

关于现行著作权法修订问题的随想

○ 郭 禾

较之其他国家和地区近年来著作权法的修订频次，我国的著作权法可谓超级稳定^①。然而，现实需求与著作权法规定间的差距催促我们尽快修订著作权法。无论是著作权行政管理部门还是司法实务界，都对于修订著作权法有着迫切的需求^②。笔者尝试就现行著作权法的修订发表些许管见，但因篇幅所限诸多问题未及细致论证，故只能算是随想而已。

一、“多子”未必“多福”，一法附带六条例的状况应当改变

在1990年著作权法中，就针对诸多专门问题授权国务院指定行政法规予以调整。目前，已经颁布的专门的著作权行政法规有六部：《著作权法实施条例》、《计算机软件保护条例》、《实施国际著作权条约的规定》、《著作权集体管理条例》、《信息网络传播权保护条例》、《广播电台电视台播放录音制品支付报酬暂行办法》。除此以外，根据著作权法规定^③和国务院立法规划，民间文学艺术作品的著作权保护办法也正在制订中。故在一部著作权法下，至少在行政法规层面上就有七部规范性文件作为其子法。这还不算可以作为法院审判依据的多部专门针对著作权案件的司法解释。著作权法这部只有61条的民事专门法下，居然存在如此之多的下位规范，这在我国立法史上也可谓奇观。

中国传统文化讲求“多子多福”。然而，我国在法律制度体系上更接近于大陆法系。大陆法系的特点之一就是“注重法典的体系排列”^④。我国的各类立法在起草过程中无不重视立法体系的规整。所以著作权法的这一问题显然与大陆法系的立法原则存在龃龉。虽然这一问题从表面上看只是立法形式上的问题，但在一个长期奉行成文法观念的国度里，这种做法与人们的思维方式和行为习惯均不相符。我国司法机关尤其是各级法院知识产权审判庭的法官年龄均异常年轻，行政执法部门亦如此。法律规范的零散状态对于年轻的司法人员处理案

件显然是不利的。同时，这种状态也增加了普通百姓对法律的神秘感，不利于法律知识的普及。更为严重的是，由于各个子法的立法时间和背景存在差异，以致各个法规间存在不协调、甚至冲突的现象。仅举《实施国际著作权条约的规定》中就外国实用艺术作品规定^⑤一例即可看出其中问题。在我国著作权法和所有著作权相关的行政法规中，仅此一处提及实用艺术作品的概念。这使不少人揣测出中国著作权法只保护外国的实用艺术作品，不保护本国的实用艺术作品。这种解释显然是不正确的。另外，该条第一款规定外国实用艺术作品保护期为25年。该规定属于著作权这一民事权利的实体内容。一部行政法规何以有权就权利的实体内容作出规定？再进一步，该条第2款称：美术作品用于工业制品的不适用前款。该款含义则更加暧昧，人们从中可以解读出两种完全不同的意思：第一种，美术作品被用在工业制品的，一律不予著作权保护；第二种，不能按照前款实用艺术作品的条件保护美术作品，但可作为普通作品按照著作权法享有更长的保护期。这样的解读在律师和法官的讨论中经常能够听到。造成这种歧义的原因之一就是我国著作权制度中没有给出实用艺术作品的定义，因此无法判断该条第2款规定的“美术作品用于工业制品的”情形是否算作实用艺术作品。这些问题直接涉及著作权法与其相关子法间的关系和效力，同时还涉及著作权制度设计中有关概念间的关系。

我国著作权法已经实施二十余年。如果说在立法初期，由于没有法律实施的经验，在立法层面上“宜粗不宜细”的传统仍然居主导地位，故而“成熟一个颁布一个”做法造成了一部法律附带多部行政法规的状况尚有其合理性；那么到了今天，人们对于法律的理解已经远非当年，完全有能力在法律文本上将散见于各个专门规定的相关制度整合到一部著作权法之中。不仅是司法实践的需求，也是理论研究的追求。在过去二十年里，这种“多

子”的立法体系并不能带来“多福”的结果，因此有必要对其加以调整、整合。

二、“数字”与“铅字”的差距，法律应当适应技术的进步

有学者称：“我国现行著作权法，还是一部较为初级的著作权制度……就法律的基本‘品相’而言，实质上还是一部反映近代历史传统的、以印刷技术为基础的著作权制度”^⑥。这一评价反映了我国现行著作权法面对新技术发展，尤其是数字技术革命所带来的问题反应迟缓的状态。换言之，我国的著作权法还停留在以“铅字”为基础的印刷时代。

近十年里面对数字技术的进步和发展，著作权法实施中出现了诸多新问题。在《信息网络传播权保护条例》颁布后，在侵权“避风港”原则的适用问题上各地法院，甚至同一法院的不同法官都有各自的理解。从本质上讲这一问题产生于人们对民法或侵权法上过错认定的不同理解，但在形式上则具体反映在著作权法对于侵权行为判断的认定标准不清晰。尤其《侵权责任法》颁布之后，这一问题在立法表述上的问题体现得更为突出，以致于对于法律中“知道”一词的理解都大相径庭^⑦。反观学术界，学者们在这一问题的解决中也都是从各自的角度提出了一系列的概念，前述“避风港”一词就是一个有别与传统民法中过错责任体系的概念。近年来，P2P技术的更新换代和普及应用不仅造成对过错认定的不同看法，更使“间接侵权”等传统体系中所没有的术语大行其道。这些问题看似大陆法系和英美法系法学理论上的差异。但若在一国的立法上理论基础不一致，则势必导致司法实践出现五花八门的做法。

最近两年里，各国相继修订著作权法引入“三振出局”（Three Strike Out）条款，也称作渐进式反应（Graduated Response）^⑧。这是一个在西方国家也存在争议的做法^⑨。但面对产业界的巨大压力，诸多国家都在不同程度上做出了让步。中国作为发展中的大国，马上就会面临是否引入这一条款的压力。此次修法不可避免地对这一条款表明态度，未雨绸缪好过即用现学。

此外，由于数字技术的进步和一些新的应用领域的开辟，技术措施在著作权法中的地位也随之而变化。我国现行著作权法中的技术措施源自1996年的WCT和WPPT的条文。在这里，技术措施的作用主要是被动的，即防止他人未经许可接触或复制受著作权法保护的作

品。但在近年来，随着数字技术应用的普及，标准技术措施或手段的概念逐步为人所接受。一批计算机资产管理软件开始商业化，清华同方等公司的纠正学术不端行为的软件亦当属此类。在这里，技术措施已具有了一种主动性了。更进一步，一些国家和地区甚至将其作为判断行为人（主要是网络服务商）是否存在过错的标准之一^⑩。即是否采用标准技术措施成为了网络服务商是否能够免责具体抗辩理由之一。

近年来，并行计算机技术的应用被认为代表了近期数字技术的发展方向。云计算技术便是其中的代表。云计算技术的普及和应用必然对著作权制度设计产生较大的影响。因为该技术将在一定程度上改变人们使用作品的方式。在这里，我们可以将现行著作权法保护的作品分为两类：第一类即是普通的供人欣赏的作品；第二类是带有功能性的工具性作品，主要为计算机软件。目前的网络技术主要用在传播作品上，无论是普通作品或者工具性作品都必须传送到终端用户才能被利用。假如有一天由诸多信息资源构成的“云”^⑪真的覆盖了我们头上，此时对于普通作品的利用与现在并无差异，仍然需要将作品发送到终端才能为人所使用。但对于前述工具性作品则不需要再将整个软件传送到终端，再经过安装才能使用；而是终端用户直接发送指令所有的运算都在“云”端完成，最终将运算结果发给终端用户即可。这种作法既避免了目前终端用户完全安装所导致的占用终端资源且利用效力低下的浪费现象，同时，也是更为重要的，就是在整个使用软件的过程中不存在通过网络传播软件作品和复制作品的过程，被传送或者复制的仅仅是运行软件后得到的结果。而这个结果显然已经不再是软件著作权人享有著作权的作品。由此推知，现行的以复制权和传播权为基础的著作权体系对于这类使用方式是无法调整的。到目前为止，世界上尚无任何国家在著作权法中规定软件（作品）运行权的。从理论上讲，造成这种问题的原因就是当年德国迪茨（Dietz）教授所称，将计算机软件引入著作权体系就是在著作权体系中引入了特洛伊木马^⑫。就目前状况，木马已经入城，需要考虑如何消解其破坏性的影响。

三、“集体”与“个体”分制，集体管理组织的地位有待重新界定

自我国成立第一个著作权集体管理组织已经十余年了。但到今天，集体管理组织在法律上的地位仍然存在

问题。我国《著作权法》规定：“著作权集体管理组织是非营利性组织”^⑩。我国《著作权集体管理条例》规定：“著作权集体管理组织，是指为权利人的利益依法设立，根据权利人授权、对权利人的著作权或者与著作权有关的权利进行集体管理的社会团体”^⑪。由此可见，集体管理组织是一个为著作权人利益而生的非营利性社会团体。

我国著作权法对集体管理组织的如此定位，在逻辑上就存在矛盾。著作权人主张权利无疑是为了获利，集体管理组织是“为权利人利益依法设立”的组织，因此其追求的目标是实现著作权人的利益。然而，在现实中集体管理组织所受到的制度约束却是非营利性社会团体的相关规定。这必然会在诸多方面限制集体管理组织发挥其应有的功能。根据我国的《社会团体登记管理条例》规定：社会团体是指“中国公民自愿组成，为实现会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织”^⑫。由前述社团的定义可以推知：社团由会员组成；由于是非营利性组织，故每个会员均享有同等的权利，这与营利性的公司不同；社团对重大事项的决策应当由会员大会最终决定，非此不足以体现会员的共同意愿。每个权利人作为集体管理组织的会员，其权利是各不相同的，因为他们每个人都只对自己的作品享有著作权。换言之，集体管理组织的会员之间并不存在所谓共同利益。比较社会团体的定义与集体管理组织所从事的工作，很容易发现现行制度对集体管理组织的定位与其在现实中所扮演的角色间存在差异。这也正是著作权法需要调整的地方。很显然，以非营利的行为方式去从事获取经济利益的事业，显然不可能得到利益最大化的结果。这也是诸多权利人愿意以“个体”名义维权的原因之一。

抛开集体管理组织在宏观上的定性问题，现行制度中一些微观的具体问题也让集体管理组织步履艰难。比如，现行体制中集体管理组织召开会员大会就是一件十分困难的事情。任何一个享有著作权的人都可以参加相应的集体管理组织，从而成为会员。在组织中，每个会员都用于同样的权利，而不论你作品影响有多大，也不论你一年中通过集体管理组织获取的著作权使用费有多少。一个通过集体管理组织每年获得数十万元著作权使用费的会员，同每年仅仅数十元收入会员在集体管理组织中均享有同样的权利。但这两类权利人对于集体管理组织的行为的关注程度显然不同。所以集体管理组

织会员大会的实际参会人数根本不可能达到半数。我国的各个集体管理组织遇到这样的问题，都只能通过变通的方式来处理。所以从微观角度看，集体管理组织也不应当简单地被视作普通的社会团体。

简言之，在现行制度下“集体”未能发挥其集约化、低成本的优越性，反而在许多方面让“个体”有了超越的空间。

四、“制品”与“作品”的分野，音像产业从中得到了什么？

我国著作权法从1990年开始，就划定了一条制品与作品的“楚河”。在权利方面与之对应的则是著作权与邻接权的“汉界”^⑬。然而二十年的时间过去了，作为录音录像制品制作者的音像产业在著作权制度下得到了何等优惠？回顾上世纪八十年代，一盘适销的盒式录音带就可以让一家唱片公司一夜暴富^⑭。即使到九十年代，音像业在整个产业链上也仍然是最为强势的一环^⑮。然而十余年后的今天，若再度走进音像产业，所见所闻绝非一个“辉煌不再”所能概括，这里几乎变成一片“废墟”。所有的音像公司无一例外地处于亏损状态，当年数百家音像出版商，如今尚有不到十家苟延残喘存活于世。

中国的音像产业怎么了？中国的音像产业没怎么，他们仍然干着他们过去的活。只是中国的环境发生了变化，由于数字技术和互联网技术的普及，让他们难以再从个体用户那里获得利益了。如今的年轻人已罕有购买极为便宜的盗版光盘的习惯，而是改到互联网上去宕无需交一分钱的音乐了。在网络环境下盗版如此猖獗的今天，向个体消费者销售有体复制件的经营模式已经无利可图了。但现行制度又没有对音像制品的二次使用做出规定，这使录音录像制品制作者在无法向个体使用者收取光盘或磁带销售费时，也无权转向二次使用其音像制品的机构收取报酬。这就将整个音像产业逼上了绝路。简言之，就是《著作权法》中录制者权的内容已经完全不适应现在的实际情况了。我国著作权法中未将音像制品的二次使用作为录制者权加以明确，这导致音像企业不能同作者一样享有同等的权利。

曾几何时音像制品制作者如此强大，以致其权利相对于作者有所缺失也无关紧要。但数字技术使这地球的“气候”变了。如恐龙般强壮的音像产业没有适合其生存的著作权法的庇护，已经快走到穷途末路了。从产

业存亡的角度考虑, 现行制度必须调整。这种调整若是能提前若干年, 至少可以避免当今音像产业几乎全军覆灭的局面。可见, 这种超稳定的著作权制度在一定程度上增加了社会的不稳定因素。当制作“制品”的产业已经消亡, 著作权法还有必要再区分“制品”和“作品”吗?

五、其他

现行著作权法中类似的问题还非常多。作者的范围、作品的分类、著作权的内容、权利的归属、侵权行为的表现等领域均有不尽人意之处。有的问题直接影响立法的价值取向, 比如法人能否被认定为作者? 即使针对个人作者, 现行的一些规定也已不适应国情了。比如, 在计划经济年代单位与个人间多无劳动合同。这导致我国著作权法在有关职务作品问题上的规定比全球任何国家的著作权法都要复杂。根据作品与单位间关系的密切程度可将作品划分为: 单位(或法人)作品、特殊的职务作品、职务作品、自由作品四个层次^⑨。每每碰到我国著作权法规定的职务作品著作权归作者, 单位仅享有优先使用权之类的规定, 都会让普通人觉得费解。今天的社会里劳动合同已经在所有的单位得到应用, 类似的问题完全可以通过劳动合同加以解决。如此复杂的法律规定, 势必导致社会运行的成本增加。

总之, 为造就鼓励创新的环境, 有必要打破现行著作权法的超稳定状态, 建立一个机动灵活且能适应技术发展的知识产权立法机制。这无论对于国家, 还是相关创意产业都是利大于弊的功德无量之事。是时候了!

① 欧美各国近年来频繁修订著作权法, 有时一年内就数度修法。我国台湾地区亦如此。1992年台湾就其著作权法进行大修后, 分别于1992年、1993年、1998年、2001年、2003年、2004年、2006年、2007年、2009年进行了修订。其中, 2003年就修订或增订的条款达50余条。

② 国家版权局早在2005年就启动了著作权修法的调研工作, 并组织全国的有关专家完成了相关的调研课题。最高人民法院因为现行著作权法对网络环境下著作权保护不尽人意, 曾试图专门就网络问题专门指定司法解释。

③ 见著作权法第6条。

④ 见《中国大百科全书·法学》第50页, 中国大百科全书出版社1984年版。

⑤ 《实施国际著作权条约的规定》第6条规定: “对外国实用艺术作品的保护期, 为自该作品完成起二十五年”。 “美术作品(包括动画形象设计)用于工业制品的, 不适用前款规定”。

⑥ 见刘春田《中国著作权法律表达与实践的几点思考——中国著作权法律百年》, 载于中国人民大学编《中国著作权法律百年国际论坛论文集》第21页, 2010年10月北京。

⑦ 这里主要指对《侵权责任法》第36条中的“知道”是否包含“应当知道”这一看似极为初级的问题, 立法机构、学者等都有各自的解释。这也从一个侧面反映了我国立法在这方面的水平上还处于初级阶段。

⑧ 韩国国会于2009年4月1日在世界上第一个通过了包括有三次盗版便切断侵权网络连接内容的立法。我国台湾地区在2009年4月8日亦初审通过“著作权法修正案”, 增订“三振出局”条款。法国2009年10月, 宪法委员会第二次审议做出决定, 政府可以在法院监督下及法案通过后, 推进“三振出局”的做法。此外, 英国、爱尔兰、澳大利亚等国也都有通过不同法律途径开始类似推行这种做法。

⑨ 德国总理默克尔就曾在其演讲中明确反对这一做法。

⑩ 见美国DMCA第512条, 又见台湾地区著作权法第90条之四。

⑪ 通俗地讲, 这朵“云”就是一个庞大的数据库, 其中收集了无数的作品或软件。Google将图书馆收藏作品全部数字化的目的就是未来构造这朵“云”。

⑫ 见A. Dietz, Copyright Protection for Computer Programs: Trojan Horse or Stimulus for the Future Copyright System?, 转引自郑成思《计算机、软件与数据的法律保护》, 法律出版社1987年版, 第70页。

⑬ 见《著作权法》第8条第2款。

⑭ 见《著作权集体管理条例》第3条第1款。

⑮ 见《社会团体登记管理条例》第2条第1款。

⑯ 我国《著作权法》中称其为相关权, 而未使用邻接权的称谓。

⑰ 坊间时有传闻, 八十年代的诸多流行歌星的磁带发行量均超过百万。

⑱ 九十年代初有人总结了这样一种现象, 在流行音乐领域, 离作者越远, 获利越丰厚。作者所得最少, 施光南的一首《在希望的田野上》获得的稿酬仅28元。然后是演唱者, 演员通过“走穴”一夜的演出可达数千甚至上万元, 当时的报纸时有报道。而在这一链条上, 获利最多的则是唱片公司, 一盘磁带的最低售价也得5、6元。当时流行的一则“段子”就是例证: 有流行歌曲名《十五的月亮十六圆》。该歌曲名被用来描述另一首流行歌曲《十五的月亮》的稿酬为十六元。

⑲ 见《著作权法》第11条、第16条。

(作者单位: 中国人民大学)

(责任编辑: 常青)