

网络著作权的立法保护及其完善

——以《著作权法》第三次修订为视角

杨加明^{1,2}

(1.西南政法大学 法学院,重庆 401120;2.成都医学院 人文信息管理学院,成都 610083)

摘 要:网络传播技术的产生与发展要求著作权制度及时回应,以打击和预防网络环境下的著作权侵权行为,保护著作权,维护正常的网络传播秩序,推动网络产业的健康发展。从法典的修改、行政法规的制定到相关司法(性)解释的出台,每一次法律的“立改废”都适时地完善了网络著作权的法律保护。进一步完善网络著作权的保护是《著作权法》第三次修订的重要内容,从《草案》一至三稿以及送审稿来看主要有四个方面:一是对作品的界定以“智力表达”取代“智力成果”的表述,使网络作品作为网络著作权保护的客体获得法律确认,但“视听作品”不能涵盖网页等多媒体作品,应创设“多媒体作品”清晰界定权属;二是调整信息网络传播权,将广播权修订为播放权,使权利内容叠加,有重复立法之嫌,应取消“广播权”,将信息网络传播权调整为“向公众传播权”以满足国际条约、国内法律以及三网融合的现实需要,使其更具科学性和可操作性;三是引入“三步检验法”来判断网络环境下著作权的合理使用,扩大法定许可在网络环境下的使用范围,平衡网络空间著作权各方主体之间的利益,完善网络著作权限制制度;四是增设网络服务提供者的侵权责任,但应避免与“避风港原则”相冲突,防止该原则被滥用,引入惩罚性赔偿制度,但还应细化法定赔偿金的最低额度等规定,强化对网络著作权的保护。

关键词:著作权法;网络著作权;网络作品;信息网络传播权;网络著作权的限制

中图分类号: D923.41 **文献标志码:** A **文章编号:** 1672-8580(2017)03-0053-15

一、问题提出

网络著作权是著作权人在网络空间对著作权的诉求,主张著作权在网络空间应与在现实空间一样同等地受到法律保护,通过法律规制网络环境下侵犯著作权的行为,从而保护著作

基金项目: 国家社会科学基金项目(12BXW050)

作者简介: 杨加明,博士研究生,教授(E-mail: 147401289@qq.com)

权。网络著作权的立法保护以司法判例为先导,1999年“陈卫华著作权纠纷案”与“王蒙等6位作家著作权纠纷案”推动了我国网络著作权的立法保护^[1]。

网络著作权的立法保护始于2001年第一次修订的《著作权法》,明确规定了信息网络传播权及其侵权法律责任,2010年第二次修订的《著作权法》对此予以肯定和保留^①,被称作“互联网专条”的《侵权责任法》第36条规定深化了侵犯网络著作权的侵权责任,这些都是从法典的层面对网络著作权的保护,是第一层次的保护。第二层次的保护是行政法律法规对网络著作权的保护:2004年的《著作权集体管理条例》第4条列举了信息网络传播权适用著作权集体管理制度的保护;2005年公布施行的《互联网著作权行政保护办法》(下文简称《办法》)是专门保护互联网著作权的行政规章;2006年的《信息网络传播权保护条例》(下文简称《条例》)对信息网络传播权体系化保护。第三层次的保护是加强对前述法律法规适用的司法解释力度:2000年的《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》(下文简称《解释》)首次从规范性文件确认了对网络著作权的保护,2012年的《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(下文简称《规定》)强化了网络著作权侵权的民事责任;2004年、2007年“两高”的联合解释^②落实了网络著作权的刑法保护,2013年的指导意见^③细化了侵犯网络著作权的刑事责任。

回顾网络著作权的法律保护史,实则是网络传播技术的不断发展进步史,以及著作权的扩张史,但立法总是落后于科技的发展,数字网络技术的飞速发展导致了对其发展和网络产业新模式预测的难度和不确定。特别是近年来,随着数字网络技术的不断进步,网络产业的发展,全新商业模式的涌现,网络盗版活动越来越猖獗,现行《著作权法》已难以应对大幅增加的著作权纠纷案件。如何解决这些问题已成为当代国际立法和执法的焦点,因此需要立法回应。为了更好地维护网络环境中正常的传播秩序,保护著作权人在网络环境中的合法权益,推动网络产业的健康发展,2011年7月,国家版权局正式启动修订《著作权法》,保护网络著作权是修订的重要内容之一。国家版权局分别于2012年3月31日公布了《著作权法》修订草案第一稿,7月6日公布了《著作权法》修订草案第二稿,10月发布了仅供内部讨论的《著作权法》修订草案第三稿。之后,国务院法制办公室于2014年6月6日公布了第三次修订草案送审稿(下文简称《草案送审稿》)。此次修订既是对科学技术发展的回应,也是对著作权制度的进一步完善,亦体现了对网络环境中的著作权保护的高度重视。

围绕《著作权法》第三次修订,近年出现了一些研究成果,为《著作权法》修订提供了诸多有益的探索、建议,为完善《著作权法》提供了强有力的理论支撑,归结起来,主要有以下几个方面的研究。

首先,关于著作权的客体。有学者认为本次修订首次规定的作品的概念所包含的“独创性”、“固定”要件和智力成果等未能展现作品的本质属性,还应当重构作品的概念^[2]。

其次,关于著作权权利内容。有学者认为,数字传播时代,传播权取代复制权成为著作权权利体系中心,其核心是广播权和信息网络传播权,应当完善传播权相关法律条款^[3]。有学者

认为,作者有权获得作品使用的报酬,基于我国频发侵犯作者作品报酬权的事实,应当修法完善报酬权确保作者的经济利益不受侵害^[6]。有学者认为,本次修法规定视听作品作者的利益分享权应当慎行^[9]。关于编辑修改权的存与废,有学者认为应当维持现行著作权法第 34 条的编辑修改权^[6],若要删除该权则应当增设收回权,或授予作者出(再)版作品时充分的修改自由^[7]。

再次,关于著作权利限制制度。有学者认为,著作权合理使用的一般条款的例外类型应当法定化^[6]。有学者从立法技术的视角认为,完全封闭的合理使用立法模式在我国著作权法中应改变^[9],开放式的立法模式有助于减少消除新老媒体融合过程中的制度障碍^[10]。有学者认为《草案》二、三稿及送审稿规定的著作权合理使用“一般条款”增设兜底条款欠缺正当性,不合法理和实践,纯属多余^[11]。有学者认为,作为著作权利限制和例外制度的总指导“三步检验法”因为《平衡解释“三步检验法”宣言》而迈入新阶段,积极影响本次修法^[12]。有学者认为,本次修订影响图书馆的合理使用^[13],应增加图书馆馆际互借和文献传递的版权例外^[14],为此实务适用提供参考引证^[15]。

最后,关于著作权集体管理制度和技术措施。有学者主张,我国现阶段修法不应设置著作权延伸性集体管理制度^[16];有学者认为应当引入延伸性集体管理制度^[17],有现实要求^[18],但尚需借鉴和完善。有学者认为,我国数字版权技术措施的法律保护与发达国家还存在差距,需要完善立法,提升应用等改良^[19]。有学者认为,我国现有技术措施条款还很粗略,还不足以起到保障、预防和制裁的作用,有必要修法完善^[20]。

除了上述研究之外,还有学者研究人像摄影^[21]、3D 打印技术应用^[22]等作品的著作权,研究著作权侵权的监管机制^[23]和防止侵权的过滤机制^[24]。这些研究成果也直接或间接有益于网络著作权的保护。本文在现有研究的成果的基础上,以《草案》一至三稿及送审稿中涉及网络著作权保护的条款为研究对象,就网络著作权保护涉及的客体、权利内容、限制和保护等方面进行梳理和探讨,探讨在现行《著作权法》规定的基础上所作的修订中吸收的司法实践中的成熟经验和行政法规以及相关解释中的成熟规定,着重讨论还存在哪些问题以及如何应对,使著作权的保护符合网络时代的要求,以期对《著作权法》修订以及网络著作权保护的完善有所裨益。

二、明确网络著作权的客体

著作权的客体是著作权法所保护的作品。作品乃作者享有著作权的基础,并非所有的作品都受著作权法保护,只有为著作权法所保护的作品才构成著作权的客体。网络作品因受著作权法保护而构成网络著作权的客体,是以数字化形式、以网络为载体进行创作、传播的作品。《草案送审稿》对网络著作权所保护的客体予以确认是一个显著的进步,但也存在一大缺陷,即未能明确是否将网页作品作为网络著作权所保护的客体。

传统著作权法理论认为,著作权法不保护思想观念本身而只保护思想观念的表达,这一重要的著作权法理论也为世界绝大多数国家立法所遵守。《草案送审稿》第 5 条在现行《著作

权法》的基础上对作品进行明确界定时,以“智力表达”取代了《草案》前三稿中“智力成果”的表述,特别突出地表明了著作权法不保护思想只保护思想表达。数字化形式的网络作品是否已纳入其中保护?根据该规定,《著作权法》应当保护的作品符合三个条件:一是属于文学、艺术或科学领域的作品;二是具有独创性的作品;三是能以某种形式固定的作品。该界定中“能以某种形式固定”而非“能以某种有形形式固定”的要求,使《解释》中曾规定的作品的数字化形式能被囊括进来,意味着网络作品作为网络著作权保护的客体获得法律确认。此项规定与《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(下文简称《伯尔尼公约》)第2条第1款规定类似,故能适应科技的发展,也能对互联网时代的网络作品提供保护,因而是一大进步。

在立法技术上,《著作权法》通常在作品一般条款的基础上采取列举类型化作品的方式,以达到清晰界分权属的目的。虽然从《草案送审稿》对作品的界定中可推导出网络作品能受到《著作权法》的保护,但网络作品所囊括的单一的网上数字作品和多媒体作品等,尤其是网页等多媒体作品却没能体现在《草案送审稿》具体列举的作品种类之中,即使有新增的“视听作品”亦不能涵盖网页等多媒体作品,导致在具体的司法实践中,仍然需要法官去判断可以把其纳入哪类作品进行保护或借助兜底条款“其他文学、艺术和科学作品”的规定,可能会出现法律适用上的混乱,不能不说是缺憾。

“网页是构成网站的基本元素,是承载各种网站应用的平台”,是文字、图片、声音等各类网络信息的基本载体。从网页的各部分构成来看,毫无疑问可作为通常意义上的作品。问题主要集中在网页版式设计,即关于网页界面的著作权问题。网页界面以数字化的形式将颜色、文字、图标等组合^[25],不仅可寓意网站的运作理念,还能体现设立者的独特风格,给人以美感,具有独创性、艺术性,最能给初次浏览者留下深刻印象的就是网页整体的版式设计。网页版式具有技术性和可复制性,应该获得《著作权法》的保护。

早在20世纪末,司法部门就通过审判实践确认了网页著作权的存在和范围。1998年的“瑞得公司著作权纠纷案”针对案中涉及的网页设计侵权,法院判定原告的主页将已处于公有领域的“颜色、文字及部分图标以数字化的方式加以特定的组合”,具有独创性,同时,该主页可复制、可传播,“应视为受《著作权法》保护的作品”,原告据此享有著作权。并认为被告对原告主页出于商业目的的擅自利用侵犯了“原告的保护作品完整权、作品使用权和获得报酬权”^④。这一判决确立了网页可受著作权保护的先例,并且得到了此后的法院裁判的支持。比较具有代表性的裁判如,2014年一审判决的“杭州感恩商务服务有限公司著作权纠纷案”^⑤和“上海帕弗洛文化用品有限公司信息网络传播权纠纷案”^⑥,2015年一审判决的“上海沃尚信息技术有限公司著作权纠纷案”^⑦,均认定网站的页面设计受我国著作权法保护。

尽管在“瑞得公司著作权纠纷案”之后,《解释》将网络作品的著作权问题纳入了调整范围,但没有明确指出网页属于何种类型的作品,并且不论法律、法规,还是司法解释都没有明确界定网络作品。事实证明,随着网络技术的发达和网络产业的繁荣,有关网页的著作权纠纷也在增多,尽管网页等多媒体作品可以作为现行《著作权法》和《草案送审稿》中的兜底条款“其他文

学、艺术和科学作品”受到保护,但多媒体作品的性质不能得到明确,严重影响了相关立法的可操作性。

综上,笔者认为,在《著作权法》修订中,宜在《著作权法》保护的作品种类中创设“多媒体作品”,这样既可涵盖网页作品,利于对包括网页作品在内作品的保护,也增加了著作权法律制度的可操作性。

三、消解网络著作权内容的叠加

在传统环境中,复制权可谓著作权人财产权利中最重要的权利,几乎每一种对作品的利用方式都会涉及到复制,各国的《著作权法》皆将其作为专有权利明确赋予著作权人享有。根据我国现行《著作权法》规定,要构成《著作权法》意义上的复制,必须是以法定方式产生作品的复制件。而据《世界知识产权组织版权条约》(下文简称WCT)中的议定声明中的规定,复制件是指有形物体,在该物体上作品被相对稳定、持久地固定^[29]。在传统环境中,由于复制手段和固定载体有限,判断相关行为是否为《著作权法》意义上的复制行为比较容易。而个人计算机和网络出现以后,产生了磁盘或光盘等新的复制介质和上传、下载等新型复制手段,增加了判断复制行为的难度。《草案》对《著作权法》第10条规定的“复制权”作了修订,将“数字化”等列为复制方式,从而将数字化复制纳入复制权的调整范畴,以回应网络技术和数字技术对《著作权法》的挑战,丰富了复制权的权利内涵;但在网络环境中,信息网络传播权与复制权不是重合的权利,后者控制的是单纯的、一次性的复制行为,而信息网络传播权控制的是因上传而使作品可为公众获得的持续性状态^[29],因此,新设的权利内容交叉重叠,边界模糊,应当消除。

(一)调整信息网络传播权

信息网络传播权的内涵和适用一直有很大的争议和困惑。从立法用语来看,我国对“信息网络传播权”的规定直接来源于WCT第8条规定后半句“包括”之后的表述。WCT是主要为解决互联网络环境下应用数字技术而产生的版权保护新问题而缔结的条约,其规定的“向公众传播的权利”显然有别于在传统技术下《伯尔尼公约》所规定的“传播权”。WCT采用了“技术中立”的立法方式,作者对其文学和艺术作品应享有专有权利,有权采用任何技术手段传播作品。同时,WCT允许各成员国自行决定以何种权利控制“交互式”或“非交互式”行为向公众传播作品。我国新增的“信息网络传播权”,仅从立法术语的表述上看,无法控制网络定时播放、网络同步转播等“非交互式”传播行为,其仅限于“交互式”传播行为。

信息网络传播权是否应当调整网络定时播放行为争议比较大,司法裁判亦多有差异。2008年的“成功多媒体诉时越公司案”一、二审法院皆判定被告侵犯了原告的信息网络传播权^⑧;而案情类似的“安乐诉时越、悠视网”二审法院则认为侵犯的是原告的著作财产权中的其他权利^⑨;在2014年的“紫禁城影业诉时越案”中,法院明确了“交互式”的“点播”与“非交互式”的“轮播”分别属于信息网络传播行为和定时在线播放行为,应受不同权利控制^⑩。根据北京高级人民法院《关于网络著作权纠纷案件若干问题的指导意见(一)(试行)》规定,按照事先安排的

时间表的在线播放行为、网络环境下的直播行为和转播行为,不是“交互式”传播行为,因而信息网络传播权不能调整这些传播行为。

《草案》对“信息网络传播权”作了重大调整。《草案》第一稿第 11 条第 1 款第 8 项对“信息网络传播权”的界定,扩张了现行《著作权法》的规定,将“直播、转播”类非交互式传播行为划归其权利控制范围;《草案》第二、三稿第 11 条第 3 款第 7 项规定则将“信息网络传播权”修改为“网络传播权”,并且在权利界定中删除了“在信息网络环境下”的表述,对其界定与现行《著作权法》对该权利的设定似乎一致,也符合我国信息网络传播权调整交互式传播行为的立法本意,但其增加的“以及通过技术设备向公众传播以前述方式提供的作品”方式又涵盖了交互式和非交互式的传播行为,且与第 11 条第 3 款第 6 项规定的“播放权”存在交叉。

《草案》第二、三稿在对信息网络传播权的表述中将“在信息网络环境下”去掉,并将“信息网络传播权”更名为“网络传播权”,本意应是强调该权利并不仅仅适用于互联网,但自 2001 年《著作权法》施行以来,“信息网络传播权”已为各界熟知并接受,《规定》第 2 条对“信息网络”的界定,亦明确了其不仅仅是指互联网,还包括信息网络传播权可适用的其它网络,顺应了三网融合的发展趋势。所以,更名后的“网络传播权”不仅容易引起误认和理解、适用的分歧,还会引起与“信息网络传播权”相关的一系列法规、规章和司法解释都需要进行修正的问题。《草案送审稿》第 13 条第 3 款第 7 项将权利称谓恢复为“信息网络传播权”,删掉了“以及通过技术设备向公众传播以前述方式提供的作品的权利”的表述,延续了信息网络传播权只调整交互式行为的法律规定,也避免了与“播放权”的交叉。

(二) 广播权被修订为播放权

遵循以传播方式为考量基础的立法思路,《草案》第二、三稿的第 11 条第 3 款第 6 项和《草案送审稿》的第 13 条第 3 款第 6 项将“广播权”修改为“播放权”,增加了“有线播放方式”。播放权调整的范围得以扩充,包括了定时播放、网络直播及转播等非交互式传播行为,而信息网络传播权仅调整交互式传播行为。但对播放权界定的前半段的表述与信息网络传播权所控制的范围一致,有重复立法之嫌。

有学者提出应将现行《著作权法》中规定的表演权、广播权、信息网络传播权等权利整合为“播放权”^[27]。笔者以为,在现阶段如将著作权制度中为公众熟知的原有财产权体系推倒、重构,不仅会冲击法律的适用,而且也不利于法律的遵守,影响法律的衔接和稳定。且《著作权法》第三次修订采取的似为“一拖四”方案,《条例》等行政法规不会废止,只是将其中相对成熟的条款且属于一般性问题的规定上升到《著作权法》中,待《草案》通过后,再逐步修订相关著作权行政法规,这种方案能兼顾法的“革命性”和“稳妥性”^[28],应算是比较合适的选择。《草案送审稿》应在现有文本的基础上,进一步修正对“信息网络传播权”和“播放权”的界定,使其更具科学性和可操作性,避免权利内容的叠加。

笔者认为,宜取消“广播权”,对信息网络传播权作与 WCT 的“向公众传播权”相类似的规定。首先,这样既遵守了技术中立的原则,又使我们对国际公约规定的义务得以履行,而且有

利于司法实践的统一。其次,《草案送审稿》加上“信息网络”并不会导致产生此权利仅调整“互联网”中的传播行为的误解。因为 2012 年 12 月颁布的《规定》中已经对“信息网络”作了非仅限于互联网的解释,该司法解释从 2013 年 1 月 1 日起施行,已有三年多的时间,社会各界对该规定已有一定的了解和认同,也得到了司法的确认。再次,此界定使“交互式”和“非交互式”信息网络传播都能够被信息网络传播权所控制涵盖,与 WCT 中的“向公众传播权”内涵一致。其四,目前对“播放权”和“信息网络传播权”的界定,不论是《草案》前三稿还是送审稿,两项权利的界定均存在重叠、交叉,不管把“网络定时播放”、“网络转播”纳入这两种权利中的哪一种均存在不可调和的矛盾。此界定既不会出现“广播权”调整范围仅限于“广播”^⑩、“信息网络传播权”调整范围仅限于“交互式传播”的局限,在三网融合的背景下,不管无线传播还是有线传播,交互式还传播是非交互式传播,均可跨越网络和广播进行。所以,无需再区分“广播”权和“网络”传播权,将其合并规定在“信息网络传播权”下,是目前最方便授权和法律适用的选择。最后,此界定可避免对现行《著作权法》中著作权人财产权规定的大范围修订。因公众对信息网络传播权的熟知,在《草案送审稿》通过后,通过修法宣传、对《条例》进行修订等行为对之进行细化、明确,有助于公民的知法、守法,对法律的稳定性也有好处。

四、完善网络著作权的限制制度

著作权限制制度一直是科技和社会发展关系的阀门,调节着相关著作权主体之间的利益。随着著作权延伸至网络空间,在网络环境下必然引起著作权主体之间的利益争夺,因此著作权的扩张与限制在网络环境下展开新的博弈,最终使各方利益实现动态的平衡。囿于立法技术等原因,现行《著作权法》对合理使用具体列举的立法方式无法应对网络空间的新问题,网络著作权限制制度存在社会公众合理使用范围被压缩,网络中法定许可权利人的获酬权形同虚设等问题。为此《著作权法》修订必然对此予以回应,平衡网络空间著作权主体之间的利益,完善网络著作权限制制度。从《草案送审稿》的规定来看,主要从合理使用的抽象判定规则、法定许可付酬机制和救济机制等方面入手进行了调整。

(一) 引入“三步检验法”为合理使用的裁判准则

根据著作权合理使用理论,为了保护公共利益,在特定条件下,不经著作权人许可而使用其的作品为“合理使用”,不构成侵权。根据该理论所构建的合理使用制度是著作权法中扩张公共利益,限制著作权人利益的一项重要制度。“三步检验法”则是判断著作权合理使用的准则,该规则不仅适用于现实空间,也适用于网络空间。

“三步检验法”最早见于《伯尔尼公约》第 9 条(2)。WCT 第 10 条(1)和(2)和《与贸易有关的知识产权协议》(下文简称《TRIPs 协议》)第 13 条也规定了“三步检验法”,尤其是《TRIPs 协议》将“三步检验法”的适用范围从复制权扩展到了所有著作专有权。这三个国际公约的规定显然是以其成员国为规制对象的,成员国要履行遵守国际公约的义务就需要对国内法进行重构,在规定著作权限制制度时遵守国际公约的规定,也就是说,“三步检验法”是各成员国制定

著作权限制制度时的立法准则。国家版权局在 2012 年 3 月所作的修法说明中也明确提到,将目前规定于行政法规中,而本应在《著作权法》中规定的一般性问题,如“三步检验法”等上升至法律中。“三步检验法”的主要功能主要有附加保证功能和新设例外功能。根据三个国际公约的规定,各成员国在规定的具体的限制时,不仅要受《伯尔尼公约》中具体规定的限制,还要遵守“三步检验法”,形成具体限制和“三步检验法”的重叠适用。同时,还可在遵守“三步检验法”的基础上适当引入新的限制规定^[29]。

我国作为上述国际公约的成员国,“三步检验法”显然是我国制定著作权限制制度时的立法准则,而且在我国的立法中,“三步检验法”还被规定为裁判准则。2011 年的《著作权法实施条例》第 21 条的规定实质上就是引入了“三步检验法”的后两步,以作为合理使用作品的行为标准和裁判标准。但由于其被认为是对《著作权法》第 22 条所列举的具体合理使用情形的补充性规定,且法律位阶低于《著作权法》,没能引起人们的足够重视,司法实践中运用“三步检验法”进行具体裁判的实例也非常少,未能成为普遍适用的判断准则。

2011 年,最高人民法院在《关于充分发挥知识产权审判职能作用 推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》中正式引入了抽象的合理使用“三步检验法”判断准则。之后,《规定》第 5 条规定了网页快照、缩略图服务构成合理使用情形的判断准则,即“不影响相关作品的正常使用,且未不合理损害权利人对该作品的合法权益,网络服务提供者主张其未侵害信息网络传播权的,人民法院应予支持”。在“丛文辉诉搜狗公司”的审理中,法院即对提供网页快照是否会对著作权人正常利用作品的方式产生实质性替代作用进而影响权利人的合法权益进行了判断,认为网页快照不会造成丛文辉的实质损害,且如果认定其构成侵权将会对公众利益造成不合理的影响,最终将搜狗公司提供网页快照的行为认定为合理使用^②。

著作权的限制是著作权制度中实现利益平衡的工具,对其规范的适当与否,关系着著作权制度所追求的利益平衡能否实现。尤其随着数字网络技术的飞速发展,著作权人的权利不断扩张,借助技术措施或标准合同等手段,不断压缩著作权限制制度的适用空间,如何平衡著作权人与社会公众在网络空间中的利益,著作权限制制度的重构责任重大。《著作权法》第三次修订在合理使用的立法模式上似乎还犹疑不定,《草案》第一稿中采取的是原则性概括与具体列举相结合的立法模式^③,引入“三步检验法”的后两步标准在第 39 条单独规定,再在第 40 条沿袭传统的封闭性立法方式,对具体的合理使用行为进行了列举规定。这种立法模式的优点非常明显,通过具体合理使用行为的列举,保证了确定性的优势,同时以“三步检验法”作为原则性的判断标准,又能将具体列举之外的行为在通过“三步检验法”的判断之后纳入合理使用行为进行调整,保证了立法的灵活性。然而,《草案》第二、三稿和送审稿改变了第一稿的立法模式,取消了第一稿第 39 条的原则性规定,在第 42 条、43 条第 1 款具体合理使用行为的列举后将“三步检验法”的后两步标准作为第 2 款,规定他人对作品的合理使用应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利益。

将“三步检验法”的后两步引入立法,有助于司法审判中适用统一的判定标准对相关行为是否为合理使用进行判断。但相较于现行《著作权法》和《草案》第二、三稿和送审稿,《草案》第一稿采用的立法模式更为科学、周延,既具确定性,又具灵活性。当然,应注意到,上述法律文件对“三步检验法”的引入均遗漏了其第一步,是很大的缺憾。按照三个国际公约的精神,立法所允许的著作权的限制须依次经过三步检验规则的检验:首先,仅限于某些特殊情况;其次,不与作品的正常使用冲突;最后,不会不合理损害作者的正当利益。故,《草案送审稿》中应明确规定第一步“仅限于某些特殊情况”,以完整的“三步检验法”作为我国《著作权法》中规定的合理使用行为的裁判准则。并且,既然将“三步检验法”作为合理使用判断的原则,须如《草案》第一稿般将其单列规定,方能起到“原则”的作用,实现其附加保证功能和新设例外功能,以应对未来新技术发展对著作权制度带来的冲击,追求网络环境下著作权人和社会公众的利益平衡。《草案》第二、三稿和送审稿在具体列举中增加了第 13 项“其他情形”,作为具体列举的兜底,本是比较灵活的规定,但这样一种立法方式导致了“三步检验法”三步标准适用顺序的断裂和失序,没有《草案》第一稿“原则+具体列举”的立法方式清晰、易操作。

另外,除了“报道新闻”、“刊登……时事性文章”、“刊登或者播放在公众集会上发表的讲话”三项合理使用的规定提及“网络”以外,《草案送审稿》并没有再对网络环境中的合理使用行为进行具体列举,与《条例》第 6 条的规定不符,不利于社会公众在网络空间中对著作权作品使用行为性质的判断,不利于网络空间中利益的平衡,这无疑是此次修法的一个缺失。结合网络传播中作品使用现状,可增加对“临时复制”、“滑稽摹仿”等合理使用行为的列举。

(二)应适度扩大法定许可使用范围

法定许可使用制度是一种著作权强制使用制度,与著作权合理使用制度一样,都可不经著作权人同意而使用其作品,从而限制了著作权人的权利,不同的是法定许可使用是有偿使用,而合理使用是无偿使用。法定许可使用制度理论基础非常深厚,无论是从法哲学还是从法社会学、法经济学以及伦理学,都为该制度提供了依据,网络空间也概莫能外。据此,在网络环境下如何法定许可使用制度也事关著作权限制的科学合理性。具体来说,涉及在网络环境下法定许可使用的范围如何设定,笔者认为,相较于现行著作权法的规定,应当适度扩大法定许可的使用范围。

我国现行《著作权法》规定了“录音制品制作”、“报刊转载”、“播放作品”和“教科书编写”等四种法定许可。此外,“制作课件”在《条例》中被规定为法定许可。从法定许可制度的具体实施来看,作者的获酬权往往得不到保障,权利实际上遭到剥夺。鉴于此,对法定许可制度,《著作权法》第三次修订着重调整和完善了两个机制,一是付酬机制,二是权利救济机制。

在《草案送审稿》第 47 至 49 条中分别对教科书编写、报刊转载文字作品和广播电台、电视台播放作品的法定许可作了规定后,在第 50 条中规定法定许可必须履行的义务有:一是必须事先备案;二是来源指明;三是付酬期限;四是通过著作权集体管理组织付酬。若使用者违背上述义务,可受到行政处罚。这样调整,既保证了权利人的基本权利,又满足了他人使用作品

的客观需要,但《草案送审稿》将现行《著作权法》中对法定许可的规定从“任意性”规范变为“强制性”规范,相当于扩大了法定许可的范围,对著作权人的权利显然是一种削弱。修法者或许是为了跟国际通行的法定许可制度接轨,但在相当长的时间内,著作权集体管理组织难以真正实现其建立的初衷,这样的修改幅度太大,对著作权的保护非常不利。事实上,我国规定的法定许可在国际上来看,算是涉及面比较宽的,著作权人的专有权利受限更多,但允许其作出权利保留的声明,体现了对其权利的保护。立法中不宜笼统地全部取消著作权人对权利的保留,只是在容易造成权利垄断情形下才应废除此权利的保留。从信息网络传播技术的发展和公共利益的考量,可适度扩大法定许可的适用范围,比如,实现报刊和网络相互之间的合法转载,这样能有效规范非法转载和协议混乱的局面,将部分合理使用行为规定为法定许可使用。另外,除了播放作品的法定许可外,其他法定许可适用的情形都由相关法规明确规定了法定许可使用费的付费标准,著作权人很难得到适当、合理的经济补偿。可以考虑根据公平原则和市场机制调整法规中规定的付费标准,或由双方当事人自愿协商确定法定许可使用费。

五、突破现有网络著作权保护制度

网络著作权保护制度直接体现着对权利人的合法权益的保护和对侵权行为的规制,是网络著作权制度的重要组成部分,关系着网络著作权制度的立法目的能否实现。《草案送审稿》突破现行《著作权法》的规定,增加了对各界关注的网络服务提供者的侵权责任的规定,调整了法定损害赔偿额度,引入惩罚性赔偿制度,加强行政执法的力度,以进一步完善网络著作权保护制度。

(一)新增网络服务提供者的侵权责任

在日益增多的网络著作权纠纷案件中,对网络服务提供者责任的判定和追究成为司法实践中的重难点。在立法上涉及到对“避风港原则”、“红旗原则”等原则的规定,在此次《著作权法》修订之前,2005年的《办法》第12条,2006年的《条例》第20至23条和2009年的《侵权责任法》第36条都对“避风港原则”作了明确规定。同时,《条例》第23条的后半部分和《侵权责任法》第36条规定的后半段则体现“红旗原则”。《草案送审稿》第73条第2、3款分别确立了“避风港原则”和“红旗原则”,与前述法律法规中的规定基本一致。另外,该条第1款明确规定了单纯提供技术服务的网络服务提供者不负有一般性审查义务,第4款明确了网络服务提供者教唆或帮助的间接侵权责任,对司法实践中涉及的间接侵权等问题作了明确规定。“避风港原则”等规定进入《著作权法》,与国际上对网络技术服务提供商的通行规定是一致的,亦是在网络环境下平衡作品创作者和传播者利益的一种选择。

在法律实施中,司法扮演着非常重要的角色。但在《条例》颁布后,对“避风港原则”的适用就已出现了各地法院,甚至同一法院的不同法官的理解分歧,造成了司法裁判的不一致。导致这种理解分歧的根本原因乃是对中美“避风港”立法背景、立法传统尤其是对我国民法或侵权法上过错认定的理解有误。同时相关法律法规中对侵权行为的判定欠缺统一的法律术语和认

定标准也是导致司法裁判不统一的原因,尤其《侵权责任法》颁布之后,在相关术语的规定和理解、适用上更是出现了混乱。最突出的就是对于“知道”一词的理解大相径庭,而学者们也是众说纷纭,严重影响了司法公正。《草案送审稿》并没有在网络服务提供者过错认定的规定上对已有法律规范的突破,因此,在《草案送审稿》通过后,应对相关法规或司法解释作完善,对上述原则性规定配套细化的措施,如间接责任具体构成要件的规定,对“知道”的界定等问题都应该细化规定,增加对“避风港原则”适用的前提,规定网络服务提供者对反复侵权者停止提供服务的义务^[9],从而解决司法裁判不一的问题,减少法的不确定性给权利人、网络产业和社会公众可能带来的危害。同时,还应解决现有立法文件中在“避风港原则”规定上的冲突问题。

另外,在《草案送审稿》中,具体地规制针对个人用户的使用侵权问题被忽视了,事实上,个人用户在网络中非法上传了大量的著作权作品,若只对网络服务提供者的责任进行追究,显然不能从根本上解决问题。从某种程度上说,网络传播中“避风港原则”的滥用、网络传播失序即是跟我国立法对个人用户的使用侵权没有比较具体而严格的规制有关。很多网站滥用“避风港原则”,故意通过个人非法上传著作权作品,达到提高网站点击率并牟利的目的。故,在《草案送审稿》中应增加对个人用户使用侵权的具体处罚规定,严重者可考虑追究刑事责任,并修正《刑法》中侵犯著作权罪的犯罪构成,不以“以营利为目的”作为该罪的构成要件,以渐次达到威慑潜在侵权人的目的。

(二)调整法定损害赔偿额度,引入惩罚性赔偿制度

损害赔偿是民事责任实现的重要方式之一,在侵权案件中,法院判决的赔偿金具有补偿权利人、震慑潜在侵权者的功能。由于著作权的独有特征,赔偿额的准确界定往往比较困难,法定赔偿制度本是可以减轻权利人的举证责任、在损害赔偿上便利权利人选择的一种制度,但是,现行《著作权法》中关于损害赔偿的规定存在以下问题:一是法定赔偿额度过低。侵权成本低、维权成本高一直以来都是我国著作权保护尤其是网络环境下著作权保护中存在的问题,而这也是难以真正对侵权盗版形成威慑和有效遏制的重要原因。现行《著作权法》中规定的法定赔偿额度上限是50万元,在网络侵权盗版猖獗的情况下,很难弥补著作权人的实际损失和维权成本,对侵权者也难以实现有效的打击;二是损害赔偿的计算方式权利人无法选择,而是只能按权利人的实际损失、侵权人的违法所得和法定赔偿的先后顺序依次适用;三是法定赔偿金没有下限额度的规定,不利于维护著作权人的利益。因此,立法上应予以完善,以推进著作权的司法保护。

《草案送审稿》调整了法定赔偿额度的上限,由原来的50万元提高到100万元。《草案送审稿》还规定,制止侵权行为所支付的合理开支应当赔偿,当难以确定实际损失或者违法所得时,赔偿数额可以通常的权利交易费用作参考。此外,对于两次以上故意侵权的,还增加了2至3倍的惩罚性赔偿规定。

在权利人往往无法证明损失的确切程度的网络环境下,法定赔偿尤为重要。《草案送审稿》对法定赔偿额度上限的调整显然更能发挥赔偿金震慑犯罪、维护权利利益、促进有序传播的

作用,是此次修法的重大突破。但考虑到侵权对象的价值差异,最高额度还可提高,而且对不同类型的侵权赔偿,还应规定不同的法定赔偿下限量度。同时,《草案送审稿》将对损害赔偿方式的先后顺序的规定取消,修改为让权利人自行选择适用损害赔偿额的计算方式,能更好地保护权利人利益,有力打击侵权盗版行为。

另外,《草案送审稿》还提高到了对侵权行为的罚款标准,增加了版权行政管理部门“查封和扣押”侵权盗版复制品的执法手段以及版权纠纷行政调解的规定,大大有利于对权利人的救济。

六、结 语

《著作权法》的第三次修订,回应了网络新技术、新商业模式等对著作权的挑战,对完善网络著作权的保护,平衡网络空间中的利益有很大促进作用,但从《草案》一至三稿以及送审稿来看,完善网络著作权保护《草案》文本尚存一些缺陷,需要完善,否则《著作权法》的第三次修订难以很好地实现保护网络著作权的任务。本文从网络著作权的客体、内容、限制制度、侵权主体和赔偿制度入手,讨论了《著作权法》的第三次修订在完善网络著作权保护中还存在的问题,需要完善。对于网络著作权的客体,在明确界定作品的基础上,还应当进一步明确网络作品,可创设“多媒体作品”涵盖网页等多媒体作品,以清晰网络著作权与其它权属的边界。对于网络著作权的内容,在调整、消除和创设具体权利时,应当消除和防止网络著作权的内容的交叉重叠,为此,应取消“广播权”而不是将其修订为播放权,将信息网络传播权调整为“向公众传播权”才科学合理。对于网络著作权的限制,一是应当引入“三步检验法”来判断网络空间的著作权合理使用,但《草案》遗漏了第一步,在后两步引入中,《草案》第一稿比现行《著作权法》和《草案》第二、三稿及送审稿所采用的立法模式更为科学、周延,因此应当按照《草案》第一稿的立法模式增补“三步检验法”的第一步;二是应当适度扩大法定许可的使用范围,但必须保障作者的获酬权,最终实现网络空间利益主体之间的利益平衡。对于网络著作权的侵权主体和赔偿制度,突破现行《著作权法》的规定,增加了对网络服务提供者的侵权责任的规定,但还应解决现有立法文件中在“避风港原则”规定上的冲突问题,并避免“避风港原则”的滥用;调整了法定损害赔偿额度,引入了惩罚性赔偿制度,并加强行政执法的力度,以进一步完善网络著作权保护制度。

上述就《著作权法》的第三次修订在完善网络著作权的保护中尚需完善的问题并非全部,一些问题尚未涉及或涉及未深,目前《著作权法》第三次修订,对网络著作权的立法保护应对的是大数据时代以云计算、大数据等信息技术为代表的第三代互联网技术的挑战,尽管方兴未艾,尚处鼎盛时期,但第四代互联网 web4.0 技术的孕育也必将升级换代,也必定带来影响和冲击网络著作权制度,尽管我们不可能毕其功于一役在本次修法中解决所有的问题,但对网络著作权的立法保护需要一定的前瞻性,必须持续关注和研究该问题,以及时应对网络时代对著作权法律保护的需要。因此,本次修法尽管有许多缺憾,但以此为契机,已促使各界更积

极、更深切地关注和研讨网络著作权的保护,必将促进著作权的立法完善和司法进步。

注释:

①两次修订的著作权法第10条第1款第12项规定:信息网络传播权,即以有线或者无线方式向公众提供作品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利。信息网络传播权是网络著作权的核心权利,通常有人将信息网络传播权等同于网络著作权。2001年《著作权法》第47条规定,侵犯信息网络传播权可能被追究民事责任、行政责任和刑事责任,2010年《著作权法》第48条对此规定完全相同。

②最高人民法院和最高人民检察院于2004年、2007年联合发布了《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》,明确规定了侵犯网络著作权入罪的门槛、刑罚的裁量以及执行的标准。

③最高人民法院、最高人民检察院、公安部,依据法律和司法解释的相关规定,结合侦查、起诉、审判实践,于2011年1月10日联合发布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》,在第13条专门规定了“关于通过信息网络传播侵权作品行为的定罪处罚标准问题”。

④该案被称为“中国网页侵权第一案”。见自北京市海淀区人民法院(1999)海知初字第21号民事判决书。

⑤该案一审判决认定,“网站的页面设计是作者基于文字、图片、录音、影像等材料,根据一定的创作意图和创作构思进行选择 and 编排而成的,整体版面由文字、图片等按照一定的位置关系进行编排,体现了其独特构思的智力创作成果,具有一定的独创性,属于受我国著作权法保护的作品。”参见杭州市滨江区人民法院(2014)杭滨知初字第293号民事判决书。

⑥该案一审判决认定,“原告涉案网站首页页面的内容结合了数字形式的文字、图形、动画效果及独特的色彩选择和版面设计,虽然原告该网页所用的色彩、文字、产品展示方式、星星闪烁的动画效果就单个元素来看或来自公有领域,但网页的设计者将上述各元素以数字化的方式进行特定的组合而非简单排列,给人以视觉上的美感,其对颜色、内容的选择及布局编排体现了独特构思,具有独创性和可复制性,构成著作权法上所称的作品。”参见上海市闵行区人民法院(2014)闵民三(知)初字第154号民事判决书。

⑦该案一审判决认定,“被告齐屹公司未经原告许可,擅自将与原告构成实质性相似的网络页面置于信息网络中,已构成对原告网页作品信息网络传播权的侵犯,应承担相应责任。”参见上海市普陀区人民法院(2015)普民三(知)初字第736号民事判决书。

⑧该案一审法院认为,“本案的公证书表明,虽然网络用户在其选定的时间不能够获得《奋斗》的全部或任意一集的内容,但却能够获得网站正在播放的那一集的内容。因此,时越公司的行为构成对《奋斗》的信息网络传播权的行使。”见海淀区人民法院(2008)海民初字第4015号民事判决书;二审法院认为,“即使悠视网的播放方式系定时定集播放,悠视网未经许可的在线播放行为亦侵犯了宁波成功公司享有的信息网络传播权。”北京一中院(2008)一中民终字第5314号民事判决书。

⑨该案二审法院认为,“被告……在该网站上向公众提供涉案影片《霍元甲》的定时在线播放服务和定时录制服务……侵犯了原告安乐影片公司对该影片享有的著作权中的通过有线和无线方式按照事先安排之时间表向公众传播、提供作品的定时在线播放、下载、传播的权利”。见北京二中院(2008)二中民初字第10396号民事判决书。

⑩该案一审法院认为,“点播行为是使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品,涉及的权利是信息网络传播权,而根据本案的相关证据,轮播行为是时越公司向公众提供作品的定时在线播放服务,使网络用户可以在该网站确定的时间和用户选定的计算机终端上观看作品,两种行为本身不同,侵

犯的权利亦不相同”。见北京市海淀区人民法院(2014)海民(知)初字第20112号民事判决书。

⑪并不包括有线直播、有线直播作品的无线转播等行为。

⑫参见北京市第一中级人民法院(2013)一中民终字第12533号民事判决书。

⑬《伯尔尼公约》、《TRIPs协议》、WCT和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(简称WPPT)在合理使用制度的规定上采用的是此种立法模式。

参考文献:

- [1] 杨小兰.中国信息网络传播权立法的回顾与展望[J].当代传播,2015(1):70-72.
- [2] 戴哲.论著作权法上的作品概念[J].编辑之友,2016(5):89-94.
- [3] 姚岚秋.浅议传播权的完善——对《著作权法》第三次修订的建议[J].中国出版,2012(3):55-57.
- [4] 姚莉,胡开忠.论作者的报酬修改权[J].中国出版,2012(3):48-50.
- [5] 周园,邓宏光.论视听作品作者的利益分享权——以《中华人民共和国著作权法》第三次修订为中心[J].法商研究,2013(3):18-23.
- [6] 瞿昊晖.编辑修改权条款的废与存——兼论第三次著作权法修订[J].编辑之友,2014(3):89-92.
- [7] 刘彬海.论著作权法中的修改权[J].中国版权,2014(4):82-85.
- [8] 梁志文.著作权合理使用的类型化[J].华东政法大学学报,2012(3):34-45.
- [9] 李琛.论我国著作权法修订中“合理使用”的立法技术[J].知识产权,2013(1):12-18.
- [10] 储翔.新老媒体融合过程中的著作权合理使用问题——以《著作权法》第三次修订为背景[J].中国出版,2015(22):50-54.
- [11] 孙山.合理使用“一般条款”驳[J].知识产权,2016(10):56-63.
- [12] 张曼.论TRIPs协议中“三步检验法”存废之争和解决途径[J].暨南学报(哲学社会科学版),2016(11):103-108.
- [13] 王本欣.图书馆合理使用制度的适用范围研究——以著作权法第三次修订为视角[J].图书馆学研究,2013(7):98-100.
- [14] 万勇.著作权法图书馆例外条款修改建议[J].中国图书馆学报,2014(2):13-18.
- [15] 曲红,王本欣.第三次著作权法修订对图书情报工作的影响[J].图书馆学研究,2016(10):74-77.
- [16] 卢海君,洪毓吟.著作权延伸性集体管理制度的质疑[J].知识产权,2013(2):49-53.
- [17] 李玉香.延伸性著作权集体管理研究——写在我国《著作权法》第三次修订之际[J].法学杂志,2013(8):11-19.
- [18] 戴哲.我国著作权延伸性集体管理制度研究——兼评我国《著作权法》修改草案[J].中国版权,2015(2):31-35.
- [19] 梁程,张学军.数字版权技术措施法律保障现状与本土改良[J].中国出版,2014(18):41-44.
- [20] 罗明东.著作权法修订草案(送审稿)的技术措施条款之评述[J].知识产权,2016(3):94-98.
- [21] 马蒂,朱江.论人像摄影的著作权及其限制[J].四川理工学院学报(社会科学版),2015(6):36-45.
- [22] 吴坤埔.3D打印技术应用的版权障碍与立法研究——以《著作权法》第三次修订为视角[J].出版广角,2016(10):51-53.
- [23] 陈威,李思敏,何敏.基于“心理成本”的网络版权侵权监管机制演化博弈分析[J].重庆理工大学学报(社会科学),2016(3):64-68.
- [24] 王栋.影音网站防止著作权侵权之过滤机制研究[J].重庆交通大学学报(社会科学版),2015(2):48-51.
- [25] 杨小兰.博客版权探析[J].理论界,2012(2):51-53.
- [26] 王迁.网络环境中的著作权保护研究[M].北京:法律出版社,2011:140-143.

- [27] 吕炳斌.试论我国《著作权法》中传播权的类型化整合[J].中国出版,2013(21):17-20.
- [28] 吴汉东.著作权法第三次修改的背景、体例和重点[J].法商研究,2012(4):3-7.
- [29] 朱理.著作权的边界——信息社会著作权的限制与例外研究[M].北京:北京大学出版社,2011:146-148.
- [30] 练彬彬.有必要增加“避风港原则”适用前提[N].中国知识产权报,2012-03-23.

责任编辑:梁 雁

The Legislative Protection and Perfection of Network Copyright ——Based on the third revision of copyright law

YANG Jiaming^{1,2}

(1. Law School, Southwest University Political Science and Law, Chongqing 401120, China;

2. School of Humanities and Information Management, Chengdu Medical College, Chengdu 610083, China)

Abstract: The emergence and development of network communication technology requires the timely response of copyright system to combat and prevent network copyright infringement, protect copyright, maintain the normal network communication order, and promote the healthy development of the network industry. The enactment, amendment and repeal of law are timely to improve the legal protection of network copyright every time. To further improve the protection of network copyright is an important part of the third revision of the copyright law. There are four main aspects of the draft: First, the definition of works replaces the expression of “intellectual achievements” with the “intellectual expression”, which makes the network works as the object of the copyright protection, however, “audiovisual works” cannot include all the multimedia works, “multimedia works” should be created to define the boundaries of rights. Second, the right of broadcasting is amended as the right of broadcasting, leading to the content of rights superimposed and there is a suspicion of repeated legislation, so the right of broadcasting should be repealed. The right of information network dissemination is amended as “the right of communication to the public” to meet the needs of international treaties, national legislation and integration of three networks, which makes them more scientific and operational. Third, improving the network copyright limitation system needs to introduce the “three step test” to determine the rational use of copyright, expand the scope of legal permission, and balance the interests of the parties in the network environment. Fourth, increasing the tort liability of Internet service providers should avoid conflicts with the “safe harbor principle” and prevention of abuse of the principle. Introducing the punitive compensation system should detail the minimum amount of legal compensation and strengthen the protection system of network copyright.

Key words: copyright law; network copyright; network works, information network communication right; limitation of network copyright