

体育赛事节目直播画面是否具备独创性

文 / 张志伟

摘要：我国是作者权体系国家，要求视听作品的独创性须达到较高程度的创造性。体育赛事节目直播画面反映了制作者的个性，但并不必然意味着其有较高程度的创造性。智力创作有无较高程度的创造性取决于内在表达是否具体且新颖。体育赛事节目直播画面的内在表达要遵循固定的模式从而缺乏新颖性，故其无法具备视听作品所要求的较高程度的创造性。从这个意义上讲，体育赛事节目直播画面不具备视听作品所要求的独创性。

关键词：体育赛事节目直播画面；独创性；内在表达；新颖性

一、体育赛事节目直播画面是否具备独创性的争议

体育赛事节目的直播授权许可是发展体育产业的重要着力点，蕴含着巨大的商业利益。但在如今的信息化时代，网络盗播经常发生，尤其是一些电视台、网站未经许可对其他媒体直播的体育赛事节目进行实时转播，严重损害了赛事组织者、传播者等权利人的经济利益。体育赛事节目未经许可的实时转播所引发的纠纷近年来在我国频发，实务界和理论界一致认为保护体育赛事节目的最佳法律路径是著作权

法。运用著作权法保护体育赛事节目需要界定体育赛事节目的法律性质。如果体育赛事节目属于作品，则应归类为视听作品。体育赛事节目具备视听作品所要求的独创性，就可以获得作品的保护；如果不具备视听作品独创性的要求，则只能获得制品的保护。著作权法对二者的保护强度存在较大差别，前者是强保护，后者是弱保护。

日前学界对于体育赛事节目能否成为作品存在较大争议，争议的焦点是体育赛事节目直播画面是否具备视听作品所要求的独创性。¹如2015年姚鹤徽文认为体育赛事节目直播画面不

作者简介：张志伟，河南师范大学法学院教师、校特聘教授。

基金项目：国家社会科学基金项目“公民体育权利的证成与实现研究”（项目编号：14BTY042）；河南省高等学校青年骨干教师培养计划“体育赛事转播权的法律保护”（项目编号：2017GGJS047）。

1. 目前学界讨论的体育赛事节目的独创性主要集中于体育赛事现场直播画面是否具备独创性，也就是导播的现场摄制行为是否具备独创性。体育赛事节目直播画面指的是导播在比赛现场摄制形成的连续画面。至于节目中解说员的解说、播放的音乐、比赛间隙的舞蹈等表达如果符合作品的要求，将单独受到相应著作权法的保护，解说可以归结到口述作品的范畴，播放的音乐和比赛间隙的舞蹈可以归结到艺术作品的范畴，这些不在本文的讨论之列。另外，导播的摄制与解说员的解说、播放的音乐、比赛间隙的舞蹈等由于缺乏统一的“导演”，所以体育赛事节目整体上无法构成著作权法上的汇编作品。

具备视听作品所要求的独创性，体育赛事节目应属于录像制品。² 该研究基本上是运用概念分析的方法论证体育赛事节目直播画面是否具备独创性的问题，由概念到概念进行推理，但独创性本身并没有一个精确的定义，所以这样的论证就难免存在思维上的跳跃，不具有足够的说服力。有人认为体育赛事节目直播画面构成视听作品的理由是：赛事编导基于录制设备设置的不同、画面取舍、编排、剪辑的不同，会呈现出不同的赛事节目直播画面，体育赛事节目直播画面的制作凸显了创作者的个性观念和情感，而个性是衡量创作成果是否具有独创性的重要标准。³ 体育赛事直播画面会因人而异，融入制作者的个性，但个性是否就完全等同于著作权法意义上的独创性是需要辨析的，如果个性不完全等同于独创性，则基于制作者的个性并不能直接推导出体育赛事直播画面就具有独创性。王迁教授基于我国著作权法采取著作权二元分立体系（即对视听作品与录制品进行区分），指出英美国家将体育赛事节目直播画面定为视听作品的经验不能作为我国认定体育赛事节目直播画面构成视听作品的依据，因为英美国家版权法采取的是视听作品与录制品不区分的一元立法体系。⁴ 这种观点立足我国著作权法的实际，观点无疑是成立的，但问题在于仍然没有从理论上充分论证体育赛事节目直播画面为什么不具有我国著作权法上的独创性。此问题仍需要继续探讨。

需要指出的是，讨论体育赛事节目直播画面的法律性质，不应该将其与别的概念混为一

谈。如有人主张，基于运动竞赛表演具有独创性，则相应的体育赛事节目直播画面就会具有独创性，那么体育赛事节目直播画面就可以成为著作权法上的作品。⁵ 确实有不少学者认为体育赛事中的竞赛表演具备作品独创性标准。⁶ 但体育赛事节目直播画面能否构成作品和体育赛事中的竞赛表演能否构成作品是两个独立的问题。如果运动竞赛表演是作品，则其著作权的主体应该是教练员、运动员等参赛人员；而体育赛事节目直播画面如果是作品，则其权利人应该是电视台等制作媒体或者根据委托合同约定属于比赛组织者。运动员等人如何在体育赛场上表演和竞技，不是基于体育赛事节目制作者的组织和指导，二者之间没有任何关系，所以不能将运动竞赛表演中的独创性等等同于体育赛事节目直播画面中的独创性。

在作品的构成要件当中，独创性是核心和灵魂。应该说，要给独创性下一个精确的定义在理论上是无法做到的，人们一般是从“独”与“创”两个方面来认识其含义。⁷ 独创性中的“独”，指的是作者独立创作，作品体现作者个性。独创性中的“创”，一般要求智力成果需具备最低限度的创造性。⁸ 我国著作权法所要求的创造性不仅程度不能太低，并且不同类型的作品“对于独创性的要求程度可能又是不同的”，⁹ 实务界也认为不同种类的作品对独创性程度的要求不尽相同。¹⁰ 视听类知识产品需达到一定的艺术水平才能成为作品，其要求的独创性程度较高。这一点从我国著作权法中作品和制品的分类可以得到证明，视听作品和录像制品虽然

2. 姚鹤傲：《论体育赛事类节目法律保护制度的缺陷与完善》，载《体育科学》2015年第5期。

3. 卢海君：《论体育赛事节目的著作权法地位》，载《社会科学》2015年第2期。

4. 王迁：《论体育赛事现场直播画面的著作权保护》，载《法律科学》2016年第1期。

5. 凌宗亮：《体育赛事转播权法律保护的类型化及其路径》，载《法治研究》2016年第3期。

6. 张杰：《运动竞赛表演中的著作权保护》，载《体育学刊》2001年第4期。

7. 王迁：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社2007年版，第33页。

8. 李明德、许超：《著作权法》，法律出版社2009年版，第28页。

9. 李明德：《知识产权法》，法律出版社2008年版，第3页。

10. 参见最高人民法院（2013）民申字第1358号裁定书。

都是视听类知识产品,保护的客体都是一系列连续画面,但是前者要求的艺术水平明显较高,后者要求较低,换言之,前者的艺术创造性程度较高,而后者较低。北京知识产权法院在审理北京新浪互联网信息服务有限公司与北京天盈九州网络技术有限公司侵犯著作权及不正当竞争纠纷案中就坚持电影作品须具有较高的创造性,且认定体育赛事节目直播画面在拍摄时个性化选择的较小,故无法归入纪实类电影作品。¹¹不过,审理法院并未阐释上述观点的理论基础。

我国《著作权法》正在进行的第三次修改仍然坚持著作法与邻接权二元分立的立法模式。¹²这说明我国著作权法所坚持的独创性标准仍然是著作权体系意义上的独创性标准,要求智力创作具有较高程度的创造性。探讨体育赛事节目的法律性质离不开这一大的背景。论证体育赛事节目直播画面是否具备独创性不仅具有法教义学上的理论意义,而且从法律实践的角度看有利于法官正确地适用法律。¹³

从法理上阐明体育赛事节目直播画面是否具备独创性是澄清体育赛事节目法律性质的关键。为了说明这个问题,下文从两个方面给予论证:体育赛事节目直播画面的创造性高低及法理依据;体育赛事节目直播画面的个性无法等同于作品的独创性。

二、体育赛事节目直播画面的创造性高低及法理阐释

(一) 普通观众对体育赛事节目直播画面创造性的感知

司法实践中,为了防止著作权保护门槛过

低或者过高,往往采用“普通听众或者观察者”的感知标准。这是理性人概念在著作权法语境中的表现。判断体育赛事节目直播画面创造性的高低需要重视普通听众或者观众的认识水平。鉴于此,笔者曾对一些经常观看足球比赛的资深球迷进行访谈,询问他们对体育赛事节目直播画面的印象。有球迷说,欧洲五大足球联赛的直播画面让人有较为稳定的预期,节目的制作没有什么新颖之处。也有球迷说,同一个比赛看欧美转播和国内转播,如同看到的是两场比赛。比如2008年北京奥运会,国外转播中的很多精彩镜头,在国内转播中完全没有。再如欧洲足球五大联赛不会错过任何精彩画面的回放,节奏把握很好,而中超赛事转播则漏掉很多精彩镜头。

欧洲足球五大联赛的体育赛事直播画面不会错过任何精彩镜头,是否就说明其构成作品;而中超联赛的体育赛事直播画面缺少一些精彩的镜头,是否就无法构成作品呢?我们可以通过下面的例子来说明这个问题。美国电影《我们所知道的生活》中有这样一个情节:一位导播因为把孩子带入了直播间而注意力不集中,导致直播的篮球比赛画面有些凌乱,没有让观众看到一些精彩的镜头。如在有精彩进球时,他本应发出慢镜头回放投篮进球全过程画面的指示,却错选了将镜头对准观众席的画面。这个情节说明了导播工作的重要性,也同时反映了导播对画面的选择要遵循一定的规律、满足观众的预期。在一个特定的比赛时刻,应当播放从哪个角度拍摄的画面或制作的慢镜头是基本确定的。如果导播没有播放这个画面或慢镜头,则会被认为制作水平较差。导播对现场机位拍摄的画面和慢镜头会有所取舍,会注入一

11. 参见北京知识产权法院(2015)京知民终字第1818号判决书。

12. 参见《中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿)》, <http://zqyj.chinalaw.gov.cn/overCollectionList?draftType=1&year=2014>, 2017年12月5日最后访问。

13. 实务界对于体育赛事节目直播画面是否构成作品的认识存在着分歧,大部分法院判决其不构成作品,但也有法院认为体育赛事节目直播画面构成作品。参见北京市朝阳区人民法院(2014)朝民(知)初字第40334号判决书。

定的智力选择与判断,但直播的常规套路决定了导播工作的创造性程度是有限的。镜头特写、镜头切换、画面回放等都有常规要求,就是要符合观众的预期,不能影响观众全面、清晰地收看比赛。欧洲五大足球联赛制作体育赛事节目直播画面的水平符合观众的要求,而国内联赛制作的体育比赛节目经常漏掉精彩的镜头,只能说制作的水平不够,没能满足观众的预期。

事实上,同一项目的体育赛事节目直播画面在制作水平符合观众预期的情况下,观众看了之后总体感觉是节目制作如出一辙。2016年里约奥运会的排球比赛直播画面是由里约奥委会组织摄制的,而2017年在日本举行的国际排联大冠军杯赛的排球比赛直播画面是由主办方摄制的,两个赛事的导播不同,但可以发现不同导播制作的比赛画面都遵循着固定的套路:比赛开始时,镜头会在双方球队的球员、教练以及裁判之间切换,在屏幕上也会出现有关双方阵容和队员角色的数据表;在比赛结束后,屏幕上会打出双方的各局比分和技术统计分析表等。另外,经常将镜头对准明星球员,让镜头跟随持球球员的跑动而移动,全景反映最后阶段传球和扣球的全过程,多角度地慢镜头回放防守和精彩扣球,捕捉比赛球员和教练的奇怪表情,在不影响观众收看比赛内容的前提下,将镜头及时切换给一些特殊的球迷等。遵循这样的拍摄常规要求,有助于全面而真实地反映比赛的全过程,满足观众欣赏比赛的需要。这种常规化的套路实质上会大大限制导播创造力的发挥,其创造性也就必然较低。普通观众对体育赛事节目直播画面创造性程度的感知是基于普通人的认知水平而作出的判断,这种判断就具有了客观性。普通观众的判断可以确定直播画面创造性的高低,属于事实认定的问题。但这仍然需要我们从著作权法理上阐明为什

么体育直播画面不具备著作权法上的独创性,只有这样才能促进著作权法理论知识的增长,指导法律实践。

(二) 体育赛事节目直播画面的内在表达缺乏新颖性导致其创造性较低

1. 作品的内在表达

可视、可听的表达越来越不能适应著作权法保护智力成果的实践需要,德国著名著作权法学者雷炳德发展出了内在表达的概念,在实践中也逐渐被各国法院所接受。雷炳德在《著作权法》一书中提出,“作者把他的思想、观点、感受寄托于可以被感知的某种表达手段……对于这种表达形式,人们可以细分为外在的表达形式与内在的表达形式”¹⁴。请注意,雷炳德在修饰表达一词时,用的是“可以被感知”一词,也就是表达不限于可见可闻的符号。作品的表达在传统意义上指的是外在表达。内在表达并不是作品的文字语句等具体形式,而是作品当中的逻辑设计即选择、结构、组织和顺序,“这种内在的表达形式是在作品创作人的头脑中形成的,展示了作者独特的想象、思维和理解方式……这种内在表达形式是个人独特智慧的表达,因而应属于作者本人”。¹⁵可见,内在表达是主观通向客观的桥梁,是“胸中之竹”转化为“手中之竹”的中介。雷炳德认为作品的表达并不仅指外在表达,还应该包括内在表达,他也指出了内在表达在创作中的主导地位,但他没有明确将内在表达作为著作权体系中作品独创性的判断标准。

一部创作成果是否具有独创性主要表现在内在表达方面,内在表达是作者智力劳动具有较高创造性的标志。在著作权体系国家,作者的创作活动指的不是一般的智力活动,而是作者运用自己的创造力从事的智力活动。这就不包括重复性、机械性的智力活动,如单凭技巧

14. [德]M. 雷炳德:《著作权法》,张思民译,法律出版社2004年版,第43页

15. 同上注。

进行的智力活动，也不包括模仿性活动。这种创造力凝聚在客体中主要体现为作者的逻辑设计，因为创造力的运用主要表现为作者的逻辑思考，逻辑思考是创作的核心，在此基础上作者运用自己掌握的语言或者技能进行外在展现。前文已述，著作权理论上的创造性表现为差异性，在作者权体系国家，这种差异性在视听等类型的作品中需要有明显不同的差异性，要达到新颖性的地步，但仅有外在表达的明显差异并不必然达到新颖性的程度，因为外在表达存在明显差异并不意味着在客体上凝聚的创造力存在明显差异。¹⁶ 现实生活中，不少人为了逃避论文重复率高的不端检测，在保证文义意思基本相同的前提下将自己抄袭的论文进行文字处理，如同一句话用不同的文字和词语表达出来或者改变句子中个别词语的顺序，对他人的文章改头换面，但由于被抄袭的论文具有具体明确的逻辑设计，文字的处理并没有改变论文的逻辑设计，虽然逃避了论文不端检测，但仍是模仿他人的文章，没有自己的创意。创作成果如果具有明确而深层的逻辑设计，则意味着模仿者无论进行什么样的外在表达，都难使成果具有较高程度的创造性。作品的内在表达往往是侵犯的重点。¹⁷ 与语言作为一种字面要素相对应，角色、情节、场景等属于非字面的要素，可以作为内在表达。作品的结构、组织和顺序似乎是看不见的，但是可以感知的，不同作品的结构、组织和顺序在受众那里会引起不同的感受。文学作品和影视作品，剧情是比较核心的部分，剧情与众不同、跌宕起伏往往预示着作品在市场上的成功，剧情司空见惯、平淡无奇则效果相反。

2. 内在表达具体而新颖是智力劳动具有较

高创造性的标志

内在表达蕴含于外在表达之中。如果一个创作的内在表达不明确具体并且不具有创新性，则该创作就难以达到作品所要求的创造性程度。外在表达有时会体现出一定的创造性，但在缺乏具体的内在表达或者内在表达不够新颖时，这种创造性由于没有形成出一个完整而新颖的构思，会让人感到作者智力劳动的创造性还不够。如国内外司法实践中，法院一般拒绝对广告标语、标题、名称等短句或者短语给予著作权保护，这并非出于创作者没有付出一定的智力劳动，而是由于短句或者短语缺乏应有的思想内容。著作权法虽然不保护思想，仅保护思想的表达，但要求这种表达必须能反映出一定的思想，否则著作权法所保护的作品将难以满足人的精神需要。像“娃哈哈”、“背靠背”、“贵人鸟”等这些商品名称好听、好读、好记，“世界风采东方情”这样的宣传语让人有文学上的美感享受，应该说作者是有创意在其中的，但这种创造性是程度低的创造性，因为这些短语或者短句根本就没有表达出思想内容。有的创作表达出了作者的思想，但内在表达不够具体，没有在逻辑设计上充分展开，这样的表达缺乏应有的文学艺术品质，同样无法成为作品。如一个学者对某个问题表达了自己的观点，尽管有新意，但没有形成具体的逻辑设计和论证，只能是一个想法而不是作品，在英文中称之为“idea”。刘春田先生认为较高程度的创造性是指作品是作者自己选择、取舍、设计、安排、综合的结果，既不是依已有的形式复制而来，也不是依既定的程式或程序推演而来。¹⁸ 但仅满足这些条件还是不够的，例如任何一篇学术论文的内容摘要都是作者选择、取舍、设计、安排、

16. 在版权体系国家，智力创作活动被赋予十分宽松的解释，并不限于作者运用自己的创造力从事的活动，包括单凭技巧从事的活动，甚至一般劳动，对创造性要求的度也不一样，并不要求智力创作相对于已有的创作具有明显不同的差异性，只要体现差异就可以。所以，美国法院一般将独创性解释为作者独立完成与已有作品稍有不同即可。

17. 张志伟：《创意的版权保护》，载《法律科学》2014年第4期。

18. 刘春田：《知识产权法》，高等教育出版社2007年版，第373页。

综合的结果,既不是复制而来,也不是推演而来,尽管这种内容摘要很有新意,但它没有形成具体的内在表达,没有深层而详细的逻辑设计,所以内容摘要一般构不成作品。只有在内在表达具体且具有新颖性时,才标志着创作者的智力劳动具有了较高程度的创造性,这样的创作将不具争议地成为作品。¹⁹也许有人会认为,将内在表达的创造性作为作品独创性的标准会超出著作权保护的智力成果要达到的创造性的度,几乎和专利要求的创造性一样了。事实上,在创造性的要求上,著作权理论仍然和专利理论有质的区别。专利法实质上保护的是思想,思想上要有所创造十分困难,对人类知识的积累举足轻重,这种创造追求的是与现有技术相比具有实质性的特点和显著的进步。把内在表达的创造性作为著作权保护的智力成果的标准并没有将作品的创造性和专利的创造性等同,内在表达仍然是思想的表达,围绕着同一思想,允许通过不同的逻辑设计表达出来。内在表达的创造性仍然是形式上的创造性,形式上的创造性追求的是新颖性,即与现有的智力成果相比,具有实质的差异性。当然这种新颖性并不排斥不同的作者基于实质相同的逻辑设计创作出实质相同的作品,但前提是“作者没有接触过相同作品”。从这个意义上,作品创造性所要求的新颖性是相对意义上的新颖性。

3. 体育赛事节目直播画面的内在表达要遵循固定的模式从而缺乏新颖性

真实、准确、及时、全面地向观众反映体育比赛的过程,是制作体育赛事节目直播画面的主要目的。人类转播体育赛事已经有较长的历史,为了达到这一主要目的,长期以来人们总结了制作体育赛事节目直播画面的基本经验,形成了一些固定的套路,这些套路都已经十分地成熟和具体。只有遵循这些基本的经验和套

路制作体育赛事节目直播画面,才能满足观众高质量地收看体育赛事的要求。长期播放体育赛事节目直播画面,也使观众对这些套路都比较熟悉。如足球比赛中在球员带球射门这一特定时间会看到特定角度拍摄的画面以及慢镜头回放等。再如在排球比赛中,二队均势对抗,比赛十分胶着,这时镜头往往会对准双方球员的面部表情,以捕捉双方球员心态的变化。如果制作者不遵循这些基本的经验和套路,就无法满足观众观看比赛节目的稳定预期,节目制作的质量就会降低。这些经验和套路历史上并无人主张专有权利,并且经过人们长期、普遍地使用,早已经进入了公共领域,成为人类共有的知识。这些套路和经验是体育赛事节目直播画面中的基本逻辑设计,是节目的内在表达。既然体育赛事节目直播画面的内在表达是人类共有的知识,来自于公有领域,那么其逻辑设计的新颖性也就无从谈起。而依靠无新颖性的内在表达所进行的外在创作无论如何努力,其创造性都是极其受限的,较高程度的创造性也就无从谈起。制作者也会尽力融入自己的个性和偏好,例如给特殊球迷若干拍摄镜头是制作节目的习惯做法,有的导播喜欢把镜头给那些戏剧化的球迷(如脸上画满国旗、穿着国旗服装的球迷)、有的导播喜欢把镜头给那些颜值高的观众(如令人眼前一亮的美女),有的则喜欢把镜头给那些情绪化的球迷(如兴奋或紧张的球迷等),这都反映了导播的个性和偏好。但即使有这些个性和偏好的存在,也不可能让人感到节目很有新意,这是因为创作的内在表达基本上是固定的,给予球迷的镜头不能太多,时间不能太长,是节目制作的基本要求。以中超联赛转播为例,为了使观众全面、真实地欣赏比赛,要求各直播团队均须严格按照公用信号制作手册直播现场比赛,如《2014中国平安中

19. 像博士论文的开题报告、电视节目模板等,其逻辑设计都是非常详细的,并非一个粗劣的提纲,具有可操作性;逻辑设计完整、清晰、配套,可以很快付诸实施,即使有调整也是局部、零星的调整,不会改变逻辑设计的整体风格。如果实施前还要做大量的设计、论证工作,该内在表达就不符合具体性的要求,不应得到法律保护。

国足协会超级联赛电视转播公用信号制作手册》，对摄像机的位置、镜头的切换、特写的使用和切入时间以及慢动作的锁定、功能、说明和规范都作了详细、严格地规定，像特写使用的规定，开场前“3:15-2:15 队长挑边、裁判近景”、“2:15-1:30 主队首发队员”、“1:30-1:00 双方教练近景”、“1:00-0:30 双方队长或重点运动员”、“0:30-0:15 中圈近景”等。制作手册对拍摄和导播提出的制作要求，实质上确立了摄制的内在表达，而这种内在表达能够很好地满足观众欣赏比赛的需求。对于达到一定水准的摄影师和导播而言，其拍摄、选择和编排的技巧虽不尽相同，但并无实质性的差别，不存在较大的差异，其创造性也就较低。对普通观众而言，就会感觉直播画面大同小异、缺乏新颖性。

三、体育赛事节目直播画面的个性不能等同于独创性

（一）将个性等同于独创性的观点

探讨体育赛事节目直播画面的法律性质，离不开对个性概念的理解。有学者坚持认为体育赛事节目直播画面属于作品，就是因为体育赛事节目直播画面的制作因人而异，体现了制作者的个性，符合独创性的要求。²⁰事实上，无论是作者权体系国家还是版权体系国家，都习惯用“个性”一词来描述独创性的内涵。法国法院将独创性解释为作品是作者个性的表现和反映。²¹美国联邦最高法院在 *Bleistein* 案中把独创性解释为，“个性总之包含了某种独特的东西。即使在笔迹中它也能够表现出其独特之处，而一件极低水平的艺术品中也存在某些

不可约减的东西，这就是独立完成。”²²我国不少学者也用个性界定独创性。韦之先生认为，作品独创性就是指作品的个性，作品是自己完成的而不是抄袭的。²³金渝林先生认为，个性描述的是智力创造结果的能够被分辨的最低的创造性的度。²⁴

（二）个性无法等同于独创性

以上观点将个性与创造性划等号，有失偏颇。因为只要是人所创作的表达必然会反映作者的个性。在现代汉语大词典和权威的英语大词典中普遍将个性定义为人格，指一个人独特的、稳定的和本质的心理倾向和心理特征的总和，简单的说，个性就是一个人的整体精神面貌。任何人都是有个性化的，个性化是人的存在方式。不同的人写的字都会反映个性（签名就是个性的特征），但并不是所有人写的字都可以成为书法作品。汉德法官指出：“任何拍摄，无论多么简单都不可能不受到拍摄者个性的影响。”²⁵他的这一个观点获得普遍认可。在版权体系国家，个性可以用来衡量独创性。但在作者权体系国家，就独创性与个性的关系而言，个性是衡量创作成果独创性的必要标准而非唯一标准。独创性必然要求智力劳动成果有个性，但有个性化的智力劳动成果不一定具有较高程度的创造性。同一首歌曲被不同的歌手演唱会效果和风格迥异，但除非改变了歌词和旋律，否则其演唱并不构成演绎作品。“在涉及智力成果作品的情况下，个人的智慧赋予了自身某种表达方式并且创作出了一个新的智力方面的客体。”²⁶个性注重差别，而独创性注重较高程度的差别，主要体现在创作成果的内在表达相对于已有的内在表达是否具有新颖性。有学者认

20. 姜颖：《作品独创性判定标准的比较研究》，载《知识产权》2004年第3期。

21. 同注释3。

22. M.B.Nimmer, *Cases and Materials on Copyright*, West Publishing Co., 1985, p.14.

23. 韦之：《著作权法原理》，北京大学出版社1998年版，第18页。

24. 金渝林：《论作品的独创性》，载《法学研究》1995年第4期。

25. *Jewelers' Circular Corp. v. Keystone Corp.* 274 F.932, 934 (S. D. N. Y., 1921).

26. 同注释14，第40页。

为,著作权法上的独创性只能是指“外在表达与众不同”。²⁷事实上,每一个外在表达都体现着作者的个性,都有与众不同的因子,但并不并不代表具有较高程度的创造性。一个创作的外在表达即使比较大众化,个性不够鲜明,也不意味着它一定不能成为作品。如大量的现代体诗歌都是采用白话所作,很多都是“日常对话式”的表达,但由于作者巧妙的组合和选择,有着新颖的逻辑设计,这些表达仍然是作品。而对于一些看似独一无二的外在表达,却并不意味着其一定是著作权法意义上的作品。以电视节目模板为例,国内影视界存在抄袭境外同类节目模板与创意的现象²⁸,这些“抄袭”的共同点就是并非原样照搬,而是改变电视节目具体细节如道具、场景、音乐、舞台设计,但这种修改并没有让人感觉到是新的作品,而是实质意义上的模仿。一项智力创作若不是作者独立构思的产物,而是对已有作品的实质性模仿,尽管在表现形式上与已有作品存在差异,但仍缺乏较高的创造性,无法被视为一部新作品。如果两部作品的内在表达实质相似,会让人从整体上感到两部作品实质相似。在国内的著作权法司法实践中,越来越注重运用“整体概念和感觉原则”判断一部创作的独创性是否存在,两部作品是否构成实质性相似,而不局限于外在的细节差异。²⁹智力创作有无较高程度的创造性取决于内在表达是否具体且有无新颖性。

(三) 体育赛事节目直播画面具有个性但无法具有较高程度的创造性

体育赛事节目直播画面由制作者独立创作必然体现作者的个性,但未必具有较高程度的创造性。不同的导播摄制的体育赛事节目直播

画面在外在形式必然会有所不同,如导播在给球员、球迷特写的时候会体现出自己的偏好,但都会围绕全面而真实地呈现比赛过程这一主题,遵循固定的套路来制作体育赛事节目直播画面。这种固定的套路就是节目中的内在表达,它已属于公有领域的知识,决定了体育赛事节目直播画面不可能具有较高程度的创造性。体育赛事节目直播画面会因人而异,反映制作者的个性,但这种差异主要体现于节目的外在表达,内在表达上则基本相同或者说实质相似。纵然不同的导播会呈现不同的体育赛事直播画面,但这种不同基本上都是轻微的差别,每个导播摄制的画面都必须遵守既有的规则和模式,不会越过固定模式这一个“圈子”。如不同的直播团队对于“球落地进门”、“足球越位”、“界外判定”、“嗜睡的婴儿”、“狂热的球迷”等情形均会按照要求使用慢动作来表现,该慢动作的使用就不可能具有较高的创造性。这时会体现摄制者的个性,因为哪怕是机械性录制,摄像机和镜头的摄制也会体现摄制者的判断和选择。如果不遵守固定的模式,随意地选择、切换、截取、回放镜头,那么导播所拍摄的体育赛事画面就不能很好地将体育赛事的过程全面而真实地呈现给观众。在这样一个固定模式下,基本上无法体现出导播的创造性智力活动。这种固定的模式就是创作的内在表达,进入公有领域后已不具有新颖性。而内在表达不具有新颖性,足以说明体育赛事节目直播画面虽具有个性但却无法具有较高程度的创造性,无法满足我国著作权法上视听作品独创性程度的要求,只能满足录像制品对独创性程度的要求。

27. 刘文杰:《微博平台上的著作权》,载《法学研究》2012年第6期。

28. 如中央电视台从英国购买的“谁想成为百万富翁”节目模板改造后播出的《开心词典》等栏目被国内许多地方电视台变相“克隆”。参见孙移芳:《电视节目模板的价值衡量与法律保护——基于版权的视角》,载《经济研究参考》2007年第11期。

29. 如2007年的任新昌诉李孝本著作权纠纷案,审理法院认为,被告的“猴寿”图案虽然与原告的“猴寿”图案在外在细节上存在不同之处,如被告的猴尾呈半圆形顺时针,而原告的猴尾呈顺时针半圆并回环一勾,但被告的图案并没有脱离原告的表达,故不具有独创性。参见西安市中级人民法院(2007)西民四初字第213号判决书。

四、小结

体育赛事节目能否成为作品的理论焦点在于体育赛事节目直播画面是否具备视听作品的独创性。我国是作者权体系国家，视听作品的独创性意味着智力成果需具有较高程度的创造性。上文从经验分析和理论论证两个层面正面说明体育赛事节目直播画面的创造性较低，尚达不到我国视听作品独创性的要求。另一方面，

对于个性即独创性的观点给予澄清，阐明体育赛事节目直播画面基于个性而具备独创性的观点无法成立。体育赛事节目直播画面的制作要满足观众的预期，必须遵循常规的套路。这一点从著作权的原理讲，可以归结为体育赛事节目直播画面的内在表达由于遵循固定的模式而缺乏新颖性，从而无法达到较高程度的创造性。所以，体育赛事节目直播画面不具备视听作品的独创性。□□

The Moving Images of Sports Programs Have Originality or Not

Abstract: China is a country with authors system, audiovisual work we protect must be with high originality. The moving image of sport program reflects the producers' individuality, but it doesn't mean it gets high originality. Whether intellectual creation has a higher degree of creativity depends on the intrinsic expression is specific or novel. The intrinsic expression of the moving images of sporting event programs follow a fixed pattern, so it's lack of novelty. It cannot meet the requirements of audiovisual work of a higher level of creativity. In this sense, the moving image of sport program doesn't have the originality requirement of audiovisual work.

Key words: The moving image of sport program; Originality; Intrinsic expression; Novelty
