

版权侵权认定

孟祥娟 著

法律出版社

知 识 产 权 专 题 研 究 丛 书

郑成思 / 主编

版权侵权认定

The Establishment of Copyright Infringement

孟祥娟 著

法 律 出 版 社

序

我的第一位研究生毕业,正值 10 年前《著作权法》即将颁布之时,他的论文所涉也是版权问题,10 年前,网络还仅仅是专业学者们过问的,甚至计算机在中国尚待普及,那时的版权理论与立法角度,仅可能与当时技术发展的程度相适应。

10 年后的今天,《著作权法》第 18 条的真正含义开始被人了解(“无形”指的是什么),《著作权法》第 10 条的内容已使一部分人感到冲击着中国传统的侵权法理论。这些,实际上都与网络经济、知识经济等曾被一些人不屑一顾的生产方式及交流方式密切联系着。

真的,如果不是国外开始了讨论“在线服务商”在版权领域应负“无过错责任”(其前提是其他传播使用者,如出版商,已不言而喻地负着无过错责任),我们还不会在侵权法领域认认真真地研究侵害知识产权的归责原则。

由于《著作权法》第 10 条的制定,使得主张人身权之诉、主张权利物权之诉与主张债权之诉重叠在同一起侵权之诉中成为“通例”,于是,以往在一般侵权诉讼中以“赔偿责任”之偏,盖“民事责任”之全的失误,就显现出来了。于是我们发现中国《民法通则》第 106 条第 2 款,与相应的《德国民法典》第 823 条,《法国民法典》第 1382 条,原来并不在同一水平上。当有人试图以“物权请求”中的以“过错”为要件来补充《民法通则》第 106 条时,人们会进一步看到:作者对“发表权”、“修改权”等权利的主张,既不属于“物权法”中将规定的“物权请求”,也不属于损害赔偿诉求中的“侵权请求”。而停止对“发表权”或“修改权”的侵害,虽然也不应以侵权人的“过错”或被侵权人的“实际损失”为先决条件,《民法通则》中的缺陷仍

旧难以弥补。

技术的发展、网络的应用,已不再允许我们在别人已有议论的基础上“人云亦云”了,它要求我们如鲁迅在《狂人日记》里所说,应当提出这样的问题:“从来如此的,就对吗?”不提出这样的问题,则窄而及于知识产权法学,广而及于整个民商法学,是难有真正的进步或成就的。

这里还仅仅讲到:当年由于外国版权法已有第10条、第18条等相应条文,我们借来了,但并非所有人都“知其所以然”。如果进一步讲及我们的《著作权法》中当年尚没有或不可能有而今天应予补齐的,诸如信托关系、技术措施等等,那就更是大有可研究的问题了。

10年过去了,我们有了进步,但前面的路仍旧很长,仍有更多艰辛,需要由更多的人去付出。

在版权的侵权认定与救济(包括赔偿计算)方面,无论中外都还有值得进一步研究的热点问题;技术、立法及司法的发展又不断提出新问题。孟祥娟博士的这部在博士论文基础上重新创作的《版权侵权认定》,正是对这一类问题进行研究的成果。

应当指出,过去许多涉及知识产权,尤其涉及版权的著述,对于“侵权认定”及赔偿之外的法律救济,是较少涉及的;即使涉及了,也较少深入去研究。许多著述似乎在告诉人们:全部或大部涉及版权侵权问题,仅一“赔偿”即可盖之。这实际是失误,至少是舍本逐末了。

孟祥娟的论著应当说是走出这个误区的第一步。所以,不论读者同意还是不同意书中的一些观点,还是值得一读此书,以便不再于误区之内,而是在更高的一个层次,展开讨论或争论。

故为之序。

中国社会科学院 郑成思

2001.5.

导言：

版权历史发展的回顾与展望

一、版权历史发展的回顾

“无传播也就无权利”，目前已成为版权学界的通说。

自 15 世纪中叶，活字印刷术开始在欧洲广泛流传，外来的发明在这里起到了革命性的作用，这一新技术催生了近代欧洲版权保护的萌芽，成为市民阶级取得新的财产利益的工具。关于版权与印刷术的关系，可以从下列两层意义表述：一是随着印刷术的出现，作品的载体——图书的生产成本降低且可以成为商品，从而为印刷商（或作者）带来了收益；二是大量的复制与传播，使得印刷者（或作者）无法像控制手抄本那样管领自己的无形财产权，从而产生法律给予特别保护的需要。

近代欧洲版权法的孕育，经历了封建出版特权制度近 300 年的长期阵痛。早在 15 世纪的威尼斯和 16 世纪的英国，当时的印刷出版商为了垄断某些图书的印刷和销售市场，防止同行的竞争，往往事先将书稿送往王室或官府审查，以获得独自印刷图书的特权。据说，威尼斯的印刷商为吉奥尼·戴·施德拉于 1469 年得到的为期 5 年的出版许可证，是西方国家第一个出版独占许可证。在英国，女王玛丽一世把皇家颁发印刷许可证的办法纳入法律程序，于 1662 年颁布了第一个许可证法。在法国，出版业得到专制王权的强有力庇护，将作者排斥在外的巴黎书商行会成员，实际上是出版特权垄断者。在德国，出版者一方面以支付作者报酬的方法享有与所有权原始取得相类似的复制权与发表权，另一方面经过政

府审查程序将上述的出版中实际上演化为出版特权。由君主或地方政府对某些作品授予出版专有权,是一种封建特许权,而不是法律意义上的财产权。

在欧洲,出版特权制度与出版审查制度紧密而巧妙地结合在一起。对作品所表现的思想进行审查,始于13世纪,在1517年宗教改革后则更甚,作品在出版前必须提交国家审查。封建统治者通过许可证制度,限制言论自由,禁止危及自己统治的作品出版。所以,思想自由的文化政策、活字印刷的传播技术、精神产品的商品化是近代版权法产生的基础。

自作为近代世界版权法开端的英国1710年的安娜法始,版权法历经印刷技术、广播电视(又称模拟技术)和数字技术的三次重大飞跃。首先是一直延续到19世纪末、近200年的印刷技术,与在此以前的手工抄写相比的第一次飞跃,那时作品主要是占绝对优势的文字作品。19世纪末到20世纪70年代,或者说,从伯尔尼公约的缔结,到历次修订和完善,直至最后一次修订,^①是版权法上的广播电视技术时代。作品类型不断增加,除传统的可印刷在纸张上的文字作品和音乐作品外,还包括电影作品、录音录像作品、软件作品等;作者群扩大了,创作方式也更加丰富了,不再仅仅是执笔写作,而且可以借助模拟电子手段为创作条件提供便利;作品的使用方式不再仅仅是阅读,而且可以是到电影院观看电影作品的放映,收听和收看广播电视,又由于卫星通讯的发展,广播电视节目的收听和收看效果越来越好,频道越来越多;直至可以收看收费电视(或称有线电视),节目内容更加丰富和多样化。

从20世纪70年代到90年代的20年时间里,数字技术给作品的创作、传播、保护和管理所带来的一系列变化,比广播电视技术时代100年经历的变化还要多。数字技术(digital technology)是通信技术、微电子技术和计算机技术的统称,迄今为止,经过三个发展阶段。从70年代中期,个人计算机发展起来,进入数字技术

^① 伯尔尼公约于1886年缔结,历经两次增补、5次修订,最后一次修订是1971年。

的第一阶段之后,到 80 年代中期,多媒体技术和数据库得到发展,进入数字技术的第二阶段,一直到 90 年代以后,多媒体技术与计算机网络技术结合,使数字技术发展开始进入第三阶段。

数字技术的发展给版权保护提出挑战,国际社会世界知识产权组织、欧盟、美国纷纷进行立法,各国也已行动起来,通过法律来调整各利益主体之间的平衡。

二、我国版权发展的历史与展望

党的十一届三中全会以来,随着改革开放政策的实施,我国政治经济发生了历史性的变革,知识产权制度也经历了从无到有,从酝酿到建立的发展过程,取得了举世瞩目的巨大成就。

1973 年 11 月,中国派代表团作为观察员去日内瓦参加国际政府间的世界知识产权组织(WIPO)召开的全体会议第二次会议,这是中国政府第一次派代表参加有关知识产权国际会议。国务院于 1985 年成立了国家版权局。1990 年 9 月 7 日七届全国人大常委会第十五次会议通过了《中华人民共和国著作权法》。国家版权局于 1991 年 5 月 3 日公布了《著作权法实施条例》,1991 年 6 月 4 日,国务院批准了《计算机软件保护条例》,上述三部法律、法规的颁布与实施,在中国确立了版权制度,揭开了历史性的新篇章。1992 年 7 月 3 日和 7 月 10 日,中国政府分别向联合国教育科学文化组织和世界知识产权组织递交了《世界版权公约》和《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》的加入书,从 1992 年 10 月 15 日和 10 月 30 日起,中国分别成为《伯尔尼公约》和《世界版权公约》的成员国。

当然加入国际版权公约不是事业的终点。更准确地说,这是一个新的起点。我们以自己的版权法为基础加入了国际版权公约,同时不能不承认我们的版权法与《伯尔尼公约》相比还有差距。更何况著作权法通过以来,各方面的情况发生了很大的变化。因此,修改著作权法提上了日程。这即是规范对外版权关系,推进国际版权合作的需要,也是更好地适应社会主义市场经济环境、完善国内版权保护制度的需要。国务院于 1996 年将修改著作权法列

入了立法计划。1998年1月《著作权法修订稿》上报国务院。

加入国际版权公约之后,中国以更加积极的姿态参加国际版权领域的各项活动,特别是在重要版权条约的制定上,中国坚持了维护发展中国家利益,积极推动国际版权合作的立场。1996年12月,世界知识产权组织在日内瓦召开了“关于版权和邻接权新条约外交会议”。这次会议讨论通过《世界知识产权组织版权条约》和《世界知识产权组织表演和唱片条约》,主要是为了解决新技术尤其是数字技术和网络环境引起的版权和邻接权保护的新问题。

知识经济的迅速发展,把知识产权保护推到了前所未有的重要地位。全球经济一体化的大趋势,对国际版权保护来说,既开拓了新的空间,也发出了新挑战。而高新技术的广泛应用,在版权领域,无论是作品的创作还是作品的传播,都出现与传统大不相同的新的形式,新的概念。在国内,要继续努力完善版权立法,完善版权保护制度,积极推动科学、教育和文化事业的发展,增强综合国力。在世界版权领域里,要维护中国的国家利益,维护发展中国家的利益,积极推动国际版权合作,人类文明发展的前景终归是光明的;保护人类文明成果的创作者的版权保护事业,前景也终归是光明的。

目 录

导 言:版权历史发展的回顾与展望	1
第一章 版权保护的客体	1
第一节 版权保护作品的“idea”还是“expression”	1
一、作品	1
二、版权法保护作品的什么	2
第二节 作品的创作性	10
一、作者权体系对创作性概念的规定	10
二、以美国为代表的版权制度中对创作性的理解	12
三、我们的评价	17
第三节 版权保护的客体	18
一、国际公约中的有关规定	18
二、我国著作权法所保护的作品类型	20
三、关于数据库的保护	28
第二章 版权人享有的权利	47
第一节 版权权利的扩张	47
一、版权权利扩张的历史	47
二、数字技术的出现需要扩张版权人的权利	49
第二节 版权人享有精神权利	50
一、大陆法系和普通法系对版权人精神权利的不同 规定	50
二、精神权利的特征	57
第三节 版权人享有的经济权利	64

一、版权人经济权利的范围	64
二、版权人经济权利的性质	66
第四节 邻接权	70
一、邻接权的定义及产生	70
二、邻接权与版权的关系	73
第三章 版权侵权构成	75
第一节 侵权行为的一般理论	75
一、侵权行为的概念	75
二、侵权行为的归责原则	77
三、侵权行为的构成要件	89
第二节 版权侵权的构成	92
一、版权侵权的构成要件	92
二、无过错责任在版权法中的适用	96
三、版权侵权的责任类型	103
第四章 版权侵权的类型	110
第一节 对版权人精神权利的侵害	110
一、发表权侵权	110
二、署名权侵权	113
三、修改权与保护作品完整权侵权	117
第二节 对版权人经济权利的侵害	119
一、复制权与出版权侵权	119
二、演绎权侵权	127
三、传播权侵权	130
四、其他权利侵权	132
第三节 对版权邻接权的侵害	136
一、侵害出版者的权利	136
二、侵害表演者的权利	137
三、侵害录制者的权利	140
四、侵害播放者的权利	145
第五章 侵权认定的方法	148

第一节 独创性和思想表达二分法与合理使用的判断	148
一、独创性判断	149
二、思想、表达二分法	150
第二节 “三段论”侵权认定法	151
一、“三段论”侵权认定法的内涵	151
二、“三段论”侵权认定法在我国的应用	154
第三节 复制与非法挪用或实质性相似的“两步法”	157
一、复制	157
二、非法挪用或实质性相似	159
第六章 侵权抗辩	170
第一节 合理使用	170
一、合理使用制度	170
二、合理使用与法定许可使用	175
三、合理使用与强制许可使用	177
第二节 版权无效	182
一、版权取得的形式	182
二、版权的保护期限	184
第三节 诉讼时效已过	186
一、时效制度	186
二、美国版权法中的诉讼时效	187
三、我国著作权法适用的时效规定	190
第七章 网络环境下的版权侵权	193
第一节 网络环境下版权人享有哪些权利	193
一、问题的提出	193
二、网络环境下版权人享有哪些权利	194
三、网络传输与权利限制	203
第二节 互联网上的版权侵权责任	205
一、网络上的侵权责任主体	205
二、网络上的非直接侵权责任	217
第八章 特殊条件下的版权侵权	220

第一节 权利交叉时的版权侵权	220
一、版权与专利权交叉时的侵权问题	220
二、版权与商标权交叉时的侵权问题	229
第二节 平行进口与版权侵权	233
一、问题的提出	233
二、产生这一问题的理论背景	234
三、各国立法与实践的比较研究	236
四、我国应采取的法律对策	245
第九章 法律责任	247
第一节 民事责任	248
一、民事诉讼中的原告与被告	248
二、民事救济措施	249
第二节 民事救济中损害赔偿的计算方法	258
一、损害赔偿在民事救济中的地位	258
二、损害赔偿的计算方法	259
三、对我国著作权法民事救济措施的立法建议	274
第三节 行政责任及仲裁组织	277
一、一些国家的行政措施及仲裁组织	277
二、我国的行政责任	278
第四节 刑事责任	281
一、各国版权法对侵犯版权行为的刑事责任	281
二、我国对侵犯版权行为的刑事责任	284
三、刑事诉讼程序问题	285
参考文献	287
后 记	291

第一章

版权保护的客体

第一节 版权保护作品的“idea” 还是“expression”

一、作品 (works)

版权保护什么？也许这个问题人们不难回答，版权保护的是作品。那么，何谓作品？作品，即著作人权利之对象而为著作权法所保护者。^① 简言之，作品为版权的客体，所谓作品，必须是表现思想或感情，而属于文艺、学术、美术或音乐之范围。^② 我国著作权法在实施条例第2条规定“著作权法所称作品，指文学、艺术和科学领域内，具有独创性并能以某种有形形式复制的智力创作成果。”通俗讲，作品就是作者的文学艺术创作结果。然而，作为一种“作品”，这种结果一般并不是指任何呈现于人们面前的有形实物，而是指体现了作者创作意图、创作构思、创作手法、创造风格以及创作形式等多种指标，其本身又被人们所能见到的有形实物所体现的“无形的有形安排”。

作为本身是无形的作品，自因符合法定的各项条件而被视为成立（即创作完成）之时，作品就作为一个法律事实而存在，它体现了特定的自然人的智力创作的贡献，在某种意义上说还体现了创

① 中川善之助·阿部浩二：《著作权》第37页。

② 参见日本版权法第2条第1项、第1款。

作者的人格价值,因此作品是一种“精神产品”。^①

二、版权法保护作品的什么

1. 中国学者对“idea”与“expression”的理解。在许多人看来,“idea/expression”两分法应当是版权理论的基石,基于这一看法,人们得出的一个定论就是:版权法只保护作品创作者的“expression”,而不保护其通过作品所表达的“idea”。

关于“idea”与“expression”这两个概念,至今也无法找到一个令所有的人都能满意的权威性的解释。在中国,由于翻译和理解上的差别,它们已给许多人带来不少麻烦。概括地说,这两个概念在中国的用法有这样几种:

(1)“内容”与“形式”。有的学者将这两个词与中文词“内容”和“形式”挂起钩来,并认为版权法只保护作品的形式,不保护作品的内容。至于对所谓的形式和内容的具体理解,则各不同。最“简单”的一种理解认为,版权法只保护有关作品最初创作完成时所体现在人们面前的那种外在形式;只有复制作品外在形式者才算是侵犯版权;而凡是与受保护之作品的外在形式不一样者,即使是从原作品演变而来的,也不构成对原作品版权的侵犯。

(2)“概念”与“表达”。这是在对英美法系各国对这两个概念的使用有了进一步认识之后而出现的一种新的翻译和理解。这种理解的恰当之处在于:不再将“expression”理解为“作品的形式”。但是,将“idea”解释为“概念”则仍然不准确,因为“概念”一词在汉语中仅指对某一特定事物或现象所形成的特定的观念,而 idea 一词在英文中并没有这样的意思。

(3)“构思(或思想)”与“表述(或表达)”。这是 90 年代初期人们对英美法研究所获得的更新的认识。然而,在不同的情况下,这两种翻译和理解方式也会遇到一些难以说得通的问题,尤其与美国的一些法官对有关案件的解释联系在一起时,总给人一种似是

^① 从根本上说,受版权法保护的作品中,除计算机程序、具备独创性的数据库等“信息产品”外,均不具备任何产业实用性。它们是人类在非物质生活中需求的对象。

而非的感觉。

那么,在英美法中,idea 和 expression 究竟指的是什么呢?客观地说,这些国家的立法、司法与研究人员自己也解释不清。从很多美国判例中可以看出,当美国法官使用这两个概念为其自己的判决寻找依据时,他们并不知道自己在做什么。他们所要达到的惟一目的就是:不要让人们认为他们所作出的判决是毫无道理可言。^①

2. 美国法院对“idea”与“expression”的运用。关于“idea”与“expression”之争,美国联邦第三巡回法院审理的 Whelan v. Jaslow 案中,被告 Jaslow 诊所上诉后提出了两点申辩:第一,该诊所认为,由于初审法院法官并没有在有关的两个程序中找到任何“文字”(literal)方面的相似性,而版权法只保护计算机程序中的文字因素,因此,初审法院所确定的判断准则是不正确的;第二,即使版权保护可以涵括计算机程序的结构、顺序与组织,原告也未能拿出充分的实质性相似方面的证据以证明侵权的存在。

基于上诉方提出的这两点理由,第三巡回法院首先认为,对一般的文学作品而言,即使在原作品与被指控作品之间没有文字方面的实质性相似,同样存在侵犯版权的可能性。法官 Edward R. Becker 认为,“一个人可以通过复制一个情节或情节构思手法的方式而侵犯一部戏剧或一部书的版权。”另一个法官 Melville Nimmer 则认为,如果被指控的作品与原作品有“广泛的非文字相似性”,亦属侵犯版权。因而,初审法院法官作出的侵权判决并没有错。

上诉人又进一步辩称,计算机程序不同于一般作品,因为程序的结构本身就是它的“idea”,因而不受版权法保护的因素。对此,上诉法院引述了在美国影响极大的 Baker v. Selden(美国最高法院 1879 年的判例)案的判决,并认为,在关系到计算机程序作品

^① 郭明瑞、唐广良、房绍坤:《民商法原理(二)物权法、知识产权法》,中国人民大学出版社,1995 年版,第 457 页。

时,idea 与 expression 的划分也应以作品本身所追求的目的为参考来确定。Becker 法官认为,实用性作品(包括计算机程序)的目的或功能是作品的“idea”,而与其目的和功能的实现有关的所有其他因素则都是思想的表述(expression of the idea)。因此,一计算机程序的结构、逻辑以及流程都是版权法保护的对象,除非该程序的结构、逻辑及流程中所含的各种因素都是程序之目的的实现所必不可少的。

上诉法院认为,版权法中的 idea/expression 划分的目的在于求得竞争与保护之间的平衡,而上面所确立的原则与此目的完全相适应。根据这一原则,为了实现同一目的,任何人均可复制已有作品中为实现该目的所必不可少的因素,但是,被复制的因素一旦超出这个界限,进而延伸到了程序作品的结构、逻辑和流程,复制者即已面临了被认定为侵权的危险。

1962年6月,美国联邦第二巡回法院在 Computer Assocs. v. Altai 案中遇到了差不多相同的情形,但却作出了截然相反的判决。

首先,在什么是“idea”这个问题上,第二巡回法院理解的角度就与第三巡回法院差别很大。在第二巡回法院看来,所谓的“idea”,并非指计算机程序要实现的目的或功能。他们支持该案初审法院的观点,认为:“第一,一个程序仅有一个 idea 的观点不能成立。为了证明其观点能够站得住脚,法院引用了麻省理工学院戴维斯博士的“专家”证词说,计算机程序由子程序和子子程序组成;而每个子程序至少有一个 idea;第二,一个程序中并不是只有一个“结构”;程序分解后的各个层次都存在一个“结构”,因而认为程序的结构、顺序和组织是程序之表述(expression)的看法毫无根据。

为了进一步表明其判决和正确性,第二巡回法院提出一套取代 Whelan v. Jaslow 案所确立之原则的“新”判断规则。这个规则就是很多人极力推崇的所谓“三步审查法”。三步审查法的具体内容在侵权认定的原则中涉及。

3. 我们的评价。美国版权法第 102 条规定：

(1) 依照本法规定, 版权保护的是固定于已知的和将来开发的任何有形表达介质(any tangible medium of expression)的、具有原创性的作品, 通过这些介质, 有关的作品可以直接地或借助于某种机器或装置而被人感知、复制或以其他方式交流。

(2) 为具有原创性的作品提供的保护不能延及任何思想(idea)、过程(procedure)、方法(process)、制度(system)、操作方法(method of operation)、概念(concept)、原则(principle)或者发现(discovery), 而不论这些因素是以何种方式被描述、解释、说明或体现于作品之中的。

美国版权法的这种规定可谓当今世界版权立法中独一无二的了。从现有资料上看, 除美国外, 其他国家的版权立法并没有在 idea 与 expression 问题上作出任何直接的规定与解释。根据美国版权法的规定, 并结合美国法院在其审判活动中对两个概念的运用情况, 我们特对这两个令人捉摸不定的概念作以下评价;

(1) 什么是 Expression? 简单地说, expression 就是作品创作者之“创作”的外在表现、表述或表达, 或者更进一步地说, expression 就是“作品”。

那么, 也许有人会问, 既然 expression 就是作品, 为什么要用两个词汇来表示同一种事物? 惯用这些概念的美国人又为什么会用 expression 来作为衡量作品中可保护因素的标准?

首先, 我们必须承认, 作为两个词汇, expression 与 work 毕竟有所不同。按照 Chambers 20th Century Dictionary 的解释, expression 的基本含义指的是通过某种压力促使某种东西“出来(forcing out)”的行为。在这一基本含义的基础上, 它还包括以下一些意义: 用语言、技巧或形象等方式所作的某种呈现或显示; 表现任何东西的方式; 一种文字、短语; 一种符号; 一种解语以及用音乐表演的方式对感情的显示, 等等。而 work 则指人所做或制作的任何东西; 或者是通过人的某种技巧的实施所产生的任何产品。

由此可知, work 所强调的是一种“结果”或“既成事实”; 而 ex-