



天 达 共 和 法 律 研 究 丛 书

著作权法 体系化研究

王坤 王展 ○ 著



中国政法大学出版社



天 达 共 和 法 律 研 究 丛 书

著作权法 体系化研究

王坤 王展 ◎ 著



中国政法大学出版社

2018 · 北京

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

著作权法体系化研究/王坤, 王展著. —北京: 中国政法大学出版社, 2018.8

ISBN 978-7-5620-8467-9

I. ①著… II. ①王… ②王… III. ①著作权法—研究—中国 IV. ①D923.414

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第184416号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285(总编室) 58908433(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 15.75
字 数 255千字
版 次 2018年8月第1版
印 次 2018年8月第1次印刷
定 价 69.00元



本书为浙江省社会科学院2018年重点课题研究成果以及
“部门法学”重点学科成果，
受北京天达共和律师事务所出版资助。

CONTENTS

目 录

导 读	001
第一章 著作权产生论	006
第一节 著作权制度的萌芽	006
第二节 现代著作权制度的产生	009
第三节 现代著作权制度产生的理论基础	011
第四节 《大清著作权律》及其历史影响	015
第二章 著作权对象论	023
第一节 作品概念	023
第二节 作品独创性	031
第三节 作品分类	042
第四节 演绎作品	051
第五节 表演作品	055
第六节 电影作品	060
第七节 软件作品	062
第八节 合作作品	066
第九节 单位作品	069

第十节 字体案例分析	071
第十一节 鬼吹灯案例分析	075
第三章 著作权内容论	079
第一节 著作权概念	079
第二节 著作作用益权能	083
第三节 著作人格权制度的缺陷	089
第四节 著作辅助权能	093
第五节 著作权的时间限制	103
第六节 著作权的法域限制	105
第七节 著作权权利穷竭	106
第八节 著作作用益权	108
第九节 普通邻接权	111
第十节 人格符号财产权	121
第十一节 作者和著作作用益权人利益冲突的处理原则	127
第四章 著作权保护论	131
第一节 作品要素分析与著作权保护范围	132
第二节 作品功能分析与著作权保护范围	140
第三节 思想表达二分法评析	146
第四节 著作权法上的公共领域	148
第五节 侵权行为类型	150
第六节 侵犯著作权的责任承担方式	158
第七节 侵犯著作权的几个相关问题	163
第八节 作品合理使用	166
第九节 法定许可	174
第十节 死海古卷案件分析	180

第五章 反剽窃论	185
第一节 反剽窃的理论依据	187
第二节 剽窃行为的对象、种类、本质及法律定性	189
第三节 剽窃行为的侵权责任	194
第四节 著作权法上剽窃条款的修正	198
第五节 剽窃行为的行政责任	199
第六节 剽窃行为的刑事责任	201
第七节 剽窃例外情形	203
第六章 著作权立法论	211
第一节 总 则	211
第二节 作 品	213
第三节 著作权的权能	215
第四节 著作权的归属	217
第五节 著作权保护范围	220
第六节 著作权的利用	222
第七节 邻接权	224
第八节 侵犯著作权的救济	227
第九节 侵犯著作权的免责情形	232
参考文献	236
基础文献	241
后 记	243

一、著作权法存在的问题

著作权法学是一门特殊的学科，之所以特殊，主要是因为这门学科看上去很好学，同时，又很不好懂。说其很好学，是因为这门学科中的很多概念、命题、制度，人们往往一看就能够明白。比如，作品是一种智力成果，独创性的一种解释就是要求独立创作。说其很不好懂，是因为这些概念、命题、制度缺少确定的内涵和外延，又跟民法基本原理严重背离。因此，学习著作权法，往往会使人产生以下两种感觉：

第一种感觉，像是被抛入一个昏天黑地的海上漩涡中，周围漂浮的是各种各样的混沌概念，智力成果、思想、表达、独创性，等等，没有一个不是似曾相识，但没有一个概念能够清晰地予以界定，以至于我们可以确定地信赖它们、依靠它们。比如，将作品界定为一种智力成果。但智力成果概念本身含糊不清，在此基础上很难再去把握著作权法上的其他概念、命题和制度。比如，我们很难去界定作品（智力成果）的独创性是怎么一回事，勉强为之，或是流于经验的描述，只要是独立创作的、额头流汗的，就具有独创性；或是流于玄学思辨，以是否显示作者的个性或创作高度作为判断标准。而“个性”“创造高度”等概念并不比“独创性”更易于理解，实际上是什么也没有解释。可以说，只要对作品概念没有一个科学的界定，人们对作品的独创性之理解就只能在经验描述和玄学思辨两个极端之间摇摆。

再比如，在著作权法上，有着著名的思想表达二分法，认为著作权法保护表达，不保护思想。但什么是思想？什么是表达？从来没有被认真地界定

过。到最后,凡是需要受到保护的,就是表达;凡是不需要受到保护的,就是思想,根本上就缺少一种科学上的确定性。^{〔1〕}一旦碰上具体案例,这些概念就如同随意捏就的橡皮泥,让人无所适从。而在科学上,在对概念缺少科学定义的情况下,一切学术论争就会变得毫无意义。

第二个感觉,与民法脱节、背离,甚至渐行渐远。举世皆知,知识产权是一种私权、民事权利,著作权自然也不例外。著作权属于哪一个层级上的民事权利?是与物权、债权等并列的一级民事权利,还是属于“知识产权”下属的次级民事权利?如果说这个问题还属于认识问题,更严重的问题在于:

著作权由著作财产权和著作人格权两种性质的权利构成,即使作者(著作人格权人)死亡,署名权、完整权、修改权、接触权等所谓著作人格权依然可以永世长存。这就是说,民事主体不存在了,民事权利还可以继续存在,无疑彻底违背了民法基本原理。

其次,在民法上,民事权利的主要内容是各种具体的权能。比如,所有权中包含着占有、使用、收益、处分等积极权能以及排除他人干涉、妨碍的消极权能,不存在独立的占有权、使用权、收益权、处分权。但在著作权法上,通说认为,著作财产权中包含了复制权、发行权、改编权、信息网络传播权等一束民事权利,这些民事权利可以单独转让,也可以单独成为被侵害的对象。在侵犯著作权民事诉讼中,总是要追问被侵犯的是复制权、发行权,还是信息网络传播权?舍此,案件几乎无法办理下去。而在侵犯物的所有权诉讼中,从来不会有人去追问侵犯的是占有权,还是使用权?

最后,在民法上,物权、债权、人格权、身份权等民事权利从来不存在穷竭问题,但在知识产权法上,包括著作权在内,通常认为存在着穷竭问题。即附载知识产权的产品,经合法授权进入流通渠道后,知识产权即穷竭。这在民法上也无法解释。

著作权法上存在上述问题的根源就在于:这门学科缺少科学的理论体系。当然,这种缺陷不仅是著作权法所独有,其他类型的知识产权也存在同样的问题。这种缺陷突出地表现为两个方面:在著作权法内部,未能形成一个立足于科学概念基础上的理论和制度体系;在著作权法外部,未能与商标法、

〔1〕“对于各种主要的名辞,求得明白正确的定义,实为一切科学研究的一个重要功绩”。[美]迦纳:《政治科学与政府·绪论、国家论》,孙寒冰译,东方出版社2014年版,第9~10页。

专利法等协调一致,特别是未能与民法体系相协调,拥有太多的特殊性,不能够顺利地融入民法体系中,以至于我们总要在各种场合翻来覆去地强调包括著作权在内的知识产权是私权,是民事权利。

二、著作权法体系建构的两大路径

针对著作权法存在的问题,可以概括出著作权法体系建构的两大路径:

一是科学化路径。在著作权法上,智力成果、思想、表达等概念并非科学概念,它们或是未经严格界定的、日常生活中的经验性概念,或类似于哲学领域中的思辨性概念,这是造成著作权法理论和实践中的各种困扰之总根源。概念是学科理论体系的基础。在著作权法上,首先就是需要建构一个科学的作品概念。在此基础上,对独创性、作品保护范围等进行研究,确立科学的著作权法概念体系,形成著作权法体系的骨架。其次,需要厘清著作权法的立法基础,克服著作权法在“人格说”和“激励说”之间摇摆不定的状态,形成著作权法内部一以贯之的价值体系,赋予著作权法体系以灵魂。

本书主要是基于符号学、信息学、系统论等学科的研究成果,建构一个科学的作品概念,引入要素分析和功能分析方法,并在此基础上探究著作权法上的其他概念,理清著作权同商标权、专利权等知识产权之间的关系。^{〔1〕}同时,以“激励说”为著作权法唯一的立法目的,摆脱二元论的尴尬,明确署名权、完整权等所谓著作人格权的立法目的不在于保护作者的人格,并以此重塑著作权的内容体系。

二是民法化路径。就是通过民法的基本原理解构著作权法的各种冗余的特殊性,将著作权还原为一种普通的民事权利,至少包括以下几个方面:

首先,对著作权的性质进行定性。著作权作为一种纯粹的财产权,在侵害著作权时,一般不涉及精神损害赔偿问题。在侵犯著作权案件中,如果涉及精神损害赔偿问题,其前提就是被告的行为同时侵犯了著作权人的人格权,给著作权人带来精神上的损害。

其次,对著作人格权的性质重新进行定位,并非一种民法上的人格权,其目的既在于维护社会文化发展利益等公益要求,也在于促进著作财产权的

〔1〕 关于著作权、商标权、专利权三者之间的关系,可参看王坤:《知识产权法学方法论》,华中科技大学出版社2016年版。

运用和实现,是一种辅助性的权能。

再次,复制权、发行权、信息网络传播权、改编权等所谓著作财产权实际上都是著作权的具体权能,因而不存在侵犯复制权、发行权等问题,只有以擅自复制、发行、信息网络传播、改编等方式侵犯著作权的问题。

再次,不存在著作权人转让复制权等问题,如同所有权人不能向他人转让抵押权、质权等用益物权。只有著作权人为他人设立复制权、发行权等著作作用益权,如同所有权人为他人设立用益物权情形。其性质为原始取得,并非继受取得。著作作用益权是对著作权的限制,一旦这种限制不存在,著作权将回归圆满状态。

最后,对著作权权利穷竭理论进行解构,不存在合法著作物进入流通领域后著作权穷竭问题,著作权依旧存在,只不过针对著作物的流通限制被解除。同理,其他类型的知识产权,如商标权、专利权,也不存在穷竭问题。

总之,本书整个研究思路可以归结为一句话:通过科学化、民法化实现著作权法的体系化。

三、本书的基本框架

本书主要针对著作权法学理论的缺陷,综合运用符号学、信息学和系统论,从建构科学的作品概念出发,同时基于民法基本原理,针对著作权法上几个方面的重要问题进行专题研究。通过科学化和民法化双轮驱动,以此来建构著作权法理论和制度体系,实现著作权法的体系化。全书主要分为六章:

第一章主要研究著作权法的产生和发展的规律,阐述著作权行政特许制度和现代著作权制度之间的差异,重点论述著作权立法保护的两大理论基础,并以此探究不同模式著作权制度之间差异的根源。另外,本章还集中研究《大清著作权律》的立法模式及历史影响。

第二章主要研究著作权法上最为核心的概念——作品。本章分析了传统的作品概念存在的各种缺陷,综合利用符号学、信息学和系统论,建构了科学的作品概念。本章探讨了作品的各种分类,特别是对表演作品、电影作品、合作作品、单位作品、软件作品等著作权对象进行了专门的研究。在科学建构作品概念基础上,论述了作品独创性的层次及其对作品可版权性的影响。本章最后一节以北大方正和广州宝洁“飘柔”倩体字案件为分析对象,对作品、独创性等概念进行实证分析。

第三章主要研究著作权的内容。包括：对著作权概念进行科学界定；论述著作权两种性质的权能——著作作用益权能、著作辅助权能；论述邻接权制度，特别是提出一种新的人格符号财产权制度；提出建构著作权用益权制度的可能性和必要性，认为这是著作权人对他人设定的、类似于用益物权的一种权利，需要完善相应的著作权用益权登记和公示制度。此外，本章还分析了著作权的时间限制、法域限制以及著作权权利穷竭等方面问题。

第四章论述著作权保护问题。本章主要是论述了作品功能和作品要素与著作权保护范围之间的关系。认为从功能分析角度上看，著作权法仅仅保障作品的精神功能得以实现。从要素分析角度上看，存量知识以及增量知识中的公共知识均不属于著作权法的保护范围。现行的思想表达二分法和公共知识分析方法均难以有效地确定著作权保护的范围。最后一节对以色列耶路撒冷法院判决的、著名的死海古卷案件进行实证分析。

第五章主要研究反剽窃制度问题。认为劳动说、人格说、激励说和文化发展利益说是人们规制剽窃行为的几种可能的理论依据。这些理论依据各有所长，各具其短。不同的理论依据对于剽窃概念、剽窃种类以及剽窃行为侵权责任构成要件、承担方式等具有重大的影响。相比较而言，文化发展利益说更能切合剽窃行为的本质，更有助于惩治学术不端行为，应当成为反剽窃的主要理论依据。在文化发展利益说的基础上，本章对剽窃行为的对象、种类、本质以及法律定性，剽窃行为的法律责任以及例外情形等，进行集中论述。

第六章为著作权立法论。本章主要是依据前五章的研究成果，提出一个《著作权法立法（草案）》及立法说明。该草案一方面对作品、著作权、邻接权等传统的著作权法概念进行了全新的阐释；另一方面又对知识、著作作用益权能、著作辅助权能、人格符号财产权、存量要素、增量要素等新创的概念进行界定。在具体制度方面，也依据本书确立的理论体系和研究，进行细化设计。

第一节 著作权制度的萌芽

一、古代西方对署名和作品完整性的保护

古希腊、罗马时期，一般人都以创作为业，极少是为了温饱而执笔，创作的目的或是为了追逐名望，或是为了作为世人导师。作者为了宣扬自己的思想观点，往往并不反对他人复制其作品。同时，也是由于印刷技术的落后，再加上图书市场的狭小，盗版行为不仅在技术上存在困难，而且也缺少经济意义。只是对那些剽窃作品的人，作者往往口诛笔伐指摘一番。比如，古罗马讽刺诗人马休尔视其著作如子女，凡剽窃其著作，则喻为绑架者，时人亦多厌恶剽窃行为，但当时的法律并无保护著作权的规定。^{〔1〕}

欧洲中世纪是文化黑暗时期，当时的著作都源于寺院，内容大半是关于宗教方面，僧侣（教士）身兼著作人与缮写两重身份。一般著作几乎都是集体创作，无法确定作者。其他著作也大部分具有政治性质，撰写目的就在于广为流传，志在唤起宗教、政治改革意识，并不介意著作的商业价值，对于作品的署名和完整性反而更为关注。^{〔2〕}

〔1〕 参见施文高：《比较著作权法制》，台湾三民书局1993年版，第3页。

〔2〕 参见施文高：《比较著作权法制》，台湾三民书局1993年版，第3页。

二、我国封建社会对出版商利益的行政保护

在中国，宋代以前，发生多起假冒他人署名的剽窃事例。刘义庆在《世说新语·文学》中说，文学家向秀为“竹林七贤”之一，少好老庄之学，撰有《庄子隐解》一书，发明庄子奇趣，深得《庄子》神髓，时人以为“庄周不死矣”！但秀死子幼，“义遂零落”。郭象见秀注不传于世，“遂窃以为己注”。刘希夷是初唐一位小有名气的诗人，经苦吟得句“年年岁岁花相似，岁岁年年人不同”。他的舅舅，初唐时期著名诗人宋之问想占为己有，刘希夷不肯，两人争执起来，宋之问居然用装土的袋子将刘希夷压死，被称作“因诗杀人”，成为文学史上一段著名的公案。但在宋朝之前，尚无证据表明存在着严重的盗版现象。

到了宋朝，出版业空前繁荣，主要原因有两个：第一，统治者基于“王者虽以武功克定，终需用文德致治”的思想认识，“兴文教，抑武事”，形成了“以文化成天下”的基本国策。在这种国策指引下，宋代人享有空前的出版自由。明人胡应麟曾言：“雕本始唐中叶，至宋盛行，荐绅士民，有力之家，但笃好则无不可致。”也就是说，只要有钱，任何人都可以出版书籍。第二，宋朝集历代印刷技术之精华，在毕昇发明活字印刷以后，大规模印刷成为可能，盗版在技术上可行，在经济上有利可图。在上述背景下，盗版现象也就随之产生。

为了防止盗版，在书籍上有类似现代版权页的记载。也有向官府提出诉状的，称“本宅见刊方輿胜览……并系本宅贡士私自编辑，积岁辛勤。今来雕版，所费浩瀚，窃恐书市嗜利之徒，辄将上件书版翻开，或换名目，或以节略輿地纪胜等书为名翻开搀夺，致本宅徒劳心力，枉费钱本，委实切害。”意思是说，出版商雇人撰稿，形成的著作权属于出版商，但其他出版商或更换版式，或更改书名，以此来出版，致使该出版商血本无归，造成了重大损失。另外，还有获得行政特许的，从国子监（国家教育行政部门）获得禁止翻版公据：“维清窃维先叔刻志穷经，平生精力毕于此书，倘或其他书肆，嗜利翻版，则必窜易首尾，增损音义，非惟有辜罗贡士侵梓之意，亦重为先叔明经之玷，今状披陈——乞给据付罗贡士为照。——如有不遵约束，违戾之人——追板劈毁，右出给公据付罗贡士樾收执照应。淳祐八年”。也就是说，一个叫做罗贡士（贡士是参加全国范围科举考试〔会试〕及格后获得的资

格)的人出版了维清叔叔(已经去世)的一本书,为了防止其他出版商(书肆)盗版,维清请求教育主管部门为罗贡士出具执照。盗版者要受到“追板劈毁”的处罚。由此可见,在宋朝已经有了申请保护制度,保护的理由在于维护作品的完整性,真实的目的在于制止他人盗版,保护的手段在于获得政府的出版许可。

总体来看,上述对出版商利益的行政保护是零星记载的,在整个宋朝以及宋以后的各个封建王朝中并没有由此形成系统的、保护出版商利益的行政特许制度。

三、西方出版行政特许制度

著作权制度是随着印刷术的采用而出现的。随着活字印刷术传入欧洲,大规模的印刷成为可能,推动了图书市场得以形成,这就使得图书出版有利可图,直接诱发盗版行为。但当时正处于文艺复兴时期,欧洲出版界以古典作品的出版为重点,几乎看不到当世作者的作品。对古典作品的发现、整理、排版需要付出很大的成本,但盗版又是轻而易举的事情。在这种情况下,出版商需要得到政府的保护,排除他人出版特定作品的机会,以保证其投资收益。对于政府而言,也需要控制出版行为来控制思想的传播。上述两个方面的需要直接催生了出版特许权制度。这一制度始见于十五世纪的威尼斯,出版商为了垄断某些图书的印刷和销售市场,防止同行竞争,往往将书稿提前送给政府审查,以获得一定期限内的特许权。在英国,女王于1662年颁布了第一个许可证法,正式建立了行政特许权制度。

行政特许权制度是著作权制度的前身,著作权的一些理念和制度从行政特许权制度中孕育出来。同著作权制度相比较,行政特许权制度具有以下一系列特点:

第一,行政特许权属于一种行政特权,是皇室或政府行政许可的产物。在行政特许制度下,是否授予出版许可?出版许可的具体内容?出版许可的有效期限?这些都是不确定的,往往因人、因时、因地而异,需要考量各种因素,包括一些偶然的因素。比如,特许权存续期间差别很大,一般为7年,皇家认为有必要,得予延长。而著作权是一种民事权利,不需要特别的行政裁量,其内容、期限等均为法定,无法进行裁量。

第二,行政特许权的主体是出版商,偶尔也有作者,但事实上作者往往

缺少出版能力，因而无法独享此项特权，特权之最终受惠人仍为出版商。行政特许制度的一个重要目的就在于维护出版商的利益，通过对出版商利益的保护促进图书市场的繁荣。作者主要是享有习惯法上的自然权利，包括出版决定权、出售原稿给书商之权等，作者的权益主要是通过习惯、契约等方式得到保护。而著作权则以作者利益保护为核心，通过对作者利益的保护促进科技文化的发展。

第三，行政特许制度的一个重要的功能在于思想控制，通过图书审查禁止不合统治者口味的图书出版。而现代著作权制度一般不具有这样的功能，非法的图书只要其具有独创性，仍然具有著作权。只不过国家另行制定出版物管理方面的法律，通过这些法律制止非法图书的出版。也就是说，著作权法一般不具有思想控制的功能。所以，从法理上讲，非法作品也具有著作权，但在行政特许时期，非法作品不会获得特许出版的机会。

第二节 现代著作权制度的产生

一、现代著作权法产生的标志

现代著作权制度的标志有三个：

第一，以作者权益保障为核心，而不是以出版商利益为核心。这就解决了著作权法上的两个重大问题：首先，著作权来源于作者的创作行为，而不是行政机关的特许；其次，著作权的对象是作品，作者是著作权的原始主体，也是出版商获得专有出版权的源泉。

第二，权利内容、期限等法定化、标准化，没有任何行政自由裁量的空间。这是著作权成为一种民事权利，而不是行政特权的重要标志。而在行政特许制度下，行政机关对于权利的内容和期限往往根据具体情况给予不同的授权。

第三，不再具有思想控制功能，一概承认作品，不管是合法作品，还是非法作品，都具有著作权，不因内容的妥当性否定他人的民事权利。思想控制任务交由专门的出版法律进行规范，从而将出版流通问题和民事权利问题区别开来。

1709年，英国颁布《安娜女王法令》，该法的原名是《为鼓励知识创作

而授予作者及购买者就其印刷成册的图书在一定时期内之权利的法》，这里的购买者指从作者手中购买版权的出版商，版权期限是自法律公布之日起 21 年，作者享有出版该书的专有权利。著作人或任何有权之人，均得依法申请登记。由此，英国法上的行政特许制走入了历史。《安娜女王法令》的功绩就在于废除了检察制和特许制，进而确立了著作权法制的雏形。后来，英国、美国、法国、德国等国家分别制定了著作权法，由于立法指导思想以及法律传统上的差异，形成了两套不同的著作权法律制度体系：其中，大陆法系国家著作权法形成了德国模式和法国模式，统称为“大陆模式”，英美法系国家著作权法形成了“英美模式”。

二、“大陆模式”“英美模式”的差异

这两种制度模式存在着以下一系列差异：

第一，立法指导思想不同。大陆模式以保护自然人作者的人格及财产权益为最高目的，在此基础上形成了著作权法律制度。而英美模式的立法目的在于调整自然人作者、出版商及其他相关主体之间的利益关系，在此基础上形成的版权制度并不以保护某种主体利益为最高目的。

第二，主体范围不同。大陆模式侧重以自然人为著作权主体，对法人成为著作权主体存在着较多的歧视和限制。而英美模式对于自然人、法人为作者则并无偏见，在承认广播电视组织、录制者、电影制片者等投资者以及其他各种企业法人成为作者从而享有完整的著作权方面几乎没有限制。

第三，著作权权能不同。大陆模式中，著作权权能中包括发表权、署名权、完整权等所谓著作人格权，而英美模式著作权中一般没有这些著作人格权。

第四，有无邻接权制度不同。由于不承认表演行为、录音录像制品等为著作权对象，大陆模式设立了邻接权制度。而英美模式由于对作品独创性要求不高，在承认法人为著作权主体问题上也无障碍，因此没有设立邻接权制度。

第五，对作品独创性的要求不同。大陆模式对作品独创性要求比较高，德国著作权法要求作品具有一定的创作高度，法国法要求作品反映作者个性。英美模式对作品独创性要求比较低，只要作品是独自完成的就具有独创性。

尽管存在着上述差异，但两大模式的著作权制度也在相互吸引、相互融