



Norm Analysis and Theory Interpretation of
Chinese Copyright Law

中国著作权制度的 规范解读与原理阐释

曹阳 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA



Norm Analysis and Theory Interpretation of
Chinese Copyright Law

中国著作权制度的 规范解读与原理阐释

曹阳 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

中国著作权制度的规范解读与原理阐释 / 曹阳著

— 北京 : 法律出版社, 2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3074 - 1

I. ①中… II. ①曹… 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 (2019) 第 019643 号

中国著作权制度的规范解读与原理阐释
ZHONGGUO ZHUZUOQUAN ZHIDU DE GUIFAN
JIEDU YU YUANLI CHANSHI

曹 阳 著

策划编辑 解 钊
责任编辑 解 钊
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任校对 马 丽

责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部

开本 720 毫米 × 960 毫米 1/16

印张 23

字数 390 千

版本 2019 年 3 月第 1 版

印次 2019 年 3 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)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 83938336

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、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400 - 660 - 6393

第一法律书店 / 010 - 83938334/8335 西安分公司 / 029 - 85330678 重庆分公司 / 023 - 67453036

上海分公司 / 021 - 62071639/1636 深圳分公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 3074 - 1

定价: 79.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编审委员会

主 任: 刘晓红

副主任: 潘牧天 关保英

秘书长: 张远新

委 员: (以姓氏笔画为序)

王明华	王祥修	刘晓红	关保英	杨向东
杨 寅	汪伟民	张永禄	张本梓	张远新
胡戎恩	姚建龙	徐世甫	章友德	潘牧天

总序

大学者，大学问也。唯有博大学问之追求，才不负大学之谓；唯有学问之厚实精深，方不负大师之名。学术研究作为大学与生俱来的功能，也是衡量大学办学成效的重要标准之一。上海政法学院自建校以来，以培养人才、服务社会为己任，坚持教学与科研并重，专业与学科并举，不断推进学术创新和学科发展，逐渐形成了自身的办学特色。

学科为学术之基。我校学科门类经历了一个从单一性向多科性发展的过程。法学作为我校优势学科，上海市一流学科、高原学科，积数十年之功，枝繁叶茂，先后建立了法学理论、行政法学、刑法学、监狱学、民商法学、国际法学、金融法学、环境与资源保护法学、诉讼法学等一批二级学科。2016年获批法学一级学科硕士点，为法学学科建设的又一标志性成果，法学学科群日渐完备，学科特色日益彰显。以法学学科发端，历经数轮布局调整，又生政治学、社会学、经济学、管理学、文学、哲学、再生教育学、艺术学等诸学科，目前已形成以法学为主干，多学科协调发展的学科体系，学科布局日臻完善，学科交叉日趋活跃。正是学科的不断拓展与提升，为学术科研提供了重要的基础和支撑，促进了学术研究的兴旺与繁荣。

学术为学科之核。学校支持和鼓励教师特别是青年教师钻研学术，从事研究。如建立科研激励机制，资助学术著作出版，设立青年教师科研基金，创建创新性学科团队，等等。再者，学校积极服务国家战略和地方建设，先后建立了中国——上海合作组织国际司法交流合作培训基地、最高人民法院“一带一路”司法研究基地、上海市高校“一带一路”安全研究院和上海组织研究院人文社科重点研究基地和智库、上海教育立法咨询与服务研究基地等，为学术研究提供了一系列重要平台。以这些平台为依托，以问题为导向，以学术资源优化整合为举措，涌现了一批学术骨干，取得了一批研究

成果,亦促进了学科的不断发展与深化。在巩固传统学科优势的基础上,在国际政治、国际司法、国际贸易、国家安全、海洋法、教育法、体育法等领域开疆辟土,崭露头角,获得了一定的学术影响力和知名度。

学校坚持改革创新、开放包容、追求卓越之上政精神,形成了百舸争流、百花齐放之学术氛围,产生了一批又一批科研成果和学术精品,为人才培养、社会服务和文化传承与创新提供了有力地支撑。上者,高也。学术之高,在于挺立学术前沿,引领学术方向。“论天下之精微,理万物之是非”。潜心学术,孜孜以求,探索不止,才能产出精品力作,流传于世,惠及于民。政者,正也。学术之正,在于有正气,守正道。从事学术研究,需坚守大学使命,锤炼学术品格,胸怀天下,崇真向美,耐得住寂寞,守得住清贫,久久为功,方能有所成就。

好花还须绿叶扶。为了更好地推动学术创新和学术繁荣,展示上政学者的学术风采,促进上政学者的学术成长,我们特设立“上海政法学院学术文库”,旨在资助有学术价值、学术创新和学术积淀的学术著作公开出版,以褒作者,以飨读者。我们期望借助“上海政法学院学术文库”这一学术平台,引领上政学者在人类灿烂的知识宝库探索奥秘、追求真理和实现梦想。

3000年前有哲人说:“头脑不是被填充的容器,而是需要被点燃的火把”。那么,就让“上海政法学院学术文库”成为点燃上政人学术智慧的火种,让上政学术传统薪火相传,让上政精神通过一代一代学人从佘山脚下启程,走向中国,走向世界!

愿“上海政法学院学术文库”的光辉照亮上政人的学术之路!

上海政法学院校长

刘晓红

前言

激励优秀作品的创作与传播是著作权法关注的核心问题。自上而下构建的以实体环境为基础的现有著作权范式不能有效应对互联网时代的挑战。现今,以能动司法名义突破著作权法定原则与既有规则以应对所谓新情况、新问题的司法实践层出不穷。著作权领域的恣意能动司法实践忽视了著作权立法时尝试建立的平衡机制,对著作权诸多制度存在误解与滥用,完全忽视著作权制度自身的内在逻辑,将本不应由著作权法规制的问题强行纳入著作权领域规制,这损害了著作权体系可持续发展所需的稳定性与预期性。本书将对著作权的相关问题进行正本清源地分析,厘清著作权立法与司法实践中存在的误区与问题,为著作权立法与司法提供借鉴。

本书全面分析了中国著作权法订立以来的著作权相关理论发展脉络与司法现状,提出中国著作权理论与实践体系必须与中国现实为依归,注重著作权法自身逻辑,关注中国社会现实,促进经济文化发展与技术进步。本书既有著作权原理自身的解释,又有案例对原理的解读;既有对已然问题的探讨,又提出了一些需要思考的问题。

本书是作者研究中国知识产权原理、规范与实践系列著作的第一部,未来还将陆续出版相关著作。本书所提出的许多问题还需要进一步的探讨与分析,欢迎各位学界同仁批评与指正。

本书得以顺利完成需要感谢我的家人。没有家人的支持,这一切皆不可能。

曹阳

2018年9月11日于上海寓所

目录

第一章 著作权制度正当性	(1)
第一节 自然权利理论	(1)
第二节 人格权理论	(2)
第三节 激励理论	(3)
第四节 著作权制度功能	(4)
 第二章 著作权保护客体	(6)
第一节 作品范围	(6)
第二节 作品界定	(7)
一、可复制性	(7)
二、表达	(7)
三、独创性	(18)
第三节 作品具体类型	(27)
一、文字作品	(27)
二、口述作品	(28)
三、音乐作品	(29)
四、戏剧作品	(30)
五、曲艺作品	(31)
六、舞蹈作品	(32)
七、杂技艺术作品	(32)
八、美术作品	(33)
九、建筑作品	(37)
十、模型作品(立体作品)	(39)

十一、图形作品	(40)
十二、摄影作品	(43)
十三、视听作品	(44)
十四、计算机软件	(48)
十五、实用艺术作品	(49)
十六、非法定作品	(50)
第四节 演绎作品	(52)
一、演绎作品特征	(52)
二、改编	(53)
三、注释	(54)
四、翻译	(55)
五、整理	(55)
六、汇编	(56)
第五节 禁止传播的作品	(58)
第六节 不受保护的客体	(59)
第三章 著作权归属	(61)
第一节 作者	(61)
第二节 法人作品	(64)
第三节 职务作品	(66)
第四节 合作作品	(69)
第五节 委托作品	(81)
第六节 演绎与汇编作品	(83)
第七节 影视作品	(83)
第八节 孤儿作品	(87)
第四章 著作人身权	(88)
第一节 人身权性质	(88)
第二节 发表权	(89)
第三节 署名权	(93)
第四节 修改权	(95)
第五节 保护作品完整权	(98)

第六节 追续权	(105)
第七节 收回作品权	(106)
第五章 著作财产权	(107)
第一节 财产权的性质与内容	(107)
第二节 复制权	(110)
一、复制的特征	(110)
二、复制的类型	(113)
第三节 发行权	(118)
一、发行行为	(118)
二、刑法意义上的发行	(119)
三、侵权作品的发行	(122)
四、发行权用尽	(123)
第四节 出租权	(126)
第五节 演绎权	(127)
一、改编权	(129)
二、摄制权	(133)
三、翻译权	(134)
四、汇编权	(134)
第六节 公开传播权	(135)
一、表演权	(137)
二、放映权	(140)
三、广播权	(142)
四、展览权	(147)
第七节 其他权利	(147)
一、注释权	(148)
二、整理权	(148)
三、以有线方式直接公开广播或者传播作品的权利	(149)
四、制作录音制品的权利	(150)
五、按照设计图建造作品的权利	(151)
第八节 信息网络传播权	(152)
一、信息网络传播行为的构成要件	(153)

二、信息网络环境下的传播者	(155)
三、交互性	(165)
四、非传统信息网络传播行为	(167)
五、信息网络传播权限制	(180)
第六章 邻接权	(182)
第一节 版式设计	(184)
第二节 表演者	(187)
一、表演者范围	(187)
二、表演对象	(192)
三、表演者权内容	(193)
第三节 录音录像制作者	(197)
一、录音录像制作者定义	(197)
二、录制者的权利	(198)
第四节 广播组织	(204)
一、转播权	(204)
二、录制权	(211)
三、复制权	(211)
四、广播组织可能涉及其他利用其信号的行为	(212)
五、广播组织与其他著作权与邻接权主体	(212)
第七章 超著作权保护	(214)
第一节 技术措施	(215)
一、技术措施的种类	(216)
二、技术措施的有效性	(217)
三、技术措施保护的范畴	(219)
四、技术措施保护限制	(220)
第二节 权利管理信息	(223)
第八章 著作权侵权与救济	(225)
第一节 著作权侵权	(225)
一、著作权侵权的一般规定	(225)

二、复制(copy)行为认定	(228)
三、过错	(238)
四、侵权诉讼	(239)
第二节 著作权间接侵权	(245)
一、传统著作权间接侵权责任	(245)
二、网络服务提供商间接侵权责任	(246)
三、网络服务提供商间接侵权行为类型	(257)
四、网络服务提供商间接侵权责任扩张	(283)
第三节 侵权救济	(287)
一、行政救济	(287)
二、刑事处罚	(289)
三、民事救济	(292)
第九章 著作权限制与侵权抗辩	(307)
第一节 合理使用	(307)
一、合理使用制度的价值	(307)
二、美国法下的合理使用制度	(308)
三、中国合理使用制度立法	(315)
四、合理使用类型	(318)
第二节 法定许可	(334)
一、报刊与网络转载	(335)
二、录音制品法定许可	(336)
三、电台、电视台播放	(338)
四、编写教科书	(342)
五、信息网络传播中的法定许可	(344)
六、法定许可存在的问题	(344)
第三节 强制许可	(345)
第四节 保护期限	(345)
一、人身权	(345)
二、财产权	(346)
第五节 合法来源抗辩	(347)
一、善意出版者、制作者	(347)

二、善意发行者与购买者 (349)

三、善意出租者 (351)

四、善意软件持有人 (351)

参考文献 (352)

第一章

著作权制度正当性

著作权制度的正当性何在?为什么要对他人创造的作品提供法律保护?现有文献一般从两个不同的角度来论证著作权制度的合法性,一是从作者的角度,关注作者在作品创造中的价值与作用;二是从第三方的角度,其关注外部因素在作品创造的价值与作用。自然权利理论、人格权理论从作者的角度论证著作权制度的正当性,而激励理论强调作者需要外部支持才能创造出优秀作品。

第一节 自然权利理论

约翰·洛克《政府论》

所以只要他使任何东西脱离自然所提供的和那个东西所处的状态,他就已经掺进他的劳动,在这上面参加他自己所有的某些东西,因而使它成为他的财产。既然是由他来使这件东西脱离自然所安排给它的一般状态,那么在这上面就由他的劳动加上了一些东西,从而排斥了其他人的共同权利。因为,既然劳动是劳动者的无可争议的所有物,那么对于这一有所增益的东西,除他以外就没有人能够享有权利,至少在还留有足够的同样好的东西给其他人所共有的情况下,事情就是如此。

洛克的财产权理论为版权正当性提供了自然权利基础,这种自然权利把作者或者受让作品进行出版的印刷者、书商正当化为作品财产的合法所

有人。^{〔1〕} 洛克关于财产的观点主要适用于有形物的获取,当其适用于著作权等无形物时,主要的障碍是什么? 著作权保护的期限性对该自然权利理论提出挑战。作为一种自然的权利,对其保护进行限制可能缺乏正当性基础。有学者认为,在洛克看来,劳动在私有财产形成过程中的作用仅限于富饶的自然状态时期。一个人所创造物品的价值,是由市场中其他人的主观需求所决定。而在短期时期,对财产的分配主要依靠公约进行,用洛克的话说,就是通过契约和协议进行。^{〔2〕} 一般认为,劳动创造了财产的价值,但无形资产的价值并不取决于劳动者的劳动行为,而是由市场中的第三方界定的。那么,在更重视著作权价值的当下,洛克的自然权利理论的适用该如何修正? 在实体物的环境下,近似的劳动产生的实体物的价值基本相似,但在无体物情况下,近似的劳动与成果的价值可能不成比例,如何修正自然权利理论以处理此类情况呢?

第二节 人格权理论

黑格尔《法哲学原理》

人有权把他的意志体现在任何物中,因而使该物成为我的东西。人具有这种权利作为他的实体性的目的,因为物在自身中不具有这种目的,而是从我意志中获得它的规定和灵魂的。这就是人对一切物据为己有的绝对权利。由此,财产是自由的第一体现,本身也是一个实质性目标。

一个人拥有的,并感觉是自身延续体的一部分的所有离散单位,在一定程度上,都是个人财产。^{〔3〕}

人格权理论是讨论财产的正当性还是对财产自身作出解释? 有学者认为,诗歌、故事、小说等作品是“人格的天然容器”,而其他对象,诸如专利、商业秘密等显然不像是个体人格的表现。彼得·德霍斯认为,如果根据黑格

〔1〕 David Saunders, *Authorship and Copyright*, Routledge 1992, p. 30.

〔2〕 [澳]彼得·德霍斯:《知识财产法哲学》,周林译,商务印书馆2008年版,第64页。

〔3〕 [美]罗伯特·墨杰斯等:《新技术时代的知识产权法》,齐筠译,中国政法大学出版社2003年版,第8页。

尔的观点,“作品体现人格”根本不能证明作品与其他财产的区别,因为黑格尔把所有权解释为自由意志的体现。在黑格尔的哲学中,物也是人格的扩展,私有财产是人格在世间外化的基本构成,至少在黑格尔那里,人格不是艺术家或其他创造者的特别权利的跳板。^[1] 福柯质疑“作品体现人格”的古典美学观,主张作品的自为性。他把“作者”替换为“写者”(writer),“作者”(author)的拉丁文词源是“autor”,有“生产者、推动者”之意,强调了作品源出于何人。^[2] 从历史和学理的角度来考察,英国自18世纪确立的基于作品的权利(copyright),其与法、德等国强调作者基于作品权利的“著作(者)权”(author's right)体系不同。

第三节 激励理论

《美国宪法》第1条第8款规定:国会有权为促进科学和实用技艺的进步,对作家和发明家的著作和发明,在一定期限内给予专利权的保障。授权国会可以赋予专利和版权的条款背后的经济学原理是:深信它是通过科学和实用技术领域的作者和发明家的才智提高公共福利的最佳方式。为这种创造活动牺牲的日子应该得到与所付出的劳动相当的报酬。^[3] 我国《著作权法》第1条规定,为保护文学、艺术和科学作品作者的著作权,以及与著作权有关的权益,鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播,促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣,根据宪法制定本法。

激励理论强调著作权客体的公共产品属性,而作品的公共产品特征必然带来供给不足。著作权制度改变了作品的公共产品属性,通过赋予作品权利人某种独占权从而激励作品的创造与传播。

自然权利理论与激励理论的主要区别在于谁对劳动成果享有权利。在自然权利理论下,作者享有所有与劳动成果相关的权利,而在激励理论体系下,作者的利益与报酬并不是法律的主要关注,其更多考虑社会福利的增加。基于不同的理论,导致不同国家著作权法的体系存在重大差异。在著

[1] Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1996, pp. 80-81.

[2] 李琛:《质疑知识产权之“人格财产一体性”》,载《中国社会科学》2004年第2期。

[3] *Mazer v. Stein* 347 U. S. 201 (1950).

作权领域,有些国家强调对作者权的保护,而有些国家重视对财产权的保护,不太关注对人格权的保护。激励理论从某种意义上是一种实用主义的观点,其强调对社会福利的整体增进。然而,现今的著作权制度是否真的提升了社会的整体福利确是一个值得探讨的问题。很多学者认为,现今的版权法并没有促进知识的有效传播。中国的相关法律从某种意义上接受了激励的理论。

第四节 著作权制度功能

著作权法主要解决作品的生产与传播问题。按照传统的著作权理论,著作权制度是激励作品创作的重要机制,没有著作权激励机制,就不可能有现今极为丰富的满足人们精神需要的作品。随着经济、技术的发展,作品的传播方式与手段都发生了极大的变化。更为重要的是,作品传播的意义也发生了变革,优秀的传播设计对作品的成功至关重要。因而,也需要对作品的传播者提供有效的激励。

传统的著作权理论以激励为根本出发点。其核心观点就是“无激励,无好作品”。我们该如何看待在无著作权保护时期出现了如此多伟大的作品呢?美国开国元勋相信,一个新兴的国家迫切需要建立文化基础,最好的方式就是把旧世界的遗产占为己有自由使用。因此,他们不仅盗版欧洲文化,而且自豪地称赞这样的偷窃行为是受过教育的公民对启蒙运动理想的一种追求。这样的行为催生了一个丰富的文化“聚宝盆”,满足了当时世界上最庞大的文明公众群体的需求。欧洲著作纷纷推出了美国版,但价格却远低于旧世界的售价。这些书在美国非常便宜,人们经常买来带上火车打发时间,随后丢弃。^[1]英国著名作家狄更斯就对美国的做法非常反感。狄更斯于1842年开始了第一次美国之行。狄更斯到了美国后,一方面受到了美国读者的广泛欢迎(他举办了一系列朗读和讲座活动),另一方面却对美国出版商从他身上大发其财而自己一无所得很不满意,终于忍不住在波士顿一次专门为他举行的晚宴上,他批评美国人不遵守国际版权精神,到处是盗版,让主人颇感尴尬。过了一星期,他在另一个地方又强调说,只有立法强制美国出版商向所有作家(无论国内外)支付他们应得的报酬,而不是纵容

[1] <https://finance.qq.com/a/20141116/010341.htm>,最后访问日期:2018年1月10日。