

再现型摄影作品之著作权认定

马一德^{*}

内容提要：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，其独创性体现为拍摄角度、光线和阴影、曝光、滤镜使用方式等技术所实现的效果。司法实务所采的以拍摄技术选择认定再现型摄影作品独创性的做法应被矫正，而以再现照片本身较再现对象是否表达出更多的信息量为独创性与否之标准。复制因素对再现型摄影作品的独创性判定影响较大。对以立体艺术作品为再现对象的照片，在考虑其是否体现了不同于原作的独创性的同时，需结合复制的竞争性特征考虑是否可赋予其著作权。对于难以体现拍摄者的智力创造的机器自动拍摄的照片应坚持非具独创性认定，但对能够体现拍摄者的创造性表达的仍可赋予其可著作权性。当拍摄者对某一时事场景予以再现时，由单纯事实信息构成要素的部分或全部简单排列组合而成的表达形式应包括照片报道在内。通过合并原则的适用以及调高对再现时事类照片独创性的要求，可以合理界定摄影作品与时事新闻之间的界限。

关键词：再现型摄影作品 独创性 异体复制 时事新闻

一、问题之提出

伴随着手机、平板等电子产品的普及和摄影技术的不断成熟，摄影本身的技术成本较之前已极大降低。摄影突破了传统的专业性，实现了拍照的常态化和平民化。当摄影的普及与微博等社交平台、图片网站相结合时，一方面使得社交平台的内容具有更强的可视性、互动性，网站的传播效果亦随之强化，另一方面，摄影作品的著作权被侵害的风险亦随之增加。

摄影作品可分为三种类型：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；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；抓拍型摄影作品是拍摄者在合适的时间、合适的地点拍下了有价值的照片。^{〔1〕}因主题创作型摄影作品与

* 中南财经政法大学知识产权研究中心研究员。

本文是国家社科基金重大项目“创新驱动发展战略实施保障机制研究”（15ZDB52）的研究成果。

〔1〕 英国法官休·莱迪在其合著的版权法著作中依据独创性认定标准的不同，将摄影作品区分为此三种类型。See Hugh Laddie, Peter Prescott & Mary Vitoria, *The Modern Law of Copyright and Design*, Butterworths Law, 2000, § 4.57.

抓拍型摄影作品的独创性认定标准较再现型摄影作品更为明确,且在实务中的认定难度较小,故本文的研究限于再现型摄影作品独创性的认定。

大陆法系和英美法系根据本国的法律传统、立法理念,对再现型摄影作品的独创性要求设定了不同的门槛,形成了各自的保护模式。^[2]通过检索中国裁判文书网数据库,包含“摄影作品”与“独创性”关键词的裁判文书有2365件(其中最高人民法院作出的2件)^[3]。这些案例大致可分为著作权确权纠纷和著作权侵权纠纷。在摄影作品确权纠纷案件中,独创性的认定是案件的主要争点所在;而在侵害摄影作品著作权的案例中,认定照片是否具有独创性是其处理纠纷的前提性条件。可见,作为最为常见的再现型摄影作品,其独创性的认定是实务中处理纠纷难以回避的问题。通过下表对其中有关再现型摄影作品独创性认定的裁判理由的整理可以发现,司法实务更倾向于将拍摄者对灯光、布景、角度、时间以及器械等技术方面的选择代替对该类摄影作品独创性的认定。

序号	案号	判决理由
1	广东省高级人民法院(2006)粤高法民三终字第122号民事判决书	“从涉案的照片看,作者在拍摄过程中根据所拍摄产品的不同特性,选取了不同的场景、角度、光线和拍摄手法,体现了作者的创造性劳动,并非简单的机械性的记录过程,涉案照片具有独创性,应当认定为我国著作权法保护的作品。”
2	浙江省高级人民法院(2008)浙民三终字第43号民事判决书	“本案所涉及作品为通用产品的数码摄影图片,由于拍摄对象为工业通用产品,同时由于数码摄影作品在存储影像时具有无形性和便于修改、复制的特点,作品原创性低。”
3	江苏省镇江市中级人民法院(2011)镇知民初字第348号民事判决书	“陈复明在拍摄时,对产品的选取和摆放位置、图片光线和底色的处理、拍摄的角度等方面作了精心策划,涉案图片凝聚了拍摄者的智力劳动成果……应认定为摄影作品,应受我国著作权法的保护。”
4	四川省成都市中级人民法院(2011)成民初字第1236号民事判决书	“本案诉争的照片系对冰柜、冷柜及其细节等通过摄影器材选取特定角度形成,柜体及柜盖图形系冷柜及玻璃盖的生产设计概念图,应分别属于摄影作品及图形作品,依法受著作权法的保护。”
5	北京市第二中级人民法院(2012)二中民终字第11682号民事判决书	“具体到薛华克的涉案摄影作品,其独创性在于拍摄时对拍摄对象的选择、拍摄时机与角度的把握、拍摄技能的运用以及后期的编辑处理等,创作过程体现了薛华克个人的判断和思考。”
6	上海市第一中级人民法院(2013)沪一中民五(知)终字第170号民事判决书	“儿童照片中有四个儿童围坐在地上画画,该照片在选取题材、拍摄角度、构图、突出纸笔等方面具有一定的创造高度。”

[2] 德国对摄影作品的独创性要求较高,只有那些通过对题材的选择、灯光阴影的映衬、润色、剪辑或者艺术处理工具的使用,表达了摄影师的艺术观点与创造力的照片,才能作为摄影作品受到保护。同时,德国采用二分法的保护模式,将摄影作品作为著作权的保护客体,将普通照片作为邻接权的保护客体。参见[德]M.雷炳德:《著作权法》,张恩民译,法律出版社2004年版,第151页。英美法系则从实用主义角度出发,对于摄影作品独创性的要求降到了无以复加的地步,很小程度的个性表达就可以满足独创性的要求。参见蔡明诚:《论著作权之原创性与创作性要件》,台湾《台大法学论丛》第26卷第1期,第10页。

[3] 这两件裁判文书是:王巨贤与绍兴市水利局、绍兴神采印刷有限公司侵犯著作权纠纷案,最高人民法院(2013)民提字第15号民事判决书;广东华润涂料有限公司与江苏大象东亚制漆有限公司等不正当竞争纠纷案,最高人民法院(2014)民提字第196号民事判决书。

续表

序号	案号	判决理由
7	重庆市第一中级人民法院 (2013) 渝一中法民初字第 888 号民事判决书	“涉案照片是摄影者借助数码相机、利用光线条件等记录的客观景象，凝聚了拍摄者的创造性劳动，构成摄影作品，依法应受我国著作权法保护。”
8	山东省高级人民法院 (2014) 鲁民三终字第 297 号民事判决书	“摄影作品的创作主要体现在拍摄者对拍摄地点、拍摄对象、拍摄角度、光线明暗等的选择上，是借助于摄影器材，通过合理化学、光学原理，将客观物体形象再现于感光材料的一种艺术作品。”
9	江苏省高级人民法院 (2014) 苏知民终字第 74 号民事判决书	“涉案照片虽系博和公司的普通产品照片，但该照片是拍摄者采取特定的拍摄方法对产品的外观、色彩、光线等进行特别的展现，反映出拍摄者通过摄影方式将产品外观进行独创性表达。该照片并非要表达产品的技术方案。因此，属于著作权法意义的作品。”
10	山东省高级人民法院 (2014) 鲁民三终字第 231 号民事判决书	“独创性是表达的独创性，对于摄影作品而言，其独创性体现在摄影者拍摄时对角度的选择、焦距、光圈的设定，快门如何曝光的选择等各方面。”

拍摄者在拍摄过程中往往会根据所拍摄对象的不同特性，选取不同的场景、角度、光线和拍摄手法，通过对灯光、布景、角度以及器械的选择体现拍摄者的判断与思考，因而其拍摄并非简单的、机械性的记录过程。法院以创作过程中技术的选择判定再现型摄影作品的独创性，旨在回避对照片本身表达是否具有独创性作出判断。但这种认定方式却易导致再现型摄影作品独创性认定的困境：

第一，以拍摄技术的选择为标准实际上是对拍摄者投入劳动的保护。任何一张照片在拍摄过程中都会耗费一定的智力和体力劳动，尤其是精确再现拍摄对象时，拍摄者在拍摄技能方面往往需要投入更多的智力劳动。刘春田认为，创造与劳动是性质截然不同的两件事物，无论是简单劳动还是复杂劳动，其质的规定，无一例外是人类无差别的智力与体力综合支出的凝结，但创造则截然不同。^{〔4〕}以再现型摄影作品拍摄过程中的智力投入为独创性的认定标准，是混淆创造与劳动逻辑关系的结果。

第二，拍摄过程实质上是一种事实行为，事实行为或过程不是知识产权的对象。“创造活动”或“创造行为”对知识产权法律而言，属事实行为，不具有法律意义，不产生知识产权。此外，若以拍摄过程为摄影作品独创性的认定对象，亦会导致所有的再现型照片均可纳入著作权法的保护范围，而无论这些照片是多么平庸和无价值，即使是对拍摄对象的简单复制性拍摄，只要照片的拍摄过程中能够体现出拍摄者的个人选择即可。^{〔5〕}

第三，以拍摄技术选择为独创性的认定标准，也将导致难以区分创作行为与复制行为的后果。通过拍摄方式精确再现已有的美术等视觉作品，与拍摄自然物所需的智力投入是无差别的。通说认为精确再现美术作品的行为是复制行为，为何精确再现自然物的行为属

〔4〕 刘春田：《知识产权法》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 4 页。

〔5〕 我国实务中法院多以拍摄技术的创造性选择为照片独创性的认定标准，以至笔者在“北大法意”和中国裁判文书网查找的大量案例中，难以发现否定涉案照片具有独创性的案例。

于创作？若它不是复制行为，那么又如何区分通过拍摄方式精确再现与通过复印机再现绘画作品之间的不同？

解决上述困境的根本之道在于合理界定再现型摄影作品的独创性认定标准。具体而言，本文关注以下问题：1. 著作权法体系未明确作品独创性认定的具体标准，司法实务采较低的摄影作品独创性认定标准，导致多数平庸的照片被纳入摄影作品的范畴，此与著作权法保护创造性智力成果的立法旨趣相悖。那么，在对司法标准进行检讨的基础上，确立何种标准方可符合立法目的和实务需要？2. 当再现型摄影作品是以已有视觉作品为再现对象时，再现型摄影作品的独创性判断就无法避免对复制因素的考量。一位摄影师以某雕刻艺术作品为拍摄对象，此照片是对该雕刻作品的复制还是再创作？如果该照片属于再创作作品，当以一幅平面美术作品为再现对象时，是否也属于再创作行为？此时又如何界定美术作品的复制权范围？3. 当再现型摄影作品是以某“时事”为再现对象时，则衍生出其独创性的认定门槛如何调整，方可保证公共利益不受挤压的问题。核心问题是：照片报道是否可能构成著作权法中不受保护的“时事新闻”？本文将该问题作为再现型摄影作品独创性认定的特殊考量情形予以探讨，以期对独创性标准的建构有所助益。

此外，本文关于再现型摄影作品的独创性标准的研究，是建立在“平庸的照片不应被赋予著作权”的基本观点之上的。而所谓“平庸的照片”，是指那些未达著作权法关于摄影作品独创性标准要求的照片，其多为再现拍摄对象类照片。普通法系将所拍摄的场景和画面较为常见和过分简单，缺乏足够的创作性，仅是对拍摄对象的简单复制的照片认定为不受著作权法保护的平庸的照片。^{〔6〕} 本文认为，此种平庸照片的认定并不足以为我国著作权法所采纳，仅凭照片再现的场景和画面过分简单并不能将其排除在著作权的对象之外。被拍摄的人物、自然风光、已有作品及产品等是客观存在的事实，场景和画面简单与否并不构成认定照片是否具有独创性的因素。即使是过分简单的场景和画面，只要照片满足再现型摄影作品的独创性标准，亦可赋予其著作权保护。再现型照片中认定何为平庸的照片，其重点在于判断其是否为对再现对象的简单复制。即使拍摄者投入了大量的精力和劳动，若仅是对拍摄对象的简单再现，也不可认定该照片具有独创性。

二、再现型摄影作品独创性标准之界定

面对大量出现的再现型照片，我国著作权法未采摄影作品同普通照片区别保护的模式。能否赋予其著作权，肯定论与否定论并存，争议的焦点在于其是否满足独创性要求。

（一）摄影作品独创性标准的不确定

我国著作权法和《著作权法实施条例》均未对“独创性”的具体内涵予以明确。最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2002〕31号）第15条将独创性解释为“独立完成且具有创作性”。在该司法解释出台之前，有学者已对此种理解做出评价，认为此种界定会导致对独创性的理解陷入逻辑上的恶性循环。因为定义作品必须先明确独创性的涵义，而独创性又需要根据创作概念来规定，但创作概念只有

〔6〕 M. B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Matthew Bender, 2009, § 2.08 [E][2].

在作品概念确定后才具有其规定性。^{〔7〕}著作权法关于独创性的规定模糊,导致在认定再现型摄影作品的独创性时,出现诸多争论。

学界有观点认为,只要作品被证明是由拍摄者独立创作完成的,即可得享著作权法之保护,即认为独立创作必然包含着稍许的创造性。^{〔8〕}“独”的认定较“创”的认定更具有客观性,能够避免对照片是否具有创作性的争议,故该观点在著作权法实务中亦有所回应,尤其是在有关著作权属纠纷的案件中。法院在涉案照片是否具有独创性未予明确的情况下,通过举证责任的分配由原告对照片的拍摄过程予以举证,重现照片创作的完整思考和判断过程,从而推定拍摄者在照片中投入了创造性的劳动。此种关于独创性标准的认定,本质在于将照片的独创性与“非抄袭性”等同看待。

亦有观点认为摄影作品的独创性标准应侧重于对“创”的认定,但对于摄影作品所呈现出的创造性达到何种标准才可被赋予著作权,则有较大分歧。刘春田指出,拍摄者只要在拍摄选定对象的构图、取景或方式上表现出“形式上的原创性”,即可满足独创性要求,从而机械性的智力成果应被排除在外。^{〔9〕}李扬认为,如果照片在景物、构图、拍摄角度、曝光时间、明暗度等方面的选择以及底片的修改等方面体现出拍摄者“独特的个性”,即可满足摄影作品的独创性要求。^{〔10〕}杨巧认为,没有拍摄者个性化色彩的简单的翻拍照片、翻拍文件、书刊等纯复制性的摄影,因其缺乏独创性而不能作为作品受到著作权法的保护。^{〔11〕}上述观点以“原创性”、“个性”等为创造性标准设置纳入门槛,其结果将会导致问题的进一步复杂化。

独创性认定标准的不确定性还源于法官在裁判理由叙述中存在对标准问题的无意或故意回避的现象。法官在判决书中采用该照片(图片)“具有”或“不具有”创造性的语句表达。^{〔12〕}这种判词表达更像是在发现并确证一个事实,更容易让当事人及公众信服,同时又巧妙地掩盖了法官在“创造性”概念中掺入的主观价值取向。^{〔13〕}然而,“创造性”本身并不仅仅只是一个用来定性的词语。波斯纳指出,一件独创的作品仅仅是一件与现存作品有足够大的差异、不会引起混淆的作品。^{〔14〕}在判断一件摄影作品是否具有创造性时,法官的判断具有主观性和不确定性,正是如此才为法官的自由裁量留出了余地。从大陆法系的“小铜币”标准到英美法系的“额头汗水”理论,从“作者的个性”到“一定的创作高度”,^{〔15〕}都体现了法官在司法实践中借由“创造性”概念掺入了自己的价值取向。在摄影作品的著作权认定案例中,法官采用的是是否型的判词并未展现这一主观的自由裁量过程,

〔7〕 参见金渝林:《论作品的独创性》,《法学研究》1995年第4期,第59页。

〔8〕 参见张广良:《作品的原创性在司法实践中的认定》,《法律适用》1995年第8期,第11页。

〔9〕 参见刘春田:《知识产权法》,北京大学出版社2010年版,第64页。

〔10〕 参见李扬:《知识产权法基本原理——著作权法》,中国社会科学出版社2010年版,第77页。

〔11〕 参见杨巧:《知识产权法学》,中国政法大学出版社2012年版,第60页。

〔12〕 例如,江苏省苏州市中级人民法院(2014)苏中知民终字第15号民事判决书:“涉案图片具有独创性且能以有形形式复制的智力创作成果,符合著作权法中摄影作品的定义,属著作权法保护的作品范畴”;山东省高级人民法院(2014)鲁民三终字第231号民事判决书:“涉案照片体现摄影者独特的观察力和审美能力,具有独创性,是著作权法意义上的作品,应受著作权法保护”。

〔13〕 参见熊文聪:《司法裁量中的价值取舍与修辞技艺——以著作权法为例证》,《知识产权》2012年第11期,第15页。

〔14〕 [美]理查德·波斯纳:《论剽窃》,沈明译,北京大学出版社2010年版,第112页。

〔15〕 参见前引〔2〕,蔡明诚文,第6页以下。

似有不妥。

（二）司法实务以拍摄技术认定独创性之缘由

司法实践之所以采纳以拍摄过程中的创作性选择来判断再现型摄影作品是否具有独创性，其原因在于对照片本身表达是否具有独创性的判断所陷入的困境，迫使法官另寻问题的解决之道。

1. 以表达的艺术品质认定独创性之困境

《著作权法实施条例》第4条将摄影作品纳入艺术作品的范畴，致实务中部分法院将是否具有艺术品质作为再现型摄影作品独创性的判定标准。此种做法虽然提高了将照片纳入摄影作品范围的门槛，将一部分平庸化的照片排除在著作权法所保护的范畴之外，但却将再现型摄影作品的独创性认定推入了另一个理论困境。

将再现型摄影作品的独创性标准以艺术品质加以判断，与学界多否定要求作品必须具备一定程度的艺术品质方得著作权之保护的观点相悖。^[16]现代社会呈现价值多元化的发展趋势，公民的艺术审美标准的个性化色彩增强，大众对作品的艺术性判断标准会有不同。在这种情形下，以任何一种艺术观衡量作品是否满足独创性标准，均难以产生广泛的认同感。若以法官的审美观对作品的艺术品质强加判断，由法官为审美多元化的社会树立主流审美观，则有法律介入审美判断甚至道德判断之嫌，同时也在一定程度上干涉了公民的创作自由。^[17]此非著作权法之立法初衷。美国霍姆斯法官认为，由只受过法律训练的人来判断作品的价值是危险的，不能以民众的口味低为由否定一幅画的版权保护。^[18]多数法官并不具备摄影专业知识，以其个人审美为标准判定照片是否具有独创性，不免有赋予其过大自由裁量权之嫌。有学者认为，可以根据不同类型的作品，设置相应的类似于司法鉴定机构的作品独创性评判组织，将摄影作品是否具有艺术品质的判断交由该专业机构来鉴定。^[19]但艺术品质的判断具有较大主观性，不能以一部分人的审美观作为艺术品质的判定标准。同时该做法也会大幅增加司法成本，殊不可行。

2. 以体现拍摄者的个性认定独创性之困境

学界有观点赞同以“拍摄者的个性”“个性的烙印”等来界定摄影作品独创性，实务中也有裁判文书以是否体现拍摄者个性为由认定照片是否具有独创性。^[20]“拍摄者的个性”本身语义含糊，难以把握其本质。一般而言，它特别是指摄影作品中表现出来的拍摄者具有的个人创作风格，该创作风格体现在摄影作品的光线、角度的选取等方面的选择习惯。每个人都会有其独特的创作风格，摄影大师因其独特的创作风格而自成一派。但是，著作权法保护作者的创作形式而不保护其思想。创作风格系属思想的范畴，因而模仿他人的创

[16] 参见冯晓青、唐超华：《知识产权法》，湖南大学出版社2001年版，第147页。

[17] 参见刘文杰：《微博平台上的著作权》，《法学研究》2012年第6期，第122页。

[18] *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 US 239 (1903).

[19] 赵锐：《作品独创性标准的反思与认知》，《知识产权》2011年第9期，第58页。

[20] 例如，在“颜安与沂州集团有限公司、山东沂蒙晚报传媒有限公司等侵害作品复制权纠纷案”中，二审认为，“涉案照片是颜安对三河口风光进行取舍，选择了一个较理想的天气和拍摄地点、拍摄角度，最终运用摄影器材完成的创作，是颜安利用自己掌握的摄影技术完成的智力劳动成果，体现了颜安独特的观察力和审美能力，具有独创性，是著作权法意义上的作品，应受著作权法保护。”参见山东省高级人民法院（2014）鲁民三终字第231号民事判决书。

作风格并不构成对他人作品的抄袭。另外，拍摄者的个性并非在其一生创作中恒定不变，甚至是创作时间间隔较短的两幅作品，所体现出的拍摄者个性也可能不同。

以是否反映拍摄者的个性作为摄影作品独创性的认定标准，表面上看会降低摄影作品范畴的门槛。每幅摄影作品均能体现拍摄者的个性，这意味着无论多么简单的照片皆有成为摄影作品的正当性，甚至随手而拍的照片也可以解释为充分体现拍摄者个性的作品。但是，无论学界还是实务中所追求的个性标准，绝非一般的个性要求，而是作品能够鲜明地体现作者的个性，这是一个相当高的认定标准，与依艺术品质判断独创性的要求是一致的。此种观点源于法国关于作品独创性的认定模式。法国最高法院将“独创性”解释为“表现在作者所创作作品上的反映作者个性的标记”，即独创性源自作者在创作过程中有创造性的选择。^[21]法国要求作品是作者的个性的反映，实际上对创作有很高的要求，不仅要求一定数量的劳动投入，而且必须投入一定质量的创造性智力劳动。

（三）再现型摄影作品独创性之实务标准的矫正

司法实务部门在对再现型摄影作品的独创性予以认定时，以拍摄技术的创造性选择为标准，偏离了著作权法保护创造性智力成果的立法旨趣。此种偏离导致对再现型摄影作品的著作权保护处于不适当的状态，同时也导致司法实务对于独创性的认定标准总是处于不断的调整之中。为纠正此种偏离，对再现型摄影作品独创性的认定应回归到照片本身，即从照片的拍摄角度、光线和阴影、曝光、滤镜使用方式等技术所实现的效果，而非司法实践中所采纳的以拍摄技术的选择为判断对象。针对再现型摄影作品之独创性对照片所呈现效果的程度要求，应以其相较于自然景色、产品或已有作品而言，照片客观上是否存在增加的表达信息量为标准。司法实务提出的以“艺术性”或“个性化”的独创性判断标准，其目的亦在于探求照片相较于再现对象更多的信息为目标，仅是所选取的路径不当，容易导致再现型摄影作品独创性的认定走向极端。

再现型摄影作品是以精确再现拍摄对象为目的的作品。该类摄影作品之所以被赋予著作权，其首要条件不能是对自然物、产品或已有作品的简单复制，其本身所呈现的信息与再现对象至少在量上存在正向差距。再现型摄影作品的拍摄过程是以一定的主题思考为线索的，通过拍摄技术将原始素材以一定的逻辑予以组织，最终将客观事实转换成了一种表达。若从该表达中可以捕捉到拍摄者拍摄瞬间的感觉，社会一般公众可以感受到某再现型摄影作品所表达出的不同于再现对象的自然、社会艺术的美，能给人们带来新的视觉上和精神上的享受，即可认为该再现型摄影作品较再现对象表达出更多的信息量，应被赋予著作权予以保护。在笔者检索的众多司法案例中，唯一被否定赋予著作权的再现型摄影作品的案例正是透过该标准做出的独创性判定，即“原告的员工以艺术的手法设计出了表现自然界中的小蜜蜂的美术作品，随后原告通过激光设备将该小蜜蜂美术作品打标出来，且设计美术作品的员工将该打标出来的小蜜蜂拍摄成照片。法院经审理认为，打标及拍摄小蜜蜂的行为仅是对小蜜蜂美术作品的复制，不具有独创性，因而不产生小蜜蜂摄影作品”。^[22]

本文所强调的独创性标准是以照片本身的表达效果为判断对象，而照片本身的表达效

[21] 参见姜颖：《作品独创性判定标准的比较研究》，《知识产权》2004年第3期，第9页。

[22] 深圳市中级人民法院（2010）深中法民三终字第57号民事判决书。

果离不开拍摄技术的运用,以技术选择替代照片本身表达为独创性判断似乎存在一致性,然而,二者最终的判断却有着较大不同:一方面,以技术选择是否存在创作性去判定照片是否具有独创性,并不比依据照片本身表达来判断更为容易,因技术选择本就是一种带有中性色彩的事实活动,何为技术的创造性选择更是难以判断;另一方面,拍摄技术的选择不一定会导致照片本身表达信息量的增加,尤其是在对某一客体进行精确再现时,无论技术运用得多么精确,如果照片本身表达并没有体现拍摄者的创造性表达,亦难以认定其具有独创性。同时,摄影者往往会对照片进行后期处理,那么此种处理是否会独立成为独创性认定的决定因素,即一张平庸的照片是否可因后期处理而被认定为具有独创性?本文认为,在再现型摄影作品的研究框架内,通过软件对照片的处理仅限于对其通过拍摄技术所呈现的表达效果的进一步突出,即仅是在增加照片的表达量,而非在于创造新的表达点。如此认定的原因在于,当下科学技术的进步,通过后期处理软件对照片进行加工修饰的成本较低,若赋予经后期处理的平庸照片以著作权,将会淹没照片本身所呈现的拍摄者的创造性表达。照片本身的表达对摄影作品的独创性认定具有决定性影响,后期的处理对其认定仅起到辅助的作用。

三、再现型摄影作品独创性认定中的“复制因素”

实务中采取以创作过程中的技术选择为独创性的判定标准,不仅在客观上降低了摄影作品的创作性要求的门槛,而且增加了复制因素对该类摄影作品独创性判定的干扰。

(一) 复制行为对独创性认定的干扰

复制行为对再现型摄影作品的独创性认定存有较大影响,主要体现在以下两个方面:

其一,思维过程的主观性致使难以将复制行为与创作行为进行区分。一般意义上,著作权法上的作品通常是由作者经过对已有知识的综合、分析、演绎和创新,结合形象思维、抽象思维和逻辑推理而形成的流畅思维过程的自然结果。^[23]复制表现为对客观世界或者相应经验成果的仿造或者模仿,在复制者的头脑中并未形成完整的思维链条,没有形成如作品创作过程中的完整思维过程,此为复制与创作最本质的区别。^[24]由于思维过程具有主观性,导致司法实务在认定时选择易于操作的拍摄技术标准,以具有客观性的标准替代主观性的标准。然而,司法实践所选择的此种标准难以认定再现型照片是否存在复制已有作品的行为,客观上增加了复制因素对独创性认定的干扰。

其二,从立体到平面的异体复制是否具有创作性的分歧,增加了再现型摄影作品独创性认定的难度。我国著作权法对同体复制的态度较为明确,但对异体复制则较为模糊,^[25]

[23] 参见冯晓青等:《著作权法中的复制权研究》,《法学家》2011年第3期,第104页。

[24] 从文艺创作理论来看,创作活动是运用心智的过程,一般都有酝酿阶段、思想情感白热化阶段,还有一个斟酌修改阶段。白热化阶段是文艺创作活动的高峰,这是一种聚精会神的状态,通常专注于形象思维上。但是人作为一个整体,除了具有形象思维能力外,还具有抽象思维和逻辑推理能力,在酝酿或者准备阶段和作品形成后的斟酌修改阶段,形象思维和抽象思维则常常交叉适用。参见朱光潜:《谈艺术简》,江苏文艺出版社2007年版,第67页。

[25] 著作权法第10条规定:“著作权包括下列人身权和财产权:……(五)复制权,即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利……”。

导致法院在涉及异体复制的案例中出现不同的认定。例如，在“深圳市新思润文化产业有限公司诉深圳市金智慧艺术设计有限公司著作权纠纷案”中，法院认为，被告将原告享有著作权的校园形象雕塑拍摄成照片，张贴在其企业网站上作为商业推广宣传使用，构成了不合理地损害原告对涉案作品的正常利用。^[26]法院在此案中将从立体到平面的拍摄行为认定为具有复制性质。然而，在与上述案例案情相似的“五月的风”雕塑作品著作权纠纷案中，^[27]法院在认定被告的行为是否为复制时，有意见认为不属于复制，理由是著作权法上的复制是指对作品形式的复制，原告享有著作权的“五月的风”是一件立体的雕塑作品，被告在手机中使用的是平面的图片作品，两者的作品形式不同，因而摄影行为本身是包含了独创性的创作行为。^[28]可见，立法和司法实践对从立体到平面的异体复制是否具有独创性皆不明确。

（二）对异体复制行为的定性

我国著作权法对异体复制的态度较为模糊，法院对同类型案件中对雕塑作品的拍摄行为是否属于复制行为的认定亦出现分歧。学界对异体复制的性质也存有不同观点。吴汉东认为，使用临摹、照相、雕塑、雕刻等方法复制美术作品的行为属于著作权法上的复制的范畴，^[29]即对美术作品的再现摄影行为不具有创造性。而冯晓青则持不同观点，认为从立体到平面的复制方式承载着一定的法律利益，对作品的平面再现通常不会产生利益的竞争性，对雕塑、雕刻等作品的摄影并不会代替作品本身，不会侵占作品本身的实际利益，因而该复制方式所呈现的摄影作品具有可著作权性。^[30]本文认为，异体复制是否具有著作权法上的“复制”的性质，仍需回归著作权法的规定本身：

第一，著作权法第10条对复制权的具体规定为开放式条款。随着社会的不断发展、科技的不断进步以及人们认识水平的不断提高，新的复制方式会不断出现，封闭式的定义势必造成规范与实践的脱节。^[31]就条文本身而言，著作权法第10条采取的是“具体列举+抽象概括”的兜底式立法模式，并未将新的复制形式排除在著作权法上的复制范围之外，^[32]从而为异体复制被纳入复制权的涵盖范围留下了空间。^[33]

第二，按照著作权法第22条之规定，对设置或陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像，构成合理使用。合理使用是对著作权的限制，是侵权的除外情形。这就意味着，以公共场所的雕刻为拍摄对象的照片被认为是对该艺术作品的复制，仅是基于公共利益之考量而不被认为是侵权。可见，我国著作权法认为异体复制具有复制性质。

[26] 深圳市中级人民法院（2011）深中法知民终字第49号民事判决书。

[27] 山东省青岛市中级人民法院（2003）青民三初字第964号民事判决书。

[28] 参见于晓白：《陈列在室外公共场所的艺术作品的合理使用》，《人民司法》2005年第5期，第100页。

[29] 吴汉东：《著作权合理使用制度研究》，中国人民大学出版社2013年版，第146页。

[30] 参见前引〔23〕，冯晓青文，第107页。

[31] 理论界有观点认为，著作权法对于复制行为的表现方式并未进行穷尽式列举。参见王迁：《著作权法学》，北京大学出版社2007年版，第89页。

[32] 针对著作权法第10条的文义，吴汉东认为，按照通常的理解，将平面作品转换成立体作品或者将立体作品转换成平面作品也是复制。参见吴汉东：《走向知识经济时代的知识产权法》，法律出版社2002年版，第76页。

[33] 在“五月的风”雕塑作品著作权纠纷中，涉及到对拍摄立体雕塑的异体复制行为定性时，最高人民法院从事知识产权审判业务的法官也认为，“著作权法第10条第5项关于复制权内容的规定采取的是没有穷尽的列举方式，对该项中的‘等’字，应作广义的解释，即复制应当包括这种摄影行为”。参见前引〔28〕，于晓白文，第102页。

第三,根据立法目的可对上述异体复制具有复制性质的结论予以佐证。立体美术作品和建筑作品作为著作权法所保护的客体,著作权人可禁止他人未经许可由立体到立体的再现。对该类作品进行同形复制要经历由立体到平面的过程,即对立体美术作品和建筑作品进行拍摄,并依据该作品的再现照片进行复制,在这一过程中必然涉及到异体复制方式的使用。若不承认异体复制的复制性质而赋予从立体到平面的再现照片以独创性,就会使得立体美术作品和建筑作品的复制权名存实亡。因而,认定异体复制具有复制性质,符合著作权法条文本身的调整范围,同时可协调该法的规范之间的体系要求以及保护立体美术作品和建筑作品的立法目的。

对异体复制的定性是判定再现型摄影作品独创性的基础性问题。在对以立体艺术作品为再现对象的摄影作品的独创性进行认定时,是以对原作品的复制为先置判断步骤的,即在赋予再现型摄影作品以著作权时,须考量在先权利人的利益。若该再现照片与已有立体艺术作品相比,增加了不可约减的内容,即不仅仅是对立体艺术作品的局部或整体进行简单复制,而且在照片中体现了拍摄者的创作性选择的表达效果,此时可认定该照片构成著作权法所保护的摄影作品;若不具有独创性,则该照片落入该立体艺术作品著作权人的复制权范围。以平面艺术作品为拍摄对象的再现型摄影作品不具有独创性,学界和司法实务已达成共识;对以立体艺术作品为拍摄对象的再现型摄影作品的独创性认定,仍需结合作品本身是否体现拍摄者智力创造进行认定。

(三) 结合复制的竞争性特征考量非独创性照片的认定

学者关于复制的具体内涵一直存有争议,但对其部分特征则基本达成共识,即复制作品具有内容的再现性、表达形式的重复性以及复制行为的非创造性等,^[34]关于复制的竞争性特征则鲜有论述。不可否认的是,由于复制再现了原作的表现形式,使得复制件可以替代实现原作的部分功能,从而与原作在使用过程中产生了某种竞争关系。

著作权法的立法目的之一在于激励创作并增进社会福祉。为实现此种目的,须发挥复制的平衡机制的作用。在著作权法框架内,复制权的合理分配可使得作者、传播者和使用者之间达到利益平衡。复制具有市场竞争性的特征,应该在市场上以复制与创作为边界进行分配,从而在激励著作权人的前提条件下实现著作权人独占利益与公众利益的动态平衡。^[35]由复制的竞争性特征,可解释以自然景色为拍摄对象的再现型照片可认定为摄影作品的原因,即对自然景色的客观真实的再现未能取代自然景色给人带来的美感,反而会使更多的人知悉该自然景色的存在并亲身感受之,未能与其形成竞争关系,因而可以认可对自然景色进行再现的摄影作品的独创性。

与以自然景色为拍摄对象不同,当拍摄对象是已有艺术作品时,是否应将再现拍摄行为视为对已有作品的复制,则较为复杂。除需判定再现照片是否具有不同的艺术欣赏效果之外,还须结合复制的市场竞争性特征综合判定。若以已有艺术作品为拍摄对象的照片能与该作品产生功能上的替代性,与其产生竞争性的关系,宜将其视为对已有作品的复制,以实现已有艺术作品价值的尊重,实现已有作品权利人和使用人之间的利益平衡。若某

[34] 参见前引〔29〕,吴汉东书,第144页。

[35] 参见前引〔23〕,冯晓青文,第99页。

艺术价值较大的美术作品原件已不复存在，再现照片不与已有作品之间产生竞争性的关系，出于对该美术作品价值的特殊保护，即使是对该美术作品的简单复制，也应对再现照片的独创性作相应的调低，使其有作为“艺术作品的复制品”而得到著作权法保护的可能性。^[36]

（四）自动拍摄照片的独创性认定

随着拍摄技术的不断进步，由机器自动拍摄实现对客观真实的再现成为可能。由自动拍摄所完成的对拍摄对象的再现照片表面上符合非独创性照片的特征，即强调忠于客观真实的“纯粹复制影像”的操作。那么，能否当然断定该类照片非系著作权法上的摄影作品呢？

一位摄影师为了拍摄到湖里的“水怪”，将带有自动拍摄功能的相机架设在湖岸，并把相机调成每十分钟自动拍摄一次。数天后该人取回相机并对自动拍摄的照片进行整理，发现其中有一张拍摄到了“水怪”。该张照片可否因其稀缺性而构成著作权法上的摄影作品？拍摄到“水怪”的照片是对客观真实的纯粹复制影像，依据大陆法系严格的独创性标准，该照片不满足独创性的要求。英美法系亦将完全由机器自动拍摄的照片排除在摄影作品范围之外。其共同的理由是受著作权法保护的作品必须由创作者独立完成而非自然产生。与之相反，由于我国著作权法对照片的独创性的认定标准要求较低，致使在司法实践中，法院对由机器自动再现拍摄的照片同样认定其具有独创性。

例如，在“朱晓明诉烟台万利医用品公司案”中，医生朱晓明为病人实施了腹腔镜胆囊切除手术，并利用手术设备自带的探头对手术全过程进行了同步录像。此后，其运用抓图软件截取了其中6幅画面。法院认为，朱晓明结合自身的临床经验，从自己实施的手术录像中截取了临床应用医用膜的关键画面，其确实为此付出了一定程度的智力性劳动，该智力劳动所体现的独创性达到了著作权法要求的最低限度，构成摄影作品，由此应获得著作权法的保护。^[37]

笔者认为，该判决理由值得商榷。其一，作为医生的首要职责是在手术过程中运用设备进行外科手术，而不是刻意为了拍摄而移动探头，探头不过是自动记录下了手术过程而已，系自动再现拍摄之情形，且在照片中无法体现医生的智力性劳动。其二，若以该案的判决理由进行推论，所截取的录像画面具有独创性，则由这些画面组成的录像也应被认定为具有创作性。然而，在实务中，法院认为现场摄制形成的录影独创性程度不高，不能构成著作权法上的影视作品。^[38]将自动拍摄而形成的照片认定为摄影作品，势必将导致我国著作权法内部产生体系矛盾。

笔者认为，对于难以体现拍摄者的智力创造的自动再现拍摄的照片应坚持非具独创性认定，对于照片本身能够体现拍摄者的创造性表达的自动再现拍摄照片仍可赋予其可著作权性。例如前文所举“水怪”再现拍摄案，拍摄者事先要调查了解“水怪”出没的时间、地段，在架设相机的位置上要进行判断，在拍摄参数上要进行预先设定，在拍摄后要对照

[36] 参见梁志文：《摄影作品的独创性及其版权保护》，《法学》2014年第6期，第40页。

[37] 参见上海市高级人民法院（2006）沪高民三（知）终字第35号民事判决书。

[38] 例如，在“正东唱片公司诉上海麒麟大厦文化娱乐公司案”中，被告经营的卡拉OK厅未经许可播放了原告制作的三部音乐电视，其中一部名为《光年》的MV由陈慧琳和许志安两名歌手在舞台上对唱的现场录像构成。上海市第二中级人民法院认为，判断MV是否为以类似摄制电影的方法创作的作品，关键是看MV是否具有独创性，而《光年》MV的画面为舞台现场表演的机械录制，不具有独创性，不属于以类似摄制电影的方法创作的作品，只属于录像制品。参见上海市第二中级人民法院（2004）沪二中民五（知）初字第12号民事判决书。

片进行后期处理。拍摄者在拍摄前的技术选择以及为拍摄需要付出的劳动,均不是著作权法所要保护的内容。当且仅当拍摄者对自动拍摄所进行的干预和选择,使得最终的再现照片能够彰显作者的创造力时,方可承认其具有独创性。“水怪”照片的独创性应体现在照片的后期编辑等元素的选择上,任何由机器自动拍摄的照片不可能排除拍摄者的人工干预。在一个作品中所体现的劳动非为著作权法所保护的价值所在,该作品所作出的贡献才具有重要意义。可见,对于由机器自动拍摄的再现照片,亦不能一概认为其不具有独创性。

四、再现“时事场景”照片中“时事新闻”因素的考量

拍摄者可以通过拍摄方式实现对人类活动的精确再现,当该人类活动系具有时效性和客观性的社会时事时,该类再现型照片可否因系著作权法中的“时事新闻”而不受著作权法保护?

著作权法第5条将“时事新闻”排除在受保护的 range 之外。《著作权法实施条例》第5条将“时事新闻”限定为“通过报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体所报道的单纯事实消息”。法释〔2002〕31号第16条亦作类似规定,指出“时事新闻”是“通过大众传播媒介传播的单纯事实消息”,但对“时事新闻”是否包括“照片报道”未明其态度。学界和实务界关于此问题亦存在分歧。持肯定观点者认为,以照片表达人物身份、形象、现场等客观事实,是对新闻事实的再现与印证,可以增强新闻真实性。^[39]而持否定观点者则认为,为报道新闻事件而拍摄的照片在我国几乎都是摄影作品,^[40]再现时事的照片往往具有一定的艺术性,^[41]且照片报道非传播时事性消息或相关事实所必需,^[42]故否定照片报道属于时事新闻。笔者认为,厘清时事新闻是否包括照片报道的问题,须对著作权法上“时事新闻”的内涵进行解析。

《辞海》和《现代汉语词典》在对“时事”作释义时,均将其定义为“最近期内的国内外的大事”。而针对“新闻”的含义,《现代汉语词典》将其界定为“报纸、广播电台、电视台对新近发生的事情的报道”,《辞海》中的释义则为“借助语言、文字、图片、录像等,向公众传播的消息,具有现实性、时间性、公开性和连续性等特点,以及传递信息、宣传鼓动、服务社会、提供知识等功能”,“新闻体裁,包括消息、通讯、特写等”。由上述释义可知,“时事”是“新闻”所反映的客观内容,而“新闻”作为一个名词而非动词,与“时事”的内容不同,其为一种报道体裁,是“时事”的具体表达形式,并非因“时事新闻”系思想的范畴而不受著作权法保护。

“时事新闻”不属于著作权法中的表达的观点,可从以下三方面得以佐证:其一,著作权法第5条将“时事新闻”同“法律、法规,国家机关的决议、决定、命令和其他具有

[39] 参见北京市海淀区人民法院(2009)海民初字第13593号民事判决书;湖北省武汉市中级人民法院(2010)武知初字第349号民事判决书。

[40] 王迁认为,我国司法实践与英美法系国家相似,尚未见到因法院认为涉案照片的独创性程度不足而拒绝给予著作权保护的案例,大量日常生活中的普通照片都被认定为摄影作品,并受到著作权保护。参见王迁:《论〈著作权法〉中“时事新闻”的含义》,《中国版权》2014年第1期,第21页。

[41] 参见北京市海淀区人民法院(2011)海民初字第11870号民事判决书。

[42] 参见北京市第一中级人民法院(2010)一中民终字第10328号民事判决书。

立法、行政、司法性质的文件，及其官方正式译文”与“历法、通用数表、通用表格和公式”作列举式规定，除了三者皆系社会公共资源的特性之外，其皆是以“文字”“表格”等表达形式被排除在著作权的客体之外。著作权法第22条第4项将“时事性文章”作为著作权法保护的客体，而非将其规定为“时事新闻性文章”，从侧面论证了“时事新闻”所指并非为客观的“时事”，而是“时事”的表达。其二，将“时事新闻”作表达之解释，符合著作权法第5条之立法趣旨。时事新闻是对时事的单纯描述，若对同一事件报道的时事新闻的不同作者均赋予著作权，因表达的高度相似，会造成独创和抄袭的界限难以划分的后果，同时也不利于时事新闻尽快传播和公众知情权的保障。其三，根据著作权法基本理论，思想并不在著作权法的保护范围之内，受著作权法保护的应该是思想的表达。^[43]单纯的事实信息属于思想的范畴。

《著作权法实施条例》第5条与《伯尔尼公约》第2条第8项“本公约所提供的保护不得适用于日常新闻或纯报刊消息性质的社会新闻”的规定相似，均是报道性的事实信息排除在著作权的对象范围之外。那么，时事新闻通过媒体形式向社会大众传播时，所采形式是否限于文字？时事通过文字来表达，是其最常见的形式。然而，虽然通过文字新闻的形式表达“时事”更易判定其是否属于著作权法上的“时事新闻”范畴，但突破该形式局限，将表达单纯事实消息的图片纳入“时事新闻”的范畴，更具有理论和现实可能：其一，《著作权法实施条例》第5条通过“媒体报道”和“单纯”对事实消息予以限定，其关于媒体的具体种类列举了报纸、期刊、广播电台和电视台等类型，其中报纸和期刊反映时事的形式，既可以是纯文字型，又可以是文字与照片搭配型或单独照片型，而电视台则是通过文字、声音、图像等对时事予以综合表达。其二，随着现代新闻传媒的发展，“新闻”的内涵和外延亦在不断扩大，使得“时事”的表达方式呈现多元化，“时事”的表达可以是文字报道，也可以是图片报道。在现实生活中，由于图片报道时事的直观性，更是成为了一种新型的新闻形式。

照片作为某一时事的表达形式，其表达体裁主要有照片新闻、插图照片、专题照片（由多幅照片组成）和摄影特写（由单幅照片组成）等。^[44]上述四种体裁的区别在于照片在整个新闻报道中的地位不同，即照片新闻和插图照片是以文字为主，照片是新闻事实的再现与印证，通过附加照片，既能增强新闻真实性，又能增强传播效应。而专题照片和摄影特写则是以照片为主，文字部分的新闻报道不是必须的，照片可以独立传达时事的具体信息，较前两种体裁中的照片所表达的信息较多。无论何种体裁，关于判断再现某一时事的照片是否构成著作权法上的“时事新闻”的问题，皆须进一步讨论。

《著作权法实施条例》第5条和法释〔2002〕31号第16条均将“时事新闻”所反映的时事限定于“单纯的事实消息”。之所以将单纯的事实消息报道加以规定，是因为该部分消息的内容直接涉及国家、社会公众、国际社会乃至人类的经济、政治、文化和社会生活，其传播的价值就在于向社会传递某一最新近发生的事实情况。该消息资源属于社会公共资源，可为公众所自由利用。如果对于这些消息的报道新闻都赋予著作权，必然会使社会新闻的

[43] 吴汉东：《知识产权总论》，中国人民大学出版社2013年版，第13页。

[44] 蔡雯：《新闻发现、采集与表达》，中国人民大学出版社2007年版，第320页。

信息传递成本大大增加。^[45]

单纯事实消息是由时间、地点、人物、事由和事件五要素之部分或全部构成的消息，这些要素具有客观性，“时事新闻”是全部由该“五要素”组成的新闻。^[46]在“时事新闻”以文字形式对单纯事实消息进行表达时，其特点是通过简单的文字、中性的语气和平直的叙述将“五要素”的部分或全部予以表现，即对特定的事实仅说明何时、何地、何人因何故发生了何事，是一种不具有个性化的平实表达。

用简单的机械记录手段记下的关于国家、社会公众、国际社会乃至人类的政治、经济、文化与社会生活的客观现象与事实，属于著作权法不予保护的客体。然而，随着现代化新闻媒体行业竞争的日趋白热化，迫于生存的压力，加上新闻媒体人较高的职业素养，为追求独家新闻报道而防止为某些空壳媒体利用自己的新闻资源，媒体人的智力性劳动往往体现在所报道的新闻之中，使之与其他媒体机构的报道有所区别。在此情况下，纯粹的事实报道难有存在之余地，而构思独特、表达新颖的新闻报道终将成为大势所趋。在此情形下，为保障社会公共新闻资源的存在空间，就须选择合适的途径将再现时事的照片纳入到时事新闻的范畴。

关于该途径的确立，本文选择了一则颇具价值的裁判以为参考：

重庆市高级人民法院（2013）渝高法民终字第261号民事判决书指出：“时事新闻仅指特地为媒体报道而采写的单纯事实消息，因为仅是对时间、地点、人物、起因、经过、结果等新闻要素的简单排列组合，不涉及思想的表达方式，具有表达上的唯一性，属于公有领域的客观事实，不具有独创性，因此被排除在著作权法保护范围之外。由单纯事实构成的时事新闻虽然不排除图片新闻，但确实应该以文字新闻为主，因为除非新闻图片的画面为唯一性表达，否则任何图片都可以体现摄影记者独立的构思，从确定拍摄主题、设计画面、调整角度到捕捉拍摄时机等，都包含了拍摄者一系列精神创作活动，是极有可能具有独创性的。因此，在审查图片新闻的独创性时应格外审慎。另外，判断图片新闻是否为单纯事实消息并不以其所配发的文字是否为单纯事实消息为标准，而应单独审查其独创性。因为一张图片的独创性并不会因其所配文字的变化而发生任何实质性改变。”

针对该案的裁判理由，以下几点须予以说明：

1. 该案例中，在涉及到照片报道能否构成著作权法上的时事新闻时，法官采取了极为谨慎的态度。原因在于，司法实务针对摄影作品的独创性判定往往以拍摄技术的选择为标准，使得对其独创性的要求过低，大量日常生活中的普通照片被纳入了摄影作品的范畴，客观上易导致将照片报道剥离出时事新闻的范畴，不符合著作权法第5条的立法趣旨。

2. 在图文相结合的时事新闻中，应将二者作区别认定，不能以照片的形式表达事件现场的客观事实，与文字部分共同反映出事件的原貌为由，将照片与文字作整体认定。照片是否具有独创性，应依据照片表达本身是否体现拍摄者的创造性劳动进行判断。

3. 该案的裁判理由体现了合并原则在判断时事新闻中的应用，即当特定思想只有一种或者有限的几种表达方式时，思想与表达交织在一起而成为一体，因为思想不应受著作权

[45] 湖北省武汉市中级人民法院（2009）武知初字第551号民事判决书。

[46] 冯晓青：《著作权法》，法律出版社2010年版，第66页。

法保护，所以该思想的表达也不应该受到著作权法的保护。^[47] 如果一张照片同时事合并的可能性较大，且除了该照片能够准确传达这一时事之外，其他的替代表达方式几乎没有，此时应适用合并原则，不赋予该照片著作权。

该案例为判断再现时事的照片是否构成著作权法上的“时事新闻”提供了一个思路，即运用合并原则予以判断。照片与单纯事实消息合并的可能性大小的判断，应仅限于照片表达的形式，而不涉及文字、音频等其他形式。如果公众可以从某一再现时事的照片获知时事的时间、地点、人物和事件等要素，则照片与时事的合并可能性就较大，适用合并原则的可能性也就越大。但由于照片再现的是时事的静态画面，适用合并原则的空间较为有限，仍存在部分不受合并原则限制的照片报道，此时就需对照片本身的独创性进行判定。笔者认为，为保障时事新闻这一社会公共资源以及公众的知情权，应提高该类照片的独创性要求的标准，将独创性较低的再现时事照片纳入时事新闻的范畴。通过合并原则的适用以及调高再现时事类照片独创性的要求，可合理界定摄影作品与时事新闻之间的界限，实现公共利益与个人利益之间的平衡。

Abstract: Reproduced photographic works are very common in our daily life. They aim to make a precise reproduction of the object and their originality is embodied in the combined effect realized through the use of shooting angle, lighting and shadow, exposure and filter. The judicial practice of identifying the originality of reproduced photographic works on the basis of the choice of photographic technology is incorrect and therefore should be rectified. The identification of the originality of reproduced photographic works should be based on whether the reproduced photographic work has expressed more information than the object itself. The replication factor has a bigger impact on the process of identification of the originality of reproduced photographic work. In deciding whether the photographic reproduction of a three-dimensional art work should be granted copyright, the judge should take into consideration both the originality and the competitiveness of the replication. Photographic reproductions made automatically by a machine that reflect no intellectual creation should not be granted copyright, whereas those reflecting creative expression can be granted copyright. When a photographer reproduces the scene of a current affair, the form of expression created through the simple permutation and combination of some or all elements of pure facts should include the photographic report. The boundary between photographic work and report on current affairs can be reasonably defined through the application of the merger principle and the raising of the originality requirement for photographic reproduction of current affairs.

Key Words: reproduced photographic works, originality, variant replication, current affairs

[47] 卢海君：《著作权法中不受保护的“时事新闻”》，《政法论坛》2014年第6期，第52页。