

# 权利法定视角下著作权兜底条款的适用进路

白睿成\*

## 目次

- |                     |                |
|---------------------|----------------|
| 一、问题的提出             | 四、著作权兜底条款的适用机理 |
| 二、知识产权法定的内涵厘清       | 五、结语           |
| 三、知识产权法定与著作权兜底条款之关系 |                |

**摘要** 当前的著作权兜底条款存在学理定位不清与适用机理不明的问题。解决此问题,首先需要廓清权利法定原则在知识产权法中的本来面目。知识产权法定应作设权原则来理解,而非功利主义权利观的替代表述,其规范目的在于证立知识产权的绝对权属性。著作权亦须遵循知识产权法定原则,具体包括权利类型法定和权利内容法定。以规范目的为评价标准,著作权兜底条款不违背知识产权法定。在规范适用方面,著作权兜底条款是隐藏的法律漏洞,需根据规范目的限缩法条文义后适用。在法院援引兜底条款为裁判依据时,需从规范的适用条件、解释路径及适用效果等方面来综合判定。

**关键词** 著作权兜底条款 知识产权法定 物权法定 法律漏洞 目的性限缩

## 一、问题的提出

“著作权兜底条款”指《著作权法》第10条第1款第17项“应当由著作权人享有的其他权利”。在实定法层面,设置著作权兜底条款是我国立法机关的一贯选择。1990年《著作权法》虽然没有兜底条款,但第10条第1款第5项中的“等”字表明,著作财产权在逻辑上并非封闭,<sup>[1]</sup>这和现行法

\* 中国人民大学法学院博士研究生。

[1] 《中华人民共和国著作权法》(1990年,现已废止)第10条第1款第5项规定:“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。”

中兜底条款的精神是一致的；〔2〕2001年《著作权法》修订时，立法机关将著作权各权项分别规定之余，增加一款“应当由著作权人享有的其他权利”，此后在修法时都未改动该条款。可以说，设置著作权兜底条款在某种程度上是立法者有意为之。

在学理层面，如何认识著作权兜底条款尚有较大分歧：认可著作权兜底条款的作用与价值者，坚称该条款能够缓解著作权立法应对传播技术革新不力的弊端，〔3〕属于著作权法定原则之例外，〔4〕并认为法院在援引兜底条款时应当克制审慎；〔5〕反对者则认为，著作权兜底条款违背知识产权法定原则，〔6〕是著作权绝对主义的表现，〔7〕应当在今后的修法中废止。〔8〕上述主张虽截然相反，但双方均在一定程度上认可著作权兜底条款与权利法定有所关联，不同点在于对兜底条款是否违背权利法定原则的判断方面。就此而言，解决如何正确认识和适用著作权兜底条款的难题，需要以知识产权（著作权）法定理论作为前置议题。

但作为前置性议题，学界关于知识产权法定原则也未形成一致看法。许多研究将知识产权法定视为功利主义权利观的替代表达，在制度正当性议题下讨论权利法定为知识产权法研究所特有，民法学者往往通过对比权利法定和权利意定（合同权利）来开展研究。这样来看，权利法定在民事权利体系中似乎存在不唯一的解释，不过这并没有妨碍研究者旁引物权法定理论来论证知识产权法定。面对如此情形，有必要追问知识产权法定原则的内容及规范功能为何。

鉴于此，在讨论著作权兜底条款的体系定位和适用进路前，必须先探明知识产权法定原则的本来面目，进而分析著作权兜底条款与知识产权法定之间的关系，澄清著作权兜底条款在学理上的应然定位，最后探讨著作权兜底条款在个案中的适用机理。

## 二、知识产权法定的内涵厘清

对知识产权法定的探讨常见于知识产权的正当性议题中，反对自然权利观、主张功利主义权利观的学者，通常会认为知识产权是法定权利。〔9〕同时，由于知识产权与物权均为绝对权，在论及知识产权法定时物权法定经常会成为类比的对象。〔10〕但关于物权法定的讨论一般不会延及物权制度合理性的层面，权利法定原则在知识产权法中看似演化成了另一种形态，这或许是因为研究者往往在不同语境中谈及知识产权法定，却总是忽视语境及其意义的不同。

〔2〕 除“等”字在法条中位置的理由外，兜底条款不包括著作人格权的理由，参见李琛：《论“应当由著作权人享有的其他权利”》，载《知识产权》2022年第6期，第22—25页。

〔3〕 参见吴汉东：《知识产权基本问题研究》，中国人民大学出版社2009年版，第102页。

〔4〕 参见张俊发：《论著作权权项设置中兜底条款的适用》，载《知识产权》2018年第12期，第15页。

〔5〕 参见熊琦：《著作权法定与自由的悖论调和》，载《政法论坛》2017年第3期，第89页。

〔6〕 参见刘铁光：《论著作权权项配置中兜底条款的废除——以著作权与传播技术发展的时间规律为中心》，载《政治与法律》2012年第8期，第116页。

〔7〕 参见付继存：《著作权绝对主义之反思》，载《河北法学》2017年第7期，第44页。

〔8〕 参见刘银良：《著作权兜底条款的是非与选择》，载《法学》2019年第11期，第130—134页。

〔9〕 参见郑胜利：《论知识产权法定主义》，载《中国发展》2006年第3期；李扬：《知识产权法定主义及其适用——兼与梁慧星、易继明教授商榷》，载《法学研究》2006年第2期；崔国斌：《知识产权法官造法批判》，载《中国法学》2006年第1期。

〔10〕 参见李琛：《论作品类型化的法律意义》，载《知识产权》2018年第8期，第4页；王迁：《论作品类型法定——兼评“音乐喷泉案”》，载《法学评论》2019年第3期，第11—12页；梁志文：《作品类型法定缓和化的理据与路径》，载《中外法学》2021年第3期，第685页。

### （一）不同语境中的权利法定

现有研究中，知识产权法定通常在两种语境下被谈论：第一种语境中，权利法定与知识产权的制度正当性相关，可称之为权利正当性语境；第二种语境中，知识产权法定与物权法定类似，均与权利意定原则相对，而权利法定/意定关乎民事权利的设权模式，故在此称之为设权模式语境。

在权利正当性语境中，知识产权法定通常与功利主义权利观相关联。经典的知识产权正当性理论有两种路径：自然权利理论和功利主义理论。自然权利理论借用的思想资源主要是洛克的劳动财产权学说和黑格尔的人格财产理论，通过证立“知识产权的对象由劳动产生”或“知识产权的对象反映人格”为知识产权的正当性提供背书。<sup>〔11〕</sup> 功利主义则认为，创设知识产权制度是因为法律要为创造性智力成果提供保护，以此来激励创造者产出更多成果，最终达到增加社会福祉的效果。<sup>〔12〕</sup> 考察两种理论，自然权利说认为知识产权在逻辑上先于法律存在，强调知识产权在超实定法层面的道德理性；功利主义认为知识产权是立法者基于功利考量后的选择，所有知识产权必须通过法律规定产生。若在权利正当性语境下理解知识产权法定，会自然地认为知识产权的范围必须以法律规定为限，这里已经暗含着有限保护的理念。

设权模式语境中的知识产权法定与物权法定相似，强调权利设定的非意定性。根据物权法定原则，物权的类型和内容必须法定，哪些权利是物权、物权有哪些权能，不能由当事人通过约定来创设。物权必须法定，与民法体系中的“物—债”二分模式有关，物权和债权分属绝对权和相对权，绝对权和相对权分别对应着法定与意定的设权模式。因此，物权法定可以辅助立法者建构以物债二分为结构的民法框架，它的重要功能便在于佐证物权法和债权法的分立，进而组合民法中的财产法规体系。<sup>〔13〕</sup> 相较于债权，知识产权与物权同属绝对权，二者均采法定设权模式与民事权利的体系化思路相符，因此也有学者指出“物权法定只是除财产性债权债务合同外，其他权利法定这一原则在物权关系中的表现形式，而非物权独有的原则”。<sup>〔14〕</sup>

总的来说，两种语境下的知识产权法定在内容上的差异，集中体现在是否含有制度外的价值考虑。从立法技术的角度看，权利法定是一项构建性的框架原则，权利的意定抑或法定主要由权利客体的特征决定，这种浓厚的“工具”色彩表明设权原则或许并无过多价值层面的考量。而权利正当性语境下的知识产权法定包含着利益平衡、有限保护等思想，这些价值考量让知识产权法定的内涵更加丰富，同时与物权法定的内涵多有不同。

### （二）权利法定原则在知识产权法中的应然定位

那么，在何种语境中阐释知识产权法定更合理？本文的答案是设权模式语境。

将知识产权法定与功利主义权利观相连的看法有以下不当之处。首先，权利法定与知识产权观在逻辑上并无直接关联，检视自然权利论和功利主义论的理论主张，会发现双方的根本分歧不在于知识产权是否必须法定，而在于以何种理念佐证知识产权的出现是正当的。其次，任何正当性理论都无法回避权利的法定化，无论何种权利观都要以实证法中的知识产权作为理论基础，自然权利观的拥戴者在寻求权利保护时也要从实证法中找到相应的请求权基础。在此，自然权利也可以表述为应有权利，应有权利和法有权利（法定权利）是按照权利存在形态做出的划分，二者在

〔11〕 参见李琛：《知识产权法基本功能之重解》，载《知识产权》2014年第7期，第7页。

〔12〕 See Edwin C. Hettinger, *Justifying Intellectual Property*, 18(1) *Philosophy & Public Affairs* 31, 47-51 (Winter, 1989).

〔13〕 参见常鹏翱：《体系化视角中的物权法定》，载《法学研究》2006年第5期，第6页。

〔14〕 李锡鹤：《物权论稿》，中国政法大学出版社2016年版，第158页。

法理上并不是对立关系,而是权利在不同阶段中形式上的界分。<sup>[15]</sup>最后,锚定功利主义理论、知识产权法定来批判自然权利观、法官造法,并未切中要害。曾有学者批判知识产权领域中的法官造法现象,认为这是法官受自然权利观影响过重的表现,并主张我国知识产权司法理念应回归功利主义。<sup>[16]</sup>应当认识到,个案中的法官造法在法学方法上属于法律解释或法律续造,由于实践中势必会出现法无明文规定或虽有规定但无法直接适用的情形,因此法官需要利用类推、续造等法学方法进行裁判,即“法官造法”有存在的必要。正如学者所言,若固守严格的权力制衡的观念,束缚能动司法,那么法教义学将无从发展。<sup>[17]</sup>就此来说,以知识产权法定来批判法官造法的观点,也许存在商榷的余地。

相较之下,在设权模式语境中理解知识产权法定的合理性有三个方面。其一,从权利属性来看,知识产权与物权都是绝对权、对世权,二者都需要以绝对权属性为核心来建构制度规范,故知识产权在设权模式上采法定主义,与“物—债”二分模式是一脉相承的。其二,在以绝对权为内容的法律关系中,权利人之外的不特定主体均负有不侵权的义务,如若义务人难以知悉权利的存在,义务的履行也无从谈起,此时通过立法宣示绝对权存在最合适不过,因此知识产权采法定设权模式的原因在于其绝对权属性。其三,知识产权与物权选择法定设权模式在政策考量上是类似的:首先,具备绝对效力的权利容易牵涉第三人利益,故法律需明定其种类,不允许当事人自由创设;<sup>[18]</sup>其次,财产权与社会经济有密切关联,任意创设可能会对权利的行使和交易产生种种限制和负担,通过法律明定权利种类和内容,有助于提升权利利用的经济效益;再次,对世权的得丧变更应力求透明,权利种类和内容的法定化便于公示,可以确保交易的安全和便捷,降低交易成本。<sup>[19]</sup>

现有研究对知识产权法定已积累了一定的学术共识,但其所指为何却一直没有定论。分类总结文献中的观点,可以发现知识产权法定在权利正当性语境与权利设置模式语境下有不同含义,从民事权利体系化的角度来看,知识产权法定应作为一种设权模式来理解。在制度正当性语境中,知识产权法定体现出有限保护的价值考量,并被视为功利主义权利观的替代表达,这可能与两种权利观对权利保护的态度差异有关:在自然权利理论下,保护知识产权具备先天的正当性,立法规定与否对权利保护的限定性有限;而功利主义则主张知识产权由法律创设,权利范围是立法者利益平衡的结果,对知识产权的保护要恪守立法圈定的界限。这种保护观念上的差异,对一些争议案件的处理具有启示意义,但却不是知识产权法定的应然含义。

将制度正当性与权利法定脱钩,使知识产权法定原则回归其本来的面目,不仅能深入理解知识产权在私权体系中选择法定设权模式的背后机理,还有助于体系化地理解散见于知识产权法中有关权利内容、权利公示与变动等诸多制度。

### 三、知识产权法定与著作权兜底条款之关系

作为一类知识产权,著作权当然遵循知识产权法定原则,接下来需要回应的是:知识产权法定

[15] 参见夏勇:《权利哲学的基本问题》,载《法学研究》2004年第3期,第8页。

[16] 参见崔国斌:《知识产权法官造法批判》,载《中国法学》2006年第1期。

[17] 参见许德风:《法教义学的应用》,载《中外法学》2013年第5期,第963页。

[18] 参见王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2010年版,第15页。

[19] 同上注,第35页。

与著作权兜底条款是何关系。作为一般原则和具体规定,在此要着重考察著作权兜底条款是否违背了知识产权法定原则。

### (一) 知识产权法定的规范目的

与物权法定相比,学界对知识产权法定的讨论比较有限,有必要借鉴物权法定的研究成果来丰富我们对知识产权法定的认识。经典的物权法定理论包括物权种类法定与内容法定两方面。<sup>[20]</sup> 物权种类是指法律规定的物权种类名称,如所有权、土地承包经营权、一般抵押权等,物权内容主要指的是物权的具体权能,法律依据是与物权利能有关的条文。<sup>[21]</sup> 其中,类型法定旨在回答“哪些权利是物权”,而内容法定则负责明确“物权利能做什么”,知识产权法定的内涵也可以从类型法定与内容法定两个方面展开。

#### 1. 知识产权类型法定

知识产权的类型法定依据是《民法典》总则编中的知识产权条款。《民法典》第123条将知识产权定义为“权利人依法就下列客体享有的专有的权利:(一)作品;(二)发明、实用新型、外观设计;……”。从规范文义出发,本条明确了知识产权的类型,确认了权利人就作品等客体享有的专有权利受法律保护;观察规范体系可知,知识产权是对世权、绝对权,除了权利人外的不特定主体均负有不得侵犯之义务。<sup>[22]</sup> 在体现权利的绝对性方面,物权法定和知识产权法定的目的一致。需要注意的是,知识产权与物权虽然都是诸多权利的上位统合概念,但不同的物权乃通过差异化的权能组合得来,其权利客体是同一的,例如所有权与用益物权的客体都是物,不同在于前者具有对物的处分权能。与物权不同,知识产权的类型划分是通过权利客体的类型化实现的,著作权与专利权的根本差异不在于权能的多寡,而在于两者的权利客体不同。正因为上述差异,《民法典》第123条需要在法条表述中以权利客体为中心来构建类型法定规范。

具体到著作权,权利类型法定需要从权利客体的角度回答哪些权利是著作权。根据指向知识产权类型法定的规范可得,权利人只能依据具备独创性的表达享有著作权。尽管知识产权领域重叠保护的情况时有发生,但著作权产生的客体基础不能是作品之外的其他客体(技术方案、商业标识等)。综合而言,著作权类型法定的规范目的主要有二:(1)体现著作权的绝对性,明确其与意定权利的不同;(2)以客体类型构建权利类型,提示“有作品才有著作权”的设权原则。

需要注意的是,虽然著作权遵循知识产权法定,但作品类型并非法定:判断某一权利对象是否为作品,是通过检视其是否具备作品性来得出结论的,只要满足作品的构成要件,任何类型的作品都受《著作权法》保护,著作权法定在逻辑上无法推导出作品类型法定。

#### 2. 知识产权内容法定

仍以物权法定为例,内容法定需要规定具体的物权有哪些权能,《民法典》第240条、第323条等规范即为直接的法律依据。由于法典编纂体例的选择,知识产权的权利内容条款分散在各单行法中。虽然有多种权利被置于知识产权的概念下,但权利客体的差异也让权利内容相去甚远,例如《专利法》第11条和《商标法》第3条都是有关权利内容的规范,但法条的表述却截然不同。与前两者相比,围绕作品构建的著作权内容也有其独特之处:《著作权法》第10条表明,完整的著作权

[20] 有学者认为物权法定原则的内涵除了物权的种类法定和内容法定外,还包括物权效力、公示方法法定。参见王利明:《物权法定原则》,载《北方法学》2007年第1期,第6页。

[21] 参见常鹏翱:《物权法定原则的适用对象》,载《法学》2014年第3期,第89页。

[22] 参见易继明:《知识产权法定主义及其缓和——兼对〈民法总则〉第123条条文的分析》,载《知识产权》2017年第5期,第5—6页。

是由著作人身权与著作财产权共同组成的“权利束”，以受控作品的使用行为界定专有权利。此外，著作权内容法定的规范依据在条文表述上也使用了类型化的方法，难免令人心生疑窦：本条在外观上显然更像是在表达类型法定，为何本文视其为内容法定的规范依据？

直观地看，《著作权法》第10条的确更像权利类型法定的条款，但这种观感也是物权与知识产权间的差异带来的。物权以物为客体，权利法定围绕对物的权能展开，并且存在一个最高效力位阶、包括所有权能的所有权。而知识产权中不存在同一的权利客体，以客体为核心构建权利类型法定规范后，尚需要进一步围绕权利客体构建内容法定规范。对著作权而言，法律并没有构建一个完整的排他权，而是按照作品类型与作品使用方式，分别进行权能设计并组合成权利束。<sup>[23]</sup>因此，尽管对权能类型化的表达让《著作权法》第10条看起来像是权利类型法定的规范依据，但正是类型化后的权利束组建了著作权的权利内容。

还需要思考的是，既然著作权主要是按作品使用方式来规定，为何选择了列举具体行为，而不是规定高度抽象的“使用行为”？对此，或可从立法的流变中窥知一二：1990年《著作权法》未将著作财产权逐个规定，而是以“使用权”来指代著作财产权，仅在条文中示例了使用作品的一些方式；在2001年《著作权法》中，权利内容条款将著作人身权和著作财产权分列之余，还列出了16种具体的权利，使著作财产权明细化。“作为首次修法最突出之处，著作财产权的改动使得著作权及其保护更为完整、周延。”<sup>[24]</sup>这个评价不无道理。作为一项绝对权，著作权的对世属性需要法律明确权利内容，否则义务主体无从知晓其履行义务的对象和内容，著作权的保护更是无从谈起。

基于上述分析，著作权内容法定的要义即在于：明晰绝对权内容，昭示义务范围。知识产权法定原则需要在每个知识产权单行法中展开，权利客体的差异使权利法定表现出多幅面孔，但一以贯之的是确保知识产权的绝对性、对世性能够实现。具体到著作权法中，通过分析类型法定和内容法定的规范目的，可以发现权利法定的制度预设在于通过立法证立著作权的绝对性，使不特定义务主体得以知悉绝对权的内容。

## （二）设置著作权兜底条款的法理依据

知识产权法定是研究著作权兜底条款必须直面的原则，既有研究在谈及两者关系时，多数学者认为著作权兜底条款违反了权利法定原则，<sup>[25]</sup>仅部分学者认为著作权兜底条款是知识产权法定原则的例外，二者并不相斥。<sup>[26]</sup>若进一步思考，会发现两种观点或许都有不尽明确之处：

认为兜底条款违背了权利法定原则的观点，往往仅从字面含义解读知识产权法定原则，忽视了对规范目的的考察，进而得出著作权兜底条款违背权利法定原则的结论。其实，立法机关曾多次机会修正文义错误，著作权兜底条款能在争议中留存至今已在某种程度上表明立法者在此有

[23] 参见熊琦：《著作权的法经济分析范式——兼评知识产权利益平衡理论》，载《法制与社会发展》2011年第4期，第44页。

[24] 李明山、常青等：《中国当代版权史》，知识产权出版社2007年版，第313页。

[25] 参见熊琦：《著作权法定与自由的悖论调和》，载《政法论坛》2017年第5期，第83页；刘铁光：《论著作权权项配置中兜底条款的废除——以著作权与传播技术发展的时间规律为中心》，载《政治与法律》2021年第8期，第116页；吴汉东：《〈民法典〉知识产权制度的学理阐释与规范适用》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2022年第1期，第28页；刘银良：《著作权兜底条款的是非选择》，载《法学》2019年第11期，第125—128页；孙山：《权利法定原则在知识产权领域中的应用——立法模式、规范表达与裁判说理》，载《知识产权》2021年第7期，第77页。

[26] 参见杜志浩：《法定主义、兜底条款与法官造法——〈著作权法〉第十条第一款第（17）项的解释论》，载《财经法学》2018年第1期，第116页。另一种表述是：兜底条款从属于知识产权法定原则。参见张俊发：《论著作权权项设置中兜底条款的适用》，载《知识产权》2018年第12期，第16页。

额外考量,简单将其存在归咎于文义错误难以服人。就此而言,分析兜底条款与知识产权法定的关系应当以规范目的为导向。因为法律概念旨在发挥规范功能,脱离规范目的的解读毫无法律意义。<sup>〔27〕</sup>

对于知识产权法定与著作权兜底条款构成“原则—例外”关系的主张,首先应明确:怎样的“原则—例外”关系对法学分析有意义。拉伦茨认为:“例外存在于下述情形:法律希望赋予一项规则尽可能广泛的适用范围,仅在特别(严格限制的)事例,容许突破此项规定,立法者认为,假使在此种事例亦贯彻此项规则,实际上并不可行或并不适当,因此愿意放弃其适用。……具决定性的仍是:立法者将此类事例排除于适用范围之外的理由。”<sup>〔28〕</sup>按其观点,若知识产权法定与兜底条款系“原则—例外”关系,首先要肯定兜底条款违反了作为一般原则的知识产权法定,然后再判断此处违反是否属于立法者所作的特别安排,现有研究往往疏于考察例外安排的理据。

综合来看,虽然两种观点在内容上截然相反,但都认为兜底条款违反了权利法定的一般原则,区别在于是否认为这种违反是立法者有意为之。对此,应当考察著作权兜底条款在规范目的层面是否违背知识产权法定。而知识产权法定的要义在于证立权利的绝对性,著作权兜底条款并不违背这一规范目的,理由主要有三个方面:

1. 通过立法公示权利的类型与内容无疑可以证立权利的绝对性,但在逻辑上尚且存在其他方式能达到类似的效果。著作权兜底条款的价值就在于囊括立法之外的权利公示渠道,“物权法定主义缓和”理论能在一定程度上印证这一点。

有关物权法定的争议素来就有严格法定说、自由说和缓和说三种。<sup>〔29〕</sup>直至今天,物权法定应当如何表达仍有争议,虽然通过习惯创设物权在学理上并未得到压倒性的认可,但从最高人民法院印发的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号)第67条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(法释〔2020〕28号)第68条来看,严格的物权法定主义已经在一定程度上有所松动。有学者对上述司法解释评论道:因《民法典》承认“其他具有担保功能的合同”,据此创设的担保权益将能够被赋予物权效力,从而经由合同效果而缓和物权法定的僵硬性。<sup>〔30〕</sup>

需要注意的是,司法解释中显现的松动目前仅限于担保物权领域,并未延及所有权和用益物权,这或许是由实践中担保制度的灵活多变所决定:蓬勃的商业交易创设出诸多非典型担保制度,若恪守严格的物权法定对之不管不顾,势必会对交易中各方的利益带来负面影响。相比之下,担保物权外的其他物权则没有这方面的顾虑。在知识产权法定严格疑惑缓和的态度选择上,著作权有着与担保物权类似的处境:著作权是“技术之子”<sup>〔31〕</sup>,传播技术的迭代更新会带来新的作品使用方式。回顾历史,著作权的内容从最初时仅有复制权发展至今,极大程度上依赖于传播技术的革新,著作权的内容变动不居才是常态。同时,由于著作权法牵涉的利益群体众多,我国历次修法耗时良久,完全遵照限定性的立法并不切合实际,法律需要秉持稍显缓和的态度回应技术发展带来的影响。就这一点而言,设著作权兜底条款在法理上可行。

2. 释义者将设置著作权兜底条款的理由总结为:“例举的方式无法穷尽著作权,作品新的使用

〔27〕 参见李琛:《文本与诠释的互动:回顾〈著作权法〉三十年的新视角》,载《知识产权》2020年第8期,第19页。

〔28〕 [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第229—230页。

〔29〕 参见谢在全:《民法物权论》,中国政法大学出版社1999年版,第47页。

〔30〕 参见张家勇:《体系视角下所有权担保的规范效果》,载《法学》2020年第8期,第8—9页。

〔31〕 参见[美]保罗·戈斯汀:《著作权之道》,金海军译,北京大学出版社2008年版,第22页。

方式层出不穷,无论如何都例举不全……理论上讲,作品有多少种使用方式,作者就有多少种权利。”<sup>[32]</sup>问题在于,将作品使用方式直接等同于著作权,忽略了著作权绝对权属性的证立,类型化的著作权内容条款通过立法完成了权利公示,未经立法确认和公示的其他作品使用方式,尚不能具备绝对权的对世效力。即便通过适用著作权兜底条款,将新作品使用方式诠释为受著作权控制,原则上也必须借助立法外的手段实现和立法公示等同的效果。

进言之,未被《著作权法》明确列举的作品使用方式借助兜底条款成为一项权利,核心在于取得与立法公示等同的效果,即让作品使用行为获得社会典型的公开,且为不特定义务主体认可。其实,司法实践已有适用著作权兜底条款证立权利的先例:在2020年修法前,《著作权法》明列的权能无法涵盖互联网上的非交互式播放行为,然以此为对象的交易已在市场中大量存在。尽管立法有所不及,但经年累月后,理性的社会公众倾向于认为著作权应当涵盖对于非交互式播放行为的控制,对作品在网络环境中的非交互式使用逐渐具备了对世的特征。

3. 各国在著作权内容条款的设置上虽有所差异,但差异背后暗含着相似的考量。德国《著作权法》除例示各项著作权外,还设有一项一般财产权条款。<sup>[33]</sup>一般财产权赋予作者一项综合性的绝对权,这种绝对权不但把目前已经存在的所有作品利用形式,还把将来可能出现的利用形式,都保留在作者手中。<sup>[34]</sup>德国法上的一般著作财产权和兜底条款发挥的作用是类似的。还有一种立法例不对著作权做过于精细的权项划分,而对基础的权能——如复制权、表演权等——做相对开放的规定,使这些权利能最大程度地涵盖未来可能出现的作品利用方式。美国、法国是这种立法例的代表国家。<sup>[35]</sup>设著作权兜底条款或与之效果等同的制度,并非我国独此一家。

事实上,各国均需要在著作权体系的封闭和开放之间做适当平衡,立法者们都要着力应对如下难题:新的作品利用方式如何适用于旧的规范体系。至于规范采何种形式表达,这只是法律规定的表象,因为社会环境、法律传统的不同,各国著作权法在规范表达上有所不同也属应当。学界有观点以是否在著作权法中设置兜底条款为准,认为世界上多数国家都规定了封闭式的著作权体系,进而主张我国著作权体系是开放的,并以此质疑我国设兜底条款的必要性。<sup>[36]</sup>应当认识到,兜底条款本身并不意味着我国《著作权法》放弃了法定设权模式,只从形式角度考察著作权兜底条款的比较法样态,不能说明我国立法模式存在缺陷。我国《著作权法》设置兜底条款,实则是基于社会需要和立法技术等因素考量的结果。

著作权兜底条款在规范目的层面并不违背知识产权法定。从证立著作权对世性的角度出发,著作权兜底条款恰恰构成知识产权法定在《著作权法》中规范表达的一部分,其价值在于为新的作品利用方式提供立法手段以外的权利公示通道。应当说,著作权兜底条款不仅有其存在理据,还在一定程度上提升了著作权法面临传播技术迭代时的体系包容能力。

#### 四、著作权兜底条款的适用机理

单纯肯定兜底条款的价值、提出大致的解释方向,对于规范的适用及教义学的建构而言仍不

[32] 黄薇、王雷鸣主编:《〈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98—101页。

[33] 参见《十二国著作权法》译制组:《十二国著作权法》,清华大学出版社2011年版,第149—153页。

[34] 参见[德]M.雷炳德:《著作权法》,张恩民译,法律出版社2005年版,第214页。

[35] 见前注[33],《十二国著作权法》,第729—731页、第68—69页。

[36] 见前注[8],刘银良文,第124页。



足够,还需从既有裁判中总结司法经验,提出兜底条款在法解释层面的适用机理。实践中,诸多援引著作权兜底条款进行裁判的案件饱受争议,致使该条款看似仅为司法适用徒增诸多不确定性。事实上,就立法论与解释论的区分来看,质疑著作权兜底条款的适用效果首先应当从法律适用的角度出发,判断法院对该条款的解释有无疏漏,进而思考司法适用的问题是否全由立法导致,不能简单地将所有问题归咎于立法不当。其实,实践中援引著作权兜底条款裁判的案件,绝大多数存在司法适用方面的缺陷,而这些不当却被掩盖在对兜底条款的批评声中,这说明著作权兜底条款的适用机理尚不明朗。对此,有必要进一步探讨著作权兜底条款的适用场景和解释立场,前者关注满足何种条件时可触发兜底条款的适用,后者则聚焦于适用兜底条款时方法论层面的具体操作。同时,通过兜底条款创设绝对权,势必会对法秩序中的现有利益状况产生影响,故而还应当从适用结果的角度来考量援引兜底条款是否妥当。

### (一) 适用兜底条款的具体条件

著作权人向法院起诉他人构成侵权,因其主张的权项未在《著作权法》明确规定,故而选择兜底条款作为请求权基础,这是适用著作权兜底条款的惯常案情。在这类案件中,一旦法院支持原告的诉讼请求,其审理案件运用的法学方法就已经不是单纯的法律解释,而是为填补法律漏洞所进行的法的续造。

法官需要法律续造的原因在于,任何法律秩序都有漏洞,因为“在变化迅捷的社会中会不断出现亟待解决的新的法律问题,而其中许多都是法律没有作出规定的”。<sup>[37]</sup> 法律漏洞通常指法律体系中违反计划的“不圆满状态”,其指的是某一生活类型并未受法律规制,人们无法为该生活类型所发生的问题在法律中找到答案。<sup>[38]</sup> 法律漏洞概念的重要性在于:只有当法律有漏洞存在时,法官才有权通过法的续造填补漏洞,它的作用就在于划定法律续造的界限。<sup>[39]</sup> 因此,法律漏洞是法律续造的开端,无法律漏洞便无法律续造。在理想状态下,法律解释可以在一定程度上与法律续造区分,法律规范的语言模糊性使得法律必须经解释而适用,如果穷尽所有可能的解释方法后仍不得妥当地适用,此时就有可能存在法律漏洞,需要法官进行法的续造。就法律漏洞的分类而言,学理上有“开放的漏洞”和“隐藏的漏洞”之分,前者指就特定类型的事件,依照立法目的本应设置规则,但法律欠缺可适用的规则;后者则指,就某类事件法律虽然有可以适用的规则,但考虑到此类事件的特殊之处以及规范目的,适用该规则并不适宜。

兜底条款属于《著作权法》中的隐藏的法律漏洞,因著作权兜底条款的适用之难并不在于语言的模糊性,而在于过宽的规范文义造成的法律适用难题。对于法律漏洞,魏德士认为有一些法律漏洞并不违反计划,属于立法有意安排的缺陷。<sup>[40]</sup> 在某种程度上,著作权兜底条款即在此列,由于立法者可能无法对已经认识的需要调整的利益状态进行规定(如争议较大的追续权),因此他们有意地做出沉默,留于司法对这些利益进行诠释。同时,著作权兜底条款范围广泛且有不确定性,这或许表明立法者希望法官能在个案中灵活地造法,以适应当时的技术经济、社会和政治的发展。

在逻辑上,填补漏洞的前提是识别漏洞,即确定在何等情况下需要援引著作权兜底条款进行法的续造。毫无疑问,在个案中需要首先考虑被诉行为是否属于已被类型化的具体权能,如果能适用已被列举的权利则无援引兜底条款的必要。还应注意的是,“文义可能性”是区分法律解释和

[37] [德] 伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第343页。

[38] 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第293—294页。

[39] 见前注[28],卡尔·拉伦茨书,第247页。

[40] 见前注[37],伯恩·魏德士书,第348页。

法律续造的界限，<sup>[41]</sup>在文义可能性的范围内，法律解释在面对新的作品使用方式时也能提供一定的包容力，例如法律并没有对一些新的作品使用方式增设权能，而是在文义允许的情况下将其扩大解释进复制权中，<sup>[42]</sup>这才使得当今的复制权内涵如此丰富。如果穷尽已列举的权利仍不得适用，法官无法通过法律解释获得适切的结果，此时便有进行法律续造的必要，如在“网易诉广州多益案”中，法院在援引兜底条款前逐一论证了被诉行为无法解释到法律列举的权能中，<sup>[43]</sup>虽然法院对本案适用兜底条款的论证尚有瑕疵，但这种裁判的思路值得肯定。

若某类事件不在法秩序欲调整的范围当中，那么即使此类事件适用法律无据也不构成法律漏洞。多数情况下，精细地区别法律调整的领域及法外空间很难实现，但为了识别法律漏洞，这种区分仍有必要。具体于著作权领域，应认识到并非所有与作品产生关联的行为都要由著作权法调整，如果其他部门法已将相关事件纳入调整范围，则不应援引兜底条款进行干预。例如，在物权为作品载体已经提供保护的情况下，有法院认为丢失原稿侵犯作者的“其他权利”显然不合逻辑，比照具有人格象征意义的特定纪念物品毁损、灭失后的民事救济，可能是更合适的做法。<sup>[44]</sup>除此之外，对角色名称等不构成作品的要素寻求兜底条款的保护，也存在类似的逻辑误区，反不正当竞争法可能更适合处理类似案件。<sup>[45]</sup>若某类事项已被纳入其他法律的调整范围，著作权法的调整应予以尊重。

综上所述，著作权兜底条款构成法秩序中隐藏的法律漏洞，法官需要续造法律来填补漏洞，这项工作的前提是识别确认漏洞的存在。在此，重要的是在个案中确定：（1）系争权利无法通过法律解释进入已列举的著作权中，确有适用兜底条款之必要；（2）系争权利落入著作权法所调整的社会关系中，不属于著作权法意义上的“法外空间”。

## （二）适用兜底条款的解释路径

在法学方法中，填补隐藏的法律漏洞主要借助对规范的目的性限缩来完成。<sup>[46]</sup>目的性限缩是指，法条的文义看起来似乎清楚，但是与法律目的相比，该文义却过于宽泛，因此需要将法条文义限缩在与法律目的相一致的适用领域之中。<sup>[47]</sup>当存在隐藏的法律漏洞时，可能出现依规范目的不属相同类型的案件被置于同一法律规则中调整的情况，而这与“不同案件应作不同处理”的正义观念相悖，因此需要在探明条文的规范目的后，将与之不符的案件类型排除在规范适用之外。<sup>[48]</sup>通俗地讲，对法律规则进行目的性限缩解释，是通过规范目的来为规则文义中过宽的适用范围作“瘦身”，以达到限缩法条适用范围的效果。在这个过程中，规范目的对于目的性限缩而言至关重要。

依据本文先前的论证，著作权兜底条款与知识产权法定在规范目的层面一致，二者均旨在证立著作权的绝对权属性。如果以此为基点，对兜底条款进行目的性限缩解释后，符合规范目的的

[41] 对此，拉伦茨有过经典论述：“狭义的解释之界限是可能的字义范围。超越此等界限，而仍在立法者原本的计划、目的范围内之法的续造，性质上乃是漏洞填补＝法律内的法的续造……”见前注〔28〕，卡尔·拉伦茨书，第246页。

[42] 参见〔匈〕米哈依·菲彻尔：《版权法与因特网》（上册），郭寿康、万勇、相靖译，中国大百科全书出版社2009年版，第123—132页。

[43] 参见广州知识产权法院民事判决书，（2015）粤知法著民初字第16号。

[44] 见前注〔2〕，李琛文，第31页。

[45] 参见广东省广州市天河区人民法院民事判决书，（2016）粤0106民初12068号。

[46] 见前注〔28〕，卡尔·拉伦茨书，第267—272页。

[47] 参见〔奥〕恩斯特·A. 克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第190—191页。

[48] 参见舒国滢、王夏昊等：《法学方法论前沿问题研究》，中国政法大学出版社2020年版，第419—420页。

解读应是：系争权利可以通过某种方式，取得与立法公示著作权的类似效果，实现证立著作权绝对性的目的。上述解读需要把握以下两点：

1. 在逻辑上，其他权利应具备“可识别性”，否则义务的履行便无从谈起。通过著作权兜底条款证立绝对权，需要在权利人与义务人之间寻求适当平衡。从义务履行的角度出发，为避免动辄侵害著作权，系争权利应具备社会通常意义上的可识别性，而非处于义务人无法感知的状态。更进一步，系争权利应当尽可能地清晰、明确，并且在整体观察上接近著作权。

观察今天的著作权制度，不难发现著作权涉及的作品利用行为有三类：对作品的载体利用、再现作品以及演绎作品，这是各国著作权立法发展至今的基本共识。不可否认，虽然未来传播技术的革新有可能为作者带来新的作品利用方式，打破原有的著作权利益格局，但在当下，如果一种与作品有关的使用行为不属于前述三种之列，那么其很可能不具备成为一项权利的特征。例如，实践中有原告主张被告在涉案电影拍摄过程中，使用电影名称进行众筹的行为侵犯其“应当享有的其他权利”，<sup>〔49〕</sup>还有原告认为被告将其作品使用在被告运营的“庸俗网络游戏”中侵犯了其“应当享有的其他权利”。<sup>〔50〕</sup>这些主张乍看之下似乎与作品利用有关，但这些所谓的“权利”既不能被归类到上述三种作品使用行为中，内容又十分模糊，并不具有一般社会生活中的可识别性。如果这些模棱两可的主张借兜底条款成为著作权，一定会极大地影响社会中其他个体的行为自由。

2. 除“可识别性”外，“其他权利”还应当多次、反复地出现，并且在整体上形成了社会层面的共同认识。一方面，个别权利反复地出现能形成某种生活中的惯例，这是法律认可该惯例并将其转化为规范权利的前提。另一方面，对系争权利在社会和文化层面形成认可，也是构建绝对权法律关系的基础。对此，德国法学理论在探讨绝对权的特征时有类似的认识：是否具备“社会典型公开性”，是侵权法保护未列举绝对权的一项考量标准，其强调的是人们在精神、文化意义上对系争权利形成共通的认识。<sup>〔51〕</sup>可以发现，社会典型公开性也是在突出义务人对履行义务的认可。至于个别权利如何走向一般权利并取得社会群体在文化层面的认同，民法上关于习惯的研究或许具有一定借鉴意义。在《民法典》将习惯列为法源的情况下，满足“惯行的事实”和“法的确信”两项条件时，习惯便可成为习惯法，被用作法律调整社会关系的依据。其中，惯行的事实属于客观条件，其指很多人一直用同样的方式来处理特定事务。法的确信则是指人们认可某项事实上的习惯具有法律约束力，存在法的确信是习惯法能够作为裁判依据的关键。<sup>〔52〕</sup>这种认可一方面源于生活中大量相似的交易安排，另一方面源于司法裁判对上述交易安排渐进多次的承认。正因为存在法的确信，习惯才具备了成为正式法源的条件，个案中具体的权利也借此具备了规范性。

回到著作权兜底条款的问题上，当一种作品使用行为未被法律列举，但却作为交易标的在著作权许可市场中重复出现，当司法机关对系争权利呈现出认可与接纳的保护态度，很可能会推动民众对系争权利形成法的确信。在2020年修法前，互联网上的非交互式传播适用兜底条款的事例也遵循了上述逻辑：因旧法与《伯尔尼公约》中广播权的规定一致，由于传播技术发展的局限，《伯尔尼公约》中规定的广播权无法涵盖非交互式传播，但在著作权许可市场中，许可作品的非交互式播放却大量存在，法院在应对相关纠纷时逐渐确立了通过兜底条款保护非交互式播放的方案。<sup>〔53〕</sup>随着时间的

〔49〕 参见北京知识产权法院民事判决书，(2017)京73民终2049号。

〔50〕 参见上海知识产权法院民事判决书，(2015)沪知民终字第442号。

〔51〕 参见于飞：《侵权法中权利与利益的区分方法》，载《法学研究》2011年第4期，第110—111页。

〔52〕 参见彭诚信：《论〈民法总则〉中习惯的司法适用》，载《政法论坛》2017年第4期，第27—28页。

〔53〕 参见上海市徐汇区人民法院民事判决书，(2016)沪0104民初24420号；广东省高级人民法院民事判决书，(2018)粤民终137号；北京互联网法院民事判决书，(2019)京0491民初23408号等。

推移,社会公众也渐渐建立起如下认知:对作品的非交互式播放虽然不被《著作权法》中已规定的权利内容所控制,但其仍对此种作品使用行为负有不得侵害的义务。后经过修法,广播权已经能够涵盖对作品的非交互式播放。可见,法院适用兜底条款解决问题的经验亦是促成广播权修改的原因之一。通过习惯形成法的确信,再到个别权利被实定法吸纳,这是国家层面的立法和民间层面的习惯相互交融的体现,二者相互合作,共同形成了稳定而有序规范。

总的来看,在确有必要援引著作权兜底条款的情况下,应当根据该条款的规范目的——证立著作权的绝对权属性——进行限缩解释,以上工作需要注重考察的是:(1)系争权利应当清晰明确,具备“可识别性”;(2)系争权利应多次、反复地出现,并在整体上形成了社会层面的共同认识。

### (三) 适用兜底条款的效果考量

适用著作权兜底条款的效果是通过司法承认社会实践中创设的绝对权,判决一经做出牵连的主体相当广泛,若肆意适用恐会为现有法秩序带来不稳定的因素,因此还要在事前作后果层面的考虑,辅以最终决定的做出。就影响范围而言,对适用兜底条款的效果考量可从两点展开:(1)若不适用,将会给权利人带来何种影响;(2)如若适用,可能会给权利人之外的主体带来什么影响。

就第一点而言,适用著作权兜底条款除了可能会为权利人拓展新的权利空间,也有可能对既有权利的实现产生影响。在2018年颁布的《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》(以下简称《审理指南》)中,第5.18条规定了援引“其他权利”的三个考量因素,其中第二个是:对被诉侵权行为若不予制止,是否会影响著作权法已有权利的正常行使。<sup>[54]</sup>这实际上是在为既有权利的保护填补漏洞,体现出一种“补漏”的裁判思路,此时适用兜底条款重点不在于确认新的权利内容,而在于为现有法秩序中的权利体系“打补丁”。<sup>[55]</sup>这种思路早在1999年“世纪互联诉王蒙案”中就有所显现,法院在判决中指出:虽然我国著作权法未明确规定网络上作品的使用问题,但并不意味着对在网络上使用他人作品的行为不进行规范……若著作权人对作品在网络上的使用行为无权控制,那么其享有的著作权在网络环境下将形同虚设。<sup>[56]</sup>从另一个角度来看,若某一权利既未被《著作权法》明确规定,又对权利人的既有利益影响重大,那么法律理应保护此种权利的观念成为共识只是时间问题。

考量第二点的原因在于,适用兜底条款会要求权利人之外的不特定主体承担一项义务,创设效力如此强大的绝对权必须谨慎谦抑。按照《审理指南》的观点,需要从创作者、传播者和社会公众之间的利益平衡入手来检视在个案中适用兜底条款是否妥当。<sup>[57]</sup>对此,著作权兜底条款的利益平衡考量需要着重判断:若适用兜底条款,是否会实质上架空、影响其他制度(如合理使用)发挥作用的的空间。例如,若法院支持著作权人主张的“禁止低俗滥用作品”“允许他人出版教材配套教辅”等“权利”,可能会事实上缩减合理使用的范围,带来新的问题。同时,著作权内容条款还与作品类型、权利归属等规范联系紧密,在适用兜底规范前还应当考虑可能对法体系中其他关联制度的影响。另外,设置一项新的绝对权对不特定义务主体的影响最大,法官在适用兜底规范前不妨设身处地地思考义务人履行义务的正当性,若有所疑义,或许能在侧面说明该项权利难以被民众所认可。

著作权兜底条款是规范体系中隐藏的漏洞,援引时需借助目的性限缩的方法修正规范的文义范围。本文所讨论的适用条件、解释取向及实效考量,基本覆盖了著作权兜底条款适用的前提、过

[54] 参见《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》第5.18条。

[55] 这种思路被总结为“止损原则”。见前注[2],李琛文,第34页。

[56] 参见北京市第一中级人民法院民事判决书,(1999)一中知终字第185号。

[57] 参见《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》第5.18条。

程和结果等环节。据此,在适用著作权兜底条款时,应依次考察如下标准:(1)系争权利无法通过法律解释进已列举的著作权中;(2)系争权利落入著作权法所调整的社会关系中,不属于著作权法意义上的“法外空间”;(3)系争权利应当清晰明确,具备“可识别性”;(4)系争权利应多次、反复地出现,并在整体上形成了社会层面的共同认识;(5)若不适用,是否会减损权利人的既有利益;(6)如若使用,是否会对不特定义务主体带来过重的义务负担。

## 五、结 语

著作权兜底条款在理论与实践层面都有亟须解决的问题,在学界对作品类型兜底条款的讨论落下帷幕后,现在可能需要对著作权兜底条款投注更多关注。进入万物互联的时代后,传播技术迭代迅速、新的作品使用方式不断出现,如何对待著作权人越来越多的权利主张,影响着社会共同体中的每一个个体。著作权发展到今天的历史,在某种程度上也是权利人对作品使用方式的控制不断强化的过程,这个过程绝非一蹴而就,著作权人最终得以控制新作品利用方式,是被法律和公众逐渐承认的,这一渐进过程时刻都在平衡法律安定性和法律正义之间的价值交锋。为此,在理论认识上应明确,著作权兜底条款与知识产权法定并不冲突,二者的制度目的均为提供权利的公示手段,辅助著作权对世性、绝对性的实现。对规范目的的准确把握,是破解著作权兜底条款适用疑题的锁钥。而由于立法表述过于宽泛,仅从字面含义解读著作权兜底条款得到的结果,可能既不符合著作权法原理,也有违一般的社会认知。法院需要借助制度的规范目的来修正著作权兜底条款的适用范围,这亦是目的性限缩手段的应有之义。

---

**Abstract** The academic orientation and application mechanism of copyright cave clause are unclear. To solve this problem, it is necessary to clarify the original features of the numerus clausus of rights in intellectual property law. The numerus clausus of rights in intellectual property law should be understood as the principle of establishing rights, rather than the alternative expression of the utilitarian view of rights, and its purpose is to realize the absoluteness of rights through the demonstration of rights. Copyright also follows this principle, which includes legal right type and legal content. In accordance with the normative purpose, the copyright cave clause does not violate the numerus clausus of intellectual property. In terms of legal method, the copyright cave clause is a hidden legal loophole that the court needs to invoke it through purposive limitation. The reasonable interpretation of “shall be enjoyed by the right holder” in the clause is “can be publicized in a certain form”. In juridical practice, the court should not only confirm the existence of the legal loophole, but also consider the possible impact of the application of the copyright cave clause from the perspective of consequences.

**Keywords** Copyright Cave Clause, Numerus Clausus of Intellectual Property, Publication of Right, Hidden Legal Loophole, Purposive Limitation

---

(责任编辑:王杰)