



南湖法学文库 | 总主编 吴汉东

著作权法上的 传播权研究

Study on Right of Communication in Copyright Law

梅术文 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



南湖法学文库 | 总主编 吴汉东

本书是中南财经政法大学国家重点学科民商法学 211 学科建设项目的成果之一

著作权法上的 传播权研究

Study on Right of Communication in Copyright Law

梅术文 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

著作权法上的传播权研究/梅术文著. —北京:
法律出版社, 2012. 3
(南湖法学文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3191 - 0

I. ①著… II. ①梅… III. ①著作权法—研究 IV.
①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 032027 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京鑫丰华彩印有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/10.125 字数/280 千

版本/2012 年 3 月第 1 版

印次/2012 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3191 - 0

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

南湖法学文库编辑委员会

主 任 吴汉东

副 主 任 陈小君 齐文远 刘仁山

委 员	吴汉东	陈小君	齐文远	刘仁山	陈景良
	罗洪洋	张斌峰	张德森	刘 笋	高利红
	吕忠梅	樊启荣	刘大洪	雷兴虎	麻昌华
	姚 莉	方世荣	刘茂林	石佑启	王广辉
	郑祝君	张继承	蔡 虹	曹新明	吴志忠

总 序

历经几回寒暑,走过数载春秋,南湖畔的中南法学在不断精心酿造中步步成长。中南法学的影响与日俱增,这离不开长江边上这座历史悠久、通衢九州的名城武汉,更离不开中南法律人辛勤耕耘、励精图治的学术精神。中南学子源于各地聚集于此,又再遍布大江南北传播法学精神,砥砺品格、守望正义的同时也在法学和司法实践部门坚持创新、止于至善,做出了卓越的贡献。

纵观中南法学的成长史,从1952年9月成立中原大学政法学院,到1953年4月合并中山大学、广西大学、湖南大学的政法系科,成立中南政法学院,后至1958年成为湖北大学法律系,1977年演变为湖北财经学院法律系,转而于1984年恢复中南政法学院,又经2000年5月的中南财经大学与中南政法学院合并至今,中南财经政法大学法学院已然积淀了50年的办学历史。虽经几度分合,但“博学、韬奋、诚信、图治”的人文精神经过一代又一代中南学人的传承而日臻完善,笃志好学的研习氛围愈发浓厚。中南法学经过几十年的积累,其学术成果屡见丰硕。“南湖法学文库”这套丛书的编辑出版,就是要逐步展示中南法学的学术积累,传播法学研究的中南学派之精神。

中南法学经过数十载耕耘,逐渐形成了自成一格的中南法学流派。中南法律人在“为学、为用、为效、为公”教育理念的引导下,历练出了自有特色的“创新、务实”的学术精神。在国际化与跨地区、跨领域交流日益频繁的今天,中南法学以多位中南法学大家为中心,秉承多元化的研究模式与多样性的学术理念,坚持善于批判的学术精神,勇于探讨、无惧成论。尤其是年轻的中南法学学子们,更是敢于扎根基础理论的研究,甘于寂寞;同时也关注热点,忧心时事,活跃于网络论坛,驰骋

于法学天地。

从历史上的政法学院到新世纪的法学院,前辈们的学术积淀影响深远,至今仍给中南法学学子甚至中国法学以启迪;师承他们的学术思想,沐浴其熠熠生辉的光泽,新一辈的中南法律人正在法学这片沃土上默默耕耘、坚忍不拔。此次中南财经政法大学法学院推出这套“南湖法学文库”,作为中南法学流派的窗口,就是要推出新人新作,推出名家精品,以求全面反映法学院的整体科研实力,并使更多的学者和学子得以深入了解中南法学。按照文库编委会的计划,每年文库将推出5~6本专著。相信在中南法律人的共同努力下,文库将成为法学领域学术传播与学术交流的媒介与平台,成为中南法律人在法学研习道路上的阶梯,成为传承中南法学精神的又一个载体,并为中国法学研究的理论与实践创新做出贡献。

晓南湖畔书声朗,希贤岭端佳话频。把握并坚守了中南法学的魂,中南法律人定当继续开拓进取,一如既往地迸发出中南法学的铿锵之声。

是为序。

吴汉东
2011年2月1日

序 一

“无传播也就无权利”,在著作权领域目前已成为学界通说。作为现代传播技术的“副产品”,著作权制度应技术发展而生,也必然随技术进步而变。在这一进程中,作品类型日益丰富,传播和利用途径不断拓展。与此相应,著作权的内容不断翻新,新的权利形式渐次涌现,法律制度设计和理论建构也逐渐从粗放转向细密。当下,席卷全球的“信息革命”和“知识革命”浪潮方兴未艾。作为现代信息技术革命产物的互联网,其所组成的“虚拟空间”是一个无中心的全球信息媒体,它不但改变了人类的生活方式,而且对现行法律制度构成了挑战。当代著作权制度必须解决的核心问题,就是如何让专有权利有效地“覆盖”作品在网络上的传播。完善著作权的内容和体系,是国际社会共同面临的理论课题和现实任务。

在著作权制度演进的历史上,2010年无疑是有重要意义的年份。在这一年,西方国家首部著作权法(《安娜法令》)颁行300周年;在这一年,晚清修律收官之作《大清著作权律》问世100周年;也同样是在这一年,《中华人民共和国著作权法》颁布整整20周年。作为国家知识产权战略的重要组成部分,版权战略的实施也进入关键时期。实施版权战略,提升国家文化软实力,注重版权业的增长率,决定了文化产品得以不断推陈出新。现阶段,必须划定网络服务提供者的行为边界,建构数字媒体著作权利用的法律机制,优化文化产业赖以存续和发展的著作权制度环境。

在这样的背景下,我国著作权理论研究必须坚持国际视野和中国立场。所谓国际视野,就是要求研究者关注最新的科学技术变化,洞悉境外立法和国际公约的最新进展,通过借鉴域外经验和普遍共识实现

研究领域和研究元素的国际化。所谓中国立场,就是要求研究者结合我国知识产权战略实施的进程,反思中国在推进版权战略中存在的问题,检讨立法和司法中的不足与缺失,明确未来完善和改进的步骤与方向。

值得欣慰的是,近年来,我国学者关于著作权制度的探讨在不断深化,并趋于理论上的成熟,不仅推动了制度变革,也促成了理论创新。但是,关于著作权的理论认知仍是不完整的。当下著作权研究应集中于三个方面:其一,传统著作权制度和理论的分析与反思;其二,网络环境下著作权保护的探讨与摸索;其三,著作权制度与文化产业、版权战略的勾连与思考。上述内容不是截然分立、互相隔裂,而是彼此呼应、共同促进的关系,并将继续成为未来很长一段时间内我国著作权学术研究的主要议题。

就此而言,梅术文博士的学位论文《著作权法上的传播权研究》正好契合当今著作权研究的时代需要:既有对传统著作财产权体系、本质和基础的思辨,又有网络环境下传播权发展趋势和保护规范的考证,还有关于优化数字媒体和网络服务产业制度环境的探索。该作品追溯《伯尔尼公约》以来的传播权体系,探究《世界知识产权组织版权条约》等国际公约和代表性立法例中的传播权本质,凸显了国际视野。与此同时,它梳理了我国传播权的理论和规则,求解当前立法和司法中的困境与难题,提出了完善《著作权法》、《信息网络传播权保护条例》、《著作权集体管理条例》等法律法规和司法解释的建议,体现了中国立场。尤为可贵的是,该部作品以反思传统的著作财产权体系为依归,围绕范畴论、演进论、整合论、区别论、限制论、利用论、保护论和勃兴论八个方面对传播权展开体系化思考,对于提升我国著作权研究水平做出了有益贡献。

术文本科即就读于中南财经政法大学,工作5年后,于2002年重回母校,追随曹新明教授攻读民商法学硕士学位。在此期间,他一直秉承“积学以储宝”、“厚积而薄发”的信念,切问近思,刻苦向学,在重大课题的申报和研究过程中都发挥了积极作用。由于科研能力突出,术文于2005年硕士毕业时即留校任教,并担任知识产权研究中心的科研

秘书;两年后,又在曹新明教授指导下攻读博士学位。在这段时间,他可以说是一身三任,既要出色完成教学任务,又得撰写琐细而繁杂的工作报告,同时还笔耕不辍,发表三十余篇颇有分量的论文,逐渐成长为我国知识产权领域崭露头角的青年学者。其博士论文以具体制度的探索为中心,以小见大,涉猎当前著作权制度和理论的重大问题,表达了他对于构建著作权制度和理论的学术关切。文章虽难谓尽善尽美,但所展现的严密论证思路和勇于反思的学术勇气,颇值嘉许。

天道酬勤。在论文评审和答辩过程中,术文的努力得到了各位专家的高度评价,被评为优秀,并在中国法学会知识产权法研究会组织的2010年知识产权优秀博士论文评选中荣获第一名。如今入选我校“南湖法学文库”,即将由法律出版社出版,我感到非常高兴,表达祝贺之余,也希望他能够继续乘风破浪,鼓桨前进,为繁荣我国知识产权事业贡献自己的力量。

是为序!



2011年5月18日

于武汉南湖

序 二

自1710年著作权法诞生以来,著作权内容始终是其中的核心,随着科学技术的发展而繁荣。例如,当复制技术和传播技术被更新并在实践中运用时,著作权制度或者增生新的权利,或者让已有权利增容,使著作权之树枝繁叶茂,权利内容丰硕饱满。著作权内容的扩展既是复制技术与传播技术牵引著作权制度的必然结果,也是保护著作权人利益的当然要求,更是搅动著作权制度稳定性的理论阀门。从法哲学的维度观察,著作权过度扩张有可能违背著作权制度促进文化创新之宗旨。由于著作权的过度扩张,国际上已经有学者提出了“废除著作权”或者“改造著作权”的学术主张,像“盗版党”、“自由软件运动”等鲜活的实践在不同层面质疑并挑战着传统的著作权观念。

实际上,著作权制度就是实现利益分享的法律机制,并不以奉著作权人利益为主臬,而是要在创作者、传播者和使用者之间建立各自获取文化利益的平衡规则。从这个意义上讲,“改造版权”并使其回归本质,应该是未来学术研究和制度建构的目标。在这一进程中,显然有必要审视和反思传统著作权内容构造。长期以来,复制权作为著作权的基础,直接决定了该制度的产生和发展。但是,在当今的数字时代,权利人越来越难控制复制行为,采取诉讼或者技术措施强化复制权的保护,只会增加文化交流的成本,不利于利益相关者分享因技术进步而带来的利益。相反,信息网络传播权、表演权和广播权等权利对著作权人、邻接权人和社会公众的意义日益突出,直接关系到著作权法的未来发展走势。无论是传播权的保护、传播权的限制,还是邻接权人传播权的范围、网络服务提供者责任的“避风港”,都关乎著作权法能不能实

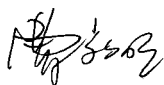
现在著作权人、邻接权人、网络服务提供者、公共娱乐机构和普通社会公众等主体之间分享利益的功能。质言之,传播权正在逐渐取代复制权,成为制度设计考量时的着力点和“维权”、“护权”时的关键点。然而,令人遗憾的是,不论是著作权领域的学术先进,还是著作权园地的青年才俊,对传播权在数字时代的价值功能尚未作聚焦式反思,所进行的探索十分有限。

基于此,梅术文博士以《著作权法上的传播权研究》作为学位论文选题,实属难得的理论尝试。以传播权为主线研究著作财产权的本质、体系和基础,立意新颖,切合重点。选题以小见大,具有很强的时代感。该作品提出了“传播权整合论”、“传播权勃兴论”和“传播权区别保护论”等学术观点,论证严密,体系合理,论点鲜明,基本结构逻辑清晰,主要观点前瞻创新。一如作者所言:现代信息技术革命带来著作权法的挑战,通过整合传播权体系,扩充邻接权人的传播权,划定网络传播利益相关者的行为边界,重塑传播权利益平衡,以推进传播权制度的完善和规则自洽,促成传播权的勃兴,消解著作权法的深重危机。从这个意义上讲,数字技术的发展确实已经在悄然改变着著作财产权的体系和基础。结合我国《著作权法》的修改背景,因应现代信息技术持续变革的线索,对传播权的研究可谓恰逢其时。该论文于2010年年初完成定稿,同年5月盲评优秀,6月顺利通过答辩,并被评为优秀。2011年4月,被中国法学会知识产权法研究会评为2010年度全国知识产权优秀博士论文第一名。

梅术文博士自2002年进入中南财经政法大学攻读硕士学位,师从于我,2007年又成为我的博士研究生,其勤奋与灵气齐飞,钻研共探索一色。自2002年以来,他参与了我主持的多项科研课题,与我合作完成《知识产权保护战略研究》学术专著并于2010年由知识产权出版社出版,单独发表学术论文三十余篇,初现其扎实的理论功底和良好的机会捕捉能力。我为他的成长与进步感到由衷的高兴。

欣闻《著作权法上的传播权研究》一书入选“南湖法学文库”,由法律出版社出版,聊寄数语以为序。在此,殷切希望术文博士能够以此为

新的起点,更进一步增加理论厚度,提升学术高度,瞄准前沿目标,创作出更具震撼力的研究成果!



2011年5月3日

目 录

第一章 范畴论:概念解读与法律构造	1
第一节 传播权的范畴界定	2
第二节 代表性立法例中的传播权	10
第三节 传播权的“子权利”	15
第四节 信息网络传播权的概念缕析	21
第二章 演进论:法制史程中的传播权流变	35
第一节 前数字时代的传播权变迁	36
第二节 数字时代的传播权沿革	44
第三节 我国的传播权制度发展	60
第三章 整合论:体系化尝试与路径选择	67
第一节 传播权整合的时代发展	67
第二节 公共传播权:传播权整合的初步尝试	79
第三节 我国著作权法上的传播权整合	85
第四章 区别论:邻接权人的传播权	91
第一节 “区别原则”的运用及其原因	91
第二节 表演者和录音录像制作者的传播权	95
第三节 广播电视组织的传播权	100

第五章 限制论:一般规则和具体设计	103
第一节 传播权限制的一般规则	104
第二节 信息网络传播权的合理使用	107
第三节 信息网络传播权的法定许可	121
第四节 广播权的非自愿许可	126
第六章 利用论:数字媒体与授权许可	137
第一节 数字媒体传播权许可的法律问题	138
第二节 信息网络传播权的默示许可	150
第三节 数字权利管理系统的法律建构	161
第四节 数字媒体传播权的集体许可	173
第七章 保护论:法律保护与责任豁免	179
第一节 网络服务商侵犯传播权责任的判定	180
第二节 网络服务商版权责任的“避风港”	201
第三节 版权法上网络服务商的注意义务	216
第四节 信息网络传播权的行政保护	231
第五节 信息网络传播权的刑事保护	236
第八章 勃兴论:法律思考与制度完善	245
第一节 传播权勃兴的实践蕴涵	246
第二节 传播权勃兴与著作财产权	259
第三节 传播权勃兴与制度完善	280
参考文献	293
后记	307

第一章 范畴论:概念解读与法律构造

著作权权利内容又称为权能、权项或者权利构造,它是权利人控制作品、表演和录音录像制品、广播节目等客体具体利用行为的形态和方式。在各国立法中,著作权的内容是著作权制度中最为核心的部分,也是发展最快、变化最大的一个领域。^[1]其中,著作权人享有的财产权占有举足轻重的地位。^[2]理论通说认为,著作权包括复制权、发行权、传播权和演绎权等类型。^[3]在这些权利中,传播权是控制以不转移作品有形载体所有权或占有的方式向公众传播作品,使公众得以欣赏或使用作品内容行为。作为理论范畴,传播权的概念界定学说各异。作为实践范畴,不同国家、地区和国际公约对其有不同的解读模式。在“分散式”和“总分式”传播权立法模式下,传播权又被细分为表演权、放映权、展览权、广播权、信息网络传播权等“子权利”。这些“子权利”各有其控制的行为领域。随着数字技术的发展,对于信息网络传播权概念的理解存在不少歧见,需要进行理论的澄清。鉴于此,本章拟探讨传播权的基本范畴,归纳代表性立法例中的传播权界定模式,梳理传播

[1] 曹新明主编:《知识产权法》,东北财经大学出版社2006年版,第65页。

[2] 通说认为,著作权的内容具有双重性,即包含有人身权和财产权两个方面。中国、法国、德国和俄罗斯等国家明确规定著作权具有双重内容。但是,日本没有赋予著作权双重内容,而是将它界定为一项财产权。另外单独规定作者享有人格权,即人格权是与著作权平行的权利。此外,英国规定“版权是一种财产权利”。由此可知,著作权的双重性特征也只能在部分国家成立,在其他国家也是不成立的。参见吴汉东主编:《知识产权法》,北京大学出版社2007年版,第59页。

[3] 郑成思:《知识产权法论》,法律出版社2003年版,第32页;王迁:《著作权法学》,北京大学出版社2007年版。

权“权利束”中各“子权利”的基本意义,剖析信息网络传播权的法律含义。

第一节 传播权的范畴界定

学术研究伊始,往往面对着范畴的系统。“任何一门科学,从理论形态上说,都是由范畴建构起来的理论大厦。”^{〔4〕}就整体的类型认知而言,关于传播权范畴的理论研究尚显薄弱。在著作权立法中,传播权并不是常见的语汇,目前并没有国内外的立法文件明示该概念的法定意义。虽然它也不时见诸学者的笔端,却存在认识上的混乱。传播权虽然是著作权之一重要权能,但往往以表演权、广播权、展览权、向公众提供权等下位权利在立法中表现出来。加之,法律上的传播并不完全等同于传播学上和日常语汇中经常使用的传播,导致学术界和实务界对传播权的理解存在不少的“误读”。下定义旨在揭示内涵,但不可能以表达现实的本质为目的,而只能使我们将来去达到这一目的。^{〔5〕}通过界分传播学上的传播与著作权法上的传播,总结理论上有关传播权界定的各种学说,辅之以传播权与复制权的关系比较,将有助于更准确理解传播权的基本特征。

一、传播

(一)传播学上的传播

在现代汉语词典中,传播意指“广泛散布”^{〔6〕}“百度百科”进一步解释道:“传播”在汉语中是一个联合结构的词,其中“播”多半是指“传播”,而“传”是具有“递、送、交、运、给、表达”等多种动态的意义。这就指

〔4〕 张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第1页。

〔5〕 [法]E. 迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,商务印书馆2002年版,第61页。

〔6〕 《现代汉语词典》,商务印书馆1978年版,第161页。

明了“传播”是一种动态的行为。^{〔7〕}从语源上分析,传播的英语为 communication,原意包含“通讯、通知、信息、书信,传达、传授、传播、传染,交通、联络,共同、共享”等意思。它源于拉丁语的“communis”,而该词的基本意思是共同分享某种东西,由此可见,传播是一个共享信息的过程。^{〔8〕}

关于传播的定义有很多种,有人统计有 126 种之多,它们有着各自的侧重点:强调传播是信息的共享;强调传播是有意图地施加影响;强调传播是信息交流的互动过程;强调传播是社会信息系统的运行;强调传播是社会关系的体现。但无论是从哪个角度对传播下定义,其基本意思是“与他人建立共同意识”。^{〔9〕}在传播学上,“所谓传播,即社会信息的传递或社会信息系统的运行”。^{〔10〕}它具有以下特征:(1)传播的基本要素包括信源、信息、信道和信宿。传播的过程是从信息的源头出发,在聚集信息后经过各种信息流通的渠道,达到信息所停留的归宿。而信息的停留也可能是短暂的,并成为下一次信息传播的源头,或者将获得的信息经过消化后反馈到其本来的源头,形成持续传播或者双向交流的过程。(2)传播的参与主体有自身、人际、组织和大众之分。自身传播是自己对自己的传播;人际传播是两个人或若干人之间的传播;组织传播是有组织有安排的对一群人的传播;大众传播则是通过大众媒介对成千上万人的传播。^{〔11〕}如果某种传播行为跨越边境,还产生国际传播。

(二)著作权法上的传播

在著作权法上,传播包括广义和狭义之分。广义上的传播是指作品等信息的发行和传播的所有过程,或者说,传播是著作权人所控制的

〔7〕 百度百科“传播”词条,<http://baike.baidu.com/view/69730.htm?fr=ala0>,2009年5月11日访问。

〔8〕 李彬:《传播学引论》,新华出版社2003年版,第59页。

〔9〕 百度百科“传播”词条,<http://baike.baidu.com/view/69730.htm?fr=ala0>,2009年5月11日访问。

〔10〕 郭庆光:《传播学教程》,中国人民大学出版社2005年版,第5页。

〔11〕 李彬:《传播学引论》,新华出版社2003年版,第57页。