



清华知识产权评论

Tsinghua Intellectual Property Review

清华大学微软创新与知识产权联合研究中心
清华大学法学院知识产权法研究中心

主办

2015年第1期（总第1期）

万 勇 论欧盟指令“向公众传播权”的含义

吴雨辉 版权制度与新媒体环境的“再适合”
——以作者权利认知的变迁为视角

徐 伟 我国通知移除制度失效的现实考察及对策思考

刘晓军 混淆误认与商标共存制度的适用

梁志文 专利权的界定：沟通权利要求的解释与公开充分性

何怀文 陈如文 专利共有制度的博弈分析

冯晓青 我国企业专利运营及其战略运作探析

张 鹏 专利法中“修改超范围判断”的原理与实践

张 静 论创造性判断中的技术启示问题

刘 强 伍凌霄 专利等同侵权原则的实证研究

梁 勇 功能性限定特征中的等同实施方式和等同原则



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



清华知识产权评论

Tsinghua Intellectual Property Review

清华大学微软创新与知识产权联合研究中心 | 主办
清华大学法学院知识产权法研究中心

2015年第1期（总第1期）



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

清华知识产权评论 / 清华大学法学院知识产权法研究中心, 清华大学 - 微软创新与知识产权研究中心主办.
—北京: 法律出版社, 2015. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7884 - 7

I. ①清… II. ①清…②清… III. ①知识产权—文集 IV. ①D913.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 082371 号

清华知识产权评论

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16

版本 2015 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 14.5 字数 223 千

印次 2015 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7884 - 7

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

《清华知识产权评论》第一期终于要出版了。千里之行迈出第一步,还谈不上可喜可贺。要获得真正的学术认同,她还有很长的路要走。不过,现在摆在她面前的是前所未有的机遇。

经过三十多年的改革开放,中国在经济文化领域取得了巨大的成就,开始了“中国制造”向“中国创造”的伟大转型。毫无疑问,在这一转型过程中,更加认真地对待知识产权,促进公众创新的积极性,是中国的不二选择。中国社会正在大踏步地朝着这一方向迈进,知识产权领域的指导思想和公共政策也随之发生深刻的变化。在中国成为世界市场之后,我们在创新与知识产权领域很小的调整动作就会在世界范围内产生震荡。更大的影响力意味着更大的责任。从此,中国需要以更多的耐心和更大的智慧来迎接知识产权领域的全球挑战。繁荣知识产权学术研究,帮助决策者坦然面对各种知识产权难题,比过去任何时候都显得急迫和重要。

在这一激动人心的转型过程中,清华大学作为中国顶尖的学术机构自然要从智力上参与这一进程并发挥学术领导作用,帮助中国的决策者在重大的创新与知识产权政策上做出明智的选择以最大限度地激发中国社会的创造力。联合微软公司设立“清华大学—微软创新与知识产权联合研究中心”,努力将之建设成为中国乃至世界的知识产权研究的高端智库,培养创新与知识产

权学术研究和公共决策的领导人物,正是清华大学参与塑造中国知识产权历史的重要举措。

在这一宏大背景下,清华大学—微软创新与知识产权联合研究中心组织编辑出版这本《清华知识产权评论》,自然也有了很高的期待。一方面,我们希望编辑知识产权评论这一工作本身,能够在清华大学法学院营造浓厚的学术氛围,提升年轻的学生编辑团队的学术素养,帮助他们成长成为中国下一代的学术领导者。在这一意义上,知识产权评论还没有出版,我们就成功了一半。另一方面,我们也真诚地期盼,《清华知识产权评论》能够很快就亭亭玉立、花枝招展,成为知识产权学术的风向标,能够吸引中国顶尖学者和决策者关注的目光。到那时,这本评论将成为研究中心所努力创建的知识产权学术交流平台的不可或缺的一部分。

诚然,相对兄弟院校类似的出版物而言,《清华知识产权评论》多少有点姗姗来迟,要完全实现我们的期待,必然要经历一段艰苦的奋斗历程。十多年前,笔者作为学生编辑,就见证过中国顶尖大学的一本知识产权评论的诞生。十多年过去,当年打造顶尖刊物的理想,似乎已经擦肩而过,渐行渐远。时过境迁,学生时代的种子再次在清华萌发,但成长的苦痛肯定也不能避免。在时下的中国学术市场,尤其如此。现有资源分配体制深刻地左右着学者们的学术出版偏好。评论类出版物要获得类似学术期刊的学术影响力,必须付出百倍的努力。因此,编辑出版一本权威的知识产权评论,依然是一个奢侈梦想和一项艰巨的任务。不过,我们还是决定试一试。网络时代已经真切地到来,学术出版市场的秩序重建不可避免。加入先行者的行列,以乐观积极的心态来编辑这本评论并坚持到底,我们就有机会成为新秩序的缔造者。

最后,由衷地感谢清华大学法学院的优秀学生编辑团队!感谢连冠、周小舟、邵术恒、杨柳叶青、王荡等同学!也感谢那些投稿创刊号的作者们!是同学们的辛勤工作和作者们的倾心支持才使得评论的面世成为可能。在大家的共同努力下,这本评论想不成功,恐怕都难。

崔国斌

2015年7月

清华知识产权评论

论欧盟指令“向公众传播权”的含义 / 万 勇 / 1

版权制度与新媒体环境的“再适合”

——以作者权利认知的变迁为视角 / 吴雨辉 / 19

我国通知移除制度失效的现实考察及对策思考

/ 徐 伟 / 35

混淆误认与商标共存制度的适用 / 刘晓军 / 55

专利权的界定: 沟通权利要求的解释与公开充分性

/ 梁志文 / 81

专利共有制度的博弈分析 / 何怀文 陈如文 / 103

我国企业专利运营及其战略运作探析 / 冯晓青 / 128

专利法中“修改超范围判断”的原理与实践 / 张 鹏 / 150

论创造性判断中的技术启示问题 / 张 静 / 166

专利等同侵权原则的实证研究 / 刘 强 伍凌霄 / 185

功能性限定特征中的等同实施方式和等同原则

/ 梁 勇 / 206

论欧盟指令“向公众传播权”的含义

万 勇*

摘要:现行重要的国际版权公约有关财产权的规定受欧洲主要的大陆法系国家的影响较大,我国《著作权法》在制定与修改时,借鉴了国际版权公约的规定,实际上也就是间接借鉴了欧盟指令的规定。在欧盟指令以及国际公约中,“向公众传播权”是在不同意义上使用的:作者与邻接权人所享有的“向公众传播权”的范围不同,邻接权的三类主体各自享有的“向公众传播权”的范围也不同。鉴于中国已经启动著作权法第三次修改,因此欧盟指令的相关规定,对于中国的修法工作有着重要的参考价值,应准确理解欧盟指令“向公众传播权”的含义。

关键词:欧盟指令 向公众传播权 中国著作权法修改

我国已经启动《著作权法》第三次修改,国家版权局在网站上也公布了相关草案,征求公众意见。其中,对于传播权内容作了重要改动,但是,相关规定仍有进一步完善的空间。欧盟指令与我国《著作权法》在传播权体系的规定上比较相似,因此,认真分析欧盟相关指令

* 上海交通大学法学院教授。本文受中欧法学院(CESL)研究项目资助。

的历史发展,准确把握有关概念的内涵,对于我国修改《著作权法》具有重要的参考价值。

一、引言

欧共体/欧盟为了协调各国的版权法,在版权与相关权领域先后通过了七个指令。^① 这些指令包括:《计算机程序保护指令》、《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》、《卫星广播与有线转播指令》、《保护期指令》、《数据库指令》、《追续权指令》以及《信息社会指令》。

欧共体/欧盟在协调各国版权法的进程中,其中一个焦点问题是各国版权法有关经济权利(专有权)的规定。^② 上述提及的七个指令几乎都涉及专有权的内容;其中,向公众传播权最为复杂。因为相关指令授予作者、表演者、录音制品制作者以及广播组织所享有的向公众传播权的范围并不相同。本文将对相关指令所规定的“向公众传播权”的含义,结合起草历史、所借鉴的国际条约,展开法律解释,以期对相关问题予以清晰地阐释。

在欧共体/欧盟颁布的七个与版权有关的指令中,第一个规定“向公众传播权”的指令是1992年《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》;此后,1993年《卫星广播与有线转播指令》、2001年《信息社会指令》也规定了“向公众传播权”。

① 依据《欧共体条约》第249条的规定,欧共体可以实施的重要法律行为,包括通过对各成员国具有约束力的条例(Regulations)、指令(Directives)和决定(Decisions)以及不具有约束力的建议(Recommendations)和意见(Opinions)。当然,在实践中,欧共体也会通过决议、宣言等,但是,在著作权与相关权领域,依据《欧共体条约》第47条第(2)款的授权,欧共体只能通过指令。指令所具有的法律约束力也仅针对成员国实施指令的结果,而不管实施的形式和手段;当然,就这一点而言,指令这种法律形式非常适合协调各成员国的国内立法。此外,与条例——不仅适用于成员国以及欧共体机构,也适用于个人——不同,指令并不能直接适用于个人。

② Mireille van Eechoud, Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking, 67 (2009).

二、《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》

从《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》的名称可以看出,该指令涉及了两项议题:一个是出租权和借阅权;另一个是与版权相关的某些权利,即相关权(related rights)。指令之所以没有采用邻接权(neighboring rights)这一术语,是因为该术语更为中立,可以表明指令并不希望将大陆法系的“著作权与邻接权”体系强加给采用版权体系的成员国;采用版权体系的成员国只要根据指令对表演者、录音制品制作者、电影制作者^③以及广播组织给予保护,即可继续维持其版权体系。^④

初看上去,这两项议题似乎没有太大关联,将其同时规定在一个指令中,似乎不大合适。但考察历史,我们发现,欧共体理事会作出如此安排,其出发点是,如果某些成员国未给予相关权权利人任何保护,如复制权的保护,要令这些国家给予相关权权利人以出租权和借阅权的保护,似乎不大现实。因此,要令各成员国为相关权权利人提供出租权和借阅权的保护,就必须同时令其为相关权权利人提供比出租权和借阅权更为基础的复制权、录制权等权利保护。^⑤

《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》第8条规定了“向公众传播权”,该条款很大程度上借鉴了《罗马公约》第7条、第12条、第13条有关“向公众传播权”的相关规定,同时在有些方面作了改进(相关内容参见下文论述)。第8条规定的只是最低程度的协调标准,欧盟成员国可以在其国内法中规定更高水平的保护。^⑥相比较而言,录制权、复制权以及发

^③ 电影制作者是指:首次将电影录制下来的自然人或法人。参见 Michel M. Walter & Silke von Lewinski ed., *European Copyright Law: A Commentary*, 275 (2010)。《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》授予了电影制作者以出租权、借阅权、复制权、发行权,但没有授予其向公众传播权。参见《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》第2条、第7条、第9条。

^④ Michel M. Walter & Silke von Lewinski, *European Copyright Law: A Commentary*, 310 (Oxford University Press, 2010)。

^⑤ Ibid., p. 254。

^⑥ 《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》序言第20项陈述(recital 20)。

行权,指令规定的则是统一的协调标准。这一结论可以从序言第20项的规定反推出来:它只提及了“成员国可以为与版权相关的权利的所有人提供比本指令第8条的规定更高水平的保护”,而没有提及第6条(录制权)、第7条(复制权)、第9条(发行权);这也就意味着各成员国在国内法中对这三种权利的内容应当作出与指令完全一致的规定。^⑦不过,各成员国在规定涉及录制权、复制权以及发行权这三种权利的限制时,还是有一定的自由裁量权。^⑧

《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》第8条有三个条款,第1款和第3款分别规定了表演者和广播组织所享有的向公众传播专有权,第2款规定了录音制品制作者与表演者所享有的向公众传播获得报酬权。本来,欧共体理事会提出的草案中还有第4款:“第8条的内容不损害《卫星广播与有线转播指令》的内容。”但在正式的文本中,被删除了。原因是欧共体理事会最开始是设想先通过《卫星广播与有线转播指令》,再通过《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》。但是,后来的情形是,《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》将早于《卫星广播与有线转播指令》通过,而《出租权和借阅权以及某些与版权相关的某些权利指令》将规定广播权和向公众传播权(包括卫星广播权),因此,第8条第4款就没有存在的必要了。^⑨

《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》第8条的标题是“广播和向公众传播”。欧共体议会和理事会对该条款进行讨论时,一个主要的有争议的问题是,广播权是否包括通过有线的方式进行广播。草案在欧共体议会进行一读时,并没有将广播权限于无线广播,很多成员国也希望将有线传播涵盖在广播权范围内。不过,欧共体理事会在后来提交的修正案草案中,将广播权的范围限制为仅包括无线广播,以免与后来将通过的《卫星广播与有线转播指令》发生冲突。^⑩为了明确这一点,最终通过的指令第8条在广播后增加了“通过无线方式”这一用语,从而明确表明在第8条

⑦ Michel M. Walter & Silke von Lewinski, 前引书, 第310页。

⑧ 《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》第10条。

⑨ Michel M. Walter & Silke von Lewinski, 前引书, 第318~319页。

⑩ Jörg Reinbothe & Silke von Lewinski, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy*, 94 (1993).

中,广播权仅包括无线广播。当然,正如上文所指出的,由于第8条规定的只是最低协调标准,成员国可以授予相关主体以有线广播权,只要《卫星广播与有线转播指令》的规定也得到遵守。^⑪

(一) 表演者的向公众传播权

《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》没有对表演者进行定义,对其进行定义的任务由成员国国内立法解决;不过,由于《罗马公约》的影响,表演者在各成员国国内法中的含义基本上差不多。当然,指令并不禁止成员国为不属于《罗马公约》涵盖范围的表演者也提供保护(如杂技演员,其表演的不是作品,因此不属于《罗马公约》定义的表演者)。^⑫

《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》第6条、第7条、第8条第1款以及第9条授予表演者的是专有权,因此各成员国就不得采取其他保护形式,如刑法的方式来保护表演者。这一点与《罗马公约》不同,《罗马公约》第7条使用的是“为表演者提供的保护应当防止可能发生的下列情况”,而并没有授予表演者以专有权,因此,《罗马公约》成员国可以采取其他方式,如刑法、劳动法来保护表演者。

由于第8条第1款使用的是“无线广播和向公众传播……”这一表达,因此,显然“向公众传播权”不包括无线广播。此外,上文已经指出,在起草过程中,为了避免与《卫星广播与有线转播指令》相冲突,《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》有意将通过电缆或其他有线方式进行传输排除在其规定的范围之内。因此,向公众传播权也不包括有线传播。这样,第8条第1款授予表演者的向公众传播专有权是指:公开(现场)表演权。^⑬之所以不包括机械表演权,是因为第8条第1款已经明确排除了“表演本身就是广播演出或出自录制品”的情形:这一用语与《罗马公约》第7条第1款甲项使用的用语是一样的。至于网络广播(webcasting)、同时广播(simulcasting)这些新技术在1992年制定该指令时并不存在,因此,尽管对“广播”和“向公众传播”这两个术语作扩张性解释可以包括这些新广播类

^⑪ Thomas Dreier & P. Bernt Hugenholtz ed., Concise European Copyright Law, Kluwer Law International, 254 (2006).

^⑫ Jörg Reinbothe & Silke von Lewinski, 前引书,第48页。

^⑬ See Michel M. Walter & Silke von Lewinski, 前引书,第320页。

型,但我们不应当对第8条采取此种解释方法,因为这样将导致成员国被迫承担在国内法中规定他们在制定指令时完全不知道的权利的义务。^⑭当然,这并不妨碍有关成员国在其国内法中作出此种规定,但这属于成员国的自由裁量权范围,而不是其依据第8条所应当承担的义务。

《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》除了在第8条第1款中授予表演者以向公众传播专有权之外,还在第8条第2款授予表演者以向公众传播获得报酬权;不过,表演者要与录音制品制作者共同来分享该报酬权(相关内容,参见下文)。

(二) 录音制品制作者的向公众传播权

《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》第8条第2款对于“为商业目的发行的录音制品或此类录音制品的复制品用于无线广播或任何向公众传播”,授予表演者和录音制品制作者获得合理报酬的权利。

该规定也借鉴了《罗马公约》的内容,不过,比《罗马公约》第12条^⑮的保护范围要广,主要体现在以下三个方面。(1)指令不允许提出保留,而《罗马公约》允许;(2)指令规定表演者和录音制品制作者共同享有获得合理报酬的权利,而《罗马公约》允许成员国将合理报酬只给予表演者,或者只给予录音制品制作者;(3)指令规定:不管录音制品是直接还是间接^⑯用于广播和向公众传播,都应支付报酬,而《罗马公约》只要求将录音制品直接用于广播或向公众传播时,支付报酬。^⑰

与WPPT第15条“因广播和向公众传播获得报酬的权利”相比,《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》第8条第2款除了不允许提出保留以外,其他基本上一致。

需要加以进一步阐述的是,“合理”报酬该如何确定?指令没有对“合理”一词作出定义。一般来说,在确定“合理”报酬时,应当考虑对录音制品使用的广度和强度。按照欧洲法院的解释,则是应当考虑“使用的经济价

^⑭ Michel M. Walter & Silke von Lewinski, 前引书, 第321页。

^⑮ 有关《罗马公约》第12条的详细论述,参见上文2.2.2部分。

^⑯ 草案中明确使用了“直接和间接”这一表达,但最终文本删除了,原因是因为一些成员国认为使用录音制品就两种形式:一种是直接,另一种是间接,因此,没有必要提及“直接和间接”。参见 Michel M. Walter & Silke von Lewinski, 前引书, 第323页。

^⑰ Ibid., p. 322.

值”。欧洲法院认为:尽管“合理报酬”这一概念应当在所有成员国得到一致的解释,但是应当由各个成员国来决定最合适标准。指令第8条第2款并不禁止成员国采用一种将各种可变因素和固定因素考虑在内的评估模型来确定“合理报酬”,只要其能在各利益主体之间建立适当的平衡,并且不违反欧共体法律。可以考虑的因素包括:将录音制品用于广播的时间;收听或收看广播的人数;表演和广播音乐作品时,支付给作者的版税税率;相邻国家广播组织支付的版税税率;商业电台支付的报酬数额。^⑮至于指令所使用的“一次性”合理报酬,并不是指在录音制品的整个保护期内,只需支付一次性报酬;“合理”一词已经表明,对于不断使用录音制品的行为,也应当不断支付报酬。使用“一次性”是为了便利广播组织或其他使用者进行支付交易,即在涉及不同的权利主体时,只需支付一次性报酬,而不需向各个权利主体分别支付报酬。^⑯至于各个权利主体之间该如何分配这笔报酬,则是他们之间的事情。

《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》第8条第2款只适用于录音制品,而不适用于视听录制品。因此,广播视听录制品,依据第8条第2款,广播组织没有义务向表演者和视听录制品制作者支付报酬。不过,由于第8条第2款规定的是最低保护标准,成员国可以在其国内法中获得报酬权延及视听录制品。同样的道理,成员国也可以在其国内法中,就广播和向公众传播录音制品规定专有权,而不是获得报酬权。

(三) 广播组织的向公众传播权

尽管《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》没有对广播组织直接进行定义,不过,其第6条第2款和第3款对广播组织进行了间接定义。因此,第8条第3款中的广播组织包括:通过无线电波、卫星、有线方式进行广播的组织,其中通过有线方式进行广播的组织不能纯粹是通过有线方式将其他广播组织的广播进行同步转播。^⑰

《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》第8条第3款借鉴

^⑮ Case C-245/00 *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten [SENA] v. Nederlandse Omroep Stichting [NOS]* [2003] ECR I-1251.

^⑯ Michel M. Walter & Silke von Lewinski, 前引书, 第324页。

^⑰ Jörg Reinbothe & Silke von Lewinski, 前引书, 第98页。

了《罗马公约》第13条(甲)项和(丁)项的规定,授予广播组织无线转播专有权以及向公众传播专有权。第8条第3款授予广播组织的向公众传播权,针对的是“在公共场所收门票所进行的向公众传播其广播”的行为。上文已经指出,《罗马公约》作出该规定,是因为在缔结《罗马公约》时,很少有家庭拥有电视机,因此,一些公共场所收取门票来播放体育比赛。不过,这一情形在欧共体制定《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》时,基本上已经不存在了。因此,欧共体议会在对指令进行一读时,只授予了广播组织以无线转播权,而没有授予其向公众传播权。后来,欧共体理事会工作组对该问题进行讨论时,有几个成员国主张采用《罗马公约》第13条(丁)项的规定,但其他成员国则主张应规定范围更为广泛的向公众传播权。最后,大多数成员国认为,授予广播组织范围广泛的向公众传播权,使其有权禁止他人公开放映或展示其广播节目,是不合适的。因此,同意还是退回到《罗马公约》第13条(丁)项所规定的范围上来——仅限于收门票的情形。欧共体理事会工作组还讨论了是否应像《罗马公约》第13条(丁)项那样,将向公众传播权的范围仅限于电视广播。不过,各成员国最后还是决定将电台广播也包括进来。^②

三、《卫星广播与有线转播指令》

在与版权有关的七个指令中,《卫星广播与有线转播指令》显得有些“异类”,因为它对于欧共体各国版权法的实质性规范只规定了很少的协调内容。之所以如此,是因为通过该指令的目的是为了扫清在欧共体境内进行跨国卫星广播和有线转播所遇到的版权方面的障碍,而不是为了协调各国版权法。^②

《卫星广播与有线转播指令》引入了两项制度,以便利进行卫星广播和

^① Jörg Reinbothe & Silke von Lewinski, 前引书,第100页。

^② See Bernt Hugenholtz, *Satcab Revisited: The Past, Present and Future of the Satellite and Cable Directive*, (2009) *IRIS plus (Convergence, Copyrights and Transfrontier Television)*, pp. 7-8.

有线转播的许可。首先,指令规定了一项适用于整个欧共体范围的“通过卫星向公众传播权”,该权利仅属于卫星发射国的版权人。这一规定是非常必要的,因为当时有些欧共体成员国的法院认为,在进行卫星广播时,需要获得卫星信号覆盖的所有国家的版权权利人的同意;这也就意味着,某一个成员国的版权权利人可以阻止向所有欧共体成员国进行卫星广播。其次,指令就有线转播权规定了强制性集体管理制度,以便利集体许可。这一制度也是十分必要的,因为有线机构在广播节目之前,很难或无法与所有的版权权利人进行谈判,以获得许可。人们担心如果某一个版权权利人要行使其有线转播专有权,将导致有线机构无法转播节目。^{②③}

(一) 通过卫星向公众传播的含义

《卫星广播与有线转播指令》第1条第1款首先对“卫星”作了宽泛的、技术中立的解释。因此,在该指令中,卫星就既包括直播卫星,也包括固定服务卫星。这两种卫星之间所存在的技术上的差别,尽管从电讯法的角度来看,有一定区分的必要,但从版权的角度来看,没有什么意义。对于版权法而言,有意义的是,卫星传输的信号是否能由一般公众所接收。欧洲法院在 *Lagardère* 案中认为:如果卫星是用来传输加密信号,从而使得只有那些拥有技术设备的专业人士才能接收,而一般公众无法接收,则此种卫星不属于《卫星广播与有线转播指令》第1条第1款定义的“卫星”,因而不能适用该指令的规定。^{②④}

《卫星广播与有线转播指令》第1条第2款对“通过卫星向公众传播”进行了定义:“在广播组织控制并承担责任的条件下,将载有节目的、供公众接收的信号,导入不间断的传播链,使之上传到卫星并下传到地面。”根据该定义,符合指令定义的“通过卫星向公众传播”具有以下特征:

1. 由某一广播组织控制并承担责任。广播组织并不需要实际传输信号,只要信号是由其控制,并由其承担责任即可。例如,在广播现场体育比赛时,无须广播组织任何技术上的实际参与;另外,仅仅只是在技术上传输

^{②③} See Thomas Dreier & P. Bernt Hugenholtz ed., *Concise European Copyright Law*, Kluwer Law International, 263-264 (2006).

^{②④} *Lagardère Active Broadcast v. Société pour la Perception de la remuneration equitable (SPRE) and Others*, ECJ 14 July 2005, case C-192/04.

信号,而不能控制信号的传输对象或不能承担责任的组织,并不能被认为是该指令中的广播组织。^⑤

2. 传输信号是为了让公众接收。不管公众中的成员是否实际接收到了信号,只要传输信号的目的是为了供公众接收即可。此外,需要强调指出的是,为了供公众接收的是“信号”,而不是信号所载有的“节目”。因此,如果通过卫星传输加密信号,其唯一目的是为了地面接收站接收,然后再由地面接收站向一般公众广播,则此种卫星传播,不属于指令所定义的“通过卫星向公众传播”。^⑥如果卫星传输加密信号,其目的是为了公众接收,则构成“通过卫星向公众传播”,还需满足以下条件:广播组织或经其同意向公众提供了解码的手段。^⑦

3. 传播链不间断。规定这一标准的目的是,为了将因卫星广播行为而可能引发的责任分配给负责传输的广播组织来承担,而不是卫星的运营商或其他设备供应商来承担。从广播室到发射机构到卫星到地面,整个传播链不应间断。例如,在信号中增加一些内容(如广告或者将信号存储起来,延迟一段时间之后再转播)。当然,与载有节目的信号有关的常规技术措施不会被视为间断行为,使用系列卫星传播时也不会被视为间断。不过,通过独立运营的卫星平台转播卫星信号,属于间断行为。

(二) 作者的向公众传播权

《卫星广播与有线转播指令》第2条规定:作者应享有授权通过卫星向公众传播其版权作品的专有权。由于指令采用的是发射理论,而没有采用“鲍格胥理论”,^⑧因此,如果卫星广播信号的起源国没有规定通过卫星向公众传播权,则整个欧共同体境内的所有著作权人都无权授权或禁止该广播。

需要注意的是,《卫星广播与有线转播指令》第2条后来已被《信息社会指令》第3条所取代,因为后者规定的是一般范围的向公众传播权,自然

^⑤ Thomas Dreier & P. Bernt Hugenholtz ed., Concise European Copyright Law, Kluwer Law International, 271 (2006).

^⑥ Lagardère Active Broadcast v. Société pour la Perception de la remuneration equitable (SPRE) and Others, ECJ 14 July 2005, case C-192/04.

^⑦ 《卫星广播与有线转播指令》第1条第2款第(c)项。

^⑧ “发射理论”是指:通过卫星播送时,如果卫星信号能覆盖多个国家,则该播送应遵守卫星信号覆盖范围的每一个国家的法律;“鲍格胥理论”是指:通过卫星播送时,只应遵守发射国的法律。

也包括通过卫星向公众传播权。^②

(三) 表演者、录音制品制作者和广播组织的向公众传播权

表演者、录音制品制作者和广播组织所享有的通过卫星向公众传播权,规定在《卫星广播与有线转播指令》第4条之中。不过,该条款没有直接规定权利范围,而是规定,这三类主体所享有的通过卫星向公众传播权,应依据《出租权和借阅权以及某些与版权相关的权利指令》第6条、第7条、第8条的规定予以保护(相关内容参见上文分析,此处不再赘述)。

四、《信息社会指令》

20世纪90年代,由于数字技术的发展,给传统的版权制度带来了重要挑战。为了回应这一挑战,世界上多个重要的工业化国家都就新技术给社会、经济、法律,尤其是版权法所带来的重要影响发表了相关报告。例如:澳大利亚于1994年发表了《通往变革的高速公路研究报告》;美国于1995年发表了《知识产权与国家信息基础设施白皮书》;加拿大于1995年发表了《版权与信息高速公路研究报告》。在欧洲,欧共体委员会于1993年发表的《发展、竞争力与就业白皮书》(以下简称《白皮书》)是第一个承认“数字革命”的重要性以及使用“信息社会”这一术语的文件。^③《白皮书》号召各国通过在欧洲建立有效的信息基础设施的方式,来促进“共同信息区域”的建立。^④

1993年12月,欧共体理事会提出,对于涉及信息社会相关的问题提出具体建议与行动计划。1994年,在欧共体理事会委员 Bangemann 的主持下,完成了一项研究报告,该报告提出了一系列旨在建立具有竞争力、以市场为导向的信息社会的改革措施;其中提及,保护知识产权是最重要的

^② Bernt Hugenholtz, *Satcab Revisited: The Past, Present and Future of the Satellite and Cable Directive*, (2009) IRIS plus (Convergence, Copyrights and Transfrontier Television), p. 10.

^③ See Michel M. Walter & Silke von Lewinski, 前引书,第938页。

^④ White Paper on Growth, Competitiveness and Employment. The challenges and ways forward into the 21st century, COM (93) 700 final of 5 December 1993, approved by the European Council on 11 December 1993, p. 115.