

# 论著作权法对“创作者 特权”的确认与限制

——以“鬼吹灯”案中的作者续写权利主张为切入点

谢晴川 何天翔\*

## 目次

一、著作权法中创作自由与创作者自由的不同确认方式	(二)《著作权法》第 10 条在专有权利属性上的限制
(一) 著作权法中的创作自由与创作者自由	三、创作者自由之专有权利化主张的思想根源
(二) 创作者自由的积极权利保护与消极权利保护	(一) 两大法系作品观融合对作者权理念的挤压
(三) 创作自由的确认并不总是依赖于确立“创作者特权”	(二) 作者权理念的反弹
二、著作权法对“创作者特权”及其专有权利化主张的限制	四、确认与限制机制的内部坚守与外部协同
(一)《著作权法》第 1 条在立法宗旨层面的限制	(一)《著作权法》内部的坚守
	(二)《民法典》颁布背景下与一般人格权保护的协同
	五、结论

**摘要** “创作自由”与“创作者的自由”是一对容易混淆的概念,《著作权法》对于这两类自由采取了不同的确认方式,不宜仅基于“创作自由”的话语扩张“创作者特权”,乃至将其主张为著作权法上的专有权利。“鬼吹灯”同人作品案中被控侵权人主张的“系列故事续写权”实为一种积极权利,不同于一审判决和既有研究中确认的消极权利,因而违背了《著作权法》第 1 条和第 10 条中对于“创作者特权”及其专有权利化主张的限制。该类主张的背景是两大法系中作品观融合导致了对于作者权益的挤压,作者权理念在法律实践中出现了反弹。从现代社会中创新的复合属性、版权利益分配格局的自

\*谢晴川,南开大学法学院讲师、法学博士;何天翔,香港城市大学法律学院助理教授、法学博士。本文系 City University of Hong Kong Strategic Research Grant (项目编号: 7005183/SLW)、天津市社会科学规划青年项目(项目编号: TJFXQN18-001)、中央高校基本科研业务费青年教师一般资助项目(项目编号: 63192244)的阶段性研究成果。

发形成、我国社会中通行的权利观念等角度出发,应当坚守《著作权法》对于创作者自由的既有确认与限制机制。民法典对于一般人格权的保护则能够提供外部的制度协同。

**关键词** 著作权法 作者权 创作自由 著作人身权 一般人格权

“鬼吹灯”同人作品案引起了知识产权法学界与版权业界的广泛关注。与“此间的少年”案等类似的同人作品案件相比,该案存在一个特殊之处,即原作品的作者已经将著作权转让给版权运营平台,进而导致原作者因续写系列故事而被原作品的著作权人指控侵权。因此该案在《著作权法》上的争议点首先是原系列故事中的人物、人物关系、故事背景、世界观等要素是否构成原系列作品的基本表达。此案中,新作品有着较为独立的故事展开,其中的相同人物、特征、关系以及盗墓方法等都属于较为简单的元素,有别于对具体表达的直接使用,起到的作用也主要在于使读者联想到原系列作品并觉得是经权利人授权的续作。<sup>〔1〕</sup> 上述对于作品中简单元素的使用方式虽有构成不正当竞争之嫌,但从作品的基本表达这个首要争议点出发,已经能够得出不构成著作权侵权的结论。<sup>〔2〕</sup>

相较于结论较为明确的第一个争议点,本案涉及的另一个理论点则相对讨论较少。在诉讼中,被控侵权人主张即使合同中约定“系列故事的原作者转让著作权中的全部财产权,其不得使用本名、笔名,或其中任何一个与原作品名相同或近似的标题创作作品或作为作品中主要章节”,系列故事的原作者“仍然保留自己续写和许可他人续写作品的权利”。与此相对,一审判决书则在“使用相同人物等要素的行为性质认定”的著作权法适用部分,指出尽管合同约定将涉案小说著作权中的财产权全部转让,但“该约定并未排除被告张牧野使用原作品中的人物等相关要素继续创作作品的权利”。在不正当竞争法的适用部分,判决则指出对这一使用行为的法律调整“一方面应充分尊重原作的正当权益,另一方面也要保障创作和评论的自由,从而促进文化传播,推动文化繁荣”。这里面存在的疑问是,被控侵权人主张的“自己续写和许可他人续写作品的权利”和判决书中出现的关于创作的“权利”和“自由”是否指向同一内容?原作者能否依据创作自由,像被控侵权人那样主张一种能够对抗合同约定的、优先于已经转让的著作财产权的实在权利?这种权利是否属于著作权法上的权利?

以上疑问涉及一组连续过渡的概念,即“创作自由”“创作者的自由”“创作者关于续写的特权”“著作权法上的续写权”。从判决书的描述来看,其中出现的“权利”和“自由”更接近于“创作自由”,即所有人原则上都享有的一种自由或者基本权利。与之相对,“创作者的自由”则专属于完成了作品创作的人——作者。“鬼吹灯”案中被控侵权人所主张的“作者续写作品的权利”便属于一种派生于“创作者的自由”的“创作者特权”(author's privilege),内容是用原作品作者续写作品的诉求对抗已经转让的著作财产权。从“许可他人续写作品”的主张来看,该项创作者特权甚至被主张为一种专属于作者的排他性权利,一定程度上具有著作权法上专有权利的属性。然而,被控侵权人的上述权利主张在著作权法上难以成立。本文从“创作自由”“创作者的自由”“创作者的特权”“著作权法上的作者权利”这一系列概念的关系入手,分析著作权法对“创作者特权”的确认与限制机制,由此审视创作者自由之专有权利化主张的思想根源,就这一确认与限制机制的内部坚守与外部协同提出建议。

〔1〕 参见王迁:《同人作品著作权侵权问题初探》,载《中国版权》2017年第3期,第13页。

〔2〕 参见上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第838号民事判决书、上海知识产权法院(2017)沪73民终273号民事裁定书。

## 一、著作权法中创作自由与创作者自由的不同确认方式

### （一）著作权法中的创作自由与创作者自由

首先需要区分的是“创作自由”与“创作者自由”。创作自由是人人享有的、能够用创作来进行表达的自由，属于言论自由的概念范畴，同时也是著作权法所保障的一项基本权利。如“鬼吹灯”案判决书所指出的，著作权法的一个重要目标就是保障创作和评论的自由，从而促进文化的发展与繁荣。但是，任何自由都不是绝对的，都会受到一定程度的限制，著作权法也内含对创作自由的限制机制。例如，根据我国《著作权法》第12条等规定，利用他人作品进行二次创作需征得权利人的同意。即使征得了同意，也不能以有损原作者声誉的方式使用。

“创作者的自由”则是专属于创作了作品的人——作者的自由。在有关著作人身权<sup>〔3〕</sup>的研究中，作者的自由经常被提及，甚至被怀疑其改变了著作权法上专有权利的属性。具体而言，一般认为著作权法中的专有权利是用于控制特定行为的权利，享有一项专有权利就意味着能够控制他人利用作品的特定行为。<sup>〔4〕</sup>“正如在2001年我国《著作权法》中规定‘信息网络传播权’的原因并非作者自己需要通过信息网络向公众传播作品，而是作者需要禁止他人未经许可通过信息网络向公众传播作品。”<sup>〔5〕</sup>然而，历史上又有学者明确主张作者的精神权利具有双重性，既包括消极权能，也包括积极权能——“作者主动以积极行为去行使的权利”。<sup>〔6〕</sup>经由对具体权利的研究，多有学者指出著作人身权中包含了积极性的内容。例如李杨教授指出，在早期的欧洲大陆，所谓“发表权”主要是作为一种消极利益，以债法和合同裁判中例外规则的形式受到保护。后来经由法、德等欧陆国家在近60年间的不断推动，发表权最终转型为制定法上的一项独立的精神权利，发表权同时注重积极权能上的“行”和消极权能上的“禁”两方面。<sup>〔7〕</sup>根据我国学术研究中广泛引用的联合国教科文组织出版物的表述，现代意义的发表权指的是“作者决定是否首次向公众提供作品以及以何种形式、方式和条件提供作品的权利”。<sup>〔8〕</sup>有学者主张发表权与具有积极意义的发表自由相关，“这种发表自由以作者权利的形式被确定下来即成为发表权。发表自由包含两个方面：一是决定作品发表或不发表的自由；二是决定作品如何发表的自由”。因此其主张废除发表权将无法实现对发表自由的全面保护。<sup>〔9〕</sup>再如李琛教授在批评修改权和保护作品完整权的“一权两面说”时，也主张《著作权法》中不同类型权利的效力也存在差异。著作财产权的对应义务通常是“未经许可不得利用”，而有些作者人格权是为了保障主体专属的行为自由，其对应义务是“不得妨碍此种自由”，而不是“禁止他人有相同行为”。因此设置修改权的主要目的是保障作者在著作财产权

〔3〕 多有研究指出“著作人身权”不是一个准确的称谓，其与民法中的人身权也存在较大不同，使用作者权法系传统的称谓“作者人格权”或者概括性地称之为“精神权利”会更为科学。为了与我国现行立法表述保持一致，本文在表述我国《著作权法》时仍采用“著作人身权”这一术语，但纯粹涉及作者权法系国家的立法时则采用“作者人格权”这一传统表述。

〔4〕 参见王迁：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社2019年版，第103页。

〔5〕 王迁：《我国著作权法中修改权的重构》，载《法学》2007年第11期，第36页。

〔6〕 李莉：《论作者精神权利的双重性》，载《中国法学》2006年第3期，第88页。

〔7〕 参见李杨：《论发表权的“行使”——以发表权的权能构造为切入点》，载《法律科学》2015年第6期，第134、137页。

〔8〕 联合国教科文组织编：《版权法导论》，张雨泽译，知识产权出版社2009年版，第60页。

〔9〕 参见曹伟、赵宝华：《〈著作权法〉修改中有关发表权存废的思考》，载《知识产权》2015年第9期，第5、8页。

被许可或转让之后依然有机会修改作品。<sup>〔10〕</sup> 质言之,著作人身权因为含有某些积极性的内容、体现了专属于作者的某种自由,而容易被认为具有不同于其他财产性专有权利的异质性。

事实上,自由的积极属性与权利的积极属性是不同的概念,以积极自由为内容的权利不一定是积极性的权利。从消极自由与积极自由、消极权利与积极权利这两对概念入手,能够发现著作权法对于创作者自由的确认方式有自身的特点。

## (二) 创作者自由的积极权利保护与消极权利保护

消极自由与积极自由的区分主要来自英国哲学家、思想史学者以赛亚·伯林(Isaiah Berlin)的研究。以赛亚·伯林从人类历史的发展脉络中抽象出这两种不同的自由观念,或者说是自由的两种不同面相。消极自由强调的是不受外界干涉的自由,指“一个人能够不被别人阻碍地行动的区域”;积极自由是“能够做什么”的自由,强调的是一种自我实现。<sup>〔11〕</sup> 就著作人身权而言,享有积极自由意味着权利人能够积极地发表或者修改自己的作品。为使得“积极地发表或者修改自己的作品”成为可能,权利人还需能够排除对其发表或者修改行为的阻碍。那么“排除他人未经许可发表或者修改权利人作品的行为”与“排除对于权利人发表或者修改行为的阻碍”之间是什么关系?这就涉及积极权利与消极权利的区分。

由于消极自由和积极自由最早在公法相关领域被提出,对这对概念自身以及它们与权利之间关系的法学研究也更多见于宪法等公法领域。美国的波斯纳法官有一段关于美国宪法的经典论述:“美国宪法是消极自由而非积极自由的宪章……美国《权利法案》的创制者并不担心政府为人民做的事情太少,而是担心它做得太多。”<sup>〔12〕</sup> 有公法学者指出在这段话中,消极自由被等同于消极权利,积极自由被等同于积极权利,这在大陆法系的权利学说看来是不妥当的。<sup>〔13〕</sup> 质言之,权利之所以成立,均需包含“本权请求权”与“权利保护请求权”(“法律保护请求权”),消极权利与积极权利是关于“本权请求权”的区分。消极权利是要求权利相对人予以尊重与容忍的权利,例如排除国家干预;积极权利是要求权利相对人予以给付或作为的权利,例如请求国家给付或作为。显然,个人的公法地位在积极权利中更高。当消极权利或积极权利受到侵犯时,其权利主体均可行使“权利保护请求权”,但是因为“本权请求权”的内容存在不同,司法等部门需依据不同诉求做出不同回应。<sup>〔14〕</sup>

由此可见,私法语境下的积极自由也不能直接等同于积极权利。积极自由的保障同样存在保护消极权利的路径和保护积极权利的路径。享有消极权利意味着他人必须对权利人的特定自由予以尊重与容忍,以此排除他人对其积极自由的干涉。享有积极权利意味着可以要求特定人予以给付或作为,以此保障积极自由的实现。可以发现,这对应了民法中对世权与对人权的区分。在传统的私法观念中,包括著作权在内的知识产权都属于对世权。以发表权为例,我国法律当然承认自然人享有在不违反法律强制性规定的前提下发表作品的积极自由。在著作权法的具体制度设计中,“决定作品发表以及如何发表的自由”的具体保障方式有两种:第一种是要求不特定的人对其发表行为予以尊重与容忍,这是行使消极权利;第二种是要求特定人为一定给付或作为,使其发表行为的阻碍得以排除,这是行使积极权利。可以发现,我国《著作权法》中的发表权只涉及第

〔10〕 参见李琛:《论修改权》,载《知识产权》2019年第10期,第40页。

〔11〕 参见[英]以赛亚·伯林:《自由论》,胡传胜译,译林出版社2011年版,第170—183页。

〔12〕 Jackson v. City of Joliet, 715 F. 2d 1200, 1203 (7th Cir.), cert. denied, 465 U.S. 1049 (1983).

〔13〕 参见周刚志:《论“消极权利”与“积极权利”——中国宪法权利性质之实证分析》,载《法学评论》2015年第3期,第41页。

〔14〕 同上注,第43页。

一种方式,即行使消极权利的方式。就积极权利模式而言,可以想象到的具体方式包括要求作品原件或仅存数件复制件的所有权人予以配合,使得发表权人得以发表尚处于未发表状态的作品。然而我国《著作权法》并未规定发表权人享有上述积极权利。反倒是如果作者已转让著作财产权或许可他人以特定方式行使著作财产权的,通常可以推定作者许可发表作品。<sup>[15]</sup>《著作权法(送审稿)》(2013年)第22条第3款也曾经建议把《著作权法》第18条<sup>[16]</sup>的规定进一步修订为“作者将未发表的美术或者摄影作品的原件转让给他人,受让人展览该原件不构成对作者发表权的侵犯”。质言之,尽管发表权这样的著作人身权可以有积极性的内容,确认的是创作者享有的积极自由,但这些积极自由在《著作权法》仍然是通过对世性的消极权利予以确认。与此类似,作者享有的消极自由也不能直接等同于著作权法上的专有权利。如果《著作权法》中的某项专有权利仅仅是确认作者享有某种消极自由,而不设计具体的对世性或对人权利内容,也没有太大的设权意义。王迁教授也曾经就修改权指出,“为了确认作者可以修改作品而在《著作权法》中设立修改权,正如为了确认作者有创作自由而在《著作权法》中设立创作权一样,都是没有意义的”。<sup>[17]</sup>

采用创设积极权利的方式确认创作者自由的情形在著作权法律制度中的确存在,一个具体例子便是欧陆国家作者权法中的“收回作品权”和“接触作品权”。收回作品权的基本含义是即使作者已经转让了经济权利或许可他人行使,如因其表达思想、感情发生了变化而希望修改作品或者不希望原作品继续流转,可以收回已转让或许可的权利,但必须对先前合法获得权利者提供合理补偿。接触作品权指的是即使作品原件或复制件已为他人合法取得,作者为了有效利用作品,仍然有权接触该作品原件或复制件,但这种接触应尽量避免对合法占有人造成不便。<sup>[18]</sup>对比我国《著作权法》中的修改权与欧陆国家的收回作品权,可以发现尽管两者都以保护作者积极的修改自由为精神内核,<sup>[19]</sup>但权利指向存在较大差异。具体而言,我国的修改权指的是“修改或者授权他人修改作品的权利”,权利人据此可以排除他人对于修改行为或者授权修改行为的阻碍,这本质上仍然是一种对世性的消极权利。我国《著作权法》并未规定如果作品原件或者复制件所有人拒绝提供修改的便利时应如何处理。与此相反,欧陆国家的收回作品权直接指向特定的人——作品原件或者复制件的所有人,作者依据此项权利可以要求这些特定人为一定给付或作为,使其修改行为的阻碍得以排除,因此具有对人的积极权利的属性。根据我国《著作权法》,作者无法将已经在市场上流通的作品收回来进行修改,而只能在作品再次复制之前行使修改权予以修改,因此根据李明德、许超两位教授著作中的记述,郑成思先生又曾经把我国《著作权法》中的修改权称为“半个收回作品权”。<sup>[20]</sup>然而,从我国《著作权法》中的关于权利义务结构的具体规定来看,其中的修改权与欧陆作者权法中的收回作品权还是存在根本性的不同。因为我国《著作权法》既没有明确规定修改权优先于作品物质载体所有权人的物权等,也没有明确规定其可以直接对抗出版社的再版行为等。一方面,如果作者对作品的修改根本不涉及他人利益,则《著作权法》没有必要规定“作者有权修改自己的作品”;另一方面,如果作者对作品的修改会影响他人合法利益,在《著作权法》没

[15] 参见前注[4],王迁书,第107页。

[16] 《著作权法》第18条:“美术等作品原件所有权的转移,不视为作品著作权的转移,但美术作品原件的展览权由原件所有人享有。”

[17] 参见前注[5],王迁文,第37页。

[18] 参见前注[4],王迁书,第120、121页。

[19] “修改权与保护作品完整权的不同之处在于其保障‘变’之自由,是积极的权利,其利益内核也是实现修改的行为自由。”见前注[10],李琛文,第40页。

[20] 参见李明德、许超:《著作权法》(第二版),法律出版社2009年版,第65页。

有规定作者应对他人进行合理补偿的情况下,单纯赋予作者修改作品的权利仍然没有多大意义。<sup>[21]</sup>事实上,收回作品权和接触作品权并没有广泛存在于作者权法系国家的立法中,《伯尔尼公约》也未对这些权利做强制性规定。采用积极权利保护个人利益的做法并非私法的传统做法,除非私人之间已经有合同之债或者侵权之债之类的“法锁”。例如,李琛教授也指出,德国《著作权法》中的收回权没有规定在作者人格权部分,而是在著作权的移转部分规定了“因观念改变而产生的撤回权”,如果作者与使用人之间没有合同关系,则无法依据合同规则行使修改的权利。<sup>[22]</sup>从大陆法系对世权与对人权的传统区分出发,这类带有对人权属性的积极权利确实更适合披上合同上权利的“外衣”。由此可见,著作权法只是把那些极为重要的、获得普遍认可的“创作者自由”确认为专有权利,而且一般都设置为对世性的消极权利。

### (三) 创作自由的确认并不总是依赖于确立“创作者特权”

整体而言,创作者自由是作者通过创作作品所获得的自由,《著作权法》将那些极为重要、广为认可的创作者自由确认为专属于作者的专有权利,的确有利于促进创作。然而,创作自由的确认不仅需要着眼于创作者自由乃至特权的确立与保护,也需要着眼于创作行为之自由的确认与保护。关于这一点,现有的著作权法律制度实际上已经给出了答案。

关于著作权法是否在根本上是以保护创作者的权利或利益为中心,实际上还是存在一些争议。例如历史研究指出,当初英国制定《安妮女王法》,表面上是因为洛克的劳动价值学说深入人心,人们认可应当通过保护作者权益激励创作,实际上内在的主要推动力量来自出版商。他们当时因为“光荣革命”丧失了封建王权时代的特许出版权,由此谋求另一种垄断作品出版的途径。当时的作者在绝大多数情况下必须依赖出版商出版作品,不得不把版权“自由转让”给出版商。因此,保护作者利益在版权法系诞生之初便只是一种“话术”,版权法背后的推动力量是出版商的利益诉求。<sup>[23]</sup>有学者主张投资者一直都是引导创作者实现收益(激励)最大化的组织者,投资者在现实中往往优于创作者成为权利的事实拥有者,但这并未导致非正义的结果,相反符合了提高信息利用效率的立法原则,降低了创作中的信息成本和创作者的协调成本。<sup>[24]</sup>而在互联网环境下,内容提供者(主要是从创作者手中取得版权的人)与传播者之间的身份重叠又被打破,导致了各自在传播效率与许可效率问题上出现不同追求,为互联网时代的版权冲突奠定了新的基调。<sup>[25]</sup>功利主义(utilitarianism)法学派的学者公开声明:“知识产权是政府对自由市场进行规制所创的形式,目的就是为了服务于社会实用目的。”<sup>[26]</sup>有学者主张作品使用者权在基本人权、私权逻辑和利益平衡机制方面都具有足够的正当性,因此具有独立的制度价值,具有和著作权相同的法律地位,需要从权利构造的角度在《著作权法》中对其进行完善。<sup>[27]</sup>

也正是由于“创作者中心主义”尚存在争议,著作权法对于创作自由的整体保护更多不是通过无限制地赋予创作者以特权,而是通过完善侵权规则加以实现。例如著作权法并没有明确规定基

[21] 参见前注[5],王迁文,第40页。

[22] 见前注[10],李琛文,第44页。

[23] 参见[美]保罗·戈斯汀:《著作权之道:从古登堡到数字点播机》,金海军译,北京大学出版社2008年版,第34—35页。

[24] 参见熊琦:《著作权法中投资者视为作者的制度安排》,载《法学》2010年第9期,第79—89页。

[25] 参见熊琦:《互联网产业驱动下的著作权规则变革》,载《中国法学》2013年第6期,第79—90页。

[26] Mark A. Lemley, *Faith-Based Intellectual Property*, 62 UCLA Law Review 1328, 1330 (2015).

[27] 参见王国柱:《作品使用者权的价值回归与制度构建——对“著作权中心主义”的反思》,载《东北大学学报(社会科学版)》2013年第1期,第80—85页。

于前人成果进行二次创作的“二次创作权”。但通过思想与表达的区别，确认无论是谁，如果仅是基于他人作品中抽象的或者属于公共领域内的要素进行创作的，就不会构成侵权。这样便在一定范围内保护了所有人基于他人作品进行二次创作的自由。田村善之教授曾明确指出，在经典的著作权法知识体系中，“作品的构成”“权利内容”和“侵权的构成”三者之间存在重叠，整体性的知识被人为地割裂，例如思想与表达二分法在这三个部分都属于核心知识点，演绎作品、演绎行为、作品之间的实质性相似这三者也本为一体。<sup>〔28〕</sup>由此可见，《著作权法》中的侵权规则实际上也承担了确认创作行为自由以及设定创作行为自由边界的功能。例如在同人作品领域，单纯的人物特征或者单纯的人物关系并不属于著作权法保护的对象，只有“相应的故事情节及语句赋予了这些人物以独特的内涵”时，这些人物与故事情节和语句才一起成为著作权法保护的对象。单独使用从具体情节中抽离的角色名称、简单的性格特征及角色之间的简单关系等要素创作同人作品，一般便难以达到构成侵权所要求的“实质性相似”。<sup>〔29〕</sup>

## 二、著作权法对“创作者特权”及其 专有利化主张的限制

一方面，著作权法通过设置著作人身权的方式把一些极为重要、普遍认可的创作者自由确认为专有权利；另一方面，著作权法对于“创作者特权”也施加了限制，防止通过法律解释的方式任意扩张“创作者特权”，乃至将其主张为著作权法上的专有权利。在“鬼吹灯”案中，被控侵权人主张的“自己续写和许可他人续写作品的权利”便具有把“创作者特权”专有利化的倾向，甚至主张其效力优先于已经转让的著作财产权，能够要求特定人——著作财产权人为一定给付或作为。由此可见被控侵权人主张的“原作者续写权”属于一种积极权利。续写系列故事也属于创作，我国法律当然不否认作者享有进行创作的基本权利，司法判决中对其进行确认并无不可。问题在于被控侵权人的上述专有权利主张是否具有法律依据。在阐述著作权法对于创作自由的保护时，一审判决书曾指出原作者有权使用原作中的要素进行系列故事的续写的原因是其符合著作权法鼓励创作的宗旨。在既有研究中，也有观点主张“续写是对他人作品的利用，原作品著作权人有权控制此类行为，此处的权利就是我国《著作权法》第10条第1款第17项‘应当由著作权人享有的其他权利’”。<sup>〔30〕</sup>可以发现，前引的一审判决和既有研究观点都是确认作者享有对世性地排除干涉的消极权利，与被控侵权人所主张的、能够对抗著作财产权的积极权利存在本质性的区别。事实上，基于“系列故事续写自由”的积极权利主张与我国《著作权法》第1条和第10条之间均存在抵触，而第1条和第10条恰好具有限制“创作者特权”的扩张以及专有利化的功能。

### （一）《著作权法》第1条在立法宗旨层面的限制

根据《著作权法》第1条的规定，制定该法的目的是“为保护文学、艺术和科学作品作者的著作权，以及与著作权有关的权益，鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播，促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣”。其中的确有“鼓励作品的创作”的表述，体现了《著作权法》鼓励创作的宗旨。但需要注意的是，在该条的“创作”之后还紧跟着“传播”，两者是并

〔28〕 田村善之「著作権法の体系書の構成について」小泉直樹＝田村善之編『中山信弘先生古稀記念論文集はばたき—21世紀の知的財産法』(弘文堂, 2015年)512頁。

〔29〕 参见前注〔1〕，王迁文，第12页。

〔30〕 孙山：《同人作品传播中的〈著作权法〉限制》，载《科技与出版》2017年第12期，第77页。

列关系。而且从第1条的逻辑结构来看,其整体的立法宗旨具有三个层次,尽管第一层次强调了“保护著作权以及与著作权有关的权益”,但第二层次同时进一步指出“鼓励作品创作”和“鼓励作品传播”的目的,第三层次则强调“促进我国文化和科学事业的发展与繁荣”这一政策性目的。由此可见,我国《著作权法》主张文化科学事业的发展不仅取决于保护与激励作品的创作,也取决于保护与激励作品的传播,《著作权法》旨在为作品的创作与传播这一整体过程提供法律保障。这实际上采取的是一种带有功利主义痕迹的立法目的观。以美国《宪法》中的版权法立法目的条款为代表,这种立法目的观在日本、韩国以及我国台湾地区的东亚式著作权立法中也普遍存在。其历史背景都是后发国家与地区把著作权立法视为促进国家科学与文化发展、追赶先进国家的政策性工具。<sup>[31]</sup>

事实上,上述同时强调激励创作与激励传播的立法宗旨也契合当今世界版权产业的发展趋势。在信息量以爆炸方式增长的现代社会,好的作品也怕“巷子深”。作者往往需要把部分财产性权利让渡给版权运营平台,把部分经济利益以邻接权的形式让与传播者,借助这些版权运营平台和传播平台的专业素养与专业经验等更好地实现作品的物质与精神价值。从宏观视角来看,要实现“促进文化和科学事业发展”的政策目标,版权事业链条中的各个环节都各自发挥着不可取代的功能。这意味着需要法律对各个环节中的权利归属、利益分配等做出公正合理的界分。著作权法律制度建立以作者、著作权人、著作人身权、著作财产权、邻接权等概念为核心的概念体系,承认作者与著作(财产)权人之间可以分离,主要目的也就是为了更好地处理整个版权事业链条中的权利归属与利益分配。由此可见,《著作权法》第1条在立法宗旨层面便已对“创作者特权”的扩张以及专有利化施加了限制。在“鬼吹灯”同人作品案中,原作者已经把著作财产权让与版权运营平台,版权运营平台成为著作权人。由于消极权利只是排除他人的非法干涉,如果像前引一审判决所主张的那样,只是把“创作权”界定为消极权利,在这一语境下强调《著作权法》的宗旨是“鼓励创作”尚能够成立。但是如果像被控侵权人主张的那样把“续写系列故事的权利”界定为一种积极权利,能够给特定人——著作财产权人施加一定的给付或作为义务,则不利于作品的正常使用与传播,与《著作权法》的上述立法宗旨之间存在一定的抵触。

## (二)《著作权法》第10条在专有权利属性上的限制

需要指出的是,法律中的立法目的条款一般都旨在宏观地宣示立法政策。关于著作权人及作者能够享有哪些权利,还是需要从《著作权法》中更为具体的规定入手探寻。《著作权法》中列举各项专有权利的是第10条。从第10条采取的立法范式来看,该条在专有权利设置的立法范式层面对“创作者特权”的扩张以及专有利化施加了限制,被控侵权人所主张的、具有积极权利属性的“续写系列故事的权利”难以在第10条中找到依据。

具体而言,《著作权法》第10条第1款第1至4项列举了四项著作人身权:发表权、署名权、修改权、保护作品完整权。基于“继续创作自由”主张的“续写系列故事的权利”意图保护的是作者继续创作的精神利益,当属于著作人身权的范畴。<sup>[32]</sup>从积极权利和消极权利的区分出发,第1款第1至4项难以成为主张作者享有“继续创作之积极性权利”的法条依据。首先,在现有的四项著作人身权中,的确体现有保护某些“创作者特权”的内容。例如,如果他人未经作者授权进行续写,就

<sup>[31]</sup> 相关论述可见于: Keun Lee & Yee Kyong Kim, *IPR and Technological Catch-Up in Korea*, in Hiroyuki Odagiri et. al, eds., *Intellectual Property Rights, Development, and Catch-up*, Oxford University Press, 2013.

<sup>[32]</sup> 而且在“鬼吹灯”案中,作者根据合同已经把财产性权利转让,被控侵权人主张作者仍然享有“系列故事续写权”,显然是将其定性为不可转让的著作人身权。

有可能构成对原作者本来创作意图的违背,侵害其保护作品完整权。<sup>[33]</sup>从作者权法系的传统理论出发,保护作品完整性又被称为“同一性保持权”,其权利体系价值在于确保作品的同一性,即表达信息的完整性以及作者思想与外在表达的一致性。<sup>[34]</sup>在这个意义上,不经原作者同意的续写有可能构成对原作品同一性的破坏。但是,体现在保护作品完整权中的、关于系列故事续写的作者权利本质上仍然是消极权利,权利内容是禁止他人以“狗尾续貂”的方式破坏原作品中表达信息的完整性以及思想与表达的一致性,这是作为消极权利的保护作品完整权的内在权能。而“鬼吹灯”案中被控侵权人所主张的“系列故事续写权”已经超出了保护作品完整权的消极权能范围,意味着权利人可以要求著作财产权人对于原作者之继续创作提供便利,并为一定给付或作为。这种权利便具有了对人性,属于一种积极权利。那么“系列故事续写权”又与保护作品完整权构成一对新的对应权利。与保护作品完整权的另一个对应权利——修改权做对比,可以发现,我国《著作权法》中修改权如同前述只是“半个收回作品权”,权能是排除他人对于修改行为或者授权修改行为的阻碍,本质上仍然是一种对世性的消极权利,《著作权法》并未规定作品原件或者复制件所有人需提供修改的便利。以此类推,“续写系列故事的权利”至多也只是对世性地排除他人对于续写行为的阻碍,如果认为其还包括要求著作财产权人提供续写的便利,足以对抗已转让的著作财产权,则属于主张一种专属于作者的积极权利,突破了《著作权法》第10条第1款所采取的消极权利立法范式。

事实上,我国《著作权法》把著作人身权基本上限制于消极权利的做法,根本上还是沿袭了《伯尔尼公约》的立法范式,维持了略高于《伯尔尼公约》强制性要求的保护水平。《伯尔尼公约》之所以区分精神权利与财产权利,规定前者专属于作者而后者可以转让,实际上也与这一立法范式存在密切联系。具体而言,是认识到口号化的权利宣示缺乏对抗效力,唯有让不同主体(作者、著作权人等)各自享有不同的消极性权利,得以禁止、控制他人的特定行为,方可形成权利相互制约的格局,由此实现利益分配的相对公平公正。伯尔尼联盟虽然在法哲学上延续了作者权法系的话语体系,实际上自身却是版权商业利益跨国扩张的产物。<sup>[35]</sup>通过上述精妙的立法技术,《伯尔尼公约》回应了版权实务中作者与著作权人常常发生分离的实际情况,为版权事业的发展提供了基本的权利义务框架。我国《著作权法》基本上照搬了《伯尔尼公约》的上述立法范式与权利义务框架,尽管在制度设计上有自己的创新,但潜移默化中还是自觉遵守了这一框架,仅构成“半个收回作品权”的修改权就是一个例子。

此外,从《著作权法》第10条的体系构造来看,第1款第17项中“应当由著作权人享有的其他权利”的规定属于著作财产权的兜底条款。根据该条第2、3款的规定,著作权人可以许可他人行使或者转让该条第1款第5至17项中的权利并获取报酬,而第5至16项规定的都是财产权利。从我国著作权法律制度的发展历程来看,基于第10条第1款第17项“应当由著作权人享有的其他权利”而拓展作者权利的做法并不鲜见。例如在《著作权法》尚未规定信息网络传播权时,法院就适用该项兜底条款认定著作权人享有控制信息网络环境下交互式传播行为的权利。<sup>[36]</sup>然而该项兜底条款毕竟是著作权法律制度尚不成熟时的权宜之计。李明德教授撰写的立法建议曾指出,设置该兜底条款的原因是立法难以完全罗列现实中对于作品的经济利用行为。<sup>[37]</sup>孙远钊教授则主

[33] 参见前注[30],孙山文,第77页。

[34] 参见张玲:《保护作品完整权的司法考察及立法建议》,载《知识产权》2019年第2期,第32页。

[35] 参见[澳]山姆·里基森、[美]简·金斯伯格:《国际版权与邻接权:伯尔尼公约及公约以外的新发展》,郭寿康、刘波林等译,中国人民大学出版社2016年版,第17—21页。

[36] 王蒙诉世纪互联通讯技术有限公司案,北京市海淀区人民法院(1999)海知初字第57号民事判决书。

[37] 参见李明德、管玉鹰、唐广良:《〈著作权法〉专家建议稿说明》,法律出版社2012年版,第76页。

张著作权在性质上本是反向性的排他(独占)权,除了清单上的禁区,其他的行为都是被许可的,此时便不宜再有任何不确定的概念,关于专有权利的“兜底条款”非常容易造成权利人对其权利的误用或滥用。<sup>[38]</sup>由此可见,“其他权利”兜底条款实质上是确保从作品的使用行为中获取报酬的权利,一般而言都属于著作权人。第1款第17项实质上排除了通过法律解释扩张著作人身权的做法,更难以据此主张专属于作者的、具有精神权利性质的“系列故事续写权”。

### 三、创作者自由之专有权利化主张的思想根源

可见,《著作权法》对于著作人身权的类别施加了严格限制,在基于“创作者特权”选择性地设立专属于作者的专有权利时采取了相当慎重的立场,创作者自由的专有权利化主张缺乏《著作权法》上的依据。既然如此,那么在诉讼实务中为什么会出现这种主张?除了辩护代理人“能辩所有能辩之点”的考量外,从某种角度看,这一现象也说明,现有著作权法律制度被认为有所欠缺。其背景是两大法系作品观的融合对作者权理念造成了进一步挤压,以至于作者权理念在思想与法律实践中出现了反弹,现代著作权法的基本框架也由此引发了质疑与反思。

#### (一) 两大法系作品观融合对作者权理念的挤压

众所周知,著作权法存在作者权法系与版权法系之争,由于我国的著作权法律制度主要依靠移植建立,这两大法系在历史上对于我国著作权立法都施加了较大影响,这也导致两大法系的概念、制度、理念等在我国著作权立法和司法中长期并存、分立。作者权法系与版权法系之间的根本分歧常被表述为权利观的不同,包括是视为自然权利还是视为法定的激励工具、是否包含精神权利、是否承认法人为权利原始归属主体等。然而,可以发现两大法系对于著作权法律制度中最为基础的范畴——作品的观念,亦存在较大差异。两大法系在作品观方面的差异引发了制度建构层面的不同认识与做法,其中就包括作者权的内容。

作品观意味着主体如何认识、看待作品,表征着主体与保护对象之间的关系。在文学艺术领域,作品观包括作品的构成要素观、作品的本质属性观、作品的美学观等;著作权法领域的作品观,则意味着怎样在著作权法层面认识作品,由此构建主体和客体之间的关系。两大法系的作品观在传统上存在较大差异,进而影响到了著作权法中相关制度的构建。具体而言,版权法系传统上认为法律意义上的作品首先是一种商品。当作品不再是特定阶层或少数权贵的定制物,而是成为市场上被大众消费的商品之后,作者获得了处分自己的作品以及从中获取收益的权利,在私权提供的经济诱因下版权市场迅速繁荣,作者获得了独立的经济地位和社会地位,最终实现了文化和知识的最大化传播。<sup>[39]</sup>随着版权产业的进一步发展,文化商品越来越多地褪去“阳春白雪”的贵族鉴赏品与赞助品的色彩,而是成为以好莱坞商业电影为代表的一种日常消费品。由此,版权法系这一“把作品首先视为商品”的作品观,在作者权法传统的法域也逐渐得到了关注。例如日本知识产权学者中山信弘教授就指出,日本著作权法传统上以欧陆作者权法系为蓝本,而作者权法系在制度建构方面对于作品的经济财产属性考虑不够充分。<sup>[40]</sup>相泽英孝教授则主张,日本立法中保

[38] 参见孙远钊:《〈著作权法(修订草案送审稿)〉修改与完善建议》,载《交大法学》2015年第1期,第7页。

[39] See Neil W. Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 *Yale Law Journal* 283 (1996).

[40] 中山信弘『著作權法』(有斐閣,2014年)33頁。

护对象及其权利内容和保护范围的不确定增加了投资的风险,阻碍了新兴产业的发展。<sup>[41]</sup>然而,尽管创作在文化商品的产出方面具有本源性,但绝大多数消费类的文化商品在市场上却具有较大的可替代性。<sup>[42]</sup>将商品视为法律上作品的根本属性,意味着法律关注该类商品的整个供给、交换和消费过程,为整个过程提供激励,相对而言,作品的创作不过是该类商品供给环节中的一部分,由此构建的权利制度及其限制制度也会更多地考虑效率要素,考虑激励创作与激励传播、激励供给与激励交换之间的平衡。

与此相对,作者权法系把作品首先视为作者思想、情感的外在表达,是作者人格的延伸。这一经典观点曾经在世界范围产生巨大影响,现在却越来越多地受到了质疑。从历史维度来看,这一观点多少带有较强的先验性与较为浓厚的修辞属性。例如有学者指出,文学理论中关于作品的本质存在模仿说、表现说、再现说、文本说、读者说、产品说等诸多观点,版权体系的作品观与产品说契合,作者权体系则主要吸收了浪漫主义的表现说。<sup>[43]</sup>然而作者权法系之所以长期坚持这一观点,一个重要原因在于其不仅具有话语上的正当性,也具有现实的制度建构意义。例如有学者从“人是目的”及主体与客体的关系出发,主张应当基于人的主体性探讨人工智能生成物的法律保护问题<sup>[44]</sup>——契合了作者权法系将作品定性为人的精神外在表达的精神。在版权法国家,亦有学者主张“作者个性的体现”的经典论断与浪漫主义的创作观在本质上是共通的,只是在进一步的具体建构中走向了不同的方向。<sup>[45]</sup>但整体而言,作者权法系的话语权在削弱。<sup>[46]</sup>

质言之,两大法系的作品观存在较大分歧。两大法系虽呈互相借鉴、相互靠拢之势,但由于以美国为代表的版权法系国家在高科技产业、内容产业等领域取得了惊人的成就,TRIPS协议也是在美国主导下建立,因此版权法系将作品视为商标的作品观显得越发强势,促进了全球范围内的知识产权法律范式转换。在我国,两大法系的作品观更是呈现融合之势。由于我国知识产权制度在内外压力之下快速建立,不可避免地较多借鉴了国际通行规则和泛用文本,在一定程度上造成了条文之间的逻辑矛盾。<sup>[47]</sup>近年来我国的著作权法理论和司法实践较多地吸收了版权法系的经验,以此解决了很多现实中迫切需要解决的问题,但与此同时也造成了概念、规则、理念之间进一步的内在抵触与矛盾。熊琦教授以法人的作者人格权为例指出,看似博取众家之长的做法,其实

[41] 相澤英孝「著作権法のパラダイム小論」相澤英孝ほか編『中山信弘先生還暦記念論文集 知的財産法の理論と現代的課題』(弘文堂,2005年)334頁。

[42] 例如在现今娱乐方式极为丰富多样的背景下,一味强化音乐作品的著作权保护,甚至将个人下载盗版作品的行为入刑,反而可能不利于音乐市场的良性发展。参见何天翔、谢晴川:《日本打击侵犯著作权私人下载行为的罚则探析——兼评个人下载行为在中国入刑的可行性》,载《知识产权》2015年第12期,第111—120页。

[43] 参见陈杰:《论著作权法视野下的作品观》,载《知识产权》2012年第6期,第16—24页。

[44] 参见李扬、李晓宇:《康德哲学视点下人工智能生成物的著作权问题探讨》,载《法学杂志》2018年第9期,第43—54页;李琛:《论人工智能的法学分析方法——以著作权为例》,载《知识产权》2019年第7期,第14—22页;Tianxiang He, *The Sentimental Fools and The Fictitious Authors: Rethinking the Copyright Issues of AI-generated Contents in China*, 27 *Asia Pacific Law Review* 218-238 (2020).

[45] See Barton Beebe, *Bleistein, the Problem of Aesthetic Progress, and the Making of American Copyright Law*, 117 *Columbia Law Review* 319 (2017).

[46] 参见孙新强:《论作者权体系的崩溃与重建——以法律现代化为视角》,载《清华法学》2014年第2期,第130—145页。

[47] 参见王迁:《著作权法借鉴国际条约与国外立法:问题与对策》,载《中国法学》2012年第3期,第28—38页。

需要建立在极为缜密的体系和历史梳理的基础上,否则将导致法律适用上的漏洞和矛盾。<sup>[48]</sup>把法人视为作者是版权法系作品观的产物,其内在逻辑是就作品这一商品的供给而言,在现代社会中法人等是事实上的组织者与责任承担者,在法律上承认这一事实更有利于激励投资、提高供给效率。与此相对,著作人身权则主要是基于作者权法系把作品视为作者人格延伸的作品观,认为其保护的是自然人作者的人格利益。这两种作品观和制度建构理念在我国《著作权法》中产生了冲突。显然,版权法系把法人视为作者的做法更符合现代社会的实际情况,更容易经受实践的检验、获得大众发自内心的支持。这就自然而然地导致作者权法系的作品观和制度建构理念被“架空”或者“口号化”,由此也造成了作者权理念遭受挤压。

## (二) 作者权理念的反弹

在作者权理念遭受挤压的同时,一方面,著作权法仅针对少数特别重要的“创作者自由”选择性地设立专属于作者的专有权利,非专属性的财产性权利则通过国际公约不断得到扩充;另一方面,著作权法对于“创作自由”主要通过划定侵权行为边界的形式,从行为而非创作者本人的角度着眼进行保护。这种对于创作自由的保护针对的是所有人的创作自由,原作者关于续写的创作自由并没有获得特殊保护。这种“厚此薄彼”便容易引发作者权理念的反弹,乃至似是而非地基于“创作自由”主张一种能够对抗著作财产权的“作者续写权”。这实际上反映了著作权法律制度中的一个根本性问题。在作品创作、传播、使用的链条中,创作者的创作行为才是本源性的,具有不可替代的重要作用。然而即使是作者权法系国家的立法,仍然承认财产性权利可以被转让或者独占性许可。事实上这些权利已不再是专属于作者的“作者权”,而是结果往往归属于出版商等的“著作权”。通过分离作者和著作权人,出版商等著作权人成为整套制度的幕后受益者,作者仅能通过有限的作者人格权加以制衡。随着雇佣作品制度的发展,作者权利在作者权法系国家也呈现出一定的萎缩之势,例如,制片人往往被默认获得电影作品的全部财产性权利。在日本,甚至借原有的职务作品制度之名引入了版权法系的法人作品制度。在这一背景之下,国内外一些学者受后现代解构思潮影响,对现代著作权法律制度及其背后的功利主义激励学说做了诸多反思。批判性的观点指出,现代著作权法律制度过度强调版权人的财产权利以及激励“版权产品”的生产,创作过程中“人”的因素被过度淡化,造成作者法律地位的异化。<sup>[49]</sup>生活经验表明创作的动力更多的还是源于创作者自身的精神需求,迄今为止的实证研究亦未能证明知识产权保护究竟起到了多大激励作用。<sup>[50]</sup>

作者权理念的反弹甚至能够在我国《著作权法》中找到文本依托。如同前述,《著作权法》第1条一方面采纳了功利主义激励学说的话语,指出法政策层面的立法宗旨是“鼓励作品的创作和传播,促进文化和科学事业的发展与繁荣”。但第1条中同时又出现了“保护文学、艺术和科学作品作者的著作权,以及与著作权有关的权益……”的表述。《著作权法送审稿》(2013年)第1条将后半句中的“与著作权有关的权益”明确为“传播者的相关权”,即邻接权。那么从文义来看,前半句中的“著作权”指的仅仅是“作者的著作权”。这一表述潜移默化地体现了一种强烈的作者权理念,字面上似乎是忽视了著作权可以转让的事实。第1条中的这一矛盾可以说是功利主义激励理念

[48] 参见熊琦:《中国著作权法立法论与解释论》,载《知识产权》2019年第4期,第6页。

[49] Christophe Geiger, *Promoting Creativity Through Copyright Limitations: Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law*, 12 *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 515, 527 (2010); James Boyle, *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press, 2008, p. 3-9.

[50] Raymond Shih Ray Ku et al., *Does Copyright Law Promote Creativity? An Empirical Analysis of Copyright's Bounty*, 62 *Vanderbilt Law Review* 1667 (2009).

与作者权理念之间冲突在我国《著作权法》中的直接体现，由此也成为作者权理念反弹的思想来源与文本依托。如果要贯彻第1条整体上采纳的功利主义激励学说立场，第1条前半句更精确的表述应当是“保护作者享有以及源于作者的著作权”。

## 四、确认与限制机制的内部坚守与外部协同

### （一）《著作权法》内部的坚守

#### 1. “创作者自由”之审慎确认方式的坚守

作者权理念的反弹尽管有其内在逻辑和一定的合理性，但也存在下列弊端：

第一，作者权学说面对现代社会中创新行为的复合属性已经出现了理论困境，与现代社会中大量出现的雇佣创作、集体创作现象产生了脱节，难以准确回应版权产业的发展趋势。作者权学说以18、19世纪的浪漫主义思想为“修辞”，<sup>[51]</sup>对作者以及创作活动的定性带有理想主义色彩。在二战之后，心理学与社会学等学科都把创新经济作为一个研究重点，对创新行为的形成给出了各种解释。心理学领域的研究成果一方面指出创新的动力主要来源于人的内部心理需求、而非单纯的外界条件刺激，就此构成了对激励学说的反驳，另一方面又指出各种形式的协作在创新过程中具有关键作用。<sup>[52]</sup>社会学领域的研究从社会的组织结构入手，指出创新成果更多的是来源于“社会结构洞”的跨越——能够将无直接联系的两端连接起来的第三者将获得信息优势和控制优势，更容易创新。<sup>[53]</sup>作者权学说把作品归功于作者个人的“灵光一闪”，对作者做“超人预设”，由此把衍生出的利益以排他权的形式统统归于作者个人，也的确降低了权利转让的谈判成本，便于出版商等受让权利。但这套理论事实上并没有准确反映出现实社会中创新行为的实质，无益于高效地组织创新活动，也不利于公平合理地分配相关版权利益。因此基于作者权理念主张或设立《著作权法》上的作者权利时需十分谨慎。

第二，基于作者权学说主张或设立排他性权利将过度挤压版权领域的私人自治空间，扰乱版权利益分配格局的自发形成。利益平衡格局时常发生变化，在利益格局的调整与合理化的过程中，市场主体之间的博弈发挥着不可替代的作用。市场应当在相关资源配置中起决定性作用，在版权领域同样如此。著作权归根结底是一种私权，其核心价值是私人自治。<sup>[54]</sup>立法不可避免地具有滞后性，法律更多的是监督市场主体之间的博弈过程，维护市场主体自发形成的利益分配格局。立法往往只能事先确立一些较为宽泛的原则与标准，引导当事人自行订立具有法律约束力的权利义务规则。这一现象亦可称为“私人著作权规则”。<sup>[55]</sup>如同前述，除了《著作权法》明确设定为著作人身权的，其他创作者自由主要是经由著作权法中的侵权制度获得保障，由此留下私人自治的空间。在原有作品的著作权发生了转让之后，就形成了新的权利义务关系、利益分配格局，留给当事人通过版权合同自行约定。在扩张作者权利时，应更多地考虑对市场主体私人自治的影响。

[51] Mark A. Lemley, *Romantic Authorship and the Rhetoric of Property*, 75 *Texas Law Review* 873 (1997).

[52] Gregory N. Mandel, *To Promote the Creative Process: Intellectual Property Law and the Psychology of Creativity*, 86 *Notre Dame Law Review* 1999 (2011).

[53] Stephanie Plamondon Bair & Laura G. Pedraza-Farina, *Anti-Innovation Norms*, 112 *Northwestern University Law Review* 1069 (2018).

[54] 参见熊琦：《中国著作权立法中的制度创新》，载《中国社会科学》2018年第7期，第123页。

[55] Robert P. Merges, *Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations*, 84 *California Law Review* 1293 (1996).

第三,尽管基于作者权学说主张或设立“原作者系列故事续写权”在道义层面具有一定的正当性,但从当今中国社会现实来看,积极权利的设立不宜仅基于道义观念。作者权学说主张赋权的正当性源于人的内在本质和道德原则,不以功利结果为内在价值,本质上是一种以道义为基础的权利观。与此相对应,激励学说立足的功利主义权利观则主张权利的本质是利益,<sup>[56]</sup>权利的正当性源于“社会整体利益的最大化”等功利目标。有法理学学者主张,“为了最大多数人的最大幸福”的功利主义信条对于近现代中国具有强大的吸引力,因此在中西文化的碰撞中,近代以来的大部分时间内国人都是把权利理解为国家或个人的权力和经济利益,权利主张更多的是从自我利益的需求中生发而出。<sup>[57]</sup> 尽管这一观点也可能存在待商榷之处,但从现实案例来看,所谓“原作者系列故事续写权”涉及巨大的经济利益,“鬼吹灯”案中纠纷的产生也与我国网络文学版权市场及关联影视作品版权市场急速发展、相关利益膨胀式扩大有关。仅基于道义观念在一个新的市场领域认同这一权利主张,恐怕难以获得案件当事人和社会公众的广泛认同,不利于相关版权市场中利益平衡格局的形成。

综上所述,著作权法传统上对于“创作者特权”的扩张以及专有权利化持非常审慎的立场,因为向法定权利的转化必然意味着对他人施加法定义务。在著作权法领域,传统的立法技术是分别设定专属性的著作人身权和非专属性的著作财产权,由此建立相对平衡的权利义务框架,促进作品的创作、传播与使用。整套著作权法律制度也都建立在传统的消极自由理念之上,包括著作人身权在内的权利也绝大多数属于消极权利。任意地基于作者权理念或者“创作者自由”的口号主张专属于作者的消极权利乃至积极权利,将扰动《著作权法》中业已确立的权利义务平衡。例如在理论界和实务界热议是否应顺应域外立法的潮流,在我国《著作权法》中增设专属于作者的追续权时,有学者就对相关的假说一一进行了检验,指出其入法的必要性、可能性、理论体系的合逻辑性和实践展开的可操作性均存在疑问,有可能破坏美术作品市场运作所需的完整产业链。<sup>[58]</sup> 因此还是应当坚守审慎确认“创作者自由”、有所选择地把“创作者特权”设定为专有权利的立法方式。

## 2. “创作行为自由”之灵活确认方式的坚守

相较于对创作者自由的审慎确认,著作权法对于创作行为自由的确认则灵活得多,主要是通过侵权规则确认自由的存在以及划定自由的边界。原因在于创作行为的自由是人人享有的,并不限于既有作品的作者。尽管创作者自由和创作自由都会受到法律的一定限制,但是限制的对象范围与方式均存在区别。创作者自由是完成创作的人——作者享有的自由。根据著作权法,著作权可以通过法律行为归属于作者之外的主体,著作权法已经通过一整套权利义务框架平衡了作者与著作权人、创作者自由与著作权的财产性权益之间的关系。创作者自由的扩张必然会影响到既有的权利义务框架。与此相对,对于人人享有的创作自由而言,对其的限制也是施加给所有人的。灵活地划定创作自由的边界,并不会过多损害著作权法上既有的权利义务框架。通过完善侵权规则,完全有可能在保护既有作品的著作权和保护后续创作的行为自由之间达成平衡。如同前述,在著作权法的知识体系中作品的构成理论和著作权的权利内容理论都和侵权理论存在紧密关联乃至重叠。和传统民法部门相比,这或许是知识产权法理论尚不十分成熟、体系化建构尚未彻底完成的体现,但从另一个角度来看,这也说明侵权理论能够在著作权法领域发挥更大的作用。

著作权法领域的侵权制度有一个特点,即大量规范以“标准”(standards)而非“规则”(rules)的

[56] 参见孙山:《重释知识产权法定原则》,载《当代法学》2018年第6期,第60—70页。

[57] 参见张伟涛:《从功利到道义——当代中国权利观念道德基础的构建》,载《法制与社会发展》2012年第1期,第37页。

[58] 参见孙山:《追续权入法的三个假说及其检验》,载《法律科学》2016年第6期,第107—118页。

形式存在。最典型的例子或许是作品的合理使用制度。例如美国《版权法》关于合理使用仅规定了四个较为抽象的判断标准(即“合理使用四要素”),某种作品使用行为是否构成合理使用,完全由法院根据这四个标准结合具体案情综合判断。以英国为代表的另外一些版权法系国家的立法相对美国而言更具体一些,但关于合理使用(在这些国家称为“fair dealing”)的具体要件也大量采取抽象标准。而且在科学技术快速发展、较为抽象的美国式合理使用制度往往能够更好地加以回应的背景下,这些版权法系国家以及一些作者权法系国家的相关制度也呈现出有限地向美国式合理使用制度靠拢的态势,有的学者称其为“规则标准化”(standardizing rules)。<sup>[59]</sup> 经典观点认为规则具有较大可预见性,而标准提供的只是相对模糊的事先指引。<sup>[60]</sup> 然而在科学技术快速发展、相关社会关系急剧变化的环境之下,事先制订事无巨细的列举性规则非常困难且容易脱离现实,反倒是适当引入较为抽象的标准,通过规范与标准的组合增强整个制度的开放性,更有助于达成公正合理的结果。<sup>[61]</sup> 澳大利亚法律改革委员会在一份有关“版权法和数字经济”的最终报告中也指出,“清晰的标准胜于模糊的规则”。<sup>[62]</sup> 由于著作权法律制度中已经习惯于采用“标准”解决侵权判断问题,使用著作权法中的侵权理论保护创作行为的自由,反而更有助于实现个案公平,有利于市场环境下利益分配格局的自发形成。

## (二)《民法典》颁布背景下与一般人格权保护的协同

在著作权法律制度内部完善传统做法的同时,著作权法律制度外部的立法完善则提供了实现进一步协同保护的可能。具体的例子是《中华人民共和国民法典》(以下简称“民法典”)颁布背景下一般人格权和著作人身权之间的关系,为部分不适合放入《著作权法》的“创作者特权”寻求一般人格权的保护。

民法典第990条第1款规定民事主体享有的人格权包括生命权、身体权、名誉权、荣誉权、隐私权等,第2款规定:“除前款规定的人格权外,自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。”王利明教授主张民法典总则编(第109条<sup>[63]</sup>)已经对一般人格权的保护做出了规定,人格权编中的第990条第2款则“进一步明确了一般人格权对人格利益的保护,这是将一般人格权作为人格利益保护的兜底条款,从而保持了人格权益保护范围的开放性”。<sup>[64]</sup> 这实际上是采取了具体人格权和一般人格权相结合的立法体例。<sup>[65]</sup> “一般人格权为自然人人格关系的法律表现,其保护对象为自然人人格利益之总和,具有解释、创造和补充立法上明定的特别人格权的功能。”<sup>[66]</sup> 民法中的一般人格权理论经由德国学者雷格尔斯伯格(Regelsberger)和基尔克(Gierke)的努力得以系统构建,之后进入

<sup>[59]</sup> See Peter K. Yu, *Fair Use and Its Global Paradigm Evolution*, 2019 University of Illinois Law Review 111, 160 (2019).

<sup>[60]</sup> Pierre J. Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA Law Review 379 (1985); Kathleen M. Sullivan, *The Justices of Rules and Standards*, 106 Harvard Law Review 22 (1992).

<sup>[61]</sup> 参见谢晴川、何天翔:《论著作权合理使用制度的开放化路径——以“中间层次”一般条款的引入为中心》,载《知识产权》2019年第5期,第58—69页。

<sup>[62]</sup> Australian Law Reform Commission, *Copyright, and the Digital Economy: Final Report*, p. 123.

<sup>[63]</sup> 《中华人民共和国民法典》第109条规定:“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。”

<sup>[64]</sup> 王利明:《体系创新:中国民法典的特色与贡献》,载《比较法研究》2020年第4期,第7页。

<sup>[65]</sup> 参见王叶刚、郭丛星:《民法典人格权编的亮点与创新》,载《中国社会科学报》2020年5月20日,第4版。更准确地说,民法典第990条在立法技术上更接近有学者主张的“具体(特定)人格权+人格权保护一般条款”的结构形式。参见冉克平:《一般人格权理论的反思与我国人格权立法》,载《法学》2009年第8期,第135—146页;马俊驹、王恒:《未来我国民法典不宜采用“一般人格权”概念》,载《河北法学》2012年第8期,第16—27页。

<sup>[66]</sup> 尹田:《论一般人格权》,载《法律科学》2002年第4期,第12页。

了瑞士民法典和德国民法典,这种作为框架性权利的一般人格权并非是针对作为一般人格的核心的人格尊严、人格发展等抽象价值的保护,而是对于被具体化了的一般人格的各个具体方面的保护,具体范围通过法院的判例予以确认。<sup>[67]</sup>通过民法典第990条第2款以及人格权编、侵权责任编等其他章节中的具体规定,我国民事法律已经能对一般人格权提供较为系统的保护。

在民法典颁布之前的著作权司法实践中,存在一个倾向,即只要是与作品的创作、发表、使用等相关的人格利益受到侵害,就认定为著作权受到侵害。例如在著名的“高丽娅诉重庆市南岸区四公里小学校返还教案纠纷”案中,原告花费十余年心血撰写的40余本教案在上交被告检查过程中被销毁或作为废品变卖。原告先是起诉要求被告返还教案并赔偿经济损失,法院以并未侵犯原告所有权为由驳回诉讼请求,上诉无果之后原告转为主张著作权受到了侵害。在又经历了上诉和抗诉之后,最终判决认为“(被告)在知道或者应当知道教案本是记载原告教案作品唯一载体的情况下,被告作为所有权人对作品唯一载体的处分不仅会导致作品载体本身灭失,也会导致作品随之灭失,原告享有的教案作品著作权将无法实现,从而侵犯了原告享有的教案作品著作权”。<sup>[68]</sup>在案情类似的“高垒诉中国戏剧出版社财产损害赔偿纠纷”案中,法院也认定被告丢失了原告唯一的手写稿件,“不仅侵犯了(原告)对原稿的财产所有权,也侵犯了(原告)本来有可能顺利实现、并给其带来收益的著作权,包括发表权、署名权等人身权以及使用权和获得报酬权等财产权,对此应承担相应的责任”。<sup>[69]</sup>再如在“韩佩霖诉扬子晚报等侵犯著作权纠纷”案(在互联网上又被戏称为“洪泽最牛司机”案)中,洪泽市一名公交车司机在不得已的情况下把已睡着的孩子放在自己腿上跑了一趟车,原告以“伯霖”的网名将该照片上传到本地论坛,命名为“洪泽最牛司机”,同时附加评论:“这样的司机,难得啊!在百忙中还带孩子。”之后被告在其主办的报纸上刊登了题为“最牛公交车司机”的报道,其中未经许可使用了原告拍摄的照片。随后这名公交司机被停职,与其直属上级一并被单位处罚。原告遂以被告侵害其著作权为由起诉至法院,主张被告的行为“严重歪曲了原告创作该作品的本意,属恶意炒作,给其带来了巨大的心理压力和精神负担”。一审和二审判决均认定,被告对原告摄影作品的使用符合《著作权法》第22条第1款第3项关于报道时事新闻之合理使用的规定,且在报道中仅注明“照片由网友提供”,是由摄影作品在网络上传播方式的特性及时事新闻的时效性所决定的,并未不合理地损害原告的著作权合法权益。<sup>[70]</sup>

在上述案件中,虽然作者受到损害的人格利益都与作品的创作、发表、使用等有关,但是否属于侵害著作权尚存在商榷之处。在前两个案件中,涉案作品的唯一物质载体已经灭失,作品本身也不复存在。根据著作权法的基本理论,著作权是基于作品产生的权利,作品灭失后著作权也随之消失,正如没有物就没有物权。而且如果说毁损作品唯一存世的物质载体构成著作权侵权,那么相当于著作权法给作品物质载体的每一个所有权人都施加了注意义务,将作品灭失的风险转移给了作品物质载体的所有权人,然而这个注意义务在《著作权法》中是找不到依据的。作者实际上是因为作品灭失而丧失了基于作品获取名誉和经济利益的人身自由、人格尊严以及由此产生的人格利益,既然受到损害的是基于人身自由、人格尊严产生的人格权益,那么在民法典颁布之后,可以明确适用有关一般人格权的规定保护上述人格利益。在“洪泽最牛司机”案中,即使构成合理使用,对于作者姓名的省略也符

[67] 参见杨立新、刘召成:《抽象人格权与人格权体系之构建》,载《法学研究》2011年第1期,第81页。

[68] 参见重庆市第一中级人民法院(2005)渝一中民初字第603号民事判决书。

[69] 参见北京市海淀区人民法院(2004)海民初字第19271号民事判决书。

[70] 参见江苏省淮安市中级人民法院(2011)淮中知民初字第0031号民事判决书、江苏省高级人民法院(2012)苏知民终字第0243号民事判决书。

合有关署名权的规定,原告也应当能够主张未经许可使用其拍摄上传的照片、且在新闻报道中未能准确传达其本来意图的行为,构成对于一般人格权的侵害。而且原告在起诉时已经说得很清楚,理由是“(被告的行为)严重歪曲了创作该作品的本意,给她带来了巨大的心理压力和精神负担”。质言之,尽管《著作权法》难以对某些“创作者特权”提供保护,这些“创作者特权”却符合民法典中一般人格权的规定,民法典能为其提供较为充分的保障。与之相对,《著作权法》的制度设计也有其自身的特点与面向,在司法活动中审视当事人的权利主张,或者在立法活动中设立作者权利时都需要充分考虑到《著作权法》自身的规律与特点。最后,以上的协同保护还需坚持“特别法优于普通法”的原则——只有当著作权法无法提供保护,作为一般人格权保护也不违背著作权法、合同法等特别法的有关规定时,才可把“创作者特权”确认为一般人格权加以保护。

## 五、结 论

保障创作自由是我国法律的基本价值取向,同时也是促进国家经济文化发展繁荣的重要手段。但创作自由不能简单等同于创作者的自由,把“创作者特权”主张为著作权法上专属于作者的专有权利,意图使之对抗法定的著作财产权的做法有“偷梁换柱”之嫌。《著作权法》的制度设计有其自身规律与特点,“创作者特权”的扩张以及专有权利化必将动摇著作权法中既有的权利义务框架,应坚持著作权法在这方面所持的传统审慎立场。不适合放入《著作权法》的“创作者特权”可以寻求通过民法典中的一般人格权加以保护,但需坚持特别法优于普通法的原则。

---

**Abstract** “Freedom to Create” and “Freedom of the Creator” are a pair of concepts that are often confused. The Copyright Law of China has recognized these two types of freedom differently. Using the “creative freedom” narrative to expand the “privileges of creators” or even claim it to be an exclusive right recognized by the Copyright Law is not justifiable. In the Gui Chui Deng case, different from the negative right recognized by the first instance and the existing literature, the “right to continue the story series” claim of the defendant is a positive right. This kind of claim violates the Article 1 and 10 of the Copyright Law of China that aim to limit the claims related to the “privileges of the creators” and the efforts to make them exclusive rights. The background of this claim is that the merging of the different concepts of work under civil law and common law jurisdictions has led to the squeezing of the authors’ interests. Consequently, there was a rebound of the idea of authors’ rights in judicial practice. From the perspective of the composite nature of innovation in modern society, the autonomous development of the distributive framework of copyright interests, and the dominant concepts of rights in our society, we should stick to the current recognition and limitation mechanism over the freedom of creators of the copyright law. The protection of general personality rights offered by the Civil Code of China could provide external support.

**Keywords** Copyright Law, Authors’ Rights, Freedom to Create, Moral Rights, General Personality Rights

---