

ZHUZUOQUAN SIFA CAIPAN
BIAOZHUN YU CHIDU

著作权司法裁判 标准与尺度

骆 电 胡梦云◇著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

013054176

D913.404
27

ZHUZUOQUAN SIFA CAIPAN
BIAOZHUN YU CHIDU

著作权司法裁判 标准与尺度

骆 电 胡梦云◇著



北航

C1662518



法律出版社
LAW PRESS CHINA

D913.404
27

图书在版编目(CIP)数据

著作权司法裁判标准与尺度 / 骆电, 胡梦云著. —北京:
法律出版社, 2013. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4966 - 3

I. ①著… II. ①骆…②胡… 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 099862 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/肖 越

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/15.25 字数/256 千

版本/2013 年 5 月第 1 版

印次/2013 年 5 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4966 - 3

定价:32.00 元

如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



北航

C1662518

信仰在心存敬畏，

法治作为一种信仰之制，

为社会提供精神皈依，

规则在外存约束，

法治作为一种规则之制，

为社会提供行为规范。

心存虔敬好做人

高在敏^[1]

当我通读完骆电的这部专题性研究成果时,油然而生并萦绕于怀的感受是:

人贵灵肉集一身,灵通玄冥肉连尘。

有神无人是蒙昧,黎庶苍生尽为豚。

有人无神人成怪,水绝源头树无根。

悬没彼岸非迷信,心存虔敬好做人。

此一感慨,只是针对“有知识,无文化”现象在现实中久久不能散去而发的,故没有让宗教情怀浮泛起来之用意。我同骆电之间,是缘于师生之交才有了彼此之谊与之义的。其硕士毕业虽然十年又四,况相互之间尚地隔千里,但联系却是经常性的,进而使我能持续性地了解到他的情况。关于骆电的勤奋好学、志于探索、思维敏捷以及见识多俊等优点,通过其长于一己见解且又数量不菲的已面世成果,是不难了解得周彻与真切的,因之是无须赘言的。但对于骆电的这部用心之作,我想有必要说的为以下几点:

第一,通过此项研究的目标追求,便知作者不仅拥有浓郁的文化意识或者称之为文化造境,同时还拥有颇为自觉的文化追求。具体表现为对于“普遍正义”,其推崇是旗帜鲜明的,其渴望又是延颈企踵的。有案可稽的是,文化在时下的中国大陆,事实地便是热潮迭起的话题之一。然作为“有文无化”的现象,在现实中为什么又会久而不散?深究其背后的原因无非在于,一是“学”之文化与“术”的知识,在中国从来就没有得到过真正的区分,因之使“心口不一,言行不一”方成为社会生活的“真谛”;二是以推崇的特殊文化为口实而鄙薄于普遍文化,使“照客下面,量体裁衣”的古老成法还有机会派上用场;三是“唯重实用,不究虚理”的农耕生产与生活积习,是无从孕育出人们能够自觉分辨文化与知识区别之兴致以及意趣的。这样一来,作为曾

[1] 高在敏,1954年生,陕西户县人,西北政法大学民商法学院教授,民商法学硕士导师组组长。

经有过的文化热虽然不能说一无所获,可文化是价值范畴以及知识系方法概念的窗户纸一直未能被捅破,无疑还是存在着的客观事实。问题在于,“中国的前途,端视中国人有多少反省力而定”^{〔2〕}。其中,“反省力”的是“多”还是“少”,当然是指基于先进文化之化而所拥有自觉程度的大小。要言之,在一方面,即大凡谓之为文化自觉者,要么是指先进文化的发掘与创造者,要么是指为先进文化的所化者;在另一方面,又即实践早就表明,作为一个民族能够雄踞于世界民族之林,如果没有一大群先进文化的自觉者则是绝对不可能的。

第二,基于文化自觉,作者当然会拥有对先进文化的信仰或宗奉。但是,通过成果的相关内容足以看出,为作者所信仰的,不是法律科学本身或法律科学产物的实然法,而是构成实然法不竭源泉的应然法也即自然法。因为,一方面,即无论是自然科学拟或是社会科学,按爱因斯坦之说本然的都是“形下的东西”,是绝对离不开不断发展与进步的,故如果以科学而充当宗奉的对象,只会使其窒息并身亡;另一方面,又即言及应然法或者自然法,她既不神秘更无从玄虚,如构成中国大陆改革开放理论引擎的“真理—实践”标准,正是属于拿着“事实创造正当”的自然法来说话的。

鉴于曾经对自然法所泼的脏水太多,同时还得着眼于人人皆知之“有畏无敬,信仰缺失”的现实,当然有必要对自然法多说上几句。其实,立足于文化哲学的立场,同时放眼于自然哲学、政治哲学以及心性哲学三个不同的领域,便知构成自然法之精髓的正是“一体二元三维四境”^{〔3〕}。分解开来说便是:“一体”,指每一个自然人都“是宇宙的终极性本体”;“二元”,指每一个自然人的存在,都是“经验世界”与“超验世界”的两种真实;“三维”,指追求幸福是每个人的自然权利,守护正义是每个人的自然义务,以及人因拥有有限理性能力是有可能实现崇高的;“四境”,指针对于每个人来说,做人要“真”——“诚实生活”,要“正”——“不损害他人”,要“善”——乐于助人,要“美”——超凡绝尘。能够看到,作为“善”,仅有“倡导”的文化作用;而关于“美”,又只有“希望”的文化原理。这便清楚表明,“真、正、善、美”固然是一个民族在文化导向上务必坚持的根本性原则,但在社会结构安排以及社会

〔2〕 郑钦仁主编:《中国文化新论·制度篇·立国的宏观》,台湾联经出版事业公司1983年版,第10页。

〔3〕 “一体二元三维”,系西北政法大学哲学教授刘进田先生之提法。对于此可参见刘进田:《马克思主义哲学讲堂录》,陕西人民出版社2012年版,第264~265页。至于“四境”,又系笔者的追加。

运行规则的建构方面,所应严格恪守的只是“真”与“正”的两条底线。

第三,从文化哲学的角度来说,人之所以为人,在于人有人的灵性。运用此种灵性,不仅可以洞察到社会生活的真正真谛,而且能够把握住自己生存的真正意义。其中之一,便是家资亿万不等于富有,钟鸣鼎食未必是幸福(快乐)。而拥有这样的心得与感受,正是作者骆电多次告诉我的。相对于今天的社会环境与氛围,保持这样的心态与情怀,很有可能受到一些人的鄙视与讥讽,然作为教书匠的我却又是深以为然的。当然,关于“好人有好报”问题的彻底解决,还是要寄希望于“世道与人心之辨析”的。因为“世道”正,人心才有可能良;而“世道”不正,人心则是没有良之可能的。

关于著作权纠纷司法审理的相关科学与技术问题,为该项成果内容所系统性涉及,故还需由读者诸君逐一赏之并析之。

是为序。

2013年3月26日于古长安

前 言

信仰之美,司法之魅

信仰在心存敬畏,法治作为一种信仰之制,为社会提供精神皈依;规则在外存约束,法治作为一种规则之制,为社会提供行为规范。人类文明发展至今日,法治已然成为治理国家的必然方略,司法裁判标准的确定和尺度的一致性作为法治的内在要求,已然成为衡量司法公正和水平的重要标尺;确定的司法裁判标准和一致性的司法裁判尺度已然成为司法赢得民众信赖的必要条件。

司法受限于法律的逻辑,而法律制度受限于社会逻辑。在对一些个案司法裁判标准和尺度的讨论中,各方参与者从法律原则到道德伦理,几乎穷尽了所有影响标准和尺度的因素,最终却时常得出相互冲突且截然不同的结论,可谓理有八面。于是,就能看到这么一种现象:关于司法裁判标准和尺度的讨论往往容易成为各方参与者对法律制度和司法裁判的简单批评,而忽略法治进程本身的社会互动因素;强调社会的良性发展需要良好的司法裁判作为后盾,却容易忽略良好的司法裁判需要社会公众对法治的信任以及维护。

法治依赖于司法裁判标准的确定和尺度的一致性,没有司法裁判标准的确定和尺度的一致性,法治也只能是水中月镜中花,依法治国也只能是停留在口号上。虽然从逻辑的角度,司法裁判标准的确定和尺度的一致性 is 法治的必要条件,是依法治国最基本的要素;然而从更深层次的角度,司法裁判标准的确定和尺度的一致性归根结底还要依赖于法治化的程度、法律体系的完善、执法者的素养,乃至文化的传承、法治的传统、法治的信仰。司法裁判标准的确定和尺度的一致性不仅取决于法官,也取决于整个社会对法治的信仰、笃信和敬畏。如果说法治是树木和森林,所有这些要素就是土壤、空气、阳光和雨露。

追求司法裁判标准的确定和尺度的一致性 is 法官的天职,是法官内心永恒的目标。作为法官,自己在案件裁判中,始终怀着对法律的敬畏之心,

怀着对法律精神的虔敬,努力查清案件事实,准确适用具体的法律规定,将抽象的公平正义概念落实到每一个案件;同时注重在不同的案件中,努力确定裁判的标准和维持裁判尺度的一致性,虽然缘于案情差异太多,这种努力仍需要倾尽心力。

因为知识产权特别是著作权具有无形性的特征,其权利界限并不像传统民事权利一样明晰和确定,这就给知识产权司法特别是著作权司法裁判标准的确定和尺度的一致性带来了更大的难度。也正缘于此,笔者始终倾注于知识产权司法特别是著作权司法裁判标准的确定和尺度的一致性的实践,试图有所感悟;在此方面的理论研究,始终秉承“比慢精神”,努力排除外界干扰与功利考量,怀抱对理论的深思与笃实,不求速度,慢慢地逐一破解理论难题。

有时物质的丰富难以弥补诚信的缺失。社会转型期,不仅面临经济方式和生活方式的转变,而且面临思想观念和精神信仰的冲击。在物质似乎并不匮乏、多元文化并处的时代,作品作为承载时代思想观念和精神信仰的极其重要的载体,通过注重对作品的保护,进而倡导和宣扬主流价值观、真善美正,正是著作权司法的题中应有之义,也是法治渐成其势的具体表现。

信仰之美,美在使司法更亲民;

司法之魅,魅在使期盼更可见。

2013年3月29日

摘 要

本书是关注著作权司法实践的结果。一直以来,在著作权法研究中,许多学者专家都很关注司法案例对著作权保护的影响,并且积极参与讨论。但是这样的讨论通常是就事论事,针对特定问题的经纬罗织,而缺乏一以贯之的立场。然而在司法实践中,除了关注个案的正义之外,法院更需要关注基于司法统一性存在的普遍正义。具体到案件裁判,意味着法院对法律的解释和适用需要有相对一贯的标准和尺度,以维护法律的稳定性和可预期性。基于此种考虑,笔者通过对这些年来著作权司法实践中一些典型案例的梳理和评析,试图概括出法院在著作权法律解释和适用中的一些经验性的标准和尺度,以供大家参考。

本书仍然沿用传统的著作权法体例,包括八章,分别是:

第一章 著作权司法的基础理论

在本章中,笔者讨论了著作权的私权性质,及其与所有权的关系在司法实践中的处理。同时介绍了著作权法的目标,这也是著作权司法的指向。立足于著作权作为私权,以及著作权法的目标,本章原则性地讨论了著作权司法的考量因素,即一般民事裁判的法律因素、政策因素、实效性因素以及三者之间的关系,并在此基础上讨论了著作权司法的法定性与政策性。

第二章 著作权法主体问题研究

本章引用相关案例,对司法实践中对著作权以及邻接权主体的判断进行了介绍和讨论。在著作权主体判断中,介绍了共同创作作品主体、音乐作品主体、影视作品主体、著作权集体管理组织以及非创作者的其他著作权主体。在邻接权主体判断中,简单介绍了我国著作权法规定的四种邻接权人的判断,即表演者、录音录像制作者、广播电视组织以及出版者。

第三章 著作权客体研究

本章首先结合案例,对于构成著作权客体即作品的基本判断依据——独创性和可复制性进行了讨论。另外,还对于司法实践中,针对包括计算机软件、民间文艺作品和演绎作品在内的几类特殊作品的判断进行了梳理。

第四章 著作权与邻接权

本章结合案例,讨论了著作权与邻接权在司法中保护的实践,即对权利的解释、对权利是否被侵犯的判断以及对权利冲突的处理。

第五章 著作权的行使与限制

本章关注司法实践中反映出来的著作权权利行使中出现的问题,包括著作权转让中的问题,以及著作权行使中的善意第三人问题。著作权的限制不仅仅是著作权利益平衡原则的制度体现,更是著作权司法裁判中是否侵权的重要判断依据。在本章中,笔者着重讨论了著作权限制的具体依据,而这也是司法实践中判断侵权与否的依据。

第六章 著作权司法程序问题研究

本章基于几个典型案例,讨论了著作权司法管辖问题以及确认不侵权之诉的条件,并且介绍了证据效力以及举证责任的承担。

第七章 著作权侵权赔偿

本章分析了著作权侵权归责原则,以及具体的责任适用。

第八章 网络著作权问题研究

数字网络技术发展给著作权保护带来了许多新问题。在本章中,笔者讨论了网络作品传播者的司法考量、著作权技术措施保护以及数字图书馆著作权授权模式等问题。

在上述内容中,笔者以相关案例为引,在介绍案例的基础上,对法院裁判活动中的标准与尺度进行了归纳分析,并且立足于著作权作为民事权利的基本属性,依循民法的基本价值理念和原则,同时借鉴其他国家的制度设计,对目前著作权司法的标准和尺度进行了评述。笔者力图通过对法院裁判文书的梳理和介绍,能够将著作权司法裁判的基本立场呈献给人们,而破除许多公众所持的法院的裁判随心所欲的误解。笔者能力所限,力有未逮,但至少告诉人们:在中国的法治进程中,我们在努力。

目录

Contents

第一章 著作权司法的基础理论	1
第一节 著作权司法的法理基础	1
一、著作权是一种无形财产权	1
二、著作权法的目标	7
第二节 著作权司法的考量因素	10
一、民事裁判考量的一般因素	10
二、著作权司法的法定性与政策性	24
第二章 著作权法主体问题研究	30
第一节 著作权主体研究	30
一、共同创作作品的著作权主体	31
二、音乐作品的著作权主体	39
三、影视作品的著作权主体	39
四、著作权集体管理组织	42
五、不是创作者的其他著作权主体判断	46
第二节 邻接权主体	51
一、表演者	51
二、录音录像制作者	55
三、广播电视组织	56
四、出版者	57
第三章 著作权客体研究	59
第一节 对作品的判断	59
一、作品的独创性	59
二、可复制性	83
第二节 几类特殊作品	85
一、计算机软件	85
二、民间文艺作品	87
三、演绎作品	88

四、实用艺术品	94
第四章 著作权与邻接权	97
第一节 著作权的内容	97
一、著作人身权	97
二、著作财产权	101
第二节 邻接权	106
一、对表演者权利的司法保护	106
二、录音录像制作者的权利完善	110
三、广播电视组织的权利完善	113
四、出版者的权利完善	115
第五章 著作权的行使与限制	118
第一节 著作权的行使	118
一、著作权转让	118
二、著作权行使中的善意第三人问题	119
第二节 著作权的限制	120
一、著作权行使与著作权享有的法理关系	121
二、著作权行使的原则	125
三、著作权行使的具体限制	132
第六章 著作权司法程序问题研究	136
第一节 诉讼程序	136
一、管辖	136
二、确认不侵权之诉	139
第二节 证据	142
一、举证责任分配	142
二、证据的效力	143
三、举证责任的承担	145
第七章 著作权侵权赔偿	147
第一节 著作权侵权归责原则	147
一、侵权归责原则的含义	147
二、著作权侵权归责原则	154
三、著作权侵权归责原则中过错的认定	161
第二节 著作权侵权责任	164
一、民事责任	164

二、行政责任	172
三、刑事责任	173
第八章 网络著作权问题研究	176
第一节 网络作品传播者的司法考量	176
一、网络作品传播者的范围	176
二、网络作品传播者权利的规定	180
三、网络作品传播者权利的正当性基础	185
四、网络作品传播者的侵权责任	187
第二节 版权技术措施保护的权利要求基础研究	197
一、版权技术措施保护的现状	197
二、技术措施权利基础的讨论	202
三、对技术措施的保护与限制	205
第三节 数字图书馆著作权授权模式研究	207
一、数字图书馆版权授权模式的实践	208
二、关于数字图书馆版权授权模式改革的观点评析	212
三、公告授权模式的合理性	217
四、以公告授权模式为主体、多种授权模式相结合的版权授权体系 构建	222
后记	226

第一章 著作权司法的基础理论

第一节 著作权^{〔1〕}司法的法理基础

一、著作权是一种无形财产权

(一) 著作权的私权性质

1. 私权的含义

《与贸易有关的知识产权协议》(Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights,以下简称 TRIPS)协议在其序言部分宣称“知识产权为私权”(private rights),这一宣称随着世界上越来越多的国家加入 TRIPS 协议而获得各成员国的认可,最终成为知识产权作为民事权利组成部分的重要依据,也是版权作为私权进行保护的有力依据。

公权与私权的划分,一般认为源自于罗马法。1625年,胡果·格老秀斯开始写 *De Jure Belli ac Pacis* 一书,他解释了此书题目中的 *jus (Jure)* 一词的含义,他说, *jus (jure)* 除“正当的事情 (that which is just)”的含义外,另一个含义就是指一种使得人们能够拥有或做正当的事情的道德上的“资格”(a moral quality of the person enabling him to have or to do something justly)。而这便是现代权利概念的起源。所以,从那时起“*jus*”一词真正具有了权利的含义。权利的术语从格老秀斯开始,而现代权利理论的真正确立与传播却是从霍布斯和洛克所发展的关于国家的社会契约论开始的,这种理论的基础就是个人有自我保护的权利或有生存、自由和获取财产的权利;而且从那时以后,关于权利的论述在西方的道德和政治思想中占据主导地位,并

〔1〕 著作权,又称版权,是指文学、艺术和自然科学、社会科学作品的作者及其相关主体依法对作品所享有的人身权利和财产权利。我国《著作权法》第57条规定:本法所称的著作权即版权。据此,我国在司法实践中讨论著作权相关问题时,著作权与版权通常等同使用。

一直延续至今。现代意义上的权利概念之语义大概包括两个基本的要素：一是正当的；二是私人利益，完整的含义就是“正当的私人利益”。〔2〕《万国公法》第2章第3节“君身之私权”和第4节“民人之私权”，应当是中国法学中“私权”一语的最早起源。〔3〕简单而言，私权是公民、企业以及社会组织甚至国家，在自主、平等的社会生活、经济生活中所拥有的财产权和人身权。公权是直接关涉政治政权的权力，包括选举权与被选举权、刑事处罚权、国家治安管理权等，它们的行使掌控在国家手中。

私权与公权的划分，立足于权利（权力）的性质及其行使的方式。私权的行使应当尽可能遵循当事人的意思，即所谓的意思自治：权利可以自己行使，也可以许可他人行使；也可以放弃。国家法律对私权的行使以保护为主，为了维护正常的秩序而予以规范；而公权从产生、范围、行使程序到内容都应当由法律授权，并且权力行使者不能随意放弃。

版权作为私权的属性，强调权利人对于自己所享有权利的充分保护、运用和处分，强调版权不应受到国家的过分干预。但是不同于一般的私权，版权并非权利人可以完全自由行使的权利。

2. 版权的私权性质是市场经济大环境下的产物

版权并非一般意义上的私权。首先，版权的法定性不同于一般私权的法定性。一般私权的法定（如物权的法定）只是通过法律确认某一类权利受到法律保护，但版权的大量权利都受到了法律的限制。也就是说，法律对版权的界定是版权存在的前提。可见，从权利的取得来看，版权的私权性是受到限制的。其次，版权的权利行使受到法律的限制和公共政策的严重影响。和其他私权不同，版权权利人对于权利的行使基于公共政策考虑而在一定范围内受到法律理所当然的限制，这种限制不仅仅是因为权利行使违背诚实信用原则或者权利滥用侵害他人合法权益。无论是版权的时间限制还是基于公共利益使用的侵权免责，都体现在法律对于版权的保护不同于一般私权保护的一面：对于一般私权，法律应当给予尽可能周全的保护，并且尊重权利人本身的意愿；但对于版权，法律只是给予限制性保护并且权利人只在法律规定的范围内才有自由处置的权利。而且，法律对于版权的保护会随着公共政策的改变而发生变化。人权保护、经济发展、对外交往等因素，都会影响法律对于著作权保护的内容和力度。

〔2〕 王涌：“私权概念分析”，中国政法大学1999年博士学位论文，第27页。

〔3〕 王涌：“私权概念分析”，中国政法大学1999年博士学位论文，第27页。

在 TRIPS 协议中,对于包括版权在内的知识产权的性质和目标作出了明确的安排,“认识到知识产权是私有权利;承认各国保护知识产权体制的保护公共利益的基本目标,包括发展和技术目标”;“知识产权的保护和实施应有利于促进技术革新、技术转让和技术传播,有利于生产者和知识使用者的相互利益,保护和实施的方式应有利于社会和经济福利,并有利于权利和义务的平衡”。从上述规定可以看出,版权是作为私权的存在,但对它进行保护的目的是为了公共利益的基本目标。并且,根据 TRIPS 协议第 7 条的规定我们可以推断:版权保护和实施满足公共利益的需求是一项法律义务;如果不能做到,则该项保护或者实施可以受到限制乃至禁止。

但是,即便基于以上理由,也不能够认为版权属于公权范畴。版权作为私权的存在,源于版权归根结底是市场经济的结果。之所以对版权进行保护,是顺应市场需要而由国家在一定的市场垄断利益与知识创作作品的公开的社会利用总体效益之间衡量取舍的结果,版权制度就是国家运用市场杠杆对知识资源进行再分配的制度。因此,版权只有放在市场中进行交易和运作才能够最终实现权利设定的初衷。而要在市场中进行分配和交易,其前提就是权利归属的明晰;要实现知识产权制度刺激市场主体投入劳动和资金进行知识成果创造,就必须将版权私权化,以保障著作权人的劳动和投资收益。同时,“权利的属性,取决于权利的基本内容而不是权利的产生方式”〔4〕。只要在法律规定的范围内版权人能够在权利的行使上实现意思自治,即使版权的权利来源于法律授权,也不妨碍它作为私权存在。

可见,版权属于私权范畴。但是版权的这种属性并非知识产权的天然品格,而恰恰是公共政策衡量的结果。版权私权属性的不彻底,是源于版权所附着的智力创造成果的原材料本身的非私有性——我们创造智力成果所依凭的知识绝大多数是人类社会自有文明以来源远流传的公共知识。

(二) 著作权与所有权

版权作为民事权利之一种,并非大陆法传统的物权或债权的内容,也不被英美法传统的财产权所包含。其主要特殊之处在于版权所附有的智力创造成果具有无形性特征。与一般财产权利不同,版权的属性是知识形态的无形财产权利。

现代法律制度所保护的财产分为有形财产和无形财产。有形财产是财产所有权的客体,版权客体则是一种无形的知识形态的劳动产品——作品

〔4〕 吴汉东:《知识产权多维度解读》,北京大学出版社 2008 年版,第 41 页。