

《著作权法(修订草案送审稿)》 修改与完善建议

孙远钊*

目次

- 一、前言
- 二、关于法规结构的反馈意见
 - (一) 整体框架
 - (二) 权项设置与定义
 - (三) 买卖/许可的认定与首次销售(权利用尽)法则
 - (四) 著作权的合并与必要情境法则
 - (五) 网络服务提供者的责任
 - (六) 合理使用/权利误用抗辩体系的建构
- 三、关于法规细节的反馈意见
 - (一) 技术保护措施
 - (二) 网络侵权责任与免责的对应
 - (三) 暂时性复制
 - (四) 公开传输权,包括“向公众提供”权
 - (五) 播放权,包括运动及其他现场活动
 - (六) 视听作品著作权/强制报酬请求权
 - (七) 职务性作品
 - (八) 所有权的推定和存续
 - (九) 著作权的集体管理
 - (十) 法定赔偿/行政处罚
 - (十一) 行政执法关系证据
 - (十二) 保全命令/单方救济/海量作品全面禁止令
 - (十三) 成本及律师费用

* 北京大学法学院/知识产权学院访问教授、法学博士。本文所提意见谨代表个人立场,与作者服务单位无涉,文责亦由作者自负。本文注释所列网站最后访问时间均为 2014-11-05。

- (十四) 剧院内视听作品的盗录
- (十五) 确认讯号窃盗的损害赔偿
- (十六) 反编译/兼容性例外
- (十七) 计算机程序未经许可的使用
- (十八) 孤儿作品
- (十九) 对特定“已经发表作品”播放的法定/强制许可
- (二十) 个人学习和研究例外

四、结论

摘要 本文是对国务院法制办公室在2014年6月6日所出台的《著作权法(修订草案送审稿)》的反馈意见。全文分为两个部分:第一部分是在征求意见截止日期前所提出的观点,从整体框架、权项设置与定义、买卖/许可的认定与首次销售(权利用尽)法则、著作权的合并与必要情境法则、网络服务提供者的责任以及合理使用/权利误用抗辩体系的建构等六个面向分别论述。而第二部分(关于法规细节的反馈意见)则是在截止日期后所拟,就技术保护措施、网络侵权责任、暂时性复制、公开传输权、播放权、视听作品强制报酬请求权、职务性作品、所有权推定和存续、著作权集体管理、法定赔偿/行政处罚、行政执法证据、保全命令/全面禁止令、律师费用、视听作品盗录、讯号窃盗、反编译/兼容性例外、计算机程序未经许可的使用、孤儿作品、对特定“已经发表作品”播放的法定许可以及个人学习和研究例外等二十项细节规定分别提出具体建议,期能抛砖引玉、集思广益。

本文谨呼吁立法者以“事预则利、事以密成”的精神来完善著作权的法制体系,尤应密切关注国际间的重大发展,兼顾与平衡国际整合与国内需求,秉持精致立法的作为,莫急于一时却失去了迎头赶上的大好机遇,尽量明确并简化对作品的使用许可,从而能促使未来与著作权相关的许可机制和产业蓬勃发展,让中国也能形成类似美国好莱坞的坚实的文化产业市场。

关键词 著作权法 网络侵权 公开传输 合理使用

一、前言

国务院法制办公室在2014年6月6日出台了《著作权法(修订草案送审稿)》公开征求意见的通知。这再次给各界提供了一个对已经讨论多时的著作权法修订进行全面检视并提出反馈的机会,也显示出中国政府在制定法规时已经非常的公开、透明,愿意透过这样的集思广益,让重大的公共政策能充分吸纳各方的不同意见,并予以消化吸收。这不啻是一大进步,也诚然让最终的成果会是益发的妥善。

由于这次的意见征求乃是提交给全国人民代表大会常务委员会审查前的最后反馈机会,笔者遂滥竽充数,提呈了下述的意见供作立法修改的参考。本文的主体分为两个部分:第一部分是在征求意见截止日期到达前向国务院法制办公室所提出的观点(关于法规结构的反馈意见),共分六项分别论述。鉴于在此一阶段已经进入到整个立法程序的后期,并基于字数的考虑,其中仅着重于对原则和整体结构的分析和具体建议。而第二部分(关于法规细节的反馈意见)则是在截止日期后所拟,是对于《著作权法(修订草案送审稿)》中若干细节部分的规定所提出的具体建议,共分为二十项分别论述。

此次修法的规模之大,诚属空前。而国家版权局会同三个学者专家组所拟出的草案内容也可

说是相当的扎实完整。此处所提,乃是希望锦上添花,让整个法律能更臻完备并能体系一贯,从而一方面可行之久远,另一方面又可符合当前时代与科技发展的需求。不周之处,在所难免,抛砖引玉,唯期各方指证是幸!

二、关于法规结构的反馈意见

(一) 整体框架

由于著作权法在本质上就已经是个特别法,在建构相关的立法体系时贵在尽量完整集中,不宜分散到各处、遍地开花,否则在法规的具体适用上容易产生疑义和困扰。例如,《中华人民共和国侵权责任法》第9条明确了教唆、帮助他人实施侵权行为的,应当承担连带损害赔偿责任;第36条又对于网络用户和网络服务提供者的直接、间接侵权行为规定应当承担民事责任。然而应用到著作权的领域时,其中的具体要件应当为何?这是否表示现行的著作权制度与《侵权责任法》沿袭自美国司法所逐步发展而成的“辅助侵权责任”(contributory liability)和“诱使责任”(inducement liability)相当?目前的草案文本并无明确的界定或说明,然而这其中对于整个相关产业的影响却是非常的巨大。^{〔1〕}在网络服务提供者的侵权责任方面,目前国际间的相关法规制度都只是把此特殊的责任局限在著作权,并不及其他。但目前的形态和方式则显然有可能让网络服务提供者的责任无限扩大,是否会影响到电子商务事业的发展,还需从事进一步的实证调研。

再以著作权的刑事责任为例,如果参考美国和中国台湾地区的前例,都曾经发生是否可以扩张刑事责任的争议。在台湾地区是牵涉到附在侵权(盗版抄袭)光盘里的目录表是否还构成伪造文书罪,而在美国则是以计算机服务器透过网络从事侵权作品的交换是否构成联邦电讯诈欺罪的问题。^{〔2〕}这是因为相关的刑事责任规定并不只是完全放在著作权法之内所造成。为了避免过度滥刑并造成“以刑逼民”的不良后果,也有尽量将所有问题集中到单一法规来处理的必要。

(二) 权项设置与定义

著作权法的修改,应当以尽量简化权项的设置为原则,从而使未来相关的许可更为简易可行。而在另一方面,也应尽量与国际接轨,以促进国际许可的便利性,推广更为广泛、全球化的文化交流。例如,现行的《著作权法》第9条一共列举了十六项权利再外加一个“兜底条款”(“应当由著作权人享有的其他权利”)。《著作权法(修订草案送审稿)》第13条已将所有的权项予以减缩整并,更进一步区分为三项人身权和九项财产权,可谓一大进步。鉴于著作权在性质上本是反向性的排他(独占)权,在法规制定的技巧和管理上已经采取了“反向列表”(exclusive listing)或“负面列表”(negative listing)的模式,也就是除了清单上的禁区,其他的行为都是许可的,此时便不宜再有任何不确定的概念。然而《著作权法(修订草案送审稿)》第13条第10款却仍然保留了此内涵、性质都不明确的“兜底条款”,非常容易造成权利人对权利的误用(misuse)或滥用(abuse),试图透过许可合同变相扩张其权利到法律保护的范围以外,从而对整体制度的平衡与市场、经济发展形成不当的影响(例如,限制被许可人使用没有著作权、由竞争者所研发的软件等),实属遗憾。建议

〔1〕 See Jane Ginsburg and Sam Ricketson, “Inducers and Authorisers: A Comparison of the U. S. Supreme Court’s Grokster Decision and the Australian Federal Court’s KaZaa Ruling”, 11 Media and Arts Law Review 1 (University of Melbourne, March 2006), available at http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=columbia_pllt.

〔2〕 *U. S. v. LaMacchia*, 871 F. Supp. 535 (D. Mass. 1994).

应将此款规定删除,以免让权利保护不当地扩大,避免让权利人有可乘之机或导致对于未来的法规适用和解释造成不必要的困扰与争议,从而符合本次修改法律是为了寻求著作权人权利与社会公益的平衡的基本宗旨。

此外,对于各个权项的定义,基本上没有突出著作权最为特殊的排他(独占)属性(exclusivity),以至于容易与传统物权中的“用益性”(使用权)产生混淆。谨建议把《著作权法(修订草案送审稿)》第13条的各款以“(某某)权,即排除他人未经许可以……方式将作品(如何如何)的权利”的格式来予以明确定义。此外,如第20条、第53条、第54条和第77条等都用了“专有使用权”的名称,其实也极易造成误导,与上述的物权使用概念混淆。谨建议修改为“专有排他权”,方才名正言顺。

复制权与表演权

美国联邦第二巡回上诉法院在2008年对Cablevision案^[3]和联邦最高法院对Aereo案^[4]的判决带来的最新和重要的发展势将对于未来全球的著作权法制如何定义“复制权”(是否要将个别网络电子流的滞留时间纳入考虑)和“表演权”(是否需要区别单点对多点与多点对多点)以及市场如何据此来从事许可产生非常深远的影响(尤其在文化创意产业,包括对于所有的电影、电视节目内容的许可和行销等)。建议对这些发展给予高度的关注并对Aereo案的判决意见给予审慎的研究和评估,以决定未来中国的著作权法是否需要跟进配合抑或采取不同的定义,至少在这方面还不要急于修法。

追续权

《著作权法(修订草案送审稿)》第14条新增了已经引起广泛争议的“追续权”。然而此权项的实施却始终欠缺明确的实证支持:(1)虽然全球已有69个国家先后在著作权的体系中认可了此权利,但是它们推行的具体成效却难以显示的确有助于文化创意产业的发展,反而给拍卖市场带来了相当的不确定因素;(2)关于“从拍卖会场所得到的收益有助于著作权市场发展”的论述,鉴于能够出现在这类市场的基本上乃是位于金字塔顶端的作品,对于位处中端或末端的多数权利人而言,他们事实上难以从中获得利益,从而也难以支持这个制度有助于推展社会公益的论述;(3)支持此制度的人士曾提到澳大利亚采取此制度帮助了原住民推广他们的文化,但对于可能连著作权都已不存在的民谣山歌而言,原住民们又如何能根据什么来主张“追续权”?

谨建议不要在本次《著作权法》的修改内容中纳入或增列此权项,尤其在没有足够的实证数据和建立相对应的配套抗辩措施之前,一旦贸然加入,恐怕只会对于本来就已良莠不齐、规范不够明确的拍卖市场(实体或网络/虚拟)造成更多的问题。

[3] *The Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F. 3d 121 (2^d Cir. 2008), *cert. denied*, 557 U. S. (2009).

[4] *WNET, Thirteen v. Aereo, Inc.*, 712 F. 3d 676 (2^d Cir. 2013), *reversed*, *American Broadcasting Co. v. Aereo*, 573 U. S. __ (2014). [按:美国联邦最高法院在本案推翻了上诉法院的判决,认为被告Aereo构成侵权。而欧盟法院在一个与此类似的案件中也判决,著作人的公开传输权包括了任何以有线或无线方式(包括广播在内)将作品向不在原始转播区域内的公众的传输或再传输。此外,权利人对于受保护的特定作品给予公开传输的许可并不阻却或耗尽权利人得在未来许可或排除以其他方式将该等作品传输给公众。See *ITV Broadcasting, Ltd. and Others v. TVCatchup, Ltd.*, Case C-607/11, *ITV Broadcasting Ltd, v. TVCatchup, Ltd.* (CJEU 4th Chamber, 7 March 2013), available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0607;EN:HTML>. 虽然两案的被告都遭败诉,但这些案件和美国国会方面的动态恐怕已然敲响了一记警钟,即对于所有电视节目或内容的既有传统、单一捆绑(套餐)授权模式已经无法符合消费者的需求,让他们几乎无从选择,或是必须接受许多其实并不需要的产品。而整个再传输背后的高额利润(几乎没有什么成本与付出),也只是让愈来愈多必须按时支付高价的消费者感到不满。]

(三) 买卖/许可的认定与首次销售(权利用尽)法则

在网络环境下涉及著作权作品的交易行为,究竟应当视为“买卖”抑或“许可”?其中的认定标准应当为何?如果是“买卖”,则出卖方对特定售出的作品是否已经用尽了其权利从而购买方可以随意对该作品从事后续性的处置?这里所牵涉到的是未来整个电子书、音乐和电影等的交易以及整个后续二手市场的兴衰,影响极为深远,不可不极为慎重地处理。

如何认定作品的交易究竟是“买卖”抑或“许可”以及其中的标准究竟应当如何,美国与欧盟的司法见解已然产生了很大的分歧,也从而影响到是否可以适用“首次销售”法则[first sale doctrine,也就是所谓“权利用尽”(exhaustion)]的问题。^{〔5〕}其中不但涉及整个软件或其他作品的二手市场是否能够存续,也会对许多涉及著作权的维修或兼容性产品的市场造成很大的影响,也会由于商业模式的改变或转向而对于政府的税收乃至就业市场产生一定的冲击。如上所述,除了传统上对于实体作品的交易外,同样的法则是否也可适用到网络的交易,更是对于整个法律体系构成了严峻的挑战,也成为美国国会目前正在检讨的是否需要全面修改其著作权法的重点问题之一。^{〔6〕}由于目前国内的司法体系还不若欧美等地来得灵活而有弹性,这类的问题就必须予以绸缪规范,以便未来有规可循、有法可依。

如果在政策上要采取所谓的《国际用尽原则》(international exhaustion),那么谨建议参考欧盟法院的见解,放宽对于买卖的认定。相反的,如果在政策上希望给予权利人较多的控制,也就是采取《国内用尽原则》(domestic exhaustion),则建议参考美国法院的见解,明确对于许可的定义。^{〔7〕}

(四) 著作权的合并与必要情境法则

现行的《著作权法》和《著作权法(修订草案送审稿)》都没有对于“思想-表达同一性”的问题给予一个解决方案,或明确采纳国际间所认可的合并(merger)与必要情境(scène à faire)法则。但在实践上相关的案件已不断地发生并造成了司法部门的困扰,尤其是当著作权与商标权或专利权等发生竞合时究应如何处理。^{〔8〕}如果能采纳这两个重要的法则,则许多相关的问题或可迎刃而

〔5〕 美国的判例是 *Vernor v. Autodesk, Inc.*, 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010)[法院定出了三个基准来测试交易的性质:(1)著作权利人是否明确界定了使用人只是取得了许可?(2)著作权利人是否在相当程度上限制了使用人得以转让其著作物(软件)的能力?以及(3)著作权利人是否对其著作物的使用设定了值得注意的限制?如果三项因素全然具备,整个首次的交易行为就是“许可”而非“买卖”];而欧盟/德国法院的案例则是 *Case C-128/11, UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, OFFICIAL JOURNAL 2012/C 287/16[欧盟法院大法庭(Grand Chamber)判决凡是由一方出具价金从网络下载取得来自他方的对象(软件)并可无限期地使用即已构成买卖,从而发生权利用尽的问题]。

〔6〕 See U. S. House of Representatives, *First Sale under Title 17, Hearing before the Subcommittee on Courts, Intellectual Property, and the Internet of the Committee on the Judiciary*, Serial No. 113-98, 113th Cong., 2nd Sess., June 2, 2014, available at http://judiciary.house.gov/index.cfm?a=Files.Serve&File_id=8FC16ABF-B2ED-4BF6-B5A2-108DFECBE09E.

〔7〕 同上注。美国的出版业者已展开对于国会的游说工作,希望能藉由修改和明确限制现行法关于“首次销售”或“权利用尽法则”的适用范围来至少推翻联邦最高法院在 *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons*, 568 U. S. (2013)案的判决(法院判决《美国著作权法》对于权利人行使进口权不及于在美国境外发行而后以平行进口方式输入至美国境内的情形)。而联邦最高法院之前在 *Quality King Distributors Inc. v. L'anza Research International Inc.*, 523 U. S. 135 (1998)案已经判决著作权利人无法对于源自美国境内、之后输出至其他国家然后再以平行进口方式回到美国市场的物品行使进口权。因此这两个判决的组合事实上已经在政策上让美国目前对于著作权的平行进口采取了“国际用尽法则”。这自然让权利人较难管控对于出版行销的市场区隔和价格订定。

〔8〕 例如,“杭州上岛咖啡食品有限公司等诉上海上岛咖啡食品有限公司著作权纠纷案”,上海市第二中级人民法院(2003)沪二中民五(知)初字第192号民事判决。

解,也可让“思想-表达”二分法的区隔反而更为明确,也可与《著作权法(修订草案送审稿)》第5条规定相互呼应。

与此相关的另一个问题是,现行《著作权法》第5条规定了任何时事新闻都无法获得著作权的保护。这样的规定其实在相当程度上扼杀了新闻事业的积极性与市场价值。《著作权法(修订草案送审稿)》第9条第2款第2项规定虽然已经把其中的文句修改为“通过报纸、期刊、广播电台、电视台、网络等媒体报道的单纯事实消息”不适用本法,但这样的规定恐怕仍然不够细致。例如,任何在报刊或电视上刊登的新闻图片或影片从定义上而言是否就是对某件单纯事实消息的报导,从而依本条规定根本无法获得著作权的保护?事实是,这样的规定不但无法厘清其背后的法理或考虑(因为完全背离了对于“独创性”和区分是否为“功能性”的斟酌),而且恐怕只会更加造成法规适用上的疑义。谨建议对此根本不做规定,让其中的认定回归到著作权制度的基本层面,就从“独创性”和区分是否为“功能性”由执法或司法部门依个案去分析判定,也可让新闻事业更加蓬勃发展。

(五) 网络服务提供者的责任

关于这部分的建议有二:(1)相关的规定应全部回归并提升到著作权法之内;(2)已行之有年的“通知-删除”(notice and take-down)法则恐怕需要再做全面性的检讨并予以适当的修改,以更符合当前的市场状况和未来的可能变化。第一点已在前述的“整体架构”项目下做了说明,此处就仅对第二点予以论述。

“通知-删除”法则原来的立法用意是对于在网络上偶发的著作侵权行为让网络服务提供者能采取权宜措施,快速处理涉及侵权问题的网站。然而过去十五年的实际状况却显示此制度已经出现了极大的问题,无法对应目前和未来的发展。据谷歌(Google®)公司本身的统计,仅在2014年3月份,该公司就接获了来自2195个检举组织和4545个著作权人共27751105份举发通知,要求删除41959个指定的网域。而该公司在2013年所收到、涉及著作侵权的通知总量则超过了三亿七千万。^[9]这种“超海量”的侵权通知已经对网络服务提供者的运营造成了极大的困扰,如果网络服务提供者不能及时反应,就会面临必须承担共同侵权责任的巨大风险。这显然会对电子商务的未来发展形成相当不利的影响,也让业者表示不能迫使它们扮演“网络警察”的呼声再起。这是个全球性的问题,美、欧等地已经分别展开调研,构思如何透过各种管理性与技术性的方案谋求解决之道。美国方面更进一步酝酿修改著作权法。此时中国的法规修改也应对此给予高度的关注,及时反应,以免耽误了搭上此列车的机会。

(六) 合理使用/权利误用抗辩体系的建构

合理使用抗辩

在对于作品予以合理使用的问题方面,《著作权法(修订草案送审稿)》第43条沿袭了《著作权法》第22条规定,以所谓“正向表述”的方式归纳为“权利的限制”。其中的第1款规定:作品使用人“可以不经著作权人许可,不向其支付报酬,但应当指明作者姓名或者名称、作品名称、作品出处,并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利”。之后列举了13项具体构成合理使用的事项(包括作为“兜底”的最后一项,“其他情形”),不过却未明确点出“合理使用”这个名称。不过《著作权法(修订草案送审稿)》增加了第2款规定,采纳了《与贸易有关的知识产权保护协定》(TRIPS Agreement)第13条所规定的“三步测试法”来明确其中的基本法则。这款增列不啻是一大进步,让中国的著作权法制能更加完善并与国际规范接轨。不过关于第1款规定的内容和方式与这个

[9] *Transparency Report: Copyright Owners*, GOOGLE (Sept. 8, 2013), available at <https://www.google.com/transparencyreport/>.

条文的顺序,恐怕仍有进一步厘清的必要。

经考察,“合理使用”是源自美国的司法判例,一向是在司法诉讼中才会使用、范围相当狭小的“抗辩”手段,而且是以权利人提出了侵权的指控,而被指控侵权的一方先承认了对权利人的作品曾经从事了未经合法许可的使用(复制、表演、发表等法律所明定的行为)为前提;一旦抗辩成立,则被指控的一方即可免责,不需负损害赔偿赔偿责任。^[10]换句话说,“合理使用”必须是以存在侵权行为为前提,只是因为有特殊的原因可以合理化其行为,从而得以免责,而且只得在司法诉讼时提出。这与刑法上的“正当防卫”等抗辩手段其实是非常类似的概念。而这种必须以先承认权利人指控是正确的防御手段便是英美法上通称的“肯认抗辩”(affirmative defense)。

由于这仅是一个范围有限的例外诉讼抗辩手段,因此美国国会在1976年修改著作权法、将其中的各项司法法则予以成文法典化时,首先便在该国著作权法第107条列出了既重质、也重量的四个基本测试法则[使用的目的和性质(商业性或公益性),包括使用的转型度(transformation)、被使用作品的性质(商业性或其他)、使用量和对作品潜在市场价值的影响],继而从第108条至第117条具体罗列了十个得以构成合理使用的项。依据“后法优于前法”的法则,凡是合乎具体规范的,就当然、已经构成合理使用,不需再套用第107条所定出的基本法则去分析。这样的规范清晰、明确,颇具有参考价值,也已被北京、上海等地的多个高级人民法院明确采纳作为判决认定的基础。既然在实践上本来就已如此,谨建议不妨考虑也把这个测试法则成文化,让所有的法院都有明确的准则可以依循。

作为对比参考,台湾地区的“著作权法”是先列举了各个可能构成合理使用的项,然后才在最后(第65条)定出了类似美国著作权法的四个基本原则。鉴于后法优于前法的法则,如此一来导致法院往往判认特定行为虽然已经符合了特别规定的合理使用,却还要再适用四项测试标准来做第二次的考虑。如此果然造成了许多的困扰和问题。为了能彻底改善,台湾地区的“立法相关机关”在2014年1月将第65条做了修改,规定只有当其他条文中“合理范围”的文字时,才须要再依四项测试标准审查是否构成合理使用,否则只要一旦符合各个条款规定的要件就已经符合了合理使用。

为了避免类似的争议在未来发生,《著作权法(修订草案送审稿)》第43条所新增列的第2款规定实有调整为第1款的必要(也就是与现行版本的第2款对调顺序),并将内容略做调整,明确“合理使用”是作为对应侵权指控的免责抗辩,让整个体系回归到应有的架构,以避免造成浮滥,尤其不应成为任何使用人为了规避许可付费,却反而得向行政执法部门先获取一个可以我行我素的“免死金牌”。至于具体的内容也谨建议斟酌列入或采纳类似美国法制既重质亦重量的做法,以便司法部门更能妥当、有效地评估各个相关因素,以平衡当事人的权利和社会的公益。

至于在特定合理使用的规范方面,鉴于这些条款本身已是例外规定,范围不宜再任意扩大,加上《著作权法(修订草案送审稿)》本来就已订出了如何判认的基本原则,谨建议删除拟议的“兜底条款”(第13项),以免给未来的整个著作权法体系造成许多不确定或不稳定的因素。而把整个栏目称为“权利的限制”其实也并不妥当(因为如前所述,合理使用在概念上只是针对特定个案适时所容许的例外免责抗辩,并非对于权利人维权执行的概括性限制,而权利人对其权利的行使也依然未受任何的影响),应该就直接以“著作权的免责例外”相称即可,也方才名正言顺。

未经著作权人许可使用其已发表的作品

《著作权法(修订草案送审稿)》第50条虽然已经把之前稿本(尤其是《第一稿》第46条)的类似条款内容做了修改,以回应之前所产生的争议,但这样的规定恐怕还是让广播电台、电视台和报社

[10] *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

[11] 17 U.S.C. § § 107-117 (2012).

等享有太大、太宽的自由使用空间,也让法院对于未来由此产生的司法争议难以妥善解决,容易形成民怨。既然按照目前草案的规定,广播电台、电视台和报社在首次使用前就必须先向著作权集体管理组织申请备案,并且还必须在使用作品后的一个月内按照国务院著作权行政管理部门制定的付酬标准直接向权利人或者通过著作权集体管理组织向权利人支付使用费,那么这其实就是一个法定许可或强制许可制度,并非无偿性的合理使用抗辩。因此,把这几个条文规范在“权利限制”的栏目下是否妥当恐怕还有待商榷。

既然这样的使用并非无偿性的,还是要透过许可机制来达成,那么在政策和制度的制定上就应当回归市场机制,尽量促使各方当事人以彼此协商的方式来达成,从而减少政府对于其中的干预。此外,鉴于这样的使用通常具有一定的时效性,更需要在某个既有的许可协商框架下来及时完成,否则将缓不济急;然而目前的条文内容却恰恰反其道而行,恐怕反而会产生扼杀市场机制的不良后果[例如,国外极为发达和盛行的联营体系(syndication)替无数的作家和小型的独立制作人或企业开创了许多的发展机会,却可能因《著作权法(修订草案送审稿)》第48和49条规定而几乎无法取得发展的机会]。如果参酌国内、外过去的经验和实践,往往是当事人(尤其是集体管理组织)不再从事原本应当由它们自己进行的许可协商,却纷纷转向政府哭穷耍闹,反而让政府单位成了箭靶,难以继续扮演客观、持平的中介角色。这绝非著作权法制体系所愿见到的结果。

谨建议将目前的第49条和第50条上移到第四节的规定之中,并将其中内容依下述原则修改:(1)广播电台、电视台及报社仅得在合理时间内未能取得权利人或经其授权的集体管理组织的许可时才可依法定或强制许可的方式对他人已发表的作品申请使用;(2)此种使用仅以一次性为原则,如果属于新闻性的重复播出,则只得选择其中的片段播出,而不得将作品的内容全部呈现。

权利误用抗辩

透过二十余年的司法实践,美国已经发展出了另一套体系愈趋完备、用于平衡社会公益的“肯认抗辩”,就是所谓的“著作权误用”(copyright misuse)。权利的“误用”并不完全等同于权利的“滥用”(abuse)。前者是指权利人“以违反著作权许可中所蕴含的公共政策的方式来行使其著作权”,^[12]而后者则是泛指任何以著作权为手段来迫使被许可人让步、限制被许可人从事竞争或与许可人的竞争对手从事交易、或是透过司法诉讼事实上从事产生反竞争效果的行为,范围更为广泛,甚至连侵权行为也可算是一种对权利的“滥用”。据既有的美国司法判例来分析,可能构成“著作权误用”的情形可大致归纳为下列的四类:

- 一在许可协议中设定范围广泛的禁止竞争条款,尤其是在诸如软件许可中限制开发具有竞争性的著作物或产品等;
- 一在著作权的登记上做了重大不实的陈述;
- 一对于著作权利人究竟所拥有的权利范围为何误导法院;
- 一就他人在竞争产品上(如印刷电路板)对于著作权(通常为应用软件)从事暂时性的测试或利用行为主张构成侵权,从而将类似于著作权或专利权的控制延伸到原本就不具知识产权权益的该产品之上。

总之,“著作权误用”是法院在诉讼过程中得以视个别案件的实际状况依其自由裁量所从事的一种衡平处置(discretionary equitable disposition),类似于英美衡平法上所谓的“不洁之手(unclean hands)”。只要著作权利人试图透过许可来限制著作权法所容许的竞争行为,或是变相扩张著作权法所允许其得行使的权利时,便会触发是否构成“著作权误用”的问题,而并不止于非得达到

[12] *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds*, 911 F.3d 970 (4th Cir. 1990).

违反公平交易或反垄断法的门坎或位阶者为限。在实效方面,如果被告能成功地行使此种抗辩,原告的著作权并不会因此消灭,只是原告在此误用的存在期间内或停止其误用行为前,无法行使或执行其著作权(unenforceable)。

谨建议慎重考虑采纳此抗辩手段,以作为对于去除所有内涵不确定的“兜底条款”后的一项主要政策平衡,以便让法院或行政执法部门能够运用此工具对于各式具有问题的许可安排予以裁量审定,以维系权利与公益间的微妙平衡。

三、关于法规细节的反馈意见

(一) 技术保护措施

草案第六章(第 68 至 71 条)列出了关于技术保护措施的规定。从整体而言,草案的内容可谓相当完整,其中的条款也大致符合《世界知识产权组织著作权条约》和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》的测试标准,从而符合了中国作为这两个国际公约成员国的义务和责任。不过这部分规定仍有若干细节值得再做思考。

应明确同时涵盖行为和通路

草案第 69 条明文禁止破坏行为(“不得故意避开或者破坏技术保护措施”)以及对于从事破坏的“装置或者部件”提供通路或运送(“制造、进口或者向公众提供主要用于避开或者破坏技术保护措施的装置或者部件”)。在第 68 条则是对技术保护措施定义为包括任何“有效技术、装置或者部件”。虽然用于从事破坏的“技术”并未包含在草案第 69 条第 1 款的文句之内,在另一款规定则禁止“故意避开或者破坏技术保护措施”。由此种后续的提及显示破坏性的“技术”应已被包含在内。然而如可在第 1 款规定中便加上“技术”将可更加确保涵盖了适当的范围。

应同时涵盖接触与“复制”的控制

第 68 条对于“技术保护措施”的定义显然是同时涵盖了关于接触或取用(access)的控制(即控制对于受著作权保护的作品的接触或取用)以及“复制”或使用的控制(即控制对于受著作权保护的作品从事在排他或禁用权涵盖范围内的使用)。草案涵盖了“为防止、限制其作品、表演、录音制品、计算机程序或者广播电视节目被复制、浏览、欣赏、运行、改编或者通过网络传播而采取的有效技术、装置或者部件”。此处应确认“浏览、欣赏、运行”寓含了各种对于作品的接触取用、表演或录音的形式。至于何谓“有效”则并未定义;而对于建构“技术、装置或者部件”的有效性应确认为仅需最低标准即可。

举证非法破坏的客观标准

草案第 69 条禁止提供通路或运送“主要用于”避开或者破坏技术保护措施的装置或者部件。为了确保被告无法以存在其他的事实或情况足以显示有非法意图来屏蔽其自身的责任,本条文字或应加入其他的客观标准。果真如此,该禁止即适用于“主要为使用、设计或推广避开或者破坏技术保护措施的技术、装置或者部件”,以及“为他人提供或推广技术或者服务以避开或破坏技术保护措施”。^[13]

救济

能否将从事破坏的装置、部件和技术予以没收并从商业渠道中移除至关重要。因此,如草案第 78 条能明确包括没收及销毁用于从事破坏的装置(或将著作权管理信息予以移除或改变)将对

[13] 这便是《技术中立法则》的具体体现。作为对比,参见《美国著作权法》第 1201 条第(a)款第(2)项第(A)目规定,17 U. S. C. § 1201(a)(2)(A)(2012)。

于相关的维权执法更有实质上的帮助。

例外

草案第 71 条列举了一系列范围相对狭窄的例外规定,但也引发了问题和顾虑。这些例外规定明白限制了破坏行为,并协助注明“不得向他人提供避开技术保护措施的技术、装置或者部件,不得侵犯权利人依法享有的其他权利”。然而其中的一些例外规定仍会引起顾虑而应再行评估以确保其结果不至于对反制非法破坏形成侵蚀或不适当的保护。

兜底文句太过广泛

草案第 69 条的兜底文句“但是法律、行政法规另有规定的除外”会引起疑虑。如美国等国家曾透过定期制定行政规定或其他类似的机制对于禁止破坏的行为提供额外的、适度狭义的例外。^[14] 建议必须要求凡是主张在此领域开创新例外的必须承担更高的举证责任,从而明确对于例外情形提供保护的适当性和有效性。

教育或科学研究例外

首个列示的例外,“为学校课堂教学或者科学研究,向少数教学、科研人员提供已经发表的作品、表演、录音制品或者广播电视节目,而该作品、表演、录音制品或者广播电视节目无法通过正常途径获取”即可能产生疑虑。“课堂教学”建议应只局限于面对面的教学而且此例外应只是用于非营利性的教育机构。其次,对于从事“科学研究”的破坏应只限于从事非营利性科学研究所使用的实体复制物。所幸本条所规定的例外已明确限制在“无法通过正常途径获取”的材料。然而许多在中国所无法获得的材料是导因于对内容审查的限制和其他市场准入的障碍。故应在此确认,凡是直接因政府政策而无法通过正常途径获取的材料不适用本款例外。

加密研究例外

草案第 71 条倡议了一款“加密研究”的例外。如要承认此例外,应该还须具备一些相应的配套方才稳妥。例如,美国的著作权法规定:(1)研究人员是合法获得作品;(2)破坏行为是从事加密研究所必需;(3)研究人员在从事破坏行为之前曾尝试自权利人处获得许可;以及(4)该破坏行为除了著作权法之外依其他得以适用的法律是被许可的。^[15] 此外,这款例外只得在不致产生著作侵权的情形下方可适用,而且只得以必须辨认和分析适用作品加密技术上的瑕疵和弱点者为限。

反向工程例外

草案第 71 条倡议了一款新的“计算机程序反向工程”例外。有些国家或地区在禁止破坏行为当中采纳了此狭义编织的例外,但一般也同时要确保禁止破坏的适当性。例如,美国的著作权法要确定:(1)破坏行为仅仅是由合法取得计算机程序复制品的人所从事;(2)其破坏行为仅针对该程序的特定部分,以识别和分析其中的必要元素使某个独立创作的程序得以与其他的程序兼容为唯一目的;(3)该程序之前并非为从事破坏行为者所随时可取;以及(4)其破坏仅得在具体的识别和分析行为不构成侵权的前提下所为。^[16]

故意

草案第 69 和 78 条第 2 款使用了“故意”一词。需要证明“故意”破坏技术保护措施或许在举证刑事责任时是恰当的,但既然著作权法的侵权责任认定基准是无过失责任,将此要求一并适用到民事责任时便不合宜,应该予以删除。但草案第 78 条关于刑事责任的规定则应保留。

[14] 例如,《美国著作权法》第 1201 条第(g)款第(5)项规定。17 U. S. C. § 1201(g)(5)(2012).

[15] 17 U. S. C. § 1201(g)(2)(2012).

[16] 17 U. S. C. § 1201(f)(2012).

(二) 网络侵权责任与免责的对应

近来的立法、行政举措与司法解释已显示政府早已认知必须对于在网络空间所发生的侵权行为采取对应措施,从而提供必要的保护来协助本国或外国的创作人和供销人有效部署其商业运营模式,并以各种方式与合理的条件(即公平、合理和非歧视原则, Fair, Reasonable and Non-discriminatory, FRAND)将其内容以所愿的方式呈现。草案第 73 条在决定网络的侵权责任方面确定了判别的基本原则并为服务提供者在网络环境下应如何操作提供了更高的确定性。这当中的概念显然是从最高人民法院所出台的司法解释衍生而来。

建立帮助、教唆或煽惑责任

草案第 73 条第 4 款规定:“网络服务提供者教唆或者帮助他人侵犯著作权或者相关权的,与该侵权人承担连带责任。”从表面来看,此一条款似乎应不只涵盖了“储存、搜索和链接”的服务而已,只要符合了“教唆或帮助”的标准,应还包括了诸如点对点式服务和次点击托管网站(锁屏软件)等其他类型的服务。第 4 款规定明文限制了仅适用于“网络服务提供者”,然而纵非网络服务提供者是否仍可能在符合《民法通则》第 130 条的情形时负连带损害责任仍须确认。

无监管责任或视而不见

草案第 73 条第 1 款规定维持了让“为网络用户提供存储、搜索或者链接等单纯网络技术服务”的网络服务提供者无须承担与著作权或者相关权有关的审查义务的一般性设定法则,因此对于其服务是否发生著作权侵权也没有任何监管责任(“不承担与著作权或者相关权有关的审查义务”)。虽然此基本法则基本上是没有问题的,但不应包含视而不见的情形。建议应考虑在草案第 73 条第 1 款增加下列的文字:“但亦不得积极(和故意)规避此种信息。”从而使草案和《侵害信息网络传播权解释》的内容能相互一致。

通知的效力、知道或拟制知道

草案第 71 条第 2 款规定确立了以通知作为启动服务提供者“采取删除、断开链接等必要措施”的扳机,并规定凡网络服务提供者在“接到通知后及时采取必要措施的,不承担赔偿责任”,而“未及时采取必要措施的”,应“与该侵权人承担连带责任”,但仅及于“对损害的扩大部分”。知道或拟制知道(constructive notice)则是作为另一个分别的扳机,即如同草案第 71 条第 3 款所规定的,“网络服务提供者知道或者应当知道他人利用其网络服务侵害著作权或者相关权,未及时采取必要措施的,与该侵权人承担连带责任”。此双重架构是重要的。

“及时”采取“必要措施”的义务

此处大部分是取决于草案第 73 条第 2 和 3 款规定如何定义“及时”。经验显示,“在技术可能的情况下尽速处理”或许是对“及时”的适当解释,另外也可考虑加入个案的市场因素。例如,对于首发前或新发行的作品而言,像是新的电视节目、录音或是对于现场直播的绕流收播等,24 小时就可能已经太长。在这些情形下,就在 24 小时的范围内便会出现成千上万的侵权行为,对于作品所牵涉到的市场而言即造成无法弥补的损害。当前许多合法的服务商已拥有在收到通知后几小时内便可将内容删除的机制或技术措施,因此平衡这些技术能力与持续侵权所造成的极度伤害(尤其对于新发行或首发前的音乐、电影、游戏等等)乃是必要而适当的。

电子邮件通知

草案对于能否得以电子邮件方式按全球行业实践标准传寄通知给网络服务提供者并未明确规定,但这在电子商务已成为市场主流和讲求时效的今天却是极度重要。建议应对此予以厘清确认。

累犯政策

对于累犯或惯犯,目前草案的规定并未要求网络服务提供者必须订立政策来通知使用人以及有公平有效的处理方案。经验显示,往往不成比例的大规模非法侵权都是由一股相对少量的累犯

或惯犯所造成。因此应考虑对于凡是未能出台此政策的网络服务者或是不去通知其使用者或订户的,而且不能具体落实相关政策的,便不应符合草案所提供的救济限制。第73条应考虑引入网络服务提供者必须要有制定累犯政策的义务。

无许可服务者的一般侵权责任

草案第81条与现行法第53条相当近似,在相关的部分规定,“网络用户不能证明其通过网络向公众传播的作品有合法授权的”,著作权和相关权的使用者“应当承担民事或者行政法律责任”。此处加上了“网络用户”,虽然并未直接指明就是“网络服务提供者”,然而在概念上网络用户的范围应是更为广阔。与第73条限制金钱损害赔偿相一致的是,本条规定得以让执法机构在无法提出对于所涉内容具有合法许可时以行政方式裁决构成网络侵权及责任。

(三) 暂时性复制

草案第13条把“复制权”定义为“以印刷、复印、录制、翻拍以及数字化等方式将作品固定在有形载体上的权利”。其中加入了“有形载体”,删除了“任何方式”,而“数字化”则仍获保留。这其中产生了“复制”得以解释为不包括暂时性复制的疑虑。著作权所有人在启动业务时,具有显著经济价值的复制物已益发不是永久性地储存在使用人的装置内,例如绕流或云服务等。著作权法的修改因此必须明文确认复制权包括暂时性数字储存以及其他标的物的控制权,而且其中也包括暂时性的复制。这可在第13条的定义中增加“无论暂时或永久”的字句。另外也需确认复制权的定义也应准用于相关权。^[17]

(四) 公开传输权,包括“向公众提供”权

关于“信息网络传播权”的概念近年来已经从不同的法规中多少予以体现。草案试图把其中的所有权利予以适当的区别,但仍应确保对于具备相当经济价值的问题已予以着墨而且完全符合《世界知识产权组织著作权条约》和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》的规定。

对于作品的“信息网络传播权”

草案第13条第2款第7项规定作者享有“信息网络传播权”。国家版权局在之前的草案中还包括了“以及通过技术设备向公众传播以前述方式提供的作品的权利”,这也就完备了整个公开传输权(right of communication to the public)。然而《著作权法(修订草案送审稿)》一方面似乎仍拟依据《世界知识产权组织著作权条约》的要求涵盖整个公开传输,但却又将这段文句删除,此点需要确认。

权利范围/相关权中的报酬请求权(录音制片者和表演者)

草案第39条第4款规定,录音制作者^[18]享有“许可他人以无线或者有线方式向公众提供其录音制品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得该录音制品”的排他权利。而在草案第33条第6款让表演人享有“许可他人以无线或者有线方式向公众提供其表演,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得该表演”的权利。此“向公众提供”权(making available to the public)包括了互动式(或如随选点播式或近随选点播式的任何近互动式)的传输,而且其中的权利是完全排他性的。依据修改后的第40条规定,凡是“以无线或者有线方式公开播放录音制品或者转播该录音制品的播放,以及通过技术设备向公众传播该录音制品的播放”或是“通过技术设备向公众传播录音制品”均享有“合理报酬”请求权。这与之前的版本有所不同(此前则是对其活动赋予排他性)。^[19]

[17] 表演者的权利是规定在草案第34条,而录音制作者的权利则是规定在草案第39条。

[18] 草案第38条引进了“录音制作者”但并未对此一名称予以定义。本条显然应包括自然人与法人(如唱片公司)。此点应予确认。

[19] 鉴于音乐录音市场益发依据许可而非产品的销售,应采取更为实用而且前瞻的视角来确保所有的许可均依照市场条件来从事,亦即依照此前的草案赋予唱片制片人拥有排他权而不仅仅是报酬请求权。

建议应维持对于录音所有人赋予播放和公开表演的权利并期望未来的法案能考虑返回到之前的条文架构,反而更为周全。

(五) 播放权,包括运动及其他现场活动

草案第5条第2款第12项涵盖了对于“视听作品,是指由一系列有伴音或者无伴音的连续画面组成,并且能够借助技术设备被感知的作品,包括电影、电视剧以及类似制作电影的方法创作的作品”的保护。此定义应足以包括对于运动和其他现场活动的转播及录像,也应使现场活动中凡涉及与其有关的无数创作面向的视听呈现(包括对于活动的选择和安排),^[20]均可受著作权的保护。草案第13条第2款第6项(包括再转播权)及第7项应也适用到对于运动和其他现场活动的转播及录像,从而应赋予禁止他人未经许可对其重复使用的权利,包括透过网络。^[21]草案也保留了由无线电台和电视台所控制、关于转播的相关权。草案第42条包括了下列的权利:“许可他人以无线或者有线方式转播其广播电视节目。”明确此保护应可对未来整个中国的各个职业运动联盟和现场活动的投资产生激励的效果,因为转播权通常是这一类型活动的主要收入来源。盼望国务院法制办公室能在未来的法案制定说明中将此一立法用意明确点出。

(六) 视听作品所有权/强制报酬请求权

草案试图建构视听作品制片者和包含在视听作品中的多个权利人的关系,后者包括了“小说、音乐和戏剧等已有作品”以及视听作品的表演人。一般而言,行业实践的标准是看当事人间的合同关系而定。在这方面,草案第19条和第37条却显然引出了一些不必要的问题。

推定经济权

标准商业实践是推定把制片者视为视听作品的权利所有人。草案第19条将之前版本第1款中的一个明确声明“视听作品的著作权由制片者享有”给删除了。如能将该明确的声明重新放置回第1款将可改善第19条的内容。草案第19条第3款则规定,虽然对于经济权的控制应由当事人间的合同来决定,但当没有约定或者约定不明时,视听作品“著作权中的财产权由制片者享有,但作者享有署名权和分享收益的权利”。第19条在没有明确合同的情形时事实上设下了一个法定预设,将导演、编剧以及专门为视听作品创作的音乐作品的作者视为作者(也从而享有利益分配之权)。然而这不但与行业的实践相左,更可能会对一个有效运行的著作权体系中的关键问题造成不确定——即谁拥有相关权从而得以许可或阻止对于作品的使用,以及谁对于一个特定作品的开发享有报酬请求权。此种欠缺将会干扰次级市场和对于著作权作品的使用。^[22]如能将“和分享收益的权利”这段文字删除即可解决此问题,而此利益分享应回归市场机制,由(即如现在一般)相关当事人所自由协商的合同来规范。

衍生性作品

草案第19条第1款增加了第二段文句,规定除非另有相反约定,“小说、音乐和戏剧等已有作品”的作者对于视听作品的衍生性作品拥有权利。这里的第二段文句应考虑予以删除,因任何衍生性作品的权利应完全交由当事人自由进行合同协商。与此类似的是,第四款规定也可能产生

[20] 例如,摄像机的选择与位置、现场的选择、打光、效果、评论、编辑、屏幕上所显示的表现、音乐、评语、图像等。另在现场所拍摄的照片也涉及许多相同的考虑,从而应受到著作权的保护乃是没有争议的。

[21] 草案第5条增加了“并能以某种形式固定”的概念。这是非常合理的规定,因为某些视听作品或在现行法所规定的类属下的作品(如口艺),有时是难以固定的,从而应禁止未经许可的固定。

[22] 此法定预设应是受雇人以及职务上对于作品有贡献的人并非作者从而不得享有利益分配(虽然他们可透过合同而取得这样的权利)。在所有的情况下,报酬请求、报酬数额以及控制使用/许可应依和制片者间所订立的合同而定。

问题。目前草案第19条保留了视听作品中所单独使用的剧本、音乐等作品的作者,在可以与视听作品分离的范围内,得对于其作品“单独行使著作权,但不得妨碍视听作品的正常使用”。这个条款也应该考虑删除,因为对于所有的当事人都造成了不确定,而且可削弱珍贵作品的著作权价值。如要维持条文,其中应至少纳入一段救援文句,“合同另有约定时除外”,并应仅对在法律修改生效后所创作的作品适用。较为理想的则是删除本条款并交给当事人自由协商。

视听表演

草案第37条推定由视听作品制片者和表演人所定的合同来规范“财产权及利益分享”,但表示根据第34条第1款第5项和第6项规定,如无约定或者约定不明时,主要表演者“享有署名权和分享收益的权利”。除非合同另有规定,推定应将权利预设归属于制片者。

(七) 职务性作品

草案第20条关于在雇用关系下著作权归属的预设立场恐怕是有问题的。草案规定,“职工在职期间为完成工作任务所创作的作品为职务作品,其著作权归属由当事人约定”以及“当事人没有约定或者约定不明的,职务作品的著作权由职工享有”。基于实践和政策的原因,此推定应予以倒置。对于许多类型的作品而言,其中包括录音和视听作品,其中会有许多(甚至是大规模的)职工一齐参与创作。如果把著作权的归属预设给职工就表示在许多情况下让其成为无法开发的作品,因为潜在会有太多的人同时享有著作权。对于雇用的单位而言,草案仅授予两年“在业务范围内”使用该职务作品的专有使用权以及一个对于包括计算机程序在内的特定类型作品的报酬条款,可能会严重扰乱他们既有的商业安排。这些条款应该删除,而且应由单位作为职务作品的作者和所有人。

职务作品/表演

草案第36条规定,“当事人没有约定或者约定不明的,职务表演的权利由表演者享有”。而“表演单位”则享有“集体性职务表演”的权利,而且依第3项规定,显然可以“在其业务范围内免费使用”该表演。第4项则是提供了一个“根据表演的数量和质量”对表演者予以的强制性的奖励。此推定应予反转,而强制奖励应该删除并由当事人间的雇用安排或自由协商的合同来规范。

(八) 所有权的推定和存续

为了让著作权能获得有效执行,一个在实践上的重要举措就是必须厘清权利人或其代理人必须提出如何的证据来确立拥有著作权或相关权。此问题在各种不同的状况下会影响到维权。草案第15条显然采取了与伯尔尼公约相当的权利推定,因此是否即可推定也延伸适用到录音作品和视听作品视为“法人”的制片者?对于所有权的举证要件也可一并延伸解释并与最高人民法院的司法解释和国家版权局的规定相当吗?^[23]著作权法也应包括关于著作权存续的推定以避免在相关的诉讼中造成无故的延误或无需的成本耗费。例如,此条文可做出与最高人民法院司法解释和国家版权局规定相互一致的规定,把涉及著作权的底稿、原件、合法出版物、作品登记证书、著作权合同登记证书、认证机构出具的证明、取得权利的合同,以及当事人自行或者委托他人以订购、现场交易等方式购买侵权复制品而取得的实物、发票等均列为可以作为拥有著作权的证据。^[24]

(九) 著作权的集体管理

在日益全球化的著作权生态系统之中,许多国家为了减轻对于著作权的许可流程和支付相关

[23] 如能提供能证明作者权利的一个不完全列示清单应是极有帮助的,诸如纳入2002年《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》第7条和2009年国家版权局所制定的《著作权行政处罚实施办法》第19条规定所列举的事项,包括由政府认证机构所出具的证明等。

[24] 此处的文字应与上述所提2002年《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》第7条和2009年国家版权局《著作权行政处罚实施办法》第19条的文句完全一致。

使用费的行政程序,都纷纷对于受著作权保护的作品或其他标的采取了集体管理的方式,尤其对于权利人而言牵涉到多个管辖领域和不同类型使用的高难度处理。在这中国也在完善集体管理的方针之际,应考虑:(1)权利人对于志愿性集体管理组织透过许可或由其权利所取得的收益保有控制权,例如,对于集体管理组织的治理享有公正而且合乎比例的投票权;(2)集体管理组织是依照权利人的利益行事;(3)权利人得以自由选择能作为其代表的集体管理组织。此外,透明化、财务稽核以及合理的行政费用也均为治理集体管理组织时不但重要而且有用的政策。

草案第 61 至 67 条容易引发一些顾虑。首先,除非权利人以书面声明不得集体管理,草案第 63 条显然容许著作权集体管理组织能在全国范围内,“就自助点歌系统向公众传播已经发表的音乐或者视听作品以及其他方式使用作品,代表全体权利人行使著作权或者相关权”。此种延伸性的集体管理仅在数个对于著作权集体管理组织有相当和长期经验的管辖区获得采用。草案的文句并未明订需要有多少权利人的授权或提供任何的准据来决定是否特定的组织可以“在全国范围内代表权利人利益”。此推定应反转为要求权利人必须依其所愿选择加入。草案第 65 条显然强制性地要求一个共同“统一的使用费标准”。统一的使用费在某些情形下是有益的而且在适当时应受到鼓励,但为使权利人能从所有的使用都公平受偿,就不能用强制的方式。本条款显然在建立一个与当前最佳实践不尽符合的强制性著作权集体管理组织,而且视其适用范围和实施方法,也可能涉及中国加入世界贸易组织的承诺。

此外,草案第 74 条显然限制了未选择使用著作权集体管理组织的非会员权利人所能获得的损害赔偿。条文中“按照相应的著作权集体管理使用费标准赔偿损失”的文句应考虑予以删除,否则将导致权利人只要未聘用某个著作权集体管理组织就无法完全行使和享有其权利。

(十) 法定赔偿/行政处罚

草案第 76 条准备将最高法定损害赔偿额增加到一百万元。此一增加以及“对于两次以上故意侵犯著作权或者相关权的”可以二至三倍确定赔偿数额应可望对于侵权者形成一定的吓阻效果。对于“故意”侵权的应容许多倍数的损害赔偿,另也应建立每一侵权行为为一万元的最低法定损害赔偿额。在草案第 77 条也应建立每日最低行政处罚以便能更有效地处理日益普遍的网络侵权问题。草案第 77 条也应考虑加入由法院在考虑所有相关的因素后,包括被告的意图和累犯记录,给予“额外损害赔偿”的可能。如此可以帮助确保权利人在对应日益复杂的盗版模式时得以获得适当的补偿,尤其当特定型态的侵权(例如,预映的盗版复制物或网络的上载等)可影响到整个著作权的生命循环而且难以完整计算。

(十一) 行政执法关系证据

著作权法应明文让著作权行政管理部门在处理侵权时所搜集的证据具有与透过公证所获得的证据同等的效力。最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》第 2 条规定(关于办理侵犯知识产权刑事案件中行政执法部门收集、调取证据的效力问题)应考虑纳入成为著作权法的一个条文。著作权法的修改程序应用来作为确保权利人得以获取信息并对涉及行政执法的裁定(或非裁定)有上诉的机会,并明确在权利人提出申诉后的行政执法期限。草案第 79 条扩大了著作权行政管理部门进行查处的权力。不过重要的是,当权利人在寻求保护其财产时,相关的规制应该让他们有信心此举不会反而让本身的运营受到无谓的审查和不便干扰。因此,草案第 79 条应予以澄清并确保现场的查处和文档的调阅仅限于被指控的侵权者,而不是已受伤害的权利人。将行政管理部门的懈怠和不法责任予以澄清也将有所帮助。

(十二) 保全命令/单方救济/海量作品全面禁止令

草案第 82 条规定:“著作权人或者相关权人申请行为、财产或者证据保全的,适用《中华人民

《中华人民共和国民事诉讼法》有关保全的规定。”此一简短的条文取代了之前草案对于禁止令的详细具体规定,包括审前(单方当事人)禁止令和诉讼中的禁止令(无论是民事或行政)。此处需要确认的是,(1)这项规定是否已经提供了和《与贸易有关的知识产权协定》第50条相当的救济,包括单方搜索令;(2)保全命令可在提出申请后的48小时内发出;(3)关于申请的书面决定可获提供;以及(4)对于书面决定应有机会提出上诉。此外,保全程序应容许著作权利人能对其作品的整体请求禁止令(例如,对于特定实体的所有音乐或录音作品)。据了解,人民法院目前对于申请人只提供样本的侵权举证不会对作品的整体发布禁止令。然而在许多情形下,由同一个唱片公司所拥有的大量录音作品可能遭到了特定未经授权许可的网络服务者的侵权使用。为了帮助持有大量作品目录或其他标的的权利人并让申请人能对于大规模的侵权获得有效的救济,草案应明文增列对于海量作品(或著作人所有作品)的全面性禁止令,并考虑加上“在适当情形下,凡涉及相当数量的侵权数量时,人民法院得针对申请人的全部作品发布禁止令”的文句。

(十三) 成本及律师费用

著作权法并未对权利人在对其伤害获得了适当的损害赔偿后,是否仍可获得对其诉讼成本和律师费用的完整回复。尤其是法律应明确将得以回复(或填平)的成本与损害赔偿分别计算。如此方可确保中国符合《与贸易有关的知识产权协定》第45条第2款的规定(“司法部门应有权责令侵权者向权利所有者支付费用,其中可以包括适当的律师费”)。现行的《中华人民共和国民事诉讼法》(第107条)是规定案件受理费应由起诉的当事人来承担,但并未具体规定在审判结束之际,其中的成本(或律师费)负担要如何分配。

(十四) 剧院内视听作品的盗录

经验显示,大多数关于电影作品的侵权可以溯及在电影首映之际在剧院内从事未经许可的私人盗录(bootlegging)。目前许多国家已采取措施禁止在戏院内使用视听录像装置来对影片从事完整或部分的传输。谨建议草案应考虑加入或包括此一禁止规定,并确定凡任何从事(或企图从事)盗录行为的将受民事、行政和刑事追诉,而其行为所使用的工具应予以没收。

(十五) 确认讯号窃盗的损害赔偿

著作权法的修改应包括禁止(包括民事、刑事和行政救济):(1)以有形或无形的技术、装置、或系统,明知(或拟制明知)该装置或系统主要是用于协助将受密码保护的卫星或有线节目讯号在未经对该讯号合法营销人许可的情形下予以解码;^[25](2)明知或有理由应知对于来自加密的卫星或有线节目讯号的接收和使用未经合法讯号传播者的许可;以及(3)明知或有理由应知对于来自加密的卫星或有线节目讯号的进一步传播(包括向公众和公开场所或透过互联网),其解码未经合法讯号传播者的许可,或者纵使解码已经获得许可,但为商业上的优势从事未经许可的进一步传播。

(十六) 反编译/兼容性例外

草案明确涵盖了“计算机程序”,而对于之前草案版本的几经修改,改善了计算机程序的定义并限缩了某些例外。草案第44条第3款规定了一项例外,容许“把该程序用于实际的计算机应用

[25] 一个严重的问题是,中国已成为讯号破坏装置与服务的制造及出口/行销中转市场。其中主要分为两种形态:(1)经“黑客”破坏过的机顶盒及智能卡;和(2)控制字组/密码的散布。在第一个例子,当已经被破坏的装置一旦连接到有线系统或卫星天线时,即可从事未经许可的电视讯号接收。据报导,目前已有数以百万的这种盒子在各地装设,而业经密码破坏的装置则是以成千上万计地输出到其他国家。在第二例,由于许多放置于机顶盒内的软件是依赖一组解码锁(“控制字组”)与机顶盒内的软件进行即时性的互动从而可将讯号解码,侵权者便从合法的机顶盒或智能卡抽取解码锁或“控制字组”然后透过互联网服务器与无数的其他使用者即时分享,从而使那些使用者未经传播者或内容所有人的许可或未向其支付费用的情形下便可观赏节目。

环境或者实现其功能而进行必要的改动”(改编自“改善其功能或表现”),现在是严格限缩为只容许计算机程序的合法取得者得进行“改动”从而得以依据原有的目的来“使用”。草案第46条显然规定了一个为了达成兼容的反编译例外,容许“复制和翻译该程序中与兼容性信息有关的部分内容”。就目前的草案来看,此一例外范围实在太太。建议应重新修改为容许“仅得复制和翻译该程序中与获取兼容性无法分隔的必要信息有关的部分内容”。

(十七) 计算机程序未经许可的使用

草案第75条对于“计算机程序的复制件持有人”创设了一个一般性的例外,凡是“不知道”或“不应当知道”该程序“是侵权复制件的,不承担赔偿责任”,而相应的救济则只限于停止使用和销毁侵权复制件。此一条文应予修改,确定未经许可使用计算机程序的应负无过失责任,并应允许对于其他侵权的所有救济,从而与一般的侵权责任标准一致。

(十八) 孤儿作品

草案第51条显然是为处理所谓的“孤儿作品”(orphan works)而设,适用到所有的出版作品,而且设立了一个让使用者“可以在向国务院著作权行政管理部门指定的机构申请并提存使用费后”使用该作品的机制。至于“使用费”应当为何以及如何长时期地来管理则不明确。鉴于各国对于这个领域的处理方案目前仍在持续演化之中,而重点乃在确保禁止令与合理补偿等救济,并且提供机制,要求使用者以善意对受著作侵权的作品所有人从事尽职查询和记录,建议对此不妨考虑再做进一步、更深入而且细致的分析研究,无须急于立法,以免反而可能对于市场造成不必要的扰动。

(十九) 对特定“已经发表作品”播放的法定/强制许可

草案第49条设立了一个广播电台、电视台对于“中国著作权人以及其作品创作于中国的外国著作权人”“已经发表作品”的强制许可,并明文排除视听作品。伯尔尼公约第11条之2第2项规定允许在“播放”特定作品时可以有弹性地处理,但此种强制性的使用总是必须确保权利人能透过由其选择的志愿集体管理获得“公正的报酬”。尽管此一许可范围有限,但仍应评估此一条文是否符合于伯尔尼公约。

(二十) 个人学习和研究例外

草案第43条第1款条文删除了之前草案版本中“书面”的字句。建议应予以重新考虑此一举措。虽然已有明文限制相关的例外需符合伯尔尼公约的三步测试,但如将此一例例外广泛适用到各种作品则仍可能与作品的正常使用产生冲突。“片段”的期间没有定义,但即使能作狭义解释,许多作品的少许片段也有商业价值。此一例例外应予重新考虑,尤其在数字环境下的范围。

四、结 论

以上为对于本次立法所提的各项反馈与建议。谨盼国务院法制办与人大常委会秉持“事预则立、事以密成”的精神来尽量完善著作权的法制体系,尤其应密切关注目前国际间的重大发展,在必须兼顾与平衡国际整合与国内需求的大前提下,秉持精致立法的作为,切莫急于一时却反而失去了自身迎头赶上的大好机遇,尽量明确并简化使用者的许可,务使本次的立法能促使未来与著作权相关的许可机制和产业蓬勃发展。

(责任编辑:万 勇)