

论著作权法中作者经济权利的重塑

——以比较和实践为视角

刘银良

内容提要：在著作权法中，作者经济权利体系的构建有分解和概括两种模式，它们分别以德国著作权法和法国知识产权法为典型，美国和英国版权法介于中间位置，即在分解基础上适当概括，优点是逻辑清晰，体系简洁。我国2001年著作权法修订案主要采取分解模式，为作者规定十余项经济权利，但俨然密织的权利体系却有疏漏，故有重塑之必要。建议著作权法赋予作者复制权、发行权、演绎权、表演权和传播权，由此构建疏而不漏的作者经济权利体系。

关键词：著作权 经济权利 财产权

我国《著作权法》于1990年颁布，其后虽分别经2001年和2010年两次修订，但总体来说仍属粗放型立法。现行《著作权法》第10条赋予作者十几项经济权利（财产权），显示我国著作权立法基本采取分解模式，即针对作品每种使用方式尽量设置有针对性的“单项列举式”权利予以控制。^①然而著作权管理和司法实践却证明过度的分解模式在现实中未必能够产生最佳效果。技术和社会日新月异，法律的制定终究难以追及和涵盖所有现实可能性，过于细化的单项权利设置反而可能导致立法疏漏，为著作权执法和司法带来不确定性。

基于著作权法理论和实践，本文通过比较和实践的视角，探讨我国著作权法规定的作者经济权利体系的合理性及其完善。本文涉及的法律文本除我国《著作权法》外，还包括《保护文学作品伯尔尼公约》、《与贸易相关的知识产权协议》（TRIPS）、《世界知识产权组织版权条约》（WCT）、《世界知识产权组织表演和录音

制品条约》（WPPT）、英国版权法、美国版权法、德国著作权和邻接权法（以下简称“德国著作权法”）和法国知识产权法典。

一、分解还是概括：方法论的选择

就作者的经济权利设置而言，是采取分解模式还是概括模式，各国立法者见仁见智，各国著作权法（或版权法）也因而呈现多样化特点。从方法论视角看，分解模式试图为作品的每一种使用方式设置一项专门权利，以约束相应侵权行为，而概括模式则通过适度的分解和综合为作者设置相应权项。相应地，分解模式多使用相对具体的条件界定每项权利所控制的行为，而概括模式一般采取宽泛界定加具体列举形式。比较而言，德国著作权法属分解模式的典型，法国知识产权法（典）则属概括模式的代表（见第二部分）。

应当理解，分解模式与概括模式的区分仅有相对含义，因为两者之间必有交叉或重叠，这可表现为在分解模式中会有适当概括（如对著作权

作者简介：刘银良，北京大学法学院知识产权学院副教授、法学博士

^① 参见胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，法律出版社2002年版，第45页。

内容的概括式界定^②),而在概括模式中 also 需采取分解方法(如对具体行为的列举^③)。从法律实施(包括执法和司法)角度看,具体的权利设置可能有利于侵权判定和提高实施效率,例如在我国著作权法专门设置信息网络传播权后,著作权管理部门和法院就可方便地判断在互联网环境下使用作品的行为是否构成侵权。但另一方面,技术和社会不断变化所导致的现实复杂性又要求权利设置应适度概括,以涵盖立法者未曾或未能预见的情形,从而在保证法律实施效率的同时,又能避免朝令夕改,削弱法律的稳定性。综合两方面加以审视,就可体会立法者和研究者在设置或讨论著作权诸权利时的踌躇心理,也可理解在作者权利体系构建中为何多采取分解与概括相结合的模式。

分解与概括模式的结合在《伯尔尼公约》和多国立法中均有体现,立法者会视需要单独使用一种模式,或结合使用两种模式,这已成为著作权立法的基本策略之一。例如《伯尔尼公约》对于作品的界定与排除,以及对于著作权合理使用情形的限定,都体现出明显的分解与概括结合的原则。^④在我国著作权法中也同样有该策略的应用,较为典型者如《著作权法》第3条关于作品的规定:它首先概括地解释何为作品,然后分解列举8类作品,最后附加开放式条款,从而构成对作品的完整界定。但也有不完善的规定,如《著作权法》第22条规定了合理使用制度,基本采取分解模式,具体列举了12种行为,规定这些情形下的作品使用行为属合理使用,但使用者应尊重作者的精神权利,并不得侵犯作者的其他权利。这些要求虽与《伯尔尼公约》、WCT、WPPT和TRIPS规定的“三要素”,即特定情形、不与作品正当使用冲突、不得不合理地损及著作权人的合法权益基本一致,^⑤但却没有以概括模式给出,而仅规定为所列具体行为的附加要求,使我国的著作权合理使用制度呈封闭式规定,这不

利于公共利益的维护。

无论是分解模式还是概括模式,立法者都应注意避免不必要的权利设置和多余的概念引入,以保证权利体系简洁和逻辑清晰,减少甚至消除理解的歧义,以免无端增加实施成本和为著作权制度运行带来消极影响。此可理解为奥卡姆剃刀理论所称“若无必要,勿增实体”准则在著作权体系建设中的含义。

二、作者经济权利体系的设置:比较的视角

在著作权公约(条约)中,《伯尔尼公约》于1886年通过,迄今已逾百年,其现行巴黎文本也形成于40多年前,仅依靠该公约规定的著作权体系已难以满足现代社会需求,因此人们需结合WCT、WPPT和TRIPS并参照多国立法,才可理解为当今国际社会普遍接受的作者经济权利体系。

《伯尔尼公约》针对不同作品类别,分别设置了多项经济权利,包括复制权、表演权(包括朗诵权)、广播权、演绎权(包括改编权、翻译权和摄制电影权),以及针对艺术作品或手稿的再销售获酬权(追续权)。^⑥以现代著作权制度视角看,该经济权利体系有不完善之处,这反映了公约的时代局限。在其基础上,尤其为保护数字环境下的作品传播,WCT补充规定了发行权、出租权和向公众传播权,在公约层次使作者权利体系趋于完整。^⑦在公约框架下,各成员国国内法都为作者提供了相应的权利保护,但仍坚持各自立法传统。

法国是《伯尔尼公约》的主要发起国之一,其作者权立法曾在世界独具特色。法国知识产权法把作者的经济权利(财产权)分为复制权和表演权两大类。“复制”包括通过任何方法固定作品,使其可通过非直接方式向公众传播,形式包括印刷、绘制、雕刻、摄影、铸造,或使用所有绘图或雕塑艺术方法以及机械的、电影的或电

^② See Germany Law on Copyright and Neighboring Rights (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2008, “Germany Copyright Law”), Section 11.

^③ See French Intellectual Property Code (Code de la propriété intellectuelle, 2010, “French IP Code”), Articles L122-2. L122-3.

^④ See Berne Convention, Articles 2, 2bis, 9, 10, 10bis.

^⑤ See Berne Convention, Article 9(2); WCT, Article 10; WPPT, Article 16; TRIPS, Article 13.

^⑥ See Berne Convention, Articles 8-14ter.

^⑦ See WCT, Articles 6-8.

磁录制方法完成的复制；如果是建筑作品，复制还包括重复实施设计图或标准规划图。^⑧“表演”包括以任何方法向公众传播作品，特别是：

(1) 公开朗诵、演奏音乐、表演戏剧、公开演出、公开放映和在公共场所播送远程传送的作品；(2) 远程传送(télédiffusion)，即通过任何传输声音、图像、文件、数据或信息的电信方法传播作品。向卫星发射信号也属表演。^⑨可见，在法国知识产权法框架下，复制和表演的含义均极为宽泛：复制不仅包括上述各种形式的复制，还包括对作品的演绎，如翻译、改编、转换和排列等；^⑩表演不仅包括现场表演，还包括一切形式的机械表演，即利用各种技术手段对于现场表演的传播或再现，如展览、放映、卫星传播等。可以说，法国为作者设置的经济权利体系极为概括，是概括模式的典型立法例。

德国《著作权法》第15条针对固定作品的物质形式和非物质形式，首先概括地规定了作者可享有的经济权利，然后用多个条款分别规定了各权利的具体内容。针对物质形式，如图书、绘画或DVD，作者享有的权利包括复制权(第16条)、发行权(第17条)和展览权(第18条)。针对非物质形式，如表演、广播信号和互联网信息等，作者享有控制其向公众传播(或称“公开再现”^⑪)的权利，具体包括：公开朗诵权、表演权、放映权(第19条)、向公众传播权(Recht der öffentlichen Zugänglichmachung，或称“公共传播权”^⑫，其实是信息网络传播权，第19a条)、广播权(控制广播、卫星广播和有线转播的权利，第20、20a、20b条)、音像制品传播权(控制利用音像制品向公众传播朗诵或表演的权利，第21条)、广播和向公众传播的传播权(或称“广播和公共传播再现权”^⑬，第22条)。此外，作者还享有

改编权(即改编或转换原作品以创作新作品的权利，第23条)以及接触作品权(第25条)、追续权(第26条)和公共借阅获酬权(第27条)。^⑭可见德国著作权法为作者设置的经济权利体系极为严谨和复杂，是分解模式的典型立法例。^⑮

英国是版权体系的创始国，其现行版权法基本规定了6种经济权利，分别控制下列行为：

(1) 复制，包括在有形载体上的复制、电子复制、二维和三维间的复制；(2) 发行，即向公众提供作品复制件；(3) 出租，该行为除涉及电影作品和录音制品外，还可涉及文学、戏剧、音乐、艺术作品等；(4) 公开表演，包括现场表演和机械表演(放映可被纳入机械表演中)；(5) 向公众传播，包括广播和信息网络传播；(6) 改编，包括翻译、把其他作品改编为戏剧或把戏剧改编为其他作品、软件改编等。与各权利相对应，英国版权法同时规定了各种侵权行为。^⑯如果把出租权纳入发行权范畴，则英国版权法主要为作者规定了5种权利，即复制权、发行权、表演权、向公众传播权和改编(演绎)权，显然具有逻辑清晰、体系完整的优点。澳大利亚版权法的规定与英国基本相同，赋予作者6种权利，分别是复制权、出版权(包括复制和发行)、表演权、向公众传播权、改编权和出租权。^⑰

美国版权法为作者设置了一系列经济权利：

(1) 复制权，即复制版权作品为复制件(或录音制品)的权利；(2) 演绎权，即基于版权作品创作演绎作品的权利；(3) 发行权，即通过销售或其他转移所有权的形式，或者通过出租，把制作的版权作品复制件向公众发行的权利；(4) 公开表演权，包括现场表演和机械表演，涉及的作品类型包括文学、音乐、戏剧、舞蹈、哑剧、电影或其他视听作品；(5) 公开展

⑧ See French IP Code, Article L 122-3.

⑨ See French IP Code, Article L 122-2. 也可参见李明德、许超：《著作权法》，法律出版社2003年版，第85~86页。

⑩ See French IP Code, Article L 122-4.

⑪ 参见[德]雷炳德：《著作权法》，张恩民译，法律出版社2005年版，第222~223页。

⑫ 参见雷炳德，同注释⑪，第243~244页。

⑬ 参见雷炳德，同注释⑪，第251~252页。

⑭ See Germany Copyright Law, Articles 15-23, 25-27.

⑮ 我国具有留德经历的学者曾借鉴德国著作权法的分类模式，对我国作者应享有的经济权利(财产权)给予解释和建议。参见韦之：《著作权法原理》，北京大学出版社1998年版，第63~73页。

⑯ See UK Copyright, Designs and Patents Act 1988 (“UK Copyright Act”, last amended 2003), Articles 16-21.

⑰ See Australian Copyright Act 1968 (updated 2005), Article 31.

示 (display) 权, 即公开展示作品或表演, 涉及作品类型, 包括文学、音乐、戏剧、舞蹈、哑剧以及绘画、图形或雕塑作品、电影作品或其他视听作品中的单独镜头; (6) 录音制品的数字化表演权, 即利用数字方式公开表演版权作品的权利。¹⁸在这些权利中, 公开展示在实质上可归于表演, 如美国《版权法》第101条在定义“公开”时就把表演与展示结合起来加以规定, 数字化表演也可纳入表演范畴。因此美国版权法主要为权利人规定了4种权利, 分别是复制权、演绎权、发行权和表演权, 也有逻辑清晰的优点。至于信息网络中的作品复制与传播, 可视具体情况分别由复制权、发行权、表演权 (或展示权) 中的一种或几种加以控制。¹⁹

综上可知, 关于作者经济权利的设置, 在《伯尔尼公约》和WCT框架下, 法国和德国分别是概括模式和分解模式的典型, 而英美两国处于中间位置, 各有特色。然而, 法国的体系过于概括 (仅规定复制和表演两束权利), 德国的体系过于繁琐 (共设置十几项权利), 从而使权利体系缺乏简洁性。比较而言, 英国和美国版权法规定的权利体系逻辑清晰, 体系简洁, 其中尤以英国的权利体系更值得借鉴。

三、作者经济权利的选择: 基于实践视角的再论证

基于以上对分属于作者权利体系和版权体系的法德英美诸国的经济权利体系考察, 可知各国对作者经济权利的规定, 虽然各自模式不同, 但其实际效果基本一致——皆要控制应用作品的重要方式, 即作品的复制、发行、演绎、表演与传播。

复制是最基本的作品利用方式, 著作权的基本含义就是制止他人未经许可 (也无法定理由) 复制其作品。随着技术进步, 尤其是电磁技术、数字技术和互联网技术的发展, 作品复制愈加容易, 方式越来越多样化。但无论技术怎样发展, 对于作者的著作权而言, 其基本涵义保持不变,

即维护作品免受无端复制。并且, 复制并不限于完全或原样复制, 也可意指部分复制或实质地利用他人作品, 因此作品的演绎与表演也可被纳入广义的复制范畴。²⁰总之, 在著作权法框架内, 复制的范畴可以极为广泛, 而且复制权不仅是作者最重要的经济权利, 也是其最基础的、兜底的、权利保护形式; 当其他权利难以承载作者的正当权益时, 复制权总可以作为其著作权的最后保障, 维护作者的合法权益。基于其重要性, 无论是国际公约还是各国著作权法, 都把复制权设置为最重要的不可缺少的权利。

固定在有形载体上的作品被复制后, 形成的复制件以有偿或无偿方式向公众提供, 是作品服务社会的重要途径, 也是实现作者及出版者经济利益的重要方式。《伯尔尼公约》没有明确规定发行权, 后由WCT补充。一般认为, 发行 (distribution) 仅指对于作品有形载体如图书、DVD或电影拷贝的出售或赠与, 仅涉及有形物, WCT也明确说明发行的客体仅指作为有形物的原件或复制件。²¹但随着数字技术和互联网技术的发展, 已出现“网络发行”行为, 即作者或其他权利人通过在线形式向公众 (网络用户) 免费或有偿提供作品, 用户可按要求访问某网址并下载作品至其电脑终端, 即可获得该作品复制件。此过程并未涉及到有形图书或DVD的出售或赠与, 但却实质地完成了“发行”过程, 即用户在其电脑 (或其他存储介质) 中已得到该作品“有形的”电子复制件——因为此时该作品已被复制到计算机存储介质上, 它与通过销售、邮寄或其他形式发行的发行物并无不同。²²应当认识到, 通过互联网发行数字形式的作品, 正在成为一种值得提倡和重视的作品发行形式, 它既能够广泛服务于社会公众, 又能够省略中间交易环节和物流过程, 大大降低作品发行成本, 还可减少纸张等有形载体物质的消耗, 有益于环境保护。

相应地, 立法者和研究者也应放宽视野, 摈弃陈见, 考虑把数字作品的传播和复制 (在客户端完成) 吸纳入“发行”范畴。事实上, 美国

¹⁸ See 17 USC 106.

¹⁹ 参见李明德: 《美国知识产权法》, 法律出版社2003年版, 第236~240页; 李明德、许超: 同注释⑨, 第105页。

²⁰ 参见李明德、许超: 同注释⑨, 第86~88页。

²¹ See WCT, Article 6 and note 5.

²² See US Information Infrastructure Task Force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, 1995, p. 216.

曾在《知识产权与国家信息基础设施》报告中讨论过此可能性。它认为作品通过互联网传播,其过程相当于复制与发行的结合,从而既可由发行权予以控制,也可同时由复制权和发行权加以控制。^②这种开放性的发行概念,显然能够以直接、经济的方式解决跨越不同技术时代的利益冲突。

演绎作品(derivative works)也称派生作品,是指在原作品基础上通过再创作形成的新作品。演绎作品既保留了原作品的内在特点,又被演绎作者赋予新的独创性内容,相应地,演绎者可就其独创性部分享有著作权,但同时又需尊重原作品作者的著作权。作品的演绎方式多种多样,包括改编、汇编、翻译、摄制电影以及转换、重排、注释、整理等(甚至如下所述也可把表演视为对作品的演绎)。现实生活中的很多作品,其中包括对于人们的文化生活具有较大影响的影视作品,基本属演绎作品,此外还有外国作品翻译和音乐作品改编等重要的演绎形式。演绎作为一种重要的作品利用形式,理应得到专门权利保护,为此《伯尔尼公约》规定了多种作品演绎方式,英国版权法和美国版权法更是如此(英国版权法称为改编)。^③与之相比较,德国著作权法中关于作品演绎(改编)的内容较少,法国则把演绎归入复制范畴。^④考虑到演绎对于文化建设和著作权制度的重要性,赋予作者专门的演绎权是必要的,也有利于维护原作者和演绎作者之间的利益平衡。

表演(performance)是展示和传播作品的重要途径,形式可包括作品的公开朗诵、演奏、演唱、表演以及对现场表演的播送、放映和再传播。表演者通过表演作品,把作品的思想或情感生动地演绎出来,赋予其艺术感染力,使作品为人们喜闻乐见并得以广泛传播。因此在广泛的含义上,既可以把表演理解为对作品的演绎,又可以把它理解为对作品的传播。但无论如何,表演都具有相对独立性,并且它还涉及愈加重要的演

艺产业,因此为作者设置专门的表演权具有必要性。《伯尔尼公约》和各国著作权法均规定了涵盖范围广泛的表演权,使之不仅包括现场表演,也包括机械表演,即利用机器设备向公众传播表演,法国甚至把广播、信息网络传播和电影放映都归为机械表演,德国著作权法则规定了公开朗诵权、表演权以及表演的音像制品传播权。^⑤

传播(communication)意指把作品以各种方式向公众传播,包括广播、放映、展览和信息网络传播等。如上所述,也可把表演归入广义的传播范畴,因为无论是现场表演还是机械表演,都属对作品的传播,这意味着作品的表演与传播在实质上难以区分。法国把传播纳入表演予以控制,美国也把传播纳入表演(包括数字表演)或展示范畴。德国与其相反,它是把表演纳入传播加以控制:针对作品的非物质形式,德国著作权法规定了内容广泛的传播权,包括朗诵权、表演权、放映权、广播权、对公众传播(信息网络传播)权、音像制品传播权、广播与对公众传播的再现权等。^⑥与它们相比较,英国版权法采取中间道路,兼具两者,同时规定了表演权和传播权,其中表演权控制作品的表演和放映,传播权控制作品的广播和信息网络传播等。^⑦就此而言,英国的立法属于适度分解模式,便利在著作权管理和司法实践中掌握。

综上,作品的主要利用方式包括复制、发行、演绎、表演和传播——如果辅以适当的扩展性解释,它们几乎涵盖所有作品利用形式和环节。因此,赋予作者相应的复制权、发行权、演绎权、表演权和传播权,就能够全面维护作者就其作品所应享有的经济权益。这既是比较研究上述诸国著作权法的结论,也是基于实践视角的论证结果。

四、我国著作权法关于作者经济权利的规定:争议与问题

《著作权法》第10条规定了作者的经济权

^② See US Information Infrastructure Task Force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, 1995, pp. 213-217. 也可参见李明德,同注释①,第237页。

^③ See Berne Convention, Articles 12, 14; UK Copyright Act, Section 21; 17 USC 101 (Definitions - "derivative works"); 106(2).

^④ See Germany Copyright Law, Article 23; French IP Code, Article L 122-4.

^⑤ See French IP Code, Article L122-2; Germany Copyright Law, Sections 15(2), 19, 21.

^⑥ See Germany Copyright Law, Sections 15(2), 18-22.

^⑦ See UK Copyright Act, Sections 16(1)(c)-(d), 19, 20.

利(财产权)。1990年的著作权法赋予作者概括式的“使用权和获得报酬权”,即“以复制、表演、播放、展览、发行、摄制电影、电视、录像或者改编、翻译、注释、编辑等方式使用作品的权利”,以及“许可他人以上述方式使用作品,并由此获得报酬的权利”。²⁹可见它当时采取的是概括模式,即概括性地赋予作者针对其作品的使用权和获酬权,以控制作品的使用和保障作者的经济收益。2001年著作权法修订案基本参照《伯尔尼公约》和WCT,也借鉴了其他国家或地区(尤其是德国、日本和我国台湾地区)的相关做法,采取分解模式,为作者设置12项经济权利,包括复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权和汇编权,再加上开放式权利即“应由著作权人享有的其他权利”。这些权项俨然构成周密的作者经济权利体系(2010年著作权法修正案对此未加修订)。

如此密织的作者经济权利体系,其实践效果如何?如上所述,虽然在理论上经过分解的权项可能有利于当事人和法院就某种行为是否侵犯某项著作权做出判断,但现实的复杂性远非立法者所能全部预见或掌握,立法一般滞后于社会实践,过于细分且互相隔离的著作权权项反而可能导致权利体系不周延,使之不能覆盖和延及所有可能情形,从而造成司法疏漏和争议。举例来说,针对我国著作权法关于信息网络传播权和广播权的设置和界定就存在较多分歧。

信息网络传播权来源于WCT第8条——它为作者设置了一项范围广泛的“向公众传播权”(Right of Communication to the Public),可覆盖广播、有线广播和交互式的信息网络传播。该条规定,在不影响《伯尔尼公约》规定的机械表演权和广播权等前提下,文学或艺术作品的作者应享有通过有线或无线方式向公众传播作品的权利,其中包括向公众提供作品(making available to the public of works),使其能够在个人选定的地点和时间获取作品。显然,信息网络传播方式能够保证公众在一定程度上主动

获取作品,因为只要作品存在于对公众开放的互联网上,且没有技术限制,公众就可不受地点或时间限制,在任何时间登陆其网址获取作品。这与观众只能被动接受传统的广播节目不同,因此至少在表面上看来信息网络传播与传统的广播有所差异。在我国细分的著作权体系下,两种传播权彼此平行,对于权利体系本身来说并非缺陷,但正如上述,过于细化的权利设置却可能带来法律疏漏,引发争议。

由宁波成功多媒体通信公司与北京时越网络技术公司侵犯著作权纠纷案引发的争论就是其中的典型。在本案中,系争主要问题是被告时越公司向公众提供定时、定集在线播放多集电视连续剧《奋斗》的服务是否属著作权法规定的信息网络传播行为。被告辩称,观众只能按其播放进度观赏定时播放的那一集电视剧,却不能在其选定的时间欣赏该作品的全部或任意部分,因此其行为不属于信息网络传播。海淀法院认为,只要网络用户通过网络在其个人选定的时间可以获得涉案作品的部分内容,相关行为就落入信息网络传播范畴,因为法律并未规定公众一定要在选定的时间获得作品的全部或任意部分,相关行为才可构成侵犯信息网络传播权,上诉法院对此予以认可。³⁰然而该判决却受到研究者的严厉批评。研究者认为,法院误解了信息网络传播,没有理解其固有的交互性特点,如果依照法院的逻辑,广播权与信息网络传播权之间的界限将“荡然无存”;被告的行为既不侵犯信息网络传播权,也不侵犯放映权,因为放映权仅能控制现场放映,不能控制利用互联网的远程播放。³¹

本案被告的定时、定集播放行为是否可归为信息网络传播呢?如上述,在WCT框架下,信息网络传播权和广播权都属概括性的“向公众传播权”下的权项,可分别控制作品的信息网络传播和广播。广播的基本过程为:广播组织播放;观众(或听众)被动接受,需要根据广播组织的节目安排调整收看时间。从这点看,广播组织掌握着广播的主动性,处于支配地位,观众处于被动地位。与之相比较,信息网络传播过程看似不

²⁹ 《著作权法》(1990年9月7日发布、1991年6月1日实施)第10条。

³⁰ 参见“北京时越网络技术有限公司与宁波成功多媒体通信有限公司侵犯著作权纠纷上诉案”,北京市第一中级人民法院(2008)一中民终字第5314号民事判决书。

³¹ 王迁:《论“信息网络传播权”的含义:兼评“成功多媒体案诉时越公司案”》,载《法律适用》2008年第12期,第64~67页;王迁:《我国〈著作权法〉中“广播权”与“信息网络传播权”的重构》,载《重庆工学院学报(社会科学)》2008年第9期,第23~28页。

同：只要网络经营者把作品置于互联网上，又不施以技术措施限制，则人们（网络用户）可在其个人选定的时间和地点获取作品。该过程看似一种交互式传播或“按需”传播，用户具有主动地位，^②但若进一步探究就可发现，在此种传播形式下，用户仍处于被动地位，他所能够获取的作品仍依赖网络经营者提供，并且他也可能需要满足网络经营者附加的条件，如在他能够在线欣赏一部电影或一集电视剧前就不得不看完经营者附加的广告短片，并且无从控制或避开（除非把视线移开），如搜狐电视剧频道（tv.sohu.com）所设置的那样。换言之，用户在网络上能够获取的作品，仅限经营者事先上载到网络的作品，而经营者可随时撤回、删除或更改其上载的作品。网络用户的所谓主动性，在很大程度上仍受制于网络经营者，他并没有成为与后者具有同等地位的主体。从这一角度看，信息网络传播权和广播权并无本质不同，它们都属于著作权人控制其作品向公众传播的权利。

因此，行为人未经权利人许可，把其作品上载于互联网，使之持续处于向公众提供的状态，其行为就可构成侵犯信息网络传播权——该行为的要点在于它是否持续向公众提供作品，从而使之能够在其个人选定的时间和地点获取作品（即使只是作品的一部分）：前者即持续提供作品的行为是原因，后者即网络用户获取作品的行为是结果，不宜倒果为因，混淆两者的逻辑，过于强调仅处于次要地位的“交互性”，否则就可能属于机械的法律解释。如果依据批评者的逻辑，搜狐电视剧频道的行为在（非定时）播放电视剧时是信息网络传播行为，而在每集间隙播放广告的行为却属于广播行为，就显得过于教条。再如某些在线文库经营者未经作者许可向公众提供其论文或图书的部分内容（待用户注册或交费后再提供全部内容），未注册的一般公众无论何时何地登陆其网址，都仅能看到作品的部分内容，如果依据本案例中海淀法院的理由，该行为已构成侵犯信息网络传播权，而如果依据批评者的逻辑则未必构成，因为公众不能依其个性化的需求获得作

品全部或任意部分的内容——显然此结论是不合适的。

此外还涉及放映权的认定。针对涉案行为，有法官认为可由放映权予以规制，但批评者不予认可，认为参照德国著作权法的规定，放映权仅能控制现场放映，并引述著作权立法参与者的解释加以证明。^③德国《著作权法》第19条（4）款确实规定放映权不包括通过广播向公众传播相关作品，但就本案而言，引述德国著作权法的限制性规定来论证我国著作权法中放映权的范围，并无太大意义——他人也可引用美国版权法的规定得出相反结论：在美国，表演权或展示（展览）权可涵盖通过互联网的放映，相关行为未经许可即构成侵权。^④回归到我国著作权法，放映权被界定为通过放映机、幻灯机等技术设备公开再现美术、摄影、电影作品等的权利，其中仅涉及“技术设备”和“公开再现作品”两要件，从中看不到“现场放映”的局限和“远程放映”的禁忌。

事实上，关于信息网络传播权、广播权、放映权以及相关的表演权或演绎权等，在著作权管理和司法实践中都存在不同程度的争论。争论者常关注不同的技术术语或细节，对其字斟句酌，如广播的无线或有线、信息网络的交互与非交互、放映的现场与远程等。这在显示相关讨论已非常专业化之余，也显露出我国著作权法过于细化的分解模式的弊端。若考虑到讨论参与者的“精英”身份，包括立法参与者、司法者和研究者，就可推知著作权法设置的经济权利体系在社会实践中所可能带来的不确定性，因为即使在知识产权专业领域的法官和学者之间，针对一种行为是否属信息网络传播，都存在针锋相对的意见，那么对于仅有普通法律知识或著作权知识的普通民众或版权产业经营者来说，相关知识的复杂性和侵权与否的判断又何其艰深与艰难！技术或稍有不同，过程或稍微有异，作品数量或有多少，所侵犯的权利就可能大相径庭。如果立法模式走到这样的境界，就可能曲高和寡，真正脱离了社会现实，也会由此损及著作权制度的正当性。因为与此

^② 参见雷炳德：同注释①，第248页。

^③ 参见姚红主编：《中华人民共和国著作权法释解》，群众出版社2001年版，第95页。转引自王迁：《我国〈著作权法〉中“广播权”与“信息网络传播权”的重构》，载《重庆工学院学报（社会科学）》2008年第9期，第24页注释③、第26页注释①。也可参见胡康生：同注释①，第53页。

^④ See 17 USC 101 “Definitions - To perform or display a work ‘publicly’”. 也可参见李明德：同注释①，第239~240页。

相关的,将是法律实施的不确定性,以及著作权法普法的困难和著作权制度运行成本的增高。

此外,对著作权法因过于细化(和立法技术欠缺)所导致的立法疏漏,立法参与者主张在开放式权利中加以弥补,包括注释权、整理权、有线广播或传播权、制作录音制品权、按照设计图建造作品权等。^⑤然而这种做法除可能有违著作权法定的基本原则外,还与著作权法采取的分解模式不协调:立法者在各项具体经济权利的设置中尽量地使其范围确定,因而使其缺乏适当的包容性或概括性,但却在理应“谦抑”(为贯彻著作权法定原则)的开放式权项中,补充规定多种额外的权利——这看似无奈的补救性举动,其实正反映了过于细化的分解模式的弊端。

五、结论与建议

在以上比较和论证的基础上,本文认为,我国著作权法虽然为作者规定了十余项经济权利,但却没能产生期待的立法效果,反而带来著作权管理和司法实践中的争论和不确定性。究其原因,仍在于我国著作权法立法研究和立法技术的不足,没能对著作权体系做融会贯通的理解,反而机械地参照了《伯尔尼公约》等规定,并较多地借鉴了德国的著作权法^⑥,采取了过于细化的分解模式,因而导致作者经济权利体系看似密织

却有疏漏,因此有必要加以修订完善。

关于作者经济权利体系的重塑,建议在《伯尔尼公约》、WCT和TRIPS等框架下,在尊重现有传统的基础上,借鉴英国等版权法国家的适度概括模式,对权利做适当分解即可,不宜追求越细化越好的目标。具体而言,著作权法可赋予作者如下经济权利:1.复制权,即以任何方式复制作品的权利,包括数字复制;2.发行权,即把作品原件或复制件(包括数字复制件)向公众提供的权利;3.演绎权,即以任何方式演绎原作品产生新作品的权利,包括改编、翻译、汇编、摄制电影等;4.表演权,即公开表演作品以及利用任何方式向公众传播作品的表演的权利;5.传播权,即通过任何方式向公众传播作品的权利,包括广播和信息网络传播等。

就上述诸权利而言,在发行权与传播权、表演权与演绎权、表演权与传播权之间或有交叉,而复制权作为作者的兜底性权利,也可与其他权利有所交叉。为弥补时代发展所可能带来的立法疏漏,还可补充开放式权利,即应由著作权人享有的其他权利。如此则可构建看似概括但却疏而不漏的作者经济权利体系,从而有助于维护著作权制度的合理性和科学性,有利于其运行和制度目标的实现。■

^⑤ 参见胡康生:同注释①,第61~66页。

^⑥ 如学者认为,就作品与制品的分界而言,“德国的模式”就是我国著作权法的模式。参见韦之:《知识产权论》,知识产权出版社2001年版,第219~220页。