

论著作财产权权利内容的分割与整合

——基于“权利束”与“模块化”理论的考察

赵一洲*

目次

一、问题的提出	(二) 许可、转让中的权利拆分与限制:
二、“权利束”与“模块化”理论下的著作财产权	权利法定与意思自治
(一) “权利束”与“模块化”理论	四、著作财产权内容整合的本土启示
(二) 权利束理论与著作财产权	(一) 立法历史有依据
三、著作财产权内容“分割”与“整合”的法律分析	(二) 产业一线有呼声
(一) 规范意义上著作财产权内容的“分割”与“整合”	(三) 学界理论有支持
	(四) 具体的落实方案
	五、结语

摘要 著作财产权内容的结构特征对著作权许可及转让的稳定性、效率性及公平性具有重要影响,准确把握著作财产权内容整合与分割的限度是合理安排著作财产权种类与内容构造的关键。“权利束”与“模块化”理论为辩证分析上述问题提供了恰当的工具。应当看到,虽然我国现行《著作权法》采用的“细分列举+兜底”的著作财产权内容设置方式弊端明显,对其进行高度类型化整合的观点也颇具市场,但将著作财产权内容进行高度类型化整合的策略亦有弊端。在立法及司法实践中,我国应谨慎把握著作财产权内容的类型化整合尺度,既要关注外在权利内容规范表达上的扩张与缩限,也要关注著作财产权内在的碎片化倾向,在坚持强化权利法定原则的基础上,处理好网络时代下著作权许可及转让过程中的权利过度分割利用问题,最终从静态与动态两个层面,完善优化我国的著作财产权结构,实现权利人与社会公众间的利益合理分配。

关键词 著作财产权 权利束 模块化 权利法定 意思自治

* 中国人民大学法学院博士研究生。本文系中国人民大学科学研究基金(中央高校基本科研业务费专项资金资助)项目“著作权集体管理许可使用费行政裁决制度研究”(项目编号: 21XNH018)和中国法学会 2022 年度部级法学研究课题“新时代下健全我国著作权集体管理体制机制研究”[项目编号: CLS(2022)C24]的研究成果。

一、问题的提出

如何在制定法层面搭建边界清晰、符合产业实践规律的著作财产权权项之内部结构,一直是理论与实务界激烈争论的话题。^{〔1〕}众所周知,我国《著作权法》以技术手段或使用方式的外在特征为依据,采用分散而细分的列举方式,设定了多达13种不同类别的著作财产权,其中更是包括了所谓“应当由著作权人享有的其他权利”的兜底条款,^{〔2〕}此种著作财产权设权模式在世界范围内实属罕见。^{〔3〕}对于这种著作财产权项划分方式的弊端,相关研究已较为充实,主要观点有:严格依照技术特征罗列权利内容的做法不具有技术中立性,各项权利的概念解释弹性弱,范围狭窄,难以适应技术的快速发展与变革,容易形成权利真空与漏洞;^{〔4〕}权利内容表述过于技术化,导致理解成本较高;^{〔5〕}本应在规范意义上彼此独立的各项权利却存在概念上的重叠乃至矛盾,权利间的界限难以清晰把握;^{〔6〕}兜底权利的设置变相赋予司法者通过个案裁判创设对世权的自由,致使权利外观极不稳定等。^{〔7〕}以上弊端导致著作财产权内容的明确性、适应性及稳定性难以得到保证,给实践中著作权的许可、转让与相关纠纷的解决带来诸多困惑,徒增之社会成本甚高。由此,对我国《著作权法》规定的著作财产权内容进行体系化、类型化重构,几乎成为学界的主流呼声,各类不同的权利内容整合方案被屡屡提出,其中更有观点认为,应仿照民法中物权的权能分类逻辑(占有、使用、收益、处分)对著作财产权内容进行高度的类型化整合,以消弭繁复琐碎之现状。^{〔8〕}然而,上述研究在态度鲜明地肯定著作财产权内容类型化整合之必要、批判列举式方案不足的同时,却未能回答以下问题:当前过于细分的著作财产权内容(权项)结构是其所具之自在客观属性所致,还仅是利益博弈下立法意定、妥协的产物?对现有著作财产权内容的类型化整合,应至何种程度为适?细分列举式的权利内容构造是否毫无优势?类型化整合策略又存在何种弊端?只有在对以上问题做出全面回应后,才可促使立法者客观、准确地把握对现行《著作权法》权利内容构造进行修正的尺度与界限,避免纠偏过度所带来的高昂制度转换成本。而源于英美财产法理论的“权

〔1〕我国现行《著作权法》中规定的著作人身权权项亦存在内容重叠、所指不明等问题,但本文仅以著作财产权部分作为研究对象进行讨论。

〔2〕我国现行《著作权法》第10条规定了复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权、汇编权及“应当由著作权人享有的其他权利”共计13种著作财产权。

〔3〕参照世界其他各主要法域的立法体例,其中美国《版权法》第106条列举有6种著作财产权(其中第6项为“录音”[sound recording]的数字公开表演权,实仍属表演权范畴);英国《版权、设计与专利法》第16(1)条规定了6种著作财产权;法国《知识产权法典》L122-1、2条总体上仅规定有展示权与复制权两大类著作财产权;日本《著作权法》第21至28条规定了11种著作财产权(其中一项为“转让”作品的权利);德国《著作权及邻接权法》第15至23节规定有8种著作财产权;韩国《著作权法》4.1节规定有7种著作财产权;印度《版权法》第14条设置了7种著作财产权,但依作品类型不同,对其可适用的权利种类分别予以了明确限定;俄罗斯《联邦民法典》第1270条规定有11种著作财产权(其中一项为“进口”作品的权利)。而上述各法域在其法律文本中均未设置兜底条款或所谓“其他权利”。

〔4〕参见吕炳斌:《试论我国〈著作权法〉中传播权的类型化整合》,载《中国出版》2013年第21期;陈绍玲:《中国著作权体系化的构建方法》,载《法律方法》2015年第2期;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。

〔5〕参见王文敏:《著作财产权的类型化及其运用》,载《法律方法》2017年第1期。

〔6〕同上注。

〔7〕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。

〔8〕参见杨延超:《著作权权利结构重构——以物权法第39条为模型》,载《学术研究》2007年第6期。

利束”与“模块化”学说,恰可从本质层面揭示著作财产权的内在构造,从而为我们回应上述问题,提供起步理论工具及便利直观的思维范式,有助于我们拨开著作财产权“分割与整合之界”的迷雾。

二、“权利束”与“模块化”理论下的著作财产权

(一)“权利束”与“模块化”理论

1. 权利束理论

“权利束”(bundle of rights)理论是一种以实用主义为价值导向,从相对性视角出发解构财产权的理论路径,在英美财产法理论与实践占据重要地位。其最初于 20 世纪早期由以霍菲尔德(Wesley N. Hohfeld)为代表的现实主义法学学者系统阐释,^[9]尽管不同学者对“权利束”内涵的理解略有差异,但其核心观点基本一致:即“财产权”(property)重点不在于人对“物”(thing)的完整控制权和绝对排他权,财产权的对象“并无固有的物之核心”,^[10]相反,财产权本质上是一个“权利束”,是人对物进行利用而体现的各种权能及法律关系的集合,根本反映的是人与人之间围绕“物”的利用所产生的社会关系,而非人对物的关系。^[11]因此,财产权的具体内容绝非固定不变,其必然随着人们对“物”利用能力及方式的变化而变化。相应地,一个客体上所体现的财产权,理论上可被分割为无限多样的子权利,^[12]其内在地具备形式多样性和弹性。^[13]因此,法律所承认的既有权利内容常常不能涵盖财产权实际能够创设的无限权能类型,^[14]而这种特质在传统物权以外的其他类型财产权(如无体财产权)上体现得尤其明显。权利束理论下,人们对财产权内涵的理解突破了自然主义式的、概念化与结构化的“对物性”制约,由绝对性转向相对性,因此,人对财产权客体的排他性与处分自由也不再是静态的和模式化的,并非“铁板一块”,不可动摇。而从另一方面讲,财产权的权属、权利内容也据此具备了被个性化分配的可能。这种对财产权本质灵活而务实的理解,顺应了人类社会因技术发展带来的可产权化客体(或行为)不断扩充的趋势,因此,权利束理论尤其多被用来解释传统物权之外的其他“无体物”财产权的法律规制问题。^[15]

[9] See Wesley N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 Yale Law Journal 16(1913-1914). 较多文献认为,“权利束”理论由霍菲尔德于 20 世纪初最先提出,但此种观点并不严谨。观念层面,将财产权视为“权利束”的思维方法在 19 世纪即被明确提出并陆续应用于司法实践。霍菲尔德至多可被称为最早将“权利束”进行抽象化、体系化理论塑造的学者,其并未使用所谓“权利束”的比喻去描述财产权,仅为后续学者使用这一比喻提供了详细的理论依据,因此其并非创设“权利束”概念的第一人。参见[美]斯图尔特·班纳:《财产的故事》,陈贤凯、许可译,中国政法大学出版社 2017 年版,第 70—91 页;Daniel B. Klein, John Robinson, *Property: A Bundle of Rights? Prologue to the Property Symposium*, 8(3) Econ Journal Watch 193 (September 2011); Arthur Linton Corbin, *Taxation of Seats on the Stock Exchange*, 31 Yale Law Journal 429(1922).

[10] 冉昊:《中国当代财产法的多重建设》,载《中国社会科学报》2017 年 11 月 15 日第 1331 期,第 5 版。

[11] 参见 Thomas W Merrill, Henry E. Smith:《法律经济学中财产权怎么了?》,罗胜华译,载《私法》2003 年第 2 期。

[12] See Bruce A. Ackerman, *Private Property and the Constitution*, Yale University Press, 1977, p.26-27.

[13] 参见熊丙万:《实用主义能走多远?——美国财产法学引领的私法新思维》,载《清华法学》2018 年第 1 期。

[14] See Thomas W. Merrill, *Property as Modularity*, 125 Harvard Law Review 151(2011-2012).

[15] 参见闫立冬:《以“权利束”视角探究数据权利》,载《东方法学》2019 年第 2 期;李长健、李昭畅:《虚拟财产的“权利束”理论解构——法学与经济学的理论耦合》,载《广州大学学报(社会科学版)》2008 年第 3 期。

可见,权利束视角下的财产权解释路径在内在价值上具有鲜明的两面性:一方面,其为私有财产权所有者灵活扩充解释其可支配的财产权范围与具体的权能类型,以及将新的利益关系予以“产权化”配置提供了充足的解释空间,增强了其自由控制和使用财产、对抗公权力不当干预的能力;^[16]而另一方面,因权利束理论下的“财产”不再以客观的物理“对象”为核心,而依据人的行为被拆分成一束束平等的权能,“财产权”难以再用自然权利观进行完整的解释,由此为政府主动干预公民私有财产权提供了正当性理论基础。^[17]政府因此能以公共利益为价值基础,通过立法、司法等强制手段,对私有财产权所包含的权利束进行个别地添加或抽离,以实现其在私权保护与社会公共治理间进行利益平衡的目标。而历史上,权利束理论亦多被运用于实际的产权配置公共决策中。^[18]

2. 模块化理论

“模块化”(property as modularity)理论由美国新近的“新私法运动”^[19](New Private Law)学者提出,^[20]旨在扬弃权利束财产权理论,重塑“物权法定”原则。^[21]模块化理论的支持者指出,权利束理论视角下的财产权观念存在一个很大的问题,其将传统的以“物”为基础的财产解构到了另一个极端,财产权由此不再拥有内在的固定结构,成了完全依据行为单纯意定的利益集合。^[22]这将极大增加确定权利外观所需的信息收集成本,损害交易安全。^[23]对于上述问题,模块化理论提出了相应的解决办法,该理论主张,公权力不应放任权利人随心所欲地增加其财产权内容的数量和种类,或纵容设法将法律未明定保护的利益“产权化”的行为,否则将容易导致财产权内容的无序扩充。应在尊重既有财产权结构化现象的基础上,对某项财产权能够包含的内容分类检讨,去细致甄别财产权中“必要”与“多余”的结构化形式分别是哪些,而后再通过立法、司法等强制手段予以保留与剔除,最终将财产权内容适度“模块化”“标准化”,以此简化财产权的内部构造及围绕其发生的各类纷繁复杂的社会关系,使权利外观更为稳定、明确,从而降低信息成本与交易成本。^[24]

(二) 权利束理论与著作财产权

当前,在形式意义上,国内认为著作权呈现“权利束”构造的观点并不少见,但类似观点的内在动机实则多落脚于为能便利化描述著作财产权内容之外观特点,故而比喻式地使用了“权利束”这

[16] 例如,19世纪末的美国,“权利束”理论在司法实践中得以明确运用,彼时,法院与行政部门对美国宪法的征收条款中“征收”这一概念的理解多限于实际“取走”(taken),而对财产的正常使用权有实质损害效果的间接干预行为则不被包含其中,因而无法涵摄入宪法条款的“征收”及“财产被剥夺”之定义,导致众多土地产权人的利益无法得到有效保障。由此,为扩大对“征收”的理解范围,“权利束”理论被权利人积极应用于相关诉讼中,试图以此扩张其财产权的权能内涵与弹性,为限制立法机关对私人财产权的干预提供宪法上的正当性基础。见前注[9],班纳书,第71—110页。

[17] 见前注[11],Merrill & Smith文。

[18] 参见喜佳:《英美财产权理论对我国财产权重构的启示》,载《西安交通大学学报(社会科学版)》2009年第4期。

[19] 该运动主张应将实用主义所强调的私法的政治与权力属性与以往的传统私法理念结合,重新发扬私法自在的独特性,从而让法律更具效率性与实用精神。见前注[13],熊丙万文。

[20] See Merrill, *supra* note [14].

[21] 参见冉昊:《财产权的历史变迁》,载《中外法学》2018年第2期。

[22] 同上注。

[23] 参见冉昊:《法经济学中的“财产权”怎么了?——一个民法学人的困惑》,载《华东政法大学学报》2015年第2期。

[24] See Merrill, *supra* note [14].

一概念，^[25]但未触及“权利束”财产理论的内在核心意涵。以权利束理论解释著作财产权问题的实际真正价值在于，其可以准确揭示著作财产权的内在特性，据此辩证地制定著作财产权法定内容逻辑安排上的策略，从而对著作财产权内容的法定性、类型化尺度及权利碎片化利用问题的解决提供理论指引。

本质上，著作权的客体(对象)“作品”是一种经过人类创造性智力活动加工的“再生信息”，^[26]而非一种有体物，因此，其具有与“物”完全不同的天然可共享性和非对抗性，^[27]相应地，物权通过自然排他地支配“物”实现利益，而著作权则是“直接对客体上利益进行排他性配置”。^[28]因此，著作权实际上不是对“物”设定权利，而是对人利用信息的“行为模式”设定权利。^[29]此外，本质上是一种“信息”的作品，不以物理上存在的有体物作为焦点，没有天然的“物理性刹车器”^[30]以制约著作财产权内容的创设。因此，人利用信息的“行为模式”具有无限性，进而，在没有外部干预的情况下，著作财产权的权利内容理应是可无限扩张、划分、组合的，其没有天然的固定边界，完全可以凭借人的意志自由界定，而无绝对要遵守的规则，是完全“权利束”化的。由此可见，著作权具备天然的“权利束”特征。而如前所述，“权利束”理论的内在价值具有两面性，而此种两面性也如实地反映在了著作财产权的内在特质中：

一方面，如同权利束理论所揭示的那样，基于利益最大化的考量，著作权利人具备自然地对著作财产权内容进行细分与扩充，并将之内在“权利束”特征利用到极致的内在动力，著作财产权的利用由此极易呈现“碎片化”趋势。不同于专利、商标、数据、证券等其他类型的无体财产权对象，著作权对象的利用方式具有多样性，负载有同一固定表达的作品往往可分别通过不同的媒介形式及技术手段以多种形态呈现，且各自具备独立意义与商业价值，^[31]且这一特质随着传媒技术的发展，特别是互联网技术的发展而日益凸显。因此，为将作品使用产生的收益最大化，权利人具备了将著作财产权的“权利束”特征发挥到极致的内在动力。^[32]申言之，著作权利人倾向于将负载于作品上的各类权能根据实际使用需求与应用场景尽可能打散，拆分转让或许可给在相应媒介与技术市场的不同经营主体。^[33]这致使同一著作权客体上的众多权利在类型、数量、归属上被进一步“分割化”(fragmentation)。^[34]同时，在此过程中，权利人往往倾向于突破相应实体法规范针对著

[25] 参见何鹏：《知识产权传播权论——寻找权利束的“束点”》，载《知识产权》2009年第19期；余俊：《著作财产权的权利束体系及与作品的对应关系》，载《知识产权》2011年第1期；柳励和：《著作权权利性质定位之价值分析》，载《求索》2009年第9期。

[26] 参见郑成思、朱谢群：《信息与知识产权》，载《西南科技大学学报(哲学社会科学版)》2006年第1期、第2期。

[27] 共享性、非对抗性分别指同一个作品可以同时由不同的人控制、使用，以及某人对作品的利用并不能客观上天然阻止他人在相同时间对该作品进行利用。

[28] 见前注[26]，郑成思、朱谢群文，第1期，第10页。

[29] 参见[日]田村善之：《“知识创作物未保护领域”之思维模式的陷阱》，载《法学家》2010年第4期。

[30] 同上注，第120页。

[31] 例如，一部文字作品可被朗诵，也可被演唱，亦可改编为电影、电视剧、音乐剧，且上述各类表达形式又可通过不同的技术手段被传输播放，如无线电台广播、卫星电视广播、有线电视传输、网络播放等，而每一种技术手段下，又可根据内容的接收终端设备类型的不同(如移动终端、固定终端等)再次区分。

[32] See *A Justification for Allowing Fragmentation in Copyright*, 124 *Harvard Law Review* 1751(2011).

[33] *Ibid.*

[34] See Molly Shaffer Van Houweling, *Author Autonomy and Atomism in Copyright Law*, 96 *Virginia Law Review* 549, 561-621(2009).

作财产权类型所设置的逻辑安排与立法目的约束,以合同方式将已明确规定的各类著作财产权类型进一步拆分,创设各类定义不同的新的子权利,以此将细分市场或技术条件下不同的作品利用行为“产权化”。拆分出的子权利束往往彼此严格独立,互为排他,具有了对世权属性,致使作品使用者稍有不慎即可能侵权(例如,曾有国内某唱片公司将其拥有的音乐作品与录音制品信息网络传播权按照播放终端类型的不同进一步拆分为数项子权利,通过许可协议分别授权给不同的网络平台,但并未清晰、周延规定各子权利的边界,且许可协议并不会向其他平台公示,而当其中获得相应授权的某平台超出了该唱片公司认定的许可范围时,唱片公司以侵权之诉而非违约之诉将该平台诉至法院)。综上,在未有额外干预或限制的情况下,著作财产权利人通过协议方式试图将著作财产权的权利束特征发挥到极致:横向上,制造了数量庞大、关系互斥的被转让或被许可主体;纵向上,摆脱了实体法对财产权内容的约束,通过具有相对性的合同“定制化”(customization)出各类极为琐碎的“绝对权”,^[35]导致表面上外观法定且有限的著作财产权的内部体积过度膨胀,使财产权法理论中的“权利法定”原则遭到侵蚀。上述二者作用叠加,给著作财产权的许可与转让增添了巨大的信息成本(information cost)^[36],若无高效、精准的权属公示与查证制度及系统予以协助,著作财产权的正常交易秩序将难以保证。

另一方面,著作财产权天然的权利束构造也有利于公权力对著作财产权内容予以更为精细地干预与调整,以顺利实现著作权内在的公益性目标,平衡权利人与社会公众间的利益分配。如前所述,权利束理论为公权力积极干预包括著作权在内的信息财产权提供了正当性基础,而著作权制度内在的平衡私权与公共利益、促进知识承续与社会发展的目标,亦需通过公权力的精准化干预予以实现。与数据等信息类产权相似,著作财产权的各权利束(行为模式)所包含的利益是共现而多元的,可能同时涉及个人之间、集体之间乃至国家与社会之间的利益,^[37]对作品的使用必然时刻伴随着不同主体间的利益冲突,而依据权利束理论,公权力完全可以在权衡利弊的基础上,对著作财产权利束(即权利人的行为模式)的排他性与处分方式予以精细化调整并予以固定,即以明确的立法方式,对权利人进行“赋权”与“除权”(权利人有权如何做,无权如何做),从而调和各方间的权利冲突,实现利益平衡。而这种调节,主要可从以下三个层面予以实现:(1)对“权利人可以控制哪些行为”予以规制,即赋予著作权人哪些权利内容;(2)对“权利人控制与处分能力”予以规制,主要体现在对权利归属、权利保护期限及许可与转让方式等的制约上;(3)对“他人对权利人行为的妨害享有之例外或豁免”的规制,主要通过设立著作权的例外、合理使用、法定许可等限制制度予以实现。而以上三个层面的规制,均是对呈现权利束特征的著作财产权在不同维度的扬弃、分割与整合,其本质上都是在界定围绕“著作财产权(行为模式)”之社会关系中的各方边界,最终通过整合、调节权利束构造,以降低信息成本、提升交易安全与效率。因此,从另一个角度看,这种过程也必将积极运用到模块化理论。^[38]而从历史上看,这种运用权利束与模块化思维调节著作权制度的构想并非没有实践探索,在资本主义全球化的推动下,英美两国运用上述逻辑思维构建了其著作权法律制度,且相应的设计理念被输出到世界各地,同时挟国际条约之威,深刻影响了他

[35] See Van Houwelling, *supra* note [34], at 626.

[36] See Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 Yale Law Journal 1, 28 - 43(2000); Molly Shaffer Van Houwelling, *The New Servitudes*, 96 Georgetown Law Journal 885, 893 - 898(2008).

[37] 见前注[15],闫立冬文。

[38] See Henry E. Smith, *Intellectual Property as Property-Delineating Entitlements in Information*, 116 Yale Law Journal 1742(2006 - 2007).

国著作权制度的发展。^{〔39〕}

三、著作财产权内容“分割”与“整合”的法律分析

在充分理解了著作财产权内在权利束特征的基础上,可辩证分析对著作财产权内容进行“分割”与“整合”的利弊。主要可从以下两个层面予以考察:其一,立法机关在规范意义层面对著作财产权内容的种类安排(即“权利人可以控制哪些类型的行为”);其二,对著作权人拆分内容权利束授权或自行意定创制权利内容与处分方式的规制(即“权利人可控制与处分行为的边界”)。

(一) 规范意义上著作财产权内容的“分割”与“整合”

因著作财产权的权利束化特征与权利内容的内在扩张性是天然自发的,故不论是对著作财产权采用“细分列举”还是“类型化整合”的策略,任何通过立法在形式规范意义上对著作财产权内容(权利种类)进行“固定”划分的行为,均可视为对无限可变的著作财产权利束构造进行了“模块化”的扬弃,只不过依据调整方式的差异,“细分列举”与“类型化整合”两种策略中所体现的权利束与模块化特征间的力量对比不同。

1. “细分列举权利内容”的优势

依照作品的利用方式、传播媒介、技术条件等特征详细划分著作财产权内容的方式,在实定法规范中详细列举著作财产权的内容种类,显然是一种“弱模块化”策略,但其具有明显优势:其一,其既尊重、维持了著作财产权内在天然的权利束特征,又将实践中各类已有的作品利用行为模式予以了法定形式的明确,权利外观的设定兼具权威性和明确性,作品利用行为中包含的各项权利束间的外延与内涵相对清晰,界定、理解著作财产权内容的成本主要由立法者而非交易主体承担,这实际上是以公权力法定的方式代替了私主体对理论上可无限扩张的著作财产权内容的“想象”,抑制了权利人肆意定义、解释其权利内容的意愿,提升了权利外观的稳定性,降低了界权成本与缔约风险,也方便了交易主体、司法机关、行政机关及社会公众据以法律文本在相对统一的公认话语体系中进行沟通,具有较强的实践指导意义与社会教育作用。其二,细分列举策略可增强公权力对著作财产权内容进行配置与调节的灵活性和精确性。列举设权模式更为完整地保留了著作财产权实际的权利束构造,从而为立法机构预留了更高的调控“弹性”,更易于著作权法利益平衡目标的实现。申言之,立法机构可以基于现实中的技术、市场及行业需求,对著作权内容进行个别性考察,以之为据,精确添加或去除著作财产权利束中的一项或几项权利,从而平衡内容产业价值链上各方的利益(而在高度类型化整合的著作财产权构造中,立法机关通常难以实现精细化的权利增减,恐只得通过调整权利定义中的措辞或明确法律解释的方法来尽可能实现相应目的)。

但详细列举著作财产权内容的策略优势若得以体现,需克服以下三个问题:其一,不同于将权利内容进行高度类型化整合的设权模式,列举式、精细化的权利内容构造降低了立法机关对法律文本进行修改的制度更新与转换成本,增加了其听取公众意见、更为频繁地修订完善法律文本的意愿,这反而给仅代表少数群体而非广大公众权益的各大利益集团进行寻租与“院外活动”、扩张其权利留下了更大的空间。^{〔40〕}代表各类产业的游说团体,将围绕著作财产权的增设与缩限进行

〔39〕 参见肖尤丹:《著作权类型化的英美法文化基础》,载《重庆工学院学报(社会科学)》2009年第11期。

〔40〕 见前注〔29〕,田村善之文。

密集活动,一定程度上影响立法工作的中立性与客观性,更易造成著作权制度过分技术化的倾向。^[41]其二,细分列举式的权利构造,对立法机关的立法技术提出了更高的要求,细分列举模式下,著作权权利条目众多,定义间的规范性与逻辑协调性往往难以保证,容易产生权利真空、矛盾、重叠等问题。其三,详细列举式设权策略的优势对“权利法定”原则的依赖度较高,仅有在法律对各项具体著作财产权内容的可分性予以限制时(如限制著作权利人将各项权利拆分转让),其才能真正发挥前述的积极作用,否则将会带来更多的问題。

2. “类型化整合权利内容”的弊端

相比详细列举权利内容的策略,高度类型化地对著作财产权进行整合无疑是一种“强模块化策略”。形式上,著作财产权的权利束特征在法规范形式上被抑制,整合为仅有的几项具有极强概括性的权利种类。有关此种策略的优势,相关研究已论述颇多,^[42]本文不再赘述,在此主要探讨该种策略的弊端。具体而言,采用高度类型化整合的策略设置著作财产权内容可能带来以下问题:

其一,将著作财产权内容高度类型化,抑制了著作财产权天然的权利束特征,在形式上对其进行过度的模块化整合,容易导致权利概念过于宽泛与模糊,此时,权利仅是以高度标准化的方式存在,仅涵盖最基本的利用方式,^[43]指导公众形成统一期待的作用将明显减弱。这实际上是将界定财产权内容外延与内涵的成本更多地负担给交易主体、司法机关与公众,而非立法机关。上述主体仅能从法律文本中获得原则性的规范指引,而无法从中找到指导性与可操作性较强的细节性定义,这将促使交易主体不得不将财产权内容的界定成本通过合同约定予以消化(例如,这一问题在美国的产业实践中较为突出,因美国版权法仅规定有表述较为宽泛的6种著作财产权类型,^[44]由此,为降低针对授权内容的界定成本,防止争议,促成共识,版权产业的交易主体将权利定义条款往往越写越长,越写越细)。但事实上,“用合同定义”而非“用法律定义”的方式在权利范围问题上达成高度共识十分困难。因此,有关确定具体授权范围的相关诉讼在此模式下容易激增,给司法机关带来了较大的解释负担,且不同司法者的理解可能迥异,容易造成同案不同判现象的大量产生,由此进一步使得著作财产权内容的不确定性增强,而法律文本的权威性则相应减弱。

其二,过于宽泛而模糊的权利概念减弱了成文法规范的约束作用,鉴于作品利用方式理论上的无限性与著作财产权的权利束特质,若不在法规范意义上对著作财产权利束构造予以强有力的制约与引导,权利人对权利内容进行自行解释的空间与意愿将大大增加,其将权利按照利益最大化的方式不断细分,碎片式地转让、许可,或通过合约形式“私设权利”的意愿也极大增强,界定权利外观与内容的话语权于是更多地掌握在权利人手中,权利人以合同约定变相创设对世权的现象将无法得到有效抑制。

其三,类型化整合著作财产权的方式使得权利内部构造的整体性很高,立法者对权利内容的调整往往牵一发而动全身,无法像细分罗列设权模式那样对某一权利束进行个别地抽取或增添,

[41] 例如,现行《美国版权法》中有关音乐录音(sound recording)数字表演权的构造就呈现出极为繁复的碎片化结构。这主要是其国内音乐行业各利益团体游说的结果,由此造成了高昂的理解成本。参见刘单单:《互联网音乐版权法律制度的价值定位——美国〈1995年录音数字表演权法案〉评述》,载《中国版权》2018年第3期;刘家瑞:《论美国数字音乐版权制度及启示》,载《知识产权》2019年第3期。

[42] 见前注[4],陈绍玲文;前注[4],张今、郭斯伦文;前注[5],王文敏文;前注[8],杨延超文。

[43] 参见熊琦:《互联网产业驱动下的著作权规则变革》,载《中国法学》2013年第6期,第84页。

[44] See 17 U.S.C. § 106.

因此其对著作财产权范围与类型进行精准调控的能力与意愿减弱,通过立法方式直接对某一技术领域或某一行业中的著作财产权进行调整与配置的做法将难以实现。由此,行业的有序竞争与公众的利益保障将不得不更多依仗于极为成熟的行业自治与良好的交易习惯,这对于相应制度与产业模式尚未健全的发展中国家而言较为不利。

可见,与主张将著作财产权高度类型化的支持者所期待的目标相反,仅对著作财产权实施类型化整合,事实上并没有抑制著作财产权内容繁杂、权利过度琐碎的问题,反而产生了产权界定、交易成本及效率上的问题。著作财产权内部的权利束化倾向是客观内在的、自发的,权利人对作品之上的财产权进行分割化、碎片化利用是实现利益最大化的当然选择。因此,仅从形式规范意义层面,在立法表达技术上对著作财产权的构造进行类型化整合,作用难言明显,制度转换成本也较高。因此,不能“仅将眼光局限于制定法部分,因为财产权时时处在转让、处分和许可之中”,^[45]解决著作财产权分割与整合的问题,重点不仅在形式规范意义上的逻辑结构安排与表达技术的优化,更在于对著作权转让、许可过程中的权利拆分与整合行为予以合理规制,从动态行为模式上对著作权利束的特征予以控制。

(二) 许可、转让中的权利拆分与限制: 权利法定与意思自治

如前所述,仅从立法表达技术上对权利人所有之著作财产权内容进行安排,并无法阻止其碎片化使用权利的倾向,著作财产权的“可分性”是内在的。实践中,即便法律以明定方式限定著作财产权的权利种类及内容,权利人在许可、转让其权利时,仍会采用多种策略对著作财产权进行拆分利用,以下举例说明。设权利人甲依我国著作权法对其拥有的作品 α 进行利用,其采取了以下策略:(1) 将作品的改编权、表演权、广播权分别转让(或独占许可)给了乙、丙、丁不同三人;(2) 将信息网络传播权(以下简称“信网权”)按照接收终端的不同,通过协议约定,进一步将之拆分为彼此严格排他的权利 A、B、C,分别转让(或独占许可)给戊、己、庚;(3) 将信网权剩余的 D 部分授权给内容服务商辛,但在合同中约定了用户访问内容的访问期限条款,并禁止用户跨设备或软件平台使用授权内容。而以上做法会产生诸多现实疑难问题:

其一,策略(1)(2)将同一作品上的权属关系极度复杂化,著作权人将作品之上拥有的各项财产权分割而非打包进行转让(或许可),或进一步在法定的某项权利种类下,按照传输终端、使用方式的不同变造出更多“子权利”,分别转让(或许可)给不同的相对人进行利用,致使同一个作品或制品却负载有多层次的几个乃至数十个被许可人或权利主体。以往,传统的图书出版、电影及音乐等内容产业的商业交易多在“熟人社会”框架内进行,相应的著作权转让、许可行为主要基于产业链上各参与主体长期积累的信任与默契,因此即便拆分授权,权属查明成本或许不高。但进入互联网时代,作品利用方式及商业模式的复杂性前所未有,版权交易逐渐呈现去中心化特征,著作权人与交易者间的陌生程度远高于传统内容产业,交易情形可能千差万别,过于分割化的权利会将信息成本增加到交易相对人难以接受的程度,面对高昂的交易成本,使用者要么冒险不经权利人许可使用相应作品,要么则放弃对作品的利用,致使作品被使用的机会大大减少,导致“反公地悲剧”现象的出现。^[46]

其二,类似策略(2)(3)的做法,本质上是以合同的相对约束力,定制化地创设更为细分的权利类型,但通过排他性的约定反而具有了相当的对世性,这实际上是变相设定了无形财产的

[45] 熊琦:《网络时代著作权法与合同法的冲突与协调》,载《法商研究》2008年第2期,第80页。

[46] See Jyh-An Lee, *Copyright Divisibility and the Anticommons*, 32 *American University International Law Review* 117(2016).

“役权”(servitudes),^[47]或可视为一种“将债权物权化”的行为,^[48]在没有许可协议对外公示机制的前提下,接触作品的主体由此不得不以较高成本准确获知由著作权人设定的新权利的归属与边界,“否则将因无法把握合法使用作品的限度而增加侵权风险”,^[49]这无疑挑战了财产法理论中长期被承认、尊重的“权利法定”原则。而权利人通过在合同条款中附加技术措施、使用方式限制等类似条款,对被授权人施加超出著作权法所预设的附加义务,更是背离了法定权利内容的规范目的和利益期待。实践中上述情况并不少见。例如,国内不少网络音乐服务商对已“下载”或“缓存”(caching)的数字音乐文件设置了访问期限上的限制,一旦用户的“订阅”或“会员”期限届满,则将无法使用上述音乐文件。由此,在实际效果上,网络服务商为用户提供的所谓“信息网络传播权”(下载或在线点播)许可,通过服务商销售模式与许可协议的限制,变相被替换成为更接近于实体制品时代的“出租权”授权,上述做法实际上是以合同条款变相更改实体法明定的著作财产权内涵,从而实现“捆绑”消费者、斩获竞争优势的意图,这无疑让权利人绕开了以立法形式确定的针对作品利用行为的初始利益分配,而通过合同实现了偏向于权利人的利益再分配,^[50]削弱了被许可人与用户对相应作品的用益能力,不利于著作权法规范目的的实现。

有观点认为,法律仅应对财产权的范畴进行约定,而不得对权利人依据意思自治原则处分所有权的予以干预,因此,上述利益冲突应通过市场进行调节,而不应通过立法方式予以限制。此种看法存在很大的局限性。权利法定原则是实现包括知识产权在内的各类财产正常交易的最重要前提,^[51]其有助于“维护客体的交易安全和交易效率,避免过多权利类型附着于客体之上而阻碍其经济效用流转中实现”。^[52]且著作权的绝对性不是无限的,^[53]著作权内在的公益关切性要求公权力对其进行比传统物权下更积极的干预与调节,这就不仅需要在静态方面通过增强权利内容本身的稳定性以实现权利法定,也要从动态方面对著作权利人在许可、转让时的权利分割及通过合同私设、变造权利等行为予以适度限制,以防止其以拆分行使权利的方式规避立法限制、实现著作财产权的内部膨胀。

具体措施上,积极层面,可积极应用区块链等技术,建立与网络环境下作品使用特点相符的权属状态查证与跟踪系统,降低交易人与使用者对作品权属外观的“测量成本”(measurement costs),^[54]亦可倡导、推行行业内的标准化交易,通过集体管理组织或行业协会,根据作品特点和产业需要设计相应“一揽子许可承诺”或“禁止拆分许可承诺”的交易惯例。消极层面,可设定强制性规范,限制、禁止特定的著作权转让(或许可)中的权利分割行为。在这方面,他国已有实践经验。例如,1976年以前,美国《版权法》中即明确限制权利人将作品上各类不同的版权权利分别转

[47] See Van Houweling, *supra* note [36], at 924-949.

[48] 林广海、邱永清:《专利权、专利许可使用权与专利许可合同——以物权法原理借鉴为视点》,载《法律适用》2008年第6期,第18页。

[49] 见前注[7],熊琦文,第89页。

[50] 见前注[43],熊琦文。

[51] See Nestor M. Davidson, *Standardization and Pluralism in Property Law*, 61 *Vanderbilt Law Review* 1597(2008); Christina Mulligan, *A Numerus Clausus Principle for Intellectual Property*, 80 *Tennessee Law Review* 235(2013).

[52] 见前注[7],熊琦文,第83页。

[53] 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。

[54] See Francesco Mezzanotte, *The Interrelation between Property Licenses and the Doctrine of Numerous Clauses: A Comparative Legal and Economic Analysis*, 3 *Competition Law Review* 1, 19(2012).

让给不同主体或将作品中的权利束分割为更小的权利以转让给不同的主体行使的行为,即版权“不可分割原则”(doctrine of indivisibility)。〔55〕但美国在1976年修改《版权法》时废除了该原则。而随着互联网时代的到来,缺乏该规则约束的美国版权产业因此遇到了各类棘手问题,引起了学者对废除这一规定的反思。〔56〕而美国司法与行政机关近年来也对作品的“碎片化授权”(fractional licensing)问题持谨慎态度。〔57〕另外,也可针对改编权及通过互联网传播的数字化作品设置相应的权利用尽规则,以降低权利人利用不合理的许可协议条款扩张权利的可能。但消极措施的缺点是,对权利人处分权利方式的强力干预可能会产生“沮丧成本”(frustration cost),〔58〕一定程度上抑制其对于作品商业开发利用的积极性,会降低作品的利用率。因此,决策者应设法更多运用积极措施。

四、著作财产权内容整合的本土启示

至此,由前文分析可知,无论在权利的静态结构层面(权利内容)还是在权利的动态结构层面(权利许可与转让),对著作财产权的权利束倾向予以一定抑制与调节是必要的。但有观点认为,我国目前形成的著作财产权内容体系,是经历近几十年实践的结果,反映的是产业发展的客观规律和技术需求,因此不应贸然对延续多年的固有体系予以大幅改造,且即便对著作财产权的内容进行整合具备诸多优势,但“应然”不等于“实然”,为了所谓逻辑乃至修辞上的完备,强制对其予以整合,不仅破坏了各方多年通过博弈与妥协达成的平衡,且在未有详尽司法案例或产业数据支撑的情况下,其实际意义难谓几何。但上述观点值得商榷,对我国现有之著作财产权内容予以统合改进而非维持分散构造,既能从我国《著作权法》立法史中找到依据,亦是产业一线的强烈呼声,更有学界的理论支持。

(一) 立法历史有依据

若对我国《著作权法》立法史予以详尽考察,则可发现我国《著作权法》如今所形成的极为细分的著作财产权构造,并非是遵循我国产业实践及自身发展规律所自然形成的结果,更非立法者最初的制度构建设想,最多算得上是为刻意降低立法成本、缓和各行业在立法上的矛盾做出的“权宜之计”,但同时也造成了忽视产业实际、极大提高了法律解释及内容产品交易成本的无奈结果。

我国在最初起草《著作权法》时,起草专家与立法机关在如何依作品使用方式划分著作权内容的问题上虽未有十分明朗的态度,但总体上认为,著作财产权内容的划分方法并无严格的优劣之

〔55〕 See Van Houweling, *supra* note [34], at 564 - 565, 601 - 625; See Lee, *supra* note [46], at 147 - 150.

〔56〕 See Jeffrey W. Natke, *Collapsing Copyright Divisibility: A Proposal for Situational or Medium Specific Indivisibility*, 2007 Michigan State Law Review 483(2007); See Van Houweling, *supra* note [34].

〔57〕 See *Fleischer Studios, Inc. v. A.V.E.L.A., Inc.*, 654 F.3d 958 (9th Cir. 2011); Coe W. Ramsey, *Music Performing Rights Organizations and the “Full-Work” vs. “Fractional” Licensing Dispute: Government Seeks to Overturn Fractional Licensing Decision*, *lexology* (May 23, 2017), <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5169651d-513b-4047-8263-9a994f0b8193>; Eriq Gardner, *Appeals Court Upholds Decision Allowing Fractional Licensing of Songs*, *the Hollywood Reporter* (Dec. 19, 2017), <https://www.hollywoodreporter.com/thr-esq/appeals-court-upholds-decision-allowing-fractional-licensing-songs-1069235>.

〔58〕 See *supra* note [32], at 1752; See Mulligan, *supra* note [51], at 244, 265 - 290.

分,更非固定不变,要看到每种使用方法可能存在的交叉关系,实践中也应灵活掌握。^[59] 这种思路也最终明确体现在1990年《著作权法》的文本中。1990年《著作权法》采用了“整合式表述+具体化解释”的模式,其第10条规定:“著作权包括下列人身权和财产权……(五)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。”该条先用“模块化”的思维对财产权内容予以高度概括,明确其基本分类与性质,之后,再以举例方式罗列具体的权项类型。至于具体权项的含义及边界,则辅之以法律文本内的名词解释条款、立法说明及下位法(如实施条例)等手段予以明确。显然,上述做法兼顾了权利内容的充实性与灵活性,在维持、突出著作财产权内容的整体性与开放性的同时,对著作财产权的权利束构造也予以了尊重。但此后,国内经济迅速发展,技术快速更迭,导致作品利用方式及市场区隔性更强。在行业合同与交易习惯难以形成、公众付费意识薄弱的情况下,不同类别作品所形成的利益集团为更好地利用价格歧视和市场分割策略,不断向立法机关表达诉求,要求以更明确法定的形式固定其在新型技术与应用场景下的著作财产权利。而我国立法机关却并未十分妥适地回应这一问题,其本可在沿用1990年《著作权法》“整合式表述+具体化解释”模式的基础上,通过细化下位法、加强著作权集体管理,推动行业标准建设的方式实现“丰富权利内容、厘定权利界限”的目标。但或许是在需要尽快加入WTO、遵守国际条约履行义务、回应国内各行业主体诉求等多重压力的背景下,立法者采用以技术特点为划分标准,照搬国际条约措辞的方式,将1990年《著作权法》所列举的所有使用方式分别单独成文,创设了极为细密但逻辑却并不十分严谨的著作财产权类型体系。这种方式看似一定程度上降低了立法成本,但却也偏离了1990年《著作权法》对财产权构造的设计本意。“技术跑在了前面,文本落在了后面。”这种困境在后续几次修法时始终未得到修正,最终造成了“老马拉新车”的局面。

(二) 产业一线有呼声

我国著作权法财产权内容体系复杂琐碎导致的弊端,亦直接反映于产业一线实践中。广大从业者对优化、适度整合现有著作财产权类型的呼吁不是少数。以往实践中,各行业主体不断设法将新技术努力解释入僵化的“旧定义”中已成为我国著作权法律实务中的常态。但因各具体财产权项所采定义本身的技术特征过于明显,因此包容性十分有限,使得本可以通过合同条款与产业习惯合理“育化”的著作权交易秩序,却因权利构造的僵硬变得风险丛生,矛盾百出。典型的例子如:“放映权”与机械表演权、信息网络传播权间难以明确区分,几乎异化为法解释游戏;^[60]“摄制权”与“复制权”的竞合与区分规则过于复杂,司法实践观点各异,给非法律专业背景的权利人带来诸多疑惑;^[61] 直播

^[59] 如作为我国《著作权法》起草者之一的谢怀栻先生指出:“作品的使用方式是多种多样的,也很难做十分确切的分类。……在现实中(例如在诉讼中)遇到一种使用方法,将其归入一种可以,列入另一种也未必不可。所以在实际运用时无妨灵活一些。”参见最高人民法院著作权法培训班编:《著作权法讲座》,法律出版社1991年版,第106页。

^[60] 参见倪贤锋:《私人影院擅自传播电影作品侵犯信息网络传播权还是放映权?》,载微信公众号“知产力”,2020年4月7日。

^[61] 例如,在罗林诉广东飞乐影视制品有限公司等著作权侵权纠纷案、陈晓因诉梦想者电影(北京)有限公司及向佳红诉梦想者电影(北京)有限公司三个案件中,各法院就将已有作品作为素材在新制作视听作品中呈现的行为由何种权利控制得出完全不同的结论,且上述三个案件中的原告主张的权项也不同,在复制权与摄制权间摇摆不定。参见北京市朝阳区人民法院民事判决书,(2005)朝民初字第3250号;北京知识产权法院民事判决书,(2018)京73民终1520号;北京知识产权法院民事判决书,(2018)京73民终1428号。

播间演唱歌曲的行为究竟属“表演权”还是“广播权”，实践中分歧明显，^[62]授权难以规范；在三网融合趋势下，IPTV 等新业态模式在国际上本用“向公众传播权”即可统摄的交互与非交互式传播行为，^[63]在我国却异化为“广播权”“信息网络传播权”与“兜底条款”的“三国大战”，^[64]即便 2020 年《著作权法》修改后，“广播权”的定义得到扩充，但面对极为丰富的技术模式，争议仍旧存在。

产业界对上述问题，除了要求立法机关以“贴补丁式修改”权项定义的立法方式勉强平息纷争外，只得不断通过撰写复杂的授权合同防范风险。这实则进一步增添了权利内容的解释成本，“法理上说得通了，但合同条款却写得越来越长”。这也使得我国著作财产权的逻辑构造与国际立法趋势不符，成为世界众法域中极为特殊、琐碎之代表，给作品跨境授权和版税收入计算带来极大困难。^[65]因此，实务界对适度整合我国著作权法中规定的各项财产权内容已有强烈呼吁。如认为应对“摄制权”予以重构，将之统合入复制权；^[66]又如如有资深广电业法律专家呼吁，应“‘一统二权’，设立‘信息传播权’或‘向公众传播权’，以弥补立法裂痕，适应技术革新趋势，利于国际业务对接”。^[67]

（三）学界理论有支持

从理论研究层面看，多年来，我国诸多学者亦一直呼吁对各类著作财产权项予以整合，但方案与程度有别。一类观点采较彻底之方案，如认为应仿照物权法的规定，将整个著作权权能体系按照“占有权、使用权、收益权和处分权”的逻辑框架予以整合归类；^[68]或认为应将现有各著作财产权项整合为复制权、发行权、传播权、演绎权四类权利；^[69]还有学者认为，应将表演权、放映权与各类公开播放权利统一整合为表演权。^[70]另一类方案采相对折中的办法，主张先构建“技术中立、开放包容”^[71]的上位权项概念，作为圈定权利内涵与外延的准星，在此基础上，再分类举例更为详

[62] 对此问题，司法实践中，有法院认为应由《著作权法》第 10 条第 17 项规定的“其他权利”规制，参见北京互联网法院民事判决书，(2019)京 0491 民初 23408 号。亦有学者持相同观点，参见王迁：《网络主播在直播中演唱歌曲的法律定性》，载《中国版权》2018 年第 5 期。而另有学者认为应属于表演权的规制范畴，参见曹博：《如何理解著作权法上的公开表演？——以网络主播在直播中演唱歌曲为例》，载《中国版权》2019 年第 4 期。此外，根据其与会会员签订的授权协议，中国音乐著作权协会一般认为相应行为仍属“表演”范畴，但因实践中仍存争议，故在主张权利时不得不采用“网络使用”或“信息网络环境下的表演权”等模糊的概念。参见中国音乐著作权协会：“你问我答”，<https://www.mcsc.com.cn/knowledge/qa.html>；隋兆明：《“避风港原则”不是网络直播平台万能免责理由》，载《中国新闻出版广电报》2019 年 8 月 22 日，第 5 版。

[63] 在以美国为代表的个别法域则仍纳入“表演权”予以规制。

[64] 参见王鑫、罗泽胜：《三网融合下的著作权保护探讨》，载《河北法学》2014 年第 1 期。

[65] 例如，如何将我国规定之著作财产权项与域外各法域对应成为实务工作者颇为头疼的问题，实践中常常或挂一漏万，或重叠难辨，极大增加了合同条款的拟定成本，也影响了交易安全。

[66] 参见糜志彬：《论现行著作权法下“摄制权”的设置缺陷及其重构》，载微信公众号“北京市文化娱乐法学会”，2021 年 10 月 14 日。

[67] 郑直：《“何妨一统二权”，广播权与信息网络传播权的现实分野与未来走向》，载微信公众号“知产力”，2018 年 5 月 10 日。

[68] 见前注[8]，杨延超文。

[69] 参见张俊发：《媒体融合下著作财产权体系的重构》，载《科技与出版》2019 年第 5 期。

[70] 参见陈绍玲：《中国著作权法体系化的构建方法》，载《法律方法》2015 年第 2 期。也有类似整合强度的方案认为，广播权、信息网络传播权、机械表演权、放映权应合并为远程传播权，表演权应保留但只包括现场表演部分，放映权应取消。参见赵海燕：《三网合一背景下的中国著作财产权整合》，载《社科纵横》2014 年第 12 期。

[71] 见前注[4]，吕炳斌文，第 18 页。

细的权项名目。^[72] 还有方案则更为谨慎、聚焦,紧扣现实诉求,仅建议对特定财产权项予以整合,如认为应在维持著作财产权基本结构不变的情况下,将传播类权利统合重组为“公开表演权”与“公开传播权”。^[73] 但无论如何,学界总体上对著作财产权整合在理论层面的可行性和必要性持较为积极的态度。

(四) 具体的落实方案

据上可见,无论从实践上还是理论上,对我国著作财产权内容予以适度整合并无实质障碍,且具有现实性与必要性。但正如前文所及,细分的权利束倾向毕竟是著作财产权内容(权项)结构自在的客观属性,对之进行模块化整合也并非毫无弊端,因此,应慎之又慎,尽力维持法律变动成本与权利构造优化间的平衡。因此,本文认为,较为可行的制度落实方案有二:

一种方案是采用折中平衡的方式,对目前《著作权法》的财产权构造予以“回拨”,在遵从、借鉴国际立法趋势的基础上,结合产业与技术实践,由当前的完全“固定的权利束化”,恢复、调节到类似于1990年《著作权法》中“概括+列举”(总分式)的构造形式,对现有各类财产权权项按照大类进行整合,同时,将财产权各权项的具体解释与运用问题下放至著作权法配套规范、行业著作权许可标准及集体管理机制解决,作为对著作财产权内容的厘定与补充,而不在《著作权法》层面过费笔墨。此方案既尊重了我国的立法历史传统,可避免对我国著作财产权结构造成颠覆式重构,也能兼顾著作财产权内容在规范逻辑上的简洁性及实践运用中的明确性。

另一种方案是采用更为温和谨慎的方式,在不直接削减权项数目的情况下,通过概念与定义重塑、封闭边界的方式,对我国著作财产权体系中最叠床架屋的部分——传播权体系——予以重构,将现有的放映权、表演权、广播权、信息网络传播权、展览权各自的概念与定义予以优化,使之各自边界更为模块化地固定。此种方案更为务实,既不会产生过高的制度变动成本,亦能在照顾固有实践习惯的基础上针对性解决最迫切问题。值得注意的是,王迁教授在近期发表的《著作权法中传播权的体系》一文即采用了这一改良思路。^[74] 其虽未以权利束与模块化理论作为思维工具,但实际上却体现了该理论的内涵。此种方案的弊端是仍不能显著降低公众的理解成本,权利体系的复杂程度仍然很高,且与国际通行实践不相容。

无论采用上述何种方案,在完善我国著作财产权的构造时,应果断废除著作权法现有的权利内容“兜底条款”,在财产权内部构造的涵摄性能得以一定程度优化的基础上,积极运用法解释的方法将实践中的各类行为解释入概念确定、封闭、逻辑自洽的财产权内容体系中,而非依赖于向“兜底条款”的逃逸,以抑制法官造法和权利人私设权利的行为,防止著作财产权效能的无端扩张。

以上是权利静态解构上对著作权内容分割与整合的落实,但正如前文所论,对著作财产权分割与整合问题的处理,不应仅局限于对其静态构造的关注,亦应从动态方面对之予以调节,而于此方面,我国相关之理论研究与制度实践水平尚待大幅提升。目前看,应加强对权利许可及转让限制的研究,强化著作财产权法定原则,通过立法、司法、权属信息数据系统建设及行业交易标准化等多个途径克服著作财产权“权利束”效应的无序辐射状态。立法层面,可借鉴别国已有经验,

^[72] 持类似观点的可参见梅术文:《我国著作权法上的传播权整合》,载《法学》2010年第9期;卢海君:《论著作权法的体系化——以〈著作权法〉第三次修订为中心》,载《社会科学》2019年第6期;前注〔4〕,张今、郭斯伦文;前注〔5〕,王文敏文。

^[73] 参见张伟君:《广播权与表演权和信息网络传播权的关系辨析》,载《苏州大学学报(法学版)》2020年第2期。

^[74] 参见王迁:《著作权法中传播权的体系》,载《法学研究》2021年第2期。

对互联网环境涉及的著作权拆分许可与转让行为予以一定限制。司法层面,对于超出协议约定的著作权许可类型范围的争诉,法院应谨慎处理违约与侵权之诉竞合的问题,正确评价被控使用者相应行为的可苛责程度,避免给予权利人过度的救济。行业层面,应引导交易主体开展行业自治,建立标准化许可机制,提倡设计公平、简约的授权条款,抑制不必要的拆分式转让及许可行为。

五、结 语

权利束与模块化理论是我们分析、调节著作财产权效能的重要理论工具,著作财产权内在权利束特征的自发扩张性要求我们应从优化权利种类设置与规制权利处分方式两个层面对其予以克服,既要尊重著作财产权内在的权利束构造,勘定合理的权项种类,帮助权利人实现利益的最大化,又要运用模块化思维对权利分割行为予以合理、适当的限制,并防止权利人通过合同条款对权利法定原则进行侵蚀,从而尽可能实现降低交易成本,维持权利人与社会公众间利益平衡的目标。我国《著作权法》第三次修改工作虽已完成,但决策者仍应充分重视权利内容的构造设计问题,更新理论认识,在重视外在权利内容规范表达上的扩张与缩限的同时,更加关注内在的著作财产权碎片化倾向。在强化权利法定原则的基础上,处理好网络时代下著作权许可及转让过程中的权利过度分割利用问题,最终从静态与动态两个层面,完善优化我国的著作财产权结构,实现权利人与社会公众间的利益合理分配,促成相应现实问题的标本兼治。

Abstract The current Chinese copyright law has adopted the way of exhaustively enumerating economic rights with over-detailed classifications as well as a weird catch-all clause, which has obvious defects. Therefore, the call for a systematic and highly categorized integration and reconstruction of right structure in the Chinese copyright law reigns the academia. The theory of “bundle-of-rights” and “modularity” derived from the Anglo-American property law accurately reveals the inherent characteristics of copyright and its historical and realistic perspective provides a solid theoretical basis for analyzing the division and integration of the types of economic rights in copyright law. It should be noted that the highly integrated copyright structure has its own disadvantages and dangers, and the resulting conflict between freedom of contract enjoyed by the rightholders and *numerus clausus* principle should not be ignored. The future legislation should try to find a proper balance between the division and integration of the types of economic rights in copyright law and curb the excessive “fragmentation” in copyright by means of legal system design and industry autonomy, so as to realize the balance between private interests and social welfare.

Keywords Economic Rights of Copyright, Bundles of Right, Modularity, Numerus Clausus, Freedom of Contract

(责任编辑:曹博)