

著作权法中作品独创性的审美逻辑

王国柱*

内容提要：审美能够以特定方式作用于作品独创性，审美逻辑是著作权法的内在逻辑。审美可以作为作品独创性中人格要素、个性要素和创造性要素的阐释方式。审美可以作为判定艺术作品独创性的前提性条件，为作品独创性设定“外部过滤机制”。审美可以作为作品独创性表达类型化的实现途径，为作品独创性设定“内部分类机制”，进而为作品类型转换行为法律性质的界定、作品类型开放背景下作品独创性的判定以及著作权侵权判定方法的选取提供指引。审美是作品独创性司法裁判的非量化评价因素，“是否可以进行审美评价”适宜作为审美的非量化判断标准，审美价值的高低不影响作品独创性的判定，“审美共通感”能够强化审美判断的公信力。

关键词：作品独创性 审美 实用艺术作品 作品类型转换 著作权侵权

一、问题的提出

作品独创性是著作权法的基本范畴，独创性是著作权法中作品的必备要素，独创性判定是决定特定对象能否作为作品获得著作权法保护的必经环节。从各国的立法状况看，鲜有成文法对作品独创性的内涵和外延作出规定，对作品独创性的阐释和判定主要通过司法裁判完成。实践中形成了“个性标准”、〔1〕“创作空间标准”〔2〕等作品独创性判定方法，从不同角度对独创性进行判定，均具有各自的合理前提，作品独创性可以展现出“个性”“创作空间”等内在逻辑。作品独创性的解释路径是开放的，在肯定上述逻辑的同时，还应当关注一个与作品独创性存在内在关联的因素——审美。

* 吉林大学法学院教授。

本文系国家自然科学基金一般项目“作品独创性的司法裁判逻辑研究”（19BFX157）的阶段性成果。

〔1〕“个性标准”强调作品应当体现作者独特的个性，体现作者个性化的选择和判断。See *Bleistein v. Donaldson Lithographic Co.*, 188 U. S. 239, 23 S. Ct. 298, 300 (1903). 亦见腾讯科技（深圳）有限公司等与北京青曙网络科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案，北京互联网法院（2019）京0491民初16794号民事判决书。

〔2〕“创作空间标准”强调特定类型的作品应当为作者预留创作余地，为作者表达提供选择和判断的空间。参见袁锋：《论新技术环境下作品独创性的判断——以“选择空间法”为视角》，《华中科技大学学报（社会科学版）》2020年第5期，第97页以下；沈阳光宇科技有限公司、沈阳恒动瑞和科技有限公司著作权权属、侵权纠纷案，辽宁省沈阳市中级人民法院（2021）辽01民终3178号民事判决书。

审美是美学的核心问题。不同学术流派阐释审美的立场、观点和方法不尽相同，他们眼中的审美各有侧重，形态各异。^{〔3〕}尽管如此，任何美学流派都无法回避“审美主客体”这一核心问题，即审美的主体、审美的客体以及两者之间的关系问题。“美在客观”的观点认为，客观事物的美在于客观事物本身。“美在主观”的观点认为，美与美感是等同的，审美活动的主观性特征是审美活动和美的全部内容。“美在客观”的观点将美实体化，把认识对象与审美对象、物质与美混为一谈。“美在主观”的观点将美绝对化、精神化，导致美的不确定性。^{〔4〕}马克思形象但不失深刻地论述了“主客观相统一”的审美观，他认为，“从主体方面看：只有音乐才能激起人的音乐感；对于没有音乐感的耳朵来说，最美的音乐也毫无意义，不是对象”；^{〔5〕}“不仅五官感觉，而且连所谓精神感觉、实践感觉（意志、爱等等），一句话，人的感觉、感觉的人性，都是由于它的对象的存在，由于人化的自然界，才产生出来的”。^{〔6〕}在“主客观相统一”思想的指引下，审美可以被表述为“欣赏者对客观事物的感性形式的自由观照和自由创造”。^{〔7〕}由此，审美也可以称作审美活动，即对审美对象进行美、丑等价值判断的活动。每个个体的审美活动都是创造性的活动，是在物象的基础上，通过个体情感的激发和想象力的调动，创造出崭新的审美意象，也就是通常所说的美。^{〔8〕}简言之，美存在于审美活动之中，是审美活动的结果。

审美进入著作权法领域并与作品独创性发生关联，具有必然性。我国著作权法第2条明确规定了作品的定义，也揭示了著作权法上作品应当具备的三个条件：具有独创性；属于文学、艺术和科学领域内的创作；是能以一定形式表现的智力成果。^{〔9〕}在著作权法上，文学、艺术和科学领域是作品的存在空间，划定了作品与其他智力成果的边界。著作权法所限定的领域是人类审美活动最为活跃的领域，为审美与独创性提供了同频共振的基础，艺术之美是最具代表性的审美形态。作品之美源于人的创造、源于作者的独创性贡献，审美与作品独创性能够在文学、艺术和科学领域实现内在的统一。美学上的审美既包括文学审美、艺术审美等与作品有关的审美，也包括对自然界的事物进行的自然审美。但是，由于自然界的事物并非人类所创造，无法在著作权法上进行评价，因此，具有著作权法意义的审美仅限于与作品有关的审美。

在成文法中，作品独创性与审美的关联以显性和隐性两种方式呈现。以我国著作权法律法规为例，显性的呈现方式主要体现在美术作品和建筑作品之中。《著作权法实施条例》（2013修订）第4条第8项和第9项明确规定，美术作品和建筑作品是具有审美意义的作品。因此，对美术作品和建筑作品独创性的判定，必然与审美发生关联。作品独创性与审美的关联还以隐性的方式呈现。音乐、戏剧、曲艺、舞蹈等作品和美术作品同属艺术领域，虽然不同艺术门类的审美形态有差异，但审美意义是所有类型的艺术作品所共有的。尽管著作权法上大部分作品的定义之中没有明示“审美意义”，但“隐而不显”是审美意义在很多作品类型上的存在方

〔3〕 古典主义美学流派认为，美在物体形式；新柏拉图主义和理性主义美学流派认为，美在完善；在英国经验主义美学流派看来，美感即快感；在德国古典美学流派看来，美在理性内容表现于感性形式。参见朱光潜：《西方美学史》下卷，商务印书馆2011年版，第713页以下。

〔4〕 参见朱志荣：《中国审美理论》，北京大学出版社2005年版，第34页以下。

〔5〕 马克思：《1844年经济学哲学手稿》，人民出版社2018年版，第236页。

〔6〕 同上书，第237页。

〔7〕 王一儒：《审美人格功能论》，国防大学出版社2012年版，第27页。

〔8〕 参见前引〔4〕，朱志荣书，第39页以下。

〔9〕 参见黄薇、王雷铭主编：《〈中华人民共和国著作权法〉导读与释义》，中国民主法制出版社2021年版，第51页以下。

式。司法实践中,如果法官认为有必要考察特定对象的审美意义,审美就会以其特有的逻辑对作品独创性的判定产生影响。

尽管作品独创性与审美之间的关联具有理论依据和现实基础,但相关争议仍然存在。第一,审美是否具有法律意义。有学者认为,审美意义具有过强的主观色彩,缺乏法律构成要件所必需的客观性与可操作性。^[10]第二,审美意义与作品独创性之间是并列关系还是包含关系。有学者认为,《著作权法实施条例》第4条规定的审美意义只能解读为对独创性概念的进一步说明和阐释,而不是立法者在独创性要件之外给美术作品和建筑作品额外附加的审美意义要件。^[11]但有法院认为:“美术作品除具备一般作品的独创性和可复制性这两个基本属性之外,还需具有一定的审美意义。”^[12]审美意义究竟内在于独创性还是外在于独创性,抑或与独创性之间存在着更为复杂的关系,尚需进一步探究。第三,关于审美意义的司法裁判原则和标准,缺乏共识。对于具有广泛影响力的“审美非歧视原则”^[13]欠缺合理解读,审美理论的运用呈现多元和无序的状态,^[14]审美逻辑在作品独创性判定中的作用未能得到充分发挥。

本文将“审美以何种方式作用于作品独创性”界定为作品独创性的审美逻辑,拟从作品独创性的阐释方式、艺术领域作品独创性判定的前提条件、作品独创性表达类型化的实现途径以及作品独创性司法裁判的非量化评价标准等方面,对作品独创性的审美逻辑进行系统阐释。

二、审美作为作品独创性的阐释方式

(一) 审美能够作为作品独创性阐释方式的原因

审美作为作品独创性的阐释方式是作品独创性审美逻辑最直观、最一般的体现。实践中,法官会将审美判断融入作品独创性判定之中,发挥审美逻辑在作品独创性阐释中的支撑、强化和验证作用。从实践效果看,以审美逻辑为线索的作品独创性阐释方式能够承载释法说理的功能。一方面,审美和作品独创性均以人的主体性为前提。人类的文学、艺术和科学领域是审美与著作权法共同关注的领域,人的主体性是审美与著作权法的共同底色。离开人的主体性就无所谓审美,作品独创性也无法脱离人的主体性而存在。首先,著作权法意义上的作品是人的智力成果,著作权法的价值在于保护直接来源于人、并具有人格化特征的独创性贡献。著作权客

[10] 参见谢晴川:《论实用艺术作品的“美”和“艺术性”要件——以适用路径的反思与重构为中心》,《法律科学》2018年第3期,第145页。

[11] 参见熊文聪:《作品“独创性”概念的法经济分析》,《交大法学》2015年第4期,第136页。

[12] 北京普瑞华康生物科技有限公司、浙江蓝米生物科技有限公司侵害其他著作财产权纠纷案,广州知识产权法院(2017)粤73民终901号民事判决书。

[13] “审美非歧视原则”(the principle of aesthetic nondiscrimination)是指版权法可以保护作者创作的任何具有独创性的作品,而无须考虑它的审美价值。该原则最初由美国联邦最高法院霍姆斯(Holmes)法官在“布莱斯坦诉唐纳森平版印刷公司案”中提出(参见前引[1],Bleistein案)。霍姆斯法官在该案中提出的这一观点也成为版权法上最持久的论题之一。See Robert A. Gorman, *Copyright Courts and Aesthetic Judgments: Abuse or Necessity?*, 25 (1) *Columbia Journal of Law & The Arts* 1 (2001).

[14] 美国法院通常避免对艺术和审美作出判断,这种做法导致“回避原则”成为一种最稳定、最明确的命题。See Christine Haight Farley, *Judging Art*, 79 (4) *Tulane Law Review* 805 (2005). 尽管法院经常避免作出审美判断,但是以含蓄方式运用审美标准的做法已经贯穿于版权司法之中。法院经常运用的三种美学解释理论包括:1. 关注作品客观意义的形式主义理论;2. 关注作者心理状态的意图主义理论;3. 关注观众心理状态的受众反应理论。但这些理论互不相容,导致裁判标准不一。See Robert Kirk Walker & Ben Depoorter, *Unavoidable Aesthetic Judgments in Copyright Law: A Community of Practice Standard*, 109 (2) *Northwestern University Law Review* 343, 353-358 (2015).

体——作品以个性化的方式表达了人的思想、情感，这种独特属性使作品既不同于外在于人的有形财产，也不同于人利用自然规律所形成的专利权客体——发明创造（发明、实用新型）。其次，凝结着作者贡献的独创性表达影响着作品的品味和品质，是作品价值的重要来源，也是吸引受众使用作品的重要原因。最后，作品具有在作者和受众之间传达思想、情感的“对话”功能。^{〔15〕}作品的独创性表达是作品受众获知作者思想、情感，并与作者产生思想交流和情感共鸣的重要媒介。作为“对话”发起者的作者不能缺位，受众作为“对话”的参与者，也会关注作者的主体性。以理论界探讨较多的人工智能生成物可版权性问题为例，如果人工智能生成物没有在真实的人与人之间建立“对话”关系，该生成物就无法反映人的主体性，因而不具备独创性，无法成为著作权法意义上的作品。总之，“凡是人类文化创造和文化行为客体，皆具有或含有人的创造本质因素，也皆含有肯定人的文化本质的文化价值或文化审美价值因素”。^{〔16〕}因为审美与作品独创性统一于人的创造性活动，两者之间就具有了相互解释的基础。另一方面，作者的独创性表达与审美活动具有同向性。作品创作行为是作者在自主意识的支配下，将思想和情感表达于外部的行为，作者进行独创性表达的过程，也是将自己的审美趣味、审美态度、审美情感融入作品的过程，作者的创作行为和审美活动是同时进行的。

（二）以审美阐释作品独创性的展开方式

1. 以审美阐释作品独创性中的人格要素

作品体现作者人格是独创性的应有之义。“一部作品之所以具有独创性，并不是自然形成的，而是来源于作者的情操、品德、识度和气质，来源于作者独特的人格主观因素。”^{〔17〕}作品源于人的主体性，即作品与人的意志、情感等人格属性密不可分。“照相之所以永远不能替代再现性绘画，原因之一便是人手画的线条、色彩、构图不能等同于自然物，其中有人的技巧、力量、线条、笔触等纯形式因素，能给人以远非自然形式所能给予的东西……它直接显示人，显示人的力量，从而使构图、线条、色彩、虚实、比例……本身具有艺术力量和审美意义。”^{〔18〕}作品所体现的“人的力量”赋予了作品以审美意义，也成就了作品的独创性。“人与动物的差异在于：动物不是按照美的规律来生产，而只有人按照美的规律来生产。”^{〔19〕}人格要素属于作品独创性中的前提性要素，通过审美对人格要素进行阐释，能够从本源上为作品独创性寻找依据，也能够为作品独创性的判定角度、判定方法的选取提供指引。实践中，运用审美逻辑阐释作品独创性中人格要素的做法还不普遍，尚未形成成熟的裁判进路。通过以下三个案件可以管窥“审美—人格—独创性表达”之间的内在联系。

其一，以“思想”体现人格。思想与表达相互依存，不反映任何思想的“表达”不属于著作权法保护的客体。在“铜陵市三扣娱乐有限公司、中国音像著作权集体管理协会著作权权属、侵权纠纷案”中，法院认为：“涉案音乐电视作品为充分表达歌曲的思想内涵，经人物造型、动作、布景、镜头的色调与变化，通过艺术美感的音画组合，体现出制作者的独创性劳动，属于以类似摄制电影的方法创作的作品。”^{〔20〕}法院揭示了作品表达“思想内涵”的创作目的，并将其置于其他体现外观特征的独创性判定因素之前进行考量，实现了思想内涵、艺术

〔15〕 参见刘银良：《论人工智能作品的著作权法地位》，《政治与法律》2020年第3期，第5页。

〔16〕 杨曾宪：《审美价值系统》，人民文学出版社1998年版，第65页。

〔17〕 王坤、王展：《著作权法体系化研究》，中国政法大学出版社2018年版，第36页。

〔18〕 李泽厚：《美学四讲》，长江文艺出版社2019年版，第174页。

〔19〕 彭富春：《美学原理》，人民出版社2021年版，第75页。

〔20〕 安徽省铜陵市中级人民法院（2018）皖07民初139号民事判决书。

美感与独创性表达之间的融通。

其二，以“情感/感情”体现人格。“情感/感情”是艺术作品创作的重要源泉，著作权法保护情感的独创性表达也就是尊重和保护人本身。诚如丰子恺先生所言：“人类倘然没了感情，世界将变成何等机械、冷酷而荒凉的生存竞技场！”〔21〕在“长阳新时代商务酒店有限责任公司假日酒店、中国音像著作权集体管理协会侵害作品复制权纠纷、侵害作品放映权纠纷案”中，法院认为：“涉案《摆渡人的歌》《不愿一个人》等19首音乐电视作品在形式、内容方面表现为画面与音乐的和谐衔接，情节、意境独特，表达出丰富的情感，显然经过了主创者的构思和编排，具有一定的独创性。”〔22〕法院同时肯定了作品的审美境界——意境和人格性要素——情感，以生活图景和情感相交融的审美体验阐释作品的独创性。

其三，以“审美情趣/趣味”体现人格。审美趣味涉及想象，而想象又凭借情感指使，所以带有很大的个人主观性。〔23〕从审美趣味的角度考察作者的创作活动，意味着同步探究作者的想象与情感。想象是人心灵自由的能力，〔24〕情感是专属于人的能力，两者都是可以通过独创性表达予以展现的人格要素。在“广州米慧信息科技有限公司、汉华易美（天津）图像技术有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案”中，法院认为，案涉图片体现了作者的创造性劳动，反映了一定的审美情趣，是摄制者拍摄的具有独创性并能以某种有形形式复制的智力创作成果，属于摄影作品。〔25〕法院将作者的审美情趣纳入判定作品独创性表达的考量范围，验证了作品独创性中的人格因素。

2. 以审美阐释作品独创性中的个性要素

个性是主体与众不同的独特性，个性与文学、艺术和科学领域作品的特征较为契合，“文学财产权的存在基础，不仅是劳动，还包括‘个性’，这体现在‘独创性’中”，〔26〕以个性阐释作品独创性的路径被理论界和实务界广为接受。审美逻辑在阐释作品独创性表达方面发挥着不可替代的作用，对艺术作品来说，更具有决定性意义的是人们能否在该成果上看到作者在美学领域所具有的独特观点与创造力，这种独特观点与创造力就属于艺术方面的创作。〔27〕美学上的“独特性”能够充分体现作者的个性，可以作为阐释作品独创性的方式。例如，在“广州市海珠区凤阳条浪纺织品商行、曾美婷等著作权权属、侵权纠纷案”中，法院认为：“对于美术作品而言，其独创性要求体现为作者在美学领域的独特创造力和观念。”〔28〕美学上的“独特性”反映了作者独特的审美体验，是作者思想情感的个性化表达。“个性总是包含着一些独一无二的东西，它甚至可以通过笔迹体现其独特之处。即便是非常普通的艺术也包含着专属于个人的不可忽略的东西。它可以获得版权保护，除非法律有限制。”〔29〕从作者创作作品的角度看，美学上的“独特性”集中体现为独特的“艺术风格”，即作品呈现出的不同于其他作品的美学气质。在“华风雅图（深圳）文化传播有限公司与霍国辉著作权权属、侵权纠

〔21〕 丰子恺：《绘画之用》，载丰子恺：《万般滋味，都是生活：丰子恺散文漫画精选集》，华中科技大学出版社2019年版，第167页。

〔22〕 湖北省宜昌市中级人民法院（2018）鄂05民初202号民事判决书。

〔23〕 参见朱光潜：《西方美学史》上卷，商务印书馆2011年版，第252页。

〔24〕 参见前引〔19〕，彭富春书，第166页。

〔25〕 参见广州知识产权法院（2020）粤73民终1054、1056-1058、1060-1067号民事判决书。

〔26〕 [美] 马克·罗斯：《版权的起源》，杨明译，商务印书馆2018年版，第130页。

〔27〕 参见[德] 雷炳德：《著作权法》，张恩民译，法律出版社2005年版，第141页。

〔28〕 广东省广州市海珠区人民法院（2020）粤0105民初19167号民事判决书。

〔29〕 参见前引〔1〕，Bleistein案。

纷案”中，法院以“艺术风格—艺术美感”的逻辑进路阐释了作品的独创性：“该作品通过素材组合、艺术风格的选择和人物外形、装束、配饰、姿态、道具、背景的设计，体现出独特的艺术美感，因此具有著作权法规定的独创性，属于我国著作权法意义上的美术作品。”〔30〕正所谓“文如其人”“字如其人”“画如其人”，美学上的“独特性”通过对人的主体性的回应，发挥了阐释作品独创性的功能。

3. 以审美阐释作品独创性中的创造性要素

“对于独创性而言，在‘独’之外，‘创’是另一个要求。”〔31〕作品的创造性不同于专利的创造性，难以用客观、量化的标准来衡量。在很多情形下，人们倾向于将作品所体现出的个性视为创造性。例如，在“福州中久华飞文化传播有限公司与广州市城市生活娱乐有限公司、李清侵害其他著作财产权纠纷案”中，法院认为：“涉案音乐电视作品具有一定的故事情节，作品整体上是由演员、剧本、摄影、剪辑、服装设计、配乐、美工等多部门合作创作而成，体现较为鲜明的个性化创作特征，具有一定的独创性，属于以类似摄制电影的方法创作的作品。”〔32〕创造性还可以解读为“推陈出新”，即作者在现有素材的基础上添加了新的创造。“后来者添加了什么”应是最为重要的问题，因为完全“从无到有”的“进步”并不存在。〔33〕在想象力的牵引下，人能够创造出不同于公有领域素材的新成果，“想象来源于现实，但不是对于现实的简单的反映，而是对于现实的改造，因此往往是超现实的，是幻觉和幻想”。〔34〕因此，“与公有领域素材明显不同”可以作为阐释独创性中创造性要素的进路。例如，在“张治非诉杨振华著作权权属、侵权案”中，法院认为，涉案模型“仅是对公有领域公共素材的简单组合，与公有领域已有的素材相比较，并没有表现出明显的不同，不能体现作者独特的艺术思想及个性特征，无法达到最低限度的创作性，不属于著作权法所保护的作品”。〔35〕在本案中，法院同时考量了“作者独特的艺术思想及个性特征”，但法院对“独特性”和“个性”的判断是以“与公有领域已有的素材相比较”为前提的。在严格的审美意义上，公有领域的素材本身与审美主体的审美活动并无关联，只有审美主体发挥其能动性才能创造“美”，这个过程往往意味着努力和付出，各类艺术“难能为美”的生成规律是共通的。〔36〕

综上，作为作品独创性阐释方式的审美内嵌于作品独创性之中。以审美阐释独创性中的创造性要素，并不意味着以作品艺术价值的高低评判作品独创性中创造性程度的高低，更不意味着提高创造性的判断标准。在此情形下，“审美意义”并非与“独创性”相并列的作品构成要件。

三、审美作为艺术领域作品独创性判定的前提性条件

具有实用功能的特定对象如果属于艺术领域的作品（简称“艺术作品”），也可以获得著

〔30〕 广东省深圳市罗湖区人民法院（2019）粤0303民初30723号民事判决书。

〔31〕 王迁：《著作权法》，中国人民大学出版社2015年版，第27页。

〔32〕 广东省广州市白云区人民法院（2020）粤0111民初38067号民事判决书。

〔33〕 See Nicole Lieberman, *Un-blurring Substantial Similarity: Aesthetic Judgment and Romantic Authorship in Music Copyright Law*, 6 (1) New York University Journal of Intellectual Property and Entertainment Law 141 (2016).

〔34〕 前引〔19〕，彭富春书，第167页。

〔35〕 广州知识产权法院（2015）粤知法著民终字第608号民事判决书。

〔36〕 参见前引〔16〕，杨曾宪书，第84页。

作权法的保护。^[37]笔者认为,在对此类对象进行独创性判定之前,应当先考察其审美意义(或称“美感”),如果该对象具备审美意义,则可以对其进行独创性判定;反之,则无进行独创性判定之必要。^[38]在此意义上,审美是艺术作品独创性判定的前提性条件。

(一) 审美能够沟通作品的领域限定要件和独创性要件

领域限定要件旨在限定著作权法所要保护的智力成果的范围。如果智力成果属于工商业领域,那么它就不是作品,而是发明等。^[39]“专利制度保护的是具有创造性和实用性的发明创造,版权制度保护的是具有创造性和非实用性的创作。”^[40]领域限定要件的功能集中体现在区分实用性与非实用性方面,该要件的意义在于“将实用性的物品从作品中分离出去,使之成为外观设计、实用新型等工业产权法保护的主体”。^[41]在涉及实用性与非实用性的区分问题时,有必要在进行作品独创性判定之前,先对特定对象是否属于“文学、艺术和科学领域”作出判断。

艺术领域是审美最为集中的领域,审美可以在判定领域限定要件时发挥作用。例如,在“北京我爱聊网络科技有限公司与央视国际网络有限公司侵害著作权及不正当竞争纠纷案”中,法院认为,涉案电视频道转播的体育竞赛节目非以展示文学艺术或科学美感为目标,亦不构成著作权法意义上的作品。^[42]在该案件中,法院以不具有审美意义为由,认定体育竞赛节目不属于文学、艺术和科学领域的成果,进而不再进行独创性判定,径直认定该对象不属于作品。在“南京有彬商贸有限公司与濮阳苗王药业有限公司等著作权权属、侵权纠纷案”中,法院认为:“设计图样作为药品包装盒,主要通过不同部分字体的组合展现其作为包装盒本身的实用功能,即向观察者说明药品的品名、规格、生产企业、批准文号、适应症等内容,并未展现出独立于其实用功能的艺术成分……尚不足以使一般公众将其看作艺术品,不能构成著作权法意义上的美术作品。”^[43]审美之所以有助于判定领域限定要件,是因为审美具有直觉性和非功利性两大特性。审美的直觉性和非功利性往往交织在一起。在乔治·桑塔耶纳看来,美是被当作事物属性的快感,这种快感绝非由客观对象或者事件的功利性所引发,而是一瞬间的直觉引起的。^[44]美学学者还认为,审美意象就是直觉性和非功利性的统一体,“在审美活动中,主体以认知非功利的态度对对象的感性形态作出动情的反应,并且借助于想象力对对象进

[37] 例如,最高人民法院指导案例157号“左尚明舍家居用品(上海)有限公司诉北京中融恒盛木业有限公司、南京梦阳家具销售中心侵害著作权纠纷案”的“裁判要点”指出:“对于具有独创性、艺术性、实用性、可复制性,且艺术性与实用性能够分离的实用艺术品,可以认定为实用艺术作品,并作为美术作品受著作权法的保护。受著作权法保护的实用艺术作品必须具有艺术性,著作权法保护的是实用艺术作品的艺术性而非实用性。”《最高人民法院发布第28批指导性案例》,《人民法院报》2021年7月31日第2版。

[38] 著作权法限定的作品领域包括文学、艺术和科学领域,本文在区分实用性和艺术性时将探讨对象限定为艺术作品,原因如下:第一,艺术作品之上必然存在艺术美,艺术作品之上的艺术美是最为典型的审美形态。第二,对文学作品通常不进行实用性与非实用性的探讨。第三,科学作品之上未必存在艺术美,科学作品虽然可能体现科学美,但科学美的判断标准本身具有不确定性,审美意义在科学作品领域限定要件和独创性要件判定方面的作用有限。

[39] 参见李雨峰:《中国著作权法:原理与材料》,华中科技大学出版社2014年版,第33页。

[40] Dennis S. Karjala, *A Coherent Theory for the Copyright Protection of Computer Software and Recent Judicial Interpretations*, 66 (1) *University of Cincinnati Law Review* 56 (1997).

[41] [日]中山信弘:《多媒体与著作权》,张玉瑞译,专利文献出版社1997年版,第19页。

[42] 参见北京市第一中级人民法院(2014)一中民终字第3199号民事判决书。

[43] 安徽省高级人民法院(2019)皖民终1052号民事判决书。

[44] 参见[美]乔治·桑塔耶纳:《美感》,杨向荣译,人民出版社2013年版,第37页以下。

行创构，从而使物象在欣赏者心目中成为新的形象，即意象”。〔45〕但是，审美的直觉性与非功利性并非等同的范畴，在对领域限定要件进行判定时，仍有必要对两者分别进行考察。

所谓审美的直觉性，一方面是指对美的感受必须由审美主体亲自去体验，另一方面是指审美体验不必借助抽象的思考和逻辑的推演，无须深思熟虑就能获得。〔46〕在判断特定对象是否属于艺术领域时，审美的直觉性具有如下作用：首先，审美具有直觉性意味着审美所关注的对象是形式而非内容。特定审美对象呈现出的线条、色彩、光泽、声音、动作等因素具有能够被人的视觉、听觉、触觉等感官直接感知的属性，此种审美活动产生了形式美。形式美可以从协调、对称、节奏等方面进行评价，作用于人的感官的因素是形式因素，而不是思想观点、技术信息等内容因素。如果具有实用功能的特定对象不具备可以被直观表达和直觉感受的形式美，它就进入了著作权法排除保护的领域。其次，审美具有直觉性意味着审美主体无需经过思考即可感受审美对象之美。审美主体在面对特定审美对象的瞬间即产生审美体验，思考、推理等思维活动尚未来得及进行，深思熟虑更是无从谈起。审美主体之所以能够产生近乎条件反射式的审美体验，是因为审美主体此前积累的审美经验被调动、被激活，美感无需经过思考即可形成。在艺术作品之上，此种无需思考即可感受的美体现得尤为明显。如果一件实用艺术品无法使人获得条件反射式的审美体验，就意味着其并不具备艺术作品的品性。最后，审美具有直觉性意味着审美活动是感性活动。审美活动体现了人的自由、个性，审美的过程是人的心理潜能自由释放的过程，“艺术的起源并不是理性知识的构造，乃是一个民族精神或一个天才的自然冲动的创作”。〔47〕审美体验也是一种感性的、情感的体验。审美主体的体验由感官愉悦进入精神层次，并形成审美愉悦。审美愉悦不仅仅是和谐感、快感和喜悦，也包括不和谐感、痛感和悲愁。〔48〕如果特定对象无法使人产生审美愉悦，该对象很可能远离著作权法限定的文学、艺术和科学领域。

所谓审美的非功利性，是指审美不具有物质的、实用的、功能的属性。“在实用态度中，我们的注意力偏在事物对于人的利害，心理活动偏重意志；在科学态度中，我们的注意力偏在事物间的互相关系，心理活动偏重抽象的思考；在美感的态度中，我们的注意力专在事物本身的形相，心理活动偏重直觉。”〔49〕审美的非功利性之所以能够在判定作品的领域限定要件时发挥作用，是因为审美具有超越实用功能而存在的特质。实用与审美分属于物质世界和精神世界，从实用到审美是物质产品转化为精神产品的过程，从中体现出主体的审美意识尤其是审美理想，实用技术的进步也提高了人们驾驭形式的的能力。〔50〕审美与实用可以共存于同一物之上，但审美与实用之间必须保持距离，唯有如此，审美才有存在的意义。朱光潜先生认为：“艺术须与实际人生有距离，所以艺术与极端的写实主义不相容。”〔51〕丰子恺先生则借绘画之美阐述了美的非功利性：“真的美术的绘画，其本质是‘美’的。美是感情的，不是知识的；是欣赏的，不是实用的。所以画家但求表现其在人生自然中所发现的美，不是教人一种知识；

〔45〕 前引〔4〕，朱志荣书，第18页。

〔46〕 参见董学文主编：《美学概论》，北京大学出版社2013年版，第71页。

〔47〕 宗白华：《美学与艺术略谈》，载宗白华：《美学与艺术》，华东师范大学出版社2013年版，第22页。

〔48〕 参见叶朗主编：《现代美学体系》，北京大学出版社1988年版，第232页。

〔49〕 朱光潜：《我们对于一棵古松的三种态度——实用的、科学的、美感的》，载朱光潜：《谈美》，安徽师范大学出版社2014年版，第8页。

〔50〕 参见前引〔4〕，朱志荣书，第138页。

〔51〕 朱光潜：《“当局者迷，旁观者清”——艺术与实际人生的距离》，载前引〔49〕，朱光潜书，第16页。

看画的人，也只要用感情去欣赏其美，不可用知识去探究其实用。真的绘画，除了表现与欣赏之外，没有别的实际的目的。”〔52〕丰子恺先生着重强调的是“真”的绘画，“真”所代表的就是非实用的、非功利的“美”。在他看来，“遗像、博物图、名胜图、广告画，都是实用的，或说明的。换言之，都是为了一种实际的目的而画的。所以这种都是实用图，都不是美术的绘画”。〔53〕丰子恺先生关于“美应当具有非实用性”的论断无疑是准确的，体现实用功能的“实用图”不可与单纯体现审美意义的“真”的绘画相提并论。但是，画家可以超然地表达自己的审美观点和审美倾向，著作权法却不能专注于“纯粹的”美术作品，而放弃对“实用图”“实用艺术品”等对象的关注。因为这类对象在具备实用功能的同时也可能具有独立的审美意义，并因此获得著作权法的保护。

如果特定对象存在着实用性以外的审美意义，不仅说明该对象符合作品领域限定要件的要求，而且说明该对象之上的艺术美承载了特定主体的人格、个性和创造性，这些特性与作品独创性具有同质性。裁判者可以自然顺畅且合乎逻辑地从作品领域限定要件的审美考察环节进入作品独创性要件的判定环节，对作品是否源于作者本人、是否具有最低限度的创造性等独创性要件的核心问题进行判断。在此过程中，审美仍然可以发挥阐释作品独创性的功能。相反，如果特定对象无法体现出实用性以外的美感，则意味着该对象之上没有超越实用性的个性和情感呈现，培育作品独创性的艺术领域土壤并不存在，作品独创性的判定也就无从谈起。

（二）审美逻辑有助于区分实用性与艺术性

实用性与艺术性的区分问题在实用艺术品著作权法保护领域体现得最为明显。如果实用艺术品的实用性与艺术性无法分离，该实用艺术品也就失去了获得著作权法保护的可能性，实用性与艺术性“可分离原则”〔54〕得到了普遍认可。为了将实用物品排除在保护范围之外，著作权法必须在服务于实用目的的物品与仅产生审美愉悦的物品之间划清界限，在这种情况下，法院不得不进行审美评价。而且，当实用特征和美学特征相互交织在一起，以至于它们不具有物理上的可分性时，法院必须考虑形式和功能之间是否存在观念上的可分性，著作权法仅涉及对形式的保护。〔55〕物理上的可分性是指具有绘画、图形和雕塑等特征的设计能够被独立地识别出来，并且能够独立存在于物品的实用功能之外；〔56〕观念上的可分性则指包含设计特征的物品必须激发观察者的内心观念，而这种观念与其实用功能所唤起的观念是不同的。〔57〕无论是物理可分性还是观念可分性的判定，审美的介入都是不可避免的。例如，在“深圳市都市之森创意生活用品有限公司与广州诺米品牌管理有限公司、广州甲丁贸易有限公司侵害著作权纠纷案”中，法院认为，如果涉案“迷你甲虫包”造型正面不使用三条车缝线、向外鼓起类似甲壳虫背部的设计，则达不到扩充收纳的目的，即涉案“迷你甲虫包”造型的艺术美感与实

〔52〕 前引〔21〕，丰子恺文，第166页以下。

〔53〕 同上。

〔54〕 例如，美国版权法第101条对“可分离原则”作出了规定：“绘画、图形和雕塑作品，包括美术作品、图形作品和实用艺术作品、照片、印刷字体和艺术复制品、地图、地球仪、图表、模型和包括建筑平面图在内的技术图纸等平面和立体作品。在其形式而非机械或实用功能的限度内，这类作品应包括工艺品。本条定义的实用物品的设计，只有在设计包含的绘画、图形或雕塑的特征可使其区别于并独立于物品的实用功能时，才可以被视为绘画、图形或雕塑作品。”17 U.S.C. § 101 (2018)。

〔55〕 参见前引〔14〕，Walker等文，第364页以下。

〔56〕 See H. R. Rep. 94-1476, H. R. Rep. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. 1976, 1976 U. S. C. C. A. N. 5659, 5667-5668.

〔57〕 See Carol Barnhart Inc. v. Econ. Cover Corp., 773 F. 2d 411, 422 (2d Cir. 1985).

用功能不能相互独立，其艺术美感无法与扩充收纳的实用功能相分离，因而不构成著作权法意义上的美术作品。〔58〕

遵循“可分离原则”不仅是实现著作权法与专利法合理分工的需要，也是审美逻辑自然演进的必然结果。一方面，“具有审美意义”本身就意味着实用性与艺术性相分离。因为审美具有超越实用功能而存在的属性，“只有当某种人工制作的物质对象以其形体存在诉诸人的此种情感本体时，亦即此物质形体成为审美对象时，艺术品才现实地出现和存在”。〔59〕著作权法保护的实用艺术作品具有“二象性”，其艺术性特质是美感表达形式，器具性特质是实用物品。〔60〕另一方面，所谓实用性与艺术性不可分离也就意味着特定对象之上不存在审美意义。如果认定美感与实用性不可分离，就相当于承认实用性因素与审美因素完全重叠，审美因素也就等同于技术因素、功能因素。技术性和功能性的实现是人类尊重并利用自然规律的结果，对于此种已经被固定的功能而言，该技术路线的呈现方式是唯一的。若要实现该固定的功能，只得如此安排特定要素，制作者的活动始终具有实现某种实用功能的目标指向性，制作者的行为所至之处，也是特定功能所固定之处。在此过程中，主导制作者活动的是功能性目标而非审美意义。从审美的角度看，从事此种活动的人是不自由的，人在此过程中只是技术功能亦步亦趋的实现者，并非真正的审美主体，该活动也并非审美活动。尽管人们在面对特定物品（例如前述案例提及的“迷你甲虫包”）时也可能获得美感，但这种美完全是由技术功能呈现的，与自然美并无本质差异，不属于能够在著作权法上探讨的艺术美。

采用审美逻辑对实用艺术品是否符合“可分离原则”进行判定，旨在发挥审美连接作品领域限定与作品独创性两个要件的纽带作用，在合理判断实用艺术品美感的基础上进行作品独创性判定，这种方法可以称为“审美意义引导下的可分离性判定方法”。该方法的运用可以分为两个阶段：第一阶段，运用审美逻辑对实用艺术品是否具有艺术美进行判定。审美的直觉性能够帮助审美主体在较短时间内形成关于特定对象审美意义的初步判断，审美的非功利性能够帮助审美主体验证实用艺术品的艺术美是否真正存在。在此过程中，有必要通过检测、实验等方式固定实用艺术品的实用功能，为审美意义的判定提供可供参照的事实依据。“因为工业设计的主要特征是非美学的、实用性因素影响的结果，作品的可版权性最终取决于作品所反映出来的不被功能性考量所限制的艺术表达的程度。”〔61〕固定后的功能性因素可以用来验证此前形成的初步审美判断，即运用审美与实用功能不相容的属性，以相对客观的实用功能来验证美感的有无，如果美感受到实用性因素的影响，则该美感受在相应范围内“消失”。“审美直觉优先，实用功能验证”是第一阶段的特征。第二阶段，以审美判定连接作品独创性判定。在此阶段，可以运用包括审美逻辑在内的独创性判定方法，对实用艺术品具有美感的呈现方式是否属于作者本人的表达、该表达是否具有最低限度的创造性等问题进行判定，进而确定该实用艺术品是否属于作品。相较于其他关于可分离性的具体判定方法，〔62〕“审美意义引导下的可

〔58〕 参见广州知识产权法院（2021）粤73民终4650号民事判决书。

〔59〕 前引〔18〕，李泽厚书，第156页以下。

〔60〕 参见冯晓青、付继存：《实用艺术作品在著作权法上之独立性》，《法学研究》2018年第2期，第136页。

〔61〕 Robert C. Denicola, *Applied Art and Industrial Design: A Suggested Approach to Copyright in Useful Articles*, 67 (4) *Minnesota Law Review* 741 (1983).

〔62〕 司法实践中形成的关于可分离性的判断标准包括“主次判断法”“注重设计过程的判断法”“可销售判断法”“临时置换判断法”“解不开地纠缠在一起的标准”等，“显著的艺术性+价值判断法”则是学者提出的改良方法。参见吕炳斌：《实用艺术作品交叉保护的证成与潜在风险之化解》，《法律科学》2016年第2期，第143页以下。

分离性判定方法”的独特之处在于肯定审美直觉性和审美非功利性对艺术美的判断功能,借助审美方法捕捉审美因素、排除实用性因素。这种方法本质上是将“实用性与艺术性的区分”转换为“审美意义有无的判定”,能够在一定程度上降低判断的难度,增强判断方法的可操作性。

四、审美作为作品独创性表达类型化的实现途径

(一) 审美是独创性表达塑造不同类型作品的重要因素

在著作权法上,作品类型化归根结底是独创性表达的类型化。作品类型化具有示例指引、便于作品登记、与相应的特别规则衔接等功能。^[63]作品类型的形成和演化是人类创作实践和著作权制度发展的结果,科技因素与审美因素在其中发挥了至关重要的作用。著作权法被称为“传播技术之子”,从印刷时代到电子时代再到网络数字时代,作品类型经历了明显的变化。与科技因素相比,审美因素对作品类型的影响并不逊色,审美活动的形态、审美意义有无等因素直接影响独创性表达的形态,进而塑造相应的作品类型。

1. 审美通过独创性表达塑造作品类型的方式

其一,审美对象的形态是独创性表达类型化的基础性因素。在美学领域,审美对象通常表现为自然美、艺术美、科学美等形态。自然美即自然界客观事物所展现之美,不属于人类的智力成果。科学美则包括两个层次:一是科学所反映的自然界之美,^[64]二是科学创造所体现出的形式之美。^[65]直接反映自然界之美的科学美在本质上仍然属于自然美,无法在著作权法上进行评价。科学创造所体现出的形式之美如果不属于主体利用自然规律必然获得的“美”,则可能体现出独立的审美意义并在著作权法上获得评价。但是,关于科学美的判断标准仍然存在不确定性,^[66]科学美难以在著作权法上作为典型的审美形态进行探讨。艺术美是人类的艺术创作物所展现之美,也是著作权法关注的主要审美形态。关于“艺术”与“美”的关系,宗白华先生作过简要的阐述:“美学是研究‘美’的学问,艺术是创造‘美’的技能。当然是两件事。不过艺术也正是美学所研究的对象,美学同艺术的关系,譬如生物同生物学罢了。”^[67]艺术不等于美学,还表现在艺术有多种评价尺度,美学则聚焦于具有直觉性和非功利性的美感。“艺术是有用之用,审美是无用之用。”^[68]在著作权法领域,艺术具体表现为具有独创性

[63] 参见李琛:《论作品类型化的法律意义》,《知识产权》2018年第8期,第4页以下。

[64] 自然科学之所以也包含美学的因素,是因为科学定理、理论、学说都是自然规律的反映、概括,而自然界是充满了美的。参见姚诗煌:《科学与美》,辽宁科学技术出版社1984年版,第5页以下。

[65] 科技人员在科学活动中不仅会运用到自然规律,也会产生美感直觉。科技人员面对自然界中美的现象和美的科学理论,获得对美的主观反映、感受、欣赏、评价,这一审美过程不需要经过逻辑思维程序,而是依靠直觉进行。参见徐纪敏:《科学美学思想史》,湖南人民出版社1987年版,第32页。

[66] 在司法实践中,法院经常将图形作品等科学作品所体现的严谨、精确、简洁、和谐、对称等特点称为科学美,以区别于艺术美。但在裁判说理过程中,法院往往不能有效地解释何为“严谨、精确、简洁、和谐、对称”,遑论将其作为科学美的判定标准。例如,有法院以涉案产品设计图采用的线条较为简洁、单一,组合方式较为简单为由,认为该设计图创作难度低,缺乏科学、严谨的美感,不具有独创性。参见张国成与上海巴士第五公共交通有限公司著作权权属、侵权纠纷案,上海市杨浦区人民法院(2020)沪0110民初11881号民事判决书。从法院对“简洁”这一特征的态度来看,“简洁”是认定科学美的标准还是排除科学美的标准,尚存疑问。

[67] 宗白华:《艺境》,商务印书馆2011年版,第7页。

[68] 前引[18],李泽厚书,第232页。

的艺术作品。艺术分为多种门类，艺术美对作品独创性表达的影响也呈现出类型化的特征。例如，著作权法中的艺术作品包括音乐作品、戏剧作品、曲艺作品、舞蹈作品、杂技艺术作品、摄影作品、美术作品等类型，其中的美术作品以“造型”为表达形式，这是美术作品区别于其他类型作品的根本特征，〔69〕造型艺术之美的特征也体现在美术作品的独创性表达之中。

其二，审美方式是独创性表达类型化的建构性因素。审美是通过视觉、听觉等感官在时间、空间的维度内实现的，以审美方式为标准可以将艺术门类分为：“1. 目所见的空间中表现的造型艺术：建筑、雕刻、绘画；2. 耳所闻的时间中表现的音调艺术：音乐、诗歌；3. 同时在空间时间中表现的拟态艺术：跳舞、戏剧。”〔70〕在不同审美方式的作用下，独创性表达可以呈现出类型化的特征，审美方式在这一过程中发挥了建构性作用。视觉艺术作品、听觉艺术作品和视觉听觉混合艺术作品的独创性具有不同的表现维度、表现因素、表现手法。审美方式可以调用相应的作品创作因素和创作手段，例如，听觉方式可以运用旋律、节奏、和声等因素进行独创性表达，视觉方式可以对色彩、形状、光影等因素进行个性化呈现。在多媒体环境下，综合性的审美方式得以充分应用，这就为作者进行独创性表达提供了更多可能，也为创造新的作品形态提供了更大空间。司法实践中不乏将网络游戏直播生成的画面、〔71〕音乐喷泉所呈现的视听效果作为作品予以保护的实例。〔72〕2020年修订的著作权法以涵摄范围更大的“视听作品”取代“电影和以类似摄制电影方法创作的作品”，体现了立法对综合性审美方式参与独创性表达的肯定立场，也使得视听作品成为具有很强包容性的作品类型。

2. 审美意义在不同类型作品中的不同实现程度

如果将视野扩展到著作权法保护的作品类型体系，审美在不同作品类型中的实现程度呈现出由强到弱的“渐变”特征。

其一，审美意义得到“不言自明”的实现。这类作品属于艺术作品，包括美术、音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品等。艺术作品的包容性强，除上述被著作权法律法规明确规定的艺术作品类型外，其他细分艺术门类之中的作品也同样具备可版权性，艺术作品是作品类型体系中的大家族。艺术创作是常见的、典型的创作活动，艺术之美通过艺术作品的独创性表达得以呈现。艺术作品与审美之间存在着无需言说的内在联系，艺术作品必然体现艺术之美。

其二，审美意义得到“不可或缺”的实现。这类作品“兼具”艺术性和实用性，以建筑作品等作品类型为代表。例如，在建筑的实用功能之外，建筑作品不能缺少审美意义，艺术美是建筑作品独创性表达的必备要素。艺术美与建筑物的实用性无关，缺少艺术美的建筑物并不影响其实用功能，但缺少艺术美的建筑无法构成建筑作品。在这个意义上，审美意义是不可或缺的。

其三，审美意义得到“可有可无”的实现。这类作品的独创性表达未必体现审美意义，不具有艺术美是此类作品独创性表达的常态，美感的缺席并不会导致作品独创性的缺失，图形

〔69〕 参见王迁：《论平面美术作品著作权的保护范围——从“形象”与“图形”的区分视角》，《法学》2020年第4期，第157页。

〔70〕 前引〔67〕，宗白华书，第10页。

〔71〕 参见暴雪娱乐有限公司等诉上海游某网络科技有限公司侵害著作权纠纷案，上海市第一中级人民法院（2014）沪一中民五（知）初字第23号民事判决书。

〔72〕 参见北京中科恒业中自技术有限公司等与北京中科水景科技有限公司侵害著作权纠纷案，北京知识产权法院（2017）京73民终1404号民事判决书。

作品、模型作品、计算机软件作品等科学作品是其典型形态。^[73]当然,这类作品并不排斥审美意义,有些图形作品和模型作品也能够体现出艺术之美。例如,一款名为“感恩之花之相伴手镯”的平面设计图仍然可以因其具有艺术美感而构成美术作品。^[74]

(二)“审美—独创性表达—作品类型”之作用方式的法律功能

审美能够参与建构独创性表达,进而对作品类型的塑造产生影响。这种作用方式在作品创作与使用、作品独创性判定以及著作权侵权判定等方面具有法律意义。

1. 界定作品类型转换行为的法律性质

使用他人特定类型的在先作品,有时会形成新的作品类型,从而发生作品类型的转换。例如,摄影作品在某种使用方式下以绘画作品的形态重新呈现出来,在此过程中即发生了作品类型的转换。值得探讨的是,引发作品类型转换的使用行为属于何种著作权权项控制的行为?实践中,对该使用行为性质的判定仍然存在分歧。例如,在“薛华克与燕娅娅、北京翰海拍卖有限公司侵犯著作权纠纷案”中,燕娅娅在绘制涉案油画时未经许可参照了薛华克的摄影作品。关于被控侵权行为侵害何种著作权权项,一种观点认为被告的涉案行为属于对原告摄影作品的演绎,侵犯了原告的改编权;另一种观点认为被告将摄影作品绘制为油画的行为属于平面到平面的复制,侵犯了原告的复制权。被告绘制的油画是否体现了被告的独创性表达是判断被告行为性质的关键。如果将原告的摄影作品与被告的油画的外观对比作为考察重点,极有可能因为两者之间具有高度相似性而判定摄影作品与油画实质性相似,进而认定油画没有体现被告的独创性表达,被告的行为属于复制行为。但是,如果将“审美—独创性表达—作品类型”之作用方式引入作品使用行为性质的判定之中,审美对象及其审美方式的独特性对独创性表达的影响将得到揭示。尽管被告绘制的油画参考了原告的摄影作品,但绘画与摄影是两种存在差异的审美活动,两者的审美方式也存在不同。离开绘画者个人的观察、理解、构思、判断以及对绘画技法的运用,原本借助器械完成的摄影作品无法以手绘作品的形式呈现。这一作品类型的转换过程必然体现绘画者的主体性,反映其作为审美主体的个性和创造性。这一过程同时也是绘画作品的作者进行新的独创性表达的过程,这种新的独创性表达与原作品独创性表达之间的差异也是可以被视觉所感知的,因此,被告的行为属于改编行为。尽管法院在该案件的判决中没有直接使用“审美”的表述,但法院实质上采用审美逻辑揭示了油画作品的独创性,将该作品类型转换行为认定为改编。^[75]实践中还存在依据绘画作品制作苏绣的情形,在这一过程中同样存在作品类型转换行为的性质认定问题。在“苏宇光、苏州唐风刺绣艺术有限公司侵害作品发行权纠纷案”中,法院认为,被告销售的“百财图”“百财聚来图”的刺绣内容与原告作品《百财聚来图》的内容构成实质性相似。被告未经著作权人的许可,销售以《百财聚来图》作品为底稿的刺绣,构成对该作品复制权、发行权、信息网络传播权等权利的侵犯。^[76]在此案中,法院将依绘画作品制作苏绣的行为认定为复制。然而,在“曹新华与濮凤娟等著作权权属、侵权纠纷案”中,法院则将依绘画作品制作苏绣的行为认定为改编。该案一审判

[73] 科学作品如果具有艺术美,不仅能够提升作品的品味,而且能使该作品同时具备艺术作品的属性。但科学作品之上的艺术美往往可遇而不可求,在计算机软件作品之上更是难觅艺术美的踪影。

[74] 参见深圳市众福珠宝首饰有限公司与深圳市金城银域珠宝首饰有限公司侵害著作权纠纷案,广东省深圳市中级人民法院(2016)粤03民终17760号民事判决书。

[75] 参见北京市朝阳区人民法院(2011)朝民初字第20681号民事判决书。

[76] 参见江苏省苏州市虎丘区人民法院(2018)苏0505民初483号民事判决书。

院认为,不管是绣制花卉还是绣制衣服,都需要在配色的基础上研究使用不同粗细的“绒、丝、毛”线,再设计绣线排布的方向,通过丰富多彩的颜色和灵活多样的针法体现花卉的灵动、衣服的飘逸和面料的丝光质感,这一过程需要创造性劳动。〔77〕该案二审法院进一步强调,工笔画作品与苏绣作品并不完全属于同一领域、同一类型和同一介质的表达,其创作过程也有显著差异,受众的艺术感知和欣赏体验也不同。〔78〕可见,引入审美逻辑有助于准确判定作品类型转换情形下作品使用行为的性质。

2. 引导作品类型开放背景下作品独创性的判定

著作权法对作品类型作出示例性规定,具有便利作品保护的效用,但从可版权性的角度看,作品的类型化并不意味着作品类型的法定化。作者在创作作品时会服从于内心设定的创作目的,通常不会考虑自己所创作的作品是否符合著作权法示例的作品类型,“作品的客观存在是第一性的问题,著作权法如何对作品进行类型化及赋予相应的保护,仅为第二性的问题”。〔79〕作品类型的多样性及其动态变化取决于人类创作活动的丰富性,无法被著作权法设定。2020年著作权法第3条第9项将原法规定的“法律、行政法规规定的其他作品”修改为“符合作品特征的其他智力成果”,将作品类型的封闭式列举调整为开放式列举,具有合理性。〔80〕开放式作品类型模式的建立意味着独创性要件在作品判定中的作用得到加强,著作权法第3条第1项至第8项所示例的作品类型能够发挥引导作用。如果特定对象所体现的独创性与某种作品类型的要求相符,则能够认定该对象属于该种类型的作品。在此过程中,“审美—独创性表达—作品类型”之作用方式亦具有发挥作用的空间。更具探讨价值的是审美意义对非典型作品判定的引导功能。如果特定对象具备审美因素,该审美因素能够基于其直觉性和非功利性,直接而迅速地作用于人的感官,进而引导作品独创性的判定沿着审美感知方式所设定的路径进行。即使特定对象的审美形态不能契合著作权法规定的典型作品的独创性表达形态,也不妨碍对该特定审美形态进行审美判断,因为“各种艺术既具有各自审美的特殊性,又具有不同层次和不同程度的共同性,既具有各自的个性美,又具有共有的统一美”。〔81〕“共性之美”的存在表明特定对象具备情感和创造性等主体性要素,这些要素也是独创性表达的应有之义。“个性之美”的存在则意味着特定对象的审美形态和审美方式存在自身的特点,可以强化独创性表达中的个性因素和创造性因素。以“北京中科恒业中自技术有限公司等与北京中科水景科技有限公司侵害著作权纠纷案”〔82〕为例,在作品类型开放背景下,法院即使不将涉案音乐喷泉喷射效果的呈现认定为美术作品,也可以将该效果的呈现认定为一种体现“个性之美”的独创性表达,进而将其作为著作权法上没有示例的非典型作品进行保护。

3. 选取适当的著作权侵权判定方法

“接触+实质性相似”是实践中用来推断和判定复制、剽窃等侵权行为的司法规则,〔83〕

〔77〕 参见江苏省苏州市中级人民法院(2018)苏05民初557号民事判决书。

〔78〕 参见江苏省高级人民法院(2019)苏民终1410号民事判决书。

〔79〕 卢海君:《“作品类型法定原则”批判》,《社会科学》2020年第9期,第96页。

〔80〕 参见刘铁光:《〈民法典〉统辖下的知识产权单行法修订》,《当代法学》2021年第2期,第27页以下。

〔81〕 刘福智:《科学美与艺术美》,河南人民出版社1994年版,第143页。

〔82〕 在2010年著作权法对作品类型进行封闭式列举的情形下,法院将音乐喷泉喷射效果的呈现认定为美术作品。参见前引〔72〕,北京知识产权法院(2017)京73民终1404号民事判决书。

〔83〕 参见吴汉东:《试论“实质性相似+接触”的侵权认定规则》,《法学》2015年第8期,第69页。

整体观感法和抽象分离法是判定作品是否构成实质性相似的常用方法。整体观感法是指以普通观察者为作品整体上的感受来确定两部作品之间是否构成实质性相似；〔84〕抽象分离法是指运用抽象的方法将作品中不受著作权法保护的元素过滤出来，然后再判定两部作品是否构成实质性相似，〔85〕主要体现为“抽象—过滤—比较”三步检验法。〔86〕整体观感法和抽象分离法并不是相互排斥的标准，而是各有侧重、可以配合使用的判断方法。“审美—独创性表达—作品类型”之作用方式会影响著作权侵权判定方法的选取。由于审美意义在不同作品类型之上的实现程度可以分为前文所述三个层次，相应地，整体观感法和抽象分离法的运用状态也呈现出渐次变化的特点。首先，整体观感法与审美意义得到“不言自明”实现的艺术作品较为契合，因为审美对象直接作用于人的感官是审美活动的一般规律，具有艺术美的独创性表达体现出较强的非功利性和直觉性，适宜运用整体观感法对此类作品是否实质性相似进行判断。其次，对于审美意义得到“不可或缺”实现的建筑作品等作品类型而言，抽象分离法和整体观感法都能够在作品实质性相似判定方面发挥作用。在充分运用整体观感法的同时，应当重视抽象分离法的运用，因为此类作品与绘画、书法等艺术作品在创作方面存在显而易见的差异。例如，建筑设计师必须时刻将功能要求、规划限制等牢记在心，努力解决结构、设计等具体问题，他们在创作时极少有艺术家在创作美术作品时挥毫泼墨、尽书心意的畅快淋漓之感。〔87〕如果过于倚重整体的、直观的实质性相似判定方法，极有可能误将实用性、功能性元素纳入判定范围。因此，有必要运用更具理性的抽象分离法将实用性、功能性因素与审美因素相分离。此后，在对具有美感的作品独创性表达进行实质性相似判定时，可将整体考察与细节考察相结合。最后，在对审美意义“可有可无”的作品进行实质性相似判定时，契合于审美属性的整体观感法发挥作用的的空间受到限制，在图形作品、模型作品、计算机软件作品等科学作品中，审美意义消减甚至消失，取而代之的是严谨、规范、精微、理性的表达，此时更适宜运用抽象分离法进行抽象、过滤和比较。

五、审美作为作品独创性司法裁判的非量化评价因素

“法律推理的司法适用并没有将审美判断排除在著作权法之外。”〔88〕在许多著作权案件中，审美判断对于有关案件的解决具有特别重要的意义。〔89〕例如，为了确定著作权法的保护范围，法院必须适用“思想与表达相区分原则”和“场景原则”，以便从不受版权保护的思想和现存元素中过滤出独创性表达，这就需要鉴别哪些美学理念是新颖的，哪些只是作品类型的惯常表达。〔90〕此时，法官对审美逻辑的运用就成为关键。如果审美能够成为法官可感、可控、可用的裁判方法，审美之于作品独创性判断的功能就能够充分实现；如果审美在法官眼中

〔84〕 See *Roth Greeting Cards v. United Card Co.*, 429 F.2d 1106, 1110 (9th Cir. 1970); *Peter F. Gaito Architecture, LLC v. Simone Development Corp.*, 602 F.3d 57, 66 (2d Cir. 2010).

〔85〕 See *Nichols v. Universal Pictures Corporation*, 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930).

〔86〕 See *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693, 706 (2d Cir. 1992).

〔87〕 参见朱理：《建筑作品著作权的侵权判定》，《法律适用》2010年第7期，第79页。

〔88〕 Alfred C. Yen, *Copyright Opinions and Aesthetic Theory*, 71 (2) *Southern California Law Review* 298 (1998).

〔89〕 参见梁志文：《版权法上的审美判断》，《法学家》2017年第6期，第150页。

〔90〕 参见前引〔14〕，Walker等文，第346页以下。

是一种虚无缥缈的主观现象，或是难以被法律人置评的美学专业问题，审美就难以发挥其应有功能。^[91]如何在不失审美本真的前提下实现审美的“可裁判化”？如何赋予“审美非歧视原则”更合理的内涵？笔者认为，应当将审美在作品独创性司法裁判中的角色定位为“非量化因素”，即审美判断仅涉及特定对象是否可以进行审美评价（是否存在美感），而不涉及审美价值的高低。

（一）以“是否可以进行审美评价”作为审美的非量化判断标准

审美的立场、观点、方法复杂多样，但经过著作权法筛选之后，具有著作权法意义的审美相较于一般美学意义上的审美就显得更为简明、清晰。著作权法的筛选机制着眼于人类智力成果的权利化，关注权利客体的可支配性，该筛选机制摒弃了无法或者不宜被人的行为所支配的因素，尽管这些因素在美学上具有审美意义，但在著作权法上没有评价的必要。著作权法上的思想与表达相区分原则、非功能性原则乃至作品独创性都是该筛选机制的重要组成部分。从作品独创性判定的现实需要来看，特定对象是否存在美感是法官关注的焦点，如果法官能够从特定对象中发现美感，该对象最终被判定为具有独创性的可能性就会提高。从审美主体的视角来看，“是否存在美感”可以转换为“是否可以进行审美评价”。“是否可以进行审美评价”适宜作为著作权法上审美意义的判断标准，该标准可以从以下方面进行阐释：

首先，“是否可以进行审美评价”标准的可操作性源于审美的直觉性特质。审美具有直觉性表明审美主体无需经过理性思维，能够径直以感官去感知审美对象，进而获得审美体验。因为作为评价基础的美感已经存在，只要审美主体在接触审美对象时能够感知到美，就可以对该对象进行审美评价。至于对该对象的美学价值作出何种评判，则属于美学领域的工作，不属于著作权司法审判的任务。法官如果试图对作品的审美价值进行“高低”“大小”等量化评价，就会陷入缺乏客观标准的窘境。即使法官对作品的审美价值作出量化评价，该评价结果与作品独创性之间也不具有相关性。值得注意的是，通过直觉感知“美”的“有无”的判断方法不会苛求审美主体的专业水平和审美能力，因此，诉诸直觉的判断往往是可靠的。虽然不同审美主体自身的审美经验也会影响其直觉感知的效果，但相对于审美价值的量化评价而言，对特定对象作出是否存在美感、是否可以进行审美评价的判断则更为容易。

其次，“是否可以进行审美评价”标准与作品独创性判定相契合的基础在于形式美。“思想与表达二分”是著作权法的基本原则，作品独创性是表达的独创性而非思想的独创性。在此意义上，独创性表达可以视为思想之“形式”。著作权法上的审美不仅排斥不属于人类创造的自然美，也不评价社会美，因为社会美源于社会实践活动，是社会事物之美，体现为思想情感和道德情操，可以归入思想的范畴。著作权法上的审美主要是艺术美，更确切地说，是艺术的形式美。审美的非功利性和直觉性特征在形式美领域体现得最为明显，形式美存在与否也更容易被感知。特定对象之上存在形式美，即意味着该对象可以进行审美评价，形式美能够影响同样具有“形式”属性的作品独创性表达。因此，“是否可以进行审美评价”标准与作品独创性判定是相互契合的。

最后，“是否可以进行审美评价”标准意味着审美态度中立。该标准谨慎、谦抑，不关注审美评价过程和审美评价结果，只关注进行审美评价的前提——是否存在美感。如此设定评价

[91] 在反对法官对审美作出判断的观点中，有两种理由被广泛讨论：一是法官没有能力作出审美判断，二是美学判断过于主观化和相对化。See Brian Soucek, *Aesthetic Judgment in Law*, 69 (2) *Alabama Law Review* 448 (2017).

标准,能够保证评价立场的客观化和审美态度的中立化。生活中,人们经常将“美”与“丑”作为对立的范畴看待,认为“美”是好的,“丑”是坏的,这一审美评价结果体现了审美主体的主观好恶。从特定评价立场出发,这种评价结果具有正当性。但是,如果从客观的、中立的立场出发,将“美”本身作为评价对象,“美”和“丑”将不再相互排斥,而是统一于“美”之中。正如王朝闻先生所言:“审美对象包括丑,它一经审美主体的掌握,例如讽刺画和讽刺诗对于客观存在的丑的掌握,从而成了作品的题材,不是以丑为美,而是创造了反映丑的艺术美。”^[92]在著作权法上,以中立的态度对待“美”是恰当的,特定对象无论被评价为“美”还是“丑”,都不影响法官对其进行独创性判定。

(二) 审美价值的高低不影响作品独创性的判定

一方面,审美与作品独创性的契合之处在于审美的本质和方式,而不在于审美价值的高低。审美本质上是人认识和改造世界的活动,这就使得审美与作品创作活动的本质相契合。审美与作品独创性是关于人的创造性的两种评价方式,审美的方式能够影响作品独创性表达的呈现方式。但是,审美价值的量化评价方式与作品独创性之间并不契合,原因如下:其一,两者的评价目的不同。审美价值评价的目的在于对特定对象特别是艺术作品的风格、品味、技巧等方面进行评判,进而得出审美价值或高或低的评价。作品独创性尽管也包含创造性的标准,但创造性考察的是作者在作品中凝结的贡献,对创造性高低的评价可以视为对作者贡献程度的评价,至于贡献的质量如何,是否具有某一方面的进步意义,则不属于独创性的评价范围。其二,两者的评价对象不同。审美价值的评价特别是艺术价值评价已经不局限于形式美,还会涉及内容美,而独创性中的创造性限于作品的表达,不涉及作品的思想内涵本身。其三,两者的评价态度不同。评价主体在对特定对象审美价值的高低进行评价时,必然会加入自己的主观判断,相对于审美价值有无的判定而言,审美价值高低的判断可容纳的主观判断因素更多,其评价结果也体现出较强的主观性。对审美价值高低的判断不易达成共识,其判断结论在司法裁判中缺乏应用空间。应当承认,任何审美视角都不可能是中立和包涵一切的,版权判定中必然存在的审美偏见只有被那些怀有偏见的人意识到,并采取积极措施加以应对,才能得到控制。^[93]虽然著作权法以激励创新为重要价值目标,但其并不对作品的艺术价值、学术价值等进行直接评价。即使将作品独创性中的创造性判定视为量化评价,该量化评价也是对作者贡献多少的客观评价。审美价值的高低与创造性程度的高低不具有必然联系,如果出于判定作品独创性高低的目的,对作品审美价值的高低进行考察,将无法得出合理的结论。

另一方面,以独创性判定为目的而对审美价值的高低作出的判断,本质上亦属于对美感有无的判断。实践中,有的法院会使用“一定艺术高度”等具有美学价值评价色彩的词汇对作品独创性进行阐释,但法院对特定对象审美价值/艺术价值的高低往往不作具体阐述,只是在形式化、去实质化意义上使用上述词汇,审美价值的高低并未真正获得评价。^[94]以此种方式判定特定对象是否具有独创性,本质上还是意在说明特定对象有无美感,只是不恰当地将考察视角转移到审美价值量化评价之上。有的法院虽然对审美价值/艺术价值的高低进行了一定程

[92] 王朝闻:《审美谈》,人民出版社2009年版,第213页。

[93] 参见前引〔88〕,Yen文,第251页。

[94] 参见李定胜与中国邮政集团公司湖南省韶山市分公司、中国邮政集团公司著作权权属、侵权纠纷案,湖南省湘潭市中级人民法院(2019)湘03知民初171号民事判决书。

度的阐释，但仍未脱离审美意义有无的判断逻辑，特别是在对特定类型作品的独创性进行判定时，容易将是否具有审美意义的判定阐释为对艺术价值高低的判断。例如，在“朱功法、上海晨光文具股份有限公司著作权权属、侵权纠纷案”中，法院认为：“实用艺术品要构成美术作品，应具备较高的艺术性，能使大众从欣赏者的视角，从审美观的角度认为该作品是艺术上的创作成果，对于没有体现艺术家独特的观点与特殊的创造力，仅体现了大众口味或某种新颖的时尚趋势的设计，则可以依据外观设计专利权加以保护。”〔95〕法院的核心裁判观点可以归纳如下：其一，具备较高的艺术性是实用艺术品构成美术作品的条件；其二，较高的艺术性可以表达为“体现艺术家独特的观点与特殊的创造力”。笔者认为，审美活动本身就是对审美主体人格、个性和创造性的反映，特定对象如果不能体现艺术家独特的观点和特殊的创造力，也就不具有审美意义，更谈不上具有较高的艺术价值。本案中，法院所强调的“较高的艺术价值”实际上只是美术作品必备的审美要素，法院仍然是在作品独创性表达类型化标准的指引下对美感的有无作出判断。在此情形，并无探讨审美价值高低之必要。

（三）“审美共通感”能够强化审美判断的公信力

将“审美价值的高低”排除在审美判断之外，仅以“是否可以进行审美评价”作为著作权法上审美意义的判断标准，能够降低审美判断的主观性，增强审美判断的确定性。尽管如此，某一主体关于特定对象“是否可以进行审美评价”的判定能否被其他人接受，仍然值得进一步考察。令人欣慰的是，“审美的快感虽是个别对象形式在个别主体心里所引起的一种私人的情感，却带有普遍性和必然性，它是可以传达的，是人就必然感到的，因为是人就具有‘共同感觉力’，这种‘共同感觉力’既然可以在某一个人身上起作用，就必然也能在一切人身上都起作用”。〔96〕朱光潜先生所称“共同感觉力”与康德所提出的“审美共通感”〔97〕应当是同一语义。在“审美共通感”理论看来，直觉并非只对特定主体自身有意义，在主体间层面上，直觉也是可以传递、交流、共享的，共通感“在主体间层面上表现为保证鉴赏判断的必然性和普遍性的规范性原则”。〔98〕关于人的审美意识具有共同性的原因，有学者进行了系统剖析：首先，人的生理结构和机制以及心理活动的规律大致相同，人同此心，心同此理。其次，人在社会实践中，不断地积累着历史的文明，建构着人类社会相对普遍的心理结构。最后，形式美感较少受到时代、民族和地域的影响，往往是人们共同的审美趣味范畴。〔99〕相较于审美价值高低的判定，“形式美”的“审美共通感”较易达成，“审美共通感”能够有效地强化审美意义判断的公信力。

在司法裁判中对特定对象的美感作出判定是一种审美体验活动，不同于艺术家所进行的审美创作活动。法官的工作任务只是对特定对象是否具有美感即“是否可以进行审美评价”作出判断，此时，法官身处读者、观众、听众等受众的位置，扮演着审美体验者的角色。一般审美受众的视角和能力足以使法官完成判断，“审美共通感”的存在能够将法官的个人判断转化为具有公信力的群体共识。法官只要能够从特定对象中感受到体现作者人格、个性和创造性的

〔95〕 浙江省高级人民法院（2019）浙民终1545号民事判决书。

〔96〕 前引〔3〕，朱光潜书，第401页。

〔97〕 参见邓晓芒：《康德〈判断力批判〉释义》，生活·读书·新知三联书店2008年版，第216页。

〔98〕 陈帅、林滨：《审美共通感的现代境遇及其历史哲学审视》，《东南大学学报（哲学社会科学版）》2021年第4期，第42页。

〔99〕 参见前引〔46〕，董学文主编书，第62页。

美,就可以判定特定对象具有审美意义。至于作品审美价值的高低与作品市场价值的关联性,以及由此可能给侵权损害赔偿数额判定带来的影响,已经超出了作品独创性判定的范畴。

结 语

作品既是著作权的客体又是审美的对象,著作权法语境下的作品和审美语境下的作品既有差异也有共性。本文所关注的作品是同时受到著作权法和审美双重评价的作品,正是在这种双重评价的语境下,作品独创性的判定会展现出审美的逻辑。在审美逻辑的展开过程中,“以审美的方式阐释作品独创性”是审美逻辑发挥作用的最基础、最直观的形态,“以审美作为艺术作品独创性判定的前提性条件”是审美为作品独创性设定的“外部过滤机制”,“以审美作为作品独创性表达类型化的实现途径”是审美为作品独创性设定的“内部分类机制”,“以非量化评价因素服务于作品独创性的司法裁判”是审美逻辑的最终实现方式。作品独创性的审美逻辑是著作权法的内在逻辑,对审美逻辑的发掘和运用有助于更好地发挥作品独创性的制度功能。

Abstract: Aesthetics can act on the originality of works in specific ways and aesthetic logic is the inherent logic of copyright law. Aesthetics can be used as a way to interpret the personality element, the individuality element and the creativity element in the originality of works. It can be used as the prerequisite to judge the originality of artistic works and set up an “external filtering mechanism” for the originality of works. And it can be used as a way to realize the typification of the expression of originality of works and set up an “internal classification mechanism” for the originality of works, and then provide guidance for the definition of the legal nature of works’ type conversion, the determination of works’ originality against the background of the openness of works’ types, and the selection of judgment methods of copyright infringement. Aesthetics is the non-quantitative evaluation factor in the judgment of the originality of works. “Whether aesthetic evaluation can be carried out” is appropriate as the non-quantitative judgment standard of aesthetics. The level of aesthetic value does not affect the judgment of originality, and “aesthetic synaesthesia” can strengthen the credibility of an aesthetic judgment.

Key Words: originality of works, aesthetics, works of applied art, type conversion of works, infringement on copyright
