

Transformation and Innovation of Copyright
System in the Internet Era

网络时代版权制度的 变革与创新

吕炳斌 / 著



Transformation and Innovation of Copyright System in the Internet Era

网络时代版权制度的 变革与创新

吕炳斌／著



中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

网络时代版权制度的变革与创新 / 吕炳斌著. ——北京: 中国民主法制出版社, 2012.2

ISBN 978-7-5162-0010-0

I. ①网… II. ①吕… III. ①互联网络—版权—保护—研究
IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 013094 号

图书出品人: 肖启明
文案统筹: 刘海涛
责任编辑: 逯卫光 陈 曦

书 名 / 网络时代版权制度的变革与创新
WANGLUOSHIDAIBANQUANZHIDUDEBIANGHEYUCHUANGXIN
作 者 / 吕炳斌 著

出版·发行 / 中国民主法制出版社
地 址 / 北京市丰台区玉林里 7 号 (100069)
电 话 / 63055259 (总编室) 63057714 (发行部)
传 真 / 63055259
E-mail: MZFZ@263.net
经 销 / 新华书店
开 本 / 16 开 710 毫米 × 1000 毫米
印 张 / 15.75 字数 / 228 千字
版 本 / 2012 年 3 月第 1 版 2012 年 3 月第 1 次印刷
印 刷 / 北京华正印刷有限公司

书 号 / ISBN 978-7-5162-0010-0
定 价 / 32.00 元
出版声明 / 版权所有, 侵权必究。

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

本书各阶段研究曾获以下资助

南京大学法学院985工程三期项目

上海市教委商务传播学重点学科子课题（编号J52001）

上海市教育委员会科研创新项目（编号09YS474）

特此致谢！

导 论

《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)1979年开始起草,1990年正式出台,在2001年进行了第一次修改,2010年进行了第二次修改。在新中国《著作权法》施行20年和《著作权法》第二次修改之后,大量的网络版权保护问题仍然呈现在我们面前。据悉,《著作权法》的再次修订已被有关政府部门列入“十二五”立法计划。^[1]国家版权局在发布的《版权工作“十二五”规划》中也明确,在“十二五”时期,将扎实推进《著作权法》的全面修改。^[2]在《著作权法》修改过程中,最令人关注的莫过于网络版权问题。正如新闻出版总署署长、国家版权局局长柳斌杰谈到版权工作面临的困难和挑战时指出:“网络和数字技术环境下的版权保护问题尤为突出,科学技术迅猛发展的动态性与法律制度的相对稳定性的矛盾突出,在数字网络环境下版权法律规范明显落后于快速多变的社会实践,大量现实问题处于无章可循状态。”^[3]本书研究的正是网络时代版权保护制度存在的关键问题,力求从法律制度的变革、创新与发展的视角对网络版权制度进行一个尽可能全面的梳理和研究。

本书共分三编。第一编是本书的主题报告,重点从理论上探讨网络时代版权制度的变革、创新与发展。第二编探讨网络时代版权许可的制度创新,以数字图书馆为例探讨了网络时代作品的海量授权所带来的版权困境,并对集体管理、默示许可、版权补偿金制度等可能的解决对策进行探究。第三编选取若干前沿和争议问题讨论网络时代版权保护的新课题。

[1] 《《著作权法》修订列入‘十二五’立法计划》,参见人民网:<http://ip.people.com.cn/GB/14008339.html> (发布日期:2011年2月25日)。

[2] 国家版权局《版权工作“十二五”规划》第四部分第四项第一点。

[3] 新闻出版总署署长、国家版权局局长柳斌杰在2010年全国新闻出版暨版权工作会议上的讲话,转引自朱磊(记者):“版权受网络技术挑战 新闻出版总署将推动相关法律修订”,载《法制日报》2010年1月15日。



在第一编中，本书提出了以“传播权”为中心重构版权制度的构想与建议。这一部分要解决的问题是：版权从何而来？版权又向何处而去？因此，这一部分首先要对版权和版权法进行探源，在版权和版权法历史研究的基础上，研究版权保护的现行国际法和国内法框架，评介涉及网络版权保护的主要国际条约和我国的网络版权保护法律制度。在了解历史、熟知现状的基础上才有探讨未来变革的可能性。

在第一编中，接下来要探讨的是本书的核心问题：网络时代版权保护的中心是否要有所转移？复制权的中心地位是否牢固且必要？“传播权”能否成为版权的中心？在提出网络时代版权保护的应从“复制权”转移到“传播权”之后，本书试图从理论上对“传播权”作为版权的中心进行辨析，以解决其合法性和正当性问题。在认识到我国立法中的“信息网络传播权”存在内在缺陷之后，进一步对大一统的“传播权”概念及其制度进行建构。

在第一编中，最后探讨的是网络时代版权保护变革与发展的进路。网络技术的不断发展使得“制定法”（成文法）疲于应对，法律的制定和修改步伐已跟不上技术发展的步伐。本书提出“网络习惯法”这个概念并对其可能性进行论证，通过对链接和复制问题的微观考察证明“网络习惯法”可以形成和发展，在实证的基础上进一步对“网络习惯法”的可行性和正当性进行理论上的论证，从而完成了第一编的内容，为读者展示了作者所构想的“版权制度之未来”及其变革进路。

第二编探讨的是网络时代版权许可问题。版权许可涉及版权人的权利保护和社会公众的利益维护及两者之间的利益平衡。由此为切入点，可进一步透析网络时代的版权保护问题。众所周知，网络信息传播具有量多、速度快等特点。网络传播从整体上说是人类文明的进步。网络传播中面临的最大问题是海量作品的授权问题，海量作品中还可能存在无法找到版权人的“孤儿作品”，使之更为复杂。本书以国内外数字图书馆建设和发展中所面临的版权纠纷为切入点，探讨海量授权的困境。

在网络时代版权许可的制度创新对策上，本书重点探讨三方面的对策。第一，在网络时代的版权许可中，版权集体管理是否应当发挥更加重要的作用？对此，本书将探讨网络时代版权集体管理的实践、我国版权集体管理制度存在的问题，并将结合全球最令人关注的数字图书馆——谷歌数字图书馆，分

析其计划中的“图书版权登记处”，并以此为例探讨版权集体管理机构的发展、竞争和反垄断问题。第二，在网络时代，版权默示许可是否应当推广？对此，本书探讨了网络时代版权默示许可的逐渐形成，并对其适用和限制问题进行剖析。第三，在网络时代，版权补偿金制度是否应当推广？对此，本书将从理论和实践两个纬度探讨网络传播和下载的版权补偿金制度，并探讨其适用范围。面对网络时代版权授权的困境，这三个方面的对策值得考虑。

第三编选取实践中引起关注并存在争议的三个问题探讨网络时代版权保护的新课题。问题之一是网络时代版权侵权归责原则，本书将探讨传统民事侵权归责原则在网络版权领域的演变，并对其性质进行辨析。问题之二是网络“虚拟财产”的版权问题，随着网络游戏的发展，网络“虚拟财产”的交易乃至盗窃等案件层出不穷，实践中有关法院判决一般将侵犯“虚拟财产”定性为盗窃罪，其前提是承认“虚拟财产”是“物”，那么“虚拟财产”上是否可以再有“无形”的版权？本书将从理论和实证两个纬度对此展开探析。问题之三是网络“违禁作品”的版权问题，此问题的重要性毋庸置疑。网络传播使得人类优良文化的传播加快，但同时也导致了一些不良乃至违法的作品快速和更广泛地传播。“违禁作品”问题也是2007年至2009年中美WTO知识产权争端案中的三大争议问题之一，也是2010年《著作权法》修改所涉及的两个条款之一。在这样的背景下，有必要进一步界定“违禁作品”的版权及其传播问题，从而为我国网上“扫黄打非”提供理论依据。

本书三编的内容相对独立，又紧密相关。全书的主题是网络传播带来的版权保护问题及其在法律制度上的变革、创新与发展之需求。第一编聚焦于理论探讨，力图论证网络时代版权制度需要根本性变革与制度创新。第二编探讨的版权许可实际上是版权保护的延伸，版权许可需要解决的就是在许可中如何保护版权人的利益，但同时也能有效地维护版权制度的社会功能。第二编的内容实际上是在网络时代版权保护的理论分析的基础上从版权许可这个角度探讨网络时代的版权保护问题。第三编在网络版权保护的诸多命题中选取三个比较富有争议且具有重要意义的问题，力图进一步从微观角度探讨网络时代版权保护制度的变革、创新与发展。总之，贯穿全书的一条主线是“网络时代版权制度的变革、创新与发展”，但本书同时又具有视野开阔的特点，对网络时代版权保护制度进行了多纬度的研究。



本书力图在网络版权研究上有所贡献,提出新思路、新观点、新理论。本书从理论、实践两个纬度研究了网络时代版权制度的变革、创新和发展。本书最主要的理论贡献在于钻入版权的深层次,对现行版权制度进行系统性理论反思,进而探索并构建以传播权为中心的版权制度。从传播权视角探讨网络版权制度的变革与发展是一种新思路、新观点。本书提出大一统的“传播权”的构想,建议在发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权等权项之上新建一个上位概念“传播权”,进而采用“开放式”的权利立法模式规定其下具体权项。“开放式”的权利立法模式的特点是其中规定的具体权项只是以举例的形式出现,而不是穷尽式的列举。灵活的、技术中立的立法具有较强的未来适应性。本书将进一步提出“不具有公开性质、不侵犯传播权的复制是版权侵权的一种例外”,从而构建一种以传播权为中心的版权制度。传统的版权制度以“复制权”为基础和中心。然而,在网络时代,版权制度的中心应该从复制权转移到传播权。以传播权为中心的版权制度并不是要否定复制权,甚或取消复制权,而是合理地改变复制权在版权中的中心地位,使不以传播为目的的复制一概合法化。这种制度符合知识产权法基本原理,在解决版权制度所面临的临时复制、私人复制等现实疑难问题上具有实践优势和可行性。本书还对“网络习惯法”作为制度变革和发展的路径进行了探索。在实践上,本书重点探讨了海量作品的版权许可难题并在版权集体管理、默示许可、版权补偿金等三方面提出了相应的制度对策,本书还对网络版权侵权归责原则的发展和一些特殊的、有争议的网络版权问题进行了专题研究。随着网络技术的不断发展,网络时代版权保护问题层出不穷,本书的相关研究具有相当的理论意义和实践价值。笔者由衷地希望本书对网络版权法律制度的完善能产生添砖加瓦的学术贡献。

目 录

导 论.....	I
----------	---

【第一编】“传播权”为中心的版权制度之构建

第一章 版权法始于复制权的权利扩张史.....	3
第一节 版权的产生	3
第二节 版权法的产生	4
第三节 版权从复制权出发的扩张之路	5
第二章 网络版权保护的现行国际法框架.....	9
第一节 网络版权保护的国际法框架	9
第二节 伯尔尼公约	9
第三节 世界版权公约	12
第四节 与贸易有关的知识产权协定	13
第五节 世界知识产权组织版权条约	16
第三章 网络版权保护的现行国内法框架.....	18
第一节 我国网络版权保护法律框架	18
第二节 著作权法	19
第三节 信息网络传播权保护条例	26
第四章 网络时代版权保护理念之重构.....	28



第一节 临时复制问题呼吁版权法的变革	28
第二节 私人复制问题再次呼吁版权法的变革	31
第三节 网络时代版权保护的“复制权”转到“传播权”	33
第五章 大一统的“传播权”之制度构建	43
第一节 “传播权”作为版权的中心之理论辨析	43
第二节 我国“信息网络传播权”的立法缺失及现实困境	49
第三节 大一统的“传播权”及其制度构建	54
第六章 网络时代版权制度变革与发展的进路	60
第一节 “网络习惯法”可能吗?	60
第二节 “网络习惯法”形成和发展的实证	62
第三节 “网络习惯法”可行性和正当性论证	68
 【第二编】网络时代版权许可的制度创新	
第七章 海量作品的版权授权问题	77
第一节 海量作品授权问题：以数字图书馆为例	77
第二节 我国数字图书馆版权纠纷典型案例	78
第三节 谷歌数字图书馆版权纠纷探析	81
第四节 海量作品授权中的“孤儿作品”问题	90
第八章 网络时代的版权集体管理制度	93
第一节 网络时代版权集体管理的实践及其必要性	93
第二节 我国版权集体管理制度存在的问题	96
第三节 我国应建立版权集体管理的竞争模式	99
第四节 谷歌数字图书馆中的版权集体管理机构探析	103
第九章 网络时代的版权默示许可制度	116
第一节 版权默示许可含义思辨	116

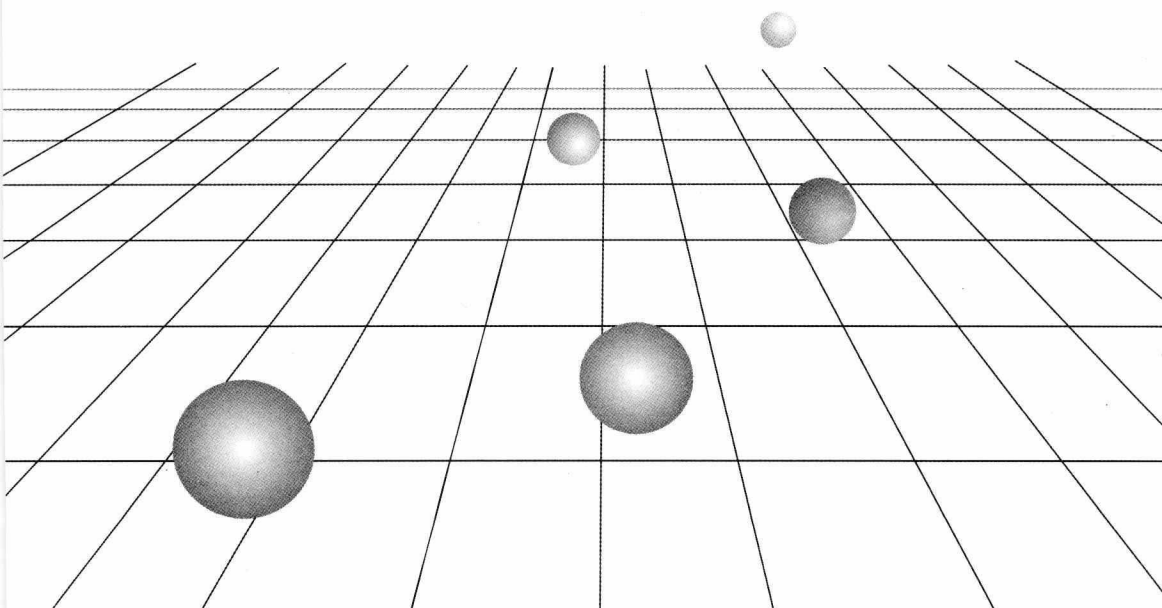
第二节 实践中的网络版权“默示许可”	119
第三节 网络时代版权默示许可的适用及其限制	124
第十章 网络时代的版权补偿金制度	128
第一节 作品网络传播与下载及其版权补偿的制度需求	128
第二节 版权补偿金制度的理论及其模式选择	129
第三节 网络传播和下载的版权补偿金制度的适用	135
 【第三编】网络时代版权保护的新课题 	
第十一章 网络版权侵权归责原则的演变和性质辨析	143
第一节 知识产权侵权归责原则基本理论	143
第二节 从传统的过错责任原则到“通知后责任”原则	144
第三节 网络服务提供者侵权责任的性质辨析	147
第十二章 网络“虚拟财产”的版权问题	151
第一节 “虚拟财产”上可以再有“无形”的版权吗?	151
第二节 “虚拟财产”的版权归属问题之实证	162
第三节 “虚拟财产”上可以同时存在物权和版权	167
第十三章 网络“违禁作品”的版权问题	175
第一节 网上“扫黄打非”和“违禁作品”传播的禁止	175
第二节 “违禁作品”版权问题的由来与争议	177
第三节 “违禁作品”的版权及其传播问题之界定	181
结 语	189
 附录:	
世界知识产权组织版权条约	193



中华人民共和国著作权法	202
信息网络传播权保护条例	216
主要参考文献	223
后 记	237

【第一编】

“传播权”为中心的版权制度之构建



第一章 版权法始于复制权的权利扩张史

第一节 版权的产生

在探讨版权制度的变革、创新与未来发展之时，我们不能忘记版权制度的历史。研究历史，是为了解决当下面临的问题，是为了使未来的制度设计具有历史根基。

版权是随着印刷术的发明与广泛应用而出现的。有人称版权制度是“印刷出版之子”^[1]，这一点并不过分。尽管我国是有着包括印刷术在内的“四大发明”的文明古国，但遗憾的是，我国古代民事法律不发达，版权制度也并非首先在我国诞生。

据我国知识产权法学主要奠基人和代表人物之一郑成思教授考证，在北宋神宗继位（公元 1068 年）之前，为保护《九经》蓝本，朝廷曾下令禁止一般人随便翻印这本书，只有得到国子监批准才可印之。宋代的版权保护禁令，到元代仍然被沿用。我国以禁令方式保护刻印出版者，在历史上一直未被成文法的全面版权保护所代替，也没有建立通行全国的版权保护制度。^[2]这种禁令方式是针对特定的书的，不是普遍的，更不用说上升为全国通行的法律了。

当冯·施贝叶在 1469 年将印刷技术引入威尼斯的时候，威尼斯共和国就授予了此人 5 年的印刷特许权，以表彰和鼓励印刷技术之引进，这是西方世界第一个由统治政权颁发的保护翻印权的特许令。^[3]但是，之后由于威尼斯共和国的衰落，在威尼斯并没有产生世界上第一部版权法。与版权领域不同的是，世界上第一部专利法产生在威尼斯，即 1474 年威尼斯《专利法》。

[1] 段瑞林著：《知识产权法概论》，光明日报出版社 1988 年版，第 22 页；吴汉东著：《著作权合理使用制度研究》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 223 页。

[2] 郑成思著：《版权法》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 7 页。

[3] [德] M. 雷炳特著：《著作权法》，张恩民译，法律出版社 2005 年版，第 16 页；郑成思著：《版权法》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 11 页；李明德、许超著：《著作权法》，法律出版社 2003 年版，第 14 页。



从版权的产生来看,最开始版权是一种“特许权”,而非“私权”。在版权法正式诞生之前,存在着“印刷特许权”。这有点类似于专利领域的“开封特许状”,翻印或印刷的权利并不是一种与生俱来的私权,也不是一种自然权利,而是统治者的特许授权,这体现了封建社会的特性。

第二节 版权法的产生

世界上第一部版权法是英国 1709 年通过、1710 年实施的《安妮法》。^[1]在《安妮法》之前,英国就存在着“书商版权”(Stationers' Copyright)这种制度。书商版权是建立在“原稿”这一实物基础上的,书商们宣称:“我对原稿享有的专有印刷权,就是‘原稿权’!”^[2]可见,最初的专有印刷权是建立在有形的原稿的权利基础上的,而印刷权(复制权)根据现代知识产权法原理属于无形的知识产权范畴。从中,我们也可以得知版权观念的历史由来。另外还应当注意的是,在那个时期,“copyright”之中的“copy”并不是动词“复制”,而是名词“原稿”之意。^[3]

《安妮法》全称为《于法定期间授予已印刷成册图书原稿之作者或购买者复制原稿权以促进知识之法》。^[4]除序言外,《安妮法》共分十一段。该法的核心是第一段。第一段主要有以下规定:1. 已印刷图书原稿的作者或购买者(可以是出版商、印刷商或任何其他人士),自 1710 年 4 月 10 日起,对该图书可专有 21 年的印刷权利及特许;2. 对于已经完稿但还没有印刷、出版的图书或今后写成的图书,作者及其受让人自该图书首次出版之日起,可专有 14 年的印刷、重印之特许。另外,第一段还以很大的篇幅规定了侵犯复制权的处罚措施,未经许可擅自印刷、重印、进口以上图书或故意售卖未经许可擅自印刷、重印、进口的以上图书,将被处以没收、罚金等处罚,等等;该法第二段、第三段规定了图书登记制度和相关措施;第四段规定了书价控制措施;第五段规定了样书的交存制度;第六段规定了苏格兰地区的侵权举报程序;第七段规定

[1] 通译为《安娜法》,但《安妮法》与原发音更接近。

[2] 易健雄著:《技术发展与版权扩张》,法律出版社 2009 年版,第 29 页。

[3] Patterson & Lindberg, The Nature of Copyright, University of Georgia Press, 1991: 22, 85.

[4] An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Author's or Purchasers of Such Copies 8 Anne, c. 19 (1709).

了《安妮法》的适用例外；第八段规定了风险诉讼的分配问题；第九段针对王室已经授予的印刷特权作出了特别规定；第十段规定采取法律措施的提出期限；第十一段规定了关于 14 年保护期届满后可以再延长 14 年的情形。

人们公认英国 1709 年《安妮法》是世界上第一部成文版权法，主要原因之一也是该法把受保护主体从印刷出版商扩大到了包括作者、印刷出版商在内的一切版权所有人。

《安妮法》标题中的“购买者”指的是从作者手中购买了原稿的人，也就是印刷商和书商，并非一般含义上的图书购买者。综观《安妮法》，该法保护的是出版商、印刷商或任何其他人的印刷权利，也就是一种“复制权”。经由版权法的历史探源，我们可以发现版权法的源头是“复制权”。正是从这个意义上说，复制权是版权的最基本的权利。

郑成思教授早就指出，版权法最初、最基本的内容是“翻印权”（Copy-Right）^{〔1〕}，“把翻印之权作为一项首要的版权，这个特点在 100 多年后某些西方国家的版权法中仍旧很明显。”^{〔2〕}实际上，到目前为止，版权的首要权利仍然被理解为复制权，这种观念可以说是根深蒂固的，要想改变它，需要有客观上的条件（如技术的发展）和主观上的努力（如学者的呼吁）。

第三节 版权从复制权出发的扩张之路

到 18 世纪，版权制度及其观念再次发生了变革。版权不再是出版商的权利，而演变为作者的权利。^{〔3〕}但作者享有的权利仍然是“印刷专有权”（复制权），在此可见，复制权作为版权的基本性权利这一观念根深蒂固。但是，在这个时期，作者开始谋求更多的权利，版权开始了其扩张之路。易健雄博士对版权印刷特权与书商特权从《安妮法》的诞生再到版权的扩张进行了深入而全面的考证，版权的发展历史就是一个随着技术发展而产生的版权扩张史。^{〔4〕}在版权的扩张过程中，法国的作用不可忽视。1791 年法国通过了《表演者法》，

〔1〕 郑成思著：《版权法》（修订本），中国人民大学出版社 1990 年版，第 392 页。

〔2〕 郑成思著：《版权法》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 14 页。

〔3〕 Patterson, Copyright in Historical Perspective, Vanderbilt University Press, 1968: 179.

〔4〕 易健雄著：《技术与版权扩张》，法律出版社 2009 年版，第 1—90 页。