

国家保护知识产权工作研究基地

教育部人文社会科学重点研究基地

中南财经政法大学知识产权研究中心学术刊物

知识产权年刊

(2012年号)

Intellectual Property Rights Annual Journal

吴汉东 ©主编

本期聚焦：著作权法、专利法和商标法的修改与完善

- 《著作权法》第三次修改：背景、体例与重点 吴汉东
- 新“人本理念”与职务发明专利制度的完善 何敏
- 网络服务提供商在商标侵权中的责任 胡开忠



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

知识产权年刊

(2012年号)

Intellectual Property Rights Annual Journal

吴汉东 ©主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

知识产权年刊. 2012 年号/吴汉东主编. —北京:北京大学出版社, 2013. 4
ISBN 978-7-301-22327-7

I. ①知… II. ①吴… III. ①知识产权-2012-年刊 IV. ①D913-54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 057814 号

书 名: 知识产权年刊(2012 年号)

著作责任者: 吴汉东 主编

责任编辑: 邓丽华

标准书号: ISBN 978-7-301-22327-7/D • 3303

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 12.75 印张 223 千字

2013 年 4 月第 1 版 2013 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 26.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn



主 管 教育部

主 办 中南财经政法大学

承 办 中南财经政法大学知识产权研究中心

学术顾问 Joseph Straus 郭寿康

编委会委员 (以姓氏笔画为序)

刘江彬 刘春田 朱雪忠 李明德 张 今

张 平 张玉敏 郑友德 郑胜利 赵家仪

郭寿康 陶鑫良 曾令良 田村善之 Peter K. Yu

主 编 吴汉东

副 主 编 曹新明 胡开忠

执行编辑 熊 琦 何 华

卷首语

在当今知识经济时代,知识财产已远远超过了物质财产而成为社会最重要的财产形态,知识产权就是知识财产法律化、权利化的具体形式。国家的核心竞争能力已日益体现为对智力资源和智慧成果的培育、配置和调控的能力,尤其体现为对知识产权拥有和应用的能力。随着知识经济的发展,各国日益重视知识产权保护问题,国际知识产权保护出现了许多新动向,知识产权保护水平越来越高,国际化范围日趋广泛,发达国家和发展中国家的矛盾日益激烈,知识产权人与社会公众之间的利益冲突不断升温。同时,新技术的发展也给知识产权制度带来了许多新课题。

我国知识产权法律保护体系已基本建立,但现有的法律规定已不能完全适应时代发展的需要,如有些规定带有计划经济的痕迹,有些规定不适应新技术发展的要求,有些规定不符合国际惯例。所以,为了适应建设创新型国家的需要,跟上国际知识产权发展的步伐,回应新技术发展的要求,我国有必要对现行知识产权制度进行修改和完善,以促进我国社会经济、文化和科技的全面发展。为此,国家有关部委先后就商标法、专利法、著作权法的修改提出了修改建议,学术界对此也展开了热烈讨论。

——为了对知识产权法的修改有一个全面认识,本期年刊主要收录了我国学者关于著作权法、专利法、商标法等知识产权法律修改的建议。

在著作权法修改栏目,吴汉东教授在《〈著作权法〉第三次修改:背景、体例与重点》一文中首先对著作权法第三次修改的背景进行了回顾和介绍,指出本次著作权法的修订必须立足中国国情、体现中国特色、解决中国问题,即著作权立法可以摆脱被动移植的局面,从“被动性调整”步入“主动性安排”。其次,对国家版权局2012年3月公布的“著作权法修改草案”进行了评述。最后,指出本次著作权法修改的重点应该放在著作权客体、著作权内容、著作权限制、相关权制度、著作权集体管理、著作权保护等方面。张今教授和郭斯伦博士的《著作财产权体系的反思与重构》一文指出,现行著作财产权体系存在着权利细化导

致“封闭式”的误解、权利规定过于偏重技术特征、权利界定不甚合理、权利之间存在交叠或空白等问题,在具体设置方面需作进一步调整。总体而言,应当遵循以下思路:著作财产权体系的构建,采用权利类型化加分别式权利的模式;权利的类型化以作品使用方式为依据,分为有形利用权、无形利用权、演绎权三大类,改变以复制权为核心的模式;权利的分列以作品使用方式构成的独立市场为根据,整合、简化权利项目,杜绝过分倚赖技术特征。具体来说,有形利用权包括复制权、发行权、出租权和展览权,无形利用权包括表演权、放映权、广播权和信息网络传播权,演绎权包括改编权、翻译权和摄制权。王迁教授的《论版权法保护技术措施的正当性》一文指出,许多国家的版权法均同时保护旨在防止未经许可欣赏文艺作品或运行计算机软件的“接触控制措施”,和旨在防止未经许可复制、传播作品等版权侵权行为的“版权保护措施”。由于“版权保护措施”本身是一种保护版权的手段,因此版权法对其加以保护当然是具有正当性的。然而,由于未经许可地接触作品,包括阅读和观赏盗版小说或电影并非版权侵权行为,“接触控制措施”的作用也并非在于保护版权。版权法保护“接触控制措施”的正当性因此存在极大争议。该文认为,版权法保护“接触控制措施”的正当性在于,“接触控制措施”可保障权利人在版权法中的正当利益——从他人对作品的利用中获得合理报酬。根据这一正当性理论,如果一种“接触控制措施”的作用并不在于保障权利人在版权法中的正当利益,则版权法不应对其加以保护。熊琦博士的《著作权制度的诱致性变迁》一文认为,著作权制度的变革,一直是不同利益集团在产权归属问题上博弈的结果。我们今天所适用的著作权制度,本身并不具有任何的必然性或唯一性。和其他制度相同,立法者在著作权制度产生时所作的选择具有试错性,我们无法在制度适用之前就断定其一定是正确的,但当该制度在初始阶段的运作中能够在其适用范围内实现效益增长时,该制度就会迅速在更广泛的范围内被学习与推广。有学者将这种现象称为“合作的扩展秩序”。著作权制度变迁过程中出现制度对立与价值冲突的根本原因,一方面是因为“理性不及”的认识局限性使然,另一方面也是以试错的方式进行利益再分配的结果。为了更好地使著作权制度的变革适应社会和科技的进步,我们应该拒绝那种不加选择地站在某种立场上进行的建构或批评,而是应该从一个更加宏观的视角来解释制度的变迁过程。新制度经济学中的“诱致性变迁”理论系统地阐释了“合作的扩展秩序”,认为制度的变革是首先由个人或群体在响应新的获利机会时所倡导,进而逐渐通过学习和传播展开来的变迁模式,其区别于由政府命令和法律引导的强制性变迁。在不同的历史阶段,著作权产业投资者和使用者之间的利益关系一直是不断变化的,我们不

能根据某种立场化的既有价值观来评判著作权制度的变革趋势,而应允许社会中不同利益集团通过博弈和协商来形成私立秩序,并通过对制度实施绩效的判断进行取舍,最后在公共立法中予以吸收。

在专利法修改栏目中,何敏教授的《新“人本理念”与职务发明专利制度的完善》一文指出,自20世纪末以来,法国民法学者一方面强调现代财产法应当关注人们创造财富之主观能动性的发挥,另一方面也警示现代财产法应当符合人类社会长期有序发展的基本规律——生态规律,并预示了智慧财产法将会是欧洲财产法制度的核心。这一理念的核心价值在于财产法应当成为人们竞相创造个人财产与社会财富的策动力,这便意味着人们应当通过财产法的制度创新来同时实现两个制度目标:一是调动人的创造积极性以增加财产总量;二是建立公平公正机制以科学合理地分配财产权益。这一立法理念将深刻影响知识产权制度,尤其是专利法中职务发明制度的科学性,也就是说智力成果财产法制度将是世界各国未来相当长时期内一个重点关注的立法领域,职务发明专利制度的完善将是这一立法领域的核心,因为它直接关乎人们创造财富尤其是开发智力财产之主观能动性的充分发挥,而我国现行相关制度的确存在诸多有待完善之处。李晓秋副教授的《美国商业方法可专利性的变迁及其对我国的启示》一文认为,在知识产权领域,商业方法是否具有可专利性一直是个颇具争议的话题。“否定—大部分否定—肯定—小部分肯定—大部分肯定”的演变路径既是商业方法可专利性的发展历程,也是美国法院和专利商标局对待经济发展的积极态度。我国目前在实施国家知识产权战略的过程中应当积极借鉴美国的做法,以确立适合中国实际的商业方法可专利性标准。

在商标法修改栏目中,胡开忠教授的《网络服务提供商在商标侵权中的责任》一文指出,如何认定网络交易平台提供商在商标侵权案件中的法律责任是各国法院面临的共同难题。应根据间接侵权制度或共同侵权制度的理论,从网络交易平台提供商是否有监控网络侵权行为的义务、是否采取了预防侵权的措施、是否从他人的直接侵权中获利、是否在主观上存在过错、是否向直接侵权人提供帮助或进行引诱等方面来判断和解决这一问题。同时,应注意使网络交易平台提供商、产品销售商、消费者和商标权人的利益保持相对的平衡。李雨峰教授的《企业商标权与言论自由的界限——以美国商标法上的戏仿为视角》一文指出,在美国,公民、法人享有的商标权和言论自由都有其宪法基础。戏仿有可能贬损他人的驰名商标,侵害他人的商标权;但戏仿又可以借助言论自由免责。如何解决商标权与言论自由之间的冲突,构成了司法实践中的难题。商标不同于传统财产、应受一定程度的限制这一属性并不能为戏仿提供言论自由的

保护。在实践中,美国法院探索了“可替代的其他充分的传播手段”、“与非商业言论”、“合理使用”等进路来解决商标权与言论自由的冲突。余俊副教授的《商标注册制度功能的体系化思考》一文指出,商标注册制度主要有四项基本功能:一是确认商业标记的财产地位;二是维护商标财产的交易安全;三是提前商标保护的时间节点;四是降低商标信息的搜寻成本。这四项基本功能分别攸关商标制度建构的正当基础、商标权利变动的安全有效、商标权利范围的时间边界、商标信息来源的统一权威。只有运用体系化的思维,才能更好地理解和运用商标注册制度。王超政博士的《论商标共存的制度选择——兼评我国〈商标法〉第52条的完善》一文指出,商标共存是相同或近似商标同时使用的特殊情形。商标共存合法存在的基础是商标基本功能的正常发挥,即不存在导致消费者混淆的可能性。根据国外的立法经验及国内现状,间接承认商标共存有助于解决日益繁多的相同或近似商标之间的纠纷。同时,通过完善商标侵权的判定标准,商标权人可以通过商标共存协议的形式实现商标共存。

在热点聚焦栏目中,黄武双教授的《实用功能排除了计算机字体著作权保护的可能性》一文指出,由于受到文字传输信息这一核心实用功能的限制,计算机字体的艺术性较低,与已有字体设计相比所体现的艺术独创性也很低,这些因素决定了计算机字体难以获得著作权保护。由不构成作品的单个字体、字形集合而成的字库,也是不能成为作品而受著作权法保护的。字体、字库不能获得著作权的强保护,并不会挤压字体、字库产业发展的空间。在能够为字体、字库提供侵权法和反不正当竞争法保护路径的情况下,没有必要为字体、字库的保护制定专门的设计权保护法。

在本期最后的立法动态栏目中,我们推出了两部立法的专家意见稿,一部是以吴汉东教授为负责人的《〈著作权法〉第三次修改(中南财经政法大学)专家建议稿》,另一部是以曹新明教授为负责人的《〈商标法〉修改(中南财经政法大学)专家建议稿》。这两部专家意见稿集中体现了中南财经政法大学知识产权研究中心以《著作权法》和《商标法》修改为契机而进行的一系列理论研究成果,对相关法律修改过程中出现的热点问题作出了自己的回答和选择。

尽管上述文章只涉及知识产权法律修订内容的一部分,但管中窥豹,通过上述论文可以使我们了解到我国知识产权立法的动态。我们期望本辑文章能对广大学者和实务工作者有所裨益,能对我国立法完善有所参考,丰富我国的知识产权理论储备。

2012年12月
编者

目 录

本期主题:著作权法、专利法和商标法的修改与完善

✎ 著作权法修改

《著作权法》第三次修改:背景、体例与重点	吴汉东 (1)
著作财产权体系的反思与重构	张 今 郭斯伦 (12)
论版权法保护技术措施的正当性	王 迁 (22)
著作权制度的诱致性变迁	熊 琦 (49)

✎ 专利法修改

新“人本理念”与职务发明专利制度的完善	何 敏 (69)
美国商业方法可专利性的变迁及其对我国的启示	李晓秋 (85)

✎ 商标法修改

网络服务提供商在商标侵权中的责任	胡开忠 (107)
企业商标权与言论自由的界限 ——以美国商标法上的戏仿为视角	李雨峰 (124)
商标注册制度功能的体系化思考	余 俊 (136)
论商标共存的制度选择 ——兼评我国《商标法》第 52 条的完善	王超政 (147)

🔍 热点聚焦

实用功能排除了计算机字体著作权保护的可能性 黄武双 (156)

🔍 立法动态

《著作权法》第三次修改(中南财经政法大学)专家建议稿 吴汉东 (166)

《商标法》修改(中南财经政法大学)专家建议稿 曹新明 (183)

CONTENT

Current Theme: The Revision and Perfection of Copyright Law,
Patent Law and Trademark Law

✎ The Revision of Copyright Law

- The Background, Style and Emphasis of the Third Draft Revision
of Copyright Law Wu Handong (1)
- On the Introspection and Reconstruction of Property Right
System of Copyright Zhang Jin, Guo Silun (12)
- Justification for Protection of Technological Measure by
Copyright Law Wang Qian (22)
- Inductivity Transformation of Copyright System Xiong Qi (49)

✎ The Revision of Patent Law

- New Humanistic Idea and the Perfection of Service Invention
System He Min (69)
- Evolution of Patentability of the American Business Methods
and its Enlightenments to China Li Xiaoqiu (85)

✎ The Revision of Trademark Law

- The Liability of Internet Service Provider in the Trademark
Infringement Hu Kaizhong (107)

Enterprises Trademark Rights and the Limit of Freedom of Speech	Li Yufeng (124)
Systematic Thinking of the Function of the Trade Mark Registration System	Yu Jun (136)
On the Choice of Trademark Coexistence System	Wang Chaozheng (147)

🔥 **Hot Issues**

The Utility Function Excluded the Possibility of Copyright Protection of Computer Typeface	Huang Wushuang (156)
---	----------------------

🔥 **Legislation dynamic**

The Experts' Suggestion Manuscript of the Third Draft Revision of Copyright Law (Zhong Nan University of Economics and Law)	Wu Handong (166)
The Experts' Suggestion Manuscript of the Revision of Trademark Law (Zhong Nan University of Economics and Law)	Cao Xinming (183)

著作权法修改

《著作权法》第三次修改:背景、体例与重点*

吴汉东**

在知识产权法律体系中,著作权法可以说是法律关系最为复杂、法律内容最为丰富、法律变动最为频繁的一部法律。因此,已经启动的《著作权法》第三次修订任务显得既重要而又艰巨。受国家版权局的委托,中国社会科学院知识产权研究中心、中国人民大学知识产权研究中心、中南财经政法大学知识产权研究中心分别起草并如期提交了专家建议稿,日前,国家版权局完成并公布了著作权法修改草案。与以往不同,此次修法引起社会广泛关注和业界激烈争议。在此,笔者拟就著作权修法有关问题发表看法,有些涉及官方文本评价,有些借用中南财经政法大学知识产权研究中心专家建议稿(以下简称“中南稿”)表达学者见解。

一、《著作权法》第三次修改的背景

我国《著作权法》自1990年颁布以来,迄今为止修改了两次。法律修改是国家有权机关依照规定程序对现行法律进行部分变更、删除、补充的活动。作为立法活动的微调机制,法律修改旨在“不伤动法律体系整体结构、不根本改变法律基本框架和原则的前提下,赋予法律时代的精神和现实的活力”。^① 回顾我

* 本文发表于《法商研究》2012年第4期。

** 法学博士,中南财经政法大学知识产权研究中心主任、教授、博士生导师。

① 李林:《立法理论与制度》,中国法制出版社2005年版,第218页。

国著作权法的修改状况,可以概括出以下两个特点:

一是修法进程长期未动。我国《著作权法》自问世来,分别与2001年和2010年进行了修改,每次间隔达10年之久,与著作权法变动的国际潮流不尽一致。从上个世纪末到本世纪初,随着现代传播技术的发展和著作权保护国际公约、双边协定的形成,各国著作权修法活动日见频繁。美国立法部门对著作权修法十分关注,《数字千禧年著作权法》出台之后、进入本世纪以来,几乎每年都有新的修正案提交国会,其中重要的有《家庭娱乐与著作权法》(2005年)、《著作权版税分配改革法》(2004年)、《残疾人教育促进法》(2004年)等;法国的“文学和艺术产权”是其1992年《知识产权法典》的重要组成部分,在随后近20年间,依据欧盟关于数据库(1996年)、追续权(2001年)、信息社会版权(2001年)、知识产权执法(2004年)等诸多指令以及世界贸易组织《知识产权协定》、世界知识产权组织《因特网公约》等适时进行修改,进入新世纪后就四次对著作权法进行修订和补充,其中较重要的有2009年的《关于在互联网上传播和保护创作》、《文学和艺术产权刑事保护》两个法律。^②日本现行著作权法于1976年颁布至2009年止,为了回应科技、经济、社会的发展变化,已经进行了大小26次修改;韩国著作权法制定于1957年,先后进行过18次修正,其中2006年、2009年完成了两次重要的修正案。相对于发达国家修法活动,中国著作权法变动显得相对滞后。

二是修法动因相对被动。我国著作权立法经历了从“被动性调整”到“主动性安排”的过程,1990年,中国制定了《著作权法》,但未参加国际著作权保护体系。随着中国对外开放和对外贸易的发展,双边、多边著作权冲突不时发生,基于1992年《中美知识产权谅解备忘录》的形成,中国在不及修改《著作权法》的情况下,颁布了《实施国际著作权条约的规定》,以保护外国作品著作权人的合法权益。此后,两次著作权法修改均与世界贸易组织有关:第一次修改(2001年)是为了加入世界贸易组织的直接需要,根据《知识产权协定》的要求全面修订著作权法;第二次修改(2010年)是为了履行世界贸易组织关于中美知识产权争端的裁定,针对有关“依法禁止出版、传播的作品不受著作权法保护”的具体条款作出修改。在过去的20年间,中国著作权法的制定及修订,其标准是《知识产权协定》和相关国际公约,其动因主要来自世界贸易组织的要求和国际社会的压力。

^② 黄晖、朱志明:《关于〈法国知识产权法典〉译者的话》,载《十二国著作权法》翻译组译:《十二国著作权法》,清华大学出版社2011年版。

我国《著作权法》的第三次修订,既非基于加入国际公约的需要,也不是源于国际社会的诉求,而更多是立足本土国情作出的主动修法。据世界知识产权组织提供的数据:我国版权产业的贡献率已经超过国民生产总值的7%。^③可以说,版权产业正逐步成为国民经济的重要领域,是我国经济发展方式转变的重要途径。同时,由于全球化程度的深化与发达国家文化影响力的扩张,外来文化产品的输入给我国文化市场带来极大的冲击。为了维护本国文化安全,增强文化软实力,促进文化大繁荣大发展,必须为文化创新活动、文化产品贸易与文化产业成长提供有力而完善的法律机制。因此,本次《著作权法》的修订必须立足中国国情、体现中国特色、解决中国问题,即著作权立法可以摆脱被动移植的局面,从“被动性调整”步入“主动性安排”。

二、《著作权法》修正案的体例与结构安排

我国现行著作权法律规范,主要包括“一部法律”(即全国人大常委会通过的《著作权法》)、“六部法规”(即国务院制定的《著作权法实施条例》、《信息网络传播权保护条例》、《著作权集体管理条例》、《计算机软件保护条例》、《实施国际著作权条约的规定》、《广播电台电视台录音制品支付报酬暂行办法》),这种体例设计是符合我国立法传统的,即以著作权法为主干,以若干著作权法规为补充,同时辅之以其他司法解释和行政规章,从而形成相对独立且完整的著作权法律规范体系;同时,这一体例结构,也基本满足我国著作权法律活动的需求。在《著作权法》长期未动的情况下,可通过条例的颁布或完善,以弥补《著作权法》之不足。此次修法,涉及著作权法和相关条例的体例安排问题。除《计算机软件保护条例》与《实施国际著作权条约的规定》,或因与著作权法内容重合,或在著作权法中已有规定,可在适当时候宣布废止外,其他四部条例在此次修法中如何处理,有以下三种选择:一是“一去四”的方案,即是将与《著作权法》相关的几个条例,完全纳入《著作权法》中,以统一著作权法的渊源;二是“一加四”的方案,即是只修改《著作权法》的条文,但完全保留各相关条例的完整性,这个可以说是“保守性”的修法;三是“一拖四”的方案,即是上述条例中具相对成熟性条款,且为一般性问题的规定,上升至《著作权法》中,待《著作权法》修正案通过后,再逐步修订相关著作权条例。笔者主张采取这一方案,即第三次修法既包括《著作权法》本身内容的

^③ 参见《我国版权相关产业对国民经济的贡献已占国内生产总值的近7%》, http://news.xinhuanet.com/politics/2011-04/20/c_121327882.htm, 2012年5月4日访问。

修订,也吸收著作权条例中的某些条款,从而兼顾修法的“革命性”和“稳妥性”。

国家版权局 2012 年 3 月公布的“著作权法修改草案”,秉持的似为“一拖四”思路,将行政法规的一些内容上升到著作权法之中,这主要涉及“著作权产生时间”、“技术保护措施和权利管理信息”、“信息网络传播权”、“实用艺术作品”、“出租权”等。^④上述规定在相关条例中具有成熟性,且是一般性的条款,反映在修改草案中是可取的。社会反应较大、业界争议较多的是有关著作权集体管理的条款增补,主要集中在著作权延伸性集体管理、著作权集体管理组织授权使用费标准等问题。笔者认为,著作权集体管理制度,是衡量一个国家著作权保护水平的重要标志,也是解决广大使用者合法使用作品的主要途径,这一制度的进一步完善与有效运行,是立法者和管理者的法律目标。但是,我国虽建立了一些著作权集体管理组织,但其相关作者的广泛性和内部管理的科学性都有待提高。在一些重大问题尚未形成广泛共识的情况下,可以不在著作权法中作增补规定,而留待相关条例进行调整。这一做法,可以根据各层次法的效力等级,将法律内容的变动交由“法”与“条例”分别完成。^⑤

我国《著作权法》的结构,采取规范性文件内容的通行做法,即包括总则、分则和附则三个部分^⑥,共六章、61 条。分则各章涉及对著作权关系进行实质性调整,主要包括有关主体、客体、行为、事件、结果等具体规定。这次分则篇章的修改,事关各章的逻辑结构安排,也涉及相关章节名称的科学表述。国家版权局“修改草案”将现行法第二章“著作权”之第四节“权利的限制”单列专章,并置于“著作权”章与“相关权”章之后,使权利的限制涵盖著作权与相关权两者,其结构安排是科学的;此外,将现行法第四章“出版、表演、录音录像、播放”,更名为“相关权”(亦有建议为“相邻权”),符合国际公约的通常称谓;将现行法第三章“著作权许可使用和转让合同”更名为“权利的行使”,使其包括但不限于许可使用和转让。上述修改,充分吸取了专家建议稿的意见,是值得肯定的。

三、《著作权法》第三次修改的重点

对《著作权法》的修改,在法律修改技术层面,主要涉及变更、删除和补充。^⑦

^④ 参见国家版权局:《关于〈中华人民共和国著作权法〉(修改草案)的简要说明》, <http://www.ncac.gov.cn/cms/html/309/3502/201203/740608.html>, 2012 年 5 月 4 日访问。

^⑤ 周旺生:《立法学》,法律出版社 2005 年版,第 340 页。

^⑥ 朱力宇、张曙光主编:《立法学》,中国人民大学出版社 2006 年版,第 262 页。

^⑦ 李林:《立法理论与制度》,中国法制出版社 2005 年版,第 227 页。

所谓法律变更,是指以合理性、科学性为目的,对法律规范的内容、结构、文字等进行变动或变更的法律修改。例如,对“自然人”主体的表述,对“著作权限制”章节的调整、对“相关权”名称的概括等法律修改,都是修改技术意义上的变更。所谓法律删除,是指以适宜性、妥当性为目的,对法律规范中不合时宜的、不必要的内容及有关形式加以删除的法律修改。例如,鉴于立法任务的完成,删去“计算机软件、信息网络传播权的保护办法由国务院另行规定”的附则条款。所谓法律的补充,是指以完整性、适用性为目的,对现行法律规范的缺项进行增补和完善的法律修改。这是法律修改普遍采用的技术,也是本次著作权法修改的主要手段。前述著作权产生时间、技术保护措施和权利管理信息、出租权、著作权和相关权登记等,无不属于此类。

关于此次修法的重点,社会各界提出的建议涉及 200 余条。现就众家关注且有一定共识的问题,择其要而提出笔者的个人看法:

1. 关于著作权客体

作品是著作权法保护的客体,是作者享有权利的基础。对作品的概念进行明确规定,有利于清晰界定著作权法保护的客体。随着新型传播技术的广泛应用,新的作品类型不断涌现,仅仅依靠列举式的立法模式,已不足以应对技术发展带来的挑战。同时,并不是所有的作品都应受到著作权法的保护,文学、艺术和科学领域的“作品”很多,但只有著作权法意义上的“作品”才能受到保护。现行著作权法中关于作品的规定存在着涵盖不能、范畴不清、类型不明的问题。

纵观国际条约及各国立法例,对于著作权保护客体的规定,主要有两种方法,一是单纯的列举式规定,常见于国际公约,如《保护文学艺术作品伯尔尼公约》第 2 条、《世界版权公约》第 1 条、《知识产权协定》第 9 条等;二是概括式加列举式的规定,即先规定“作品”的定义,再列举作品类型,常见于各国的著作权法之中,如美国、德国、法国、日本等国。^⑤ 在著作权法中明确规定作品定义,可以有效解决作品类型列举不全的弊端,使其可以涵盖因科技发展而产生的各种新作品类型。

为此,笔者建议在修正案中明确增加作品定义,即是将《著作权法实施条例》中关于作品定义的规定上升为法律条文,同时对现行的作品类型进行修正:将“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”修改为“视听作品”,同时在第三章“相关权”中删除“录像制品”的规定;增加关于实用艺术作品的规定;将

^⑤ 例如《美国版权法》第 102 条关于“版权客体”的一般规定,《日本著作权法》第 2 条第 1 款关于“作品”的定义等。