

百尺竿头，何不更进一步？

——评著作权法第三次修改

刘银良

内容提要：我国著作权法第三次修改引发社会广泛关注，相关理论问题和具体规定需要深入辨析。利益平衡理论虽然被广泛应用于论证各方面的问题，但它仅属一种抽象的论证原则。互联网技术在促进作品快速传播的同时，也使著作权制度的溢出效应显著放大。数字传播时代的到来督促人们修改源自机械传播时代的著作权法规定。在概念、逻辑、语言、作品界定、权属、权项设置、著作权限制与集体管理等方面，著作权法修改草案均有进一步完善的必要，以促进著作权法更上层楼，成为我国著作权制度的良好支撑。

关键词：著作权 第三次修改 知识产权

Abstract: The third revision of the Copyright Law of China attracts extensive social attentions recently and the relevant theoretic issues and provisions need further exploration. Though being used to justify many aspects of the copyright law, the balance of interests theory is just an abstract rule or principle by itself. The internet technology, while enhancing transmission of the works to a rather high degree, enlarges obviously the effect of spillovers for the copyright system. The arrival of the digital communication time necessitates and promotes modification of the copyright law originated in the time of mechanics communication. This revision of the copyright law needs modifications in aspects of concepts, logic, language, copyrightable works, copyright attribution, limitations, and collective management of copyright, for a better copyright law, including both a legal text and a legal system.

Key Words: copyright; third revision; intellectual property

著作权法，正像它的出台比任何一部知识产权法都要困难，都要付出更多的艰辛一样，它出台后再向前迈进每一步，也都会比任何一部知识产权法（甚至可以说比任何一部其他民事领域的单行法）都要困难，都要付出更多的艰辛。

——郑成思^①

一、为什么著作权法修改牵动全社会神经？

在现代知识产权体系中，著作权制度最为繁杂，涉及多样化的法律关系和利益冲突。就法律的制定或修改而言，激励发明人创新、为社会贡献其聪明才智的专利法主要关注如何代表社会与智力成果创造者订立合理的契约，包括为何种发明授予专利、授予何种权利以及针对侵权行为赋予何种法律救济。在此立法或修法的讨价还价

中，潜在的侵权人和一般消费者始终处于被动地位，基本没有参与的可能，大学和科研机构等可能的合理使用者也被限定在侵权例外的有限情形中。商标法旨在维护诚实经营的商业逻辑，保护经营者在为消费者提供优质产品或服务、获取正当利益的同时，也使其商誉在商标中累积，品牌价值得到提升。虽然在理论上说，商标制度越完善，消费者越能够最终受益，但在其立法及修法实践中，消费者并无有效的参与空间，更遑论潜在的商标侵权者。究其原因，无论是专利制度还是商标制度，它们所意图促进的知识财产权体系，最终都是通过产品服务于社会，消费者所关注的也主要是具有良好性价比的具体产品，而非寓于其中的专利或附于其上的商标（当然好的品牌能够直接标示产品或服务的质量或价值，满足一部分消费者的心理需求），因此在专利法和商

作者简介：刘银良，北京大学法学院教授

^① 郑成思：《从“入世”及法学研究角度透视著作权法和商标法的修改》，载《人民法院报》2001年11月4日第3版。

标法等修改中，一般民众并无太多参与热情，产业界也主要是从如何利用该制度促进科技创新与产业发展的角度予以关注。

与之相比较，著作权法遵循完全不同的逻辑。从消费者（读者）角度言之，他们所关注的主要是体现在图书、报刊、音像、广播信号、数字网络等载体上的作品，而非其纸质、电磁、数字或其他载体（可能建筑作品和实用艺术作品属例外）——载体只是实现作品从作者到读者传递的工具，它通常由传播者掌控，属于传播者提供的产品或服务。作者创作作品，是著作权的源泉，读者的支持构成作品创作的部分动力，传播者在二者之间架起沟通桥梁。作者、传播者与读者，分别对应着作品的创作、传播和阅读（欣赏），由此构成完整的著作权消费链条，三者缺一不可。该消费链条继而推动版权产业发展，其中任何一类主体得到削弱，都会影响著作权制度的功能与效率，不利于版权产业发展和文化建设。并且，三者的角色也处于不断变动中，作者可以同时是其他作者作品的读者，而读者也可能是新作品的作者，而在网络技术飞速发展的时代，作者又可以成为其作品的传播者（利用如“自媒体”等技术）。这些复杂而交叉的法律关系，连同广泛存在的私权与公共利益冲突、产业发展与文化建设冲突、时刻在发展的技术与法律稳定性的冲突等，就导致著作权制度的高度复杂性，远比工业产权制度为甚。

由此可理解，第三次著作权法修改自2011年7月启动以来就为社会各界所关注。随着国家版权局于2012年3月公布《著作权法修改草案》（第一稿），相关问题更是牵动全社会神经，引发人们激烈讨论，参与者包括作者、表演者、出版者、广播组织、唱片制作者、互联网服务提供者与读者等各类群体。公共媒体除本身属身涉其中的主体外，也作为公共言论平台（包括博客、微博等自媒体）推波助澜。人们踊跃参与修法活动，为之贡献时间与精力，这在昭示立法民主化的同时，也显示著作权法修改实在是关系到现代社会的芸芸众生。从法律运行视角观之，法律所涉各利益方主动参与立法或修法进程，其实是著作权法律制度建设与运行的良好前提——如果人

们对一种法律制度漠不关心，或者试图加以回避，它就难以成为健康的社会制度。

由于所涉利益主体多元，法律关系复杂，累积的矛盾与冲突丛生，著作权法的每次修改均呈艰难局面，远超专利法或商标法的修改（第三次商标法修改曾迟滞不前的主要原因在于主要起草者过于囿于部门利益）。除上述郑成思教授的论述外，国家版权局原局长宋木文也曾言，作为著作权法立法与修法的亲历者，“感受比较深的是一个‘难’字，立法和修法都遇到许多难点、难题和难关，比同为知识产权法律的专利法、商标法的立法和修法都难一些。”^②综合上述诸多因素，或许可理解为什么著作权法修改异常艰难。

自20世纪80年代初我国著作权法启动立法工作，至今已逾30年：1990年著作权法立法获得通过，其后历经2001年一次实质修改，当前处于第二次实质修改中（2010年的简单改动实在算不上实质修改），恰为“十年磨一剑”的历史周期。虽然管理者和研究者在论证本次著作权法修改的必要性时，坚持强调其历史紧迫性，但也应认识到，现行著作权制度运行中存在的很多问题，并非皆由法律规定不周全或落后于时代所造成，而更多是因法律执行不力或技术冲击。例如，2001年的著作权法修改案就已规定，经法定许可，广播组织可以自由使用他人已经发表的作品，但应支付报酬，然而诸多电台、电视台十年如一日自由使用他人的作品，都依法或依约付费了吗？这显然不是法律规定不健全的问题。又如，随着互联网技术发展，作品的网络传播已在我国极为普及，相应地，唱片公司的磁带、CD、VCD等音乐作品复制件的销售量呈快速下降趋势，甚至危及整个产业。^③这虽然与我国著作权法没有规定录音制品的二次使用权相关，但这未必是导致唱片业衰退的实质原因或称主要原因，而更可能属于因技术更替对原产业的无情冲击（如因数字技术发展导致胶卷产业衰退），或因缺乏必要的产品创新从而不能有效适应商业社会发展（如苹果公司再度迅速崛起，而摩托罗拉却落败一样）。可以预期，即使在本次修改中赋予录音制作者相应的再使用权，也未必能够挽救一个技术上的夕阳产业。这或许反映出，技术对于经济、法律与社

② 宋木文：《来之不易的重要进展——亲历著作权法修改感言》，载《出版发行研究》2001年第12期，第5～6页。

③ 参见胡建辉：《电台电视台播歌或须向唱片公司付费》，载《法制日报》2012年8月21日第6版。

会的冲击有时确实是令人无可奈何之事，而产业界所能够做的，就是在新技术来临之际，预测到它对于现有产业的可能冲击并采取事先应对之策，从而主动适应新技术发展。概言之，尽管合理提高著作权保护水平属现代社会发展趋势，但它未必能够解决版权产业中的所有问题。

这表明，法律修改要具有前瞻性并非轻而易举，因为立法或修法的前瞻性需要立法者具有敏锐的时代洞察力，能够适当预测未来的技术、经济与社会关系走向，否则制定出的法律就可能脱离社会现实，甚至阻碍技术与社会发展。因此，与其追求立法或修法的超前意识，不如切实保证现行法律的可实施性，因为没有良好的实施作为保障，再好的法律文本也归于无用。^④在21世纪初互联网尚未普及时，郑成思教授就曾论及依法打击互联网盗版的重要性：“……网上盗版的现实，已经使法律不得不涉足这一领域了。如果我们不依法打击网上盗版，那么在有形市场中打击盗版的活动就在很大程度上会落空。因为盗版者将大量转移到法律够不着的网络空间。”^⑤十余年的发展证实了该论证，即互联网盗版的猖獗已导致有形载体制作者收入的急剧下降，这或许正是导致唱片业衰退的主要缘由。

二、利益平衡、溢出效应与网络技术时代

研究者和立法者在论证著作权法修改案时，一般援引几项基本原则，利益平衡就是常被引用的原则之一，甚至可称得上是最被赞赏的基本精神。^⑥被该原则所论证的“利益平衡”极具多样性：作者、传播者与消费者之间的平衡；著作权与公共利益的平衡，这点最为概括，所涉论题广泛，宏观如著作权合理使用制度，微观如公共数字图书馆建设问题等；著作权保护与集体管理的冲突与平衡，尤其涉及著作权集体管理制度之延伸；属于自力救济的技术措施与公共利益的冲突与平衡。概括而言，人们在论证著作权制度涉及

的各种法律关系或利益冲突时，已经到了动辄使用利益平衡的地步，该原则也上升为我国著作权制度及著作权法修改的中心法则，而不管它是否有用或有意义。^⑦

大约在21世纪初，“利益平衡”理论被研究者从其他法学领域引入到我国知识产权法研究中，迄今其影响已延伸至知识产权法研究诸领域，包括著作权法。然而，人们应当认识到，利益平衡理论或原则只是且只能是一项抽象的原则，仅能作为概括性的工具或目标被用在期望或想象的论证中——如《TRIPS协定》所称，知识产权保护与实施应以有助于社会和经济福利之方式进行，并应有助于维系权利与义务平衡。^⑧至于某种期望的或被论证的“利益平衡”是否在现实中得以实现，谁也无法衡量。技术一旦发展，产业可能在短期内完成更替，原有的“利益平衡”格局是否被打破，新的利益平衡格局是否已形成，都仅属人们想象中的坐而论道，并无太大价值，而要确切评估或衡量各方利益得失，还需要考查具体评价指标，如著作权许可合同价值、版权产业产值或侵权诉讼指标等。易言之，由于人们无从判断一种状态是否为法律意义上的利益平衡或不平衡，利益平衡原则对于具体立法或修法内容的判断似乎没有用途。事实上，知识产权法中的“利益平衡”，类似于经济学中的“均衡”（equivalence）概念，只在想象的描述中存在而难以被解析和具有实质用途。

例如，关于著作权保护期，是赋予作者有生之年加去世后多少年才可使各方利益平衡？是30年、50年、还是70年？如果世界多数国家规定的50年恰好达致利益平衡，那么欧美70年的规定是否就有所失衡？反过来也是如此。又如，音乐作品在首次被合法录制为录音制品后，是否需要法定许可其他录音制作者制作该音乐作品的录音制品？如果是肯定的话，那么应该赋予作者多长时间的垄断期才可达致平衡？3个月或太短，激起音乐人群情激愤，^⑨3年或太长，可能导致唱片

^④ 参见殷泓：《修改著作权法要有超前意识》，载《光明日报》2012年3月29日第15版。

^⑤ 同注释①。

^⑥ 参见阎晓宏：《“利益平衡”是著作权立法的基本精神——分析第三次修订 著作权法 的几个问题》，载《中国新闻出版报》2012年5月17日第5版。

^⑦ 参见国家版权局：《关于 中华人民共和国著作权法 （修改草案）的简要说明》，第3节，2012年3月。

^⑧ See TRIPS, Article 7.

^⑨ 参见陈杰、车兰兰：《音乐界首次集体建言著作权法修订》，载《北京商报》2012年4月12日第2版。

公司垄断，^⑩那么该规定多长时间呢？如果规定1年或2年就可导致各方利益平衡，为什么修改草案第二稿却又删除了相关规定呢？如此就能够导致各方利益平衡了吗？显然这些问题的答案并非显而易见，因为所涉因素多样，各方利益互有交叉，且难以真正衡量，也因而难以通过利益平衡理论或原则加以论证。

针对研究者动辄使用“利益平衡”作为言说工具，甚至侵权人也厚颜无耻以之为辩理由，从而导致“利益平衡”滥用的现象，郑成思教授曾予以中肯批评：“事实上，任何私权与公共利益之间，都不仅有‘平衡’问题，而且有前者服从后者的问题，不唯知识产权如此。而任何私权的所有人与使用人、所有权人与用益权人之间、不同权利之间，却未必存在‘平衡’问题，或主要不是所谓‘平衡’问题。这两组问题是不应被混淆的。……作为知识产权客体的信息（无论是技术方案、作品、还是商标标识），由于可以被多人分别独立使用，在知识产权领域把使用人的利益与公共利益混淆的事就经常发生。现在的多数‘知识产权平衡论’均存在这种混淆。”^⑪至于侵权人的辩解则属强词夺理的行为。^⑫

概言之，人们在论证知识产权立法或修法的一般原则、具体条款或相关事宜时，不宜动辄诉诸“利益平衡”原则，因为它除了可概括性地描述或想象地论证所涉事项的“合理性”外，几乎没有切实用途。

关于著作权法修改，人们应有两项递进的基本认识。第一，为因应技术发展与社会进步，著作权法需要及时修改，以适应21世纪迅速形成的公民社会和互联网技术时代。第二，无论技术怎样变化，社会如何发展，作为一种基本财产权制度的著作权法，其基本原理、原则和框架（包括可版权性、权利行使及限制、权利侵害及法律救济等）仍将保持不变，以维系著作权制度的稳定性。在著作权法历史上，每一次革命性的复制或传播技术发展，如广播、复印和近期的网络技术，都会导致著作权制度消亡的预期，然而每

次它都能够经得住挑战，得以重生与发展。^⑬因此，技术的快速发展或社会的巨大变革并不必然颠覆著作权法的根基。在满足相关国际条约要求和结合国情的基础上，著作权法需修改或删除已经不适应时代的原有规定，补充新条款，同时也需利用立法技术完善法律文本，使之在保证合宪性的前提下，在概念、体系、逻辑、语言等多方面更为科学、准确与经济。这些方面的改进可造就较为完善的著作权法文本，保证法律的稳定性，以免过于频繁的修改干扰正常的社会生活。

人们还应当正视知识产权的溢出（spillovers）效应。知识产权的客体为知识、信息或称智力成果，其拥有和使用不具有竞争性或排他性，同一知识或信息可为很多人同时利用，这与物权客体的占有与使用具有竞争性相反，也因而导致知识产权体系与物权体系各异。非竞争性为知识的广泛传播、服务社会创造了条件，但也导致知识产权保护的困难，在现代复制技术与通讯技术极为发达的情形下更是如此。以著作权言之，作品一旦发表，权利人就再难以利用技术手段阻止他人的复制与传播，因此即使在著作权制度高度发达的国家，也会存在多种形式的侵权。虽然知识产品的溢出效应于著作权保护不利（表面上看），但却有益于知识传播。广泛的溢出效应可被视为知识产权体系的固有属性，是知识产权区别于物权的特征之一，难以通过法律措施完全禁止或消除。智力成果的创造者或知识产权的所有人对此应有客观认识：要么选择以其他方式维护自己的智力成果，要么接受知识产权的溢出效应，因为实在没有两全其美的途径可以利用（除非以极为严格的保密措施维护其商业秘密，且该秘密信息难以被反向工程破解）。

然而另一方面，权利人也应看到，技术的发展也可能让他有机会在短期内收到合理回报。在印刷技术时代，作品的传播基本靠书籍、报刊等纸质印刷物发行，需要依赖传统媒体宣传或口耳相传以及传统物流渠道完成，花费时间长，成本高，著作权人（以及出版者与发行者等相关权

^⑩ 参见周豫：《著作权法修订媒体互动会现“唇枪舌剑”》，载《南方日报》2012年4月26日第A12版。

^⑪ 郑成思：《信息、知识产权与中国知识产权战略若干问题》，载《环球法律评论》2006年第3期，第311～312页。

^⑫ 同注释⑪，第312～314页。

^⑬ 参见郑成思，同注释⑪。

人)收回合理回报的过程漫长,相应的经济收入并无太大保障——与之相关,很多历史上的著名作者均在去世后才得享盛名,其作品才获得世人认可,著作权法也为此规定著作权保护期为作者有生之年加其去世后30年、50年或70年。然而随着数字与信息网络技术的快速发展,作品的复制与传播变得极为容易,时间大为缩短,且成本低廉,也在很大程度上缩减了物流环节,权利人收到合理经济回报的可能性也随之大增。例如,一本畅销书通过网络书店销售,其销量就可能在极短时间内超越实体书店在很长时间内销售量,短期内即可让作者达到天下闻名的地步。这意味着,现代通讯技术对于作品普及的快速促进,其实与普遍而快速的网络盗版构成一枚硬币的两面,技术的中立性或称“双刃性”一览无余。^⑭知识产权制度的立法者、司法者与研究者不应仅看到网络侵权的一面,而忽视网络技术对于知识产权价值的正向促进作用,相应的法律措施因而不应为技术的发展与应用制造障碍,否则就可能反噬知识产权制度的正当性,阻碍社会发展。概言之,适量的溢出效应并非意味着著作权制度运行的不力,也并非完全不可接受。当然在我国目前形势下,网络盗版现象仍极为普遍,已非正常的溢出效应可以解释,因而仍需严格执法措施,并加强司法救济。

事实上,互联网经营者对此有更切实际的感受与想法。美国亚马逊公司是网络书店业发起者,成功引领互联网零售业,也是美国“一次点击”商业方法专利的所有人。在经历困扰公司经营及声誉的多重知识产权纠纷后,该公司CEO曾提出改革美国商业方法专利的建议,其中包括实施“快专利”(fast patents)制度,即为严格授权的专利规定较短的保护期,从而使专利达到“更少、更好、更短”的理想境界——他认为,在互联网环境下,相关技术与产品的传播极为广泛与快速,赋予商业方法专利3-5年的独占期就已能够让权利人获得足够回报,因此没有必要赋予20年的保护期。^⑮这意味着,随着复制技术与传播技术的发展,知识产品的传播速度加快,相

应的溢出效应也随之提升,这属知识产权制度的自然衍生,权利人应当理解与接受。如果某作者不希望其作品有任何溢出效应,发生不受控制的传播,那么他或许只能选择以其佳作,“藏诸名山,传之其人”,否则只要他选择发表作品,该作品就成为客观世界或卡尔·波普尔所称“世界3”(World Three)的一部分,权利人再难在技术上加以控制。

现代通讯技术使作品的传播范围和速度大幅扩张和提高,也因而牵涉出著作权保护期的问题,即是否还有必要赋予著作权或相关权(邻接权)如此长的保护期?人类社会已进入网络时代,快节奏已成为人们生活的主旋律。以电影作品为例,不仅其生产速度加快,人们欣赏作品的节奏也加速,作品的热销期或称“流行时间”(对电影作品而言主要体现为院线放映周期)也由于作品更迭加速而缩短,而这段时期的票房收入正是著作权人和相关权人获得经济收益的最重要阶段。院线放映周期一旦结束,电影作品也将主要从VCD/DVD销售、电视台和信息网络的播放中获得部分收入,而在一段时期(从数月数年)后,此等收入也会锐减。例如,电影《少林寺》曾于80年代初风靡全国,但现在除电视台为怀旧或纪念而放映外,很少有电影院还会安排它上映,相应地,该电影的著作权人也难以再从中获取较大利润回报。那么,为电影作品赋予50年、70年或更长的保护期有何意义?对于大部分文字作品、音乐作品、影视作品等而言皆是如此——文化的新陈代谢,在消费者有限的消费时间、时刻在变的消费兴趣、功利的消费理念、健忘的记忆力等多重因素洗礼下,不仅时刻在发生,而且遵循随时光而逝的自然法则,而最后为文明所记忆的只是极小部分。这意味着,过长的著作权保护期对于绝大部分权利人来说,并无实际意义。少数流传较为长久的作品(学术作品除外),也可能是因为其他因素促进,如商标注册与使用对于迪斯尼卡通形象的维护——美国“米老鼠法案”为了米老鼠形象而大肆延长版权保护期,会真正有益于其版权产业和社会吗?未必然

^⑭ 参见张莉:《著作权法第三次修订工作启动:网络版权侵权问题牵一发而动全身》,载《中国贸易报》2011年7月28日第6版。

^⑮ 参见刘银良:《美国商业方法专利的十年扩张与轮回:从道富案到Bilski案的历史考察》,载《知识产权》2010年第6期,第95~96页。

也。因为版权产业经营者在自己的作品获得延长保护的同时,其自身也受到限制,不能自由使用他人本应落入公有领域的作品。因此,一些利益攸关者希望本次我国著作权法修改案也能适当延长录音作品和电影作品的保护期,就未必有足够的理由,它们所称保护期延长将对我国经济和创作者带来很多益处的论证也未必有足够证据支持。¹⁶机械传播时代正逐渐逝去,数字传播时代已经来临,以往日有效的标尺来规范今天的社会发展,或可成为其羁绊,研究者、修法者与利益攸关者对此不得不察。

在以上论述的基础上,本文将结合分别于2012年3月和7月公布的第三次《著作权法修改草案》(第一稿、第二稿,以下或统称《修改草案》)中的部分内容进行评析。与现行著作权法相比,修改草案已有很大进步,但从实质规定看,还是从法律文本制作技术角度分析,修改草案都仍有不少待提高之处。为此,本文不揣鄙陋,针对尚需研究改进的部分问题进行分析并提出建议,而对争议较少或已有充足讨论的内容不再涉及。

三、体系、作品与权利归属

(一) 著作权法体系:概念、逻辑和语言

我国著作权法已经实施20多年,在概念、逻辑和语言等体系和文本方面本不应存在明显疏漏,但遗憾的是,在修改草案中仍存在不少问题,而这些问题存在又与作品界定、权利设置与限制等实质问题结合在一起。法律的体系性是法律执行的起点,修法者应多加重视。

1. 精神权利还是人身权?《修改草案》第11条延续现行著作权法规定,把作者就其作品所享有的非经济方面的权利称为“人身权”。然而,无论是从概念释义、民法理论或民法对于人身权的规定理解,还是从作者权体系对于“精神

作品”的阐释看,把“moral rights”称为“精神权利”都更为合适。¹⁷从权利限制的角度理解也是如此。¹⁸事实上,社科院知识产权中心提交的“专家建议稿”已就该概念做如上建议,¹⁹但遗憾的是尚未被采纳。

2. 可版权主题例外。《修改草案》第7条涉及可版权主题排除,其第一款基本来自《TRIPS协定》第9条第2款的规定,但是相关表述“著作权保护延及表达”可能会引起误解,因为虽然在理论上可以说著作权保护延及表达而非思想,但在现实中却并非所有表达皆可享有著作权——它需首先具有原创性、构成作品才可,绝非是表达就可享有著作权,因此建议删除该款中的“延及表达”,而直接规定著作权保护不延及的主题。美国版权法在相关条款也是仅规定原创作品的版权保护不延及任何思想、过程、工艺、系统、操作方法、概念、原理或发现,无论其描述、阐释或固定方式为何。²⁰其次,建议把《修改草案》第7条第2款第3项中的“公式”并入第1款中,因为它与原理、数学概念等主题更为接近,但却与历法、通用数表相去较远。

3. 署名权的补充。修改草案第11条规定的署名权基本延续现行著作权法规定,仅强调了作者的积极权利,即决定是否署名以及如何署名的权利,但没有规定作者的防御性权利,即制止他人在他人在他人作品上恶意署自己姓名的权利。在现实中,该项防御性权利可用于制止他人假冒知名作者的行为,也有利于维护消费者权益,在美国和英国版权法中皆有明确规定(美国版权法仅涉及视觉艺术作品的相关权利)。²¹建议修改案加入该项防御性权利,以完善我国著作权法对于作者精神权利的保护。

4. 展览不构成发表。《修改草案》第二稿第20条(第一稿第19条)第3款规定,未发表的美术作品、摄影作品原件受让人展览该原件不构成对作者发表权的侵犯,此规定没有必要,因为按

¹⁶ 参见臧彦彬:《著作权法修订与中国音乐产业的振兴》,载《中国新闻出版报》2012年2月2日第8版;杜思梦:《业界研讨 著作权法修改草案——呼吁明确创作者权利归属 延长电影著作权保护期》,载《中国电影报》2012年5月31日第19版。

¹⁷ 参见郑成思:《知识产权法》(第二版),法律出版社2003年版,第312~321页;刘银良:《知识产权法》,高等教育出版社2010年版,第263~264页。

¹⁸ 参见郑成思:《私权、知识产权与物权的权利限制》,载《法学》2004年第9期,第81~82页。

¹⁹ 参见李明德:《我国 著作权法 的第三次修改与建议》,载《知识产权》2012年第5期,第21页。

²⁰ 17 USC 102(b)。

²¹ See 17 USC 106A(a); UK Copyright Act, Section 84.

照伯尔尼公约规定,美术作品的展览本身不构成发表,^②该类行为也当然不会侵犯作者的发表权。

5. 关于出版。《修改草案》第二稿第30条(第一稿第29条)第1款规定,在本著作权法中,“出版”是指“复制并发行”,即先复制作品或制品而后发行该复制件。然而在第42条(第一稿第40条)第1款第6、11项,却又分别称“……不得出版发行”、“……在国内出版发行”。如此规定或可导致概念重复或引发误解。这虽非实质问题,但却反映出在概念一致性和逻辑自洽方面,修改草案尚有提升空间。

6. 技术措施还是技术保护措施?据称修改草案把现行著作权法中的“技术措施”概念改称为“技术保护措施”是为“与公约相符”。^③然而,涉及技术措施的国际条约文本,无论是WIPO的《版权条约》(WCT)还是《表演和录音制品条约》(WPPT),使用的都是“技术措施”(technological measures)而非“技术保护措施”。^④美国版权法和英国版权法也是如此。^⑤在现实中,行为人采取的技术措施也未必都属于“保护”著作权的措施,因此仍建议使用更为中性的“技术措施”概念。

7. 无端省略主语,导致语法瑕疵。这似乎是我国知识产权立法的一个普遍问题。^⑥例如,如果说《修改草案》第73、74条的第1、第2句话(以分号隔开)的主语基本一致,在逻辑上尚可接受的话,那么第3句即“构成犯罪的,依法追究刑事责任”,则与前两句话的主语完全不同,但却没有明确规定为谁。这种省略句式在我国知识产权法律中比比皆是,属非规范的语言表达,建议补齐相关主语,使句意完整。例如该第3句可补充修改为:“行为人可能构成犯罪的,由著作权行政管理部门移送司法机关依法追究其刑事责任。”

8. 避免口语化表达。法律文本制作应使用当代平白的规范性语言,但应尽量避免口语化表

达,以求法律文本具有明确的概念、清晰的逻辑、简洁的语言和完整的体系。例如,《修改草案》第二稿第43条(第一稿第41条)第2项中使用“这些”就过于口语化,在文本中显得突兀,建议改为“所得”。

9. 跨界的无用规定。《修改草案》第81条规定,当事人应就其违约行为依照《民法通则》与合同法等承担民事法律责任,乃属“飞来的条款”,与著作权法没有必然联系,建议删除,否则即使再添加十几个条款也不能完全列举当事人应当遵守的其他法律规定。

(二)作品的分类与界定

作品是著作权的客体和寄托物,其分类与界定是著作权制度的基础,为国际著作权条约和各国著作权法所重视。《修改草案》第3条把现行著作权法规定的作品种类进一步拆分,共规定15类作品,再附加开放式条款。解析式列举或可方便法律的实施,然而有几类作品的定义或界定尚有疏漏之处,不少研究者或专业人士已提出相关意见和建议,本文仅做补充。

1. 视听作品的界定。修改草案对于视听作品的定义稍显狭窄,重点体现在“视”上(有伴音或无伴音),而对“听”有所忽视,不能涵盖没有画面的广播剧等以声音要素构成的作品。^⑦建议修改为“由一系列画面或声音组成,可借助技术设备向公众传播的作品,包括电影、电视剧、广播剧等。”

2. 是否有必要为实用艺术作品提供另类待遇?《伯尔尼公约》在作品种类中提及该类作品,把其保护交由国内法规定,但要求提供不少于25年的保护期。^⑧我国《实施国际著作权条约的规定》(1992)第6条对外国实用艺术作品赋予25年的保护期,同时排除了把美术作品(包括动画形象设计)应用于工业制品的情形,但相关法律、法规并未规定国内同类作品的保护事宜。

^② See Berne Convention, Article 3(3).

^③ 国家版权局,同注释⑦,第5节第16段。

^④ See WCT, Article 11; WPPT, Article 18.

^⑤ See 17 USC 1201; UK Copyright Act, Sections 296ZA-ZF.

^⑥ 参见刘银良:《论我国商标法的完善:从制度到文本——基于 商标法 第三次修订草案(征求意见稿)的讨论》,载《电子知识产权》2011年第11期,第21页。

^⑦ 参见姚岚秋:《从广电媒体视角论 著作权法 修订》,载《编辑之友》2011年第11期,第97页;郭焯、胡岩:《影视作品著作权保护的几个问题:写在 著作权法 修订之际》,载《电子知识产权》2011年第9期,第26~27页。

^⑧ See Berne Convention, Articles 2(1), 2(7), 7(2).

因此人们（包括立法者）一般理解，国内实用艺术作品的著作权保护于法无据，这可导致外国人的超国民待遇，因此特在修改草案中加入。^{②⑨}然而该理解未必全面，采取的策略也未必最佳。^{③⑩}美国版权法把实用艺术作品归入“图画、图形与雕塑作品”（pictorial, graphic, and sculptural works）进行保护，德国著作权法把它作为美术作品进行保护，皆未给予另类待遇。^{③⑪}按照《伯尔尼公约》规定，我国著作权人就其实用艺术作品要在其他成员国享有保护，也需首先在本国获得保护，因此在修改草案中把此类作品单列并赋予其25年的保护期未必有利于我国产品在国际市场上获得竞争优势。此外，虽然伯尔尼公约也为摄影作品规定了最低25年的保护期，但现在它在很多国家均已被延长为至少50年（当然有WCT第9条的强制性要求），这也提示不应以历史的原有框架束缚今天的知识经济，尤其是正在快速兴起的创意经济。况且，与摄影作品相比，实用艺术作品的创作可能需要更大投入，产业价值也可能更大。因此建议不为此类作品设置另类待遇，也赋予其50年保护期。

3. “曲艺作品”与“杂技艺术作品”有无必要？曲艺作品基本与文字作品（如相声、快书）、戏剧作品（如小品）或音乐作品（如鼓曲、唱曲）重合，杂技艺术作品主要与舞蹈作品（以舞谱形式体现）重合且在现实中应用极少，这两类作品的表演又可通过表演者权获得保护，单独规定这两类作品并无显然的必要性与现实意义。此外，修改草案第二稿对曲艺作品的列举有重复之处，在对杂技艺术作品的界定中添加“滑稽”一词不符合语法，不知所云。

4. “立体作品”的界定。《修改草案》第二稿把“模型作品”修改为“立体作品”，未尝不可，但给出的定义“为生产产品或者展示地理地形而制作的三维作品”却不如原定义周延，例如为展示物质结构、试验用途而制作的模型作品（如DNA分子的双螺旋模型）就难以被涵盖其中。

（三）著作权归属

在我国现行著作权法和修改草案框架下，著作权的归属问题要比专利、商标等工业产权复杂的多。这既与著作权权属问题本身的复杂性有关，也有因法律规定繁琐导致的人为迷宫。科学理论体系追求简洁之美，法律体系又何尝不是如此？背离了事物本身的规律，强行推进某种人为的逻辑，或可导致无端自我困扰。立法者在为芸芸众生创立秩序规范时，切莫因想当然而自陷“世间本无事，庸人自扰之”的罗网。

1. “法人作品”的必要性何在？法人作者与法人作品是伴随我国著作权法制定和修改而持续争论的问题。关于此问题可用两个标准加以判断：法人（或其他组织）是否属真正意义上的作者？如果不是，把法人视为作者是否有益？关于第一点应当没有歧义，因为作品的创作需要自然人的智力投入，法人不可能具有，因此它不可能与自然人一样成为真正的作者，而只能被“视为作者”。^{③⑫}《修改草案》第二稿第13条（第一稿第12条）第3款给予“法人作品”的定义为，“由法人（或其他组织）主持或投资，代表法人意志创作，以法人或其代表人名义发表，并由法人承担责任的作品”，其中“法人意志”尤为虚无而无从认定。因此，从法理角度言之，法人作品并非一个坚实的概念。在现实中，由于我国著作权法还有职务作品，尤其是图形作品和计算机软件等特殊职务作品的规定，而它们又与法人作品有很高的重合性，造成认定中的困难。^{③⑬}如果比较专利制度的相关规定或可对此有更为清晰的认识。我国专利法仅规定了职务发明制度，就基本解决了职务发明人与单位之间的利益分配，而无需额外的“法人发明”制度。同理，在著作权法中，仅规定职务作品（再辅以委托作品）就可解决相应的利益分配与权属之分，而无需再规定法人作品或法人作者，从而在根本上杜绝相关困扰，因此建议修改草案删除相关概念和规定。^{③⑭}与此相关，《修改草案》第一稿第31条还规定了离奇的“法人表演者”，但它在第二稿中被删除，估计是因为引起的质疑较多。

^{②⑨} 同注释⑦，第5节第2段。

^{③⑩} 参见李明德：《著作权法修订应着力解决现实问题》，载《中国知识产权报》2012年2月17日第10版。

^{③⑪} See 17 USC 101; Germany Law on Copyright and Neighboring Rights (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2008), Section 2(1).

^{③⑫} 郑成思，同注释⑦，第363～365页；李明德：《著作权主体略论》，载《法商研究》2012年第4期，第8～11页。

^{③⑬} 参见郑成思，同注释⑦，第365页。

^{③⑭} 李明德，同注释③⑫。

2. 著作权归“国家所有”意义何在?《修改草案》第二稿第23条(第一稿第22条)分别规定了自然人著作权的继承和法人著作权的承受。在著作权保护期内,自然人的著作权按照继承法规定转移,因此若无人继承也无人受遗赠,相关著作权归国家所有;法人著作权若无人承受最终也由国家享有。已有研究者对如此“武断”的规定表示质疑,认为缺乏法理支持,使问题复杂化。^⑤本文认可相关质疑理由。应当看到,著作权最终归国家所有,既违背了知识产权的私权属性,也使知识产权的时间性设定失去意义,因此建议修改为著作权中的经济权利在其权利主体消亡后即灭失,相关作品进入公有领域,可为人们自由使用。

四、著作权体系、权利限制与集体管理

(一)著作权(经济权利)体系

我国现行著作权法基本采取权利分解模式,试图为每一种作品利用方式或环节设置一种经济权利,便于权利人维护其著作权(或相关权),但由于法律的制定或修改永远赶不上技术和社会发展,就使看似密织的著作权体系出现疏漏,而不得不诉诸开放式条款,使执法和司法陷入被动。^⑥修改草案试图因应时代发展,对现行著作权体系进行适当调整,增删、合并或修改部分权利,如增设追续权,删除放映权和汇编权,改广播权为播放权等。这些调整虽然也有若干理由支撑,且权利的调整也有进步,但在法理、逻辑与体系诸方面仍存在可完善之处。

著作权体系的调整在相当程度上是为因应技术发展而导致的作品利用方式改变,这也反过来要求新权利的设置需要有一定的前瞻性,考虑因技术进步而可能带来的未来修改需求——这意味着,著作权体系的修改未必要求人们预见未来的技术是什么,但要求该体系对于新技术带来的人类行为改变应具有包容性,否则就可能很快沦为僵化的体系。基于技术发展的不可预测性,

就可推知试图为每一种作品利用方式设置一种权利的分解模式并非最佳,而适当的分解与综合才可能最好地适应社会。为此,本文继续主张此前的论证,建议著作权中的经济权利体系设置应当借鉴英美版权法,针对作品的主要利用方式,采取适当分解与综合的“五权模式”,分别为作者设置复制权、发行权、演绎权、表演权和传播权。^⑦以下结合修改草案,再对权利设置进行补充论证。

1. 出租权意义不再。作者或录音制作者的出租权诞生于录音带、录像带、CD、VCD和DVD等有形载体时代,相应地,出租业也于20世纪80、90年代达到顶峰,之后随着互联网和数字传播技术普及而迅速衰退,因为人们已经越来越习惯于利用互联网获得音乐或影视作品,而不再习惯于租用录像带或DVD。^⑧反映在国际条约中,在《伯尔尼公约》和《罗马公约》时代出租权尚未出现,而直到90年代中期才规定在TRIPS、WCT和WPPT中。^⑨然而该权利设置不久,就因互联网传播技术的爆炸式发展使出租行业快速退出历史舞台(恰如随着手机短信服务的兴起而使传呼机迅速退出消费品舞台一样),该权利的设置也随即落伍。事实上,随着网络传播的普及,不仅出租权成为闲置之权,发行权也在一定程度上受到挑战,因为发行也可在数字环境下得以完成。^⑩与此相对应,在司法实践中,被诉侵犯出租权的侵权案件少之又少,而涉及信息网络传播的案件则呈膨胀式发展。为此,建议不再单独设置出租权,而把它仍涵盖在发行权中,规定计算机软件和视听作品的著作权人有权制止他人的商业性出租行为。

2. 为何拆分传播权?传播权又称对公众传播权(right of communication to the public),是WCT为补充《伯尔尼公约》之不足而增设的一种综合性的“伞形”权利,意图全面解决各种

^⑤ 参见赵锐:《论孤儿作品的版权利用——兼论《著作权法》(修改草案)第25条》,载《知识产权》2012年第6期,第58~62页;周艳敏:《无主著作财产权:国有还是公有?——从我的前半生的权属争议到我国著作权法的修改》,载《出版发行研究》2008年第4期,第59~64页。

^⑥ 参见刘银良:《论著作权法中作者经济权利的重塑——以比较和实践为视角》,载《知识产权》2011年第8期,第12~14页。

^⑦ 同注释⑥,第14页。

^⑧ 同注释③。

^⑨ See TRIPS, Article 11; WCT, Article 7; WPPT, Article 13.

^⑩ See WIPO, WIPO Intellectual Property Handbook (2nd Edition), WIPO Publication No.489(E), Geneva, 2004, pp.271-272.

技术条件下的对公众传播问题,其中包括无线或有线的广播、信息网络传播等方式。^④著作权法修改草案试图弥补现行著作权法的缺陷,通过整合广播权、补充规定信息网络传播权的方式,使两者能够涵盖更大范围。与现行著作权法的规定相比,修改草案显然有所进步,然而它跨出的步伐还不够大,还没有认识到现代传播技术(包括“三网”融合、云技术等)已经发生翻天覆地的变化,网网融合与互联已经突破传统的广播、电视与互联网界限。^⑤因此建议整合广播权(播放权)和信息网络传播权,使之成为范围广泛的“传播权”,即利用有线或无线的广播、信息网络和其他任何技术设备向公众传播作品的权利。

3. 增设范围广泛的演绎权。修改草案第二稿分别规定了改编、翻译和摄制三种演绎作品的权利(第一稿还规定了计算机软件的修改权,第二稿中删除),业界人士还希望增设作品尤其是古籍作品的“注释权”和“整理权”。^⑥因此建议把通过多种方式演绎作品的权利整合为“演绎权”,以列举加解释的形式涵盖所有演绎作品、创作新作品的方式。

综上,修改草案有必要重新构建作者的经济权利体系,建议主要包括复制权、发行权(含部分作品的出租权)、演绎权、表演权和传播权。也可为美术作品和摄影作品设置展览权。^⑦

(二) 权利限制

与美国版权法为版权行使规定了广泛的限制相比,^⑧我国著作权法为著作权设置的限制显得生硬且拘谨,相应的司法实践难以展开,建议本次修改予以全面完善,此处仅简述几项建议。第一,在合理使用条款(《修改草案》第二稿第42条)中补充,规定在满足合理使用一般要求的前提下,准许人们为评论、批评或讽刺之目的使

用他人作品,以满足人们自由表达之需要(在逐渐成熟的公民社会中尤为如此),也因而有利于文化的健康发展。^⑨第二,在可以合理避开技术措施的行为(《修改草案》第二稿第67条)中,补充为防止未成年人接触网络不良信息(包括暴力、色情、恐怖等)而实施的行为——此类行为的合理性不言而喻。^⑩第三,在侵犯影视作品出租权的条款(第二稿第77条第3项)中,吸收《TRIPS协定》和WCT设置的例外,规定只有当出租行为实质地损害影视作品著作权人的复制权时,相关出租行为才构成侵权。^⑪

(三) 著作权集体管理

与工业产权不同,著作权(包括相关权)的行使涉及多样化的使用方式、复杂的使用环节、数量众多的权利人和使用人,尤其在数字技术与互联网环境下,侵权现象普遍,维权成本高且困难。因此,权利的集体管理就成为当代著作权制度的必要设置,集体管理组织也成为维系著作权制度的必备机构,以至于可以说,我国著作权制度的运行之所以尚不理想,也与集体管理制度的不健全有关。管理者甚至说,若无著作权集体管理组织,“全社会将变成没有音乐的世界”^⑫——这当然属耸人听闻的个人感想。但无论如何,著作权集体管理制度都需尽快完善,本次著作权法修改也锐意改革,试图引入北欧诸国的延伸性著作权集体管理制度。^⑬然而过于急速的制度安排也引发人们的担忧。

应当认识到,著作权是私权,不会因为涉及到公共利益或受到某种限制就演变为具有公共性质的权利。属于物权范畴的房产也是私权,它也同样受到限制,如不得妨害他人的采光权和公共利益,但人们不能就此说它“不仅仅是私权”了,因为若如此的话,那么任何私权都不仅仅是

④ Ibid.

⑤ 参见张今、郭斯伦:《著作财产权体系的反思与重构》,载《法商研究》2012年第4期,第12~16页。

⑥ 参见章红雨:《古工委热议 著作权法 第三次修订》,载《中国新闻出版报》2011年10月27日第6版。

⑦ 参见李明德:《我国 著作权法 的第三次修改与建议》,载《知识产权》2012年第5期,第22~23页。

⑧ See 17 USC 107-112.

⑨ 参见黄玉焯:《著作权合理使用具体情形立法完善之探讨》,载《法商研究》2012年第4期,第21~24页。

⑩ See 17 USC 1201(h).

⑪ See TRIPS, Article 11; WCT, Article 7(2)(ii).

⑫ 付毅飞:《谁来为著作权人说话?》,载《科技日报》2012年4月26日第1版。

⑬ 同注释⑦,第5节第13段。

私权。因此,基于该理由并不能强求权利人的著作权被法定地集体管理。换句话说,不能因为著作权“被限制”,就推出其权利人可以“被代表”,或者其许可可以“被定价”。^{⑤1}否则就本末倒置,立法措施反而可能侵犯到作者最根本的著作权。以损及公平或公正的方式追求效率,就难以为知识产权制度乃至法治的基本原则所支持。并且,正如人们所担心的,在现有著作权集体管理组织效能尚未充分发挥,机制尚未健全,在如何收费、分配和维护会员权益等方面都不透明,以至于现有会员都未必满意其服务的情形下,就以立法的形式强制性地向全社会延伸,效果殊难预料。^{⑤2}

进一步,人们也担心延伸性著作权集体管理机制的设置或有部门利益涉入,且由机构的垄断导致经营的垄断。这是考虑到我国著作权集体管理组织尚未完全放开,其成立与运行皆有“公权力性质”,^{⑤3}在人事与资金运作上皆与政府管理机构保持密切联系。研究者虽然认识到著作权集体管理是时代潮流,但基于我国当前著作权集体管理组织的实际运作状况,又担心相关规定会“把本属于权利人的收益化为权力垄断收益,甚至成为某些个人的牟利工具。”^{⑤4}概言之,著作权集体管理虽然是著作权制度的必需机制,但其推进也需审时度势,循序渐进,既不应剥夺或限制权利人的正当权利,也不应当导致新的不公平或市场的低效率,因此本文也建议本次修改暂缓设置延伸性集体管理制度,等将来我国著作权集体管理运行机制相对完善后再做考虑。

结语

著作权制度已成为现代社会不可或缺的知识产权制度,通过激励人们不断创作文学、艺术和科学作品而促进文明发展。那么如何衡量一部著作权法是否优秀?这可从四方面加以判断,看著作权制度功能是否得以实现:第一,激励创作,即鼓励人们创作具有较高独创性的作品,这主要通过设置著作权达成;第二,激励传播,即通过利益分享模式鼓励作品的广泛传播,这主要通过设置相关权(邻接权)达成;第三,激励使用,即鼓励权利人许可他人使用作品,并鼓励消费者使用其作品,这主要通过著作权合同和为著作权设置限制达成;第四,便于管理与保护,这主要通过著作权集体管理、行政管理和司法救济制度得以体现。这些方面的统筹结合就可望建成和维持一个具有公平与效率的著作权制度。

本文结合我国著作权法第三次修改引发的广泛社会关注,探讨如何进一步完善著作权制度。综上,虽然与现行著作权法相比,著作权法修改草案已有很大提高,但它仍然存在多方面的问题需要深入研究。与第一稿相比,修改草案第二稿有较大程度改动,就曾引发批评者担忧并呼吁立法者多听取各方意见,不应急于关闭公众参与渠道。^{⑤5}参与立法的学者也呼吁,著作权法修改应遵循自身规律需求和逻辑安排,不应成为政绩工程或献礼工程。^{⑤6}本文期望著作权法修改案能够在更为深入、全面的调查研究基础上,在从容的脚步中,百尺竿头,更进一步,成为支撑我国著作权制度建设的良好法律文本。■

^{⑤1} 钟权:《著作权不仅仅是私权——国家版权局法规司司长王自强就 著作权法 修改草案相关问题答记者问》,载《中国版权》2011年第3期,第11~13页。

^{⑤2} 参见张贺:《著作权法 修改草案三大争议》,载《中国报道》2012年5月,总第99期,第78~81页。

^{⑤3} 同注释^{④9}。

^{⑤4} 张维:《专家:私权公权化易致垄断寻租》,载《法制日报》2012年4月16日第6版。

^{⑤5} 练洪洋:《著作权法修改率92%,让汪峰回到“春天里”》,载《广州日报》2012年7月9日第F2版。

^{⑤6} 参见刘春田:《著作权法 第三次修改是国情巨变的要求》,载《知识产权》2012年第5期,第12页。