了电影产业内部的产权规则。^[4]在全媒体时代下,视频的创作和传播技术已经获得发展,视频无论从拍摄手段还是产业形态上都已经扩展到电影以外的广阔领域。人们不再需要借助电影院线、电视广播、影碟等传播途径,通过数字网络空间就可实现视频的摄制与传播。这就导致视频著作权问题重新成为十分关键的著作权与文化政策问题。^[5]尤其是在移动互联网时代,视频制作和传播更加简单和便捷,除了制作精良的影片,海量的自主拍摄视频也开始在抖音、快手、西瓜视频等短视频平台中传播。原本以电影产业为主导的产业格局被打破,视频著作权制度所依托的产业环境也发生了改变。如今,视频的创作与传播已经迈入全媒体时代,通过智能手机拍摄、数字化程序剪辑和自媒体平台传播,视频的制作、传播门槛大大降低,数量越来越多,进而产生了非常复杂的著作权法问题。今天观众浏览最多的视频,主要以个人电子产品为终端、以平台传播为主要形态,且内容主要来自自媒体主流生产者。视频媒体的深度变革深刻地颠覆了著作权法保护的产业形态。视频平台、视频自媒体用户等新型主体参与到了视频制作、运营与传播的产业链条之中,引发了著作权保护的新问题。在2022年一审的深圳腾讯诉北京微播视界信息网络传播权侵权及不正当竞争纠纷案中,抖音短视频平台被指控应对其平台中网络剧《云南虫谷》的大量传播承担侵权责任,相关权利人起诉要求赔偿9000万元,一审法院最终判决赔偿3200万元。^[6]这一判决金额远超同期类似的视频侵权案件金额,^[7]一度引发社会热议,揭示了目前视频在文化传播市场中具有巨大价值。视频作为一种严重依赖于技术辅助内容的媒体形态,内容复杂多元,且随着科技的发展类型更加丰富多样。除了早期的电影、电视剧、个人录像、音乐录影等,在著作权法近年的司法实践中,出现了电视晚会视频、游戏直播视频、体育赛事转播视频等法律难以界定权利边界的新类型视频。代表性诉讼案件如:上海电影制片厂诉全土豆非法传播动画片《大闹天宫》侵犯著作财产权纠纷,^[8]中央电视台诉鸿波公司春晚视频著作权侵权纠纷,^[9]网易诉华多“梦幻西游”网络游戏直播纠纷^[10]和

[2] 刘阳:《我国网络视听用户规模达10.74亿》,《人民日报》2024年3月28日,第12版。

[3] 苏力:《为什么未老先衰?——“法律与文学”在当代中国》,《法律科学》2021年第5期,第3页。

[4] Anne Barron. The Legal Properties of Film, 67 The Modern Law Review 177(2004).

[5] [美]迈克尔·A·艾因霍恩:《媒体、技术和版权:经济与法律的融合》,赵启杉译,北京大学出版社2012年版,第7页。

[6] 陕西省西安市中级人民法院(2021)陕01知民初3078号民事判决书。

[7] 江苏省无锡市中级人民法院(2022)苏02民终4041号民事判决书。

[8] 上海市浦东新区人民法院(2009)浦民三(知)初字第12号民事判决书。

[9] 深圳市中级人民法院(2012)深中法知民终字第226号民事判决书。

[10] 广东省高级人民法院(2018)粤民终137号民事判决书。

新浪诉天盈九州中超联赛赛事节目直播侵权纠纷^[11]等。这些与视频相关的司法案件的共同点在于,视频内容类型都不属于著作权法已明确规定的作品形式,其在著作权法上的客体定性、权利归属等问题都缺乏明确的规定,引发了较为广泛的社会争议。

我国2020年修改《著作权法》时,以“视听作品”代替了“电影作品和以类似摄制电影的方式表现的作品”的概念表达。这一修改虽然标志着立法者正在走出电影单一媒体行业保护的思维,但是全媒体下视频的多样性与利益复杂性仍然是著作权法保护中棘手的现实问题。从“网络游戏直播侵权第一案”^[12]到“体育赛事直播侵权第一案”^[13]再到“短视频侵权第一案”^[14],各种新类型案件的不断涌现正考验着本已饱受诟病的视频著作权保护制度,影响着影视产业的进一步融合发展。在当前,视频已经成为牵涉利益最广、受众用户最多的文化媒体形式,但其著作权的保护规则体系仍然未能理顺,著作权法需要对此问题予以及时回应,并作合理的制度重构。

二、视频著作权保护的相关概念与分类

(一) 视频著作权的相关概念和保护范围

事实上,国际范围内对视频的保护经历了一个缓慢发展的过程。诞生之初,视频的相关概念、保护模式和保护范围就引发了诸多争议。早期英国和美国等国家以摄影作品对电影提供保护,认为电影是“运动的图片”(motion pictures)。这一处理有一定道理。众所周知,视频的物理学原理就是每秒24帧连续播放的图片。然而,这一保护模式并不符合飞速发展的电影产业要求,毕竟电影虽然从原理上与摄影关系密切,但无论是表现形式、拍摄方式还是经济价值,电影作品与摄影作品截然不同。由此,著作权制度产生了一种新的作品类型——电影作品(films)。1908年柏林会议中修订的《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(以下简称《伯尔尼公约》)首次出现“电影作品”的概念,1948年的巴黎会议将“电影作品”作为单独的作品类型写入《伯尔尼公约》。^[15] 电影作品的概念提出后,视频形式不断增多,《伯尔尼公约》又将“电影作品和以类似摄制电影的方式创作的作品”的表述修改为当前的“电影作品和以类似摄制电影的方式表现的作品”。^[16] 可见,电影作品当时的影响力巨大。电影不但是最早诞生的视频,而且在其后很长一段时期内是主要甚至唯一的视频形式。故而在立法中以“以类似摄制电影的方式创作”来界定其他视频类作品的表述。但笔者认为,这一定义不但烦琐冗长,也不科学。这一表述既没有明确该类作品的主要表现形式,也忽略了电影本身处于不断发展的过程中,创作形式会发生很大的变化。因此,国内外以“视听作品”代替“电影作品和以类似摄制电影的方式创作的作品”表述的呼声日益高涨。顺应修改法律的社会呼声,我国《著作权法》在第三次修订中将“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”修改为“视听作品”,这一修改从形式上弥补了传统客体概念过于依赖电影媒体形态所带来的不足,也表明《著作权法》对于视频的保护进入了新阶段。总的来说,这一修改得到了学界的肯定。在《著作权法》第三次修订前,我国司法实践中已经有判决书使用了“视听作品”这一概念,用以指代“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”无法涵盖的视频,^[17]可见“视听作品”这一表述更为符合司法实践的需求。在国际公约和其他国家的立法中,视听作品的概念也越来越多地被使用。^[18] 学界对于“视听作品”这一称谓也

[11] 北京市高级人民法院(2020)京民再128号民事判决书。

[12] 广东省高级人民法院(2018)粤民终137号民事判决书。

[13] 北京市高级人民法院(2020)京民再128号民事判决书。

[14] 北京互联网法院(2018)京0491民初1号民事判决书。

[15] Joseph S. Dubin, Motion Pictures—Rights United States and International, 28 Southern California Law Review 205 (1955).

[16] Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Article 2.

[17] 广东省珠海市中级人民法院(2019)粤04民终2534号民事判决书;北京市西城区人民法院(2017)京0102民初14340号民事判决书。

[18] 1976年2月通过并实施的《关于发展中国家著作权的突尼斯示范法》、1980年世界知识产权组织出版的《著作权与邻接权法律术语汇编》、世界知识产权成员国于1989年4月在日内瓦缔结的《视听作品国际登记条约》、1976年美国《版权法》、1992年法国《知识产权法典》、1993年俄罗斯《俄罗斯联邦著作权和邻接权法》、1998年菲律宾《知识产权法》、1998年巴西《著作权法》以及2002年埃及《知识产权法》等,均使用了“视听作品”的专业术语。

多持赞同的态度。^[19] 有学者认为,2012年3月以来,我国《著作权法》修改草案中一直保留“视听作品”这一用语,这反映了各界的共识。^[20]

但是,与视频有关的著作权争议并没有因为修法而解决。其一,“视听作品”是否扩大了原有著作权保护范围,学界存在争议。有学者认为,“用‘视听作品’替换‘电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品’不属于实质性修改,而只是改变了此类作品的名称,并没有扩大作品的范围。”^[21] 这一观点值得商榷。相较于修订前的规定,本次修法中,由于客体类型概念设定中的要素调整,视听作品的范围明显扩大。按照学界主流观点,视听作品的定义变化将涉及以下两方面:(1)删除对“固定”的要件限制。尽管在第三次修改前,部分法院在审判中通过目的解释和对“固定介质”进行了扩大解释,不再将“在一定介质上”作为权利保护的限定条件,^[22] 但是,这一主张始终未得到立法者的支持,且被认为有超文义解释的嫌疑。这次修法明显在这一构成要件上放宽了限定条件。(2)不再将“摄制”作为该作品类型的必须要件。这就意味着视听作品的认定不再对创作手法作过多限制,通过设计软件工具制作的动画视频也具备成为视听作品的可能性。其二,“视听作品”是否涵盖录像制品存在争议。在第三次修法过程中,立法者曾考虑删除“录像制品”的规定,立法者对此解释道,因为视听作品的表述更简洁,单设一类录像制品的立法例不普遍,多数情况下录像制品都可作为“视听作品”而得到保护。^[23] 虽然最终通过的文本保留了这一条文,但也为处理视听作品与录像制品的关系留下了隐患,理论界与实务界对于视听作品与录像制品的关系莫衷一是,而厘清两者的关系正是科学确立视频著作权保护模式的重要基础。

“视听作品”“电影作品”“以类似摄制电影的方法创作的作品”以及“录像制品”等概念的内涵以及这些概念之间的关系,是学界始终讨论的话题。司法和立法也存在不同的观点和认识。概念是认识一个问题的逻辑起点,在厘清概念的基础上,我们才能构建合理而稳定的视频著作权分类保护模式。以“视听作品”替代“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”的表述,不仅是概念上的优化,而且适应了全媒体时代视频日益丰富的创作手段和传播方式所提出的权利保护需求。“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”这一概念陷入了“媒体规则”和“循环论证”的漩涡。^[24] 一方面,电影作品以外的其他类型视频越来越多,不能仅以电影的创作手段作为视频类作品的判断标准;另一方面,电影的创作手段也在不断发展,微电影、网络电影等多元的创作方式层出不穷,传统电影时长较长、胶片拍摄、院线放映的特点也发生了变化。以电影为标准来判断某种创作是否为视频类作品,无法揭示视频类作品认定的本质属性——独创性的重要意义,且用这种方式回答这一问题又会回到“循环论证”的初始问题——“什么是电影”?笔者认为,这是导致目前视频类作品争议层出不穷的重要原因。因此,以“视听作品”指称视频类作品,其合理之处在于,有助于摆脱“电影规则”的束缚,从本质上拓宽视频类作品的范围,有利于构建完善的视频著作权保护模式。需要指出的是,视听作品的概念也有缺陷。尽管大多数视听作品都有声音,但实际上声音并不是视听作品的必备要件,毕竟“连续画面”才是视频的本质特征。“视听作品”这一概念,容易造成视听作品必须有声音的误解。当然,由于国内外的约定俗成,“视听作品”的概念已经被广泛接受,立法亦没有必要再创设新的词汇去替代“视听作品”这一概念。

(二) 视频著作权保护的分类

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种表现形式时,人们首先会想到的思考形式是“类型”。^[25] 视频的内容呈现和文化交互具有极为丰富的内涵,自19世纪电影发明以来视频的制作与传播经历了多轮次的技术与产业革命,视频内容类型不断多样化。以拍摄手法的传播媒介来区分,视

[19] 张玉敏、曹博:《录像制品性质初探》,《清华法学》2011年第1期,第61页;孙国瑞、刘玉芳、孟霞:《视听作品的著作权保护研究》,《知识产权》2011年第10期,第61页。

[20] 王迁:《论视听作品的范围及权利归属》,《中外法学》2021年第3期,第665页。

[21] 王迁:《论视听作品的范围及权利归属》,《中外法学》2021年第3期,第672页。

[22] 北京市高级人民法院(2020)京民再128号民事判决书。

[23] 国家版权局:《〈中华人民共和国著作权法〉(修改草案)公开征求意见的通知》,载国家版权局网,<https://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/12228/346270.shtml>,2023年2月1日访问。

[24] 孙昊亮、宋景:《全媒体时代著作权法中的媒体规则及其变革》,《新媒体与社会》2023年第1期,第57页。

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

频可以分为电影、电视剧和其他视频;以时间长短来区分,视频又可分为短视频、长视频,甚至有学者认为短视频也可以细分为很多种类;^[26]以视频内容来区分,视频可分为叙事视频、风景视频、记录视频等。虽然上述划分对于认识视频类型有一定意义,但是从著作权保护的角度来看,以上分类意义不大。本文认为,应当根据著作权法独创性的标准将视频划分为受著作权保护的视听作品、受邻接权保护的录像制品和不受著作权法保护的其他视频。视频的制作与创新具有多样性,并非所有的视频都是著作权保护的客体。从著作权的角度,视频可以分为三种类型:(1)视听作品。这类视频反映了创作者的思想,具有独创性的表达要素,可以作为作品受到著作权保护。(2)录像制品。这类视频虽然不具备独创性,但是视频制作者付出了创造性的劳动与物质投入,相应视频应被定性为录像制品,受邻接权保护。正如近年来较为有影响力的“新浪公司与天盈九州公司”案的二审判决所认为的,在我国著作权法区分著作权和邻接权两种制度,且将相关连续画面区分为电影作品与录像制品的情况下,应当以独创性作为区分视听作品与录像制品的标准。^[27](3)其他视频。这类视频的产生不依赖人类的参与,不属于人类文化创新的范畴,不属于著作权法保护的对象。例如,行车记录仪等监控镜头自动拍摄的画面。当然,这并不排除其他视频受著作权法以外的其他法律(如反不正当竞争法)的保护。

立法者曾考虑删除录像制品的规定。针对这一问题,支持者提出,我国著作权法中录像制品的定义与美国版权法中的其他视听作品含义相当,鉴于机械性录制较为少见,单独规定录像制品的意义不大,可将其纳入视听作品范围。^[28]而反对者认为录像制品被吸收意味着视听作品客体范围扩张,将导致视听作品独创性标准过度降低。^[29]笔者认为,保留录像制品整体上具有积极作用。仅是客观记录他人作品的录制品不具备独创性,并无通过著作权进行强保护的必要,不应被认定为视听作品。早期立法以“摄制”和“录制”作区分,实际是在视频创作手法较为简单的时代背景下,对于独创性明显不同的两类视频进行立法上的划分。毕竟相较于摄制而言,录制足以表明视频不具有独创性,并非如学者所说的这是对技术的敌视。^[30]而今视频创作手法更为多样,“录制”“摄制”这样的技术性词汇已经无法用于区分视频内容的独创性,故相关表述有必要作出修改。当前,视频独创性与视频制作中的“摄制”“录制”并无关联,许多不具备独创性的视频,在文化传播市场中也广泛存在,起到了促进作品传播、信息传递、文化交流的作用,仍然需要进行必要的专属保护,所以著作权法下录像制品的邻接权保护仍然具有保留价值,并非反对观点所认为的保留录像制品制度意味着新法与修法前没有差异。^[31]因此,不应轻易删除对录像制品的有关法律规定。

录像制品类型的保留具有以下几个方面的意义:首先,保证作品认定标准的一致性。作品的独创性指的是作品为作者独立构思创作,反映了作者的个性。^[32]我国著作权法中文字作品、摄影作品、美术作品等都必须含有独立构思,具有个性,作者用约定俗成的符号(文字作品)、画面(摄影作品)、色彩线条形状(美术作品)等个性化的方式表达自己的思想和情感,而视听作品的表达工具是“连续画面”。也就是说,视听作品并非对应全部视频,只是对应具有独立构思和个性化的视频。视听作品“独创性”这一点应当坚持,否则作品认定的规则将受到挑战。之所以视频更需要强调独创性认定标准,是因为视频更接近于客观现实的再现。相较于视频,文字等表达形式具有抽象性,不是客观事物本身的直接再现。毕竟每一个文字都是人类抽象创造的结果,文字本身就可能具有人类独立构思的特征。而视频则可能是客观事物的再现,比如监控设备录制的视频,本身就是客观事物的再现。因此,通过独创性标准来认定众多视频中哪些可以作为作品而成为著作权保护的客体,具有非常重要的意义。过去,由于受到技术的限制,视频制作往往价格高昂,电影作为高投入、高回报、高风险的一类甚至是唯一的一类视频,一般都具有独立构思和个性。随着技术的发展,视频越来越多,在此过程中如何通过独创性判定视听作品意义重大。其次,有利于保护物质技术条件支撑下的以单纯传播客观场景为目的的视频。

[26] 徐俊:《类型化视域下短视频作品定性及其合理使用研究》,《中国出版》2021年第17期,第15页。

[27] 北京知识产权法院(2015)京知民终字第1818号民事判决书。

[28] 卢海君:《“电影作品”定义之反思与重构》,《知识产权》2011年第6期,第23-24页。

[29] 王迁:《论视听作品的范围及权利归属》,《中外法学》2021年第3期,第672页。

[30] 张玉敏、曹博:《录像制品性质初探》,《清华法学》2011年第1期,第58页。

[31] 杨幸芳、李伟民:《视听作品的定义与分类研究——兼评我国〈著作权法〉第三次修订中“视听作品”的修改》,《中国政法大学学报》2020年第3期,第57页。

[32] 刘春田主编:《知识产权法学》,高等教育出版社2022年版,第40页。

将录像制品并入视听作品不但会拉低独创性标准,而且会使很大一部分单纯传播客观场景的视频无法得到保护。随着技术的发展和普及,视频录制和直播越来越普遍,以单纯传播客观场景为目的的视频录制十分普遍,如个人用户录制的小视频、直播视频等。如果将录像制品并入视听作品,由于视听作品的独创性门槛,会导致大量单纯传播客观场景的录像视频很难被纳入受法律保护的范围。最后,保持视频著作权保护的层次。录像制品的保护起到了承上启下的作用,其处于具有独创性的视听作品和不含有人类智力劳动的其他视频之间,对那些付出创造性劳动和物质技术条件的视频进行保护,有助于避免受作品保护的视听作品与不受著作权保护的其他视频之间非此即彼的认定,有利于构建层次合理的视频著作权保护体系。

应当指出的是,随着技术的发展和普及,没有人类智力直接参与自动录制的其他视频会越来越多,监控设备、视频记录仪等都是此类视频。当然,不排除此类视频作为录像制品甚至视听作品创作素材的可能性。换言之,如果有人对此类视频进行编排、加工、合成或者配乐等,上述视频有可能由于人的参与使其成为录像制品或者视听作品组成部分。总之,对视频的著作权法律保护,建立科学合理的视频分类标准至关重要,这是视频著作权保护制度大厦的基石。

三、视听作品的独创性认定

(一) 视听作品的独创性认定存在争议

作品独创性认定问题是著作权法领域的永恒话题,认定独创性既是作品成立的前提和基础,也是著作权保护的前置问题。视听作品的独创性认定较为复杂,同时独创性是区分视听作品与录像制品的关键。

如何区分视听作品与录像制品,多年来著作权法并未予以厘清。曾有学者提出,早期立法中采用“摄制”一词的本义是区分电影等的制作与非创作的客观记录视频录制,如对演唱会的机械录制形成的仍是录像制品。^[33] 例如,在英美国家的早期电影著作权保护中,将电影与戏剧的保护混为一谈。20世纪早期,英国立法者坚持认为电影版权保护的核心是电影录制的戏剧内容,所以电影的版权保护实际上就等于对电影中戏剧内容的保护,而电影的技术拍摄只是一种将戏剧固定下来的技术过程。^[34] 这显然混同了“连续画面”和“连续画面所记录的内容”之间的关系。直到20世纪50年代,英国负责版权法修订的立法委员会才取得共识,认为:“电影本身是完整而且独立的客观存在”,电影的画面及其配乐是与电影内的戏剧内容所不同的独立作品类型。^[35] 由此可以看出,原著作权法立法表述中的电影“摄制”和录像制品“录像”两种行为的核心区别在于能否构成独立的电影创作作品,是否体现了电影意义上的独创性要素。在视频画面及其配乐的形过程中,只有满足了独创性要素,该视频才能构成电影的“摄制”,而如果不满足独创性,则属于录像的“录制”。司法实践中对视听作品和录像制品的区分标准也存在不同见解。例如,在中央电视台春节联欢晚会的著作权纠纷中,法官虽然认可春晚视频的表现形式与电影作品相似,拍摄过程等工作具有独创性,但是由于视频中的内容选择和节目编排等自由表达空间有限,未达到电影作品所要求的高度,最终认定其构成录像制品。^[36] 在新浪诉凤凰体育赛事直播案中,二审法官基于直播者对素材、拍摄技巧和直播画面等无选择权,独创性不足,认定直播画面不构成电影作品。^[37] 该案再审法官则提出,电影类作品与录像制品的划分标准应为独创性的有无,直播画面并非机械录制,拍摄、取舍和剪辑中能体现制作者独立构思和个性,可以认定为电影作品。^[38] 本案二审和再生的法官认定思路存在明显不同,二审基于作品的独创性不足,将体育赛事直播排除出电影作品范畴,认定为录像制品。再审则是基于体育赛事直播不属于机械录制,认为体育赛事直播有独创性,故将其认定为“以类似摄制电影的方法创作的作品”。这体现出司法实践中对视听作品独创性认定标准的巨大差异。

[33] 焦和平:《形式解释论下网络游戏动态画面的著作权保护路径》,《现代法学》2021年第2期,第48页。

[34] Anne Barron, *The Legal Properties of Film*, 67 *The Modern Law Review* 177(2004).

[35] UK Copyright Committee, *Report*, Cmd 8662, 1952, p. 94.

[36] 北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第5129号民事判决书。

[37] 北京知识产权法院(2015)京知民终字第1818号民事判决书。

[38] 北京市高级人民法院(2020)京民再128号民事判决书。

当前对短视频^[39]、游戏赛事直播^[40]和音乐视听作品^[41]等的性质认定折射出,司法实践对著作权法保护的视听作品已经产生了大量不同观点。在视听作品范围扩大后,对视听作品和录像制品的界定将更加复杂。全媒体时代,视频的制作不再被专业公司垄断,个人也可以在技术辅助之下实现视频的拍摄、编排与剪辑,通过视频的形式进行创造性的表达,形成足以比肩电影的视听作品。在此情况下,视听作品的保护亟需摆脱传统电影行业、电影技术等认定标准的限制,构建更为普适、抽象的表达概念,避免在定义中呈现过多技术性特征,以更好应对未来技术更新引发的新变化。

(二)视听作品独创性认定的标准

具备独创性的视频可以被认定为视听作品,作为作品受到著作权法的保护。如前文所述,对视听作品独创性的判断,司法实践中法官主要通过对创作的手法、内容的选择编排和最终画面效果等方面加以认定;但是通过对已有判决分析后不难发现,实践中部分法官的判决明显呈现出先有观点后论证的色彩,^[42]对于独创性的认定缺乏客观的统一标准。对于视听作品的独创性认定应当明确以下几个方面标准:

首先,不能以电影作为参照确定视听作品的独创性认定标准。电影是最早的视频,也最具有经济价值,因此在相当长的一段时间里电影的创作手法都是视听作品独创性认定的参照标准。“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”这样的表述,实际上是想告诉人们电影当然是作品,如果以类似摄制电影的方法创作了视频,该视频也属于视听作品。换言之,那些不是以类似摄制电影的方法创作的视频则不属于视听作品。但是,有些视频虽被称为电影却不意味着其天然就具有独创性。比如,从现在对独创性的认定标准来看,最早诞生的电影就不具备独创性。虽然对于什么是电影,学界有一定的争议。^[43]但是,主流观点认为,1895年12月28日,法国人卢米埃尔兄弟在巴黎的“大咖啡馆”第一次用自己发明的“活动摄影机”放映的《火车到站》影片,标志着电影的正式诞生。但无论是1888年时长仅2秒的《朗德海花园场景》还是1895年时长50秒的《火车到站》和时长1分钟《工厂大门》等早期的视频,与现在的电影相比,时长很短且使用的是固定机位摄制。按照现行著作权标准,这些早期视频不可能被认定具有独创性。此外,电影的拍摄和创作方式也不是一成不变的,故事片、动画片、纪录片等都有不同的拍摄和创作方式,而且未来有可能出现更多的新的电影拍摄和创作方式。将“类似摄制电影的方法”作为视频具有独创性的判断方法和依据,无异于刻舟求剑。从著作权的角度上说,电影和电影作品并非同一概念,只有当电影被认定具备独创性以后才能称之为电影作品。因此,“类似摄制电影的方法创作的作品”这一概念本身就陷入了“循环论证”的逻辑。把“类似摄制电影”的方法作为视频是否具有独创性的判断依据,这种逻辑显然是站不住脚的。

其次,视听作品的独创性认定应当针对的是“连续画面”。视听作品是一种集合作品,画面、对白、音乐、表演都是常见的组成部分。视听作品应当“瞄准”自身的保护对象——“连续画面”,而不是视频所拍摄的内容,否则很容易引起认定标准的混乱。视频所拍摄的内容本身的独创性不应成为确定视频是否具有独创性的判断标准,这一观点在实践中也被多数法院认可和适用。^[44]可见,视频的画面和内容必须区分清楚。英美国家的早期电影著作权保护之中,长期将电影与戏剧的保护混为一谈,混淆了“连续画面”与“连续画面所拍摄的内容”之间的关系。举个例子,一台固定摄像机对准教师的授课进行拍摄,无论教师的授课内容多么精彩或者具有独立的构思,都不能认定所拍摄的视频是具有独创性的作品。此外,具有独创性的配乐是否能够成为视听作品具有独创性的认定依据,笔者也持否定态度。如果配乐(带词或者不带词)与“连续画面”并无具有独立构思

[39] 北京互联网法院(2020)京0491民初18843号民事判决书。该判决在二审被改判认定为短视频具有独创性。参见北京知识产权法院(2021)京73民终1228号民事判决书。

[40] 上海耀宇诉广州斗鱼著作权侵权纠纷案,法官认为游戏直播画面不具有独创性,不构成作品,见上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第191号民事判决书;在上海壮游诉广州硕星侵权案中,法官则认定游戏直播画面构成“以类似摄制电影的方法创作的作品”,参见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。

[41] 珠海市中级人民法院(2011)珠中法知民初字第312号民事判决书。

[42] 张玉敏、曹博:《录像制品性质初探》,《清华法学》2011年第1期,第58页。

[43] 杨佳凝、杨鹏鑫:《世界第一部电影是什么?》,《北京电影学院学报》2021年第6期,第93页。

[44] 春节联欢晚会节目再精彩和具有独创性,如果拍摄者只是简单地摄制记录,其作品也不应当认定具有独创性。类似案例参见上海市第二中级人民法院(2001)沪二中知初字第1号民事判决书。

的结合,那么也不能因为配乐具有独创性而认定该视频是具有独创性的视听作品。配乐只有和“连续画面”形成互动关系,成为作者思想情感的独创性表达时,才能成为视听作品独创性认定的判断依据。因此,春节联欢晚会节目再精彩,也不能就此判定春节联欢晚会直播的画面是具有独创性的视听作品。必须通过“连续画面”的独创性来判断其是否构成视听作品。基于此,笔者认为直播类的视频很难构成视听作品,如体育赛事直播、游戏直播等等,其直播的内容再丰富也不属于具有独创性的“连续画面”。相反,在很多电影作品中,配乐已经成为电影的一部分,甚至人们一听到一首歌曲,就能在脑海中跳出特定的电影情节和画面,在这种情况下配乐已经成为电影作品独创性表达的一部分。从电影业术语的角度而言,“连续画面”的独创性通过“镜头语言”或者“蒙太奇”手法来实现。电影是镜头与镜头构筑并列的艺术,正如苏联著名导演普多夫金所言,电影艺术的基础是蒙太奇。^[45]作品的本质是作者思想情感具有独立构思的表达形式,作者的这种表达可能通过文字、乐符、线条、画面来实现,视听作品正是通过独立构思的“连续画面”表达作者思想情感的一类作品。因此,视听作品必须是通过“镜头语言”或者“蒙太奇”表现出独创性的一类作品。

最后,“创作类”的视频一般具有独创性。有学者认为,视频的形成过程可分为选择素材、形成画面、后期制作三大环节。^[46]基于这些环节,视频根据拍摄方法可以分为“创作类视频”“抓拍类视频”和“再现类视频”。在讨论摄影作品的著作权保护时,笔者就曾提出,将摄影作品分为主题创作、再现型和抓拍型三种类型。^[47]主题创作型摄影作品的拍摄对象是由拍摄者所创作出来的布景或主题;再现型摄影作品是指以精确再现拍摄对象为目的的摄影作品;抓拍型摄影作品是拍摄者在合适的时间、合适的地点拍下的有价值的照片。^[48]视频实际上就是“运动的图片”,与摄影作品的分类应当有相似之处。“创作类视频”包括剧情创作、镜头拍摄、镜头剪辑、特效制作、配音配乐等等。电影是最典型的创作类视频。有学者认为,视频独创性的判断应主要从三个方面展开:过程事件的可视化、过程事件的画面形成、后期制作。^[49]创作类视频的形成分为事前(选择素材和设定情节)、事中(拍摄画面)和事后(后期剪辑制作)三个阶段。“抓拍类视频”是对客观景象的记录,该类视频所记录的内容不是作者创作出来的,而是客观现实的呈现,其创作空间往往很小。^[50]如拍摄月全食的过程,被拍摄素材是客观自然现象,基础素材本身决定了作者无法提供特定的独创性工作。但是,不可否认的是拍摄者在拍摄的过程中也要付出创造性的劳动和物质条件,这种创造性劳动和物质条件往往表现为多机位拍摄(包括全景机位、中景机位、近景机位、特写机位等)、特种设备拍摄(例如摇臂摄像机)、现场收音、镜头切换等等。“再现类视频”是单纯机械再现客观事物的视频,如自动监控镜头拍摄的画面。这类视频往往是单一镜头,也不存在镜头移动和切换,一般没有人的智力劳动的参与。在上述三类视频中,“创作类视频”一般应被认定为具有独创性的视听作品,受到著作权法保护;而“抓拍类视频”和“再现类视频”由于其创作空间有限,很难具有独创性,一般应被认定为录像制品受到邻接权保护,或者属于其他视频无法受到著作权法保护。对“创作类视频”而言,无论视频是对剧本等基础作品的可视化再现还是即兴生成,这一从无到有的过程通常是独创性认定的关键一环,素材内容本身的独创性空间较大,并且需要同步完成对所展示事件的拍摄或生成。在这一过程中,作者的参与将直接影响作品的最终效果,也最能体现作品的独创性。在此基础上,绝大多数视听作品还需要进行特定的编排和处理等,后期制作也可以使得很多原本普通的视频取得精彩的呈现效果,这一过程也具有较大的创作空间,需要作者在其中提供特定的独创性贡献。然而,类似赛事直播、演出直播等视频,通常需要拍摄者在特定机位根据实时场景的情况完成拍摄,就单个机位的拍摄而言,其创作空间往往受到很大限制,虽然也可能包括精彩瞬间即时回放、镜头切换、舞台虚拟光影等制作方式,但与“事前设计情节、事中拍摄画面、事后制作剪辑”的视听作品差异巨大,它只对现场发生的情况进行了抓拍,不具有独创性,故应当将其作为录像制品,适用邻接权制度对其进行保护。

[45] 熊立:《数字电影本体论》,《文艺评论》2014年第11期,第98页。

[46] 王迁:《论“春晚”在著作权法中的定性》,《知识产权》2010年第4期,第22页。

[47] 孙昊亮:《全媒体时代摄影作品的著作权保护》,《法律科学》2021年第3期,第115页。

[48] Hugh Laddie, Peter Prescott, Mary Vitoria, Adrian Speck and Lindsay Lane, *The Modern Law of Copyright and Designs*, Butterworth, 2000, p. 57.

[49] 崔国斌:《视听作品画面与内容的二分思路》,《知识产权》2020年第5期,第29页。

[50] 北京知识产权法院(2015)京知民终字第1818号民事判决书。

四、视听作品的分类与归属

(一) 现行视听作品的分类与归属标准存在缺陷

现行《著作权法》第17条对电影电视剧作品和其他视听作品的著作权分类和归属作了不同规定：“(一)视听作品中的电影作品、电视剧作品的著作权由制作者享有,但编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权,并有权按照与制作者签订的合同获得报酬。(二)前款规定以外的视听作品的著作权归属由当事人约定;没有约定或者约定不明确的,由制作者享有,但作者享有署名权和获得报酬的权利。”这一规定首次提出部分视听作品的著作权归属可以由作者和制作者约定。对此修改,立法者解释道,“视听作品”扩大了原有作品范围,将电影、电视剧作品与其他视听作品的著作权归属作统一规定,存在不妥,所以立法作了区分规定。^[51]但这一立法规定的提出和通过过于匆忙,并会导致诸多问题,引发了学者的批评。有学者认为,其他视听作品的版权归属允许当事人约定,这一规定似乎有意提升作者在版权归属上的主体地位,但结合当前我国影视产业发展实际情况看,这一规定可能为时尚早。^[52]可以看出,立法者将视听作品分为三类:电影作品、电视剧作品和其他视听作品。这一区分延续了原有的立法规定。鉴于视听作品中的电影、电视剧具有特殊的行业影响,立法专门规定了电影作品、电视剧作品的权属规则。但是在全媒体时代,电影与非电影的边界已经有所消融,这样的立法区分不符合媒体融合的传播趋势,在未来著作权法规则的适用中,视频属于电影、电视剧还是其他视听作品,将成为难以界定的法律问题。其一,电影作品和电视剧作品的创作手法和表现形式高度相似,立法对两者作出区分规定将引发视听作品具体类型的认定争议。其二,电影、电视剧作品与其他视听作品的分类标准不易确立。从人们易于感知和判断的方面看,无论是视频时长、情节设计、创作资质、创作基础^[53]等方面似乎均难成为分类的标准。所以,在视听作品的范围扩大后,过于细致地划分视听作品类型的思路,并不合理。

在视频产业实践与著作权法保护中,电影的产业规模最为庞大、发展历史最为漫长,是过往历史中的主流视频形态,一度与可赋予著作权保护的所有视频画上等号。电影的技术成分、产业格局、创作模式具有特殊属性,电影制作者往往扮演了核心角色,在电影的摄制与传播中占有主导性地位,也是电影成果的天然支配者,所以大多数国家著作权法中电影相关权利都归属于电影的制作者。例如,英国《版权法》直接将制作者作为特定主体赋予电影作品的版权,^[54]美国《版权法》将此类作品定义为电影作品和其他视听作品,^[55]形成了版权保护的二分思路。美国《版权法》将视听作品和电影作品界定为包含关系,要求电影作品在视听作品基础上能够形成动感,^[56]而幻灯片虽然构成视听作品但并不属于电影作品。^[57]我国《著作权法》第17条对视听作品采取三分方式,分为电影作品、电视剧作品和其他视听作品,在世界立法中比较少见。从我国立法来看,三类视听作品之间的关系并不明晰,分类也缺乏特定标准。如前所述,视听作品的提出实际是将作品定义的要件从“创作手法”向“表现形式”转变,但这一转变在立法中非但未得到体现,反而造成视听作品分类和权属认定的混乱。甚至有人认为,对于电影和电视剧的区分,是基于两者在行政管理方面存在不同。对此,有学者批评认为,行政管理标准与作品类型的区分标准不同,不能因为未获行政许可就否定作品的属性。^[58]但如果立法者仅仅是想用“电影作品和电视剧作品”指代与电影作品和电视剧作品相似的视听作品,这一冗长的措辞实乃化简为繁,极易导致更多作品被排除在电影作品和电视剧作品之外。因此,对于视听作品内部进行分类的必要性值得商榷。这种分类方式实际上是延续了按媒体与行业对作品进行分类的模式,与全媒体发展趋势完全背离。在

[51] 全国人民代表大会宪法和法律委员会:《关于〈中华人民共和国著作权法修正案(草案)〉修改情况的汇报》,载中国人大网,http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202011/t20201111_308678.html,2024年7月30日访问。

[52] 王迁:《论视听作品的范围及权利归属》,《中外法学》2021年第3期,第679页。

[53] 本文所说的创作基础区别主要是区分有创作依据的作品和无创作依据的作品,如有剧本和无剧本的区别。

[54] Anne Barron, *The Legal Properties of Film*, 67 *The Modern Law Review* 177(2004).

[55] 17 U. S. C. § 102(a)(6).

[56] 美国《版权法》第101条中电影作品的定义为,“电影”是由一系列相关画面组成的视听作品,画面连同伴音(如果配有)连续放映时会产生动感的效果。

[57] Melville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, New York: Matthew Bender, 2017, § 2.09[C].

[58] 王迁:《对〈著作权法修正案(草案)(二次审议稿)〉的四点意见》,《知识产权》2020年第9期,第39页。

全媒体时代,化繁为简,媒体融合是大势所趋,各种传统媒体分类本身已经难以界定,再增加新的分类,将带来法律适用上的混乱,所以在著作权法中应当尽量避免使用“电影”“电视剧”这样的媒体分类、行业分类。

视听作品的分类应当适应全媒体时代的变化,具有独创性的视频应当被认定为视听作品。随着技术的发展,视听作品的创作形式和播放渠道将越来越多样,电影作品、电视剧作品和其他视听作品的分类方式,不利于司法实践者操作。因为随着媒体的融合和新媒体的不断涌现,电影作品、电视剧作品这样的“媒体分类”标准将会被逐渐淡化。在这种情况下,电影作品、电视剧作品和其他视听作品分类的权利归属就失去了前提和基础。值得一提的是,立法者之所以就视听作品进行分类,实际上是注意到了视听作品的概念提出后,出现了一些不属于传统电影、电视剧的作品,因此对这类视听作品的归属就应当作出不同规定。这一思路有一定合理性。之所以著作权法修法之前规定“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品归属于制片者”,是因为这类作品的“集合性”、创作主体的“多元性”和“三高”(高投入、高回报和高风险)的特点。但是随着全媒体时代的发展,视听作品的类型越来越多,出现了很多由个人制作,单一作者和表现形式的视听作品,在这种情况下,视听作品的归属标准是否应该作出相应调整,便成为学界和实务界关注的话题。

对于视听作品的归属,多数国家都作了与一般作品不同的特别规定。《伯尔尼公约》也将视听作品的著作权归属交由成员国的国内法规定,《伯尔尼公约指南》补充解释道,著作权人可以是原始权利的作者,也可以是法定转让取得权利的作者,还可以是电影的各个艺术创作者,由成员国自行选择。^[59]对视听作品的归属,两大法系在实质归属标准方面存在差异,但是在形式上均承认视听作品的著作权仍然归属于“作者”,只是“作者”的具体主体身份各有不同。作为电影产业大国,美国高度重视电影作品的著作权保护。为了更好地保护美国电影产业的经济利益和传播控制权,美国对电影作品的著作权归属设有专门规定。由于制作者并非事实上的创作者,直接认定制作者为权利人明显违背了作者是著作权人的原则,美国最终通过法律拟制的方式,创设了“雇佣作品”,将电影制作者拟制为电影作品的作者,享有作品著作权。^[60]这一思路最早形成于布莱斯坦诉唐纳森平版印刷公司案(Bleistein v. Donalson Lithographing Co.),^[61]后被确认并写入立法,本案主审法官霍姆斯认为雇员基于履行职责创造的东西理应是属于雇主的财产。^[62]随后美国国会立法明确了电影制作者的“作者”身份,确立了专属于电影作品类型的版权权属规则。美国在提出“拟制作者”前,也曾考虑将电影作品的著作权赋予一般作者主体,但是由于电影作品大都是合作作品,拥有多重作者主体,如果多人共享著作权,作品的传播授权将异常复杂,且制作者的巨额投资得不到有效的保护,不利于电影产业的发展,所以美国最终选择将电影制作者作为电影作品的默认权利主体,这也成为世界多数国家所采取的电影作品权属归属模式。但是,德国等国家采取了不同的立法选择。作为大陆法系的典型代表,德国始终强调作者享有作品著作权是基本法律原则。当然,面对电影传播的需要,德国通过立法赋予制作者对电影作品的使用权,并对作者的初始著作权进行适当限制,确保制作者能够有效使用相应的电影作品成果,这一做法坚守了作者是作品著作权人的基本原则,也满足了电影实践发展的需要。^[63]

美国和德国作为不同法系的代表,根据各自的著作权法保护理念对于电影的著作权权利归属作了专门规定,且都认可“作者”是电影作品著作权的权利主体。但是,我国《著作权法》第17条一方面借鉴英美法系国家相关规定,确认了制作者的权利主体身份,另一方面却又坚守大陆法系的传统,规定编剧、导演、摄影、作词、作曲等“作者”享有署名权和获得报酬的权利,看似是对两大法系进行了借鉴与综合,实则并未明确哪一主体是电影作品的“作者”,权属分配逻辑十分混乱。在规定制作者享有著作权的同时,又赋予导演和编剧等署名权。电影作品是遵从了作品作者权属的一般原则设立的拟制作者规则,还是选择了精神权利与财产权利的分离标

[59] Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, article14bis, (2); Guide to the Berne Convention, article 14 bis, 3.

[60] 美国《版权法》第201条规定,雇佣作品——作品为雇佣作品的,雇主或作品为其创作的他人视为作者,享有版权中的一切权利,除非各方签署了书面文件,对版权拥有方做出明确规定,否则,雇主或作品为其创作的他人拥有版权所包括的一切权利。

[61] 李伟民:《视听作品著作权主体与归属制度研究》,《中国政法大学学报》2017年第6期,第91页。

[62] 孙新强:《聊作者的两种不同“死亡”方式及其相应影响》,《法学家茶座》2013年总第40辑,第50页。

[63] 《十二国著作权法》翻译组:《十二国著作权法》,清华大学出版社2011年版,第156、177页。

准?我国著作权法立法始终未能理清相应逻辑。

诚然,立法者将电影作品和电视剧作品的著作权赋予制作者是基于背后经济因素的考量,电影和电视剧是集多项智力成果于一体的特殊作品,确保制作者获取收益的权利是鼓励更多作品投资的基础,并有助于激励更多电影、电视剧作品的生产、创新与传播。从功利主义角度看,这一规定更符合现实需要。但是我国著作权法对于电影、电视剧的保护乃至对视听作品的整体保护,仍然缺乏自洽的逻辑体系,尤其是其与著作权归属一般原则的衔接、精神权利与财产权利配置的体系上仍然存在许多混乱。电影、电视剧中编剧、导演等主体享有的署名权,其来源与合法性十分模糊。其一,既然著作权属于制作者,为何编剧、导演等主体可以享有基于作品作者的著作人身权;其二,编剧、导演等为何只配置了署名权、获得报酬权等作者权利,其余专属于作者的精神性权利如何配置?著作权法未作出规定。对此,国内有学者提出,制作者所享有的权利可以解释为原作品作者通过“法定转让”的形式将署名权以外的权利让给了制作者,但这种著作人身权“法定转让”的论说无疑又与大陆法系作者权利理论存在明显冲突。^[64]在影视剧行业中,片头和片尾列明参与电影创作主体的身份信息本是行业的通行做法,但是《著作权法》却将这一行业惯例上升到法定权利的层面。如果我国立法单独设定署名权是受此影响,这将对权利秩序产生极大破坏。

权利归属的制度规定,实质是文化的产业格局与利益博弈的外在反映。著作权法对于电影、电视剧的权利归属所作的专门规则体现了这两类传统文化产业的行业特色。电影、电视剧等最终仍然是自然人作者进行创造性劳动的成果。但是面对电影、电视剧的资本密集、技术密集的现实,自然人创作者在利益博弈中普遍处于弱势地位,以至于最终失去了绝大多数著作权,仅仅保留了非常有限的署名等权利。但是这一现实特色是否具有可持续性,还有待观察,尤其是考虑到全媒体时代视频内容、技术和传播向着数字化、集成化、智能化的趋势发展,大量短视频、网剧等的创作与传播不再遵循传统的电影制片模式,突破传统模式由个人主导的电影、电视剧已经屡见不鲜,基于传统电影行业特点所作的有利于制作者的著作权专门权属立法可能不再必须适用。在现实的传播授权交易中,当事人就著作权归属做出的约定是否具有对抗效力,当事人将其他视听作品的著作权约定归属制作者外的主体,此时善意第三方与非著作权人的制作者达成交易后使用作品的行为是否应当受到保护,都成为实践中需要应对的问题。

(二)视听作品分类与权利归属制度的完善

我国现行《著作权法》虽然使用了“视听作品”这种淡化电影媒体的新概念表述,强化了对于视频表达形式的概念表述,淡化了摄制方法的表述,但是在权属规则层面仍然为电影、电视剧作品作了专门的规定,而对于其他可予以保护的视听作品缺乏更为明确的认定规范,因而立法仍然需要因应全媒体的变革趋势作出合理完善。

现有著作权法立法对视频著作权保护的“表达的形式”与“表达的实质”缺少共识与明确规范,这导致了法律适用中对表面上呈现多样化状态的“表达的形式”产生不同的认定结论,将本质上属于同类“表达的形式”按照不同的作品类型进行著作权保护,导致了操作标准的混乱。^[65]“直观只能将感官印象统合成一个整体形象,它不区分个别的特征,或者根本未意识其差异,应当认识足以区分其与其他类型的特征。”^[66]在当下视频传播的媒体格局中,无论是传统的电影、电视剧,还是新兴的网剧、微电影、短视频,如果具有著作权法上的独创性,都属于著作权法应予以保护的视听作品范围。在全媒体时代,电影、电视剧、网剧、微电影、短视频等这些视频“表达的形式”,其本质上并无区别,从“表达的实质”来看,都是创作者使用动态连续画面进行独创性表达的手段,连续画面才是视听作品与文字作品、美术作品、音乐作品等其他作品类型相区分的本质特征。

长期以来,我国著作权法使用电影作品、以类似摄制电影的方法创作的作品等概念类别来涵摄各类著作权法保护的 video 类型。从全媒体的视角看,这些 video 类型概念都是紧密围绕着电影的媒体特征而表达的,体现的是按媒体行业区分类别的传统思维。各类 video 内容,如果想作为作品受到著作权保护,就需要按照立法规定,尽量与电影媒体特征进行贴合。但是在全媒体时代,网剧、微电影等新兴视听作品的出现,电影形态已然多样化,概念边界日益模糊,著作权法围绕电影所作的传统概念界定难以覆盖当前的各类新型视听作品,使视听作

[64] 孙新强:《论作者权体系的崩溃与重建——以法律现代化为视角》,《清华法学》2014年第2期,第136页。

[65] 卢海君:《版权客体论》,知识产权出版社2014年版,第93页。

[66] 李明德:《美国知识产权法》,法律出版社2014年版,第338页。

品的著作权法保护面临诸多实践困境。2020年《著作权法》修订后,“视听作品”取代了“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”的概念表述,在未来的《著作权实施条例》修订中,视听作品等概念的具体规定中可能将不再含有“拍摄电影的方法”“固定在介质上进行传播”这样的传统媒体概念要素的表述。这种“去电影化”的法律表述与全媒体的发展趋势相符合,各类新型视频的著作权法保护也将不再要求其具有与电影的媒体要素相贴合的特征。如此,可化解视频著作权法保护中的部分困境。然而,《著作权法》第17条将视听作品又分为电影作品、电视剧作品和其他视听作品,并分别规定了权利归属方式,实在是画蛇添足,混淆了本已融合的视听作品概念。著作权制度对电影产业的发展发挥着重要的作用。从另一个角度来讲,电影产业对著作权制度产生了深刻的影响。著作权保护对于电影产业至关重要。电影公司不愿意失去主导市场的地位,他们选择遵守著作权法,是希望避免参与到残酷的竞争之中及避免技术变化带来的不确定性。^[67]随着电影制作者开始发现其权利遭到削弱,著作权法就成为各方权利角逐的场域。因此,电影作品的权利归属从一开始就与一般作品存在差别。一般作品的著作权归属于作者,这容易理解,毕竟作者是作品的创作者。而电影作品的著作权则归属于制作者,一般的解释是,这样规定有利于电影作品的使用,确保制作者投资的回报得以实现。

与其他作品相比,电影作品权利归属的特殊规定主要源于以下几点特征:第一,电影作品具有“集合性”。它往往是文字作品(剧本对白)、摄影作品(实际上电影本质上就是每秒24帧的图片的连续播放)、戏剧作品(电影是活动着的戏剧,早期的电影曾被作为戏剧作品受到保护)、音乐作品(电影的配乐不同于单独存在的音乐作品的地方在于它会配合电影剧情的需要而变化)等的集合体。第二,电影作品具有创作主体“多元性”。电影作品往往包括了编剧、导演、作词、作曲、摄像等创作者。电影创作实际上还包括副导演、剪辑、美工、场务、音效、灯光、演员等人的独创性贡献。在美国的一起案件中,法官甚至指出电影中的“编辑、助手、先前配偶、情人或者朋友都会因为提出可版权性的意见而成为合作作者”^[68]。这说明了电影创作主体的多元性,而这种多元性也很容易引起法律上的纠纷。第三,电影作品具有“三高”(高投入、高回报和高风险)属性。电影作品的高投入似乎无需过多论述,且不论动辄上亿的投资,专业的拍摄设备和团队绝非普通人所能完成。伴随着高投入的当然是高回报和高风险,尤其是在电影票房突破10亿元的时代。

著作权法的产生及发展历史,与产业发展息息相关。“版权让创作者独享艺术作品的控制权,且其控制范围不断扩大。一般来说,版权的实际所有者不是作者本人,而是大型文化企业。他们不仅制作大量电影、乐曲、戏剧、书籍、连续剧、视觉艺术与设计作品,还把持着这些作品的市场发行和销售,左右着大众日常观看、阅读和收听的内容。”^[69]到如今的全媒体时代,数字技术很有可能扭转甚至颠覆当前电影、电视剧等视频主导制作传播市场的局面,文化产业的投资者们不会轻易放弃自身的市场支配地位,而视频的创作者们同样想要谋求更多的创作激励和利益,因此现行著作权法关于视听作品权利归属的规定,也体现了媒体融合中创作主体和投资组织主体的利益博弈。

现行著作权法中对于视听作品的权利归属规定存在很多问题。首先,电影作品、电视剧作品和其他视听作品的分类,实践中很难操作。其次,视听作品特别是电影作品、电视剧作品往往同时具有职务作品、委托作品和合作作品的特点,如何协调多个主体相互之间的关系,是值得认真思考的问题。第三,按照现行著作权法的规定,法定归属是否可以排除电影作品和电视剧作品的作者与制作者约定权利归属,换句话说,如果作者与制作者事先约定了所拍摄的电影作品或电视剧作品归属于作者,那么法律上是否认可该约定。第四,著作权归属于制作者的制度是针对电影这类极其特殊的作品设计的,该制度是否能够适应于其他的视听作品,值得思考。

解决这一问题的根本路径在于剖析规则的本质属性。电影作品归属于制作者这一规则,实际上是为了保护为电影拍摄投入资金的企业。这完全符合保护投资巨大的职务作品的思路。我国《著作权法》关于职务作品的相关条款将职务作品分为了两类:一类是一般的职务作品,另一类是特殊的职务作品。对特殊的职务作品,著作权法规定:“有下列情形之一的职务作品,作者享有署名权,著作权的其他权利由法人或者非法人组织

[67] [澳]彼得·达沃豪斯、[澳]约翰·布雷斯韦特:《信息封建主义》,刘雪涛译,知识产权出版社2005年版,第200页。

[68] Aalmuhammed v. Lee, 202 F.3d 1227, 1234(9th Cir. Cal. 2000).

[69] [荷]约斯特·斯密尔斯、[荷]马丽克·范·斯海恩德尔:《抛弃版权:文化产业的未来》,刘金海译,知识产权出版社2010年版,第1页。

享有,法人或者非法人组织可以给予作者奖励:(一)主要是利用法人或者非法人组织的物质技术条件创作,并由法人或者非法人组织承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、示意图、计算机软件等职务作品;(二)报社、期刊社、通讯社、广播电台、电视台的工作人员创作的职务作品;(三)法律、行政法规规定或者合同约定著作权由法人或者非法人组织享有的职务作品。”该规定实际上符合电影作品和电视剧作品的归属原则,可以适用于电影作品和电视剧作品的纠纷解决。电影作品和电视剧作品的制作者与作者之间一般都是雇佣关系,在创作过程中主要是利用法人或者非法人组织的物质技术条件创作,并由法人或者非法人组织承担责任。因此,符合条件的电影、电视剧作品完全可以适用特殊职务作品的归属原则,无须舍近求远,再创设一套单独的视听作品权利归属制度。这一做法实际上就是对美国版权法保护电影作品时的“雇佣作品”制度的合理借鉴。^[70]当然,视听作品也有可能是委托作品或者合作作品,此种情况下也可以适用著作权法中相应的条款。

笔者认为,视听作品权利归属方面的制度应当向着简化媒体类别、统一适用规则的方向发展,没有必要为视听作品单独设定一种归属模式,应当将视听作品的著作权归属归入职务作品、委托作品、合作作品等权利归属模式中。这样做的好处主要有:一是解决了视听作品类型不断增加,电影、电视剧创作方式日益多样给著作权归属带来的问题。随着全媒体的进一步发展,电影、电视剧与其他视听作品逐渐边界模糊,权属规则适用也随之产生不确定性。未来的电影、电视剧形态不断转变演化,制作、传播模式日益多元化,并非所有电影、电视剧都具有“集合性”、创作主体的“多元性”和“三高”(高投入、高回报和高风险)的特点,因此没有必要对电影、电视剧作品作出强制性权利归属的规定;二是理顺了视听作品归属与职务作品、委托作品、合作作品归属之间的关系。视听作品是一类作品形式,而职务作品、委托作品、合作作品都是作品的创作方式或者特点,它们具有交叉关系。当视听作品同时又是职务作品、委托作品、合作作品时,权利认定就会发生混乱。笔者认为,随着全媒体时代的来临,视听作品的类型越来越多,创作和传播方式也越来越方便快捷,在著作权法中对其进行分类和特殊权利归属的规定,既不利于对视听作品更好地进行保护,也不利于著作权制度的体系化。

五、结语

全媒体时代,网络技术、数字技术、移动技术和智能技术突破了专业、渠道、行业和体制的界限,消解了诸如新闻与信息、传者与受众、生产与传播、产业与社群的边界,引发了媒介结构、关系和规则的根本性变革。^[71]为了应对这种变革,笔者认为,其一,应当构建视频三分法的保护模式,根据视频连续画面的特点,可以将其分为“创作类视频”“抓拍类视频”和“再现类视频”。根据这一特点,从著作权法的视角,可将视频分为视听作品、录像制品和其他视频。具备独创性的为视听作品,虽不具备独创性但付出创造性贡献的为录像制品,既无独创性也没有付出创造性贡献的为其他视频,这符合我国著作权法的逻辑体系。其二,著作权法对视听作品的保护,应当摒弃传统媒体时代以摄制方法、传播媒介的区分标准,不应再采用以电影、电视剧为参照的独创性标准判断方式,对于视听作品应当针对连续画面认定其独创性,而与其是否具有类似电影的拍摄还是表现方式无关。其三,根据全媒体时代的发展,著作权制度应当摒弃电影、电视剧的分类方式,删除电影、电视剧作品著作权特殊归属的规定,简化媒体类别、统一适用职务作品等著作权归属规则。这不但有利于视听产业的发展,而且有利于著作权制度从“媒体规则”向“产权规则”的转变。事实上,对传统的电影等影视产业而言,在技术引发的巨大冲击面前,只有适应和合理应对才是最好的选择,谋求设置制度上的保护壁垒,则会加快被淘汰的历史进程。

(本文责任编辑 鲁甜 刘克毅)

[70] 李伟民:《视听作品参与主体及法律地位研究》,《江西社会科学》2020年第7期,第160页。

[71] 何勇、杨晓璠:《边界消融与制度重构:新媒体语境下的广播电视立法》,《现代传播(中国传媒大学学报)》2022年第2期,第51页。