

版权默示许可制度研究

Research on Copyright Implied
License

□ 郭威 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

版权默示许可制度研究

□ 郭 威 著

Copyright Clearance Center

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

D923.414

45

图书在版编目 (CIP) 数据

版权默示许可制度研究/郭威著. —北京: 中国法制出版社, 2014. 4

ISBN 978 - 7 - 5093 - 5331 - 8

I. ①版… II. ①郭… III. ①版权 - 许可证制度
- 研究 - 中国 IV. ①D923. 414

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 066667 号



策划编辑 李小草 (lixiaocao2008@sina.cn)

责任编辑 藏莉

封面设计 杨泽江

版权默示许可制度研究

BANQUAN MOSHI XINKO ZHIDU YANJIU

著者/郭威

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

印张/18.25 字数/184 千

版次/2014 年 5 月第 1 版

2014 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5331 - 8

定价: 49.80 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 66026508

邮政编码 100031

传真: 010 - 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010 - 66038902

市场营销部电话: 010 - 66033393

邮购部电话: 010 - 66033288

(社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

前言

版权法发展的实践证明,下列两个问题是版权法史上永恒的主题:其一,版权法是一部各种利益不断冲突和平衡的历史;其二,上述历史演变的持久动力来自于版权制度与技术发展的不断冲突与协调。从国外几百年来的版权立法轨迹看,科学技术发展直接带来的是版权人权益的不断扩张,而社会公众信息自由相关利益范围日渐缩小的历史,版权制度在其中扮演的便是一个不断适应时代变化、费力地保持二者利益大致平衡的协调人角色。但是当这一历史进程迈入数字技术网络时代,版权法却面临着一个棘手的问题,即利益失衡的双向可能性:一方面是数字技术条件下信息材料传播与流通的低成本、高质量特性,使得版权人面对着权利极易遭受侵害、利益范围逐渐缩小的可能性;另一方面是版权人借助数字技术手段和版权法赋予的新兴权利,将版权利益逐渐扩张到既有社会公共利益范畴的倾向。这种利益失衡的双向性造成了版权人与社会公众的严重对立,使得双方都采取了一种置对方利益于不顾的行为态度,导致版权法的利益平衡机制越来越难以发挥作用。在此背景下,如何调整、变革版权制度,以重新恢复、实现版权人与社会公众之间的利益衡平,达到既保护版

权人的合法权益,又促进文学、艺术与科学知识的繁荣和发展,保障社会公众的基本利益,是当前版权发展中无法回避的现实问题。

版权默示许可制度作为众多变革方案中的一种,并不为理论界和实务界所重视,其制度价值一直未能获得应有的认识和理解。事实上,版权默示许可制度特殊的许可推定机制,既给社会公众利益划拨了一定空间,也为版权人的利益维护留下了制度窗口。如何认识新技术环境下版权默示许可的制度价值,如何协调其与现行版权法的关系以及如何设置适宜的制度体系以解决当今版权法利益失衡的双向性问题,正是本书所力图探索并解决的。

本书的整体思路是:以充分认识和合理建构版权默示许可制度为主线,根据“理论基础——实践发展——论证建构”的逻辑线索组织全书,以期实现对版权默示许可制度全面、系统的分析与研究。在理论基础方面,探讨版权默示许可的基础理论——民法上的默示行为理论与合同法上的默示条款理论,分析版权默示许可概念中基本要素的法律意义,并归纳总结出版权默示许可的内涵、性质及法律要件,作为研究的基点。在实践发展方面,着重梳理大陆法系及英美法系主要国家,以及我国著作权立法上和实践中版权默示许可制度的现状与发展历程,分析不同类型下版权默示许可制度的差异点与契合点,为构建新型版权默示许可制度形态厘清思路。在论证建构方面,从不同的视角分析版权默示许可制度的正当性,并以此为基础提出版权默示许可可能的制度框架。

在具体结构上,本书包括七个部分:

第一章为绪论，主要介绍本书的研究背景、选题的理论与实践意义，简要总结、评析版权默示许可理论研究的现状，并对本书拟采用的研究方法、整体思路和主要内容等予以说明。

第二章为版权默示许可的基础理论。运用概念分析的方法对版权默示许可概念中的两个关键性要素“默示”和“许可”进行分析。对于“默示”要素，分别对其背后的两大基础理论——民法上的默示行为理论和合同法上的默示条款理论，展开研究，探讨版权默示许可所蕴含的内在法理和法律意义。对于“许可”要素，通过对许可概念、许可的驱动机制及类似概念的比较分析，理解版权默示许可的制度价值。在此基础上，分析界定版权默示许可的概念内涵和法律性质，提炼其两大法律要件——“有默示意思表示的推定诱因”和“具有可成为许可内容的行为”，并总结其在法律上的特征，为深入研究奠定理论基础。

第三章是对域外版权默示许可制度的比较分析。无论是英美法系还是大陆法系，版权默示许可都非陌生事物，两者都有其制度存在。但无论是具体的制度形态上，还是在立法宗旨与态度上，二者都存在一定的差异。英美法系国家通过丰富的司法案例不断推动着默示许可在版权领域的发展，形成了较为完整的制度演进脉络和发展趋势。从大的范围来看，版权默示许可经历了两个大的发展阶段，一是传统版权领域中的默示许可，一是数字环境中的版权默示许可。两个阶段中的默示许可既有着一脉相承，又存在着些许断裂与升华。而在大陆法系国家，版权默示许可制度处于较为次要的地位，既没有在成文法出现专门的制度规范，也未在相关的实践判例中获得明显的演化与发展，只是零星散见于个

别成文法规范之中，更接近一种隐性的制度。由于不同的版权理念，默示许可在两大法系中呈现出较为明显的制度分野形态，在立法态度、制度范畴、具体规则上均有差异，但利益衡平的精神是二者制度上的契合点，也是构建系统化版权默示许可制度的潜在依据。

第四章是我国版权默示许可制度立法与实践分析。我国版权法上的默示许可制度资源事实上非常丰富，在立法方面，既有法律上的版权默示许可制度，又有条例、司法解释上的版权默示许可；在司法实践方面，我国版权默示许可经历了初步萌芽、需求膨胀、立法因应和运用突破四个发展阶段，进一步延伸和丰富了立法上的制度内容，也折射出立法上的制度空隙。我国版权默示许可制度具有明显的双线性，这种双线性既体现在立法上的制度规范与实务中的制度实践发展的差异，又表现在传统环境与新兴环境制度规制对象的不同。再加上立法制度上的传播假定和潜在性、隐藏性特征，使得我国版权默示许可制度的立法与实践合力与张力并存。从整体上看，我国版权默示许可具有较好的制度基础，但在宏观上，我国版权默示许可制度存在着立法宗旨与发展方向摇摆不定之不足；在中观层面上，制度对象领域选择不尽合理；在微观上，具体规则设计有需要完善之处。

第五章是对版权默示许可制度的正当性论证。从纵向角度讲，对权利滥用的限制，以及版权法律关系中公益与私益的冲突与协调，是版权限制制度的正当性基础；从横向角度看，社会事实属性、法律属性、经济属性及价值属性通常构成了版权制度正当性论证的主要视角。本章选取“社会事实——利益平衡”、经济分

析、法律规则的属性与选择三个不同的视角进行正当性论证,在“社会事实——利益平衡”视角下,指出由于科学技术不断革新而引起的版权制度横向与纵向发展的持续性背离,在数字时代造成了严重的利益失衡,公共利益和私人利益遭受双重损害,而默示许可的制度价值迎合了恢复利益平衡的制度需求;在经济分析视角下,通过激励理论和交易成本理论对默示许可制度的内部正当性进行论证,而对其外部正当性的分析则借助社会经济学中的长尾理论来予以阐释;在法律规则的属性与选择的视角下,指出版权默示许可符合“三步检验法”规则,并对其他可能的法律制度具有比较优势。

第六章提出版权默示许可的制度建构设想。未来的版权默示许可制度应具双轨化的制度结构——“公共利益下的版权默示许可”和“权利人利益下的版权默示许可”。双轨制下的版权默示许可,由于作用机制和制度宗旨存在差异,在作用领域和范围上有所不同。从横向上来看,“公共利益下的版权默示许可”主要作用于作品的一般利用行为领域,尤其是数字技术环境下新兴的作品使用行为领域,而“权利人利益下的版权默示许可”则主要作用于传统版权限制领域中对权利人影响较大的使用行为;从纵向上看,由于版权限制制度的要义在于利益衡平,版权默示许可必须有着自己的制度边界,这将由其各自的基本法律要素决定。同时,双轨制下的版权默示许可效用的发挥还建立在一定的制度前提和制度支撑保障的基础之上。

结语部分指出本书的主要工作以及研究意义:在于认识和发掘版权默示许可的制度价值——以英美法系为代表的、以维护公

共利益为主旨的版权默示许可制度形态,与以大陆法系为代表的、以尊重保护版权人权益为主旨的版权默示许可制度形态,既通过默示许可意思的推定,以尽可能促进作品的传播与利用,体现了实现公共利益这一宗旨与目标的努力,又通过赋予权利人以否定该推定效力的权力,维护和尊重了作者及权利人利益,共存于利益平衡的根本法则之下,为数字技术网络环境下的利益协调提供了可能的路径。

目 录

第一章 绪 论

一、研究的缘起	1
二、研究意义	5
三、已有研究的回顾与评价	7
四、总体思路与研究方法	19
五、本书的难点及创新之处	25

第二章 版权默示许可制度的理论基础

第一节 民法上的默示行为理论	28
一、“默示”的内涵与类型	28
二、“默示”效力的认定	32
第二节 合同法中的默示条款理论	38
一、默示条款的内涵与特征	38
二、默示条款的类型与判定标准	42
三、默示条款的制度功能	48

第三节 许可与版权许可	49
一、许可的含义及特征	49
二、版权制度中的许可	50
三、版权许可的驱动机制	55
第四节 现有理论下版权默示许可内涵与性质辨析	58
一、版权默示许可的内涵	59
二、版权默示许可的法律要件	64
三、版权默示许可的基本特征	67
四、版权默示许可性质	70

第三章 比较法视角下的版权默示许可制度

第一节 英美法系版权默示许可的产生与发展	75
一、传统版权领域中的默示许可	76
二、数字环境中的版权默示许可	92
第二节 大陆法系国家版权默示许可制度及其与英美法系的比较	105
一、大陆法系国家版权默示许可制度概况	105
二、分野与契合：两大法系版权默示许可制度发展的比较及评析	110

第四章 我国版权默示许可制度立法与实践分析

第一节 法律上的版权默示许可制度	118
------------------------	-----

一、教科书编写中的默示许可规则	120
二、报刊转载中的默示许可规则	122
三、表演行为中的默示许可规则	124
四、录音制品中的默示许可规则	126
五、广播电台、电视台播放行为中的默示许可规则	128
六、公共媒体使用特定作品行为中的默示许可规则	132
第二节 以条例、司法解释形式出现的版权默示许可制度 ..	135
一、《信息网络传播权保护条例》上的版权默示许可 制度	135
二、相关司法解释上的默示许可制度	142
第三节 我国司法实践中的默示许可	144
一、初步萌发阶段——关东升诉道琼斯公司侵犯著作权 纠纷案	144
二、需求膨胀阶段——网络环境下系列版权侵权纠纷案 ..	149
三、立法因应阶段——金农公司与三面向公司侵犯著 作权纠纷案	154
四、运用突破阶段——北大方正诉广州宝洁侵害著作权 纠纷案	158
第四节 我国版权默示许可的制度特征与不足	164
一、我国版权默示许可制度的基本特征	165
二、我国版权默示许可制度的不足	170
 第五章 版权默示许可制度的正当性论证	
第一节 版权及其限制正当性的论证基础	174

一、版权正当性论证基础	175
二、版权限制的正当性论证基础	178
第二节 “社会事实——利益平衡”的视角	185
一、版权默示许可的制度背景	185
二、数字时代版权的正当性危机与默示许可	192
第三节 经济分析的视角	200
一、激励理论视角下的默示许可	201
二、交易成本理论下的默示许可	204
三、长尾理论下的版权默示许可	211
第四节 法律规则的属性与选择视角	215
一、版权默示许可的限制属性与“三步检验法”	215
二、相关制度的比较分析	217

第六章 版权默示许可的制度构建

第一节 双轨化的制度架构	227
一、英美法系国家版权默示许可制度的优势与欠缺	227
二、大陆法系国家版权默示许可制度的特色及不足	229
三、我国的制度特点	231
四、制度结构双轨化	233
第二节 利益平衡原则的统领	234
一、版权法利益平衡的作用机制	234
二、双轨制下的利益排序与均衡	237
第三节 基本要素与制度范畴	239

一、“公共利益下的版权默示许可”的基本要素与制度 范畴	240
二、“权利人利益下的版权默示许可”的基本要素与 制度范畴	246
第四节 制度前提与支撑	254
一、版权执法环境的优化	255
二、实施保障：版权集体管理制度	256
结 语	262
参考文献	265

第一章 绪 论

美国的 Warren Earl Burger 大法官曾这样描述过版权法：“版权法中存在着这样两条真理：第一，版权法中遍布需要调和的复杂利益冲突；第二，版权法不断受到技术发展所带来的挑战。”^① 因此，从版权诞生之初，技术发展带来的制度变革和利益冲突的协调与衡平就如同孪生兄弟一样，左右伴随着版权法的成长历程。当人类社会进入到了数字技术时代，技术变革和利益衡平再一次站在版权法的面前。不同的是，数字技术对版权的冲击前所未有的剧烈，利益衡平的态势在既有僵化的版权结构下已严重倾斜，以至于有学者对此评论道：“没有任何时代如同我们今天这样如此猛烈地置疑当今的知识产权制度，而且这种置疑在中外都屡见不鲜”。^② 在复杂的利益态势下，灵活性成了版权制度变革绕不过去的话题。思考新技术环境下适宜的版权变革途径，是本书研究的起点与主线。

一、研究的缘起

在人类历史的长河中，科学技术是全面改变人类生活以及生

^① Sony Corp. of America. V. Universal City Studios, Inc., 464 U. S. 417, 429 (1984).

^② 李杨：《知识产权基础理论和前沿问题》，法律出版社 2004 年版，第 123 页。

产方式的重要推动力量。而人类为了适应这一改变,必然会导致规范人类社会生活和生产活动实践的权利、义务关系的改变,因而相关的法律制度也随之产生持续性的变革,甚至不断催生出一些全新的法律规范制度。数字技术及互联网的出现虽然时间短暂,但却是自近代工业革命之后对人类社会以及生产方式都产生极其重要影响的一项技术成果。数字技术通过一定的规则把连续变化的信息进行离散取样,将其量化为“0”和“1”的数字形式,并对这种数字形式的信号进行加工处理,然后传输。因而与以往的信息技术相比,具有处理便捷、通用灵活、控制精度高以及抗干扰能力强等诸多优势,从而在根本上提升了人们对信息的处理能力。数字技术从开始显现到现在也不过仅仅几十年的时间,它的极速发展让全球逐渐演化成为一个无国界的数字地球村。在这个数字地球村中,所有的言论、信息、思想都得以自由且迅捷的表达和传播。可以说,数字技术将人类社会从以往的被动性的、受控于广播、报纸、电台、电视等的公众媒体时代,带入了互联网站、电子论坛、博客、微博等具有主动特征的自媒体时代。^①然而,科学技术往往是一把双刃剑,数字技术在给人们带来信息自由与便利的享受的同时,也深刻影响并改变着人们关于版权的观念和各国版权法结构。

数字技术网络时代既为版权的传播提供了崭新的渠道,但同时也使版权更加容易受到侵犯。随着数字技术的飞速发展,海量的数字化信息材料能够被简便、迅捷、低成本、高质量的流转扩散,给传统的版权制度造成了巨大冲击,也对既有版权法律规范

^① 熊文聪:“数字技术与版权制度的未来”,载《东方法学》2010年1期。

确立的社会秩序带来了强烈影响,引起的社会纠纷持续不断。在我国,这一点也体现得极为明显,比较有影响的案件较远的如1999年发生的王蒙等六位作家诉世纪互联通讯技术有限公司版权纠纷一案,较近的如国际唱片公司起诉百度公司版权侵权纠纷案、以及大量的关于MP3音乐文件下载网络侵权纠纷等等。可以说,数字网络技术为传统版权的保护带来了极大的挑战。因而加强对版权的保护、保障知识经济发展的呼声与倡议此起彼伏。然而蹊跷的是,另一方面,关于“版权已经死亡”的论调声却也不绝于耳,有学者甚至作出“世纪末的版权制度将如同泰坦尼克号之旅,会在因特网的冰海上沉没”^①的预言。各种限制版权扩张、恢复私人利益与公共利益平衡的方案相继提出,如商业利用权模式、接触权模式、传播权模式等等,与之相随的是遏制版权扩张趋势、提倡开放存取精神的“开源”运动正方兴未艾,一时间各种现象相映成趣,令人目不暇接。作为一名版权法领域的研究者,数字技术网络环境下版权法的出路和变革方向问题是一个无法避绕的领域。

在长期的研究与思考过程中,笔者越来越体会到这个问题:从国外几百年来的版权立法轨迹上看,科学技术发展直接带来的是版权人的权益不断扩张,而社会公众信息自由相关利益范围日趋缩小的历史,版权制度在其中扮演的便是一个不断适应时代变化、费力地保持二者利益大致平衡的协调人角色。但是当这一历史进程迈入到数字技术网络时代,版权法却面临着一个棘手的问题。

^① Lionea Bently, *Copyright and the Death of the Author in Literature and Law*, *Modern Law Review*, Vol. 57 (1994).