

北京仲裁

BEIJING ARBITRATION QUARTERLY

第86辑 (2013年第4辑)

Vol.86 (2013, No.4)

主办：北京仲裁委员会

协办：中国国际私法学会 武汉大学国际法研究所

Sponsored by the Beijing Arbitration Commission,

Co-sponsored by the China Society of Private International Law

& the Wuhan University Research Institute of International Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

第86辑 (2013年第4辑)
Vol.86 (2013, No.4)

主 办：北京仲裁委员会
协 办：中国国际私法学会
武汉大学国际法研究所

编委会：

主 任：梁慧星

委 员：（按姓名音序排序）

Emmanuel Gaillard	黄 进	Loukas Mistelis
Michael Hwang	Michael J. Moser	宋连斌
陶景洲	Thomas Stipanowich	王利明
王亚新	吴志攀	张月姣
		郑若骅

编辑部：

主 编：陈福勇

副主编：张皓亮

编 辑：翟雪明 孙 伟 张霁爽 孙 琦

图书在版编目 (CIP) 数据

北京仲裁. 第 86 辑 / 北京仲裁委员会组编. — 北京:

中国法制出版社, 2014. 2

ISBN 978 - 7 - 5093 - 5214 - 4

I. ①北… II. ①北… III. ①仲裁 - 司法监督 - 中国
- 文集 IV. ①D925. 7 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 033497 号

策划编辑 马 颖

责任编辑 李连宇

封面设计 李 宁

北京仲裁. 第 86 辑

BEIJING ZHONGCAI DI 86 JI

组编/北京仲裁委员会

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787×960 毫米 16

版次/2014 年 5 月第 1 版

印张/9.5 字数/139 千

2014 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5214 - 4

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393



(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

目 录

主题研讨

- 1 解读《著作权法》第三次修改 / 王自强
- 23 权利用尽原则的适用及相关纠纷的解决
/ 谭 洁 王倩雯 唐功远
- 41 从最高人民法院第 20 号指导案例看发明专利的临时保护
制度 / 杨 明
- 57 ODR 模式的最新发展探析 / 陈 健 郭东妹

专 论

- 70 论瑕疵出资人责任范围
——以对公司债权人承担的责任为限 / 潘勇峰
- 85 试论拍卖结束后竞投保证金的处理
——兼析拍卖活动中的多重法律关系 / 张 峥 刘 鹏

仲裁讲坛

- 93 仲裁的全球本土化
——国际标准和本土文化的挣扎 / 樊 堃
- 119 迈向有竞争力和符合成本效益的争议解决制度 / 芮安牟 著
陈宛宁 张 然 译
- 139 美国仲裁机构税收政策初探 / 袁红兵

征稿启事

Contents

Theme Discussion

- 001 Interpretation of the Third Amendment to the Copyright Law of PRC
Wang Ziqiang
- 023 Doctrine of Exhaustion in Dispute Resolution
Tan Jie Wang Qianwen Tang Gongyuan
- 041 On Temporary Protection of Invention – By Viewing the
SPC's No. 20 Guiding Case Yang Ming
- 057 Analysis of the Latest Development of ODR Model Chen Jian Guo Dongmei
-

Monograph

- 070 On the Liability of the Shareholder with Defective Capital Contribution to the
Company's Creditors
——To the Extent of Liability to the Company's Creditors Pan Yongfeng
- 085 On Distribution of Bidding Deposit at the End of the Auction
——Also On The Multiple Legal Relationship in Auction
Zhang Zheng Liu Peng
-

Monograph

- 093 Globalization of Arbitration
——Transnational Standards Struggling with Local Norms Fan Kun
- 119 Towards a Cost Effective Arbitration Regime
Anselmo Reyes translated by Chen Wanning and Zhang Ran
- 139 The U. S. Tax Policy of Arbitral Institutions Yuan Hongbing

主题研讨

解读《著作权法》第三次修改*

王自强**

- 内容摘要

《著作权法》第三次修改工作当前正在推进过程中，引起了社会各界的广泛关注。本次讲座中，主讲人首先从立法先天基础和后天条件两个方面分析了为什么要全面修改《著作权法》，随后阐述了国家版权局在《著作权法》第三次修改工作中“不同利益的协调者”的角色定位和“坚持一个理念，遵循三个原则，追求三个效果”的基本思路，并梳理了《著作权法》第三次修改的初步成果，最后讨论了著作权集体管理制度设计问题、录音制作品法定许可问题等此次《著作权法》修改工作中的相关热点和焦点问题。

Abstract: Wide attentions have been paid to the ongoing third amendment to the Copy Right Law of PRC. The lecturer started the

* 本文系北京仲裁委员会2013年5月14日举行的“著作权法第三次修改权威解读”专题讲座录音整理稿，在此感谢主讲人对本文的授权。

** 王自强，国家新闻出版广电总局政策法规司司长。

speech from analyzing why a comprehensive amendment was to be made this time, then explained the role the National Copyright Administration of PRC played in the amendment as well as the basic ideas thereof, followed by conclusion of the preliminary achievements made. Hot issues like the collective management and the statutory licensing were discussed at the end of the lecture.

受北京仲裁委的邀请,我就当前正在推进的《著作权法》第三次修改工作情况给大家做一个简要的介绍。这次修法涉及面非常广,内容非常丰富,因为时间有限,今天我想就给大家介绍四个方面的情况。

第一个问题,为什么要全面修改《著作权法》。

第二个问题,国家版权局在《著作权法》第三次修改中的角色定位和基本思路。

第三个问题,《著作权法》第三次修改的初步成果。

第四个问题,有关热点和焦点问题。

一、为什么要全面修改《著作权法》

为什么要全面修改《著作权法》,我认为其理由归结起来可以用“两个不足”来概括,一是我国的著作权立法先天基础准备不足,二是我国的著作权保护后天营养补充不足。

(一) 关于我国的著作权立法先天基础准备不足

1949年中华人民共和国成立,废除了蒋家王朝的“六法全书”,开启了新中国的立法新纪元。但由于历史的原因,我国的法制建设进程时断时续。受此影响,著作权法律制度建设在相当长的时间内没有进入国家立法规划。改革开放以前,中国长期实行计划经济制度,客观地讲著作权作为市场经济和科学技术发展相结合的产物,在不承认私权的单纯计划经济环境下是不具备民事法律调整的社会基础的。因此,在新中国成立后相当长的时间里,我国没有建立著作权法律制度,也没有法律意义上的著作权,作品的创作与传播主要靠政策来调整。

党的十一届三中全会拉开了我国改革开放的帷幕,随着党和国家工作重心的转移,我国的民主法制建设明显加快,著作权立法随之进入国家立法进

程。经过10多年的艰苦努力，新中国的第一部《著作权法》于1990年9月经第七届全国人民代表大会第十五次常务委员会审议通过正式颁布。但是，我们不得不承认一个基本事实，即这部法律是在我国缺乏著作权法律保护社会实践、缺乏著作权保护理论系统研究、缺乏著作权保护立法经验的状况下产生的。因此，我国的著作权法律制度的产生客观上存在先天基础准备不足的问题。

客观地讲，这部《著作权法》的制定借鉴了国际社会的成功经验，也基本符合我国80年代末、90年代初的基本国情，是一部较好的法律，在保护智力创造，促进经济、文化和科学发展等方面发挥了积极作用。我甚至认为它是中国历史上第二部具有里程碑意义的著作权法。之所以说它是第二部具有里程碑意义的著作权法，我认为在中国历史上还有一部具有里程碑意义的著作权法，即1910年颁布的《大清著作权律》。大家知道，中国是“四大发明”的文明古国，其印刷术和造纸术为著作权这项现代知识产权制度的产生提供了技术支持和物质保障，而发生在我国南宋的对出版商专有出版权的保护，则可以说是现代著作权保护的雏形和萌芽。但遗憾的是，中国长期处于农耕社会，缺乏商品交易的成熟市场经济机制，现代的著作权保护制度最终没有在中国产生，而是产生在工业革命和市场机制相对成熟的英国。但是《大清著作权律》的颁布，改变了中国这个古老国度没有现代意义著作权立法的现实，开创了著作权立法先河，填补了中国没有著作权法律制度的空白，所以说其在中国著作权法律制度史上具有里程碑意义。但是《大清著作权律》来不及得实施，就随着1911年辛亥革命推翻清政府而寿终正寝。紧接着1915年北洋政府颁布的《著作权律》和1928年国民政府颁布的《著作权法》，都因中国当时处在兵荒马乱、战乱连连的时期，也没有得到真正的实施。1990年《著作权法》的颁布，不仅仅在新中国形成了法律制度，而且在中国大地上得到了实实在在的施行，所以说它是中国历史上又一个具有里程碑意义的著作权法。这两个里程碑，一个把法立起来了，一个把法实施开了。

（二）关于我国的著作权保护后天营养补充不足

我国《著作权法》颁布实施以来的20多年间，中国所面临的国际国内形势发生了深刻的变化。这些深刻变化主要体现在4个方面：

一是在《著作权法》实施以后，我国成功实现了经济转型和社会转轨，确立了市场经济的制度，利益格局发生了根本变化。市场经济制度的确定，

一个非常明显的变化就是私权得到了确认和尊重,著作权作为一种私权,在整个知识产权体系中占有重要的地位。而我国现行的著作权法是在计划经济条件下产生的,它带有浓厚的计划经济的因素和明显的计划经济烙印。为适应我国市场经济体制的建立和不断完善,现行著作权法律制度需要进行调整。

二是全球科学技术的迅猛发展,特别是数字、网络技术的快速发展和广泛运用,使作品的创作、传播和保护方式都要发生了深刻变化,对传统的著作权保护制度形成了巨大的冲击和挑战。因此,与此相适应的著作权保护制度需要进行及时的调整。讲到科学技术发展问题,必须认识到,在整个知识产权领域,著作权的权利内容的形成和发展与科技的发展变化是最为关联的。虽然专利权涉及科技发明的权利,但是就其权利内容本身与科学技术的进步与否没有因果关系,即科学技术无论怎样发展,专利权的权利内容不会发生任何变化。著作权则不同,它的权利内容是随着科学技术的发展而不断变化的。1709年英国颁布的《安妮法》是现代意义上的第一部著作权法,当时的著作权法规定的著作权权利内容仅限于图书小册子(作品)的复制权、发行权。但此后,随着科学技术的发展,著作权的权利内容不断扩张。比如,随着声、光、电技术的发展,著作权的权利内容由单一的复制权,发展为复制权、表演权、放映权、广播权、摄制权,信息网络传播权等。一项技术的发展就有可能在著作权中增加了一项权利内容,而从某种意义上讲,一项权利则可能支撑了一个行业,比如广播权作为一种资源支撑了广播电视业,摄制权作为一种资源支撑了电影业。特定科学技术的发展,对作品的创作和传播方式产生了革命性的变化。为了适应科学技术发展对传统著作权制度的冲击和挑战,现行著作权法律制度需要进行调整。

三是经济全球化的不断深化,这是著作权面临的又一个非常重大的问题。经济全球化发展的一个重要特征,就是知识产权,主要是著作权,已经成为国际经贸关系的重要载体,也是世界各国抢占经济发展制高点的重要抓手。我认为:以美国为首的发达国家在上个世纪90年代,在国际经贸领域做的最成功的一件事就是把知识产权和经贸关系挂钩,在原来的关贸总协定货物贸易和服务贸易两大基础上增加了知识产权,而且在世贸组织中设立了一种强制性的仲裁机制,这样就把知识产权和各个国家的利益捆在一起了。随着经济全球化的不断深入,需要对现行著作权制度进行调整。

四是我们国家发展理念发生了根本变化。

首先, 科学发展理念在我国已经牢固树立, 在知识经济时代知识产权已经成为推动国民经济发展的重要战略资源, 在整个国民经济发展进程中所处的地位越来越重要, 科学发展观的基本理念, 就是要把提高自主创新能力作为转变经济发展方式、调整产业结构的中心环节来抓。

其次, 从我国颁布实施国家知识产权战略纲要的现实看, 提出了建立创新型国家的战略目标, 而创新型国家战略目标的一个基本表述, 就强调了包括著作权在内的知识产权已经成为国民经济发展的战略性支撑点, 对于国家掌握发展主动权和提高竞争能力起到了核心作用。目前人类社会经历了三个发展阶段, 一是农业经济发展阶段, 支撑社会发展的基本资源是土地, 谁拥有了土地谁就能掌握经济发展的主动权; 二是工业经济发展阶段, 支撑社会发展的基本资源是资本, 谁拥有了资本, 谁就占有了经济发展的主动权; 三是知识经济时代, 它的基本资源是智力成果, 谁拥有了知识产权和智力成果, 谁就会占据经济、文化和科学发展的主导权。在知识经济时代, 知识产权作为战略资源的重要地位, 也凸显了整个知识产权保护制度的重要作用。

再次, 党的十七届六中全会作出了深化文化体制改革, 促进社会主义文化大发展大繁荣的战略决策。文化的发展和繁荣面临一个根本问题, 即基本资源保障问题。在内容为王的当今世界, 谁拥有了质高量大的智力创作成果, 谁就会在文化发展与繁荣方面占主导地位。美国之所以成为全球最大的文化强国, 就是因为它拥有巨大的智力创新能力和完备的知识产权法律制度保障。例如, 美国的电影产业规模不到全球的8%, 但其市场则占到80%以上, 这充分说明, 强大的知识产权智力成果创新能力, 对文化产业发展繁荣的重要作用。

《著作权法》颁布实施20多年来, 经历过两次修改, 而这两次修改都与世界贸易组织有关。第一次是2001年的10月, 为了满足加入世贸组织的基本要求, 对《著作权法》进行了修改; 第二次是2010年2月, 为了履行世界贸易组织有关中美知识产权争端专家组裁定, 又对《著作权法》进行了修改。这两次修改的共同特点, 一是被动的(为履行中国加入世界贸易组织的相关义务)、二是局部的(仅从满足世界贸易组织的特定基本要求出发), 没有针对《著作权法》颁布实施20多年来中国面临的国际国内形势的发展变化情况

进行全部和主动的梳理。因此,要站在中国的立场、针对中国发展变化的形势,全面主动地解决中国面临的著作权保护突出问题,就应该全面修改我国的《著作权法》。

二、国家版权局在《著作权法》第三次修改工作中的角色定位和基本思路

(一) 国家版权局在《著作权法》修改中的角色定位

首先要明确一个问题,即国家版权局不是立法机关。按照中国的立法体系和立法程序,国家的法律及国务院的行政法规制修订的草案起草工作,一般由国务院的相关行政主管部门承担。因此,国家版权局作为国务院主管全国版权管理工作的职能部门,实际承担了《著作权法》以及相关行政法规制修订草案的起草工作。国家版权局作为一个政府部门,在《著作权法》修改过程中代表国家行使立法权,它不是、也不应该是某一利益主体的代言人,而应该是不同利益的协调者。

目前,中国的行政体系按不同的行业来划分,传统的行政管理部门具有非常显著的行业特征,既负责行业规划、促进行业发展,也维护行业的利益。因此,在法律和行政法规的起草过程中,社会和公众往往担心部门利益化、利益权力化、权力法制化倾向。需要说明的是,国家版权局作为国务院的行政管理部门,不同于传统的行业主管部门,它不负责特定行业的规划与发展,也不专门维护某一特定行业的利益,而是跨行业的监管部门,其基本行政职责是保证《著作权法》的实施。同样,在授权立法方面,它不代表任何特定利益,而应站在国家的立场协调和平衡不同利益主体的利益。

当然,国家版权局在起草《著作权法》修改草案时,不可能全部采纳各不同利益主体所提的所有意见和建议。这就会产生一个问题,当国家版权局完成了《著作权法》修改草案起草工作时,不少人担心自己的利益主张将丧失被法律吸收的机会,从而导致他们的正当权益得不到法律的保护。其实,这种担心是没有必要的。因为,一部法律的修改要经过国务院主管部门提出修改草案文本、国务院完善审定修改草案文本、全国人大常委会审议通过修改草案文本三个阶段。国家版权局提交的修法草案,仅是修法的初级阶段,这一阶段未被采纳的意见和建议,不等于后两个立法阶段不会被吸收。再加上国家版权局在向国务院报送修改草案送审稿时,附带报送了两次向社会公

开收集到的全部原汁原味的意见和建议。我相信国务院和全国人大常委会更具智慧和包容性，凡是科学合理的意见和建议，他们一定会在后两个立法阶段采纳。

（二）国家版权局的基本工作思路

国家版权局在本次修法工作中的基本工作思路可概括为：坚持一个理念，遵循三个原则，追求三个效果。

坚持一个理念，就是坚持“集思广益、解决问题”的理念。所谓集思广益，就是坚持开门立法、民主立法，秉承“听取民意、集中民智、凝聚共识”的科学态度，充分听取各种意见，坚持在沟通和交流中形成共识、在争论和碰撞中认识真理，使整个立法工作在阳光下进行。所谓解决问题，是指立法需要理论支持和学术支撑，但其目的不是讨论和研究学说、理论问题，而是立足中国著作权保护的实践，找出、找准影响我国著作权保护存在的突出问题，并给出解决问题的有效办法。

所谓遵循三个原则，一是独立性原则。大家知道著作权是一种无形财产权，无形财产权与有形财产权最大的区别就是其行使不受时空的限制，因此其保护需要国与国之间的合作，但是现在的世界是不公平的世界，存在弱势群体和强势群体之间的利益博弈，在知识产权立法领域也不例外，强者总是要摆出下指导棋的姿态，干涉别国的立法。我们是主权独立国家，在著作权立法问题上必须保持独立性，既不照搬、照抄任何国家的现行法律制度，也不屈服于任何强权的压力，而应该立足中国国情，反映中国特色，结合中国实际，解决中国问题，遵循独立性原则。二是平衡性原则。《著作权法》是调整作品创作、传播和消费的行为规范，涉及众多的利益主体，其制度设计一定要考虑利益平衡，要在保护作者权益的基本前提下，合理调整作者、作品传播者和社会公众的利益，实现鼓励作品创作、促进作品广泛传播、满足社会公众精神文化需求的目的。三是国际性原则。著作权保护的的特殊性需要国际合作，需要遵循共同的行为准则。改革开放以来，中国几乎加入了著作权领域的所有国际公约，成为了国际著作权大家庭的成员。我们既然加入了国际公约，就应该信守承诺，履行义务，做一个负责任的发展中大国，因此我国著作权法律制度的建立和完善，必须满足国际公约的最低保证标准，遵循国际性原则。

所谓追求三个效果，一是追求高效率。大家知道，我国《著作权法》颁

布实施 20 多年来已经两次修改,第一次是 2001 年,第二次是 2010 年,每次修法相距 10 年。当今世界科学技术迅猛发展,我国的经济、政治、文化、社会各项事业更是以惊人的速度发展,我们不能再用 10 年的时间来完成修法,而应该以只争朝夕的精神加快立法速度,提高立法效率,以适应经济发展、文化繁荣和科技进步对著作权保护的要求,否则我们就将愧对这个时代、愧对中华民族伟大复兴、愧对中国梦的实现。二是追求高质量。由于我国现行《著作权法》存在先天基本准备不足和后天营养补充不足的缺陷,在实施中存在两个方面的突出问题,一方面保护力度不够,难以有效遏制侵权盗版,不足以鼓励作品创作;另一方面,著作权的授权和交易机制不畅,难以有效保障作品的合法使用者,不利于作品的广泛使用和传播。这次修法就是要下大工夫找准和分析存在突出问题的原因,拿出解决问题的有效办法,着力提高立法质量,既要保证作者权利得到充分有效的保护,又要保障作品能够合法广泛的传播,既要促进文化产业的繁荣发展,又要满足人民群众的精神文化需求,力争制订出一份高质量的修改草案。三是追求高水平。前面我曾经讲到,著作权法律制度是与科学技术紧密相连的,其建立和发展与科技的进步和发展关系很大,在现实中法律的相对稳定性和社会发展的动态性之间是一对矛盾,在著作权法律领域尤其明显,要解决好这个矛盾,就必须要提高著作权立法的前瞻性、预见性,使经修改的《著作权法》成为一部面向世界、面向未来、面向现代化的高水平的法律。

基于以上基本思路,在具体修法操作过程中还应把握好 4 个关键因素:一是要立足中国著作权保护的社会实践。离开中国著作权保护的社会实践和社会现实,为修法而修法,就不能解决中国著作权保护面临的突出问题。二是要符合著作权保护的基本理论。理论是实践的先导,是实践的抽象和总结,科学的理论,对于我们制定一部科学有效的法律具有重要的指导作用。三是要借鉴国际著作权保护的成功经验。现代知识产权保护制度中,著作权制度已经产生 300 多年,国际公约已经产生 100 多年,无论是世界各国(包括发展中国家)还是国际组织,在著作权立法方面已经积累了很多很好的经验,可以借鉴这些成功经验来完善我国的著作权法律制度。四是要追求好的效果。本次修法应该达到“既要保护创作者的权利,也要有利于作品的传播,既要防止市场的垄断,也要反对权利的滥用”的目的。

三、《著作权法》第三次修改的初步成果

2011年7月,国家版权局根据国务院立法计划安排,启动了《著作权法》第三次修改工作,在社会各界的积极参与和大力支持下,经过1年半的努力完成了修改草案的起草工作,并于2012年12月向国务院报送了《著作权法(修订草案送审稿)》(以下简称“送审稿”)。国家版权局在修订草案起草过程中保持了较高的透明度。首先,广泛收集修法建议和意见,了解社会各界对修法的基本态度;其次,委托国内具有较高影响力的三家科研机构起草《著作权法》修订草案专家建议稿,了解专家学者对修法的具体思考;再次,成立由立法、司法、行政、著作权人、产业界、律师实务界等30位代表组成的专家委员会,听取不同利益主体的声音;最后,大范围、高密度征求社会各界对修订草案的意见,扩大修法的参与度。

《著作权法》(修订草案)十数次易稿,定型文本共有三稿。其中第一稿、第二稿分别两次通过网络向社会公开征求意见,两次通过书面方式征求立法、司法、行政、权利人的意见,第二稿还通过座谈会形式专门定向征求相关主管部门和利益主体的意见。送审稿相对现行《著作权法》作了较大改动,由6章61条,修改为8章90条,增加了2章、29个条款;文字由8700字增加到14100多字。如此大的修改,可以归纳为以下4个方面:

(一) 激励创造,整合权利体系

整合权利体系主要立足解决著作权的确定性问题。送审稿对著作权的客体、权利内容、权利归属、权利保护期和权利限制五个方面进行了调整。

1. 权利客体的调整

所谓权利客体是指著作权法保护的客体,即作品。这次修法对著作权客体的调整,主要体现在四方面:

第一,将著作权客体不同种类的定义和概念,由《著作权法实施条例》规定上升到《著作权法》直接规定,提升了权利客体种类的法律地位。

第二,取消了部分权利客体。例如,取消了录像制品这类客体。其原因,一是国际公约没有相应的客体种类;二是录像制品与电影作品在实践中难以区分,比如卡拉OK涉及的MV是制品还是作品争议很大,实践中难以把握。

第三,调整了部分作品的名称。比如说将原来的“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”改为“视听作品”。这种改动顺应了国际公约和各

国立法的惯常做法,也解决了“电影作品”与“录像制品”区分难的矛盾。2012年世界知识产权组织制定的《北京条约》也采用了“视听作品”的概念。再如,将“计算机软件”调整为“计算机程序”,把计算机文档纳入文字转化,新的定义概念更趋科学合理。

第四,增加了“实用艺术作品”的客体种类。增加“实用艺术作品”的客体种类有两个原因:一是我国现行《著作权法》没有将“实用艺术作品”设定为权利客体,为了履行国际公约的规定,国务院曾颁布行政法规,对境外权利人的“实用艺术作品”给予了特别保护,这就造成了境外实用艺术作品权利人在华享受了超国民待遇,我国的权利人在现有著作权法律制度框架下受到不公正对待。二是按照国际的规定,一国的著作权法律如果不设定“实用艺术作品”,则就应将独创性不够高的“实用艺术品”作为“美术作品”来保护,这样实际上提高了“实用艺术作品”保护标准,扩大了保护的年限。举个例子,由色彩和几何形状形成的“乐高游戏积木”在世界各国一般都是按“实用艺术作品”保护的,但如果中国著作权法不设定“实用艺术作品”,就得将它视为“美术作品”保护,这显然是不合理、不公平的。

2. 权利内容的调整

送审稿对权利内容进行了整合,一是简化了著作权的人身权和财产权的权项,但是权能没有减少,相对来讲,权能还略有增长;二是从实践出发,重新界定了部分权利的边界。具体讲从4个方面对权利内容进行了调整。

第一,整合著作权权利内容。关于著作权权利内容如何设定,实际上在学术界和司法界存在不同的观点:一种观点认为权利内容设定应采用详细列举方式,权项越具体越好,便于法官在审理案子时对号入座;另一种观点认为详细列举的立法方式很难适应著作权权利内容随科技发展不断变化的情况,在科技飞速发展的今天,会产生司法审判于法无据的现象,主张对财产权的设定采用“复制权”、“公开传播权”、“演绎权”的概括式立法模式,这三类权利像个大筐,凡涉及介质的权利都放到“复制权”中,凡涉及无介质的权利都放到“公开传播权”中,凡涉及再创作的权利都放到“演绎权”中,这样设定权项,不管著作权权利内容随科技发展如何演变,都能从概括性的权利中体现出来。

送审稿采取了中庸的态度,既没有机械地详细列举,也没有简单地高度概括,而是采取了列举加概括的立法方式,将现行《著作权法》规定的17项

精神和财产权利整合为13项。具体讲,将精神权利中的“修改权”并到“保护作品完整权”;将财产权利中的“汇编权”归到“复制权”、“摄制权”归到“改编权”、“放映权”归到“公开表演权”。这种立法模式有较强的包容性和适应性,虽然从表面看著作权权项减少了,但权能一点都要没有减少,甚至略有增加。

第二,增加了追续权。即增加了美术作品等著作权人在其作品有形载体再销售时再受益的权利。

第三,将现行法的“广播权”修改为“播放权”。这种调整,主要是解决现行著作权设定的“广播权”与“信息网络传播权”难以区分的矛盾。即不按主体而是按行为来区分两类权利。具体讲,凡是以非交互方式使用作品,无论行为主体是电台、电视台还是网络(比如网站的定时播放或是现场直播),都归结到“播放权”;与此相反,凡是以交互方式使用作品,无论行为主体是电台、电视台(比如电台、电视台的即时点播)还是网络,都归结到“信息网络传播权”。这种设定对适应三网融合时代有着十分重要的意义。

第四,适当增加了与著作权相关权利的内容。一是增加了表演者的出租权,以及表演者在其表演的“视听作品”被他人使用时的获酬权。二是增加了唱片制作者对其制作的“录音制品”被以广播和公开表演的形式使用的获酬权。三是将现行《著作权法》规定的广播组织享有的权利,由“禁止权”调整为“专有权”。

3. 权利归属的调整

关于权利归属,这次调整重点体现了利益主体意思自治优先原则。市场经济的本质是主体平等、意思自治、公平竞争与市场配置资源。意思自治体现了不同利益主体的平等,是利益划分的科学方法。在权利归属问题上,只要能够通过利益主体协商解决问题,法律不应该干涉。只有当利益主体之间没有协商或协商不能情况下,才能根据不同利益主体在创作或传播作品过程中所作的贡献作出合理的规定。但是,现行著作权法在权利归属问题上,很多规定具有主观性和倾向性,往往把应该由民事主体自由协商的权利直接规定为某一利益主体享有,不符合市场经济规律和公平公正原则。送审稿对视听作品、职务作品、委托作品等权利归属都按照意思自治的原则作了相应的调整。必须强调,送审稿在设定权利归属时,没有主观地倾向任何利益主体,而是基于利益主体的平等性,尊重市场经济的基本规律来考量的。当然,在

实践中利益主体的协商能否做到公平、公正,不是法律能规定的,而取决于供求关系和实力。比如,任何影片在拍摄之前,包括制片人、编剧、主要演员等主创人员,可以通过两种形式确定权利归属:第一种,权利归制片人,制片人以固定价格向编剧、主要演员支付报酬,影片上映后是赚是赔由制片人独享权利,独担风险;第二种,权利共有,事前约定分成比例,事后按约定分成,权利共享、风险共担。这两种选择,都是相关利益方根据不同利益主体对影片的贡献大小,通过对市场风险的判断自我协商决定的,是参加影片各利益相关方自主的选择,没有外来的压力,因此是公平的、符合法律正义的。

4. 权利的保护期

延长了“摄影作品”的保护期,将“摄影作品”的保护期限由现行《著作权法》规定的50年(首次发表时起算),延长到作者有生之年加死后50年。

5. 权利的限制

关于权利的限制,现行《著作权法》的规定主要体现在第22条规定的12项合理使用。本次修法,对合理使用问题如何修改存在两种不同的观点:一种观点认为,对权利限制应采用穷尽列举方式,严格限制合理使用的情形,如为适应数字网络技术的变化确需增加限制内容的,也应明示;另一种观点认为,著作权的权利内容和使用方式受科学技术发展的影响极大,为适应科学技术的发展,特别是适应数字、网络发展对著作权保护的影响,在符合“三步检验标准”前提下,法律规定应该有一定的弹性。对此问题,专家委员会的30个代表也发生过强烈的讨论和碰撞。送审稿最终采纳了列举加《伯尔尼公约》有关权利限制基本原则的立法方式。即在保留现行《著作权法》第22条列举方式的前提下,增加了国际公约“三步检验标准”的兜底性规定,在实践中更具适应性。

(二) 促进应用,调整授权机制和市场交易规则

这是本次修法涉及的最关键问题之一。我个人认为,我国的著作权保护面临两大难题:一是著作权作为国民经济发展的战略资源,对促进文化产业发展的基础性作用不断显现,产业界利用著作权资源的意识逐渐增强,但著作权的授权机制和交易规则不健全,著作权市场供需矛盾日益突出;二是著作权人的维权意识和社会公众的著作权保护意识不断提高,但著作权司法和