

发行权规定的现存问题与改进建议

——兼评《著作权法(修订草案送审稿)》相关规定

焦和平*

目次

- 一、问题 1: 现行规定与信息网络传播权存在规范冲突
 - (一) 比较法上发行权定义的两种模式
 - (二) 我国发行权规定存在的问题及引发的理论、实践争议
 - (三) 小结
- 二、问题 2: 作品原件唯一性与“向公众提供”存在现实矛盾
- 三、问题 3: 所有权转移方式既未穷尽又显累赘
- 四、《著作权法(修订草案送审稿)》相关规定评析及改进建议
 - (一) 《著作权法(修订草案送审稿)》相关规定评析
 - (二) 改进建议及理由说明

摘要 我国现行《著作权法》关于发行权的规定在条文表述上存在三个方面的问题:一是未明确规定“有形载体”造成发行权与信息网络传播权在调整范围上存在交叉重合;二是将作品原件作为发行权的客体,造成原件的唯一性与“向公众提供”存在现实矛盾;三是所有权转移方式的规定既未穷尽类型又显累赘繁琐。目前向社会公布的《著作权法(修订草案送审稿)》虽然对发行权的定义进行了略微调整,但仍未从根本上解决存在的上述问题,因此建议将发行权的定义修改为“发行权,即以转移所有权的方式向公众提供作品有形载体的权利”。

关键词 发行权 著作权法草案 完善建议

* 西北政法大学知识产权学院副教授、法学博士。本文系西北政法大学“文化产业法”青年学术创新团队研究成果。

发行权是著作权人享有的一项重要的法定专有权利，立法上对其规定是否科学、严谨和准确将直接影响法律的适用效果和著作权人的权利保护，在我国正在进行的著作权法第三次修改的热烈讨论中，鲜有学者就发行权的修改提出问题或建议，而已向社会公布并征求意见的《著作权法（修订草案）》第一稿、第二稿以及第三稿（送审稿）对于发行权的规定也没有太大的变化，^{〔1〕}由此似乎表明发行权的规定不存在什么问题因而无需讨论或修改。对此本文则有不同看法，本文认为现行《著作权法》规定的发行权在立法文本上存在三个方面的问题，而《著作权法（修订草案）》三个稿本虽然对其做了略微调整但仍未能从根本上解决这些问题，为此本文拟在分析发行权规定现存问题的同时，对《著作权法（修订草案）》的相关规定进行评析，并在此基础上提出相应的完善建议，以期能为正在进行的《著作权法》第三次修改提供参考。

一、问题 1：现行规定与信息网络传播权存在规范冲突

（一）比较法上发行权定义的两模式

在数字技术和网络技术产生之前的传统复制技术下，作品复制的结果必然伴随着有形复制件的产生，而发行作品也就自然意味着向社会公众提供作品的有形载体，因此在这种技术背景下，即使不强调发行权所针对的客体必须是作品的“有形复制件”或者“有形载体”也不会产生法律适用上的难题。但是随着数字技术和网络技术的出现，作品复制的方式不再仅限于通过有形物质媒介的机械复制，而是也包括了作品在互联网传输过程中的一系列数字复制；复制的结果也不再必然伴随着有形复制件的产生，而是更多地表现为不依赖于有形载体存在的数字化形式的复制品；相应地，作品的传播也不再完全依赖于其有形载体在物理上的转移，而是可以通过互联网直接将数字化复制品提供给社会公众。复制传播技术的这一革新对此前那种“发行作品必然意味着作品有形载体所有权转移”的认识观念提出了挑战，使得立法者就发行权如何适应新技术的发展面临以下两种选择：第一，将发行权的规范对象明确限定为传统上向公众提供作品有形载体的行为，同时为通过网络传播作品数字化复制品的行为另行制定新的权利；第二，扩展发行权的含义，使其不仅能够控制向公众提供作品有形载体的行为，而且还能够控制那些通过网络以无形方式向公众提供作品的行为。对此，各国根据自己的立法传统做出了不同的选择，由此便形成了比较法上发行权定义的两模式，即欧盟模式和美国模式。

欧盟在其 2001 年 5 月 22 日通过的《协调信息社会中版权和相关权指令》（以下简称《欧盟版权指令》）中，将发行权定义为“作者享有授权或禁止通过任何销售或其他方式向公众提供其作品原件和复制件的专有权利”。^{〔2〕}从该规定来看，《欧盟版权指令》本身并未对发行权所针对的客体究竟是“有形复制件”还是所有形式的复制件做出限定，似乎未排除发行权在网络环境下适用的可能性。但是《欧盟版权指令》序言对此问题的专门说明则否定了这种可能性。对于指令第 4 条发行权中“复制件”的含义，《欧盟版权指令》序言指出：“一方面发行权控制对以有形物体承载的作品复制件的传播；另一方面，发行权穷竭原则不适用于作品的网上传播。”^{〔3〕}序言对这一问题的专门性说明表明，《欧盟版权指令》中规定的发行权不适用于作品的网上传播，而只适用于对作品有形复

〔1〕 除仅在已有规定的基础上增加了“或者其他转让所有权的方式”12 个字外，其他没有什么变化。

〔2〕 Copyright Directive (2001/29/EC) Article 4.

〔3〕 Copyright Directive (2001/29/EC) Recitals para. 28, 29.

制件的传播。^{〔4〕}与此同时,《欧盟版权指令》还在发行权之外制定了“向公众传播权”,专门用于控制作品的网络传播行为,由此形成了发行权专用于控制转移作品有形载体所有权的行为,向公众传播权专用于控制作品的网络传播行为的二分式立法模式,从而也清楚地划清了发行权与向公众传播权的界限。欧盟的这一处理方式来源于《世界知识产权组织版权条约》(以下简称“WCT”)的规定。根据WCT第6条的规定,发行权是指“文学和艺术作品的作者应享有授权通过销售或其他所有权转让形式向公众提供其作品原件和复制品的专有权”。^{〔5〕}为了将该项权利的适用范围与第8条规定的“向公众传播权”^{〔6〕}(我国“信息网络传播权”的国际法渊源^{〔7〕})相区分,WCT在其重要构成部分第6条的《议定声明》中专门强调,该条发行权中的“复制件”专指“可作为有形物投放流通的固定的复制件”。由此,通过《议定声明》对发行权中“复制件”含义做出限定和澄清,WCT也划清了发行权与向公众传播权的界限,避免了权利冲突问题的产生。对此,曾经全程参与了缔结WCT外交会议的欧盟代表团团长约格莱·因伯特博士评价道,“(《议定声明》进行)这一澄清是必要的,因为曾经讨论过将WCT下的发行权适用于数字传输的问题,但最终被专家委员会否定了”。^{〔8〕}

对这一问题采取相反立场的立法模式是美国的版权立法。根据《美国版权法》的规定,发行权是指“以销售或其他转让所有权的方式,或者以出租、租赁或出借的方式向公众发行版权作品的复制品(或录音制品)的权利”。^{〔9〕}经过比较可以发现,除了将出租权包含在发行权中,美国版权法的规定与《欧盟版权指令》和WCT基本相同,惟其不同之处在于,美国版权法并未就发行权中“复制品”的含义做出任何限定,由此表明美国版权法对于发行权的处理做出了第二种选择,即通过扩展发行权的含义,使其不仅能够控制那些以传统方式向公众提供作品有形载体的行为,而且还能够控制网络环境下向公众提供作品数字化复制件的行为。在美国政府“国家信息基础设施专门工作小组(知识产权工作组)”1995年向国会提交的《知识产权和国家信息基础设施》报告中,这一立场进一步得到说明,该报告认为,“(通过网络)传输一份作品的复制件就是通过一些设备和程序将作品的复制件或制品从被传输之处进行发行”,^{〔10〕}因此“《美国版权法》第106条中所指的发行权,可以解释为包括(网络)传输,因为传输本身就是一种发行,从理论和实践的角度来看将传输认定为发行都是合适的”。^{〔11〕}这一认识在美国司法实践中也得到回应,例如在 *Playboy Enterprises Inc. v. Frena* 一案中,法院认为,作为网络服务商的被告提供的电子布告板被用户用来上传原告

〔4〕 Daniel J. Gervais, “Transmissions of Music on the Internet: An Analysis of the Copyright Laws of Canada, France, Germany, Japan, the United Kingdom and the United States”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (November, 2001), 1408.

〔5〕 WCT, Article 6.

〔6〕 WCT, Article 8.

〔7〕 但WCT规定的向公众传播权与我国的信息网络传播权并不相同,其含义要宽于我国的信息网络传播权,具体分析见焦和平:《论我国〈著作权法〉上“信息网络传播权”的完善——以“非交互式”网络传播行为侵权认定为视角》,载《法律科学》2009年第6期;焦和平:《三网融合下广播权与信息网络传播权的重构——兼析〈著作权法(修改草案)〉前两稿的相关规定》,载《法律科学》2013年第1期。

〔8〕 [德]约格莱·因伯特、西尔克·冯·莱温斯基:《WIPO因特网条约评注》,万勇、相靖译,郭寿康审校,中国人民大学出版社2008年版,第116页。

〔9〕 17 U. S. C. 106.

〔10〕 Information Infrastructure Task Force: Intellectual Property and the National Information Infrastructure (the Report of the Working Group on Intellectual Property Rights), Washington, D. C. (1995). p. 214.

〔11〕 *Ibid.*, p. 220.

作品的行为侵犯了原告的发行权。^[12] 在“Tasini 诉纽约时报案”中，法院认为，未经许可将作者的文章置于网络数据库中，使公众能够在线浏览或下载的行为构成了对作品的“发行”。^[13]

（二）我国发行权规定存在的问题及引发的理论、实践争议

上述比较法上的分析表明，在国际立法例上，对于发行权的规定有两种模式：一种是欧盟模式，即虽然在立法中同时规定了发行权与网络传播权，但由于将发行权的适用客体明文限定为作品的“有形复制件”，从而将向公众提供作品数字化无形复制件的网络传播行为排除在发行权之外，使得发行权与网络传播权的界限分明，不存在交叉或重合的问题；另一种是美国模式，即对发行权所适用的客体不作任何限定，使其可以控制包括网络传播行为在内的所有向公众提供作品复制件的行为，在这种模式中，虽然发行权的适用延伸到网络环境，但由于在发行权之外不再另设专门的网络传播权，从而也不存在发行权与网络传播权冲突的问题。可以说，这两种立法模式是各国根据自己的法律传统和立法现状做出的选择，虽然差别较大，但都能解决传统发行权在现代网络环境下的适用问题，因此并无优劣高下之分。反观我国的发行权立法则比较独特，根据现行《著作权法》第 10 条第 6 款的规定，“发行权，即以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或者复制件的权利”，可以发现，该定义与 WCT、《欧盟版权指令》和《美国版权法》规定的发行权含义基本相同，^[14]但经过体系性比较可以发现，我国的发行权立法既不同于欧盟模式，也不同于美国模式，而是独具特色的第三种模式，具体表现为：第一，除第 10 条第 6 款规定之外，《著作权法》的其他条文以及《著作权法实施条例》都未就发行权所针对的“复制件”做出任何限定或说明，因此该立法有别于专门就发行权的客体做出“有形复制件”限定的欧盟模式；第二，我国著作权法在发行权之外又针对网络传播行为专门规定了信息网络传播权，因此此种立法又有别于不对“复制件”做出任何限定并且不另外单独制定网络传播权而将发行权直接适用于网络环境的美国模式。我国这种发行权立法的独特模式，使得“如何区别发行权与信息网络传播权，成为区分著作权法诸权能的一个难点”，^[15]由此也引发了学界关于“发行权能否控制网络传播行为”以及“发行权一次用尽原则是否适用于网络环境”的争论，近年来与此有关的学术论文时有发表，甚至成为很多著作权法专著和教科书在论及发行权时必然会涉及的内容。

持肯定观点的学者认为，通过网络传播作品属于发行行为，应当受到发行权的控制。例如有的论者提出，未经许可将作品置于网络供他人浏览和下载的行为，“实际上就是数字化和因特网环境下对作品的一种发行行为，此种行为如未经著作权人许可，即侵犯了著作权人的发行权”。^[16] 还有论者主张，基于作品在网上传播而进行的数字化也是复制的一种，因此可以理解为作品的网络传播权是作品发行权的一种特殊形式，即发行权可以包含信息网络传播权。^[17] 持否定观点的学者则认为，发行权是对转移作品有形载体所有权行为的控制，网络传播不属于发行。例如有的论者提出，网络传播并不能导致作品有形载体所有权的转移，因此通过网络向公众传播作品的行为不构成发行，当然也不受发行权的控制。^[18] 还有论者主张，通常的发行行为必定伴随有形载体所有权的转

[12] 839 F. Supp. 1552 (M. D. Fla. 1993).

[13] *New York Times Co. v. Tasini*, U. S. 483 at 504 (2001).

[14] 与《美国版权法》稍有不同的是，后者将出租行为也纳入发行权的控制范围，但这无碍于本文主题的分析。

[15] 董皓：《析邻接权人“通过信息网络向公众传播”的权利》，载《云南大学学报（法学版）》2007 年第 6 期，第 46 页。

[16] 贵润：《评王蒙诉世纪互连通讯技术有限公司侵犯著作权纠纷案》，载《中国知识产权报》2003 年 8 月 16 日。

[17] 毛旭：《信息网络传播权与发行权之比较》，载《图书馆》2006 年第 5 期，第 52~61 页。

[18] 王迁：《著作权法学》，北京大学出版社 2007 年版，第 113 页。

移,发行行为据此区别于“表演”“广播”和“展览”等行为。^[19]对于发行权能否适用于网络环境不仅在理论上存在上述认识分歧,而且在司法实践中也容易引起著作权人选择法律的困惑。在“华夏电影发行公司与华网汇通技术服务公司、湖南在线网络传播公司著作权纠纷”一案中,原告华夏电影发行公司系有权从事境外电影发行业务的公司,其于2003年8月6日依法取得了美国电影《终结者3》在中国大陆地区的“独家发行权”,被告华网汇通技术服务公司、湖南在线网络传播公司未经许可,在其开办的网站有偿许可他人下载电影《终结者3》,故此原告以侵犯发行权为由将二被告诉至北京市朝阳区人民法院,虽然法院最终以“原告仅享有影院独家发行权,而被告通过网络擅自上载并传播该影片的行为并未落入该影院独家发行权的控制范围”为由驳回了原告的起诉,^[20]但由此引发的思考是,聘有专业律师参与诉讼的原告为何对被告的网络传播行为以侵犯发行权作为请求权基础?如果原告取得的不是“影院独家发行权”而是“发行权”,法院将如何判决?如果仍然驳回原告的起诉,其制定法依据何在?在我国现行立法文本所规定的发行权定义下,这些问题不无困惑。另外,涉案作品《终结者3》电影的发行权系从美国版权人处取得,由于美国的发行权本身就包括了网络传播的内容,因此在美国版权法下不可能在发行权之外再授权一项“信息网络传播权”,这恐怕也是原告以发行权作为起诉依据的缘由之一。此外,司法实践中发行权还被适用于其他不转移作品载体的传播行为,例如1991年著作权法未规定“放映权”但规定了发行权,由于当时的《著作权法实施条例》在解释“发行”含义时未强调“有形复制件”,^[21]因此就有法院以发行权追究非法放映他人作品行为的责任,例如在“时代华纳娱乐有限公司诉北京文达娱乐有限公司”一案中,法院就认定被告未经许可“放映”原告作品的行为为著作权法上的“发行”行为。^[22]

(三) 小结

本文认为,就立法文本的语言表述本身而言,我国现行《著作权法》规定的发行权与信息网络传播权的确存在规范上的冲突。从立法文本中发行权定义的表述来看,其所控制的“发行”行为有两个核心构成要素:一是“向公众提供作品的原件或复制件”;二是这种提供应当以“出售或者赠与”的方式进行。仔细分析可以发现,通过网络向公众提供作品的行为完全符合发行权这两项核心要素的要求:首先,就“向公众提供作品的原件或复制件”这一要素而言,互联网的开放性和共享性使得通过网络提供的作品可以为社会公众中的任何成员获得,因此通过网络传播作品属于“向公众提供”不存在疑问。其次,一般而言网络用户获取作品有两种途径:一是随意浏览下载,即免费获得;二是需要支付一定费用才能获得。从法律角度分析,前者是一种赠与行为,后者则是一种出售行为,由于这两种方式最终都导致了作品复制件所有权的转移,因此符合“发行”行为的第二项构成要件。由此可见,通过网络向公众提供作品的行为完全符合我国发行权所控制的“发行”行为的要求,可以受到发行权的控制,从而形成发行权与信息网络传播权在适用范围上的冲突。^[23]

值得注意的是,我国一些学者在论及我国的发行权时,认为我国发行权所针对的也是作品的“有形复制件”,甚至将此当作立法中已经确定的“事实”,但这种认识在我国并没有制定法上的依

[19] 陆薇:《信息网络传播与发行性行为的辨析》,载《法制与经济》2013年第8期,第80~83页。

[20] 参见北京市朝阳区人民法院(2004)朝民初字第1151号民事判决书。

[21] 1991年《著作权法实施条例》第5条第5项规定,发行“是指为满足公众的合理需求,通过出售、出租等方式向公众提供一定数量的作品复制件”。

[22] 参见北京市第一中级人民法院(1995)一中民初字第13号判决书。转引自李琛:《知识产权法关键词》,法律出版社2006年版,第126页。

[23] 对此问题更详细的分析参见焦和平、马治国:《信息网络传播权与发行权的冲突与协调》,载《法学杂志》2010年第9期,第61~63页。

据,也不符立法文本的文义,因为在我国现行的著作权法律体系中,无论是《著作权法》还是《著作权法实施条例》,乃至相关的司法解释和条例规章中没有任何一个规范性文件有此规定,相反,将网络传播定性为“发行”行为的法律规定倒随处可见。^[24]认为我国发行权所针对的客体系作品“有形复制件”的观点也不符合知识产权法定主义原则,正如学者所言,著作权的特点之一在于它的法定性,这种法定性体现在两个方面:一是作为一项权利,其权利范围的大小由法律规定;二是著作权中的每项具体权利的边界也为法律所明确限定。^[25]依此分析,发行权针对的是转移作品有形载体行为,还是包括了所有转移作品复制件所有权的行为,都应以制定法的法律文本为依据,在现行立法并未明文规定发行权的客体为作品“有形复制件”的情况下,认定我国发行权所针对的也是作品的“有形复制件”缺乏依据。实际上,这种认识是根据WCT和欧盟的规定推导出来的,但正如前文所述,对WCT和欧盟立法可以持有此种认识是源于其立法的明文规定,而我国立法并未有此规定,况且WCT和欧盟的立法在未转化为我国制定法的情况下也不能直接作为我国的法律适用依据。由此可见,在我国现行立法中,发行权与信息网络传播权的规范冲突是客观存在的,而我国很多学者在这一问题上不惜花费大量精力讨论本身也反映了这一点,否则,如果立法规定得很清楚就没有争论和讨论的必要。

二、问题2:作品原件唯一性与 “向公众提供”存在现实矛盾

根据我国现行《著作权法》的规定,发行权是“以出售或者赠与方式向公众提供作品原件或者复制件的权利”,可见其控制的行为包括两类:第一类是向公众提供作品原件的行为;第二类是向公众提供作品复制件的行为。对于向公众提供作品的复制件自然不存在问题,但是能否向社会公众提供作品的原件则不无疑问。因为作品的“原件”只有一份即具有唯一性,这就意味着在现实生活中作品原件只能提供给一个人,而不能提供给“社会公众”,因为在《现代汉语辞典》中“公众”是指“社会上大多数的人”,^[26]在法律上“公众”一般也是指“不特定的多数人”,所谓“三人为众”即为此理。尽管发行权中的“向公众提供”仅是指一种使不特定的公众获得作品原件或复制件的可能性,而不要求公众已经实际获得,但是在现实生活中即使是这种可能性对作品原件而言也是“不可能的”。显而易见的是,只有向社会投放一定数量的作品,才能满足不特定公众的合理需求,这是“发行”概念的应有之义。事实上,“一定数量”作为发行概念的基本要求曾在我国著作权立法中得到明文确认,根据我国1991年《著作权法实施条例》的规定,发行“是指为满足公众的合理需求,通

^[24] 例如在刑法领域,最高人民法院、最高人民检察院于2004年联合发布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中规定:通过信息网络向公众传播他人作品的行为,应当视为《中华人民共和国刑法》第217条规定的“复制发行”。两高在2005年10月13日发布的《关于办理侵犯著作权刑事案件中涉及录音录像制品有关问题的批复》中再次规定:未经录音录像制作者许可,通过信息网络传播其制作的录音录像制品的行为,应当视为刑法第217条第3项规定的“复制发行”。在行政法领域,国家新闻出版总署2002年出台的《互联网出版管理暂行规定》规定:互联网出版是指“互联网信息服务提供者将自己创作或他人创作的作品……登载在互联网上或者通过互联网发送到用户端,供公众浏览、阅读、使用或者下载的在线传播行为”。在我国立法中,出版指的就是“复制、发行”。

^[25] 参见陈锦川:《信息网络传播行为的法律认定》,载《人民司法(应用)》2012年第5期,第98~104页。

^[26] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语辞典》,商务印书馆1982年版,第381页。

过出售、出租等方式向公众提供一定数量的作品复制件”，^[27]从该规定可以看出，“作品的‘发行’之意是指将一定数量的作品复制件在市场上流通的行为”。^[28]由此可见，“满足合理需求”和“提供一定数量”是构成“发行”所必不可少的要素，但实际上，作品原件的唯一性决定了其根本无法满足此两项要求，因此，将“向社会公众提供作品原件”作为发行权定义的内容就存在无法实现的现实困境。也正因如此，我国1991年《著作权法实施条例》在解释“发行”的含义时并未将“作品原件”包括在内，而是仅指向公众提供一定数量的“作品复制件”的行为。^[29]值得注意的是，《世界版权公约》第6条规定：“本公约所用‘出版’一词，系指以有形形式复制，并向公众发行的能够阅读或可看到的作品复制品。”该规定也将“发行”定位为提供作品“复制件”的行为。

在这一问题上，我国很多学者也持同样的态度。譬如吴汉东先生认为，“在一般情况下，发行的标的物指的是作品的复制件”；^[30]冯晓青先生提出，“一般情况下，发行权涉及的是作品一定数量的复制件，而不是作品的原件”；^[31]王迁先生也主张，“向公众提供作品原件的情况是极为罕见的，毕竟原件只有一份”。^[32]费安铃女士也认为，“发行的标的物是作品的复制件，作品原件通常不被发行”。^[33]更有学者直接将著作权法的这一规定归结为“立法技术上的漏洞”，并建议将“原件”取消。^[34]有必要提及的是，在英国版权法和判例中承认作品原件的发行，也就是说承认作品在发行时可以是作品的原件，但英国的这一做法基于英国法律对于作品原件是否具有唯一性与大陆法系存在不同的认识。在大陆法系国家中，仅承认作品原件一定具有唯一性，也就是说，不可能存在同一个美术作品会有两个以上的原件，因为任何一个美术作品的创作者不可能创造出完全相同、无任何差异的两个以上的美术作品，所以每一个美术作品均是一个作品原件。但是英国法律承认由一个作品模子制作出来的若干复制品，在法律上被视为作品原件，所以人们可以通过出售或赠与方式发行作品原件。^[35]

三、问题3：所有权转移方式既未穷尽又显累赘

发行权所控制的“发行”行为的一个重要特征是必须导致作品复制件所有权的转移，前文已述，WCT和欧盟的发行权立法强调作品有形复制件所有权的转移，而美国的发行权立法则既包括了作品有形复制件所有权的转移，又包括了作品数字化复制件在互联网上的传输，但是都要求转移所有权，并且在立法条文中也都使用了“所有权转让”这样的语言表述。我国现行《著作权法》在定义发行权时并没有使用“所有权转移”或者“所有权转让”这样的语言表述，而是规定以“出售或者赠与”方式向公众提供作品原件或者复制件，即采取了列举式的立法技术来表达所有权转让的

[27] 1991年《著作权法实施条例》第5条第5项。

[28] 费安铃：《著作权权利体系之研究——以原始性利益人为主线的理论探讨》，华中科技大学出版社2011年版，第171页。

[29] 根据1991年《著作权法实施条例》第5条第5项的规定，发行“是指为满足公众的合理需求，通过出售、出租等方式向公众提供一定数量的作品复制件”的行为。

[30] 吴汉东：《无形财产权基本问题研究（第三版）》，中国人民大学出版社2013年版，第257页。

[31] 冯晓青：《著作权法》，法律出版社2010年版，第101页。

[32] 参见前注[18]，王迁书。

[33] 参见前注[28]，费安铃书。

[34] 参见赵海燕、田玉中：《著作权热点难点问题研究——兼论著作权法的修订》，法律出版社2014年版，第145页。

[35] 参见前注[28]，费安铃书。

意思。如此规定存在的问题是,虽然“出售”和“赠与”是导致所有权转移的两种最主要方式,但并不是所有权转移的所有方式,除此之外,尚有互易、散放等方式,^[36]也就是说,通过列举出售和赠与两种所有权转移方式并不能准确和完整地表达所有权转移的意思。对此郑成思教授也认为,“发行有许多不同形式,例如散发、出借、出售、出口等等”。^[37]正是注意到了现行立法的这一问题,国家版权局向社会公布的《著作权法(修订草案)》对此做了修改,将现行立法中的“出售或者赠与”之间的“或者”改成了顿号,并且在“出售、赠与”之后加上了“或者其他转让所有权的方式”的表述,这一修改表明立法者也认为,出售和赠与并不能穷尽所有所有权转移方式,因此为了避免挂一漏万而采取了“列举+概括”式定义的规定,但这一修改使得立法语言更加繁琐累赘,缺乏应有的简洁和明确。

四、《著作权法(修订草案送审稿)》相关规定评析及改进建议

(一)《著作权法(修订草案送审稿)》相关规定评析

我国对现行《著作权法》的修订工作自2011年7月13日启动以来已经出台了三个修订(改)草案稿本,并三次向社会公开征求意见。在2012年3月31日国家版权局公布的《著作权法(修改草案第一稿)》中,发行权的定义被规定为“以出售、赠与或者其他转让所有权的方式向公众提供作品的原件或者复制件的权利”。^[38]可以发现,与现行《著作权法》相比,修改草案第一稿对于发行权的规定有两个变化:一是将“出售或者赠与”之间的“或者”改成了顿号;二是在“出售、赠与”后面加上了“或者其他转让所有权的方式”的表述。在2012年7月30日国家版权局公布的《著作权法(修改草案第二稿)》和2012年12月18日公布的第三稿也就是国家版权局向国务院法制办提交的送审稿中,发行权的定义仍然沿用了第一稿的表述,没有再进行任何修改,因此虽然《著作权法(修订草案)》出台了三个稿本,但对于发行权而言是一种修改方案。对于该修改方案,本文有以下几点看法:第一,由于修改草案对发行权中“发行”行为所针对的客体是否为作品的“有形复制件”仍然没有做出明确规定,但同时又在其他条文中仍然保留了信息网络传播权的规定,因此前文所分析的发行权与信息网络传播权之间所存在的规范冲突问题仍然没有得到解决。第二,修改草案仍然将作品的“原件”作为发行权所针对的客体之一,由此造成前文所提出的作品原件的唯一性与向公众提供之间所存在的现实矛盾问题也没有得到解决。第三,尽管修订草案对发行权做出了部分修改,即在“出售、赠与”之后加上了“或者其他转让所有权的方式”,意在通过这一概括式的兜底性规定穷尽全部的所有权转移方式,但正如前文所分析的那样,“所有权转移方式”与“出售、赠与”意思有重复和叠加,因为“出售、赠与”完全可以被“所有权转移方式”所吸收,而没有必要在列举“出售、赠与”两种所有权转移方式后,又加上“其他所有权转移方式”的表述,这样会造成在发行权的立法上存在意思重复、语言累赘和不够简洁明确的问题。

(二)改进建议及理由说明

基于以上分析,本文认为发行权的规定需要进一步完善,为此提出如下修改建议:“发行权,即以转移所有权的方式向公众提供作品有形载体的权利。”对此修改建议的理由和依据,作以下几点说明。

[36] 参见前注[30],吴汉东书。

[37] 郑成思:《知识产权法(第二版)》,法律出版社2003年版,第325页。

[38] 参见2012年3月31日公布的《著作权法(修改草案第一稿)》第11条第2款第3项。

第一,该定义在制定法上明确划清了发行权与信息网络传播权的界限,使得二者所存在的冲突问题得以化解。正如前文所述,由于现行立法及修订草案未明确将发行权的客体限定为“有形复制件”,使其在文义上可以适用于网络环境,从而与专为网络传播行为所设定的信息网络传播权存在规范冲突。在新的定义中,发行权所针对的客体被明确限定为作品的“有形载体”,使得发行行为与网络传播行为得以明显区分,从而形成发行权专事“网下”转移作品有形载体所有权行为,信息网络传播权专事“网上”传播作品数字化复制品行为的二分局面。这样发行权与信息网络传播权的区分就有了明确的制定法上的依据,而不再需要借用WCT和欧盟立法的规定来解释和推导我国的立法文义,同时也可以结束理论上多年以来一直就“发行权是否适用于网络传播行为”以及“发行权一次用尽原则是否适用于网络环境”的纷争,同样,在司法实践中,无论是原告起诉还是被告抗辩以及法院裁判也都有了明确的制定法依据。

第二,该定义使我国在发行权的立法模式上从独特的“第三种模式”回归到欧盟模式,从而与国际立法保持协调和一致。如前所述,我国的发行权立法模式既不同于以专门条文明确限定作品“有形物体”的欧盟立法,也不同于对作品不做任何限定而将其适用于网络环境的美国立法,而是既不做任何限定使其可以适用于网络环境但却又在发行权之外专门设定信息网络传播权的“第三种模式”,其引发的问题前文已经详细分析。本文提出的修改建议将发行权的客体明确限定为“有形载体”,使得我国的发行权立法回归到大陆法系普遍采用的欧盟模式,从而与国际立法保持一致。需要说明的是,新的发行权定义并没有使用“有形复制件”这一表述,而是采用了“有形载体”的表述,本文认为,二者在本质上是一样的,在比较法上,WCT和欧盟立法采用的是“有形物体”,联合国教科文组织采用的是“实体复制品”,^[39]德国《著作权法》采用的是“有形的作品附着物”,这几种立法例都将发行权的客体定位在作品的“有形载体”或“附着物”上,因此本文认为直接使用“有形载体”比“有形复制件”更加准确、清楚和简洁,也与采用欧盟模式的立法例保持一致。

第三,在发行权所针对的客体上,新的定义不再出现“作品原件”的表述,从而避免了作品原件唯一性与“向公众提供”之间所引发的现实矛盾问题。前文已述,作品原件只有一个,但只有提供至少三份以上才能达到发行所要求的“满足公众的合理需求”,显然仅存一份的原件无法满足这一要求。新的发行权定义将“作品的原件或者复制件”改为“作品的有形载体”,即包括了所有提供作品有形载体的行为,从而避免了原件唯一性与向公众提供之间的现实矛盾。

第四,该定义在作品有形载体的所有权转移方式上以“抽象概括式”规定取代了现行立法中的“列举式”规定,以及修订草案中的“列举式+概括式”规定,这样的做法不但穷尽了所有的作品有形载体的所有权转移方式,从而避免了列举式的挂一漏万弊端,又避免了修订草案中的重复式规定的繁琐和累赘,使得立法语言更加简洁、准确和清楚。

(责任编辑:万 勇)

[39] 联合国教科文组织:《版权法导论》,张雨泽译、郭寿康审校,知识产权出版社2009年版,第71页。