

著作权法第三次修正下的“限制与例外” 制度应用研究

ZHUZUOQUANFA DISANCI XIUZHENGXIADE “XIANZHUYULIWAJ”
ZHIDUYINGYONG YANJIU

曾 琳 著



中国政法大学出版社

著作权法第三次修正下的“限制与例外” 制度应用研究

ZHUZUOQUANFA DISANCIXIUZHENGXIAXI DE “XIANZHUYULIWAI”
ZHIDUYINGYONG YANJIU

曾 琳 著



中国政法大学出版社

2016 · 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（C I P）数据

著作权法第三次修正下的“限制与例外”制度应用研究/曾琳著. —北京：
中国政法大学出版社，2016. 9
ISBN 978-7-5620-6860-0

I. ①著… II. ①曾… 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(2016)第234558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	010-58908437(编辑室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	9.125
字 数	210 千字
版 次	2016 年 10 月第 1 版
印 次	2016 年 10 月第 1 次印刷
定 价	35.00 元

前 言^{〔1〕}

作品不仅要给作者带来利益，也要给使用者带来利益。著作权本质上是一种垄断权，法律赋予作者对其创作享有独占的权利，但是同时法律又要考虑满足公众对作品的合理需求。为了保证公众对作品的接近，大多数著作权立法都对著作权进行了一定的限制，以实现作品创作者、传播者和使用者三者间的利益平衡。“版权是作者利益与使用者（亦即社会）利益之间的一种妥协。并且，这是一种暂时的利益平衡。这种体系并非以单个作者为基础。社会之所以授予作者专有权，是因为社会需要从中得到好处。正是通过例外和限制这种平衡才能得到实现。”^{〔2〕}著作权的限制和例外是著作权法不可分割的组成部分，著作权法以承认对垄断权的限制为条件去保护作品的使用，允许使用者在某些情况下自由地使用作品。

著作权法允许对权利进行限制和例外的法律价值主要有三个方面：首先是言论自由和创作自由，比如合理使用中的戏仿

〔1〕 本书内容是在作者2012年主持的国家新闻出版广电总局重大课题项目“著作权法‘限制与例外’制度应用研究”的基础上完善而成的。

〔2〕 参见〔法〕安娜·勒帕热：“数字环境下版权例外与限制概况”，刘板盛译，载《版权公报》2003年第1期。



(滑稽模仿),如果原作品的作者不允许使用其作品,那么戏仿的作品就无法产生,无法评论某个作品。“作者创作一部新作品完全是从零开始”的假定在现实中几乎是不存在的。其次是公共利益的维护,著作权不能专注于作者权利的保护,还应该顾及广大使用者的利益。美国众议院在就 1988 年《伯尔尼公约实施法令》所做的报告中宣称:“版权的根本目的不在于奖励作者,而在于保障公众从作者的创作中受益。”最后是市场失灵的需要,比如“孤儿作品”,因为这类作品的著作权人不明或虽然明确但无法取得联系,导致作品利用人与著作权人达成授权许可而进行交易的成本远远超过交易的预期收益。

在著作权理论上,权利的限制和例外包括合理使用、法定许可、强制许可、权利保护期、公有领域、权利穷竭等,本书所指的著作权的限制和例外是合理使用、法定许可、强制许可这三种制度,因此本书共分三章,分别针对《著作权法》已有规定的合理使用和法定许可,以及《著作权法》没有规定的强制许可进行研究和阐述。

我国 2011 年 7 月正式启动了《著作权法》的修订工作:2012 年 2 月初,国家版权局开始着手起草《著作权法(修改草案)》,2012 年 3 月,《著作权法(修改草案第一稿)》出台,草案引起了社会各界的广泛关注和热烈讨论,中外政府相关部门、权利人组织、产业界以及教学科研机构等通过各种途径和方式表达了对修法工作的关注。据统计,截至 2012 年 5 月 31 日,国家版权局已经收到社会各界的意见和建议 1600 余份。在综合各方意见之后,2012 年 7 月,《著作权法(修改草案第二稿)》公布,在此基础上,国家版权局在 2012 年 10 月又出台了《著作权法(修改草案第三稿)》。2014 年 6 月 6 日,国家法制办公布了由国家版权局报请国务院审议的《著作权法(修订草案送审

稿)》^[1]及其修订说明,征求社会各界意见。我们可以看到,从第一稿到最终的送审稿,都对原来的著作权的限制与例外制度进行了比较明显的修改和调整:首先,草案用专门一章(第四章)来规定了著作权的限制制度。其次,对列举的典型合理使用方式进行了部分修改,增加“合理使用”的开放式规定,在列举的最后一条中增加了“其他情形”作为第十三类,并且引入了“三步检测法”限制所有的十三类“合理使用”情形。再次,对著作权的法定许可制度进行了修改,将现行《著作权法》的五类著作权法定许可进行调整,保留教科书和报刊转载法定许可,将广播电台、电视台的两项法定许可合并为一项,取消录音法定许可。同时明确规定法定许可的适用条件以及违反法定义务的法律后果。最后,对技术保护措施和权利管理信息条款也做出了调整,新增“技术保护措施和权利管理信息”一章。这些修改总的来说对完善我国著作权限制制度具有非常积极的作用,明确了一些以往在司法实践中存在争议的地方,也更加注意平衡著作权人和使用者之间的关系,但是仍然留有许多疑问和值得研究的地方。

[1] 国家版权局前三次公布的草案均采用“修改草案”作为名称,而国家法制办公布的送审稿则改成了“修订草案”。

目 录

前 言	1
第一章 合理使用制度应用研究	1
第一节 合理使用制度的国际公约标准	2
第二节 合理使用制度各国立法	8
第三节 我国《著作权法》应确立的合理使用判断标准 ——“三步检测法”和“四要素标准”的 博弈	16
第四节 我国现行《著作权法》合理使用制度的完善 ...	40
第五节 网络环境下的合理使用问题	75
第六节 技术保护措施与合理使用	128
第二章 法定许可制度应用研究	142
第一节 现行《著作权法》对法定许可制度的规定 ...	142
第二节 国际公约、各法域对法定许可制度的规定 及比较	151
第三节 我国法定许可制度存在的缺陷	161



第四节	网络环境下法定许可制度重构的不同观点	170
第五节	网络环境下法定许可制度的构建	177
第三章	著作权强制许可制度应用研究	233
第一节	著作权强制许可制度概述	233
第二节	国际公约关于著作权强制许可制度的规定	238
第三节	其他国家关于著作权强制许可的规定	243
第四节	我国著作权强制许可制度的构建	248
附 录	著作权合理使用案件数据检索及统计	266
参考文献		277

第一章 合理使用制度应用研究

合理使用制度作为著作权法中最能体现平衡的二元价值取向的制度，一直都备受关注。著作权法除了要赋予著作权人对其作品的独占权利，鼓励其创作，同时也要兼顾公众利用和获取知识的需要，以促进社会整体文化的发展。而合理使用正是基于著作权的社会使命，对著作权的独占性进行一定程度的限制，实现公众对作品的广泛使用。但是合理使用的边界在哪里？创作者总是希望这个边界越窄越好，而使用者总是希望这个边界越大越好。在传统的印刷技术和广播电视技术的环境下，对合理使用的挑战还相对较小，随着信息技术的不断革新，网络时代的开放性、虚拟性、快速性等特点使前网络时代的合理使用标准面临着巨大的考验。从《伯尔尼公约》到《与贸易有关的知识产权协议》（简称 TRIPS 协议）的“三步检测法”，再到后 TRIPS 时代，《世界知识产权组织版权条约》（简称 WCT）、《世界知识产权组织表演和录音制品条约》（简称 WPPT）对“三步检测法”在数字环境中的延伸适用；从 1976 年《美国版权法》第 107 条的合理使用判断的四标准，到 2010 年 7 月对《数字千年版权法案》（DMCA）的修改；从我国《著作权法》第 22 条的合理使用到《著作权法（修改草案）》和《著作权法



(修订草案送审稿)) (以下简称《送审稿》) 特设专章来规定著作权的限制制度, 这些变化都在努力为著作权创造一个更为精确和完美的合理使用制度, 以期定分止争, 平衡各方利益, 顺应时代的发展和变化, 令著作权的平衡精神能够顺利地 from 传统空间延续到网络空间。

第一节 合理使用制度的国际公约标准

一、国际公约中的“三步检测法”

(一) 《伯尔尼公约》第9条第2款的“例外”

合理使用的“三步检测法”最早出现于1967年斯德哥尔摩《伯尔尼公约》的修订会议, 并在后来1971年的巴黎文本中进行了明确的规定, 即第9条第2款“例外”。该条款是在《伯尔尼公约》第10条对复制权的限制条款之外的一个概括性、原则性的规定, 因为考虑到不同法律传统的国家之间的差异, 难以统一例外和限制行为的范围和数量, 也无法完全穷尽所有的具体情形。更为弹性的做法是提供一个普遍适用的标准, 把具体的合理使用判定方式留给各成员国国内法加以规定, “给予成员国一种权利来削弱专有复制权”。^[1]

根据《伯尔尼公约》第9条第2款, 伯尔尼联盟成员国的立法可以准许在某些特殊情况下复制公约保护的作品, 只要这种复制不与作品的正常利用相冲突, 也不致不合理地损害作者的合法权益。也就是说, 有关复制权的限制只有符合“三步检测法”才能够被允许。可见《伯尔尼公约》中的“三步检测

[1] See Claude Masouyé, Guide To The BERNE CONVENTION For The Protection Of Literary And Artistic Works (Paris Act 1971) (1978), 9.6.

法”仅仅是判断复制权例外是否合法的标准,还没有完全上升为真正意义上的著作权合理使用的一般原则。真正将“三步检测法”上升为合理使用一般原则的是 TRIPS 协议,其将《伯尔尼公约》第 9 条第 2 款对一般意义上的复制权的限制扩大适用到所有的专有权,使“三步检测法”成为真正意义上的著作权限制的一般条款。

(二) TRIPS 协议第 13 条中的继承和限定

TRIPS 协议是世界贸易组织 (WTO) 为各成员国版权保护设定的最低标准,该协议第 13 条规定:“各成员应当将对专有权的限制或例外限定于某些特殊情形,该特殊情形不得与作品的正常利用相冲突,也不得不合理地损害权利持有人的正当利益。”对比《伯尔尼公约》第 9 条第 2 款,可以发现,TRIPS 协议第 13 条在继承《伯尔尼公约》的同时,又作了适当的扩大和细微的变化:一是,《伯尔尼公约》第 9 条第 2 款仅仅适用于对复制权的限制,而 TRIPS 协议第 13 条适用于对作者任何专有权的限制,包括《伯尔尼公约》中没有规定的出租权;二是,《伯尔尼公约》第 9 条第 2 款是“成员国的立法可以准许”,重在授权,而 TRIPS 协议第 13 条用词是“各成员应当将对专有权的限制或例外限定于”,重在限制授权,更强调对专有权的限制和例外必须有局限。并且在乌拉圭回合谈判时,美国的草案建议是要求成员国把例外限于“清晰和谨慎限定的、不损害被保护作品的实际或潜在的市场或价值的特定情形”,^[1]可见 TRIPS 协议对专有权的“限制和例外”的规定似乎更严格。

(三) WCT 第 10 条和 WPPT 第 16 条的延伸适用

1996 年,世界知识产权组织 (WIPO) 制定了 WCT 和

[1] See Neil W. Netanel, “The Next Round: The Impact of the WIPO Copyright Treaty on TRIPS Dispute Settlement”, 37 Va. J. Int'l L. 460 (1997).



WPPT。WCT 第 10 条第 1 款规定,对于本条约授予文学艺术作品的作者的权利,缔约方得在其国内法中规定某些特殊情况下的限制或例外,但不得与作品的正常使用相冲突,也不得不合理地损害作者的合法利益。第 10 条第 2 款规定,在适用《伯尔尼公约》时,缔约方应将公约规定的限制与例外限定于某些特殊情况,不得与作品的正常利用相冲突,也不得不合理地损害作者的合法利益。WPPT 第 16 条在表演者和录音制品制作者的限制方面也和 WCT 一样,将“三步检测法”分为两款,第一款授权、第二款限制授权的范围和方式。

除了进一步明确成员国设定“限制和例外”的权利和限制外,WCT 和 WPPT 更引人注目的地方在于以议定申明的方式明确了各国可以将限制和例外延伸到数字环境中,也可以为数字环境自行规定适合的限制和例外。但是特别指出的是,不论是将已有的限制和例外延伸到数字环境,还是在数字环境中设立新的限制和例外,都要符合“三步检测法”。

二、“三步检测法”的具体适用

(一)“三步检测法”的适用范围

TRIPS 协议确立了第 13 条“三步检测法”作为版权限制的一般条款的地位,但是对该条款的理解和适用却经常引起争议。最有名的案例来自于欧共体诉《美国版权法》第 110 条第 5 款一案^[1](以下简称“版权法案”),双方争议的焦点在 TRIPS 协

[1] 1976 年《美国版权法》第 110 条第 5 款规定:①允许小型餐馆和零售商店在未经授权和付费的情况下播放广播中的戏剧音乐节目,但是所用的播放设备只能是家庭型设备,称为“家庭型例外”;②允许经营规模不超过一定面积的餐饮服务企业 and 零售企业在未经授权和付费的情况下播放广播中的非戏剧音乐作品,还允许经营规模超过一定面积的企业播放广播中的非戏剧音乐作品,只要其播音设备符

议第 13 条的适用范围上。欧共同体有两点主张：①第 13 条仅限于 TRIPS 协议新增加的专有限制，或者说即使第 13 条适用于《伯尔尼公约》中规定的专有权，也只在这些规定已有的限制和例外范围内才能适用；②允许的限制局限于非商业性的使用。而美国则认为 TRIPS 协议允许各成员方对版权所有人的所有与版权相关的权利进行限制，第 13 条是为这些限制和例外提供了判断合法性的标准，并且允许的限制也不要求使用的非商业性。WTO 专家组裁决后得出结论：①因为 TRIPS 协议已经将《伯尔尼公约》第 1 条至第 21 条规定并入其中，因此在 TRIPS 协议第 9 条第 1 款没有任何明示排除的情况下，《伯尔尼公约》第 1 条至第 21 条规定及 TRIPS 协议新增加的专有权，都可以适用第 13 条的限制和例外。并且引证 WCT 第 10 条两款和议定声明（9）的规定，专家组认为 TRIPS 协议和 WCT 之间是协调衔接的，可以进一步确证成员既可以设定新的例外，也应当适用《伯尔尼公约》中规定的专有权。②虽然许多限制和例外具有非商业的特点，但即使是作品的非商业性使用，如成人和儿童教育，也可以达到对版权人有重大经济影响的程度。因此使用的非商业性不是决定性因素，关键是这些限制和例外要符合“三步检测法”。

（二）“三步检测法”的判断标准

根据 WTO 专家组的裁决，“三步检测法”是检验所有与版权相关的权利的限制和例外制度是否合法正当的唯一依据。根据 TRIPS 协议第 13 条，对专有权进行限制或例外必须满足三个条件：①限定于某些特殊情形（are confined to certain special

（接上页）合特定的限制条件，称为“商业型例外”。欧共同体及成员国向 WTO 提出抗议，认为该规定中的“家庭型例外”和“商业型例外”违反了《伯尔尼公约》。WTO 专家组对该争端作出了裁决，认为“商业型例外”不符合“三步检测法”，而“家庭型例外”则是合法的。



cases); ②不与作品的正常利用相冲突 (do not conflict with a normal exploitation of the work); ③不得不合理地损害权利持有人的正当利益 (do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder)。并且, 这三个条件是累积适用的, 只有满足了三个条件中的每一个条件, 限制或例外制度本身才是合法的。

1. 限制和例外应该“限定于某些特殊情形”。根据 WTO 专家组的解释, 要满足第一个条件, 例外或限制必须是非常清楚的限定 (certain), 在量和质上都应该是较小的、狭窄的 (special), 并且必须根据例外的受益人、使用的设备、作品的类型或其他因素进行个案分析 (cases)。^[1]另外, 专家组强调指出, 例外的“某些特殊情形”不应简单地等同于“特殊目的”, 特定的公共政策不能成为例外的特殊情形。

2. 不与作品的正常利用相冲突。第二个要件是“三步检测法”的核心所在, WTO 专家组引用了瑞典政府和保护知识产权国际联合局 (Swedish Government and the United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property) 的指南加以说明: “所有具有或可能获得相当经济或实际价值的利用作品的形式都应当保留给作者”, 因此如果一种使用方式与作者通常利用 (a normal exploitation) 作品获得利益的方式形成竞争, 具有市场替代能力, 或者发生经济利益上的争夺, 那么该使用方式就与正常利用相冲突 (conflict)。^[2]作品的使用方式包括实际的或有现实可能性的利用方式, 而不仅仅是现有的利用方式 (exploitation)。

3. 不得不合理地损害权利持有人的正当利益。WTO 专家组认为: 首先, 权利人享有的利益 (interests) 不限于经济利益, 也可以指对利益或潜在损害的关注, 及更一般地指对自然人或

[1] Panel Decision, paras. 6. 108, 6. 205.

[2] Panel Decision, paras. 6. 172, 6. 183.

法人具有重要性的东西。其次,正当(legitimate)的利益来自于第二步判断中的使用方式。再次,限制或例外不能带来不合理的损害(unreasonably prejudice),但承认合理的损害。最后,损害既包括实际造成的损害,也包括潜在的损害。因此,专家组得出结论:“如果限制或例外造成或可能会造成版权人收入的不合理损失,那么对权利人正当利益的损害就达到了不合理的程度。”〔1〕

(三)“三步检测法”的普遍适用性

首先,从 TRIPS 协议的效力来说,“三步检测法”具有普遍适用性。TRIPS 协议是 WTO 框架下的一揽子协议,所有 WTO 成员都必须遵守该协议,而《伯尔尼公约》的大部分实体条款(第 6 条之二除外)都被纳入了 TRIPS 协议当中,如果发生争端,可以提交给 WTO 争端解决程序解决,专家组作出的裁决具有一定的强制力。我国早已加入 WTO,也就意味着 TRIPS 协议也成为检验我国版权法的正当性的标准。因此,我国《著作权法》合理使用制度是否具有正当性也取决于第 13 条的“三步检测法”。

其次,“三步检测法”在后续通过的国际条约(WCT 和 WPPT)中都有几乎完全一致的表述,并且明确可以将其适用扩大到数字环境下,可见 WIPO 对该原则持一贯肯定的态度。我国于 1980 年成为 WIPO 的成员,又于 2006 年正式加入以上两个国际条约,因此也应当遵循协议的基本精神。

最后,也是最重要的一点,“三步检测法”是一个总的指导原则,可以灵活应对不同的版权媒介环境并且适用于不同法律传统的国家,也很好地弥补了列举式立法的不足。它既可以适用于德国、法国、日本这些详尽列举可豁免行为的大陆法系国家,也可以适用于美国这种以抽象式要素判断标准来规定例外

〔1〕 Panel Decision, para. 6. 229.



行为的国家。它的三个测试标准体现了著作权法中权利平衡的指导原则，具有科学性和普遍适用性，应该成为我国构建合理使用著作权的“限制和例外”制度的一般指导原则。

第二节 合理使用制度各国立法

一、国外合理使用制度立法模式概述

大多数大陆法系国家的立法对合理使用进行了全面而详尽的列举，以说明哪些行为属于可以不经版权人同意也无须支付报酬的豁免行为，一般情况下法院只能在法律规定的范围内从狭义上进行解释，不允许类推适用。我国现行《著作权法》第22条详细列举了12种著作权合理使用的行为，符合这些类型的行为就构成合理使用，除此以外则不能被认定为合理使用，这种穷尽式的列举立法模式也叫作“具体规定性模式”或者“规则主义”。除了我国以外，德国、法国、日本等大陆法系国家多采用这种模式。比如《德国版权法》第一章第六节“对著作权的限制”中的第45条到第60条都是列举的可以自由和无偿使用的情形，包括：司法与公安目的的复制（第45条），为教堂、学校或教学使用的汇编物（第46条），学校广播的转录（第47条），公开讲演的复制、传播（第48条），报纸文章和广播评论的复制、传播或公开再现（第49条），音像报告的制作（第50条），引用（第51条），免费表演（第52条），为私人使用或其他自用的复制（第53条），广播企业进行的复制（第55条），商业机构进行的复制和公开再现（第56条），非主要的附属著作的同时使用（第57条），目录图像的复制或传播（第58条），公共场所的著作的再现（第59条），肖像的有条件复制（第60

条)。^[1]另外第62条和第63条要求在使用原作品的时候不得对作品进行改动,并且应该标明出处。“规则主义”学说回避了著作权合理使用的“合理性”标准这一重大理论问题,把千差万别的具体情况归结为简单的几个典型情形,对于现实中不断出现的新问题,法官往往束手无策,其滞后性和狭隘性可见一斑。

与这种方式相对的立法模式是以美国为代表的“抽象规定性模式”或者“因素主义”。这种限制方式最大的特点在于没有详尽列举可豁免的行为,而是只列举最具有代表性的合理使用行为,然后将更大的可能性留给一个总条款,由其规定例外行为,这个“合理使用”(fair use)总条款与列举的限制并行不悖,并且作为补充和总的判断标准。这一总的判断标准即是世界上众多著作权法学者所称道的判断合理使用的“四要素标准”,即“在任何特定情况下,确定对一部作品的使用是否是合理使用,要考虑的因素应当包括:①使用的目的和性质;②被使用的版权作品的性质;③同整个被使用作品相比,所使用的部分的数量和内容的实质性;④这种使用对有版权作品的潜在市场或价值所产生的影响”。^[2]并且,在判断具体行为是否属于合理使用的时候,这四个要素并不是每个要素都满足才能构成合理使用,也不是说一个条件不满足就不是合理使用,该标准判断的方式不是累积适用,而是综合比重的适用。因此在美国的合理使用判例中,法官在分析某个具体案件对四要素的适用时,经常使用“[factor] weighing against the plaintiff/defendant”(某个因素更有利于原告或者更有利于被告)或者“[this]

[1] 参见范长军译:《德国版权法》,知识产权出版社2013年版,第72~94页。

[2] 参见张晓秦:“论信息化时代著作权的演进与法律保护”,对外经济贸易大学2007年博士学位论文。