

知 · 识 · 产 · 权 · 法 · 研 · 究 · 丛 · 书

总主编 ● 林秀芹

录音制品二次使用的 法律问题研究

Research of Legal Issues on
Secondary Use of Phonograms

刘铁光 \ 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

录音制品二次使用的 法律问题研究

Research of Legal Issues on
Secondary Use of Phonograms

刘铁光 \ 著



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

录音制品二次使用的法律问题研究/刘铁光著. —厦门:厦门大学出版社,
2011.8

(知识产权法研究丛书/刘秀芹主编)

ISBN 978-7-5615-3944-6

I. ①录… II. ①刘… III. ①录音资料-著作权法-研究-中国 IV. ①D923.414

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 095677 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@public.xm.fj.cn

厦门市明亮彩印有限公司印刷

2011 年 8 月第 1 版 2011 年 8 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:15.5 插页:2

字数:272 千字 印数:1~2000 册

定价:30.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



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 言

“中国知识产权法用二十年的时间走过了西方国家二百年所走过的立法历程”，这确实是一个不争的事实。然而，“录音制品二次使用”制度的缺位近年来却备受诟病。特别是，随着网络化和数字化技术的发展，音乐使用和消费方式发生了根本性转变——从传统的销售唱片到通过有线、无线广播，网络传播，在线收听，手机播放等。这种转变使得以销售实体唱片、录音带为主要经营模式的音像产业面临严重的生存威胁，于是，唱片制作者要求赋予“二次使用权”的呼声日益高涨。我国是否在《著作权法》未来的修订中赋予唱片制作者对录音制品以广播权和表演权，成为立法者无法回避的问题。在这一关头，刘铁光博士此著的出版无疑具有重要而深远的意义。

早在1961年《保护表演者、录音制品制作者和广播组织国际公约》（即《罗马公约》）第12条即规定了“Secondary Uses of Phonograms”，即“商用录音制品及其复制件在被广播或其他任何方式向公众传播时，使用者应该向表演者、或者向录音制品制作者、或者向两者支付一笔单一（single）的报酬”，“录音制品二次使用”也因此而得名。中国并未加入《罗马公约》，即使是加入了之后的《世界知识产权组织表演和录音制品条约》（即WPPT），也对规定了“录音制品二次使用”的第15条声明保留。因此，中国并未有国际条约上的义务赋予表演者、录音制作者因其录音制品用于广播与向公众传播时获取报酬的权利。这也许是该问题未受关注的重要原因。虽然文艺界包括表演者与录音制作者代表曾经呼吁在我国《著作权法》赋予其表演权与广播权，学界也曾对是否应该赋予上述权利展开过小范围的争论，但探讨该主题的成果依然寥若晨星，专门著作更是付之阙如。铁光的博士论文《录音制品二次使用的法律问题研究》无疑适时地弥补了这一缺憾。

该著不仅从整体上探索著作权在网络数字时代的正当性危机与出路，论证对“录音制品二次使用”进行赋权的正当性，而且还从中国音乐产业发

展的需求证成了“录音制品二次使用”在中国未来《著作权法》的赋权。同时,作者在详尽地对英、美、德、法等国的“录音制品二次使用”赋权进行比较研究之后,勾勒出我国未来《著作权法》对“录音制品二次使用”赋权的立法模式。最后,作者还从著作权集体管理制度的视角对“录音制品二次使用权”的实现提出了具体的制度路径和制度设计。该著作对中国《著作权法》第三次修订是否应该对“录音制品二次使用”进行赋权以及如何赋权作了深入的分析,对立法具有重要的参考价值。

铁光是我指导毕业的第一位博士生,勤奋好学,在厦门大学勤勉研读三年,在学术上颇有收获,在著作权法方面发表了近10篇论文,确为同学中的佼佼者。他在博士论文《录音制品二次使用的法律问题研究》中敢为并不弱小的录音制作者鸣不平,发出“冒天下之大不韪”、“超TRIPS协议之议”之声,既需要作为学者的勇气和胆识,更需要扎实的功底和令人信服的论证。真是功夫不负有心人。

在此著即将出版之际,作为导师,甚感欣慰。聊作此序以示庆贺,同时也希望铁光博士继续为知识产权法学术的繁荣和发展贡献自己的力量。

是为序。

林秀芹

2011年4月8日

内容摘要

作为版权核心产业之一的中国录音产业遭遇持续快速缩水,产业界人士呼吁我国《著作权法》对录音制品二次使用进行赋权。学界对该种权利诉求的浅层面的分析形成正反两种观点,本书认为需要对录音制品二次使用赋权的正当性进行全面的透视,以中国利益为中心,论证对录音制品二次使用赋权的必要性以及如何科学地构建该种权利。

本书第一章介绍录音制品二次使用的界定与保护历程。录音制品二次使用是指表演者与录音制作者对录音制品用于广播与向公众传播时,使用者应向表演者与录音制作者支付报酬。其在著作权伴随传媒技术发展而扩张的进程中得以产生。《罗马公约》第12条对录音制品二次使用的全面保护成为各国著作权法保护录音制品二次使用的助推器。由于众多利益集团在这种扩张进程中的推动作用,使形成的具有庞大权利束的著作权未得到充分的正当性论证,遭遇著作权侵权成为一种正常现象的正当性危机。虽然录音制品二次使用赋权符合著作权不直接控制消费者、不限制创作自由与网络技术发展的正当性内涵,但其依然需要在著作权体系中论证其正当性,尤其是在著作权遭遇正当性危机的情形下。

为此,第二章从著作权中财产权控制权利客体公开使用的本质、著作权与邻接权之间平等权利的配置、相关主体之间利益格局平衡的维持三个方面论证录音制品二次使用赋权的正当性。

作为公共政策选择的工具之一,本书第三章对经济学、法律全球化与公共政策选择三个视角的分析表明,只有以中国录音产业的真正需求为出发点才能论证其是否需要在我国赋权。通过我国录音产业的发展需求与印度版权法中录音制品二次使用权对其录音产业的重要性表明,对录音制品二次使用进行赋权是我国音乐产业复兴的必经之路。

第四章在比较法分析与借鉴的基础上,结合我国《著作权法》现有制度资源,建议我国《著作权法》对录音制品二次使用权进行如下安排:权利采取报酬权的模式,赋予录音制作者,规定表演者参与报酬分配;具体份额由双方协商,但协商中不得限制与排除表演者的报酬权。并且将广播的范围扩展至有线或无线的直播、转播、重播、广播的公开播放、网播、广播的网络同步播放以及网

络转播,而表演主要指机械表演。对著作权人通过录音制品表演其已发表作品亦采取法定许可的制度安排。

鉴于录音制品二次使用权所具有的垄断性,第五章为该权利设置了限制制度:删除权利制度的“兜底条款”,坚持著作权法定原则;删除限制制度中“事先声明排除”,保护限制制度所维护的公共利益;增加符合条件诸如教学、免费表演等活动中对录音制品的广播与表演作为对该权利的合理使用;对特定的使用者给予特定优惠待遇。

最后对该权利的实现设置了配套机制:对表演者与录音制作者的该种权利采取必须委托集体管理组织行使的强制性集体管理;指定一个专门的法院受理报酬标准以及表演者与录音制作者之间的分配份额争议;并将报酬权之一的录音制品二次使用权在性质上界定为一种介入绝对权与相对权之间的权利,适用我国《著作权法》第47条第1款第7项进行保护,侵权责任主要为停止侵权(停止继续使用)与支付使用费。

关键词:录音制品二次使用权 正当性 构建



缩略语

《伯尔尼公约》	1886 年《保护文学艺术作品伯尔尼公约》 (1971 年巴黎文本)
《罗马公约》	1961 年《保护表演者、录音制品制作者和 广播组织的国际公约》
《录音制品公约》	1971 年《保护录音制品制作者防止未经许 可复制其录音制品公约》
《世界版权公约》	1952 年《世界版权公约》(1971 年巴黎修订 本)
《卫星公约》	1974 年《关于播送由人造卫星传播载有节 目的信号的公约》
DMCA	美国 1998 年《数字千年版权法》
EUCD	《2001 年 5 月 22 日欧洲议会和欧盟理事 会关于协调信息社会中版权和相关权利若 干方面的第 2001/29/EC 号指令》
IFPI	国际唱片业协会
TRIPS	1994 年《与贸易有关的知识产权协定》
RIAA	美国唱片业协会
WCT	1996 年《世界知识产权组织版权条约》
WPPT	1996 年《世界知识产权组织表演和录音制 品条约》
WIPO	世界知识产权组织
WTO	世界贸易组织

目 录

内容摘要

缩略语

导 言	(1)
一、背景与主题	(1)
二、写作进路	(3)
三、研究方法	(7)
四、特别说明	(8)
第一章 录音制品二次使用的界定与保护历程	(10)
第一节 录音制品二次使用的界定	(11)
一、基础性名词的解释	(11)
二、录音制品二次使用的内涵	(14)
第二节 录音制品二次使用获得保护的历程	(18)
一、印刷技术、作曲与纸面音乐作品的复制权	(18)
二、音乐表演、机械再现与公开表演权、机械复制权	(21)
三、录音技术的进步与表演者、录音制作者权利的出现	(22)
四、录音制品二次使用赋权的诞生与发展	(24)
第二章 录音制品二次使用赋权的正当性	(29)
第一节 录音制品二次使用赋权正当性论证的必要性	(29)
一、著作权正当性的养成	(30)
二、著作权正当性危机及其表现	(35)
三、著作权正当性危机的根源	(42)
四、著作权正当性的出路	(46)

五、小结:录音制品二次使用赋权正当性论证的必要	(50)
第二节 正当性之一:权利客体公开使用控制的必然反应	(51)
一、著作权中财产权的本质	(52)
二、竞争性使用与公开使用的控制在著作权中的体现	(55)
三、录音制品二次使用赋权的正当性:权利客体公开使用 控制的必然反应	(56)
第三节 正当性之二:著作权与邻接权之间权利 平等配置的必经之路	(57)
一、著作权与邻接权之间原本的统一	(57)
二、等级关系理论的形成	(59)
三、等级关系理论对各国与国际著作权立法的影响	(62)
四、等级关系理论的基础及其证伪	(65)
五、著作权与邻接权之间冲突关系的平等协调原则	(70)
六、录音制品二次使用赋权的正当性:著作权与邻接权之间 权利平等配置的必经之路	(72)
第四节 正当性之三:利益格局平衡维持的有效路径	(73)
一、著作权法中利益平衡的基本内涵及其实现	(75)
二、录音制品二次使用中各主体之间的利益格局	(78)
三、录音制品二次使用赋权的正当性:利益格局 平衡维持的有效路径	(79)
第三章 录音制品二次使用在我国赋权的证成	(84)
第一节 录音制品二次使用在我国赋权的多视角分析	(84)
一、正反观点概述	(85)
二、录音制品二次使用在我国赋权的经济学视角	(89)
三、录音制品二次使用在我国赋权的法律全球化视角	(90)
四、录音制品二次使用在我国赋权的公共政策选择视角	(92)
五、小结	(104)
第二节 我国音乐产业发展对录音制品二次使用赋权的需要	(105)
一、音乐产业的链条结构	(105)
二、中国音乐产业的困境及其原因	(106)
三、唱片业缩水的原因:数字盗版与收益获取路径单一	(107)
四、我国音乐产业的复兴之路:录音制品二次使用赋权	(112)

五、小结	(114)
第四章 录音制品二次使用权的构建(一):权利制度	(115)
第一节 录音制品二次使用权的比较法分析	(115)
一、国际条约中的录音制品二次使用权	(115)
二、主要国家著作权法中的录音制品二次使用权	(120)
三、比较分析	(135)
第二节 录音制品二次使用权的制度构建	(137)
一、权利性质的选择	(137)
二、权利享有的模式	(144)
三、权利主张的主体	(146)
四、立法例的安排	(148)
五、小结	(149)
第三节 录音制品二次使用权的权利范围	(149)
一、“营利性”或“商业性”的使用问题	(150)
二、广播的范围	(153)
三、向公众传播的范围	(160)
四、录音制品的范围	(161)
五、小结	(164)
第五章 录音制品二次使用权的构建(二):权利限制制度	(165)
第一节 著作权限制制度的构建原理	(165)
一、著作权法定原则是著作权限制的基础	(165)
二、著作权限制的法定性	(171)
三、著作权限制的不可排除性	(172)
四、小结	(173)
第二节 《著作权法》限制制度对录音制品二次使用权的适用	(174)
一、录音制品二次使用权限制的立法例	(174)
二、合理使用制度对录音制品二次使用权的适用	(175)
三、小结	(177)
第三节 录音制品二次使用权限制制度的构建	(178)
一、录音制品二次使用权限制制度的构建目标:利益平衡	(178)
二、录音制品二次使用权限制的条约空间	(179)

三、录音制品二次使用权合理使用的限制	(179)
四、对特定使用者的优惠待遇	(184)
五、小结	(185)
第六章 录音制品二次使用权的实现	(186)
第一节 录音制品二次使用权的集体管理	(187)
一、著作权集体管理组织的起源及其在	
数字环境中的地位与作用	(187)
二、集体管理对录音制品二次使用权的适用	(192)
三、集体管理组织的选择、强制性集体管理与监管	(193)
第二节 报酬标准争议的解决机制与报酬的分配	(197)
一、录音制品二次使用权的报酬标准	(197)
二、报酬标准争议的解决机制	(199)
三、报酬的分配	(204)
第三节 录音制品二次使用权的保护	(206)
一、录音制品二次使用权的性质	(206)
二、录音制品二次使用权的侵权责任规则	(209)
三、小结	(213)
结 论	(214)
参考文献	(218)
后记	(231)



导 言

一、背景与主题

虽然知识产权已经被确定为一种私权,但这并不影响其作为一种公共政策工具而被当今世界众多国家作为发展战略的重点选择,著作权同样如此。我国亦在 2008 年颁布了《国家知识产权战略纲要》,其中明确了版权产业(copyright-based industries)发展的重要性,确立了版权产业的发展目标——核心版权产业产值占国内生产总值的比重明显提高。众多的国外研究成果表明,版权制度是版权产业发展的基础与前提。^①作为核心版权产业之一的录音产业,涉及版权产业中的全部五个市场,^②自然无法离开版权制度的支撑。然而,随着数字网络技术的冲击,中国唱片业以每年 13% 的速度缩水,自 2003 年到 2007 年 5 年间损失近 1 亿美元,使中国录音产业举步维艰。^③在这种背景下,产业界人士纷纷要求赋予表演者与录音制作者

① For example, Jennifer Skilbeck, *The Economic Importance of Copyright*, London: International Publishers Association, 1988; Richard Watt, *Copyright and Economic Theory: Friends or Foes?* Camberley: Edward Elgar Publishing Limited, 2000.

② WIPO 在 2003 年发布的《版权产业经济贡献调查指南》中认为属于“核心版权产业”的有:影视产业(电影、电视、戏院和家庭之录像),录音产业(唱片、磁带和 CD 盘),音乐出版业,图书、报刊出版业,软件产业(含数据处理、商用以及交互式游戏软件),合法剧院,广告,以及无线电、电视和电缆播放业。并且按照不同的权利将版权市场分为五个市场,即复制、发行、向公众传播、表演与广播。See WIPO. *Guide on Surveying the Economic Contribution of the Copyright-Based Industries*, 2003, http://www.wipo.int/copyright/en/publications/.../copyright_pub_893.pdf, 2010-3-24.

③ 有人甚至认为我国唱片产业的总产值还不及某些餐饮酒店的一年的收入。参见沈永革:《唱片产业举步维艰,修法挽救当务之急》,载《中国新闻出版报》2010 年 2 月 4 日第 6 版。

表演权与广播权。^①这在1961年缔结的《罗马公约》中,被称为录音制品二次使用(secondary use of phonogram)。^②产业界的这种权利诉求在我国学术界得到了一定回应,但形成两种相反的态度——支持与反对。

录音制品二次使用赋权在国外有较长的实践历史:法国,作为录音制品二次使用权之一的录音制作者对录音制品通过广播的报酬权,早在20世纪30年代,就通过录音制作者协会与广播组织谈判获得了报酬;^③意大利,表演者对其表演用于广播的报酬权在1941年的《意大利著作权法》得到立法上的确立。^④并且随着1961年《罗马公约》的缔结,该权利已经部分或全部得到世界主要国家著作权法的承认与保护。随着立法的推进,国外理论界对录音制品二次使用的法律问题虽未形成系统的研究,但零散的研究亦完成该问题一般性的理论准备。不过,录音制品二次使用的理论基础在国内并未得到充分的研究,现有极少研究文献只是以“我国《著作权法》是否应该确立这种权利”为主题进行浅层面的分析。^⑤对于录音制品二次使用赋权本身的正当性、在中国赋权的证成、具体如何构建该种权利以及该种权利的实现等问题都没有深入的研究。为此,本书将对录音制品二次使用的法律问题进行深入的分析与探讨,为我国《著作权法》科学、合理地构建该权利

① 白炜:《17家唱片公司呼吁尊重广播权和表演权》,http://www.cipnews.com.cn/showArticle.asp?Articleid=5050,2009-9-6;《呼唤赋予录音制品制作者广播权、表演权》,载《中国新闻出版报》2008年9月26日;《文艺界大腕呼吁保护表演权》,http://news.sohu.com/20070313/n248681579.shtml,2009-9-6;沈永革:《唱片产业举步维艰,修法挽救当务之急》,载《中国新闻出版报》2010年2月4日第6版。

② 当然《罗马公约》第12条所规定的权利是一种报酬权,而中国产业界只是一种概括性的诉求,并未明确权利本身的性质。

③ See France, by Pierre Chesnais, (in) Stephen M. Stewart, ed., *International Copyright and Neighboring Rights* (2nd ed.), London: Butterworths, 1989, pp. 403~404.

④ See Stephen M. Stewart, ed., *International Copyright and Neighboring Rights* (2nd ed.), London: Butterworths, 1989, p. 195.

⑤ 国内对录音制品二次使用问题进行研究的文献主要有:刘晓海:《完善我国邻接权制度的若干思考》,载《中国新闻出版报》2008年11月13日第7版;张今:《录音制作者权利需要更新和扩张》,载《中国新闻出版报》2008年11月13日第7版;张伟君:《录音制作者的广播权和表演权应该缓行》,载《电子知识产权》2007年第10期;张伟君:《维权还是扩权:这是个问题——再论录音制作者的广播权和表演权》,载《电子知识产权》2008年第1期。

提供基础理论储备。

二、写作进路

本书以“录音制品二次使用的法律问题”为主题,除导言和结论外,沿着“录音制品二次使用的诞生——赋权的正当性——在中国赋权的证成——权利构建——实现”的路径,分六章研究录音制品二次使用的前世今生、赋权的正当性、制度构建以及实现机制。

录音制品二次使用是《罗马公约》第12条对表演者与录音制作者对使用者广播与向公众传播其录音制品所享有的单一报酬权的概括性称谓。这种称谓只在一定范围内为国内外著作权法学者所使用,但并未成为各国与国际著作权法的立法语言,因此需要对该概念进行明确的界定。为此,第一章在界定录音制品与作品、录音制品上的主体及其权利之后,结合我国《著作权法》对表演权与广播权的界定,将录音制品二次使用初步界定为:录音制品被用于广播与表演时,使用者应向表演者与录音制作者支付报酬。接着将录音制品二次使用赋权的诞生历程放入著作权伴随传媒技术发展而扩张的历史进程中加以阐述,以对录音制品二次使用的前世今生进行系统的梳理:印刷技术与作曲的诞生,催生了纸面音乐作品的复制权;而音乐表演与机械再现则催生了公开表演权与机械复制权;录音技术的发展使表演者与录音制作者产生了权利诉求,从而导致部分国家开始保护这两种权利主体。^① 录音制品二次使用中的部分权利也先后在法国与意大利得到合同与立法的保护。国际层面上,在将表演者与录音制作者的权利诉求要求纳入《伯尔尼公约》保护的希望多次破灭后,在知识产权联合国际局、联合国教科文组织与国际劳工组织的联合努力下诞生了1961年《罗马公约》。虽然录音制品二次使用是《罗马公约》缔结过程中最为棘手的问题,但最终还是得以完整地写进了公约的第12条。随着《罗马公约》对各国著作权法中邻接权制度的推动,部分国家先后在著作权法中保护录音制品二次使用,尤其是在加入《罗马公约》时并未声明对第12条进行保留的拉丁美洲国家,基本都在加入《罗马公约》之后规定保护录音制品二次使用。此外,基于《欧盟

^① 德国(1910)、英国(1911)、奥地利(1920)、瑞士(1922)、意大利(1941)等国家的著作权法相继开始保护表演者与录音制作者的权利。See Stephen M. Stewart, ed., *International Copyright and Neighboring Rights* (2nd ed.), London: Butterworths, 1989, p. 222.