

# 《著作权法(修订草案送审稿)》评述

张红斌\*

左玉茹\*\*

---

## 目次

引言

一、总则

二、著作权

三、相关权

四、权利的限制

五、权利的行使

六、技术保护措施和权利管理信息

七、权利的保护

八、结语

**摘要** 关于《著作权法》的第三次修改,国务院法制办已完成《中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿)》的公开征集意见。《送审稿》修改幅度较大,拟以一部法律加四部行政法规的方式构建我国著作权保护制度,本文按照《送审稿》的体例全面介绍其具体修改内容,并从修改的原因、修订沿革、社会各界的观点等方面,对其简要分析与评论。

**关键词** 著作权法修改 相关权 权利限制 损害性赔偿

---

---

\* 北京市君合律师事务所律师、合伙人。

\*\* 北京市君合律师事务所律师。

## 引 言

2014年6月6日,国务院法制办就《中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿)》(以下简称《送审稿》)公开征集意见。<sup>〔1〕</sup>此前,国家版权局分别于2012年3月31日<sup>〔2〕</sup>和2012年7月6日,<sup>〔3〕</sup>就《中华人民共和国著作权法(修改草案)》两次公开征集意见。

《送审稿》从体例结构到具体条文都有不少亮点。从总体结构上看,《送审稿》将现行著作权法的六章61条修订为八章90条。具体而言,将“权利的限制”“技术保护措施和权利管理信息”单列为两个章节,形成了“著作权”“相关权”“权利的限制”“权利的行使”“技术保护措施和权利管理信息”及“权利的保护”的体例结构,各个章节内涵和外延更加明确,章节之间的对立统一关系更加明确,总体上使整部法律更具有体系性和逻辑性。正如参与提供此次著作权法修改专家意见稿的刘春田教授所指出的那样:按照文化发展、繁荣市场经济和融入国际的要求,在现有基础和框架下,著作权法有必要进行较大的调整,从立法宗旨、保护对象、权利主体、法律功能、权利体系设计、权利归属、保护期限、著作权登记、权利利用与处分、邻接权、权利限制、著作权合同、技术措施、法律责任、归责原则、侵权赔偿、著作权集体管理、行政执法、司法以及著作权纠纷的调解制度,到与国际条约的关系等,都需要进行体系化的调整,否则不足以胜任经济与社会发展的需要。<sup>〔4〕</sup>

从具体条文设置上看,《送审稿》将我国现有著作权相关法规及司法解释中相对成熟的条款吸收进来,<sup>〔5〕</sup>例如《著作权法实施条例》(以下简称《实施条例》)、《信息网络传播权保护条例》、《计算机软件保护条例》、《广播电台电视台播放录音制品支付报酬暂行办法》以及《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》的部分条款。这一做法的目的主要是整合著作权法律体系,例如将软件著作权保护相关条款纳入《著作权法》后,将废止《计算机软件保护条例》等,这主要是因为《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称《TRIPs协定》)已将软件作为著作权保护客体,将其纳入《著作权法》符合国际知识产权保护条约的要求。<sup>〔6〕</sup>

同时,《送审稿》对与其他法律的衔接做出明确规定,主要针对侵权行为的刑事制裁,当事人申请诉前禁令、财产保全、证据保全以及调解协议司法确认,行政复议和行政诉讼等法律适用做出相应的衔接性规定,既保证了著作权法本身的与时俱进,也确保了著作权法与相关法律条规的融洽,从立法技术上较现行《著作权法》有了很大程度的进步。<sup>〔7〕</sup>

〔1〕 《中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿)》,见《中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿)征求意见》文后附件,载中央政府门户网站([http://www.gov.cn/xinwen/2014-6/10/content\\_2697701.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2014-6/10/content_2697701.htm),最后访问时间2014-08-01)。

〔2〕 《中华人民共和国著作权法(修改草案)》,载中国新闻网(<http://www.chinanews.com/cul/2012/03-31/3790334.shtml>,最后访问时间2014-08-01)。

〔3〕 《中华人民共和国著作权法(修改草案第二稿)》,载国家版权局网站(<http://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/483/17753.html>,最后访问时间2014-08-01)。

〔4〕 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。

〔5〕 参见吴汉东:《〈著作权法〉第三次修改的背景、体例和重点》,载《法商研究》2012年第4期。

〔6〕 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。

〔7〕 参见《关于〈中华人民共和国著作权法〉(修订草案送审稿)的说明》,见前注〔1〕,《中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿)征求意见》文后附件。

## 一、总 则

### 1. 明确使用“相关权”的概念

《送审稿》提出“相关权”的概念,<sup>〔8〕</sup>将相关权界定为“出版者对其出版的图书或者期刊的版式设计享有的权利,表演者对其表演享有的权利,录音制作者对其制作的录音制品享有的权利,广播电台、电视台对其播放的广播电视节目享有的权利”,明确将相关权作为《著作权法》的保护对象;<sup>〔9〕</sup>并规定“相关权自使用版式设计的图书或者期刊首次出版、表演发生、录音制品首次制作完成和广播电视节目首次播放之日起自动产生,无须履行任何手续”。<sup>〔10〕</sup>

事实上,我国《著作权法》一直采用著作权与相关权并列的保护模式,现行《著作权法》第四章关于图书出版者、表演者、录音录像制作者及广播组织者的权利的规定,即我国学者所称“相关权”,这与大陆法系的保护体系基本一致。就篇章结构而言,“相关权”作为与“著作权”平行的权利,紧邻“著作权”一章,篇章结构更为合理。<sup>〔11〕</sup>此外,我国《著作权法》一直未明确“相关权”的概念。在我国理论界,一直存在“相关权”和“邻接权”<sup>〔12〕</sup>的说法,所指权利内容相同。从著作权相关国际条约的用词来看,“相关权”更为普遍,例如《TRIPs 协定》的规定(“Related Rights”)。基于此,《送审稿》明确使用“相关权”概念,并且规定,作为与著作权平行的权利,相关权亦采自动取得原则。

### 2. 作品定义、具体类型及范围

#### (1) 作品的定义

现行《著作权法》仅列举了作品类型名称,有关作品的定义则规定在《实施条例》中。“在著作权法中明确规定作品定义,可以有效解决作品类型列举不全的弊端,使其可以涵盖因科技发展而产生的各种新作品类型。”<sup>〔13〕</sup>正因为如此,《送审稿》将作品的定义从行政法规上升为法律规定,规定“本法所称的作品,是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种形式固定的智力表达”。与《实施条例》第2条相比,《送审稿》对作品的定义不再强调“有形式固定”,但依然保留“以某种形式固定”的说法,即仍然强调受著作权法保护的作品必然具有“固定性”的特点。如此,不具有固定性的口述作品,尽管属于《著作权法》以及《实施条例》所保护的作品类型,却仍然不能被该作品定义所涵盖,<sup>〔14〕</sup>《送审稿》的这一修订并未解决《实施条例》规定的作品定义的固有缺陷。此外,《送审稿》将“智力成果”修改为“智力表达”,限缩作品的定义,强调作品的表达性。对这一修改,也存在一些反对的声音,有学者认为,“智力表达”不足以体现作品的本质,不如“智力成果”更为妥贴。<sup>〔15〕</sup>

#### (2) 作品的具体类型

《送审稿》在作品的具体类型方面,修改内容包括:①增加“实用艺术作品”,赋予其25年的保

〔8〕 《送审稿》第1条。

〔9〕 《送审稿》第3条。

〔10〕 《送审稿》第6条。

〔11〕 参见前注〔5〕,吴汉东文。

〔12〕 郭寿康主编:《知识产权法》,中共中央党校出版社2002年第1版,第84页。刘春田主编:《知识产权法(第二版)》,中国人民大学出版社2002年第2版,第97~98页。

〔13〕 参见前注〔5〕,吴汉东文。

〔14〕 李明德:《论作品的定义》,载《甘肃社会科学》2012年第4期。

〔15〕 参见冯晓青:《我国著作权法第三次修改的必要性与修订草案探微——兼论修订草案“总则”部分的完善》,载《邵阳学院学报》2014年第4期。

护期;②将“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”更名为“视听作品”;③将“模型作品”更名为“立体作品”;④将“计算机软件”修改为“计算机程序”,以文字作品形式保护计算机文档。

现行《著作权法》没有实用艺术作品的规定,但在《实施国际著作权条约的规定》中,却有对外国人实用艺术作品给予为期 25 年的保护的的规定;这种超国民待遇的规定一直备受诟病。<sup>[16]</sup> 为此,《送审稿》增加了有关“实用艺术作品”的规定。不过,“实用艺术作品”是否应在《著作权法》中进行规定目前仍存有争议,有学者认为,现行《著作权法》虽未明确规定“实用艺术作品”,但可以理解为实用艺术作品可以作为美术作品在我国受到著作权法保护。<sup>[17]</sup> 但是,我们也注意到,在实践中,因《著作权法》未明确“实用艺术作品”的概念,司法界也存在不予认可实用艺术作品受著作权法保护的情形。而且,实用艺术作品一般与工业有关,将其作为艺术作品,赋予其 50 年的保护期限,显然也不利于工业生产。有鉴于此,《送审稿》明确实用艺术作品有其必要性和合理性。

《送审稿》将模型作品更名为立体作品,尽管是措辞上的修改,但从字面含义上看,“立体作品”较之于“模型作品”覆盖范围更广。不过,从定义上看,立法者也并没有扩大该类作品保护范围的目的,因此这种更名是否有必要,值得商榷。

### (3) 作品的范围

在作品的确定上,现行《著作权法》从正反两方面进行,一方面从正面规定作品定义,列举作品类型;另一方面从反面规定作品不包括的内容,列举排除客体。《送审稿》继续沿用这种方式,并完善了反面规定,将“著作权保护延及表达,不延及思想、过程、原理、数学概念、操作方法等”这一著作权制度的基本理论在法律中明确予以规定,并将著作权保护排除客体的“时事新闻”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”<sup>[18]</sup>。关于“时事新闻”的具体范围,司法实践中存在不少争议。在有的案件中,法官甚至认为新闻配图亦属于“时事新闻”的范围,应排除保护,但实际上,被排除出著作权法保护的仅是“事实”而已。<sup>[19]</sup> 基于此,《送审稿》直接将时事新闻明确为单纯事实消息具有实践意义。

《TRIPs 协定》第 9 条第 2 款明确规定:“著作权保护应延及表达,而不延及思想、工艺、操作方法或数学概念本身。”<sup>[20]</sup> 此即“思想与表达二分法”,后被《世界知识产权组织版权条约》所沿用。尽管我国著作权法对此一直未予明确,但在司法实践中,对思想与表达二分法的适用并不鲜见,不过因为著作权法对此未予明确,司法界对能否直接适用该方法界定作品存有疑虑,因此《送审稿》对此予以明确是有必要的。

## 二、著作权

### 1. 划分著作人身权和财产权<sup>[21]</sup>

尽管现行《著作权法》规定,“著作权包括下列人身权和财产权”,但对何种权利属于人身权或财产权并未进行明确的区分,而此次修改则明确发表权、署名权和保护作品完整权属于人身权利,

[16] 管育鹰:《实用艺术品法律保护路径探析——兼论〈著作权法〉的修改》,载《知识产权》2012 年第 7 期。

[17] 李明德、许超:《著作权法》,法律出版社 2003 年,第 49 页。

[18] 《送审稿》第 9 条。

[19] 王迁:《论〈著作权法〉中“时事新闻”的含义》,载《中国版权》2014 年第 1 期。

[20] 郑成思:《WTO 知识产权协议逐条讲解》,中国方正出版社 2001 年版,第 44 页。

[21] 《送审稿》第 13 条。

其他权项属于财产权利。这一区分明确了我国著作权采用“二元论”理论学说。<sup>[22]</sup>

#### (1) 删除修改权

现行《著作权法》规定,“修改权”即修改或者授权他人修改作品的权利,“保护作品完整权”即保护作品不受歪曲、篡改的权利,两项权利存在重叠,甚至有观点认为,两项权利实质相同。<sup>[23]</sup>因此,《送审稿》在将“修改权”的定义内容纳入“保护作品完整权”的基础上,将修改权删除,保留保护作品完整权。

#### (2) 删除汇编权

现行《著作权法》中,著作权包括“汇编权”,将汇编权规定为著作权人的排他性权利,但同时又规定“汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料,对其内容的选择或者编排体现独创性的作品,为汇编作品,其著作权由汇编人享有”。鉴于“汇编权”的内容基本上可以被“复制权”所涵盖,因此《送审稿》删除了汇编权的规定,而仅保留了汇编作品的相关规定。

#### (3) 摄制权被改编权吸收

在现行《著作权法》中,摄制权是指“以摄制电影或者以类似摄制电影的方法将作品固定在载体上的权利”,与改编权(“即改变作品,创作出具有独创性的新作品的权利”)存在重叠,可以说摄制权其实是改编权的特殊形式。因此,《送审稿》中改编权吸收摄制权并合并为一项权利。<sup>[24]</sup>

除上述修改外,改编权还增加了“对计算机程序进行增补、删节,改变指令、语句顺序或者其他变动的权利”的规定,前述规定实际上是《计算机软件保护条例》中的“修改权”定义。因为《送审稿》删除了修改权,但有关计算机程序的修改一般又不认为具有人身属性,不适合并入保护作品完整权,在《著作权法》修改过程中,立法者也尝试在财产权中保留修改权,并专指计算机程序的修改,但这一修改方式因不够周延而未被保留下来。

#### (4) 放映权被表演权吸收

在现行《著作权法》中,放映权即“通过放映机、幻灯机等技术设备公开再现美术、摄影、电影和以类似摄制电影的方法创作的作品等的权利”,该权利范围实际上与表演权中的机械表演权(即“用各种手段公开播送作品的表演的权利”)相重叠。《送审稿》删除了放映权,并将表演权的表述修改为“以演唱、演奏、舞蹈、朗诵等方式公开表演作品,以及通过技术设备向公众传播作品或者作品的表演的权利”。<sup>[25]</sup>

#### (5) 将广播权修改为播放权

广播权来自《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(以下简称《伯尔尼公约》)的规定,旨在规制无线广播以及以有线传播或转播的方式广播作品的行为。我国在2002年修改著作权法时增加了有关“信息网络传播权”的规定,广播权与信息网络传播权的实质内容都与远距离传播作品有关。不过,这两项权利一直备受诟病,主要是因为两者不能完全涵盖所有远距离传播行为,例如通过网络进行直播的行为既不能被广播权覆盖,也不能被信息网络传播权覆盖。<sup>[26]</sup>

为了避免将广播权再拘囿于“广播”的字面含义,《送审稿》将广播权修改为“播放权”,规定“播放权指以无线或者有线方式公开播放作品或者转播该作品的播放,以及通过技术设备向公众传播

[22] 费安玲:《论著作权的权利体系构成的制度理念》,载《科技与法律》2005年第2期。

[23] 参见前注[6],李明德文。

[24] 《送审稿》第13条第2款第8项。

[25] 《送审稿》第13条第2款第5项。

[26] 参见王迁:《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》2008年第9期。

该作品的播放的权利”。<sup>[27]</sup> 播放权适用于非交互式传播作品,以解决实践中网络的定时播放和直播等问题;而信息网络传播权适用于交互式传播作品。

## 2. 增加追续权

所谓追续权,按照世界知识产权组织出版的《版权与邻接权词汇》中的定义,是“作者、其继承人或法律指定的组织,在保护期限内,对美术作品原件的每一次再出售中要求分享一定份额的权利。这一权利也可适用于手稿的再出售”。<sup>[28]</sup> 关于美术作品的追续权,法国于1920年首先在法律上规定了追续权,《伯尔尼公约》1948年布鲁塞尔修订会议确立了原作者对原件和手稿享有追续权的法律制度。<sup>[29]</sup> 《送审稿》并未使用“追续权”的概念,但在第14条中明确规定“美术、摄影作品的原件或者文字、音乐作品的手稿首次转让后,作者或者其继承人、受遗赠人对原件或者手稿的所有人通过拍卖方式转售该原件或者手稿所获得的增值部分,享有分享收益的权利,该权利专属于作者或者其继承人、受遗赠人”。这实际上就是关于追续权的规定。

对于我国著作权法是否应增加“追续权”,目前反对声音较多,有分析认为,追续权制度在保护原作者利益方面所能发挥的作用十分有限,却因此给拍卖造成许多难题,是一项得不偿失的制度。<sup>[30]</sup> 此外,从我国实际情况出发,也有学者认为,我国艺术品转让市场尚不成熟,艺术品拍卖市场不足以支撑著作权人从转让中获益的“阳光化”,规定著作追续权存在串通拍卖并损及最终购买人权益的隐患,因此我国著作权法对作品原件或手稿出售后,在再次转让的过程中不应规定著作权人的追续权。<sup>[31]</sup> 我们认为,要发挥追续权制度在保护原作者利益方面的作用,确实需要有完善的拍卖制度作为基础,在目前我国拍卖市场本身还不成熟的情况下,追续权制度能否发挥其效用还有待实践的检验。

## 3. 电影、电视剧作者的二次获酬权

《送审稿》规定,电影、电视剧等视听作品的作者包括导演、编剧以及专门为视听作品创作的音乐作品的作者等。电影、电视剧等视听作品的著作权中的财产权和利益分享由制片者和作者约定。没有约定或者约定不明的,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。<sup>[32]</sup>

该条款规定的目的是保障电影、电视剧等视听作品作者(包括导演、编剧、词曲作者)的二次获酬权,避免出现电影票房或电视剧收视率很高,但导演、编剧、词曲作者却一贫如洗的不公平现象。不过,该规定过于原则而缺乏可操作性,对于作者如何分享收益还需要进一步的规定。二次获酬权制度的目的无疑是提高对作者的保护水平,平衡制片者与作者的利益,激励作品创作,其正面价值值得肯定。当然,也有反对声音称,商业运作不但投资巨大,而且存在高风险。编剧、导演、作词者、作曲者等不承担风险仅享受利益,对制片者而言是明显不合理的。<sup>[33]</sup> 这一观点确实有其合理之处,但也忽略了制片者与编剧、导演、作词者、作曲者在地位上的悬殊差异。笔者认为,《送审

[27] 《送审稿》第13条第2款第6项。

[28] 转引自郭寿康:《论美术作品的追续权》,载《郭寿康文集》,知识产权出版社2005年版,第127页。

[29] 见前注[28],郭寿康文,第127页。

[30] 《艺术家是否应享有追续权? 拍卖业人士提异议》,载中国网艺术中国栏目([http://art.china.cn/huihua/2012-11/08/content\\_5473601.htm](http://art.china.cn/huihua/2012-11/08/content_5473601.htm),最后访问时间2014-08-01)。

[31] 季涛:《〈著作权法〉中暂不适合增加“追续权”》,载季涛新浪博客([http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_505e2cc70102ed1n.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_505e2cc70102ed1n.html),最后访问时间2014-08-01)。

[32] 《送审稿》第19条。

[33] 徐炎:《〈著作权法〉第三次修改草案第二稿评析》,载《知识产权》2013年第7期。

稿》规定,关于编剧、导演、作词者、作曲者如何分享收益,有约定从约定。而实践中,制片者往往拥有足够的控制能力和签约的优势地位,编剧、导演、作词者、作曲者难以通过约定的方式获取收益。

#### 4. 赎回权

《送审稿》规定,陈列于公共场所的美术作品的原件为该作品的唯一载体的,原件所有人对其进行拆除、损毁等事实处分前,应当在合理的期限内通知作者,作者可以通过回购、复制等方式保护其著作权,当事人另有约定的除外。<sup>[34]</sup> 该规定旨在解决物权和著作权的冲突问题,适用于所有权人处分物权时可能损害著作权的情形。当然,该条款所规定的适用条件相对严格,避免作者滥用权利干扰物权的处分。

#### 5. 孤儿作品<sup>[35]</sup>

在网络时代,作品数量呈几何量级增长,也因此带来了孤儿作品的爆炸式增长。孤儿作品问题是目前网络环境下不可避免的问题,对孤儿作品的使用将令使用人承受巨大的侵权风险,这明显不利于作品的传播,与高效便捷的网络传播形成难以调和的矛盾。对此,《送审稿》专门设置了孤儿作品条款,所谓孤儿作品,是指使用者经尽力查找后,“著作权人身份不明的”或者“著作权人身份确定但无法联系的”尚处于著作权保护期内的已发表作品。对孤儿作品,该条款规定对于数字化形式的使用,使用者可以适用向主管部门指定机构提存使用费的方式获得孤儿作品的合法使用权。之所以将使用方式限缩在数字化形式的使用,主要是考虑数字化形式的使用涉及作品数量巨大,降低其使用作品的授权成本将在很大程度上推动网络时代作品的传播,有其合理性。

孤儿作品制度涉及作者与传播者的利益平衡问题,对各个国家而言都是一个难题。<sup>[36]</sup> 《送审稿》所创设的孤儿作品制度目前是比较原则的,尚未规定具体操作办法,有待实施条例和司法解释的进一步细化。因《送审稿》并未明确尽力查找的标准,因此该条款很可能被使用者滥用,然而《送审稿》却并未设置相应的避免滥用的条款。所以,我们认为,该制度有待进一步的完善。

### 三、相关权

《送审稿》在相关权方面的修改主要集中于提高对相关权权利人的保护,例如表演者权利范围的扩大,赋予表演者以出租权;表演者、录音制作者获酬权的明确等。

#### 1. 表演者的出租权和获酬权

《送审稿》在表演者的权利内容方面,增加了表演者对其表演的录制品或者该录制品的复制件许可他人出租的权利。<sup>[37]</sup> 此外,《送审稿》还规定了制片者聘用表演者制作视听作品,应当签订书面合同并支付报酬。<sup>[38]</sup>

#### 2. 职务表演

《送审稿》在相关权部分,还增加了有关职务表演的规定,该规定考虑到了实践中迫切需要解决的表演者与演出单位之间的关系问题,尊重当事人意思自治。在当事人没有约定的情况下,原则上将职务表演的相关权利赋予表演者,但对于集体性职务表演,其权利归属于演出单位,表演者

[34] 《送审稿》第22条。

[35] 《送审稿》第51条。

[36] 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。

[37] 《送审稿》第34条第2款第5项。

[38] 《送审稿》第37条。

享有署名权。<sup>[39]</sup>

### 3. 录音制作者的获酬权

现行《著作权法》规定录音制作者对其制作的录音录像制品,享有许可他人“复制、发行、出租、通过信息网络向公众传播”并获得报酬的权利。《送审稿》将该获酬权做出修改,增加录音制作者对他人以表演和播放的方式使用其录音制品的获酬权。<sup>[40]</sup>

## 四、权利的限制

权利的限制是著作权法的基本内容,是著作权保护制度中极为重要的方面,现行《著作权法》中权利限制条款的设置未考虑新技术的影响,而伴随着技术发展的日新月异,相关条款在新技术所引发的法律问题面前逐渐捉襟见肘,此次《送审稿》的修改即以解决这一问题为目标。

### 1. 权利限制<sup>[41]</sup>

著作权权利限制制度又被称之为合理使用制度,权利限制制度条款的设置方式一般分为列举式立法和判断要件式立法(即“三步检验法”<sup>[42]</sup>)。一般情况下,大陆法系采用封闭式列举方式,但经过多年的融合发展,尤其是随着著作权法相关国际条约的逐渐成熟,在权利限制制度方面的规制,大陆法系逐渐接受英美法系的判断要件式立法方式。

现行《著作权法》对合理使用的规定采用列举式,并未规定具体判断标准。另一方面,为弥补列举式立法的不足,在《实施条例》中又规定,“依照著作权法有关规定,使用可以不经著作权人许可的已经发表的作品,不得影响该作品的正常使用,也不得不合理地损害著作权人的合法权益”。<sup>[43]</sup>《著作权法》的列举与《实施条例》补充的标准共同构成《伯尔尼公约》所采用的“三步检验法”。

《送审稿》对合理使用的规定虽仍采用列举式,但吸收了《实施条例》的判断要件,正式确立我国合理使用判定的“三步检验法”判断标准,<sup>[44]</sup>即以列举形式列明可以适用合理使用的“特殊情形”,继而判断是否“影响作品的正常使用”,以及是否“不合理地损害著作权人的合法权益”。同时,为解决以列举式来确定“特殊情形”的范围所带来的无法解决新技术带来的法律问题等弊端,《送审稿》对合理使用的规定增加了兜底条款,扩大了“特殊情形”的可适用范围。

此外,就列举的具体合理使用行为,《送审稿》也进行了一些调整,主要调整包括:

(1) 个人目的的使用行为在使用目的、使用方式和使用范围方面均被大大限缩,明确了为个人学习、研究使用他人作品的情形为复制他人已发表作品的片段。<sup>[45]</sup>

(2) 对引用他人作品的行为增加了“不得构成引用人作品的主要或者实质部分”的限制。<sup>[46]</sup>

(3) 有关媒体的合理使用,将媒体范围扩大至“网络”媒体。这一修改带来较多争议,反对观点认为,放开“网络”的合理使用,对权利人是极大的损害。但是,不得不承认的是,网络媒体作为新

[39] 《送审稿》第 36 条。

[40] 《送审稿》第 40 条。

[41] 《送审稿》第 43 条。

[42] 《伯尔尼公约》第 9 条之二,本联盟成员国法律有权允许在某些特殊情况下复制上述作品,只要这种复制不致损害作品的正常使用也不致无故危害作者的合法权益。

[43] 《实施条例》第 21 条。

[44] 参见前注[5]。

[45] 《送审稿》第 43 条第 2 款第 1 项。

[46] 《送审稿》第 43 条第 2 款第 2 项。



兴媒体越来越显示出其优势地位,而传统媒体因此逐渐萎缩。虽然网络媒体还存在较大的规制空间,但在网络媒体逐步向主流媒体迈进之际,在合理使用方面赋予其与传统媒体相同的地位,还是具有积极作用的。<sup>[47]</sup>

(4) 增加了关于对室外艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像后形成的成果后续使用的规定。<sup>[48]</sup>

## 2. 对计算机程序的权利限制

对计算机程序的权利限制,除吸收了《计算机软件保护条例》的合理使用条款的规定以外(第44条来源于《计算机软件保护条例》第16条,第45条来源于《计算机软件保护条例》第17条),《送审稿》还规定“以兼容为目的的计算机程序使用行为”属于合理使用,这也是《著作权法》立法者对“3Q大战”现象的一种回应。

## 3. 法定许可

《送审稿》将现行著作权法五类著作权法定许可进行调整,保留了教材和报刊转载的法定许可,<sup>[49]</sup>将广播电台电视台的两项法定许可合并为一项,<sup>[50]</sup>但取消了录音制品法定许可。现行《著作权法》规定,录音制作者使用他人已经合法录制成为录音制品的音乐作品制作录音制品,可以不经著作权人许可,但应当按照规定支付报酬;著作权人声明不许使用的不得使用。这就是目前的录音制品法定许可规定。在2012年3月31日国家版权局公布的草案中,录音制品法定许可修改为“录音制品首次出版3个月后,其他录音制作者可以依照本法第四十八条规定的条件,不经著作权人许可,使用其音乐作品制作录音制品”,这一修改尽管增加了3个月的缓冲期,却因为删除了原条文的但书条款而引发录音产业界的轩然大波,遭到音乐人、代表音乐著作权人以及唱片业的有关集体管理组织等的反对。最终,国家版权局权衡利弊后,认为尽管其草案内容具有一定的合理性,但缺乏立法民意,于是将其草案中的录音制品法定许可规定完全删除。<sup>[51]</sup>

《送审稿》还对法定许可的使用条件进行了细化,规定法定许可的使用条件包括:“(1)在首次使用前向相应的著作权集体管理组织申请备案;(2)在使用作品时指明作者姓名或者名称、作品名称和作品出处,但由于技术原因无法指明的除外;(3)在使用作品后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,同时提供使用作品的作品名称、作者姓名或者名称和作品出处等相关信息。前述付酬标准适用于自本法施行之日起的使用行为。著作权集体管理组织应当及时公告前款规定的备案信息,并建立作品使用情况查询系统供权利人免费查询作品使用情况和支付使用费。著作权集体管理组织应当在合理时间内及时向权利人转付本条第一款所述的使用费。”<sup>[52]</sup>

实际上,广播电台电视台法定许可制度“对于降低著作权交易成本、促进作品的传播、保障公众获得信息的权利、促进广播电视业的健康发展,具有非常重要的意义”。<sup>[53]</sup>其备受诟病的根本原因在于法定许可费的分配执行不到位,致使权利人无法获得回报。然而,这一问题可以通过完善法定许可费分配相关的规定或加强行政管理等方式加以解决,而不应当因噎废食。

[47] 《送审稿》第43条第2款第3、4、5项。

[48] 《送审稿》第43条第2款第10项。

[49] 《送审稿》第47条、第48条。

[50] 《送审稿》第49条。

[51] 王自强:《解读〈著作权法〉第三次修改》,载《北京仲裁》2014年第1期。

[52] 《送审稿》第50条。

[53] 胡开忠:《广播电台电视台播放作品法定许可问题研究——兼论我国〈著作权法〉的修改》,载《知识产权》2013年第3期。

## 五、权利的行使

在“权利的行使”一章中,《送审稿》最大的亮点在于增设“著作权集体管理”一节,不仅吸收了《著作权集体管理条例》中的部分条款,还对我国的著作权集体管理制度也进行了较大幅度的修改。

### 1. 延伸集体管理

综观目前世界其他国家或地区的延伸集体管理制度,一般要求拥有延伸集体管理权的集体管理组织其会员应该能够覆盖所辖区域的绝大多数权利人。<sup>[54]</sup>当前,我国任何一个集体管理组织都不符合这一条件,在起草此次著作权法修改《送审稿》过程中,立法者试图通过著作权法赋予集体管理组织延伸集体管理权,但遭到权利人的极力反对。<sup>[55]</sup>最终,立法者对延伸集体管理制度的适用范围进行了限制,规定:“著作权集体管理组织取得权利人授权并能在全国范围内代表权利人利益的,可以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,权利人书面声明不得集体管理的除外。”<sup>[56]</sup>

### 2. 重申集体管理组织代收法定许可费用的职能

目前,集体管理组织在其章程中对于代收法定许可费职能都有所表述,《送审稿》重申了集体管理组织的此项职能,赋予其代收法定许可费的权利。<sup>[57]</sup>

## 六、技术保护措施和权利管理信息

现行《著作权法》在第48条“侵权行为的行政责任”中,将未经许可避开或破坏技术保护措施和擅自删除或改变权利管理信息界定为侵权行为。需要注意的是,技术保护措施和权利管理信息本身并不是著作权的内容,只有当避开或破坏技术保护措施和擅自删除或改变权利管理信息这两种行为达到损害著作权人或邻接权人的利益时,才会与著作权侵权联系起来。因此,《送审稿》将技术保护措施和权利管理信息的相关规定单独作为一章进行规制更为合理。

除对技术保护措施和权利管理信息规定基本含义之外,本章节其他相关条款来源于《网络信息传播权保护条例》。不过,对破坏技术保护措施的例外条款,《送审稿》较之于《网络信息传播权保护条例》增加了一项,即“进行加密研究或者计算机程序反向工程研究”<sup>[58]</sup>属于破坏技术保护措施的例外。

## 七、权利的保护

《送审稿》“权利的保护”一节无论在体例上还是具体条文设置上均有较大的变化,具体包括:

[54] 卢海君、洪毓吟:《著作权延伸性集体管理制度的质疑》,载《知识产权》2013年第2期。

[55] 《延伸性集体管理能否让权利人甘心“被代表”?》,载中华人民共和国知识产权局网站([http://www.sipo.gov.cn/mtjj/2012/201204/t20120427\\_681047.html](http://www.sipo.gov.cn/mtjj/2012/201204/t20120427_681047.html)),最后访问时间2014-08-01)。

[56] 《送审稿》第63条。

[57] 《送审稿》第64条。

[58] 《送审稿》第71条第2款第5项。

1. 对仅应承担民事责任的侵权行为由现行著作权法的列举式修改为判断要件式,扩大了权利人主张权利的范围

现行《著作权法》第47条和第48条分别列举了仅承担民事责任的侵权行为和既承担民事责任又可能受行政处罚的侵权行为,而实际上,所有侵犯著作权的行为都应承担民事责任,其中对公共利益有所损害的侵权行为应受行政处罚,这一思路是十分清晰的,分别列举的方式反而将其复杂化。《送审稿》基于该思路,不再对仅应承担民事责任的侵权行为进行举例,仅以列举的方式对应受行政处罚的侵权行为及部分特殊情形的侵权行为予以明确。

2. 增加对网络服务提供商责任的规定

对网络服务提供商责任的规定<sup>[59]</sup>基本上与《侵权责任法》第36条的规定相同,但在《侵权责任法》的基础上增加了两款,第4款将网络服务提供者的教唆、帮助行为进行了明确规范;第5款则明确了网络服务提供者作为内容提供商出现时,不得适用避风港规则免责。

在网络服务提供商责任的规定方面,《送审稿》尽量保持与《侵权责任法》相关内容的一致性,同时在此基础上修订了《侵权责任法》在网络服务提供商主观状态方面规定的不合理之处,即从《侵权责任法》的“知道”修改为“知道或应当知道”,与著作权保护司法实践中确立的标准保持一致。

3. 涉及集体管理组织的赔偿问题

《送审稿》第74条明确使用者在使用著作权人难以行使和难以控制的权利并与集体管理组织签订了使用合同支付报酬之后,使用著作权集体管理组织非会员权利人作品时应当承担的民事责任。在赔偿责任承担方面,如果使用者已经与相应的著作权集体管理组织签订合同,则对非会员权利人按照著作权集体管理使用费标准赔偿损失;如果未与相应的著作权集体管理组织签订合同,则对非会员权利人按照一般民事侵权损害赔偿原则赔偿损失。该条第2款排除了使用者恶意使用非会员权利人作品不适用著作权集体管理使用费标准赔偿损失的三种情形,而应当适用一般民事侵权损害赔偿原则来赔偿损失。即给予非会员权利人相应的排除权,非会员权利人可以声明排除集体管理组织方式的使用,对使用者恶意以集体管理组织方式来使用相关权利的情况可以适用一般民事侵权损害赔偿原则来赔偿损失。

4. 损害赔偿

关于损害赔偿的计算方法,《送审稿》规定,权利人可以选择实际损失、侵权人的违法所得、权利交易费用的合理倍数或者一百万元以下数额请求赔偿。<sup>[60]</sup>其中权利交易费用的合理倍数是新引入的损害赔偿计算方式,对于解决证明实际损失或侵权人违法所得困难有一定的帮助作用。当然,这种损害赔偿的计算方法并非《送审稿》所创设,我国《专利法》也有类似的规定。

关于损害赔偿的举证责任,《送审稿》规定,“人民法院为确定赔偿数额,在权利人已经尽力举证,而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下,可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料;侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的,人民法院可以根据权利人的主张判定侵权赔偿数额”,<sup>[61]</sup>这就降低了权利人的举证责任。

[59] 《送审稿》第73条。

[60] 《送审稿》第76条第1款。

[61] 《送审稿》第76条第3款。

## 八、结 语

现行《著作权法》曾在 2001 年 10 月 27 日以及 2010 年 2 月 26 日先后进行过两次修改。此次《著作权法》的修改属于第三次修改。《著作权法》第一次修改是为了加入 WTO,符合《TRIPs 协定》的最低保护标准,第二次修改是基于美国与我国在 WTO 有关我国知识产权执法的争端结果,两次修改在某种意义上而言均属于被动性修改,其修改的具体内容也仅是对个别条款的修正,具有比较大的局限性,并且未能解决现行著作权法对权利保护不足、著作权授权机制和交易规则不畅这两大矛盾。与以往的两次修改不同,此次修改是一次主动、全面的修改,修改目的是适应我国经济与技术发展的需要,其修改须在多方利益相关者的参与和博弈中进行,修改涉及面甚广。

从《送审稿》的修改内容来看,此次《著作权法》修改程度较高,从逻辑结构到具体规定,均有大幅度的改动。在具体规定的修改上,立法者以鼓励创作、提高著作权保护水平、进一步打击侵权行为为原则。在鼓励创作上,《送审稿》注重作者、表演者等的报酬权,通过提升创作群体的收益鼓励创作。在提高著作权保护水平上,一方面将著作权体系、相关权体系进一步整合完善,使权利体系更为周延,部分相关权的权能范围扩大;另一方面在权利保护上,完善救济措施(例如行政调解制度),并在侵权行为认定、损害赔偿等方面减轻权利人的举证责任(如明确权利人合理举证后的举证责任相对转移,损害赔偿额可参照许可费倍数等)。在打击侵权行为方面,包括加大行政处罚力度,提高法定赔偿额,增加惩罚性赔偿等。<sup>[62]</sup> 整体而言,《送审稿》较之于现行《著作权法》有大幅的进步。

当然,《送审稿》也仍然存在部分有争议的内容,如录音制品法定许可被删除是否合理,著作权集体管理制度较之于目前集体管理组织的发展过于超前等,这些问题尚需进一步澄清或研究。在著作权法修改的立法过程中,相关利益方的博弈对其最终走向有着深刻影响,我们将进一步对著作权法的立法修改动向予以关注。

(责任编辑:万 勇)

---

[62] 参见前注[4],刘春田文。