

论我国著作权法修订中“合理使用”的立法技术

李 琛

内容提要：“合理使用”的立法技术是我国著作权法第三次修订中有争议的问题。“合理使用”的立法模式主要有三种：开放式、半开放式和封闭式。这三种模式各有其哲学和历史的背景，其实际的运行效果并不仅仅取决于立法本身，更取决于立法与司法的互动。在总体趋势上，越来越多的国家倾向于增加“合理使用”的立法弹性。基于我国的司法现状，著作权法应当改变现有的完全封闭式立法技术，但要谨慎地设计立法的表述，平衡立法的可预见性与灵活性。

关键词：合理使用 合理利用 著作权的例外 我国著作权法第三次修订

Abstract: The legislative technic of “fair use” is one issue contested in process of the third revision of Chinese Copyright Law. There exist three models of “fair use” rule: open, half-open and closed model, each of them originates from corresponding legal philosophy and tradition. The real effects of these models not only depend on the legislative rule itself, but to more extent on the interaction between legislation and judiciary. In general, more and more countries tend to improve the flexibility of “fair use” clause. Considering the judicial reality of China, the closed model of “fair use” in current Chinese Copyright Law should be revised with an elaborate expression to balance the predictability and flexibility of law.

Key Words: fair use; fair dealing; exception of copyright; third revision of Chinese Copyright Law

我国著作权法的第三次修订正在进行中，其中涉及的一个议题就是著作权限制中“合理使用”的立法技术。^①在国家版权局公布的《中华人民共和国著作权法》修改草案第二稿中，第42条在列举了各项具体的“合理使用”之后，增加了一项“其他情形”，并增加了一款限定：“以前款规定的方式使用作品，不得影响作品的正常使用，也不得不合理地损害著作权人的合法权益。”这一修改采用了开放式的立法技术，而现行著作权法则完全采用封闭式列举。知识产权界对此变动评价不一，有的表示赞许，认为符合技术发展与利益平衡的需求；有的表示质疑，认为“合理使用”只能是一种例外性制度，必须由立法明确列举，不宜引入弹性条款。本文拟对“合理使用”的不同立法模式——尤其是“封闭”与“开放”两种模式的由来、文化背景、运行效果

进行梳理与比较，以期为我国著作权法修订的最终选择提供参考。

一、“合理使用”的主要立法模式

“合理使用”的立法模式主要有三种。

一是美国法上的“fair use”模式，其最大的特点是保持完全的开放性，法官不受立法所列举的“合理使用”类型的限制。美国《版权法》第107条规定，为诸如批评、评论、新闻报道、教学、学术或研究的目的合理使用有版权的作品，不侵害版权。此条对目的的限定使用了“诸如（such as）”一词，表明上述列举的目的并非是穷尽的。同时，第107条还规定，在特定案件中判断“fair use”时，考量的因素应当包括：使用的目的与性质；作品的性质；相对于被使用的作品的整体，所使用部分的量与

作者简介：李琛，中国人民大学法学院教授，法学博士，博士生导师

^① 严格说来，“合理使用”不宜作为一个理论概念，它对应的英译“fair use”本是美国法特有的一个规范概念。其他国家使用“fair dealing（合理利用）”或“exception of copyright（著作权的例外）”。但我国学术界已经将“合理使用”作为一般理论概念使用，为确保学术对话的顺畅，本文采用此表述作为著作权限制中“无偿自由使用”的通称，但加注引号。如果特指美国制度时，则用“美国式合理使用”之表述。

质；使用行为对作品潜在市场或价值的影响。立法对这些考量因素使用了“应当包括（shall include）”，表明这四个要件也不是穷尽的。

美国学者认为，美国法的“fair use”是自成一派（sui generis）的，其弹性程度连其他普通法系国家的“fair dealing”概念也无法比拟。^②

第二种是除美国之外的版权体系国家采用的“合理利用（fair dealing）”模式，该模式对合理利用行为进行了目的限定。例如，英国《版权法》第29条和第30条规定，出于三种目的可构成合理利用：研究或个人学习；批评或评论；时事报道。这三种目的的列举是封闭式的，而美国式合理使用中的目的限定只是示例性的，故从此意义上讲，合理利用制度不是完全开放式的。但是，由于合理利用在立法中仅规定了目的限定，目的以外的因素则完全留给法官在个案中判断。在实践中，法官要综合判断作品是否已发表、获取作品的手段、使用的量、使用的方式、使用的动机、使用的结果、使用的目的可否通过其他方式实现等因素。^③可见，立法为法官判断具体行为的合理性留下了很大的空间，此点又不同于具体规定行为要件的“权利例外”模式。

第三种是作者权体系采用的“著作权例外（exception of copyright）”模式。此表述暗示了著作权的享有是原则，而著作权的受限是例外。“例外”是一种非正常的状态，因此要受到严格的限制，在立法上反映为完全封闭的规范技术，法律穷尽式地列举构成例外的具体行为。相应地，在解释上也只能采用狭义解释原则，只要法律没有明确规定，法官不得认定为权利的例外。有德国学者认为，“甚至不允许类推——只要存在原则/例外关系。”^④

二、不同“合理使用”模式的成因

各国“合理使用”模式的形成，与其各自的法律文化传统相关。

在法哲学层面，版权体系与作者权体系对著作权的正当性有不同的诠释。作者权体系认为作者的权利是自然权利，版权体系的国家虽然在建立著作权之初或多或少地都借用了自然权利理论，尤其是洛克的劳动财产权理论，但在19世纪之后，版权体系逐渐地疏离了自然权利观，更多地从功利主义的角度看待著作权。“在19世纪初，在发明和知识创造行为中的自然权利概念失去了它的潜在意义。”^⑤在版权体系的法律传统中，甚至有观点认为著作权是特殊垄断，著作权本身是垄断的“例外”，故而权利的内容才需要详尽列举。^⑥因此，对于限制著作权以求利益平衡的制度，版权体系的文化给予了正面的评价，从“合理使用”、“合理利用”之称谓中可窥一斑，甚至在学理上和判例中提出了“使用者权”的概念。^⑦作者权体系认为作品与作者的人格有内在的关联，作者控制其作品合乎自然正义。对于一项自然权利的限制必然是非原则的，“权利的例外”传达了一种消极的、不得已而为之的态度。这就不难理解作者权体系对权利的限制何以采取封闭式的立法技术，而版权体系采取开放或半开放式的立法技术。

在法律实践层面，版权体系国家属于普通法系，“合理使用”原本是法官在判例中创立的，只不过后来以成文法确认而已，所以在立法技术上仍要在一定程度上延续其原有的实践传统，为法官保留解释空间。美国国会在关于1976年法的立法报告中明确指出：“第107条旨在重述现有的合理使用司法原则，而非以任何方式对其改变、缩小或扩充。”^⑧在版权体系学者所撰写的著述中，“合理使用”通常归入“侵权抗辩”部分，可见“合理使用”与司法认定有着内在的逻辑联系。作者权体系的学者通常在“权利的内容”部分或紧随“权利的内容”之后介绍“权利的例外”，把“权利的例外”视为权利范围设定的一部分，属于纯粹的立法范畴，故而偏重其确定性。

② William F. Partry, The Fair Use Privilege in Copyright Law, 第589页, BNA Books, 1995.

③ Lionel Bently, Brad Sherman, Intellectual Property Law, 第195-197页, Oxford University Press, 2001.

④ [德] M. 雷炳德：《著作权法》，张恩民译，法律出版社2005年版，第297页。

⑤ [美] 罗纳德·V·贝蒂格：《版权文化——知识产权的政治经济学》，沈国麟、韩绍伟译，清华大学出版社2009年版，第27页。

⑥ [西] 德利娅·利普希克：《著作权与邻接权》，中国对外翻译公司、联合国教科文组织2000年版，第31页。

⑦ [加] 迈克尔·盖斯特：《为了公共利益——加拿大版权法的未来》，知识产权出版社2008年版，第325页。

⑧ 美国第94届国会第二次会议，第94-1476号报告，1976年。

在版权体系内部，之所以存在“美国式合理使用”与“合理利用”的区别，一个重要的原因是美国版权法与宪法之间的密切联系。美国《宪法》第1条第8款第8项规定，国会有权通过保障作者和发明人在一定期限内对其作品与发明的独占权，以促进科学与实用技艺的发展。这是美国著作权保护的宪法依据，该条款清晰地阐释了著作权保护的约束——促进社会文化的发展。法院甚至可以裁决某个法令本身是否违反宪法的版权条款，尤其是“促进科学发展”和“在一定期限内”这两个限定条件。^⑨在判例中，法院明确提出“合理使用”是基于“宪法赋予版权保护的首要目的，即‘促进科学和实用技艺的发展’。”^⑩因此，宪法条款对著作权保护的约束为法院的个案认定提供了正当性，著作权保护本身并不是最终目的。

三、对“合理使用”法哲学的评析

上述用以解释“合理使用”的两种法哲学——自然权利论和功利论，属于知识产权正当性的理论范畴。知识产权正当性理论只能用以证立知识产权，即“要不要知识产权”，而无法论证出知识产权的具体范围。因为实定法中的“权利”必然是一种社会关系的描述，它不能无视权利人以外的主体。即使我们接受“著作权是一项自然权利”，这也只能在抽象意义上强化著作权的正当性，而无法确定著作权的具体制度设计。权利制度的设计是对现实社会关系的调整，它必然是“人工”的而非“自然”的。因此，任何一种知识产权法哲学都无法直接推出著作权利限制的立法技术。

著作权在实定法上已经被定性为财产权，是一种私权。它与所有的私权一样，只有在例外的情况下才受到限制和剥夺，正如所有权只有在例外的情况下才能被征用。事实上，“合理使用”在两种体系之下都是“例外的”。由《伯尔尼公约》首先创立继而为后来的国际条约所沿袭的“三步检验法”是约束各国著作权利限制的原则：1.使用属于特殊情况；2.使用与作品的正常

使用不相抵触；3.不得不合理地损害作者的合法权益。这是对不同法律文化的协调，“国际法列举了版权例外和限制的评估标准，这些标准既适用于封闭式体系，也适合于开放式体系。”^⑪即使在美国法上，“合理使用”也属于“特殊情况”。把“合理使用”看作例外情形与“如何判定例外情形”是两个问题。不同“合理使用”模式的差异，仅在于赋予法官判断例外情形的权力之大小。

因此，法哲学无法作为评判“合理使用”模式优劣的依据。

四、不同“合理使用”模式的实际运行效果

比较法的主要任务不是比较法条，而是观察不同文化背景下的人们如何处理生活中相似的问题，所以既不能局限于某些制度话语，也不能局限于孤立的立法文本。每个国家的法律制度都是一个完整的系统，在比较一项具体制度时，还要考察其实际的运行效果，尤其是该制度与其他法律子系统之间的合力效果。

因为美国式合理使用是开放式的，本身就可以应对社会关系的新变化，无需借助其他制度。但灵活性必然有损确定性，美国式合理使用使当事人难以预知自己的行为，反而令一些本可自由使用的当事人因担心被诉而寻求许可^⑫，所以事实上，美国式合理使用并不如人们想象的那样一定有利于社会公众。不过，这个缺陷并不是立法造成的，就美国的法律演进而言，从完全交由司法判定到立法规定指导性原则，是一种加强确定性的走向，我们在比较研究时不能只作横向比较而忽略制度的历史脉络。此外，美国版权法的其他条款也明确列举了一些“合理使用”的具体类型，诸如图书馆与档案馆的复制、广播组织的临时录制等。

与美国法相比，合理利用模式与权利例外模式则要面临另一个问题：如何克服立法的僵化？如果一种使用行为具有极强的正当性，但不符合立法规定的权利限制条件，法院应如何处理？

⑨ Paul Edward Geller主编：International Copyright Law and Practice, 美国法部分第11页，LexisNexis 2001。

⑩ Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc., 366 F.2d 303(2d Cir. 1966)。

⑪ 安娜·热帕热：《数字环境下版权例外和限制概况》，刘板盛译，联合国教科文组织《版权公报》2003年第1期。

⑫ 宋海燕：《中国版权新问题——网络侵权责任、Google图书馆案、比赛转播权》，商务印书馆2011年版，第104页。

在合理利用模式之下，因为目的限定是概括性的，所以法官可以对使用目的作出较为灵活的解释。例如在英国，“法官已经对特定目的进行了自由的解释。因此，第一道槛（即利用行为须合乎1988年法规定的目的之一）相对而言比较容易得到满足。”^⑬其次，在难以满足合理利用的条件时，法官也可能援引“公共利益”或“公共政策”等普通法的抗辩。有学者认为，“普通法系国家的审判意见有时会以泛泛的‘公共利益’为由对上述使用行为进行辩护，在某种程度上说与‘合理使用原则’具有类似的效果。”^⑭

所以，合理利用模式能否应对现实的需求，主要取决于法官的解释态度。以加拿大为例，加拿大沿袭了英国的合理利用制度，在2002年之前，加拿大法院对合理利用的解释非常严格。尽管“戏仿”在很多国家（包括作者权体系的国家）都被认定为“合理使用”，加拿大法院却认为戏仿不属于立法规定的“批评”。^⑮但通过“CCH Canadian Ltd v. Law Society of Upper Canada”一案（简称CCH案），加拿大法院的态度发生了明显的转变。初审法院认为，侵权例外必须“严格解释”。上诉法院却认为“这一说法既没有法律依据，也没有政策依据，对版权法例外作过于严格的解释，与版权法平衡所有者权利与合法的公共利益的使用不相符合。”^⑯最高法院赞同上诉法院的立场，甚至提出了“使用者权”的概念：“合理使用例外，与版权法中其他例外一样，是使用者的一项权利。为保持版权人与使用者之间利益的确当平衡，对它的解释不应是限制性的。”^⑰尽管如此，有加拿大学者仍然认为，在现有立法模式之下法院是否愿意扩大解释合理利用具有不确定性，应该修改立法，采用美国式的合理使用。^⑱

对作者权体系的法官而言，如果一项使用行为不符合立法列举的“权利例外”，“权利例

外”的规定本身并不能提供扩大解释的依据。但是，这并不意味着法官不能求诸其他制度。

首先，在西方知识产权理论中，侵犯著作权的构成要件之一是存在“实质性利用（substantial taking）”。例如在德国，“立法本身没有规定在判断侵权时如何检验实质性（substantiality），这一判断留给法院。”^⑲因为实质性利用的判断本身也包含对使用的量与质的考量，且一旦认定利用是非实质性的即可免责，所以在一定程度上起到了与“合理使用”类似的实际效果。在德国法上，还有一个特别的概念——自由利用（德国学者采用的英译是free utilization），自由利用不属于实质性使用。德国《著作权法》第24条规定：对他人作品进行与著作权无关的利用而创作的独立作品，可不经被利用的作品的著作权人许可，予以发表或使用。从逻辑上讲，“合理使用”的行为应当是已经构成利用著作权的行为，所以“自由利用”并不属于“合理使用”的范畴。“自由利用”是为了平衡创作者之间的关系，适当地为新创作提供自由空间，以防止著作权人对在后创作的压制，与“合理使用”确保社会文化进步的目的是一致的。由于“自由利用”的构成也需要在个案中解释，所以在实际运用中与“合理使用”的界限并非泾渭分明。例如，在很多国家被归入“合理使用”的戏仿，在德国著作权法中并没有明确规定，但法院将该行为解释为“自由利用”。^⑳在法国，曾有法院依据“著作权的目的”允许某种使用行为。^㉑可见，作者权体系的法官在其他的著作权法概念中可以找到解释的依据，弥补“权利例外”的不足。

其次，在特殊情况下，作者权体系的法官也可能求诸著作权制度以外的法律依据。例如，德国法院有时会援引宪法，德国联邦宪法法院曾经根据宪法上的艺术自由，认定一位戏剧家的引用

⑬ 同注释③，第194页。

⑭ [美] 保罗·戈尔斯坦：《国际版权原则、法律与惯例》，王文娟译，中国劳动社会保障出版社2003年版，第287页。

⑮ 同注释⑦，第318页。

⑯ 同注释⑦，第320页。

⑰ 迈拉·J·陶菲克：《国际版权法与作为“使用者权”的合理使用》，郑向荣、黄宝祥译，联合国教科文组织《版权公报》2007年第1期。

⑱ 同注释⑦，第327、330页。

⑲ 同注释⑨，德国法部分第97页。

⑳ 同注释⑨，德国法部分第109页。

㉑ 同注释⑨，法国法部分，第118页。

行为合法。^②在法国,曾有法院援引《欧洲人权公约》,在立法限定之外允许为了公共利益而使用作品的行为。^③

综上,无论采取哪种模式,各国都试图平衡法律的灵活性与可预见性,这一目标的达成并不全然借助立法中的“合理使用”条款,甚至并不完全借助著作权制度本身,对于一个司法经验成熟、法官拥有很好的体系意识和解释能力的国家而言,立法模式本身的局限是可以克服的。不同“合理使用”模式在实践中的差异性并不一定很大。

五、我国的立法模式选择

我国的著作权制度主要是移植外国立法和国际条约而来,并无从自身历史中孕育而成的著作权哲学理念。清末以来,我国的民事立法主要借鉴大陆法系,所以著作权制度在形式上也接近作者权体系,例如承认著作人格权,但同时也采纳了“法人作品”等版权体系的制度,故而在立法模式的选择上没有文化观念的障碍。如前所述,知识产权法哲学与著作权限制的立法模式之间也没有必然的对应关系,无论我们接纳哪一种法哲学,都不妨碍立法模式的选择。因此,我国立法的选择,主要应当基于社会需求和司法现状。本文认为,我国著作权立法应当改变现行的封闭式,适当地增加立法弹性。理由如下:

(一) 现行立法的弊端已经显现

在我国的司法实践中,已经在诉讼中多次出现立法未能预见的“合理使用”行为。早在20世纪90年代,在“北影录音录像公司诉北京电影学院”一案中,法院认定电影学院为教学目的而拍摄电影属于合理使用,而我国著作权法允许的出于教学目的的合理使用仅限于“翻译、复制”行为。^④在“覃绍殷诉北京荣宝拍卖有限公司侵犯著作权”案中,被告在拍卖过程中对作为拍卖标的的原告作品进行了展览、幻灯放映,并复制在拍卖图录中。为拍卖目的而合理展示作品,是很

多国家立法中明确规定的合理使用行为。尽管我国著作权法对此并未规定,北京市第一中级人民法院认定被告的行为构成“合理使用”。^⑤在涉及电视剧《激情燃烧的岁月》著作权纠纷中,法院认为电视剧中短暂地使用已发表的音乐作品,属于“合理使用”。^⑥

这些裁判表明,法院已经在事实上突破了立法的规定,如果立法不及时作出回应,一方面会损害立法的权威,使当事人难以预见自己的行为后果;另一方面由于缺乏立法的原则性指引,法院的司法裁量有可能行使不当。

(二) 我国的司法经验尚不足以弥补立法的缺陷

如前所述,作者权体系的法官可能借助“合理使用”以外的概念和制度弥补立法的僵化。而我国的理论与实践对“实质性利用”这一概念的研究和运用很不成熟,直接援引“立法目的”或宪法条款,在我国的司法实践中也非常罕见。例如,在涉及歌曲《月亮之上》与《敖包相会》著作权之争的一起案件中,法院虽然认定被告只使用了原告作品的6小节,占被告作品的比例很小,但仍然指出这种使用不属于现行《著作权法》第22条规定的行为,不构成“合理使用”。^⑦法院并没有考虑被告的使用是否构成实质性利用。

基于我国目前的司法经验,封闭式的“合理使用”条款形成的弊端会远远超过法制成熟的作者权体系国家,我们不能孤立地将本国立法与外国立法进行比较,还要考察外国立法与司法的互动效果。

(三) 增加“合理使用”的弹性合乎当今的立法趋势

在整体趋势上,各国“合理使用”制度的改革方向是增加弹性,而非相反。有的作者权体系国家虽然在形式上保留了封闭式列举,但在所列举的具体类型描述中引入弹性规定。例如德国

^② 同注释⑩。

^③ 同注释⑨,法国法部分第118页。

^④ 北京市一中院(1995)一中知终字第19号民事判决书。鉴于我国封闭式的立法语境,笔者曾对此种解释技术提出批评。参见李琛:《知识产权片论》,中国方正出版社2004年版,第186页。

^⑤ 北京市一中院(2003)一中民初字第12064号民事判决书。

^⑥ 北京市高院(2004)高民终字第627号民事判决书。

^⑦ 北京市一中院(2008)一中民终字第5194号民事判决书。

《著作权法》第51条有关合理引用的原规定是：“在下述目的允许的范围内可以复制、发行、公开再现：1.为说明内容而在独立的科学作品中引用已发表的个别作品；2.在独立的语言作品中引用已发表作品的片段；3.在独立的音乐作品中引用已发表的音乐作品的片段。”此条在2008年修改为：“为引用之目的，只要在此特殊目的范围内利用已发表的作品有正当理由，本法允许复制、发行与公开再现。本法尤其允许：1.为说明内容而在独立的科学作品中引用已发表的个别作品；2.在独立的语言作品中引用已发表作品的片段；3.在独立的音乐作品中引用已发表的音乐作品的片段。”²⁸可见，新法中的合理引用带有开放性。

一些原本继受作者权体系的国家和地区，也逐渐吸收美国式的合理使用。我国台湾地区的“著作权法”在1998年之前对“合理使用”采用穷尽式列举，1998年修订时将第65条改为：“著作之利用是否合于第44条至第63条规定或其他合理使用之情形，应审酌一切情状，尤应注意下列事项，以为判断之标准……”由于增加了“其他合理使用之情形”，使此条款变更为弹性规定。台湾地区学者指出，此修订是因为旧“法”“并不足以涵盖社会上所有有使用必要之正当行为，为避免法律之适用陷于僵化……”²⁹

在一些保持“合理利用”或“权利例外”模式的国家，学术界也出现了借鉴美国式合理使用的意见。例如加拿大学者克雷格认为：“确保具有社会效益的使用不被排除的唯一办法就是，借鉴美国的合理使用模式，规定开放式合理使用条款。”³⁰日本学者田村善之认为，日本的著作权利限制规定在技术上无法与社会环境的变化相对应。³¹

对这种趋势，至少可以给出三点解释：1.随着技术的变化，尤其是数字化和网络技术的发展，封闭式的立法模式越来越不适应现实的需求；2.权利的保护与权利的限制是著作权制度的两大重点，是天平的两端，随着著作权范围的不断扩大，著作权的限制也要相应地适度扩展；

3.在现实中，著作权人往往不是作为个体的实际创作者，而是商业组织，他们具有很强的游说立法的能力。相反，作为使用者的社会公众由于力量的分散，缺乏统一有力的意见代表，反而在立法博弈中居于弱势，因此司法机关有必要在个案的利益平衡中发挥更大的作用。田村善之认为，引入著作权利限制的一般性条款的真正意义在于，将著作权利限制的具体化任务从立法转移到司法。³²

六、对我国著作权“合理使用”条款的具体建议

虽然本文认为我国著作权法应当引入“合理使用”的弹性条款，但并不意味着可以采用极度概括的表述方式。我国并非判例法国家，在过去封闭式的立法模式之下，我国法院并没有积累足够的依据个案判断“合理使用”的经验。因此，著作权法的修订只需保证法官在特殊情况下有依据在立法列举的情形之外认定“合理使用”的机会，而不宜使立法之外的自由裁量成为常态。

国家版权局公布的《著作权法修改草案》第二稿第42条笼统地规定“合理使用”包括列举之外的“其他情形”，在接下来的一款中规定了“三步检验法”中的两个条件：不得影响作品的正常使用；不得不合理地损害著作权人的合法权益。这种表述遗漏了“三步检验法”中的另一个条件：仅限于特殊情形，而“其他情形”这一措辞中并不包含“特殊情形”的含义，因此不够严谨。此外，“三步检验法”是国际条约对各国立法的约束标准，是立法的指导原则，作为司法认定的原则显得过于抽象。

本文建议，我国的“合理使用”制度可从以下方面完善：

1.立法应当保持“可为之处尽量有所作为”的立场，对于其他国家和我国司法实践中认识比较一致、成熟的“合理使用”行为，尽量明确列举，例如前述案例中出现的拍卖品的合理展示、作品中附带性地再现其他作品等。

²⁸ 《十二国著作权法》，清华大学出版社2011年版，第162页。

²⁹ 谢铭洋：《智慧财产权法》，元照出版公司2008年版，第243页。

³⁰ 同注释⑦，第330页。

³¹ [日]田村善之：《日本知识产权法》第4版，周超等译，知识产权出版社2011年版，第463页。

³² [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。

2. 对于涉及后续创作的合理引用,应当增加立法的弹性。在很多采用“权利例外”模式的国家和地区,合理引用都规定得比较宽松。例如,日本《著作权法》规定:“已经发表的作品可以通过引用加以使用。但引用必须符合公正的惯例,且必须是在报道、批评、研究目的的正当范围内。”^{③③}日本学者指出,这是日本著作权法中最为抽象的限制规定。^{③④}韩国《著作权法》规定:“在新闻报道、批评、教育、研究等合理范围内,可以以符合合理惯例的方式引用已发表的作品。”^{③⑤}我国台湾地区“著作权法”第52条规定:“为报导、评论、教学、研究或其他正当目的之必要,在合理范围内,得引用已公开发表之

著作。”相比之下,我国《著作权法》把合理引用的目的限于“介绍、评论作品或说明问题”,显得过于狭隘,不利于创造的后续发展。

3. 应当允许法官在立法列举的情形之外认定“合理使用”,但要限定“合理使用”的认定条件。建议借鉴台湾地区“著作权法”的表述,在示例性“合理使用”的条款之后规定:

在判断是否构成第*条规定的合理使用或其他合理使用时,应综合考虑各种相关因素,尤其是……(所列举的因素可以借鉴美国法上的四个标准,也可考虑适当细化,具体设计应充分听取司法界的意见)。■

③③ 同注释②⑧,第377页。

③④ 同注释③①,第465页。

③⑤ 同注释②⑧,第516页。

(上接第11页)

还是时有发生。笔者本人曾经访问一家地方公司,他们就自己的出口产品在国外申请了几个专利,但当争议发生时,他们取得的专利在诉讼中既不能保护自己的产品,也不能抵御外方指控的侵权。我也曾听国家知识产权局的官员说,有些专利代理人在办理PCT申请时,根本不知道PCT程序中还有国际初步审查这一程序,在收到国际检索报告后便等着直接进入国家阶段,也不管有关PCT申请是否还存在问题而需要通过国际初审程序加以梳理。专利代理这种质量问题的存在,常常使申请人对自己的发明费时花钱却得不到应有的合理的专利保护,更不必说对专利战略的有效运用。

专利代理质量的参差不齐,是有许多原因造成的,其中包括:

——专利代理在收费价格上的恶性竞争,使相当一部分代理人不太重视办案质量,或者在本核算上无法过多顾及质量;

——某些城市有关部门以当地专利申请量为政绩,不太重视专利质量,更缺乏对有关专利战略的研究;

——我国的专利申请大部分集中在大城市和

沿海城市,中小城市及边远地区的代理人虽然通过了专利代理人考试,并且受过一定的培训,但在实践锻炼上非常有限;

——不少代理人对我国专利法及实际做法比较熟悉,但对有关外国的专利法及实际做法缺乏足够的了解;

——我国专利代理人中有相当比例的人在外语上与国外有效沟通存在困难;

——部分城市在专利政策上鼓励使用当地代理,这从培养并提高当地代理人的办案水平来说原本无可厚非,但不应损及办案质量,适当时应鼓励与外地代理机构的合作,共同提高我国企业的专利申请增长迅速,尤其是PCT申请量在2011年已跃居世界第四,这些申请绝大部分也是通过代理机构办理的。因此,进一步整顿好我国的专利代理队伍,提高他们的办案水平,增强他们的职业操守,促进他们与国际社会的交流与合作,对于推动我国企业在全局化环境下稳步“走出去”,在科学发展观指导下有效实施它们的专利战略,在国际上真正“站起来”,具有不可忽视的意义。■