

知 · 识 · 产 · 权 · 法 · 研 · 究 · 丛 · 书

总主编 ● 林秀芹

著作权法定许可 制度研究

Research on the System of
Statutory License in Copyright

张曼 \ 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

013032292 西北大学学

D913.404
24

著作权法定许可 制度研究

Research on the System of
Statutory License in Copyright

张曼 \ 著



D913.404

24



北航

C1641112



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

著作权法定许可制度研究/张曼著. —厦门:厦门大学出版社,2013.3
(知识产权法研究丛书/林秀芹主编)
ISBN 978-7-5615-4556-0

I. ①著… II. ①张… III. ①著作权法-研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 029656 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

厦门集大印刷厂印刷

2013 年 3 月第 1 版 2013 年 3 月第 1 次印刷

开本:720×970 1/16 印张:15.25 插页:2

字数:266 千字 印数:1~1 200 册

定价:32.00 元

如有印装质量问题请与承印厂调换



总序

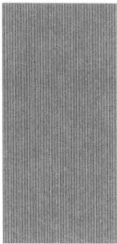
21 世纪是知识的世纪,知识产权成了这个世纪的“石油”,成了企业 and 国家参与国际角逐的利器。然而,相对于肇始于罗马时代、历史积淀深厚的有体财产法,知识产权法只有近 400 年的历史,显得格外稚嫩。相对于对有体财产权近乎一致的社会共识,人们对知识产权的争论从其诞生之日起似乎就未曾停止。知识产权可能带来的滥用垄断权等负面影响历来为人们所诟病。尽管如此,自 19 世纪以来,知识产权作为一种激励创新的有效机制和文明成果得到许多国内立法和国际条约的确认。20 世纪 80 年代以来,随着信息技术和经济全球化的飞速发展,美国等先进国家日益感到知识产权对于维持和巩固其既得利益和竞争优势的重要性,因而不遗余力地在全球范围推行强化知识产权保护的理念和制度。1994 年 WTO 成员签署的“大而全”的《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS 协议)就是这种思潮和意志的集中反映。WTO 体制所采用的“捆绑式搭售”的一揽子协议模式更是奠定了知识产权的至尊地位,使知识产权成为进入高端国际经济俱乐部的“门票”。这就是当代中国崛起所面临的国际秩序和基础。对此,我国选择了主动利用知识产权、建设创新型国家的策略,于 2008 年发布了《国家知识产权战略纲要》,提出“到 2020 年,把我国建设成为知识产权创造、运用、保护和管理水平较高的国家”的宏伟目标。正是在这种背景下,厦门大学知识产权研究院于 2008 年 7 月 30 日应运而生。

秉承厦门大学“自强不息、止于至善”的校训,厦门大学知识产权研究院以“厚法学基础、兼收经济、管理和技术”作为学科研究与人才培养的模式。数年来,在各级领导和许多有识之士的关心和支持下,厦门大学知识产权研究院得到迅速发展与壮大,在知识产权法理论与实务的研究方面取得一系列的研究成果。为此,研究院将这些成果以厦门大学知识产权研究院“知识产权法研究丛书”形式陆续出版,作为对关心、支持我们的领导、同行和朋友

的一种报答。这些成果将涉及著作权法、专利法、商标法以及其他知识产权法律制度,涵盖知识产权创作、运用、管理与保护。

我们相信这套丛书的出版,将有助于我国知识产权理论研究的繁荣和发展,有助于知识经济时代的才俊更好地认识和把握时代的脉搏,在有限的生命里创造属于自己、也属于这个时代和民族的辉煌。

厦门大学知识产权研究院“知识产权法研究丛书”编委会
2011年4月8日



序一

在著作权领域,专有权利与社会公益的平衡是一个永恒的话题。在利益平衡的法律制度设计中,著作权法定许可发挥着其独特而重要的作用。然而,在以往中国学者的诸多著作里,尚未见有对这一课题专门且系统的论述。对著作权利用与限制制度而言,集“权利限制”与“报酬补偿”于一身的著作权法定许可,在私益和公益博弈之中既能减缓授权许可之“刚”,又能弥补合理使用之“柔”,具备着不可替代的法律功能。解开这一制度的神秘面纱,对于把握著作权法律规范体系的内在机理,指导著作权司法实践有着不可忽视的意义。

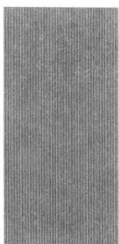
《著作权法定许可制度研究》一书系张曼博士攻读学位的研究成果,彰显了作者在这一领域所作出的理论贡献。该书以问题为导向,开展对著作权法定许可制度的专题研究,其中有理论基础构筑、制度比较分析、法律治理探讨,以此确立了中国著作权法定许可制度未来发展走向的基本立场。在本书中,作者首先以谷歌数字图书馆计划为引子,描述了人们对新技术背景下著作权限制制度可适应性的疑惑与思考,并通过学界对著作权法定许可的争论以及中外诸多案例,分析了著作权法定许可在使用方式、报酬支付和责任追究等环节中存在的问题和不足;接着,作者分别从法理学和法律经济学角度,论述了著作权法定许可在平衡著作权多种利益、维护言论自由和增进社会效用方面的价值,以及借助 SSP 范式论证了交易成本使著作权法定许可成为一种有效率的产权安排。此外,为拓展研究视野,作者试图跳出著作权自身的界限,以传播技术发展为切入点,勾勒出自《伯尔尼公约》以来法定许可内涵和外延的演变过程,并在分析著作权法定许可主体、客体、报酬支付和责任追究等具体规则的基础上,获得对著作权法定许可基本理论的系统把握;最后,作者引述了中国著作权法最新一轮修订的相关资料,对著作权法定许可制度发展进行了归纳和总结,确定了著作权法定许可的基本立场:即法定许可制度的存废,关键在于配套制度和实施机制的建立健全,因此不应在立法上否定法定许可制度,而应积极寻求配套制度和实施机制的创新和完善。作者基于理论与实

践研究所确立的对法定许可的基本立场以及所提出的相关建议,对于中国著作权法定许可立法和司法具有相当的参考价值。

张曼博士是西北大学法学院的专任教师,亦是我国知识产权界的青年学者。在我的印象中,其敏而好学,近年得以深造,可谓学而有成。时值张曼博士的论文出版之际,应邀草塗数语,以此为序。



2013年2月24日于武昌



序二

作者对著作法定许可问题的关注已有时日。早在2009年8月,“国际条约与中国著作权法修订”会议在厦门大学召开。德国马克斯—普朗克知识产权法/竞争法和税法研究所所长瑞托·赫尔提(Reto Hilty)教授在会上作了《国际版权法框架下的中国著作权法:底线与弹性》的报告。赫尔提教授特别提出:中国著作权法定许可的历史由来是什么?与合理使用的界限如何划分?这些问题引发了与会者的热烈讨论,也激发了张曼的兴趣和思考。此后她选择著作法定许可问题作为博士论文题目展开研究。几度寒暑,终于完成《著作法定许可制度研究》一文并以优秀的成绩通过答辩。

本书的问世可谓“生逢其时”。张曼博士论文答辩之时,恰逢2012年新的《著作权法》修改草案两度公示。著作法定许可制度引起社会各界强烈反响,前后数稿的著作权法草案中对此修改幅度很大。其中,有关录音制品著作权“法定许可”制度的存废可谓一波三折,争论异常激烈。2012年“中国好声音”大型选秀活动再次将音乐翻唱推至风口浪尖。但是,2012年7月公布的《著作权法修订草案》第二稿终究删除了实行20多年的录音制品法定许可,法律的天平开始向权利人倾斜。可喜?可惜?作者引经据典的分析也许可为论争双方带来些许清凉。

《著作法定许可制度研究》一书重点分析了以下几方面问题:

首先,著作法定许可制度从何源起?根据现有文献,关于著作法定许可制度的最早起源目前学界尚未有定论。但大致可得出以下判断:著作法定许可制度是伴随着19世纪末20世纪初录音技术成熟而出现的。

其次,著作法定许可制度当否存在?其作用如何?国内学界对著作法定许可制度的存废早有讨论。张离等学者认为法定许可使用制度不利于保护著作权人的利益,倾向于缩小法定许可使用制度的范围,甚至主张废除法定许可使用制度。而陶鑫良等学者则持相反意见,认为法定许可使用制度有利于作品的传播,希望保留法定许可使用制度并扩大法定许可使用的范围。对

此争议,本书通过引入 SSP 范式分析认为,法定许可制度具有存在的经济价值。

最后,中国著作权中的法定许可制度应如何进行修订?这正是作者研究的落脚点和归宿。作者通过理论分析和历史考察,提出法定许可的价值和意义不可低估,应本着法定原则、利益平衡原则和社会公益原则界定权利与限制的界限,并就法定许可使用方式、报酬支付和责任追究等方面提出了较为完善的建议。

本书是作者的第一部独立著作,显得稚嫩和生涩,但仍有不少思想的火花,值得赞赏与回味。博士学习仅仅是学术道路上的第一个阶段,希望张曼博士继续秉承厦门大学的校训“自强不息,止于至善”,为知识产权法制建设贡献自己的智慧与力量。

林秀芹

2013年3月1日

目 录

第一章 导论	1
第一节 谷歌数字图书馆计划引发的法律思考	2
第二节 关于著作权法定许可的主要争论和问题	5
一、著作权法定许可制度的存废之争	5
二、著作权法定许可适用范围难以界定	7
三、著作权法定许可制度实施中存在的问题	12
第三节 著作权法定许可国内外研究现状	22
第四节 本书研究目标、思路与方法	25
一、本书研究的目标	25
二、研究思路与方法	26
第二章 著作权法定许可的基本原理	29
第一节 著作权法定许可的含义和性质	29
一、著作权法定许可的含义	29
二、关于法定许可性质的几种学说	32
三、著作权法定许可的基本特征	37
第二节 著作权法定许可的法理分析	45
一、著作权法定许可的立法目的	46
二、著作权法定许可的作用	57
第三节 著作权法定许可的法律经济学分析	65
一、法律经济学引入及其意义	65
二、著作权法定许可的 SSP 范式分析	67
三、著作权法定许可的成本与效益分析	70

第三章 著作权法定许可的历史发展及其启示	74
第一节 著作权法定许可的起源	74
一、传播技术变革与著作权法的调整	75
二、早期各主要国家关于法定许可的规定	78
第二节 从伯尔尼到 WPPT:著作权法定许可的国际条约考察	85
一、《伯尔尼公约》中的法定许可	86
二、其他国际条约中法定许可的表现	90
第三节 著作权法定许可的新近发展	95
一、国外著作权法定许可立法现状	95
二、WIPO 版权及相关权常设委员会的相关会议成果	100
第四节 评价与启示	111
第四章 著作权法定许可构成要件研究	116
第一节 著作权法定许可的主体	117
一、著作权法定许可主体的含义与表现形式	117
二、著作权法定许可主体范围的界定	123
第二节 著作权法定许可的客体	130
一、法定许可客体的范围	130
二、法定许可客体的类别	136
第三节 行使著作权法定许可的方式	138
一、法定许可使用:ABKCO Music 等案的启示	138
二、法定许可使用方式的分类	149
三、作者精神权利的保护	152
第四节 著作权法定许可付酬机制	155
一、报酬支付的必要性和可行性	155
二、法定许可报酬机制的确立与完善	158
三、不依法付酬行为的侵权责任	165
第五章 我国著作权法定许可制度的反思与完善	169
第一节 我国著作权法定许可的发展脉络与反思	169
一、我国著作权法定许可的发展脉络	169
二、我国著作权法定许可制度的评价	176

第二节 完善我国著作权法定许可制度的原则和基本思路·····	179
一、应该遵循的基本原则·····	179
二、完善著作权法定许可制度的基本思路·····	184
第三节 完善中国著作权法定许可制度的具体建议·····	194
一、细化法定许可制度的内容·····	195
二、建立著作权法定许可使用通知制度·····	199
三、完善法定许可使用报酬支付制度·····	202
四、建立法定许可使用监督机制·····	205
五、完善法定许可使用法律责任追究制度·····	207
结 语·····	212
参考文献·····	214

导论

法定许可(statutory license)是指根据著作权法的直接规定,可以不经著作权人的许可而以一定方式使用享有著作权的作品,但应向著作权人支付报酬。^①当前,围绕著作权法定许可引发众多问题和争论。例如,在理论上,著作权法定许可的正当性如何?著作权法定许可的适当范围包括哪些?对法定许可的实施应当附加哪些条件?法定许可制度能否适应因特网技术的发展?甚至是否应当废除法定许可制度?同时,在实践中,我国著作权法定许可的实施也出现许多问题,突出表现为使用者拖延支付甚至不支付报酬,而著作权人则因诉讼标的过小、诉讼成本过高,大多放弃了依法享有的获得报酬的权利。随着数字网络的普及化,违法使用作品的现象更加突出。^②为解决这一问题,《最高人民法院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》(2003)第3条规定了“网络转载摘编法定许可”,但由于与2006年《信息网络传播权保护条例》的相关规定不一致,同年11月最高人民法院作出《关于修改〈最高人民法院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〉的决定(二)》,删除了第3条的规定。2012年3月,国家版权局公布了《著作权法》(修订草案),其中第46条“制作录音制品法定许可”由于在时间期限上作出有利于使用者的安排,从而激发音乐著作权人的强烈反弹,纷纷要求删除第46条,认为这一条款将会严重阻碍中国音乐事业的发展。

① 冯晓青:《知识产权法》,中国政法大学出版社2008年版,第166页。

② 从中国法院网(<http://www.chinacourt.org>)“知产文书”中有关“著作权和邻接权”案件的统计实情可知,自2004年至2010年,我国网络非法转载他人作品的侵权案件共计1660起,约占著作权案件总数的33%。其中,以营利为目的转载他人作品的案件有1246起,非营利的有104起,撤诉的有310起。虽然时间幅度跨越较大,但这类案件比较集中在2008—2010年,从地域来看,以浙江、北京和上海最多。

2012年7月,《著作权法》(修改草案第二稿)删除了第46条。

上述种种迹象表明,著作权法定许可的立法和实践都迫切需要相关理论的论证和支撑。然而,纵观国内已有的关于著作权法定许可的研究成果,大部分的探讨和研究还仅仅局限于数字图书馆法定许可的构建问题、某一具体类型法定许可制度的完善问题,如报刊转载摘编、录音制品法定许可等,以及对国外著作权法定许可“法律移植”式的介绍,深层法理机制分析以及系统性研究较少。因此,在当前新一轮著作权修订进行之际,加强著作权法定许可制度研究具有重要的理论和现实意义。

第一节 谷歌数字图书馆计划引发的法律思考

早在2004年,谷歌技术总裁谢尔盖·布林在法兰克福书展上宣布了“Google Books”计划(也称为“Google Print”或“Google Book Search”),该计划着手于建立全球最大的数字图书馆,主要内容是在网上开放所有已经出版图书的电子版,同时依靠数字图书吸引浏览者与广告商,通过广告与数字图书销售方式获取利润来源。迄今,该计划已经收录700多万册数字化形式的图书,而且每小时能够扫描1000页的图书。^①谷歌数字图书馆计划如能顺利实施,将会极大地改变人们阅读图书、获取知识的途径和方式。然而,正是由于该计划对享有著作权作品的扫描和展示受到著作权人的广泛质疑,因而推出不久便诉讼缠身,频频遭到全球出版界和著作权集体管理组织的抗议和诉讼。

2005年,美国作家协会(Authors Guild)和出版商协会(Association of American Publishers)对谷歌提起集体诉讼,指责谷歌扫描行为侵犯版权。2008年,谷歌同作家协会和出版商协会两家达成和解协议。^②不过,2011年3月这份价值1.25亿美元的和解协议最终被纽约南区法院巡回法庭驳回。审理此案的法官陈卓光认为,协议将赋予谷歌“事实上的垄断者”的地位。2009年11月18日,中国作协向谷歌发出维权通告,控告谷歌未经授权将570位中

① 薛虹:《谷歌图书项目——知识产权全球性治理初现》,载《中国版权》2011年第1期。

② 肖冬梅:《谷歌数字图书馆计划之版权壁垒透视》,载《图书馆论坛》2011年第6期。

国作家的 17922 种作品扫描上网。谷歌则建议将其与美国作家协会和出版商协会达成的和解协议同样适用到中国,不过正是因为该和解协议中的“opt out”条款(不声明反对则自动适用)这一任意性的法律规范并不能保障著作权人的利益不受损害,因此中国著作权人和著作权集体管理组织无法接受谷歌的建议。同年 11 月,中国作家张抗抗以一纸诉状将谷歌告上法庭,这是我国国内第一例以个人名义起诉谷歌主张权利的案件。

因此,纵观社会各界对谷歌数字图书馆计划的讨论和评论,对著作权法律制度尤其是法定许可而言,引发的相关思考包括以下几方面:

思考一,谷歌数字图书馆在法律上是否构成合理使用?传统的、图书馆的广大读者就是作品的使用者,著作权法中的公共利益就体现为读者利益,实现公益就必须保护读者的权利,因此图书馆作为保护和促进读者权益的机构大多受到各国著作权法的保护,具体表现即为合理使用。^①然而,在美国作家协会起诉谷歌(The Authors Guild v. Google, Inc.)^②一案中,法庭虽然没有对谷歌行为是否属于合理使用作出判断,但是从高达 1.25 亿美元的和解协议来看,谷歌未经许可复制他人作品这一事实仍存在重大嫌疑。2009 年 12 月 18 日,法国地区法院对法国出版商和作家对谷歌提起的版权诉讼作出了判决,法院驳回了谷歌提出的简短引用例外的抗辩,判定谷歌未经许可而完整复制作品的行为构成侵权。^③因此,由于数字图书馆通过网络将出版作品快速传递给读者,破坏了作者与信息的商业传播者间就作品出版的利益分配中的默契,数字图书馆能否继续以“公益性”为理由主张责任豁免就值得考虑了。

思考二,谷歌数字图书馆可否实行授权许可?正是因为数字图书馆合理使用已经不再“合理”,^④出于保护著作权人利益的目的,有学者主张数字图书馆应坚持“先授权,后使用”,建立数字图书馆授权许可机制。理由包括两个方

① 秦珂、豆敏:《图书馆著作权管理问题研究》,知识产权出版社 2010 年版,第 170~171 页。

② The Authors Guild v. Google, Inc. No. 05-CV-8136 (S. D. N. Y.).

③ 宋海燕:《中国版权新问题》,商务印书馆 2011 年版,第 90~91 页。

④ 数字图书馆一般具有营利性,也会对作者作品的正常市场销售造成一定的冲击。

面:一是出自数字图书馆建设的程序运转和质量要求;^①二是为保护著作权专有权,数字图书馆必须征得著作权人许可,在著作权人参与和监督的前提下使用其作品。但是,必须注意的是,与著作权人一般授权许可不同,数字图书馆在其建设过程中存在“海量授权”的问题,如果这个问题不解决好,高额的授权成本就会成为阻碍数字图书馆进一步发展的绊脚石。^②最终导致图书馆的数字化建设停滞不前,减少了可供分享的知识总量。

思考三,谷歌数字图书馆可否适用法定许可?如上所述,在合理使用不可取,“海量”授权许可不可行的情形下,我国学者陶鑫良教授认为,应对图书馆使用数字化作品的行为赋予法定许可的属性。中国数字图书馆发展战略组法律组长、北京大学法学所所长饶戈平教授则指出数字图书馆开发的知识产权问题主要是法定许可问题,即大量权利许可或集体许可问题,应该给予图书馆类似授权主体的法定许可,以兼顾信息的合理使用和法定许可两个方面。^③美国学者汉尼拔·特拉维斯(Hannibal Travis)从降低数字图书馆建设成本的角度出发,认为法定许可可以向社会公众提供更加完备和更易于接触的数字化资源。^④不过,数字图书馆法定许可能否真正适用仍有问题需要解决。其一,数字图书馆运营商与正常印刷出版商都是市场经济参与主体,在印刷出版社尚且需要著作权人授权的情形下,单独对数字文献商开绿灯搞特殊,这与公平公正的法律要求背道而驰。其二,任何主体均应有权平等享受技术进步带来的好处,这是著作权利益平衡原则的指导精神。在著作权人尚未充分享受

① “因为数字图书馆建设所涉及的著作权复制权,主要包括对作品数字化的控制,网络传输权对数字化作品上传到网络的控制,以及汇编权对特色数据库建设的控制。”引自丁旭芳:《合理使用还是法定许可使用——数字图书馆著作权问题探讨》,载《晋图学刊》2005年第6期。

② “书生公司董事长王东临认为,在传统的版权授权模式遭遇海量授权时,存在一个明显的缺陷,就是一对一洽谈带来巨大的交易成本和低效的运行效率。比如有1000个传播者需要100万个著作权人的授权,每次洽谈所花费的成本(包括双方时间成本)按100元计算,那么就需要为此支付1000亿的交易成本。”引自许浩:《420余位学者欲齐诉超星》,载《中国经济周刊》2007年第21期。

③ 王玉林:《图书馆应该享有法定许可使用权》,载《中国图书馆学报》2005年第3期。

④ Hannibal Travis, Building Universal Digital Libraries: An Agenda for Copyright Reform, *Pepperdine Law Review*, 2005(33).

网络传播带给其利益时就断然向数字文献商提供法定许可的优惠措施,这与法定许可利益平衡的立法精神也不相符。其三,鉴于网络环境中作品使用方式多变且传播速度快的特点,现有法定许可报酬支付机制应如何运用于数字环境,是否应确立具有针对性的著作权法定许可配套保障机制。总之,上述种种疑惑必须得到满意的回答,只有这样数字图书馆法定许可方可从理论落到实践,进而发挥其应有的作用。

第二节 关于著作权法定许可的主要争论和问题

著作权法要解决的核心问题是利益平衡问题,即如何协调著作权人私人利益与社会公共利益之间的冲突和矛盾,实现公平与效率。如果法律制度的设计既可以鼓励作者不断创作,又可以促进作品和知识信息的广泛传播,社会效益就会达到最大化。著作权法定许可实际上就是一种重要的利益平衡工具,它通过对作者专有权利的限制和经济利益的补偿,客观上增加了社会知识总量,维护了著作权私益和公益的平衡。但是,作为一种限制制度,法定许可也应有其明确界限。适用范围过宽,会严重损害著作权人的合法利益;适用范围过窄,无法发挥法定许可的真正作用。另外,著作权法定许可制度实施中也存在一些问题,如缺乏有效的使用沟通机制和使用方式不规范等。针对上述现象,国内外专家学者从不同角度提出了自己的看法。具体而言,当前围绕法定许可的主要争论和问题有:

一、著作权法定许可制度的存废之争

当前,关于著作权法定许可制度的存与废,有以下不同观点:

第一,支持著作权法定许可制度。首先,有利于作品传播。陶鑫良教授认为法定许可制度最大的优点在于促进了作品的广泛传播,增加了社会大众文化消费产品总量,由此希望保留法定许可制度并扩大法定许可的范围,甚至希望对所有的著作权领域全面施行法定许可制度。^① 吴汉东教授则从互联网时代作品传播特性入手,认为法定许可的适用可以帮助释放互联网强大的传播

^① 陶鑫良:《网上作品传播的“法定许可”适用探讨》,载《知识产权》2000年第1期。