



版权制度的 现代发展与回应

李岩 杜甲华 主编

BANQUAN ZHIDU DE
XIANDAI FAZHAN YU HUIYING



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



版权制度的 现代发展与回应

李岩 杜甲华 主编

BANQUAN ZHIDU DE
XIANDAI FAZHAN YU HUIYING



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

版权制度的现代发展与回应 / 李岩, 杜甲华主编
—北京: 法律出版社, 2017
(辽宁大学法学文丛)
ISBN 978 - 7 - 5197 - 1135 - 1

I. ①版… II. ①李… ②杜… III. ①版权—研究
IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 182500 号

版权制度的现代发展与回应
BANQUAN ZHIDU DE XIANDAI
FAZHAN YU HUIYING

李 岩 杜甲华 主编

策划编辑 汤子君
责任编辑 汤子君
装帧设计 汪奇峰

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 北京玺诚印务有限公司
责任校对 杜 进
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 18
字数 213 千
版本 2017 年 8 月第 1 版
印次 2017 年 8 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/010-63939792

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/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1135 - 1

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

辽宁大学知识产权学院依托于辽宁大学法学院成立于2016年4月。虽然知识产权专业学院成立较晚,但在知识产权人才的培养上,辽宁大学法学院却从未落后。在多年的科研和教学中,知识产权都是重中之重。当然历经多年也累积了一点相关的成果。这本文集算是辽宁大学法学院在知识产权人才培养和科研成果上的一个小小的总结和回顾。

我本人的主要研究方向为民法基础理论,在撰写博士论文《民事法益基本范畴研究》和博士后报告《民事法益类型化研究》中发现,法益作为私法领域中的普遍现象对知识产权也具有涵摄作用,因此以知识产权法益的代表类型——违禁作品为主题撰写了论文。另《中华人民共和国著作权法(草案)》中规定的追续权引发了学界的关注,且以赞同居多,但笔者认为应采审慎态度。《美国追续权制度:立法演进与理论解说》一文是以美国仅有少数州规定追续权、大多数并未规定为缘起,分析背

后的原因,期望对我国立法有所助益。

杜甲华教授是我的同事,多年来一直从事知识产权研究和教学工作,本文集收录了她和崔畅撰写的《惩罚性赔偿在知识产权损害赔偿责任中的适用》一文,其主旨在于扩大知识产权损害赔偿的范围,读起来颇有参考价值。

另收录五篇论文:柳巨焄的《孤儿作品利用法律制度研究》、马英俊的《转化性使用研究》、王丽娜的《追续权立法研究》、马晓露的《论著作权善意取得制度的构建》、彭静林的《体育赛事转播权研究》。这些文章的作者都是我曾经指导的硕士研究生,他们的毕业论文经过我的多次“折磨”后有的悬挂于知网,有的成为故纸堆,为对他们和我的付出作出再次的肯定,我着意把这些论文搜集起来成为一个集子,让更多人的看到,这也是“作品”的价值所在。要申明的是,对于这些论文,我并无意进行修改,虽然现在看来或多或少有着不足,但那是他们作为学生的一种经历。

著作权是饶有趣味的研究领域,我和我的学生们会继续在这个领域挖掘宝藏,奉献更多“思想的表达”。

李 岩

于沈阳德馨苑

2017年4月22日

目 录

著作权抑或著作法益:违禁作品性质的迷思

破解 李 岩 / 001

美国追续权制度:立法演进与理论解说

李 岩 / 027

论惩罚性赔偿在知识产权损害赔偿责任中的

适用 杜甲华 崔 畅 / 053

孤儿作品利用法律制度研究 柳巨焱 / 072

转化性使用法律问题研究 马英俊 / 101

追续权立法研究 王丽颖 / 142

论著作权善意取得制度的构建 马晓露 / 205

体育赛事转播权研究 彭静林 / 242

著作权抑或著作法益： 违禁作品性质的迷思破解

李 岩^{*}

摘 要：既有的关于违禁作品保护争论的焦点是权利抑或非权利，这必然让讨论走向困境，也让违禁作品在实践中的救济受到困难。违禁作品具有利益性、非法定性、消极性、法律保护的弱势性、弱稳定性，在性质上应界定为著作法益，而非著作权。应借着第三次著作权法修改的时机清晰界定违禁作品的属性以解决实践中的困境。在著作权法中明确规定保护的对象包括著作法益，以发挥宣示和指引作用，从而构建著作权法+侵权责任法这一完整的著作利益保护模式。

关键词：违禁作品 著作权 著作法益 法益
民事法益 民事权利

^{*} 李岩，辽宁大学法学院教授、博士生导师，法学博士、博士后。

违禁作品的性质争论在我国由来已久,从历史上看有两次讨论的高潮,分别是在《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)制定之时和《著作权法》第二次修改之后。^[1]但讨论的高潮并未带来应有的结果,反而让关于违禁作品性质的认识更加扑朔迷离。《著作权法》第三次修改之际,有必要对这个问题进行再次的探讨。

一、理论之争:违禁作品权利抑或非权利的困境

既有的关于违禁作品的理论探讨,都在思维上将讨论的根基落在违禁作品是否是“权利”上,这种权利思维的定式导致了诸多的理论困境。

(一)困境一:违禁作品享有著作权,但不受到著作权法保护

这种观点认为:违禁作品的作者应同其他作品的作者一样,对其作品享有著作权。但同时又提出,违禁作品作者的著作权受到侵犯时,著作权法保护著作权的所有规定对该作者不适用。^[2]有学者则更为明确地提出:一方面,此种违禁作品享有著作权,另一方面,

[1] 相关文献有:张中辉:《关于反动淫秽作品作者著作权的思考》,载《司法实践》1991年第2期;龙斯荣等:《也谈违禁作品作者的著作权》,载《当代法学》1992年第1期;董炳和:《对〈著作权法〉关于违禁作品规定的思考》,载《法律科学》1994年第4期;王克先:《也谈违禁作品的作者是否享有著作权》,载《绍兴师专学报》(哲学社会科学版)1996年第1期;郑延荣:《内容违法的作品不受保护》,载《人民司法》1998年第9期。王迁:《WTO“中美知识产权争端”:美国赢得了什么?——评专家组对我国〈著作权法〉第4条的裁决》,载《华东政法大学学报》2009年第4期;金耀:《浅析违禁作品的内涵与保护》,载《中国版权》2011年第6期;衣庆云:《权利限制与作品传播的限制——〈著作权法〉第4条适用问题分析》,载《知识产权》2011年第10期;李翠香:《对删除〈著作权法〉第四条第一款的认识》,载《才智》2011年第10期;丛立先:《违禁作品著作权问题辨析——兼评我国〈著作权法〉第4条的修改》,载《法学》2011年第2期;梁志文:《TRIPS争端解决机制下违禁作品的版权保护——以我国〈版权法〉第4条为中心》,载《法治研究》2010年第3期;苏如飞:《WTO裁决与我国〈著作权法〉的修改》,载《中南林业科技大学学报》(社会科学版)2010年第1期;杨延超:《违法作品之著作权探究——兼论我国〈著作权法〉第4条之修改》,载《法学论坛》2010年第3期;董皓等:《我国著作权法中的违法作品问题》,载《法学》2009年第3期。

[2] 陈军:《关于违禁作品作者著作权的思考》,载《著作权》1991年第3期。

违禁作品的著作权不受到著作权法的保护。在此情况下,作者的著作权被有些论者称为“虚化的权利”,形同虚设。^[1] 2009年WTO对我国著作权法进行审查时,我国专家组对原《著作权法》第4条所规定的“依法禁止出版、传播的作品,不受本法保护”中的“本法”进行了说明。专家认为“本法”是指版权法,该条指的是版权法的保护,而不是排除所有法律的保护。^[2] 从专家的解释中可以得知,即使是违禁作品也并非排除在法律保护之外,只是因为其不享有著作权而不受到著作权法的保护。同时美方专家认为依法禁止出版、传播的作品应该受到《著作权法》第46条和第47条的保护。而第46条和第47条规定的是对作品侵权行为的认定以及侵权责任承认的形式。在论述对未删除版本作品的侵权行为时,中方的观点为:“其版权将得到保护,而不论侵权复制品是编辑后的版本还是未删除的版本。”从中方的解释上来看,我方对该条款的解释明显存在逻辑上的矛盾,一方面认为违法作品依据第2条享有著作权,另一方面又表明根据中国的审查制度,违法作品不能得到著作权法的保护。但在论及未删除版本的保护时,又称其享有版权的保护。这样的解释明显存在矛盾,享有著作权又不受到著作权法保护,这不禁让笔者对著作权法的保护对象提出了质疑,即著作权法保护的难道不是有著作权的作品吗?

(二)困境二:违禁作品享有著作权,但积极权能的行使受到了限制

这种观点认定违禁作品具有著作权,但是在内容的行使上受到了限制。如有学者认为:“违禁作品作者的著作人身权应予以保护,

[1] 费安玲:《中华人民共和国著作权法讲析》,中国国际广播出版社1991年版,第109页。

[2] 梁志文:《TRIPs争端解决机制下违禁作品的版权保护》,载《法治研究》2010年第3期。

但是对违禁作品作者的著作权财产权应予以禁止。”^{〔1〕}也有的学者认为:“著作权的意义在于:他人未经许可不得以特定方式利用作品。如针对艳照,拍摄人可以阻止他人未经许可传播艳照,同时又无法获得任何损害赔偿。”^{〔2〕}这种限制的基础是权利本身可以分为积极权能和消极权能。违禁作品著作权的积极权能受到了限制,作者不能通过自己的行为积极地行使。但是违禁作品的作者可以消极地行使权能,如他人未经允许复制发行了作品,则作者享有禁止权。^{〔3〕}这种主流的观点是通过权利的来解释违禁作品享有著作权,但不能主动行使权利。权利行使的限制,一般是指所有权以及其他权利的行使受到诚实信用原则、公序良俗原则和权利不得滥用原则的制约。这里的限制是指对权利行使的限制,而非权利内容的限制,两者内涵完全不同。权利的限制是指在保持权利内容完整的前提下,为权利内容的行使设定边界,使权利人行使的权利不超过社会容许的边界,让权利附带上社会性的义务。权利行使的方式可以分为事实方式和法律方式两种。所谓事实方式是通过实施事实行为来行使权利,所谓法律方式是通过法律行为的方式行使权利。

依照专家组的解释,著作权法的排除范围并不包括由于程序违法而禁止在中国出版发行的作品,而仅仅是指内容上违法的作品。也就意味着程序违法的作品在中国可以获得著作权法的保护。但

〔1〕 苏如飞:《WTO 裁决与我国〈著作权法〉的修改》,载《中南林业科技大学学报》(社会科学版)2010年第1期。

〔2〕 王迁:《WTO“中美知识产权争端”:美国赢得了什么?》,载《华东政法大学学报》2009年第4期。

〔3〕 这种观点可以参考王红琴:《未批准的文化产品的版权及相关权利保护》,中国政法大学2009年硕士学位论文;梁志文:《TRIPS 争端解决机制下违禁作品的版权保护——以我国〈版权法〉第4条为中心》,载《法治研究》2010年第3期;张乃根:《论中美知识产权案的执行问题》,载《世界贸易组织动态与研究》2009年第9期;王利民、顾权:《论双重版电影版权的“二元”承认与保护——一个国际贸易体制下电影版权保护的国际法新原则》,载《当代法学》2009年第6期。

问题是著作权作为一个权利体系,内容性质上包括人身权和财产权,著作财产权又可分为积极的财产权和消极的财产权,积极财产权包括复制、发行、出租、展览、表演等13种法定权利,消极财产权是指在上述著作权财产权以及人格权受到他人侵犯时可以请求侵权法上救济的权利。但是对违禁作品来说,如果赋予其主动的积极财产权,即复制、发行、出租、展览等权利,则明显与程序违法的内涵相违背。所谓程序违法就是那些未被批准在中国进行出版发行的作品、录音制品和表演的作品。程序的违法性已经将著作权财产权的权能全部予以排除,如一方面承认程序的违法性受到著作权法的保护,另一方面又排除著作财产权的积极权能行使,这无疑是相互矛盾的。如认为对程序违法性作品的保护仅限于在受到他人侵权时提起法律保护的权利,则这种方式并不具备权利的积极权能,不能主动行使的权利是否是权利则存在疑问。

(三)困境三:违禁作品受著作权法保护,也享有著作权

这种观点认为:“内容违禁的作品,即使被禁止出版、传播,在著作权法理论上仍然认为其作者仍享有著作权,根本原因在于著作权本质上是著作权人对作品的‘外壳’即表达形式的排他性权利,对著作权的保护并不及于作品的内容。著作权法关注作品的形式,至于作品品质的高低,是否会被禁止出版,著作权法不作要求。”^{〔1〕}该说法认同违禁作品享有著作权,认为著作权法的保护对象和内容并无关系,是否构成作品是判断是否受著作权法保护的标准,至于内容只是决定作品品质的标准。但是这样的理解明显和实务中违禁作品的境遇大相径庭,实践中,违禁作品不能发表、不能出版、不能行使相应的财产性权利,又怎么能说其享有著作权呢?

上述对违禁作品的法律性质定位都围绕着传统的民事权利角

〔1〕 元培冰:《依法禁止的出版物有无著作权》,载《法律科学》1990年第2期。

度展开,即是权利还是非权利,这也是引发上述种种困境的根源。纠缠于是否是权利,必然会得出众多学者的推论,如“著作权在本质上就是一种传播权,所谓‘无传播无权利’,如果既赋予违禁作品著作权,但又限制其出版、传播,实质意义上的著作权已经不复存在”。^{〔1〕}或者又如有的学者认为的是“虚化的权利”。但是在有权说和无权说之外,还是可以零星听到不同的声音。如郑成思教授在论述非法作品的版权问题时提出:“实践中,一部作品的传播一旦被禁止,它即使还享有某些版权,也极其有限了。”^{〔2〕}这里郑先生提出了“有限的版权”的概念,依照笔者的理解,如果一个作品享有版权的保护就应该是完全的。版权所内含的权利类型应该全部享有,作为重要权利行使方式的流转权自然也应该包含在内,否则该权利就并非版权,就并非权利。

二、现实窘遇:违禁作品在实践中的尴尬

目前,我国对违禁作品的法律保护缺失,实践中违禁作品如果受到侵权后,作品创作人并没有可以寻求法律救济的法律基础。这种尴尬无论对程序违禁还是内容违禁的作品都是现实的存在。

对程序违禁的作品,以电影作品为例,根据美联社和路透社报道,美国电影协会亚太地区资深副总裁麦可艾利斯表示,中国目前每年只准许 20 部外国影片在国内院线上映,其余差额则由盗版的 DVD 光碟来填补。他说,这些盗版的光碟占了中国电影市场的 93%。仅 2005 年一年,中国的盗版影片就导致美国电影协会旗下各制片厂所拍摄的电影在中国的潜在收入损失 2.44 亿美元。而中国

〔1〕 张海舟:《著作权视阈下的违禁作品》,中央民族大学 2011 年硕士学位论文。

〔2〕 郑成思:《知识产权法》,法律出版社 1997 年版,第 368 页。

对美国全体制片业的盗版行为更使美国公司损失了 24 亿美元。^{〔1〕}在 20 部外国影片之外的在中国被盗版的作品除内容违禁外,基本都属于程序违禁的作品,尚未取得中国版权部门的许可却在中国内地发行。而这类作品在现实中会因为缺失法律具体明确的规定而不能得到法律的救济。如果对程序性违禁作品的法律地位不予以承认,则作品的非法复制、非法传播等行为将因为缺失法律基础而不能得到管控,其后果就是违禁作品的复制、传播更为猖獗。复制、传播违禁作品因为没有法律的监管变成实质上的合法化,复制、传播违禁作品的人因此获取大量的非法利益,作品的创作人却并不能因此而诉诸法律救济,根源在于法律对程序性违禁作品的保护排除。

对内容性违禁作品的法律地位不予以承认,就会出现国外的作品,依照我国的法律规定属于内容违禁的作品,但是被我国盗版人所盗版,依据我国法律规定并不享有著作权,但是盗版人却因此而获取利益。此时,外国版权人对这种情况却束手无策。目前我国尚未遇到此种情况,但并不排除将来有外国版权人对此提起诉讼。

韩国和我国的台湾地区均已经出现了这个问题。在韩国,美国和日本的代表性成人视频制作企业,在 2009 年曾经以侵犯著作权为由起诉韩国网民。但在韩国无论是从《刑法》还是从《关税法》及《信息通信网和信息保护相关法律》,对色情作品均禁止传播和销售。所以在韩国色情作品此类的违禁作品并不能受到著作权法的保护。^{〔2〕}但是该公司的法务委托人认为,按照韩国和美国签署的条约和著作权法以及相互主义原则,即使是韩国禁止传播的成人视频,

〔1〕《美国之音 中国限制外国影片进口反助盗版》,载星岛环球网:http://www.stnn.cc/ed_china/200612/t20061208_413647.html,最后访问日期:2012 年 4 月 23 日。

〔2〕《美国、日本色情作品制作企业起诉韩国网民侵权》,载人民网:<http://media.people.com.cn/GB/9855647.html>,最后访问日期:2012 年 3 月 29 日。

只要美国承认著作权,在韩国也具有相同的法律效益。也就是说,美国和日本的色情作品制作企业尽管无法在韩国营业,但著作权必须得到保护。2010年日本的八家色情片业者联合在我国台湾地区召开记者会,控诉台湾“当局”忽视色情片著作权。^[1]主要理由是当局纵容中华电信和有线电视播放未经授权的色情片。台湾地区“最高法院”认为,保护著作权应注重文化的健全发展,因此凡有碍维持社会秩序或违背公共利益之著述和色情光盘片应不属著作权法所称之著作,自不受著作权法不得制造或贩卖等之保障。虽然韩国和我国台湾地区的辩驳有一定的道理,但是如果任由色情作品在本国被盗版,而外国版权人只能听之任之获利则是对“正义”的挑战。至少应赋予其请求停止侵权、排除妨碍、消除危险等请求权方为妥当。

三、观念重建:违禁作品法益属性的界定

(一)违禁作品性质界定的前提:几个基本概念的辨析

要对违禁作品的性质作出清晰的界定,首先要分析比较四个概念:作品(著作)、著作权、著作利益、著作法益。

1. 作品(著作)与著作权

传统观念似乎认为,作品本身就蕴含合法性的要素,就应当受到著作权的保护。如果作品本身不合法,就不能称为作品。这需要对作品的概念进行分析,从既有立法关于作品的概念上来看,大多数都没有将作品贴上“合法性”的标签。《中华人民共和国著作权法实施条例》第2条对“作品”所下的定义是,“著作权法所称作品,是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果”。从条例所给的定义上并不能看出作品必须具备合法性

[1] 《色情片被认定没有著作权 日本AV业者要赴台呛声》,载东南网:http://www.fjsen.com/b/2010-04/12/content_3060090.htm,最后访问日期:2012年3月29日。

的特征。《日本著作权法》第2条对作品的界定是,用创作方法表现思想或者感情的属于文学、学术、美术或者音乐范围的东西。从法条上也并未将合法性作为作品的必备要素。相反在日本众所周知的色情产品的产业是合法化的。1971年7月24日于巴黎修订的《世界版权公约》第1条规定:“缔约各国承允对文学、科学、艺术作品——包括文字、音乐、戏剧和电影作品,以及绘画、雕刻和雕塑——的作者及其他版权所有者的权利,提供充分有效的保护。”1979年10月2日更改的《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》第2条规定:“‘文学和艺术作品’一词包括文学、科学和艺术领域内的一切成果,不论其表现形式或方式如何。”当然也有例外,如在台湾地区,违禁作品并不受到著作权的保护,主要是因为台湾地区“最高法院”在1999年刑事判决中,认为色情光碟片不是“著作权法”第3条第1项第1款所指的“著作”。该条所称的著作,“系指属于文学科学艺术或其他学术范围之创作而言,色情光碟并不包含在内。主要理由是:有碍维持社会秩序或者违背公共利益的著述,既无法促进国家社会发展,切与著作权法的立法目的有违,既得权的保障要受到公序良俗原则的限制”。^{〔1〕}该判决对下级法院的判决产生了深远的影响,至此下级法院依照此判决对色情光碟的著作权予以了否认。所以在台湾通说上认为色情作品等此类违禁作品不是“作品”,不享有著作权,不受著作权法的保护。从上述分析总体上看,作品并不必然与合法性联系起来。

第一,合法性本身不是作品的本质属性,不能成为判断作品的标准。上述立法都没有对作品的合法性问题进行强调,也就意味着

〔1〕《判决精选:色情光盘片非属著作权法所称之著作,自不受著作权法不得制造或贩卖等之保障(最高法院八十八年度台上字第二五〇号刑事判决)》,载台湾法律网:http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&job_id=55417&article_category_id=27&article_id=26447,最后访问日期:2012年3月29日。

无论作品是否违反法律规定,都不能改变其本身的作品属性。合法性仅仅是作为作品的限定语出现的。作品是作为一个上位概念存在的,下位包括“合法的作品”“违法的作品”等。第二,作品是否享有权利是国家立法评价的结果,与作品自身属性无关。有学者对作品和权利的关系进行了分析,得出了结论“作品与权利并不是一一对应的关系”,^[1]作品并不必然享有权利,如按照我国现有的知识产权法的规定,有些作品是不享有著作权的,如事实新闻,法律条文等。但从作品构成来看,即作品是信息的表达方式角度来看,这些同样属于作品。之所以不享有著作权,是国家从公共信息传播角度出发,对作者应享有的权利不予以确认的结果,这本身并不否认作者创作的结果属于作品。而反过来要承认,享有著作权的作品本身具有合法性。第三,违禁作品本身仍然构成作品,但是作者并不享有著作权。由于作品创作出来之后,是否享有著作权,要由国家对其进行信息确认,某些作品的信息,在内容上并不能得到国家和社会的认同,所以并不赋予其作者著作权,例如某些色情作品、迷信作品、分裂国家作品,等等,但并不否认其本身的作品属性。通过上述分析得出结论:作品本身并不包含合法性的成分,作品并不等同于著作权,作品作者可能享有著作权,也可能不享有著作权,但是享有著作权的作品一定是合法作品。

2. 作品和著作利益

享有著作权的作品可以为著作权人创造巨大的经济利益,即作品本身蕴含经济价值。依照上述论述,作品可以分为著作权作品和非著作权作品。著作权作品的著作利益体现在著作权的经济特质上,有学者指出,“版权的经济特质表现为版权在使用价值与价值上

[1] 侯仰坤:《论著作权法中的作品》,载找法网:<http://china.findlaw.cn/chanquan/hetongfanben/zhuzuoquanet.ong/21659.htm>,最后访问日期:2011年4月12日。

的特性及其经济寿命的特征”。^{〔1〕} 现代的版权制度从产生之日起就和经济社会发展密不可分,作为一种“智力成果权”,在现代技术手段下,可以通过计量方法确定其社会价值。作为产权化的一种智力成果,本身就蕴含着利益的成分。“据世界知识产权组织估计,无论在发达国家还是发展中国家,国内生产总值(GDP)中核心版权产业所占份额在3%~6%,全部版权产业大约占10%以上。版权产业被视为21世纪的‘朝阳产业’。加快发展版权产业,已经逐步引起众多国家的关注和重视。2006年,中国核心版权产业的总产值约占当年GDP的3.2%,而且其增长速度远远高于一般产业。”^{〔2〕} 著作权的利益的属性,还体现在著作权质押制度上,著作权质押是对作品本身价值的利用所形成的一种担保物权,其经济价值的确定目前依靠的是版权价值评估制度,虽然我国目前版权评估制度尚不健全,但是仍然可以通过重置成本法、收益现值法、现行市价法等方法对版权价值进行评估。著作权作品的著作利益通过价值可以得到很好的体现。

不享有著作权的作品同样具有利益的属性,日本著名的“云右卫门浪曲唱片事件”可以说明这种情况。桃中轩云右卫门是日本当时著名浪曲师,他编制的曲子由某德国人取得其同意后将其录成,B在没有得到同意的情况下,将唱片复制出售。所以,德国人以侵犯著作权为理由提起了侵权诉讼。对此,大审院认为,浪曲这样的“低级音乐”在演奏之际会多少使共同的音阶曲节发生一些变化……通常均临机应变地进行瞬间创作,其旋律也不经常是一定的,对这种瞬间创作——承认其著作权,绝不是著作权法的精神,从而以浪曲

〔1〕 吴贇:《现代出版业发展的重要基石——版权的经济特质探论》,载《大学出版》2009年第1期。

〔2〕 《版权也是财富——知识经济时代生产方式的转变》,载价值中国网:<http://www.chinaval ue. net/Article/Archive/2009/1/ 25/156297. html>,最后访问日期:2011年4月26日。