

## 对《中华人民共和国著作权法》(修正案草案)的反馈意见

孙远钊\*

过去十余年来的市场与科技发展已让现行《著作权法》的规制显得有些力不从心,也让相关的修正工作刻不容缓。健全著作权的保护体系关系到整个社会对其文化资产的保育和开发,创新的激励、经济的发展与社会士气的鼓舞(软实力的提升)。调研显示,中国版权产业在2018年的行业增加值为人民币6.63万亿元,同比增长9.0%,占国内生产总值(Gross Domestic Product, GDP)的比重为7.37%。中国版权产业在国民经济中的比重稳步提升,总体规模进一步扩大,作为创新驱动发展重要推动力,版权产业对转变经济发展方式发挥了重要作用,为经济高质量发展提供了有力支撑。<sup>1</sup>

对照参酌国外的调研,在美国,以著作权作为骨干的“核心版权产业”(core copyright industry)于2017年为其整体经济做出了1,300万亿(1.3兆)美元的贡献,相当于其国内生产总值的6.85%,提供了约570万个工作岗位(相当于3.85%的就业市场);如果涵盖所有与版权有关的产业,其贡献值达到2,247万亿(2.2兆)美元,相当于国内生产总值的11.59%,提供了约1,160万个工作岗位(相当于全美7.87%的就业市场);相关的产品出口收益则达到了美金1,912亿元。<sup>2</sup>

在欧洲联盟,2018年的“版权密集产业”(copyright-intensive industry)为欧盟的整体经济做出了1,008万亿(1.0兆)欧元的贡献,相当于整个欧盟生产总值的6.9%,提供了约1,182万个直接关联的工作岗位(相当于5.5%的就业市场)和1,535万个直接和间接的工作岗位(相当于7.1%的就业市场)。<sup>3</sup>

---

\* 美国亚太法学研究院执行长,暨南大学知识产权学院客座教授。本文不代表作者服务单位意见。

<sup>1</sup> 参见中国新闻出版研究院,《2018年中国版权业的经济贡献》(2020年1月)。按,现行《著作权法》第五十一条已明文规定,“著作权”与“版权”是同义词,因此在本意见书两者交替使用,不作任何定义区分。

<sup>2</sup> 参见 Stephen E. Siwek, *Copyright Industry in the U.S. Economy: The 2018 Report* (2018), pp. 5-10, available at <https://iipa.org/files/uploads/2018/12/2018CpyrtRptFull.pdf>。另参见 Economics and Statistics Administration and U.S. Patent and Trademark Office, *Intellectual Property and the U.S. Economy: 2016 Update* (2016), available at <https://www.commerce.gov/sites/default/files/migrated/reports/ip-and-the-us-economy-september-2016.pdf>。

<sup>3</sup> 参见 European Patent Office and European Intellectual Property Office, *IPR-Intensive Industries and Economic Performance in the European Union* (September 2019), p. 9. available at [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/9208BDA62793D113C125847A00500CAA/\\$file/IPR-intensive industries and economic performance in the EU 2019 en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/9208BDA62793D113C125847A00500CAA/$file/IPR-intensive%20industries%20and%20economic%20performance%20in%20the%20EU%202019%20en.pdf)。

大韩民国（南韩）在上世纪 80 年代与中国台湾并列为全球仿冒侵权的“海盗王国”，基本上对著作权的保护形同具文。但是从 1986 年开始，先是大幅修改了其著作权法，继而严格执行其中的条款，结果不到二十余年便“华丽转身”成为当前全球保护著作权的“模范生”之一。据世界知识产权组织（World Intellectual Property Organization，简称 WIPO）的一项调研，以版权为基础的产业已经成为当前对南韩经济成长最具关键的因素之一，其文化创意产业已经影响到全球，塑造出了一个全新的“韩流”文化。<sup>4</sup>由此可见，在知识经济的引领和需求下，一国创新、竞争力与经济发展潜能的指标就是对知识产权的保护，包括管理、运用与执行（维权），而著作权在其中占据了极为重要的位置。

著作权保护体系的基本精神和挑战是**如何在权利人应享有保护的私权和相关的社会公益之间寻求一个微妙、适当的动态性平衡**，犹如人走钢索一般。鉴于任何对无形资产的保护在先天上就无可避免的会遭遇权利人举证困难的挑战，在立法上有时必须刻意“矫枉过正”，往权利人的方向倾斜，但又必须兼顾社会公益，因此又必须设置若干对于权利行使的限制（如合理使用等）。在这来回平衡之间必须谨小慎微，切忌用大笔一挥或“简单粗暴”的方式来看待其中的各项问题，否则便非常容易失衡，连带对市场和经济造成不必要的负面冲击。

任何立法或对于既有法律的修正归根结底都必须能“一言以蔽之”，也就是能简明扼要的陈述整个立法或修法的宗旨与精神所在。谨建议将本次修正的主轴置于“**与时俱进、言简意赅、适度维权与市场机制**”四个面向。也就是要与网络时代的需求充分接轨，简化权项设置，加强维权保护，以及促进并强化以许可和市场机制为基础的文化创意产业。谨就第十三届中国人民代表大会常务委员会第十七会议于 2020 年 4 月 26 日所审议的《中华人民共和国著作权法》（修正案草案）尽量贴近原有的体例文句提供下列的具体反馈意见，敬供卓参：

第三条 本法所称的**作品保护的客体**，是指**自然人在文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的表达智力成果，无论其表现的形式或方式为何，是否具有如何的贡献或价值，也不限于可视的物质载体**，包括：

- （一）文字作品；
- （二）口述作品；
- （三）音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品；
- （四）美术、建筑作品；

<sup>4</sup> 参见 WIPO, *The Economic Contribution of Copyright-Based Industries in the Republic of Korea* (2012), p. 9, available at [https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/performance/pdf/econ\\_contribution\\_cr\\_kr.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/performance/pdf/econ_contribution_cr_kr.pdf)。

- (五) 摄影作品；
- (六) 视听作品；
- (七) 工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品；
- (八) 计算机软件；
- (九) 法律、行政法规规定的其他作品。

著作权的保护不延伸至思想、程序、操作方法或数学概念，也不至于系统、概念、原理、发现或实用功能。具有实用功能的物品设计或装饰，如能与该物品的功能相互分离并具有独创性的，仍可依符合的作品类型受著作权保护。

第一款规定的作品可以向国家著作权主管部门认定的登记机构办理登记。

建议删除“智力成果”四个字，另新增一款例外规定，明确“著作权的保护不延伸至思想、程序、操作方法或数学概念本身”。著作权所要保护的是独创表达，具体是以“作品”的方式来给予保护。参酌《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》(以下简称《伯尔尼公约》)第二条第一款规定，“‘文学和艺术作品’一词包括文学、科学和艺术领域内的一切成果，不论其表现形式或方式如何”。固然具有独创性的智力成果应当受到著作权的保护，**并不是任何智力的创作或成果都当然可以获得著作权的保护**（如果符合法定的要件，或许可以获得其他的权益保障，如专利权或商业秘密等）。例如，透过研究或努力所汇集的数据，其中可能蕴含了大量的智力劳动，但是这些数据的本身则无法享有著作权，因为数据不过就是对于特定事实的反应或呈现，也就是不具有任何独创性，虽然对于数据的组织、安排与编序等或有可能。<sup>5</sup>又如一项重大的科学发现（相对论  $E=mc^2$  的公式）其本身也无法享有著作权。但是将此一发现撰写成论文发表，该论文当中具有独创表达的部分则可获得著作权的保护。所以开宗明义，建议本条规定必须更为明确严谨，也可避免对司法实践形成不必要的误会或误导。换句话说，**独创性是智力成果的充分条件但不是必要条件**，把两者连接作为整套法律的保护客体无论作为语意上的受词上或是从逻辑上的解读来看恐怕都不妥当。毕竟著作权所要保护的客体与重点是具有独创性的表达，也就是外向的具体呈现，并非只是脑部的智力活动。

<sup>5</sup> 世界知识产权组织于1996年12月2日至20日在瑞士日内瓦市召开了“特定著作权及邻接权问题外交会议”。除了讨论涉及网络以及表演与视听制品的著作权保护问题外，也曾讨论是否需要以及如何对数据库给予保护。关于后者，当时唯一的共识是确定了数据本身无法以著作权来给予保护，至于究竟是否应单独特别赋权最终未能达成协议。参见WIPO, *Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions: Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Intellectual Property in Respect of Databases to be Considered by the Diplomatic Conference*, CRNR/DC/6 (August 30, 1996), p. 10, 载于 [https://www.wipo.int/meetings/en/doc\\_details.jsp?doc\\_id=2487](https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=2487)。另参见《TRIPs协定》第十条第二款以及《世界知识产权组织著作权条约》(WIPO Copyright Treaty)第五条。

谨建议在本条第一款特别注明所保护的客体限于“自然人在文学、艺术和科学领域内具有独创性的表达”，亦即**明确排除完全由机器、软件等自动生成或是没有人为介入所形成的结果**。目前社会各界对于透过诸如“人工智能”所产生的成果是否应该赋予某种权益保护仍有非常大的争论，没有获得共识。之前在国外发生的黑冠猕猴是否可以对其自拍照享有著作权的争论，已经促使法院表明唯有自然人或法人才可以做为著作权的主体。<sup>6</sup>无论如何，对于完全由机器或装置所创作的结果是否要给予保护是属于另一个范畴的讨论，即使要赋予某种“权益”也势必要经过特别的立法，与著作权显然不同（例如保护期间就不可能是“作者有生之年加 50 年”了）。因此并不需要、也不应该与《著作权法》的修正牵扯到一起。

建议加上无论“是否具有如何的贡献或价值”的字句，是依据世界知识产权组织对于《伯尔尼公约》的官方解释以并参酌当前欧、美等地的总体发展趋势而设，藉以明确“独创性”只是一个**低度的门槛**，只要作者是依照自己的意思（或个性）来呈现其表达就可以符合这个要求。<sup>7</sup>这也可以避免让法官把自己转化为审美或文艺评论专家（虽然事实上明明不是），纠结于特定的表现是否具备一定的艺术价值，导致判决的案件经常过于主观而遭到质疑。<sup>8</sup>而加上“也不限于可视的物质载体”的字句则是一方面明确区别“可视性”与著作权的“无形性”（或“无体性”）是截然不同的概念，不能混为一谈；另一方面把“电子流”（包括电子与卫星讯号的传输等）也完全涵盖。

至于“某种有形形式复制”的要件，相关的国际公约或协定没有这样的要求，而且也已然与网络时代的实际情况脱节。此一规定是否等同于“固定”（fixation）已经在司法实践上产生了争议（例如北京知识产权法院在 2018 年判决的《中超体育赛事直播》案）。<sup>9</sup>如美国等在立法上以“固定”做为著作权成立要件的国家，

---

<sup>6</sup> 参见 *Naruto v. Slater*, 888 F.3d 418 (9<sup>th</sup> Cir. 2018)（美国联邦第九巡回上诉法院判决原告“人道对待动物协会”（People for the Ethical Treatment of Animals, PETA）不具有代表涉案动物的诉讼资格，因此不能以“善意代理人”（next-of-friend）的身份或名义代位起诉）。

<sup>7</sup> 世界知识产权组织在对于《伯尔尼公约》第二条规定的官方诠释特别表明，《公约》采取了对于所有文学、科学与艺术领域当中的创作给予全方位的包容性保护原则，并且表明无论其表达是采用何种的格式或方式都不会对其保护受到到影响。**成员国一致同意，一个作品的价值或贡献，尤其是主观的价值判断，与是否可受著作权的保护是完全无关的**。例如在审理一宗案件时，法官无须感知或认同一个作品的艺术表现或文化优点。同样也无须考虑一个作品的目的：或许纯粹是为教育目的制作也可能只是具有利用性或商业性的指向，但都不会对其所受到的保护有所差异。参见 WIPO, *GUIDE TO THE BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS (PARIS ACT, 1971)*(1978), p. 13, ¶ 2.4。

<sup>8</sup> 美国的决定性发展来自联邦最高法院在 1991 年的一个经典判决，参见 *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991)（“白页电话号码簿”案）；欧洲联盟方面则是分别在 2009 年和 2011 年由欧盟法院做出的的两个判决，参见 *Case C-5/08, Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, [2009] ECDR 16（《*Infopaq*》案）；*Joined Cases C-403/08 and C-429/08, Football Association Premier League Ltd. and others v. QC Leisure and others and Murphy v. Media Protection Services Ltd.*, [2011] ECR I-9083（《足球联盟赛程表》案）。

<sup>9</sup> 《北京新浪互联网信息服务有限公司诉北京天盈九州网络技术有限公司著作侵权》案，北京知

有其历史发展的背景，其着眼点是为了搭配相关的登记制度而设。因为在提出登记申请时还必须提供实物的样本，并由国会图书馆典藏，就表明必须事实上存在承载特定作品的实体或载体才有可能。但是在没有此种形式要件的国家或地区，尤其在透过网络来直接传输作品的时代，这样的要求不但与时代科技的发展脱离，更容易产生争议，对行政执法与司法解释都造成困扰。因此，谨建议在第一款加上“无论其表现的形式为何，也不限于可视的物质载体”，这就可以完全涵盖网络时代透过电子方式或以所谓“流媒体”从事对作品的传输。

在具体的作品类型规定方面，建议删除本条第一款第（七）项所列示的“模型作品”。2015年的《“歼十”模型机侵权》案的判决引发了相当的争议，也凸显了法院在处理涉及到实物模型时受制于此一规定的困难。<sup>10</sup>已有学者指出，依照等比例把原物予以放大或缩小，只是在另一个载体上准确再现了原有的外观，没有形成独立完成的造型，是典型的“依已有的形式复制而来”，因此并不具有独创性，不应受到著作权的保护。<sup>11</sup>由于本条款的规定，再加上《著作权法实施条例》第四条第（十三）项没有明确把不应受保护的事物予以排除，于是就让所有的模型都成为了可受保护的作品。因此当法院必须套用这两款规定时，就几乎无可避免的会产生矛盾，进退两难。

此外，《与贸易有关的知识产权协定》（以下简称 TRIPs 协定）第九条第二款规定明确了著作权的保护不延伸至思想、程序、操作方法或数学概念本身。因此，谨建议至少应纳入这几个不受保护的项目，列为本条第二款。另外诸如系统、概念、原理、发现或实用功能等都不应享有著作权，如有可能，也可考虑一并列出，以期让本条规定更为完整。另建议增列一个但书，把最高人民法院对“实用艺术”的鉴别法则纳入。<sup>12</sup>如此一方面明确“实用艺术”本身不能单独列为一类“作品”，另一方面则是明示审理这一类型的两步分析原则。

第四条 著作权人~~和与著作权有关的权利人~~行使著作权~~或者与著作权有关的~~其权利，不得违反宪法和法律，~~不得损害公共利益，不得~~或~~滥~~误用其权利影响作品的正常传播。国家对作品的出版、传播依法进行监督管理。

知识产权法院民事判决（2015）京知民终字第 1818 号，2018 年 3 月 30 日。

<sup>10</sup> 《北京中航智成科技有限公司诉深圳市飞鹏达精品制造有限公司著作权侵权》案，北京市高级人民法院（2014）高民知终字第 3451 号民事判决（2015 年 2 月 5 日）。

<sup>11</sup> 王迁，论等比例模型在著作权法中的定性—兼评“首例飞机模型著作权侵权案”，《中国版权》，2015 年第 4 期，第 5 页。

<sup>12</sup> 参见《北京中融恒盛木业有限公司、左尚明舍家居用品（上海）有限公司著作权权属、侵权纠纷再审审查与审判监督民事裁定》，（2018）最高法民申 6061 号，2018 年 12 月 29 日，载于 <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZOBXSK4/index.html?docId=5ef52dbd46d4402c9228aa1e012bbadd>。

著作权人行使其权利违反或逾越了著作权法规或政策所允许的范围，并经当事人提出抗辩成立的，构成对其权利的误用，包括但不限于：

- （一）在许可协议中设定范围过于广泛或明显不合理的禁止竞争条款；
- （二）在许可协议中对其权利范围做出了重大不实、欺诈或误导性的陈述；
- （三）在许可协议中不当限制被许可人所得行使的抗辩或主张。

法院应依个别案件的事证及时审酌著作权人对其权利的行使是否构成违宪、违法或误用。凡经认定构成违宪、违法或权利误用的，在相关的违宪、违法或误用情形没有消除之前，著作权人对其权利无法从事行政或司法维权。

著作权人是指著作权或其他相关权利的所有人、其代理人或其独占被许可人。

（另建议把本条与本《修正案草案》第五条的条文顺序对调）

首先，使用“著作权人和与著作权有关的权利人”做为整部法律规定的主词太过烦芜绕舌，也不太像是汉语。谨建议就直接予以简化，维持现行法的称谓，称为“**著作权人**”即可，并在本条最后加上一款，定义“**著作权人**”是指著作权或其他相关权利的所有人、其代理人或其独占被许可人。在此明确独占许可的被许可人可以权利人的名义单独起诉。

《修正案草案》在本条增加了“不得滥用权利影响作品的正常传播”的文句，但却没有进一步表明其中的含义与范围。此一增设条款已经引起了许多争议，谨建议予以删除。但如果决定保留，谨建议增加一个定义条款，并将第一款规定中的“不得损害公共利益”等字句删除。之所以建议删除，是因为任何涉及到证据保全程序是否需要给予诉前或永久的禁令，对社会公益的影响原本就是法院必须慎重考量的事项之一，因此没有必要在此重复，反而显得叠床架屋。

删除“影响作品的正常传播”是为了避免画蛇添足，反而容易滋生疑义，让法院和当事人纠结于什么是“正常”或“不正常”，什么又是“正常传播”或“非正常传播”，容易产生舍本逐末的现象。尤其鉴于科技与市场的变化错综复杂，今天的“常态”很可能成为明天的“罕见”，反之亦然。因此建议增列第三款规定来明确规定所会产生具体后果，只要一有违法或误用的情形出现，并经法院确认，权利人便**无法行使其权利（维权）**，直到违法或误用的情事消除为止。换句话说，**权利误用的抗辩不是做为完全抵销侵权指控或阻止权利人从事维权的手段，而是要求权利人的维权本身不能具有瑕疵。**

另在建议修正的文句中也明确界定，对权利的违法行使或误用是被告可以抗辩的事项，亦即以**已发生了侵权为前提**。这样的规定与上段文句都是为了**确立维**

权是天经地义的基本原则，权利滥用的抗辩一旦成立在只是阻却权利的行使，并不会导致其权利提前消灭。这也是为了平衡双方当事人的关系并兼顾市场的稳定。

关于“权利误用”（misuse）的定义，主要是参酌、梳理了美国的司法判决所做成的归纳与总结，其范围较“滥用”（abuse）为小，以免造成对“滥用”这个名称的滥用。<sup>13</sup>追本溯源，这是英美衡平法（Equity）当中要求权利人不可以“不洁之手”（uncleaned hand）从事维权的体现。毕竟这是源自该国的司法实践，已经历了三十年的探索，有不少的经验值得借鉴，但无论如何都是属于私权的争议，实在与行政执法没有如何的关连。加上任何关于著作权的争议都必须依据个案的具体事实来分别审酌，是否构成侵权以及抗辩是否成立都需要司法部门依据民事诉讼程序和相关的证据法则抽丝剥茧。这些都不适合由主管部门以行政执法来介入。关于这一部份，将在《修正案草案》第五十条提出进一步的修改建议。

加入关于权利误用的规定或可对所谓的“著作权流氓”（copyright trolls）产生某种遏阻作用，在总的方面减少无谓的诉讼负担、相应的社会成本和时间的耗费，但是另一方面却也可能导致单个诉讼的成本增加、时间延长，因为可以预期，只要一有机会，多数的被告便很有可能会以此作为其抗辩的手段，也从而导致对诉讼的拖延。因此在建议加入的条款中使用了法院应“及时审酌”的字句，以其尽量能做到“速审速决”的要求。另需特别强调，**是否构成权利误用只单看著作权人的具体行为，与被指控侵权人的行为完全无关**，因此如果立法者决定要保留此一条款，也在建议修改的条款文句中一并明确。

第五条 本法不适用于：

- （一）法律、法规，国家机关的决议、决定、命令和其他具有立法、行政、司法性质的文件，及其官方正式译文等公文书，包括其草拟或草案文本；
- （二）~~单纯对特定事实消息~~的信息、数据，或是对于特定情境的唯一或有限表达；
- （三）历法、通用数表、通用表格和公式；
- （四）法律、法规举行的考试试题，但不包括对于他人作品的节选或摘录；

<sup>13</sup> 此一概念的首先提出是美国联邦第四巡回上诉法院在 1990 年的一宗判决。参见 *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds*, 911 F.3d 970 (4<sup>th</sup> Cir. 1990)（关于对规尺钢模（steel rule dies）计算机软件的侵权使用）。后续的代表性司法判决包括：*DSC Communications Corporation v. DGI Technologies, Inc.*, 81 F.3d 597 (5<sup>th</sup> Cir. 1996)（关于电话微处理器的侵权使用）；*Practice Management Information Corp. v. American Medical Association*, 121 F.3d 516 (9<sup>th</sup> Cir. 1997), cert. denied, 522 U.S. 933 (1997), op. amended, 133 F.3d 1140 (9<sup>th</sup> Cir. 1998)（对于民间制订但经政府采纳的医疗词汇代码从事未经许可的使用）；*Assessment Technologies of Wisconsin, LLC v. WIREData, Inc.*, 350 F.3d 640 (7<sup>th</sup> Cir. 2003)（关于数据库系统软件设计者限制被许可人（政府部门）提供其中所储存的相关信息给第三人）；以及 *Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entertainment, Inc.*, 342 F.3d 191 (3<sup>rd</sup> Cir. 2003)（关于电影公司限制影片出租公司自行剪辑预告片以从事网络促销）等。

(五) 与诉讼或行政审批相关的文书及言论。

(另建议把本条与本《修正案草案》第四条的条文顺序对调)

本条第一款规定所欲含盖的范围其实是“公文书”，因此建议应当予以直接表明此一排除保护的客体。另建议在本段文句后加上“包括其草拟或草案文本”的字句，以便进一步明确在这一部份不受著作权保护的范围。

至于第二款规定，“消息”是个没有具体轮廓或明确定义的抽象概念，也不是著作权法当中的惯用语词。建议将“单纯事实消息”修改为“反映特定事实的信息或数据”，以求严谨。此外，纯粹的“事实”无法获得著作权保护的理论基础是“唯一或有限表达”与“共同情境”或“必要场景”（*scène à faire*）法则。既然如此，谨建议把此一上位法则具体呈现在《著作权法》的条文之中，让此一规定更为完整。

此外，谨建议在本条增加第（四）项，明确凡是依据法律、法规所举行的考试试题不受著作权法的保护。如此也就等于明确了两点：（1）其他的考试试题如果符合独创性要件且不属于不受保护的项目的仍然可以享有著作权；以及（2）如果试题中节选或摘录了他人的作品，该部分的作品并不会因此立即失去著作权的保护。

另建议在本条增加第（五）项，是参酌了《伯尔尼公约》第二条之二的规定，明确诉讼或行政审批相关的文书及言论不受著作权的保护。在国内、外已经发生了例如在后来的诉讼中未经许可援引之前诉讼所使用过的的文书和言论等是否构成侵权以及仿制药品申请药物上市许可的审批程序中所使用的说明书（又称“仿单”）是否构成对原研药品的著作侵权等问题。造成这些问题的主要原因是行政或司法机构的程序要求与著作权保护形成了竞合的状态。因此透过此一规定来予以厘清极有必要。明示在公共政策的要求下，特定的私权（著作权）纵使符合发生的要件仍须退让，这也是体现维护社会公益的要求。

另建议将本《修正案草案》中本条与第四条的条文顺序对调，可显得更为通顺。

~~第六条 民间文学艺术作品的著作权保护办法由国务院另行规定。~~（建议删除；如果仍然决定保留，谨建议将“民间文学艺术作品”的名称改为“传统文化表现形式”，与世界知识产权组织当前的称法保持一致。）

著作权自作品创作之日起产生。

谨建议将本条规定的原条文删除。自第七届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议于1990年9月7日首次通过《著作权法》以来，就已经列上了这个条文。当时是为了对应世界知识产权组织的相关讨论而设。时至今日已届此一立法的三十周年，但是相关的规定却始终陷于“难产”。虽然国家版权局一直要到2014年9月2日才公布了《民间文学艺术作品著作权保护条例(征求意见稿)》，但是其中的争议性实在太大，所以迄今未能正式出台。例如，有学者认为该草案未能充分考虑民间文艺作品著作权保护的特殊性，如果仓促实施会引发诸多社会和民族矛盾；也有学者指出，笼统的谈论民间文艺作品的著作权保护容易，但要如何具体地认定就非常困难，既有的司法判决也显示能符合此种作品的是非常有限。<sup>14</sup>

综观这个已经历时三十年还难以立法的事项以及国际间的相关发展，可以确定至少在可见的未来恐怕依然不会有如何的变化。这就意味着**本条规定早已不具任何实质的意义，更没有继续保留的必要**。纵使未来国际组织或国际协定方面对此有了如何新的发展，国家版权局等相关部门依然可以持续跟进，甚至进一步推动下一阶段对于《著作权法》的修改，直接列入法律之中，或是另利特别的法规，并不需要此一授权规定。反之，在目前有此一具体要求而实际上相关的规定基于种种原因面临难产，反而会对法律以及主管部门的公信力产生负面的影响。

附带一提，所谓的“民间文学艺术作品”(folklore) **没有明确的定义，也难以具体定义，更不是一个新的作品类型**。一般的认知是指用舞蹈、歌曲、手工艺品、设计、仪式、故事或其他的艺术或文化来表现特定的传统文化，主要是针对一个国家或地区内的原住民(土著)文化遗产与价值信仰等而言。世界知识产权组织现在已经改称为“传统文化表现形式”(Traditional Cultural Expression, 简称TCE)。所以如果仍然决定保留，谨建议将“民间文学艺术作品”的名称改为“传统文化表现形式”，不但避免了在此处是否又设立了一个新的作品类型的疑义(显然不是，也不因如此)，并可与世界知识产权组织当前的称法保持一致。

<sup>14</sup> 参见刘宁，审慎处理民间文艺作品的著作权保护问题，《人民政协报》，2019年5月15日，刊载于《人民网》，<http://ip.people.com.cn/n1/2019/0515/c179663-31086105.html> (本文作者为全国政协委员，中国社会科学院文学研究所研究员)；周林，论民间文学作品的认定，《中国发明与专利》第15卷第4期(2018年4月)，刊载于《中国知网》，<https://kns.cnki.net/KCMS/detail/detail.aspx?dbcode=CJFQ&dbname=CJFDLAST2018&filename=FMYZ201804013&v=MTcxNDU3cWZZdVpuRnl2blViM0JJeURTZExHNEg5bk1xNDIFWjRSOGVYMUxleFITN0RoMVQzcVRyV00xRnJDVVI> (本文作者时为中国社会科学院法学研究所研究员)。

一旦删除本条的原规定，建议将现行《著作权实施条例》第六条规定移到此处，并略作修正。鉴于著作权的具体产生时点是整个相关保护体系的关键事项，不宜只规定在实施性的条例之中，而应予以“扶正”并提升到法律之列。谨建议在此仅须单纯规定自作品创作之日产生即可，不需要加上“完成”两字。因位一个作品是否“完成”本来就与是否可以受到著作权的保护毫无关系，而且其中几乎完全是作者的主观认知，往往难以确认，却反而可能产生不必要的纠结和问题。例如，舒伯特（Franz Peter Schubert, 1797-1828）的第八号交响曲《未完成》（Symphony No. 8 in B minor, D 759: *Unvollendete*）如果是创作于今天，显然并不会因为在客观上的“未完成”而无法获得著作权保护。这个例子也呈现出把“完成”做为构成要件会产生的问题：从整体而言，一个完整的交响乐曲应该至少有三个乐章，所以这个作品的确还在“未完成”的状态；但是对于已经创作和编写出来的两个乐章而言，即使还是初稿，在概念上则可算是“已完成”。所以如果加上这个要件并且在这一点上纠结就可能会导致计算著作权保护的期限失灵。

第八条 ~~著作权人和与著作权有关的权利人~~可以~~授权~~委托著作权集体管理组织~~代~~为行使~~其~~著作权~~或者与著作权有关的权利~~。著作权集体管理组织是非营利法人，~~被授权受委托后~~可以以自己的名义~~为~~必须以~~著作权人和与著作权有关的权利人的~~名义主张权利，并可以~~作为当事人~~进行涉及著作权~~或者与著作权有关的权利~~的诉讼、仲裁活动。

著作权集体管理组织根据~~其会员的~~委托代表~~该会员或在共同著作权人的情形~~同时代表~~会员与非会员~~授权向使用作品者收取~~使用~~许可费。使用许可费收取标准由著作权集体管理组织和使用~~者或其~~代表协商确定，协商不成的，可以向国家著作权主管部门申请裁决或者向人民法院提起诉讼。

著作权集体管理组织应当将~~许可使用费~~收取和转付、管理费提取和使用、~~使用许可~~费未分配部分等总体情况向社会公布，并应当建立权利信息查询系统，供权利人和使用者查询。国家著作权主管部门应当~~加强~~对著作权集体管理组织~~从事~~不定期的稽核，~~加强相关~~的监督、管理。

著作权集体管理组织的设立方式、权利义务、著作权许可~~使用~~费的收取和分配，以及对其监督和管理等由国务院另行规定。

著作权的基本性质是排他权或控制权，而著作权集体管理组织最重要的目的则是代理权利人关注被许可人（或使用人）对其作品的实际使用状况并据以收取相关的费用。一个争议始终不断的根本性问题是：著作权集体管理组织与著作权人之间的法律关系究竟为何？此一争论的发生正是因为本条规定没有给出明确的指引，如果不能厘清将会引发许多后续性的问题。

曾有学者认为两者之间应该属于一种所谓“信托式”的授权，但显然与实际情况并不相符。<sup>15</sup>这是因为如果确实是“信托”关系，其中就必然涉及权利的转让（或让与），也意味着权利人将完全失去对其著作权的控制。这显然不是权利人的本意，更不是集体管理组织的目的。顾名思义，集体管理组织的角色就是限于“管理”，并不是要取代原权利人成为新的权利人；固然在具体操作的过程中不可避免会涉及到对于特定权利的运用，管理者只是基于代理或委托关系暂时“占有”该权利，完全不会、也根本不应涉及到对于著作财产所有权的处分或转让。参酌国际组织的说明，**两者之间虽然是一种委托或代理的关系，在操作上则与民法和票据法上的“托收”概念非常近似。**<sup>16</sup>厘清此一概念不但符合实际的情况，也可与国际惯例完全接轨，有助于促进集体管理组织的国际延伸，扩大中国的著作权人可向海外对其作品的使用有效收取其应得的许可费，更可改善国际形象，促进更多的文化与经济的有序交流。

有鉴于此，谨建议对本条进一步依下列方式修正：

- （一）把“授权”改为“委托”：“授权”一般是指由政府对当事人一种赋权的行政行为，涉及到公权力的行使，不宜在此使用，而且还可能会引起是否涉及到所有权的转让等疑义。因此建议明确以“许可”做为对著作权从事运用的法律基础（也不称为“使用”，因为范围太过广泛而且配合《修正案草案》删除了现行法第十条所称的“使用权”并对于各个权项予以更为细化的规定），对于著作权的收益都统一称为“许可费”（不称为“报酬”，因为不涉及对提供劳务或服务的对价），以求严谨；
- （二）必须以权利所有人的名义维权：既然只是代理、委托或托收性质，著作权集体管理组织自然不能以自己的名义去迳行起诉他人侵权或从事其他的维权举措，否则就是“名不正、言不顺”。这也进一步明确著作权的集体管理并不涉及所有权的转让，所以在维权的形式上必须由权利人出面主张，也只有著作权人（无论是财产权或人身权）才具有是否要起诉、是否要和解、是否要上诉或弃诉以及应该如何承担相关成本等等问题的最终决定权。<sup>17</sup>集体管理组织虽然从事实际的操作，

<sup>15</sup> 崔国斌，著作权集体管理组织的反垄断控制，《清华法学》第六辑（2005），第110，135页。

<sup>16</sup> 参见 DR. MIHÁLY FICSOR, COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS (2002), pp. 16-17, ¶¶ 16, 21（其中就特别表明所表述的著作权集体管理组织与一些大型企业将其麾下所有的演艺人员所创作的著作权尽收于一然后统一管理是完全不同的概念）。按，本书作者原为世界知识产权组织副总干事，分管所有该组织的著作权事务，本书由该组织出版，被业内公认为关于集体管理组织最具权威的经典之作。

<sup>17</sup> 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》第六条（“依法成立的著作权集体管理组织，根据著作权人的书面授权，以自己的名义提起诉讼，人民法院应当受理”）是依据现行法的规定所不得不做出的解释，但可以看到其中存在的逻辑问题：集体管理

但在这些关键事项方面最多只能扮演谘询和建议的角色，实在无由越俎代庖。

- (三) 延伸代理：著作权集体管理组织只能在共同著作权人当中有的为其会员而有的不是其会员的情况下为了实际的需求可以一并代理非会员收取和转附许可费。在其他情况则不得在没有代理或委托的前提下任意代理著作权人收费，不但没有法律基础，也会制造许多无谓的纠纷。

固然此一修改势必会牵动到不同的层面，如《著作权集体管理条例》与最高人民法院的相关解释条文都必须随后修正，相关集体管理组织的运营方式也势必要从从事一定程度的改变（包括在后续的法规修正明确对所谓“机械权许可”（mechanical rights license）和建立所谓“一站式”或“单一窗口”的收费机制等），但也唯有如此才能正本清源，把整个著作权体系的的具体保护、运作与维权都导向更为健康有序的市场机制。本条第三款的最后一句：“国家著作权主管部门应当加强对著作权集体管理组织的监督、管理”，只是一个简单的宣示，没有任何具体的要求。谨建议將此處的文句略作修飾，明確授權主管部門可以用不定期的稽核做為手段，藉此加強對集體管理組織的監督管理。

第十条 著作权包括下列人身权~~和财产权~~：

- (一) 发表权，即决定作品是否公之于众的权利；
- (二) 署名权，即表明作者身份，在作品上署名的权利；
- ~~(三) 修改权，即修改或者授权他人修改作品的权利；~~
- ~~(四) 三~~ 保护作品完整权，允许他人修改作品以及禁止歪曲、割裂或更改原始作品或版本以致在客观上损及作者声誉的权利；

著作权包括下列财产权：

- ~~(五) 一~~ 复制权，即以印刷、复印、拓印、录音、录像、~~翻录制~~、翻拍以及数字化等方式将作品制作一份或者多份的权利；
- ~~(六) 二~~ 发行~~散布~~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，包括使用任何技术措施、工具或设备定时、定点公开播放或转播，或者以有线或无线方式向公众提供、使公众可以在自行选定的时间和地点获得作品；

组织显然是无法直接自行起诉的。为何在没有权利的状况下，只要有了权利人的一纸书面授权就可以用自己的名义起诉了呢？这里的授权是授的什么权呢？显然没有涉及到所有权的让与（因为并没有任何关于由集体管理组织把著作财产权的所有权返还给作者或原权利人的交代或说明）。如果参酌国外的司法实践，仅仅让与诉权或是不实在的权利让与依然属于当事人不谄格，甚至在所谓“著作权流氓”滥诉的情形还可能被判决构成诉讼欺诈。参见 *Righthaven LLC v. Hoehn*, 716 F.3d 1166 (9<sup>th</sup> Cir. 2013)。

~~(七三) 出租权，即有偿许可他人临时使用特定的文字、视听、美术、摄影作品、或是计算机软件的原件或者复制件的权利，但计算机软件不是出租的主要标的的除外；~~

~~(六四) 展览权，即公开陈列美术作品、摄影作品的原件或者复制件的权利；~~

~~(九五) 表演权，即以演唱、演奏、舞蹈、朗诵等方式公开表演作品，以及用各种手段公开播送以任何技术措施或设备向公众传播作品或其作品的表演的权利；~~

~~(十) 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、视听作品等的权利；~~

~~(十一) 广播权，即以有线或者无线方式公开播放或者转播作品，以及通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播的作品的权利；~~

~~(十二) 信息网络传播权，即以有线或者无线方式向公众提供、使公众可以在选定的时间和地点获得作品的权利；~~

~~(十三六) 摄制权，即以摄制视听作品的方法将作品固定在载体上的权利；~~

~~(十四七) 改编权，即改变作品，创作出具有独创性的新作品将作品转型为其他的作品类型，或者将文字、音乐、戏剧等作品制作成视听作品，以及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；~~

~~(十五) 翻译权，即将作品从一种语言文字转换成另一种语言文字的权利；~~

~~(十六) 汇编权，即将作品或者作品的片段通过选择或者编排，汇集成新作品的权利；~~

~~(十七) 应当由著作权人享有的其他权利。~~

著作权人可以许可他人行使前款第（五）项至第（十七）项规定的财产权利，并依照约定或者本法有关规定获得报酬许可费。

著作权人可以全部或者部分转让本条第一款第（五）项至第（十七）项规定的权利，并依照约定或者本法有关规定获得报酬许可费。

“公之于众”，是指著作权人和与著作权有关的权利人自行或者经著作权人许可将作品向至少两名或更多的不特定多数人公开，但不以公众知晓为构成条件。

### 【替代方案】

~~(六二) 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；~~

.....

(六) 广播权，即以有线或无线的方式公开播送或转播载有作品的信号供公众接收，或是通过技术设备或卫星向公众传播该作品的播放的权利，包括经广播组织同意，在播送加密信号时，向公众提供解密的手段，但不包括网络上的播送；

(七) 向公众传播权（网络传播权），是指播放权以外任何以有线或者无线方式向公众传播作品的权利，包括向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利。

(其余各项顺序依此类推)

《著作权法》的主要立法目的与政策之一是把整个与文化相关的产业发展引导成为一个有序运营的市场,也就是在尊重他人著作权和其他权益的基础上,尽可能透过当事人彼此间的协商来缔结许可合同,以形成一个“自律”的环境,从而大幅降低交易与维权成本,激励更多文化创意产业的发展。

由于涉及著作权的许可是以各种不同的权项做为标的,在相关的法律列示上宜简不宜繁,以避免产生各种竞合,让人难以适从,也可以保持足够的弹性,以便与时俱进。在规定的体例上,由于人身权与财产权的性质不同,建议将两者的具体权项内涵分别两款来规定,不宜混同,以免产生混淆和误解。

### 人身权

在人身权的部分,首先是发表权的定义。条文直接采用了《伯尔尼公约》的用语,包括“公之于众”,然而现行法对于究竟何谓“公之于众”并未提供定义,而是透过后来最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第九条规定来补充。<sup>18</sup>从立法政策与技术而言,这也是个关键事项,谨建议将此一司法解释条款直接提升作为本条规定的一款,列在最后,并将其中的文句内容略作修改:主词配合本次修正修改为“作权人和与著作权有关的权利人”,受词则改为“向至少两名或更多的不特定多数人公开”,以明确纯粹限于“一对一”的联系或交流还不构成“发表”。

其次是修改权与保护作品完整权。鉴于两者实为一体的两面,谨建议基本上回复2012年10月《修改草案第三稿》第十一条所采用的文句(“授权他人修改作品以及禁止歪曲、篡改作品的权利”),并将其中文字略作修饰,不需要继续现行法分别予以规定,以免叠床架屋。<sup>19</sup>又鉴于修改权或作品完整权等人身权与改编权(财产权)容易产生混淆(虽然两者相关但意义和指向却不尽相同),谨建议明确把保护作品完整权的定义和范围限于排除对原始作品或版本的歪曲、割裂或更改(建议采用《伯尔尼公约》第六条之二的用语,增加“割裂”并以“更改”代替“篡改”),并参酌法国、德国、西班牙与比利时等大陆法系国家的司法实践,必

<sup>18</sup> 法释〔2002〕31号,2002年10月12日由最高人民法院审判委员会第1246次会议通过,自2002年10月15日起施行。

<sup>19</sup> 这个条文版本已经取得了相当高的共识。相关的讨论可参见周贺微,修改权与保护作品完整权冲突吗?,原载于《国家知识产权局网站》,由《人民网》转载,2013年09月10日,<http://ip.people.com.cn/n/2013/0910/c136655-22868708.html>。

须在客观上损及作者的声誉。如此一旦发生争议，权利人必须举证客观的事实，而非仅凭藉作者主观的自认或感受即可获得胜诉。<sup>20</sup>

著作权法的一个重要立法政策是鼓励对原创作品的运用和扩散。人格权是做为对原始作品或版本所给予的一道额外保护，并不是反而要让这个权利成了对作品从事后续改编或形成其他派生作品的绊脚石。因此在范围的定义与行使上必须非常严格谨慎，否则就会随时构成对知著作权后续运用与扩散的不当限制，反而抵触了原本的立法目的和精神。

## 财产权

在财产权的权项规定部分，也谨建议参酌《修改草案第三稿》第十一条，对各个权项和所指意义从事必要和适当的精简、调整：

(一) 关于复制权的定义，“录音、录像、翻录”可直接以“录制”来概括取代。另加上“数字化”以对应网络时代的科技发展与市场的实际需求。

(二) 将“发行权”更名为“散布权”，以便与“发表权”有所区别，并将现行法所规定的信息网络传播、权一并纳入、整合为单一的权项。其定义就是向公众提供作品的原件或者复制件的权利，包括使用任何技术措施或设备定时、定点公开播放或转播，或者以有线或无线方式向公众提供、使公众可以在自行选定的时间和地点获得作品。至于是否以出售、赠与或是任何其他的方式或是在“交互式”都在所不问。

此一建议直接借鉴《世界知识产权组织版权条约》(WIPO Copyright Treaty, WCT) 第八条“向公众传播权”(right of communications to the public) 的规定，既可涵盖传统上的广播与播放，又能与国际规则无缝接轨，让权利的保护范围涵盖到所有在网络上的“交互(互动)式”(interactive, 向公众传播权)与“非交互(互动)式”的传播(non-interactive, 向公众提供权 right of making available to the public)。在向公众提供权方面，其中关键是提供接触或取用(access)，至于潜在的公众是否确实接收到在所不问。<sup>21</sup>这也完全符合所谓“三网融合”的

<sup>20</sup> 相关的详细讨论与分析可参见 PAUL GOLDSTEIN, INTERNATIONAL COPYRIGHT: PRINCIPLES, LAW AND PRACTICE, Oxford University Press (2001), pp. 287-289。

<sup>21</sup> 参见世界知识产权组织 1996 年《若干著作权及邻接权问题外交会议对于保护文学及艺术作品实质条款的基本提案相关记录》(即后来获得通过并分别生效的《世界知识产权组织版权条约》以及《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WIPO Performances and Phonograms Treaty))。WIPO, Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions, Geneva, Dec. 2-20, 1996, *Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to Be Considered by the Diplomatic Conference*, ¶ 10.10, at 44, WIPO Doc. CRNR/DC/4 (August 30, 1996)(“WIPO Basic Proposal”), available at [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/en/crn/dc/crn\\_dc\\_4.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/en/crn/dc/crn_dc_4.pdf) (“The relevant act is the making

发展现状（即电信网、有线电视网以及互联网（包括行动装置）的相关业务融合，并非物理上的整合），不需纠结究竟是何种特定的播放或传播形式。如此将可让此一权项具有相当大的弹性，以对应未来市场可能的变化与需求，不再需要经常修改法律制订新的权项。又鉴于近年来网络通讯与传输的发达（尤其是移动通讯），人们对于作品的使用方式已经产生了极大的转变，由以复制为主的使用大幅转向为透过网络传输（尤其是流媒体）从事分享和体验。科技发展所导致的生活习惯与态度改变让过去的“下载”与“拥有”已不再重要。<sup>22</sup>这就意味著与此一权项相关的许可至少在可见的未来将继续取代复制权成为重中之重。

- (三) 由于已经对此一新的“散布权”采取了广泛包容与相当弹性的定义，诸如放映权和广播权等皆已被吸收、融入与整合，自然就没有再作规定的必要，谨建议删除，以便让未来以许可为基础的市场环境能更为精简高效（包括著作权集体管理组织的运营）。
- (四) 【替代方案】如决定继续保留原有的权项并与信息网络传播权分别规定，谨建议将后者名称改为“向公众传播权”（或“网络传播权”），并将其定义与相关的国际条约（公约）完全接轨。另建议配合世界知识产权组织关于《保护广播电视组织条约》（草案）的方向将“广播权”定义为“以有线或无线的方式公开播送或转播载有作品的信号供公众接收，或是通过技术设备或卫星向公众传播该作品的播放的权利，包括经广播组织同意，在播送加密信号时，向公众提供解密的手段，但不包括网络上的播送”。<sup>23</sup>如此再搭配表演权与信息网络传播权，即可覆盖除了点播之外的所有广播或播放行为，也可以弥补现行法的不足之处。
- (五) 将出租权所及于的客体范围扩大，不仅限于视听作品与计算机软件。《修正案草案》貌似参酌了 TRIPs 协定第十一条规定，赋予作者或

---

available of the work by providing access to it.”)。

<sup>22</sup> 参见中国互联网信息中心，《第 44 次中国互联网络发展状况统计报告》（2019 年 8 月 30 日），第 39-47 页，载于 [http://www.cac.gov.cn/2019-08/30/c\\_1124938750.htm](http://www.cac.gov.cn/2019-08/30/c_1124938750.htm)。以美国的音乐市场为例，流媒体（streaming）在 2010 年只占整个市场的 7%，在 2019 年则已经占了 79% 的市场份额。在同一段期间，订户的数量则从 150 万增加到将近 6,100 万。参见美国唱片工业协会《2019 年度业内收益报告》，Recording Industry Association of America, 2019 Year-End Music Industry Revenue Report (2019), 载于 <https://www.riaa.com/reports/riaa-releases-2019-year-end-music-industry-revenue-report/>。

<sup>23</sup> 参见 WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR), 36<sup>th</sup> Session, Revised Consolidated Text on Definitions, Object of Protection, Rights to Be Granted and Other Issues, WIPO Doc. SCCR/36/6, June 1, 2018, available at [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/zh/sccr\\_36/sccr\\_36\\_6.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/zh/sccr_36/sccr_36_6.pdf); 另参见 WIPO SCCR, 版权及相关权常设委员会第三十九届会议，《经修订的关于定义、保护对象、所授权利以及其他问题的合并案文》，WIPO Doc. SCCR39/7, 2019 年 10 月 25 日，第 5 页，载于 [https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting\\_id=50425](https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=50425)。

其著作财产权的继承者至少可以对其计算机软件与电影作品享有排除他人未经许可不得从事商业性出租的权利，但是显然并非以此为限。由于小说、漫画等文字作品或是特定的艺术作品等都可能发生出租或租用的交易行为，此处的范围不宜过窄，反而容易引起争议。

- (六) **关于“汇编权”，谨强建议并烈呼吁必须删除**。所谓汇编作品（不是权），如报纸、杂志、百科全书等，是由若干个个别作品的一部分（片段或摘要）或全部所汇集构成的一个**全新作品**，从而产生了一个崭新的著作权。不过汇编作品的著作权保护范围仅及于对整体的**选择或编排**，不及于其中组成部分的各个作品本身，也就是各个作品的作者依然保有其本身对该作品的著作权，完全不受影响（参见本法第十四条、《伯尔尼公约》第二条第五款，所以与“共同创作”是将个别作品予以混同截然不同）。正因如此，**在概念上汇编绝不在个别作品作者排他权的范围之内**。一个汇编作品当中个别作品的作者固然可以依据第十四条规定对其作品的完整性、复制与改编等主张构成侵权，但除非另有合同等特别约定，绝对无法去干预汇编作品的作者或权利人如何行使其独创表达。例如，一份报纸或一本杂志当中的各篇作者无权去干预杂志的整体要如何排版、编序、编辑或是穿插美工等。反过来说，如果法律竟然给出这样的赋权势将导致对文化、出版等产业市场造成严重而且不当的扰乱。《修正案草案》删去了现行法第三十五条和第三十七条第二款也正是对此一概念的反应。
- (七) **关于所谓的“其他权利”（亦即通称的“兜底规定”），也谨强烈建议并呼吁应一并删除**。由于著作权是力道非常强的对世性排他权，所以在立法政策上为了与社会公益相互平衡，在《著作权法》设置了种种对于权利行使的限制。本次修正更加上关于滥权的规定，在本质上也是对著作权的另一道限制。由于既有的权项范围已经非常的广泛，在经过本次的修正后，在可见的未来应足以对应市场的所需。又在权利法定的基本原则和要求下，此一兜底性的条款不但不具如何实质性的意义，却反而容易滋生疑义，甚至形成“只要未经许可使用了他人的作品或是只要被告所为损害了著作权人的利益就必然构成了某种侵权行为”的错误认知。<sup>24</sup>有的司法判决甚至直接援引做为判决的基础，形成了“移的就箭”的情况：先射出一箭，然后再以这个条款按著箭的飞行方向去画箭靶，直接结论权利人“应享有的其他权利”，却又无法给出一个明确的说明与分析。<sup>25</sup>这就很容易触发不必要的争议，甚至损害了司法公信。

<sup>24</sup> 参见陈锦川，对著作权利法定之理解，《中国版权》，2020年第2期，第26-27页。

<sup>25</sup> 例如，广州知识产权法院《广州网易计算机系统有限公司诉广州华多网络科技有限公司侵害著作权及不正当竞争纠纷》案（简称《梦幻西游2》案）第一审民事判决，(2015)粤知法著民初字第16号，2017年10月24日。广东省高级人民法院虽然在二审阶段维持了原判，但是完全没有

第十五条 视听作品的作者包括制片人、导演、编剧以及专门为视听作品创作的音乐作品的作者等。

视听作品的著作财产权由制片人和其他作者约定；没有约定或者约定不明的，由制片人享有，但其他作者享有署名权。~~的著作权由组织制作并承担责任的视听作品制作者享有，但编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权，并有权按照与视听作品制作者~~制片人签订的合同获得~~报酬~~许可费。

除非另有约定，视听作品中的剧本、音乐、~~摄影~~等可以单独使用的作品的作者有权单独行使其著作权。

从立法技术而言，本条规定的文句恐怕不够顺畅，而且规定“由组织制作并承担责任的视听作品制作者”享有权利，几乎立即就会产生如果实际从事制作的人与挂名签约承担责任的人如果不同时，是否依然还是由制作人享有权利的疑义。

此外，本条对于视听作品与第四十条录音录像制品的作者都使用了“制作者”一词，也会产生这两者的定义是否完全一样的疑问。实际的情况是这两者的内涵未必一致。为了厘清避免造成混淆，谨建议参酌并部分回复《修改草案第三稿》第十七条所使用的文句，包括使用“制片人”。至少可以明确视听作品的作者至少包括了制片人、导演、编剧以及专门为视听作品创作的音乐作品的作者等等，但是除非另有特别约定，《著作权法》以制片人做为法定的著作财产权权利人。这样完全符合国际间业内的商业惯例与实践，因为一部电影的制片人（或执行制片人）通常必须肩负募款集资和整部视听作品（如电影）各个部门之间的整体协调，包括对剧本内容的筛选，不同剧本之间的整合、编纂以及影片的剪辑等等各个环节。因此自然也承担主要的风险与责任。这样的安排也可以避免发生众口难调的问题，导致对相关著作权的管理、运用造成停滞甚至瘫痪。另在第三款建议加上“摄影”，从而明确组成作品当中的个别摄影图像作者亦可单独享有权利。

第十八条 ~~除非当事人之间另有约定，作品原件所有权的转让，不改变作品著作权的归属，但因物权的让与而获得对特定美术、摄影作品原件的展览权由原件的所有人享有对该特定原件的展览权。~~

接受一审法院以“应享有的其他权利”做为判决的基础。参见(2018)粤民终137号民事判决，2019年12月10日。

作者将未发表的美术、摄影作品的原件所有权转让给他人，受让人展览该原件不构成对作者发表权的侵犯。

基于“契约自由”原则，建议在本条最前端加上“除非当事人之间另有约定”，以免本条规定矫枉过正。另外进一步明确因物权的让与（通常是因为买卖或赠与等导致权利利用尽而不再享有著作权）而取得特定原件的所有人只能对该特定物件享有展览权。这就意味着与展览有关、其他涉及到著作权的事项，例如为了制作目录对于原件的复制、摄影与发行等，仍然有可能构成侵权行为。至于是否能主张合理使用，就必须依据个别案件与本法第二十二条规定来审视。

第二十二条 ~~在下列情况下使用~~ **未经著作权人许可对其作品从事本法第十条所规定的任何行为，如有下列情况可以在权利人主张侵权时提出抗辩，请求法院审酌整体情形并免除侵权责任** ~~不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并且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：~~

（一）为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；

（二）为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当、**合理**引用他人已经发表的作品；

（三）**媒体**为报道新闻，**在合理范围内**报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中**不可避免地**再现或者引用已经发表的作品；

~~（四）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章，但作者声明不许刊登、播放的除外；~~

~~（五）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放在公众集会上发表的讲话，但作者声明不许刊登、播放的除外；~~

（~~六~~**四**）为**学校课堂**教学或者科学研究，翻译、播放或者少量复制已经发表的作品，供教学或者科研人员使用，但不得出版发行；

（~~七~~**五**）国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品；

（~~八~~**六**）图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要，复制本馆收藏的作品；

（~~九~~**七**）为**公益目的**的**免费**表演已经发表的作品，~~该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬；~~

（~~十~~**八**）对设置或者陈列在公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像；

（~~十一~~**九**）将中国自然人、法人或者非法人组织已经发表的以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行；

(十二) 以阅读障碍者能够感知的独特方式向其提供已经发表的作品。  
前款规定适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利的限制。

第一款各项使用是否属于合理的范围以及有无不合理地损害著作权人的合法权益，应由人民法院根据个别行为的具体情况等质、等量综合审酌下列因素：

- (一) 所使用的目的及性质，包括是否从事商业或非营利性的公益或教育目的，以及是否从事具有相当转化或转型性的使用；
- (二) 作品本身的性质及目的；
- (三) 所使用的质量，包括对于整体作品所占的比例成分；
- (四) 使用的结果对于作品潜在市场及当前价值所产生的影响。

前已提及，著作权保护体系的基本精神和挑战是**如何在权利人应享有保护的私权和社会公益之间寻求一个微妙、适当的动态性平衡**。本条对于权利限制的规定正是基于此一精神与挑战的体现。既然是对行使权利的限制，就形同在特定的情况下完全排除了透过协商所形成的市场许可机制，而是直接塑造出了一个法定的非独占与无偿许可，做为平衡社会公益的**例外措施**。既然是例外，在操作上就必须益加谨小慎微，避免在不经意之间由于逐渐的推叠竟然取代成了原则。

“合理使用”源于国外的司法实践，是局限于侵权诉讼中的抗辩手段，以避免不经意的扩张，让例外逐渐取代了原则，剥削了权利人的权利。<sup>26</sup>因此做为本条规定的大前提和主轴，谨建议**首先要透过立法确认“合理使用”的存在，其次要明确这是对抗权利人侵权主张的抗辩**（因为事实上已经发生了未经许可的使用），而且必须以权利人主张侵权为前提；如果权利人未做此主张（例如只主张违约），被指控方就无法主动提出此一抗辩。第三是明确是否构成合理使用必须由法院依据个案的整体情形来审酌，如果抗辩成立，纵使在技术上仍然构成侵权，仍可免除相应赔偿责任（**免责对待**）。<sup>27</sup>

<sup>26</sup> 既有的文献可以对“合理使用”的例外法则至少上溯到英国从 18 世纪中叶到 19 世纪初的四个案件，当时称为“合理删节”（fair abridgment）。参见 *Gyles v. Wilcox*, [1740] 26 Eng. Rep. 489; *Dodsley v. Kinnersley*, [1761] 27 Eng. Rep. 270; *Cary v. Kearley*, [1802] 170 Eng. Rep. 679; 以及 *Roworth v. Wilkes*, [1807] 170 Eng. Rep. 889。这个概念后来被美国的司法实践采纳，首见于 *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841)。主审本案的约瑟夫·史多利（Joseph Story）大法官列举了做为考量是否构成免除侵权责任的四个要素，也成为现今许多国家或地区（包括大陆法系）在分析是否构成合理使用的“四要素分析法”的滥觞。至于“合理使用”正式成为著作权法中的法律名称则是首见于 1869 年的一宗案件。参见 *Lawrence v. Dana*, 15 F. Cas. 26, 40 (C.C.D. Mass. 1869)。

<sup>27</sup> 英美侵权责任法（Law of Torts）把这一类的抗辩事项统称为 privilege，是指经过法律特别允许可以合理化的事项，或可译为“特许”，但绝不能译成“特权”。其他的特许抗辩包括“正当防卫”、“默示同意”（例如体育赛事中对他人造成的人身伤害）、防卫财产等等。關於正当防卫抗辩，前提是已经造成了他人的伤害甚至死亡，但是因为有特殊、可以合理化的原因存在而免责。

在具体的合理使用态样规定方面，谨建议把第（三）项略作修改，精简为“媒体为报道新闻在合理范围内再现或者引用已经发表的作品”即可。如此也就覆盖了第（四）项与第（五）项所要规定的事项。不过既然是关系到“合理使用”，相关的再现或者引用自然必须限制在“合理范围”之内。这也可以彻底改善现行规定所产生的许多弊端，让许多媒体基本上毫无顾忌，随便就全文、全视频地引用他人的作品，而权利人却鲜少能获得合理的许可费。<sup>28</sup>国际的媒体行业之间早已成立了不同的“联合销售”组织（syndication，或按照发音译为“辛迪加”），主要就是负责彼此之间对于各种内容的转载许可与相关许可费支付业务。现行的规定已然不合时宜，应该尽速修改，尊重原作者的著作权。

至于“媒体”究竟要如何定义，是否限于经审批通过领有执照的法人组织抑或任何的“新媒体”或“自媒体”都可以合格，建议由主管部门进一步谘询其他相关的政府部门，并征求社会的反馈，可在后续对于《著作权法实施条例》的修正时予以定义。

关于教学或者科学研究的例外，谨建议删除“学校课堂”四个字。**是否构成合理使用是取决于特定行为的本质和使用的程度，与所发生的场地为何并没有任何直接的关连。**尤其在网络时代（包括如疫情发生时的特殊状况），已有愈来愈多的教学与研究是透过远距联系或某种“虚拟环境”发生。如果保留此一场所的要求显然会对于合理使用构成不必要的限制。反之，在学校或课堂内以教学研究为名所从事的各种活动也未必真的符合本条项例外规定的立法目的或精神（例如在学校礼堂播放电影供师生及家属欣赏）。

同理，对于作品的表演，关键并不是、也绝不能只因为是无偿（或免费）就当然构成合理使用，而是要审度、研判是否主要是属于社会公益性质。至于是否向表演者支付许可费更不能做为研判的依据，毕竟对他人提供劳务支付一定的报酬乃是天经地义。“免费”与“公益”两者之间不能简单划上等号，一概而论。例如，一个或一群知名的乐团组织一场音乐会，要收门票也要支付相应的成本（包括场地租金、服务与表演人员的报酬（哪怕是经过深度折扣后的象征性报酬）、相关的交通费用等等），最后把所有的盈馀都用于赈灾或慈善捐赠。如果在音乐会的过程中发生了对他人作品从事未经许可的使用，即使完全属于公益性质，但依据现行规定却显然无法主张合理使用，也显然不是原来的立法用意所乐见。

---

<sup>28</sup> 关于媒体任意转载他人作品引起的种种问题，参见索来军，关于报刊转载法定许可的几个问题，《中国新闻出版报》，2007年1月11日，转载于<http://copyright.ipchina.com/knowledge/2012/12/10887.shtml>（作者认为，“造成报刊转载法定许可规定实施不利的根本原因是著作权立法本身存在缺陷。著作权立法规定法定许可的基本原则中包括不得损害著作权人的合法权益，而报刊转载法定许可是一项对著作权人权利不合理的限制规定。多年来的实践证明，著作权人在多数情况下是无法获得应得的许可费，多数著作权人的利益受到侵害。立法不变，许多问题无法根本解决”）。

另一方面，“公益”与“非营利”和“非商业性”也不能轻易划上等号，不能只因为涉及营利或商业性就完全否定具有公益性质，而是必须从个别案件的整体状况来研判。例如，许多营利性的企业成立了非营利性的基金会等公益性的组织，在本质上无非想藉此举办一些正向的活动来彰显其形象，另外则是想达到一定的减税或节税效果。因此，这些活动往往同时参杂了公益与非公益（变相替企业作广告）的成分。如果想要把活动本身究竟是否属于“非营利”的性质与涉及推广企业形象的部分拆分并给予不同的对待纵使理论上有此可能恐怕在实际上将会十分困难。又如百度或谷歌的网络信息检索，其本身虽然是营利性（主要依赖广告收入），但也同时承载了重要的社会公益使命。

有鉴于此，谨建议在本条增加一款（第三款）规定，纳入在国际间已行之有年的“四要素分析法”做为对未经许可的使用行为是否在合理范围内的检测依据，而且进一步表明需要由人民法院根据个别使用的具体情况来等质、等量综合审酌。目前国内已有许多法院已经使用这套测试方法，也积累出了一定的实践与经验。由于著作权的保护早已进入国际整合的阶段，明确认可此一测试方法不但可让法官有法可依，让诉讼程序更为公开透明，也可以借鉴国际间的经验，互通有无，在面对新科技与新的市场交易型态所带来的挑战时既能与时俱进，又可掌握分寸。

第二十三条 为实施义务教育和国家教育规划而编写出版教科书或依法律、法规所举行的考试试题，可以不经著作权人许可，在教科书中汇编或在考试试题中摘录已经发表的作品片段或者短小的文字作品、音乐作品的简短摘要或者单幅的美术作品、摄影作品、图形作品，但应当按照规定支付合理的报酬许可费，指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利。前款规定适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利的限制。

对于本条规定，谨建议一并纳入考试试题当中对他人作品的使用，但必需支付合理的许可费，而且仅适用于依法律、法规所举行的考试试题（意味著其他一般的考试则完全回归著作权的一般法则来处理其中的权利归属与运用）。由于法规无法经常修改，在制订时通常只能尽可能给出用于参酌的一些要素或最低标准，建议给予一些弹性，以便最终还是透过协商确定较能反应市场状况。

第三十三条 著作权人向报社、期刊社投稿的，自稿件发出之日起十五日内未收到报社通知决定刊登的，或者自稿件发出之日起三十日内未收到期刊社通知决定刊登的，可以将同一作品向其他报社、期刊社投稿。双方另有约定的除外。

~~作品刊登后，除著作权人声明不得转载、摘编的外，其他报刊可以转载或者作为文摘、资料刊登，但应当按照规定向著作权人支付报酬。~~国家著作权主管部门应至少每五年邀集与报刊登载有关的文字、美术、摄影作品等著作权人代表、相关的著作权集体管理组织与各类媒体代表共同检讨并协商确定合理的许可条件与相关的收支和分配方式。合理的许可条件应以市场中由许可双方透过自愿协商所可能达成协议的费率和条件为基准。

本条第二款是关于报刊转载法定（强制）许可的规定。现行法对于**教科书的编写出版（第二十三条）、报刊转载（本条）、录音制作（第四十三条）以及电视台与广播电台的播放（第四十四条）**等五种对于作品或制品的使用采取了法定（强制）许可。这样的安排固然在过去的三十年间的确让无数的文化与教学资源获得更大的普及，在一定程度上促进了整个社会的经济与文化发展，但是因为对于各种未经许可的使用没有任何的后果或责任，使用者经常没有履行其应尽的义务，也导致多数的著作权人从来没有获得应得的许可费，就算有的使用方支付了费用，也通常只是杯水车薪，无法反应市场的实际行情。<sup>29</sup>因此，目前所呈现出的严重不对称主要反应在两个方面：一是根本没有给付，另一是就算有给付，其费率也严重滞后市场的实际状况，导致对市场秩序的破坏。

此外，教科书的编写有其重要的社会公益目的和使命，基于寻觅原始作者往往不易加上对编纂教科书的时效要求，使用法定（强制）许可有一定的必要性。但是在报刊转载、录音制品与电视台与广播电台的播放四个方面基本上并不存在等同的社会公益考量。在目前社会、经济已经相当发达，而且相应的市场机制也已发展到了成熟的阶段，继续对此采用法定（强制）许可便非常值得商榷。谨建议删除本条第二款规定，并改列应定时透过以协商确立合理许可条件的机制等文句，让相关的许可回归市场机制（详见对第四十三条修改的说明）。

<sup>29</sup> 鉴于这个问题的严重性，在 2020 年全国政协第十三届三次会议开幕前，已有全国政协委员、中国新闻出版研究院院长魏玉山向大会提交了一个名为《关于建立著作权“法定许可”获酬保障机制》的提案，另外则是全国人大代表、民进上海市委副主委、上海市作家协会副主席潘向黎提出了应废除此一条款的建议。不过关于这部分的问题要分别法律和管理两个层面分别配套处理（详见后述）。

第三十八条 演员为完成~~本其所属演出单位的演出任务进行所从事~~的表演为职务表演，~~除了享有表明身份的权利~~，演员享有表明身份的权利，~~的~~其他权利归属由当事人约定。当事人没有约定或者约定不明的，职务表演的权利由演出单位享有。

**【谨建议删除第二款规定，但如决定保留，谨建议修改如下：】**

~~职务表演的权利由演员依前条第（三）款至第（六）款规定享有的职务表演者权利~~，~~许可其直属演出单位可以在其业务范围内免费无偿~~使用该表演。

本条规定是本次《修正案草案》新增。必须指出，本条第二款应是个相当独特的规定。一般涉及到表演者权的许可、运营等都是透过协商与缔结合同来达成，鲜少有类似这样的强制许可要求，而且还是无偿性的使用。如果仍然决定要保留这款规定，谨建议进一步明确所指称的权利许可范围并仅适用于直属单位，所以并非只要任何与特定制片人或其所属单位有关的其他企业都可以任意使用，让此一权益保护形同虚设。

这是因为文化娱乐产业的运营结构与方式往往相当复杂，涉及到多种的横向与纵向的交叉持股或是其他安排以对应一部电影背后多个不同的出资方与仲介单位。这些单位或多或少都可以视为“演出单位”，也就意味著彼此有很多的牵制，尤其当某个演员一旦成名，这样的规定几乎无可避免会引发后续使用上的争议。反过来说，为表演者所设立的相关权（邻接权）原本是为了保障表演者本人而设（保护的标的不是作品），尤其是位于金字塔中到末端的无数演艺工作者，他们因为处于弱势，基本上没有什么地位与筹码去与影片公司协商。这样的规定无异于变相剥夺了他们的权益，恐怕需要再作斟酌。

附带一提，在本次的《修正案草案》当中有多处条文出现了“免费”的用语。从概念上和立法技术上来说，“免费”原意是指本应收费但经权利人基于特定的考虑后决定不予收取，通常是暂时的举措。这与法律强制性、永久性地要求不得收取费用显然不同。**建议改以“无偿”代替“免费”**。无偿是指一方给予另一方某种利益，而对方取得该利益时不需支付任何对价的法律关系。虽然不需支付经济上的费用（亦即免费），但往往还是负有其他非经济性的义务。<sup>30</sup>例如必须署名以尊重并标示权利人的权利等。所以在涉及著作权法上许可使用的情形应该使用“无偿”更为妥适。

<sup>30</sup> 详细讨论参见蒋军洲，有偿合同与无偿合同之区分存在的问题，《政治与法律》，2007年第6期，第91页 [http://pkulaw.cn/fulltext\\_form.aspx?Gid=1510034402&Db=qikan&EncodingName=big5](http://pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Gid=1510034402&Db=qikan&EncodingName=big5)。

~~第四十条 录音录像制作者使用他人作品制作录音录像制品，应当取得著作权人许可，并支付报酬。~~

~~录音制作者使用他人已经合法录制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本法所称的录音制品，是指任何对表演和其他声音的录制品。~~

~~本法所称的录音制作者，是指录音制品的首次制作人。~~

~~录音制作者对其制作的录音制品享有下列权利：~~

~~（一）许可他人复制其录音制品；~~

~~（二）许可他人发行其录音制品；~~

~~（三）许可他人出租其录音制品；~~

~~（四）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，以及通过技术设备向公众传播以前述方式提供的录音制品。~~

~~前款规定的权利的保护期为五十年（或者更短期间），自录音制品首次制作完成时起算，截止于该制品首次制作完成后第五十年的12月31日。~~

~~被许可人复制、发行、出租、通过网络向公众传播录音制品，应当取得著作权人、表演者许可。~~

~~（因已经与《修正案草案》第四十一条和第四十二条整并于此，谨建议将该二条规定删除。）~~

依据世界知识产权组织对1961年《保护表演者、音像制品制作者和广播组织罗马公约》（简称《罗马公约》）和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》（WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT）的官方说明，“邻接权”（neighboring rights 或“相关权” related rights）是相对于作者对其文学、艺术或科学作品著作权之外的独立权利，而且所保护的客体并非作品，而是对特定作品的表演（有别于著作权人的表演权）、广播或首次录制（或发行）等三种类型所赋予的额外保护，依附或邻接于既有的作品而存在，其所保护的主体则是表演者、制作者或广播组织。至于“邻接权”（或“相关权”）的具体内涵为何，是否必需具有“独创性”，则依其成员国的国内立法来定义，因为各国对此一问题的处理仍有分歧。<sup>31</sup>也就是说，基于同一个作品可能会产生两大不同类型的法定权利：一是对于原作品的作者或其受让人所设立的著作权，另一则是对于将该作品从事后续（合法）的表演、广播或录制而对该表演者、制作者或广播组织所赋予的邻接权（相关权）。相较于著作权，邻接权（相关权）的权利范围与保护期间相对限缩，

<sup>31</sup> 参见 WIPO, GUIDE TO THE COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS TREATIES ADMINISTERED BY WIPO AND GLOSSARY OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS (2003), p. 133。

但都是基于同一个作品而设，并不是另外出现了一个新的作品（或是现行法所称的“制品”），更不是要另行设定一个“次著作权”（尤其是对于不要求邻接权需具备独创性的国家何地区）。

关于电影、录像节目等究竟应该要如何归类从一开始就曾经引起过热烈的讨论。后来于1990年9月7日出台的首部《著作权法》采取了折衷的作法，把与录像有关的成果区分为“录像作品”与“录像制品”，并分别给予规定。在2001年的法律修改引入了“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”（后者简称“类电作品”）的概念，并取代了“录像作品”，以便与《伯尔尼公约》接轨，而“录像制品”则获得保留，继续列在对于邻接权的保护章节。至于两者的定义和区别，则是在《著作权法实施条例》第四条第（十一）项和第五条第（三）项分别规定，“类电作品”是指“摄制在一定介质上，由一系列有伴音或者无伴音的画面组成，并且借助适当装置放映或者以其他方式传播的作品”；“录像制品”则是“指类电作品以外的任何有伴音或者无伴音的连续相关形象、图像的录制品”。

问题在于，这样的定义是根本无法操作的，难以把录像制品从类电作品中区分开来。这导致在司法实践中，法院往往以“独创性”的高低来区分。独创性越低，就愈倾向于认定为录像制品；独创性越高，则愈有可能被归为类电作品。<sup>32</sup>然而这当中的高低分际是完全没有标准的，也不可能设立任何客观的标准，全凭法官的主观自由心证，这就注定会引发许多的争议，不但无助于著作权法治的发展，甚至已经对市场造成负面的影响，让人不知所从。这就如同表面上有“手心”和“手背”两个概念的存在，但想要论断独创性的高低或是作这样的区分又如何能在自己的手上依照什么标准去画出一条线来，然后人为设定线的这一头是“手心”（低度创作），而那一头则是“手背”（高度创作）？实际上是根本不可能的，因为这两者都是属于模糊性的概念。从立法技术来说，使用模糊性概念作为判定是否构成受著作权或相关权保护的认定基础实乃大忌，应该尽可能的避免。

既然《修正案草案》已准备把“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”更改为“视听作品”，**谨强烈呼吁立法者借此机会正本清源，把这个经年未决的问题一次厘清，也可让法院不需要继续在一些无谓的问题上继续纠结，徒增困扰。**谨建议参酌并在相当程度上回复《修改草案第三稿》第三十七条和第三十八条的文句，另与《修正案草案》的第四十一条、第四十二条整并、简化为一个条文。此外，毕竟这是没有独创性的“制品”，原则上不应给予过长的保护期间，尤其不应与诸如法人或视听作品的著作权等量，如有可能，也建议酌减。另建议取

---

<sup>32</sup> 参见，岳利浩，录像制品被视听作品取代是大势所趋，《中国知识产权》2019年3月（总第145期），第28页，载于 <http://www.chinaipmagazine.com/zl/ColumnView.asp?fid=82&id=201>。

消关于“报酬请求权”的相关规定，因为这本非邻接权或相关权的权项，而且在相关的许可协商中是必然会触及的关键事项，无须于此再作规定。

第四十三条 将录音制品用于无线或者有线播放，或者通过传送声音的技术设备向公众传播的，应当**事先**向录音制作者**取得许可并支付合理的许可费报酬**。**国家著作权主管部门应至少每五年邀集录音制品著作权人代表、相关的著作权集体管理组织和各使用方代表共同检讨并协商确定合理的许可条件与相关的收支和分配方式。合理的许可条件应以市场中由许可双方透过自愿协商所可能达成协议的费率和条件为基准。**

本条与第四十四条原为关于广播电台和电视台播放权利人作品与制品的法定（强制）许可规定。**法定（强制）许可的前提以及存在的本身就是意味着相关市场的失灵或失败**，在不得已的情况下，做为最后的手段，必须脱离正常的市场机制，让政府介入改以强制性或“简单粗暴”、一刀切式的手段来代替协商。经验显示，一旦进入法定（强制）许可，就非常不易重新导回市场机制，因为只要是认为对其有利的一方（通常是被许可方）就会尽其所能的坚持不放，而且因为法规无法经常修改，只要时间拖延得愈久，相关的许可费率就会益发与市场的实际状况脱节，无法反应合理的回收。

现行法在 1990 年立法时置入了法定（强制）许可的条文是因为当时的立法者认为如《罗马公约》等国际公约容许对表演者和录音制品制作者的权利做出限制，而且“著作权集体管理组织制度尚不健全，广播电台、电视台播放作品都需要取得著作权人许可尚有一定困难。同时广播电台经费比较紧张，使用录音制品要对表演者、录音制作者付酬，对广播电台的压力比较大。”<sup>33</sup>然而**经过 30 年来社会与经济的高速发展，原先的这些考虑因素都已不复存在**。既然制订著作权法的一个主要宗旨是“鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播”（本法第一条），正好应藉由本次的法律修改把整个相关的运营管理导回市场机制，以反应合理的许可费和当前社会发展的实况与需求。

在关于第三十三条的修正建议说明中已经提及，目前所呈现出的严重不对称主要反应在两个方面：一是使用方根本没有给付许可费，另一是就算有给付，其费率也严重滞后市场的实际状况，导致对市场秩序的破坏。对于本条的修正建议，

<sup>33</sup> 参见胡康生主编，《中华人民共和国著作权法释义》，法律出版社（2002 年版），第 185 页。另一个因素是参酌、借鉴了美国自 1909 年以来就一直采用的作法，至少可以有个依据政府订出的价目表可以依循。

主要是针对后者而发。对于前者，单靠修改法律条文恐怕只是头痛医脚，难以克竟其功。因为相关的问题几乎完全是涉及管理的环节，并非法律与政策的取向，尤其是负责相关业务的著作权集体管理组织的结构、运营方式、程序是否公开透明等多个方面。所以还必须透过后续的管理改革做为配套。

谨建议参酌并借鉴其他国家或地区的经验，将本条第二款规定改为规定由国家著作权主管部门每五年出面邀集各相关的利害关系人推派代表，对合理的许可条件（包括费率）以及相关的收支、分配方式等共同进行协商，并对既有的制度进行检讨、修改，期能顺利过渡到以协商为导向的市场机制并逐渐完善。对本款的修正文句并参酌、引入在国外已经行之有年，并已累积了相当经验的“自愿买卖双方标准”（Willing Buyer/Willing Seller Standard）做为各方协商的参考，也可以做为行政部门或法院调解相关争议的准据。<sup>34</sup>一旦此一修正获得接受并通过成为立法，做为附带建议，首次的协商也可以尝试从国务院在 2009 年出台的《广播电台电视台播放录音制品支付报酬暂行办法》<sup>35</sup>出发，但可以确定，由于经过十一年未曾修改更新，其中所列出的费率必然会相当的滞后，恐怕不符合当前的市场价格。因此一旦透过协商机制达成新的共识，就应该用新的费率和收付、分配机制来逐步取代此一《暂行办法》。

第四十四条 除非符合本法第二十二条第一款第（三）项规定，广播电台、电视台等广播组织和媒体播放他人未发表的作品或制品，应当取得著作权人许可，并支付合理的报酬许可费。

广播电台、电视台播放他人已发表的作品，可以不经著作权人许可，但应当支付报酬。国家著作权主管部门应至少每五年邀集广播电台、电视台等媒体与著作权人代表以及相关的著作权集体管理组织共同检讨并协商确定合理的许可条件与相关的收支和分配方式。合理的许可条件应以市场中由许可双方透过自愿协商所可能达成协议的费率和条件为基准。

依循前条同样的思路和法理，谨建议将广播电台和电视台等广播组织和媒体使用他人的作品或制品也一并导向市场机制。目前在国际间早已形成了非常成熟的许可机制。常见的型态包括“母片许可”（Master Recording License），是指获得一首乐曲词曲作者和出版者对其原始录音作品的使用许可，从而可以搭配到特定项目或节目中的视频（如果涉及到权利人来自美国，依当地法律没有区分作品与制

<sup>34</sup> 参见《海奇—古拉特音乐现代化法》（Orrin G. Hatch—Bob Goodlatte Music Modernization Act，简称 MMA），Pub. L. 115-264, 132 Stat. 3676 (2018)。

<sup>35</sup> 中华人民共和国国务院令 第 566 号，2009 年 11 月 10 日。

品)，也就是原声、原音的重现。其具体内涵可能包括了复制、散布（包括发行与信息网络传播）、公开表演等。其费率会因内涵范围的不同而跟著有所不同。另外则是“同步许可”（synchronization license，简称 sync license），是获得对特定乐曲“再录制”（re-recording）并搭配到特定视频的许可，因此未必是原声、原音的重现。因为要让乐曲与视频协调同步，所以业内的通称是“同步许可”。这与传统、常见的“机械权许可”有所不同。<sup>36</sup>但因国内尚未形成这样的业内操作，以致于经常会与国外的权利人产生沟通上的困难甚或发生争议。

广播电台、电视台需求最大的通常是“同步许可”。其许可费率一般至少取决于下列因素：（1）该乐曲究竟要如何使用（做为背景音乐抑或主题曲）？（2）准备播放的方式或范围（在地方频道播出抑或全国联播）？（3）潜在的听众群为何（在一场大型的体育赛事冠军赛现场抑或球季当中的一场常规赛事）？（4）媒体的类型（独立制片、央视春晚抑或好莱坞四大片商）？（5）词曲作者的姓名以及在业内的名声？……等等。这些因素往往环环相扣，需要非常审慎精致的分析调研和论证，因此提出对本条第二款的修改建议，旨在搭配对本法第三十三条第二款和第四十三条第二款的修改意见，以明确《著作权法》的立法用意是要导向以许可为主的市场机制，并透过著作权主管部门的监管，借鉴诸如公共听证的方式，不但可以扩大参与、集思广益，也可以让相关的程序与结果尽量公开透明，争取并赢得社会的公信，形成一个有序、公正、健康的市场环境，尤其在涉及到网络传输的音乐分享、使用等能够更有效的达到使用者付费与正版化的理想。

第四十五条 广播电台、电视台等广播组织和媒体对其播放的载有节目的信号享有下列权利：

- （一）许可禁止他人未经许可对该讯号从事广播或转播；
- （二）许可禁止他人未经许可对该讯号从事录制以及或复制；
- （三）许可他人通过信息网络向公众传播禁止他人未经许可在收取门票或入场费用的公共场所将该讯号向公众传播。

前款规定的权利的保护期为五十年，截止于该信号首次播放后第五十年的 12 月 31 日。

<sup>36</sup> “机械权利许可”源自美国在 1909 年修改其著作权法以后对于相关许可的实践。所谓“机械权”是个业内的习惯用语，并非正式的法律称谓，是指使用音乐作品从事制作（主要是复制 duplication）与行销（主要是散布 distribution）唱片（或留声记录 phonorecords）的权利，依据现行美国《著作权法》第 115 条规定，包括以电子或数字形式对音乐作品所从事的复制或散布。

广播电台、电视台等广播组织所享有的保护是邻接权或相关权。在关于第四十条的修改说明中已经提到，依据《伯尔尼公约》的制订原意与宗旨，这是在著作权以外对广播组织、表演者和制作人等三个特定的对象所赋予的一层额外的独立权项，所保护的并非作品，范围也相对有限。在概念上这一层保护有若汇编作品，只限于“载有作品的讯号”，也就是以其中包覆了某个节目的讯号为限。

鉴于广播组织所播放的节目原本就各有其著作权人，赋予邻接权或相关权从来不是要让广播组织越俎代庖，更不是要让相关的许可变得更加复杂甚至难以管理，谨建议对于这一部份的规定必须特别严谨限缩，**只以该含有节目内容的讯号为限，尤其不宜赋予与著作权相当的信息网络传播权（建议删除《修正案草案》本条第三项）**，另改列“禁止他人未经许可在收取门票或入场费用的公共场所将该讯号向公众传播”，以配合《罗马公约》第十三条第（d）款规定。<sup>37</sup>

做为参考，欧盟法院在 2017 年的一个经典判决<sup>38</sup>对《第 2006/115 号欧盟指令》第八条第三段关于广播电台、电视台等广播组织向公众传播权的内涵给出了明确、统一的解释。<sup>39</sup>法院刻意拒绝以探索为名去创新、扩充这个条款所授与的权利范围，正是为了避免动摇整个体系当中微妙缜密的权益平衡关系，造成市场的混乱。法院追溯这个权利的历史背景，表示必须回归到《罗马公约》第十三条第（d）款的既定范围，不可延伸解释为涵盖了信息网络传播。因此，即使在诸如到餐馆、酒吧付费享受餐饮，或是到酒店（旅馆）付费住宿，附带的欣赏在该等地方所提供的电视节目或音乐等，依然不构成“收取门票或入场费用”，在该等场合所播放的电视、广播节目等也就不构成向公众传播。

从表面上看，这仿佛会让广播组织失去了收取许可费的机会，然而实际的情况恐怕正好相反，反而避免因为二次或重复收费反而形成了对广播组织的不当得利。传统的广播或电视节目制作是采用“统包”的方式，因此广播组织本身就已经

<sup>37</sup> 世界知识产权组织对该条款的中文官方译文是：“广播组织应当有权授权或禁止：……（丁）向公众传播电视节目，如果此类传播是在收门票的公共场所进行的。行使这种权利的条件由被要求保护的缔约国的国内法律确定。”固然中国目前尚未加入此一公约，但现行的《著作权法》已经纳入了其中的规则与精神。此外，中国自 2002 年已加入世界贸易组织。依据该组织辖下的《TRIPs 协定》第一条第三款规定，《罗马公约》是所有的成员必须遵守的国际规则之一，而且是强制性的，没有国家主权保留的空间。此外，中国一直是拟议中的《世界知识产权组织保护广播电视组织条约》（WIPO Treaty to Protect Broadcasting Organizations）的积极参与者，而后者正是以《罗马公约》为基础派生而来。

<sup>38</sup> 参见 Case C-641/15, *Verwertungsgesellschaft Rundfunk GmbH v. Hettegger Hotel Edelweiss GmbH*, Judgment of the Court (Second Chamber), 16 February 2017, available at <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=187919&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2442284>。

<sup>39</sup> 参见 Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, [2006] Official Journal L 376/28, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32006L0115>。

同时是著作权人了。即使目前国内广播电视节目已逐渐走向“制播分离”的运营模式（如浙江卫视的《中国好声音》），“统分结合”依然是必须遵循的原则。<sup>40</sup>这就意味着无论是透过法规或合同，广播组织依然享有著作权。

~~第四十六条 电视台播放他人的视听作品、录像制品，应当取得视听作品制作者或者录像制作者许可，并支付报酬；播放他人的录像制品，还应当取得著作权许可，并支付报酬。（建议删除本条，以下条文顺序依序调整）~~

由于之前对第四十四条文句的修改已足以完全涵盖本条，谨建议删除本条规定，并依序调整以下条文的顺序。

## 第五章 ~~著作权和与著作权有关的权利的保护~~ 技术措施和管理信息

本章主要是为了配合《世界知识产权组织著作权条约》第十一条和第十二条、《世界知识产权组织表演和录音制品条约》第十八条和第十九条规定与国内的实际需求新增的规定。谨建议将本章名称直接更改为“著作权保护技术措施和管理信息”以更符合并反应其中的具体内容，并可彰显《著作权法》乃是与各主要的著作权国际公约完全接轨，履行了中国加入相关国际公约（条约）所给出的承诺和义务。

~~第四十七条 为保护著作权和与著作权有关的其权利，权利著作权人可以对其作品或制品在权利有效期间采取技术保护措施。未经许可，任何组织或者个人不得未经著作权人许可故意避开或者破坏规避或破解著作权人为保护其权利所采取或实施的技术措施，不得以避开或者破坏规避或破解技术措施为主要功能或目的制造、进口或者向公众提供有关的装置、软件程~~

<sup>40</sup> 广播电视的核心业务是节目的制作和播出。“制播分离”是指广播电视节目生产制作与播出的分离，使媒体的管理者直接管理的工作明显减少，而审查沟通的工作增加；广播电视媒体的管理也将要加大节目宏观管理的比重，既要管生产，又要管审查，既要管节目，又要管效益。“统分结合”是指必须正确认识“管理统一”与“运行灵活”的关系，大权集中，小权下放。该统的要毫不手软地坚决统起来，该分的要切实到位地分下去，促使体制改革与机制创新良性互动，形成既有合力又具活力的发展与竞争格局。参见《广播电视管理条例》第三十一条、《国家新闻出版广电总局关于进一步规范广播电视制播分离改革的通知》，新广电发〔2016〕90号。

序、或者部件或者以此做为行销、宣传或许诺销售，或是不得故意为他人避开或者破坏规避或破解技术措施提供技术服务或相关的信息。但是，法律或行政法规规定可以避开准许规避或破解的情形除外。

本法所称的技术保护措施，是指著作权人为防止或限制他人未经合法许可对其作品或制品复制、浏览、改编或者通过网络传播而采取的有效技术、装置、软件程序、或者部件。

本条规定至少牵涉到三个必须厘清的先决问题：

- (一) 法人与非法人组织是否可以成为侵权责任的主体？如果答案为肯定，那么要以如何的标准来研判法人或非法人组织的特定举措或行为是否构成“故意”？
- (二) 本章关于技术措施与权利管理信息的保护规定是否在为权利人另外创设出两个独立的新权利抑或只是做为权利人基于同样的权利可以请求损害赔偿的另一个渠道而已（亦即只是一个新的“诉因”或是诉之声明）？
- (三) 本条所规定的客体究竟是技术措施的本身抑或与其使用相关的特定行为抑或兼而有之？

关于第一个问题，《民法总则》第五十七条规定，“法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。”同法第六十二条进一步规定，“法定代表人因执行职务造成他人损害的，由法人承担民事责任。”“法人承担民事责任后，依照法律或者法人章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。”因此，无论是营利法人、非营利法人或是特别法人，法人可以是侵权责任的主体。《民法总则》第一百零二条则是确认了非法人组织（如独资或合伙等）具有民事行为能力。然而第一百三十四条第二款对于法人的民事法律行为则是规定：“法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的，该决议行为成立。”因此，一个可能会产生疑问的地方是，如果一个法人的法定代表人没有经过这样的方式以法人之名、但实际上却是自己的意思或意志从事特定的行为，结果经法院判认构成侵权，是否仍可以法定代表人的主观意思来直接研判并等同法人是否具有故意或过失（过错）？目前的通说是采取肯定的观点，但是却一直还有争议。<sup>41</sup>

<sup>41</sup> 参见马栩生，比较法视野下故意侵权理论体系之构建，《法学评论》（2010年），第117页（本文作者表示，“按照通说的观点，故意应该是自然人的主观心理状态，只要坚持从心理出发，法人故意就是无解的难题。但是从社会发展来看，法人故意也有认定的价值。对此学说上的认识是将故意责任与意思责任相分离，改为从损害回避义务违反的可非难性中谋求故意责任的归责依据。换言之，即从理论上把故意责任与自然人的主观‘意思’分离，而将故意责任作为‘严重的注

也正是在这样的背景下，并考虑上述的另外两个先决问题，谨建议将本条规定的文句进行下列的修改：

- (一) **明确所指称的是“技术保护措施”**，而且是以在著作权或相关权的权利有效期内为保护其作品或制品所设置的有效技术、装置或者部件（参酌《修改草案第三稿》第六十六条文句建议在此增加第三款做为定义）；
- (二) 不使用“故意避开或者破坏”的用语，改用“**规避或破解**”。如此一方面完全避免陷入上述关于法人故意或过失行为的认定争议，直接采取**无过失责任**（与对著作权本身的侵权采取相同标准），另一方面与相关国际条约的用语及含义更为一致。毕竟在条约的英语文本里所使用的关键字“circumvention”就是规避、欺蒙和破解的意思，适用到技术保护措施时未必会对该措施造成“破坏”，通常该技术措施（通常是某种电子加密手段）都处于完好无损的状态，只是让把未经合法许可的版本让该措施“误认”为是正版而通过认证。国外的司法实践也表明了这一点，例如由第三方所提供，具有兼容性的打印机墨盒，在操作时完全没有任何的“故意避开或者破坏”，而是“直接面对”并接触原厂的打印机，然后提供一组密码，让打印机“误认”该墨盒是来自原厂，通过对兼容产品的认证。<sup>42</sup>
- (三) 因为只限于在权利有效的期间内而且是为保护作品或制品所设，也就明确了这**并不是创设出一个新的权利**，只是做为可以供著作权人另行提出的诉因或请求事由。经验显示，在多数情况下提供规避或破解技术保护措施的一方并非直接侵权者，但却往往是整个问题的渊藪。技术措施的规避与破解也经常不直接涉及对作品的著作侵权，就仿佛在他入保护自己家园所修筑的一道“围墙”（技术保护措施）上凿穿了一个洞眼，导致其中的作品完全暴露，可以任人一览无遗。由于做为保护之用的技术措施（也就是那道“围墙”）本身并没有著作权，既有的著作权保护不及于此，于是形成了当前保护体系上的严重漏洞。加上本条规定应可相当有效的遏止此种**不当行为**（因为还不构成对著作权本身的侵权，所以在概念和技术上不能称为“侵权”行为）。不过做为配套，在另一方面也必须要基于社会公益的考量容许一些例外（列

---

意义务违反责任’来处理。在预见到行为有致损害发生可能性时，行为人本应承担最大努力抑制行为、回避结果发生的注意义务，违反这种注意义务的行为在道义上具有较大的可非难性。对法人故意的判定，一般认为，主要依法人的机关或法人的代表人的行为而进行”）。

<sup>42</sup> 参见 *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.*, 387 F.3d 522 (6<sup>th</sup> Cir. 2004)（美国联邦第六巡回上诉法院在本案判决，破解墨盒与打印机之间从事识别功能的“秘密握手”软件程序不受著作权的保护，也没有形同获得了对于应受保护作品的控制。消费者购买打印机便取得了打印机代码的所有权，可以自由选择使用第三方厂家所出售的墨盒来做为搭配。）

于下一条规定)，否则势将对无数作品或产品的后手交易与维修市场造成严重的冲击。稍有不慎甚至可能会扼杀了整个相关的市场。

- (四) 建议将本条第二款文句修改为“不得以规避或破解技术措施为主要功能或目的制造、进口或者向公众提供有关的装置或者部件或以此做为行销或宣传”。其中的用意有二：其一是彰显技术中立原则，不是也不应把只要具有规避或破解功能的装置、器材、仪器、设备等等都视为当然不合法，而是要检视其主要的功能和目的为何，否则恐将发生规制过当的问题，导致人人自危。例如，任何的“机顶盒”在先天上都具有解码的功能。几乎所有的智能手机、智能电视、网络硬件都包含了对现时网络系统当中的传输层安全性协定 (Transport Layer Security, 简称 TLS) 或其前身安全套接字协议 (Secure Sockets Layer, 简称 SSL) 的读取和解析功能，然而这些装置的主要目的并不是为了从事规避或破解。反之，如果某个装置的主要功能或目的便是从事规避与破解，而且除此之外别无如何其他的商业功能或目的存在，那么技术中立的原则便不适用。其二是确立所要规制的是具体的行为，尤其是制造、进口或是向公众提供专门从事规避或破解著作权技术保护措施装置、器材、软件程序或部件等，另外建议除了提供服务外需要加上以此从事“行销、宣传或许诺销售”的行为，以期能有个更完整的涵盖。

第四十八条 下列情形可以规避或破解著作权人为保护其权利所设置的技术保护措施，但不得向他人提供规避或破解技术保护措施的技术、装置、软件程序或者部件，不得侵犯权利人依法享有的其他权利：

(一) 学校、研究机构、非营利性的图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆或美术馆等为决定是否需要使用特定的作品以从事课堂教学或者科学研究，所获得的复制件，向少数教学、科研人员提供已经发表的作品、版式设计、表演、录音录像制品或者广播电台、电视台播放的载有节目的信号，而该作品、版式设计、表演、录音录像制品或者广播电台、电视台播放的载有节目的信号但以该复制件无法通过正常途径获取并且对其持有不超过合理期间为限；

(二) 不以营利为目的，善意获得可供以阅读障碍者能够感知的独特方式向其提供已经发表的作品版本或其复制件，而该作品无法通过正常途径获取；

(三) 国家机关依照合法授权进行的行政调查、司法诉讼或保全程序、或是执行涉及国家安全的公务；

(四) 对计算机及其系统或者网络的安全性能进行的善意测试，但以合法取得含有技术保护措施的原件或复制件以及曾试图争取但未获得许可为限；

(五) 进行加密研究或者计算机软件反向工程研究；

(六) 防止未成年人或限制行为能力人从网络接触或取得特定的作品；

(七) 限制或停止技术保护措施中未经他人许可搜集其个人识别信息或违反其人身权的相关部分；

(八) 自医疗器材或设备获取使用人的个人信息；

(九) 对装置、器材、设备、工具或部件从事必要的维修或保养；

(十) 为安装第三方软件或与其他装置、器材、设备、工具或部件取得联通，但以从事合法的使用为限；

(十一) 为彻底清除特定装置、器材、设备、工具或部件中的既有软件并以重新安装其他的软件完全取代；

(十二) 其他依据行政规定有必要暂时列为免责的行为、装置、器材、设备或部件。

国家著作权主管部门应自本法生效起每三年公开征求意见并制订或修改应依前款第(十二)项规定暂列免责的相关规定。

本条列举了若干可以免除对技术保护措施从事规避或破解行为的法律责任。参酌国际间既有的立法经验和实践，以及曾经发生过的争议，谨建议将本条进一步扩充与细化，避免未来产生争议，或是万一争议发生也有法可依。

首先，延续第四十七条规定，本条所要规制的行为应涵盖至少三种不同的态样：(一) 从事规避或破解技术保护措施的行为本身、(二) 提供获取作品的方式（诸如制造、销售或提供从事破解或规避技术措施的器材、设备等）、以及(三) 提供从事复制的方式或装置（例如复制权利人所提供的密码等）。《修正案草案》在本条前两项所拟规制的适用范围都仅限于“提供作品”。也就是只要最终没有提供作品，纵使符合其他的要件还是无法免责。这样的限制恐怕过于严苛，有予以放松的必要，至于第三项把所有执行公务都给予免责对待，只要以此为名就可以从事任何对于技术保护措施的破解或规避，显然又失之过宽，有予以进一步限缩、明确的必要。

其次，涉及对技术保护措施播解或规避的免责事项可至少归纳为七种类型：(一) 维安需求（例如维护社会治安的执法或司法保全程序）、(二) 教学与典藏需求（包括图书馆或档案馆考量是否需要获取特定作品信息的一次性善意使用）、(三) “反向工程”需求（例如装置修缮与求取不同软件之间的操作兼容）、(四) 加密研究需求（例如为了识别加密技术中的缺陷或弱点所从事的探索）、(五) 对未成年人保护的需求（例如不让未成年人接触到特定的网络作品）、(六) 个人隐私的需求（例如排除未经同意对使用者从事个人识别信息的搜集）、以及(七) 系统安全性测试的需求（例如对于计算机或相关装置所构建的网络系统安全性在经其所有人同意后所进行的测试）等。由此可见本条所列举的范围应再做调整，

增加对未成年人或限制行为人与涉及个人识别信息（personal identification information，简称 PII）或人身权（如姓名、肖像、隐私等）的免责条款，另建议增列一个兜底条款（但以透过制订行政规定有必要**暂时列为免责**的项目为限）来对应不断变化的科技发展与市场需求，以保持一定的弹性，并可避免将来产生立法不足与过度滞后的问题。<sup>43</sup>

谨特别强调，由于本条规制的是性质相当特殊、范围本应极小的免责例外，尤其要避免这些例外对技术保护措施形成重大的破坏，所以在各个条款都列出了配套的限制要件。例如，在教学研究的免责方面，并不是说任何活动只要以此为名就可以随意规避或破解他人的技术保护措施，必须是具有特定资质的教研或文档存储机构为了决定是否要正式采用特定的作品之前以此手段取得作品的复制件，而且是因为无法通过正常途径获取为限。一旦获得了特定作品的复制件，对其持有还不能超过合理的期间，毕竟最终还是必须依循市场机制获得合法的许可。

再如建议增列的第（七）项规定，其适用范围只限于特定技术保护措施当中“未经许可搜集使用者个人识别信息或违反其人身权的相关部分”，而且只限于“限制或停止”这部分的功能，并不及其他。建议增列的第（九）项规定是为了确保各种器材、设备、装置等产品的二手或后手市场，包括相关的维修与保养等不会受到过大的冲击。至于建议增列的第（十）项规定是为了对应所谓的“越狱软件”（jailbreaking software）而设，容许在合法使用以及为了与其他装置（尤其是移动装置）保持联通或兼容的双重前提下可以对技术保护措施予以有限度的规避或破解，以便安装第三方软件或应用程序。至于建议增列的第（十一）项规定则是对于所谓的“解锁程序”（unlocking program）而设，应可更加便利诸如手机、平板电脑等移动装置或产品的二手（后手）市场，延长使用周期，促进这些产品的持续流通，也附带的可以有效降低环境保护方面的问题。

至于建议增列的本条第二款规定是借鉴了美国在过去 22 年的立法经验与实践，谨建议引进类似的听证程序，让社会各界可以有反应相关的状况，提供

---

<sup>43</sup> 对本条的修正建议有相当部分参酌了美国在 1998 年制订《千禧年数字著作权法》（Digital Millennium Copyright Act of 1998, 112 Stat. 2860 (1998)）时的立法经验与后续的行政实践。参见 17 U.S.C. § 1201。依据该条规定，美国版权局必须每隔三年定期举行公共听证会，对于有哪些特定的装置、设备、器材、部件等需要被暂时列入免责对待的事项邀集社会各界提供反馈意见，然后修改相关的行政规定。迄今已经举行过 7 届的听证会，积累了大量的经验与市场发展状况的信息，成为对研判后续改革的重要实证。最近的一次规定修改程序是自 2017 年 6 月 30 日依联邦《行政程序法》的要求发出正式通知，最终在 2018 年 10 月 19 日公布“最终规则”（Final Rule），对九种类型延续免责保障，另外新增对八种类型的免责，并刊载于七日后出版的《联邦公报》（Federal Register）上。参见 Library of Congress, *Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies (Final Rule)*, 83 FEDERAL REGISTER 54010 (October 26, 2018), *codified at* 37 C.F.R. Part 201。按照规定和惯例，美国版权局将于 2020 年 6 月底展开下一轮的听证工作。

相应的举证，尤其是实证调研信息供作政策制订的参考。这也可以让国家著作权主管部门可以经常关注和对应市场与科技的变化和发展，让本法能保持足够的弹性与活力，与时俱进，让所做出的政策也能充分的“接地气”，反应市场的需求。

~~第五十条 滥用著作权或者与著作权有关的权利，扰乱传播秩序的，由著作权主管部门责令改正，予以警告，没收违法所得，非法经营额五万元以上的，可以并处非法经营额一倍以上五倍以下的罚款；没有非法经营额、非法经营额难以计算或者不足五万元的，可以并处二十五万元以下的罚款。（建议删除）~~

本条是《修正案草案》所拟增设，做为第四条关于“著作权滥用”规定的行政执法配套。如前所述，如果第四条是想要参酌借鉴国外关于“著作权误用”的司法实践和相关法理，那么由此所产生的争议完全是属于被告在司法诉讼程序当中的民事举证问题。如果这就是想要创设一个全新的“滥用”概念，则恐怕是相当危险而且不切实际，很容易会让市场不知所从，产生“寒蝉效应”。毕竟**维权乃是天经地义，这条规定从前提上便否认了此一前提，是非常值得商榷的。**

在对于独创性的论述部分列举了“手心—手背”的划分来比喻立法上应尽量避免使用无法明确、客观定义的模糊概念来做为规定的依据，否则避将造成混乱。同样的问题也会在此出现，因为究竟如何构成“滥用”是难以甚至根本无从加以定义，于是终将沦为全凭法官的主观来判断。由于法官也难以给出任何具体的标准，这样的规定实际上形同陷司法于不义，要求法官从事一项“不可能的任务”。

诸如是否构成合理使用、是否属于一般情境、以及权利人在行使其权利时是否构成“误用”（即使正式给予认可）等抗辩事项都必须透过司法诉讼程序依据个案不同的举证事实由法官来抽丝剥茧般的予以分析并作整体的研判，完全不涉及行政执法。反过来说，如果一定要将此一任务加诸到行政部门，在各种相关举证都还不齐备的情况下就由行政部门的人员来扮演法官的角色，全凭一己直观的判断就做出会对当事人影响巨大的裁定显然是极不合适。所以**无论如何行政部门在此实在没有需要扮演的角色，谨建议将本条删除。**<sup>44</sup>

<sup>44</sup> 目前各界的评论几乎是一面倒的呼吁删除本条。可参见，杨勇，《著作权法（修正案草案）》涉“滥用著作权利、扰乱传播秩序”等规定的法律评析与建议，《网舆勘策院》，2020年6月8日；张伟君，“滥用著作权”条款，不要也罢——评《著作权法修正案》（草案）第四条，《中国知识产权杂志》，2020年6月5日，载于<http://www.chinaipmagazine.com/news-show.asp?24879.html>；熊文聪，对新增“著作权滥用”条款的几点思考，《知产力》，2020年6月4日；李扬，著作权法修正案草案著作权滥用条款印象、猜测与建议，《知产财经》，2020年6月3日。不过也有只对这个条款“做出理解”并试图给予某种解释的，参见张鹏、陶韬、姜军，著作权法修正案草案速评，《中

第五十二条 有下列侵权行为，**情节严重并且**损害公共利益的，除承担本法第五十一条规定的民事责任外，由著作权主管部门责令停止侵权行为，予以警告，没收违法所得，没收、销毁侵权复制品，没收主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等，非法经营额五万元以上的，可以并处非法经营额一倍以上五倍以下的罚款；没有非法经营额、非法经营额难以计算或者不足五万元的，可以并处二十五万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）未经著作权人许可，复制、发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络向公众传播其作品的，**但**本法另有规定的除外；

（二）出版他人享有专有出版权的图书的；

（三）未经表演者许可，复制、发行、出租录有其表演的录音录像制品，或者通过信息网络向公众传播其表演的，**但**本法另有规定的除外；

（四）未经录音录像制作者许可，复制、发行、通过信息网络向公众传播其制作的录音录像制品的，**但**本法另有规定的除外；

（五）未经许可，播放、复制或者通过信息网络向公众传播广播电台、电视台播放的载有节目的信号的，**但**本法另有规定的除外；

（六）未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意避开或者破坏技术措施的，故意制造、进口或者向他人提供主要用于避开、破坏技术措施的装置或者部件的，或者故意为他人避开或者破坏技术措施提供技术服务的，**但**法律、行政法规另有规定的除外；

（七）未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意删除或者改变作品、版式设计、表演、录音录像制品或者广播电台、电视台播放的载有节目的信号上的权利管理信息的，知道或者应当知道作品、版式设计、表演、录音录像制品或者广播电台、电视台播放的载有节目的信号上的权利管理信息未经许可被删除或者改变，仍然向公众提供的，**但**法律、行政法规另有规定的除外；

（八）制作、出售假冒他人署名的作品的。

对本条谨建议略作修正，一是规定只有在“情节严重并且损害公共利益的”情形才可由著作权主管部门介入并予以行政处罚；另一则是从立法技术上在各项规定的但书起始部分加上“但”字，以期文义更加通顺。

由于本次的修正拟加大惩罚的力度，因此在执行的要求上也必须更加谨慎，以免造成执法过当。做为平衡，**行政执法与处罚必须等确定构成侵权行为后才可**

实施（也就是避免发生对于合理使用或构成免责的使用予以处罚的失误），而且遵循“微罪不举”的基本追诉原则，只有在构成“情节严重并且损害公共利益的”情形才予以处罚。从本条以“非法经营额五万元以上”做为门槛便可看出，本条显然不仅是针对大型企业或规模性的侵权行为而设，其中已潜在的涵盖了绝大多数的小微企业和个体户。所以为了避免造成市场上“人人自危”的后果或风险，特别建议必须把这把执法的利剑限缩在情节严重的范围内。至于“情节严重”的定义则可以最高人民法院与最高人民检察院既有的相关解释为准。<sup>45</sup>

第五十三条 侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予适当、有效与相应的赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿；权利人的实际损失或者侵权人的违法所得难以计算的，可以参照并至少以不低于使用该权利的合理许可使用费的倍数给予赔偿。对故意侵犯著作权或者与著作权有关的权利，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下给予赔偿。

权利人的实际经济损失包括但不限于下列：

- （一）著作权人因侵权行为所遭受的直接与附带损失；
- （二）为了制止侵权行为或减低损害所支付的合理开支；
- （三）应得而未能获得的经济性与非经济性利益，包括侵权物对其作品或制品构成的价格侵蚀或减损，但不包括薪资、税务与保险给付等固定成本；

著作权人请求人民法院审酌其应得而未得的经济性利益时，应举证若非侵权行为，著作权人在相关市场应可获得的经济利润，包括下列：

- （一）相关市场对其作品的需求；
- （二）其他非侵权性的代替品与市场份额；
- （三）著作权人对其作品的市场开发与营销能力；以及
- （四）著作权人如达到被指控侵权人的营销数额所能期待的合理利润。

权利人的实际损失、侵权人的违法所得、权利许可使用费难以计算的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五百万元以下的赔偿。

~~赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。~~

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，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据确定赔偿数额。

<sup>45</sup> 参见最高人民法院《关于全面加强知识产权司法保护的意見》第十二点，法发〔2020〕第11号，2020年4月21日，载于<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-226491.html>；最高人民法院、最高人民检察院《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（二）》第一条，法释〔2007〕第6号，2007年4月5日，载于[http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/fztd/sfjs/2007-04/09/content\\_363741.htm](http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/fztd/sfjs/2007-04/09/content_363741.htm)。

关于著作侵权的损害赔偿各国的通例一向是遵循“填平原则”，意思是尽可能让著作权人还原到侵权行为发生前的状态，而且必须是“适当且有效”（adequate and effective）或“有效、相应（或相称）及阻吓”（effective, proportionate and dissuasive）。<sup>46</sup>这是一个**动态性的补偿**，不仅是一个静态的呈现。在另一方面，这也是为了求取一个细致、适当的平衡而设，避免反而造成著作权人变相的不当得利。因此，如果按照《修正案草案》以“许可费的倍数”做为损害赔偿基准，不但矫枉过正，有失公允，而且明显让著作权人可以藉诉讼来牟利，在有利可图的驱使下，势将导致诉讼量的显著增加。这与本次修法应该是**尽量明确和简化当事人之间的权属关系、导入市场许可机制并降低诉讼耗费**的基本宗旨显然相悖。

谨建议在本条第一款开宗明义表明“侵权人应当按照权利人的实际损失给予**适当、有效与相应的赔偿**”，以确立所应适用的基本原则；另将后续的文句修改为“可以参照并至少以不低于使用该权利的合理许可费给予赔偿”。这样一方面**确定最低的赔偿额底线是“合理的许可费”**，另一方面也让法院在审酌个案的合理许可费应当为何时就**必须已经把适当（或相称，也就是符合比例原则）、有效与吓阻性**等因素一并纳入考量。此外，与对于第八条的修改建议相同，建议统一名称，将“权利许可使用费”一律称为“许可费”即可。

另建议在本条增列两款规定，明确“实际经济损失”的具体内涵（例如，应得而未能获得的利益）以及所应举证的四个具体事项。正式认可著作权人的“所失利益”应可极大的提升损害赔偿的额度，也可激励著作权人尽力做好相关的举证工作，而不是动辄转嫁给法院来承担。相对来说，在相当程度上此一举措也等于显著提高了侵权者的侵权成本，在一定程度上应可产生遏阻的作用。这四个事项的前三项基本上都是与**因果关系**相关，所要探究并回答的关键问题是：**若非侵权行为，著作权人可获得的经济利润应当为何？**<sup>47</sup>可以预期，原告多少会以臆测（speculative）的方式来设法提高其所失利益与损害赔偿的金额。法院在的角色则是尽量确定其中的计算方式和基准，避免太多的不确定。归根结底，审定任何

<sup>46</sup> 前者是美国相关立法的基本原则，参见美国《著作权法》第五〇四条，17 U.S.C. § 504；后者则是欧盟的相关立法原则，参见欧盟 2004 年《知识产权维权指令》第三条第二款，Directive 2004/48/EC, *Enforcement of Intellectual Property Rights*, Article 3.2, [2004] OFFICIAL JOURNAL L 195/16。另参见《世界知识产权组织知识产权手册：政策、法律及使用》（第二版）第四章第四十、四十一段（第 214 页），WIPO, WIPO INTELLECTUAL PROPERTY HANDBOOK: POLICY, LAW AND USE (2<sup>ND</sup> ED. 2004, REPRINTED 2008), ¶¶ 4.40, 4.41 (p. 214)。

<sup>47</sup> 对本条款的建议借鉴了美国司法实务 42 年来的经验。这些法则虽然源自对专利侵权的损害赔偿，但基本上也可以同样式用于著作权的侵权损害赔偿。参见 *Panduit Corporation v. Stahlin Brothers Fibre Works, Inc.*, 575 F.2d 1152 (6<sup>th</sup> Cir. 1978)。

的损害赔偿最终只会是一个大致的金额，不可能精准无疑，所以在立法规制上最多就只能要求具备一定的公平性与合理性便已足够。<sup>48</sup>

### 【建议纳入《修正案草案》的条文】

第\_\_\_\_条（**著作财产权收回权/终止权**）著作权人订立财产权让与或许可合同的，可以在合同生效后的第二十五周年当天或之后终止该合同并收回其著作财产权，但第十六条所规定的职务作品除外。

著作权人行使本条所定权利应至少于合同终止日前三个月以含有著作权人签署的书面通知其著作财产权的受让方或被许可方，并向著作权主管部门登记。

著作权人在合同生效后的第二十五周年当天已经死亡的，依据《民法典》第六编相关规定确定继承顺序及著作财产权的经济收益比例。

由共同著作权人订立让与或许可合同的，行使本条规定的权利应经所有共同作者过半数经济收益比例的同意。因继承而获得著作财产权的，按其应得的经济收益比例视为共同著作人。

第一款规定无溯及既往的效力。

以上的条文是建议可以考虑纳入本次的《著作权法》修正。这是所谓的“著作财产权收回权/终止权”（Right to Terminate/Recall），借鉴自美国《著作权法》第二〇三条，是为了帮助在“金字塔”中端和末端的作家或艺术家们因为处于弱势在无奈的情况下必须签订对其不利的协议而设，同时也顾及到当初愿意承担风险与他们签约的厂家应得的利益，在两者之间求取平衡。这些作家或艺术家们在刚出道时无人认识，也根本无法预期市场可能会对其作品有如何的反应，但是为了生存往往必须贱价求售其作品，甚至就直接“卖断”了相关的著作财产权。反过来说，对于愿意在他们身上投资的厂家而言，这自然寓含了非常高的风险。所以一旦有天作家或艺术家获得了一定的成就，原先签订的合同却经常成了一道“紧箍咒”，不但影响到后来的继续创作，也经常引发作者与出版商之间的纷争。一个典型的例子是最近上海玄霆公司与作家张牧野（笔名：天下霸唱）关于《鬼吹灯》系列小说所引发的各项争议。<sup>49</sup>

<sup>48</sup> 参见 *Del Mar Avionics, Inc. v. Quinton Instrument Co.*, 836 F.2d 1320 (Fed. Cir. 1987)。

<sup>49</sup> 双方在签订关于《鬼吹灯》系列小说著作权的转让协议时，合同当中对于张牧野先生未来以其本名或使用笔名出版其他作品等都做出了限制。后来双方关系渐行冷淡，张牧野继续用其笔名和原小说当中的人物、要素等创作出了新的作品（所谓的“同人小说”），于是引发了一系列的纠纷和整个版权界、文艺界与出版界的关注。双方最终接受了上海浦东区法院的判决结果并达成了和解。但是依然遗留了许多需要处理的问题。参见冯飞、赵瑞科，玄霆公司与天下霸唱撤回上诉，我国首起“同人小说”纠纷案尘埃落定，《中国知识产权报》，2019年8月15日，载于

本条规定的目的是形同设立一个凌驾于所有合同的强制性条款(公共政策),让各式作品的原始创作者能有一次机会终止既有的让与或许可合同,并同时收回其著作财产权。但同时规定至少必须经过 25 年才可行使(较美国的期间缩短 10 年),也就确保当初愿意对其作品投资的厂家仍有足够的时间去充分开发作品的价值并得到相应的回收。这样的规定固然对著作权人而言可能会有些缓不济急,但却是维系市场交易秩序稳定的重要因素。<sup>50</sup>另外则是要求必须向著作权主管部门登记,以确保符合知识产权保护制度“公示公知”的基本精神,维护市场的交易秩序。

这意味著该作品可能曾经获得了一定的成功,即使经过了相当期间还存在一定的商业或其他价值(至少是潜质),如果可以让原始作者对其著作权尝试进一步的开发,从而导出各种潜在的后续价值,显然对于文化创意的发展与扩散可以继续作出贡献,而不是只让其权利被束之高阁。一种可能是特定的作品虽然仍在市场流通,但是原著作权人可能不满意既有的发行与推广的方式,便可藉由行使这项权利另作安排。因为不具回溯的效力,对于之前厂家的影响也将极为有限。还有一种可能是权利的受让方或许可方已经停止了对于该作品的发行和促销,或是原有的版本格式已经与市场 and 科技的后来发展脱节,例如一些旧版的作品从来未曾转化为“数字化”的格式等,赋予这项权利也可以让原权利人能有机会重新发行其作品并在市场上流通。

比较可能会发生问题的是在共同著作权的行使上,其中主要包括了原始作品是由两个或两个以上的共同作者所贡献完成,原作者已经亡故,其权利由多人继承以及上述两种情形的组合,也就是共同的原始作者中有一人或多人亡故,其权利由多位继承人继承的情形。因此拟在第三款规定应依据各当事人的经济利益份额来决定。只有当共同权利人彼此间协商后能获得应得经济利益比例过半数的支持才能行使此一权利。

(全文完)

---

[http://iprchn.com/cipnews/news\\_content.aspx?newsId=117882](http://iprchn.com/cipnews/news_content.aspx?newsId=117882)。

<sup>50</sup> 美国是在 1976 年修改其著作权法时增设了此一权利,适用于自 1978 年 1 月 1 日起发生的著作权。因为期限是 35 年,所以可以行使此一终止权是从 2013 年 1 月 1 日开始。关于这个权利行使的第一宗案件是原“村民”乐团(Village People)的主唱 Victor Willis 成功的收回了 33 首乐曲的著作财产权,其中有不少是 1970-80 年代当红的流行歌曲,如“Y.M.C.A.”、“In the Navy”等。参见 *Willis v. Scorpio Music (Black Scorpio), S.A.*, 102 U.S.P.Q.2d 1601 (S.D. Cal 2012)。目前已有多位著名的摇滚乐歌手行使此一终止权/收回权。参见 Keith Hatschek, *Copyright Termination: McCartney, Duran Duran, and the YMCA*, DISK MAKERS BLOG, June 12, 2017, available at <https://blog.discmakers.com/2017/06/copyright-termination-mccartney-duran-duran-and-victor-willis-saga/>。