

中外知识产权评论

● 主编 林秀芹

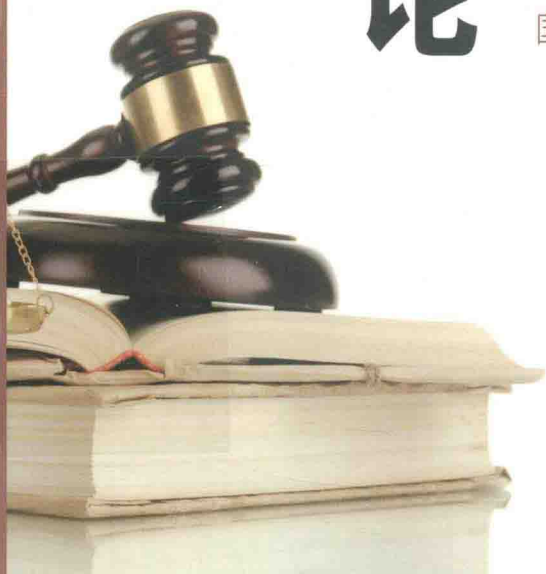
2017年·总第3卷

Chinese and International
Intellectual Property Review

主办单位：

厦门大学知识产权研究院

国家知识产权培训（福建）基地



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

中外知识产权评论

Chinese and International Intellectual Property Review

2017年·总第3卷

主 编 林秀芹



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

中外知识产权评论. 2017 年·总第 3 卷 / 林秀芹主编. —厦门: 厦门大学出版社, 2017. 12

ISBN 978-7-5615-6631-2

I. ①中… II. ①林… III. ①知识产权-世界-文集 IV. ①D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 212662 号

出 版 人 蒋东明

责任编辑 李 宁

封面设计 蒋卓群

技术编辑 许克华

出版发行 厦门大学出版社

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 xmup@xmupress.com

印 刷 厦门市万美兴印刷设计有限公司

开本 787mm×1092mm 1/16

印张 14

插页 2

字数 334 千字

版次 2017 年 12 月第 1 版

印次 2017 年 12 月第 1 次印刷

定价 58.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

顾问(排名不分先后):

刘春田 刘江彬 Reto Hilty

编辑委员会

主 任:林秀芹

委 员(排名不分先后):

张 勤 丁丽瑛 刘晓海 Peter Yu 卢文祥

执行编辑:王 俊

本期编辑:

陈可欣 孙 智 游凯杰

本期英文编辑:陈可欣



目 录

◆境外视野

德国联邦宪法法院关于“Metall auf Metall”案的判决

——为什么著作权在联邦宪法法院

得到很好的保护 Matthias Leistner 著 孙靖洲译(1)

美国州立大学豁免知识产权侵权责任的宪政争议 蔡达智(12)

商业方法可专利性的研究

——以美国 In re Bilski 案、Alice v. CLS Bank 案为视角 李珍权(42)

◆知识产权经济学

我国专利法经济学的研究构想 毛 昊(72)

知识产权调查引致的贸易壁垒:一个统计考察 代中强(98)

专利纠纷的发生机制与应对策略

——基于专利制度设计及当事人反侵权

策略的博弈分析 苗 妙 杨唯希 魏 建(111)

我国专利侵权损害赔偿因侵权获利计算方式的法经济学分析 李 晶(122)

◆知识产权管理

外国优先权对专利维持时间影响实证研究

——对美国、德国、日本、韩国和中国授权专利数据的比较 乔永忠 孙 燕(143)

国外知识产权管理研究述评 罗立国(152)

我国知识产权质押融资模式研究 周 璐(161)

◆理论争鸣

“非诚勿扰”商标侵权案的法学分析 宁立志 王 宇(171)

普通法系商标财产观念的嬗变 朱 冬(187)

专利法强制许可相关规定的修改与完善

——基于药品专利的探讨 陈学宇(204)

◆附录

《中外知识产权评论》稿约 (215)

《中外知识产权评论》格式规范 (216)



Contents

◆ Overseas Observation

The Judgment of “Metall auf Metall” Case by Federal Constitutional Court in Germany —Why Copyright has been Protected Well in Federal Constitutional Court	Matthias Leistner(1)
The State Sovereign Immunity from Liability of Invading Intellectual Property	Cai Dazhi(12)
A Study on Patentability of Business Method: From the Perspective of US In re Bilski and Alice v. CLS Bank Case	Li Zhenquan(42)

◆ Intellectual Property Economics

Research Framework of the Economic Analysis of Patent Law in China	Mao Hao(72)
Trade Barrier Caused by Intellectual Property Investigation: A Statistical Survey	Dai Zhongqiang(98)
Patent Dispute Occurrence Mechanism and Coping Strategy: Game Analysis from the Perspective of Patent System Design and Anti-infringement Strategy	Miao Miao, Yang Weixi, Wei Jian(111)
Economic Analysis of Chinese Patent Infringement Damage Calculating Method of “Disgorge the Gain”	Li Jing(122)

◆ Intellectual Property Management

Empirical Analysis on the Effect of the Foreign Priority on the Patents Maintenance Time:Comparison with the data of patents granted by the United States, Germany, Japan, Korea and China	Qiao Yongzhong, Sun Yan(143)
Review of International Intellectual Property Management Research	Luo Ligu(152)

Research on Financing Model of Intellectual Property	
Right Pledge in China	Zhou Lu(161)

◆ Debate of Theory

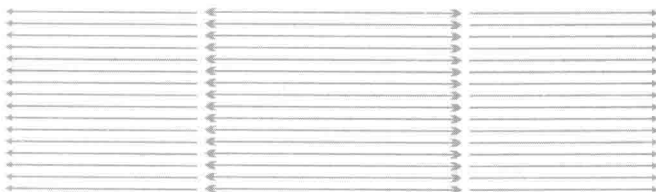
A Legal Analysis of the Trademark Infringement Case	
of “If You Are the One”	Ning Lizhi Wang Yu(171)
Evolution of the Conception of Trademark Property	
in Common Law System	Zhu Dong(187)
Amending and Improving of Patent Law Related	
with Compulsory License; Discussion Based on	
Pharmaceutical Patents	Chen Xueyu(204)

◆ Appendix

Notice to Contributions from <i>Chiese and International</i>	
<i>Intellectual Property Review</i>	(216)
Format Specification of <i>Chinese and International</i>	
<i>Intellectual Property Review</i>	(217)



境外视野



德国联邦宪法法院关于“Metall auf Metall”案的判决

——为什么著作权在联邦宪法法院得到很好的保护

■ Matthias Leistner* 孙靖洲译 魏立舟校对

摘要:2016年5月31日,德国联邦宪法法院(Bundesverfassungsgericht)首次经过言词辩论程序对涉及著作权法的一起争讼作出判决。这起名为“Metall auf Metall”的争讼前后持续十年有余。联邦宪法法院的判决备受瞩目且值得称道,因为该判决远远超越在音乐取样领域内的具体讨论,指明了一条平衡邻接权、著作权和自由使用之间关系的道路。同时,在欧盟协调化和网络技术飞速发展的背景下,该判决对于基本权如何审查著作权利亦有重要的意义。

关键词:德国;著作权;邻接权;录音制品制作者权

The Judgment of “Metall auf Metall” Case by

Federal Constitutional Court in Germany

—Why Copyright has been Protected Well

in Federal Constitutional Court

Matthias Leistner

Abstract: On May 31, 2016, German federal constitutional court made the decision of a litigation involving copyright law by using oral debate procedure for the first time. This litigation named “Metall auf Metall” has been lasting for over ten years. The decision made by federal constitutional court had attracted extensive attention and got high evaluation, because this judgment had gone far beyond the discussion range of music

* Matthias Leistner, 1974年生,男,德国慕尼黑大学教授,法学博士。



sampling and offered a road to balance the relationship among neighboring right, copyright and fair use. In the meantime, with the background of EU harmonization and the rapid development of Internet technology, this judgment has a significant importance on how fundamental rights examine copyrights.

Key Words: Germany; Copyright; Neighboring Right; the Right of Producers of Phonograms

一、背景

“Metall auf Metall”这一纠纷始于20世纪90年代。音乐制作人佩尔哈姆(Moses Pelham)采用了发电厂乐队演奏的一首名为“Metall auf Metall”的乐曲中一段两秒长的旋律,并将该段旋律循环反复作为歌手塞特鲁(Sabrina Setlur)的歌曲《只为我》(Nur mir)的背景音乐。发电厂乐队认为这一行为侵犯了其基于《著作权法》第85条享有的录音制品制作者权。

德国联邦最高法院(Bundesgerichtshof)认为,录音制品中哪怕是最小的片段也受到录音制品制作者权的保护。由这个有争议的观点^①出发,最高法院在第一次审理此案(“Metall auf Metall I”)时,为了平衡双方利益,提出使用人可以依据对《著作权法》第24条(自由使用)的类推适用进行抗辩,但该抗辩成立的前提是使用人自己不能制造出该种声音,只有通过复制相关录音制品才能实现同质重现。^②在联邦最高法院对法律问题作出判决后,案件发回到汉堡高等法院,由其来审查事实问题,判断本案的情形是否满足自由使用的抗辩理由。易言之,汉堡高等法院需要判断,在1997年的时代背景下,一般的音乐制作人是否可能合成出至少在相同受众耳中与所涉音频同质的声音。^③两个鉴定人利用当时的技术条件,花了两天时间终于成功合成出这段声音,而且“相当熟悉和了解(嘻哈)音乐的”审委会成员(Senatsmitgliedern)认为合成出的声音与原版声音同质。于是原告获胜了,因为依据此前最高法院提出的基准,被告在此情况下不能主张《著作权法》第24条自由使用的抗辩。

被告对汉堡高等法院的判决不服,于是又上诉到联邦最高法院。在第二次审理该案时,最高法院再次肯定了之前的判决。^④这一次,最高法院不仅针对学界对其(限制地)适用《著作权法》第24条的批评进行了自我辩护,还在审查是否存在侵犯相关基本权利时也坚持了原来的意见。最高法院认为,通过损害他人经营利益而获得的对艺术创作有利的经济条件,

① 批评见,如 Hoeren, MMR 2009, 257; Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881 (883 f.); Ohly, DJT-Gutachten F, 信息世界中的著作权, 2014, F 39 ff.; Leistner, JZ 2014, 846 (849); GRUR 针对 P-GmbH “Metall auf Metall”的宪法诉愿的 Stellungnahme 也对此表示怀疑, GRUR 2015, 861 (863 f.); 同意最高法院观点的,例如 Schack, JZ 2009, 475; Stieper, ZUM 2009, 223。

② 联邦最高法院, GRUR 2009, 403-Metall auf Metall I, 和 Lindhorst 的附注, GRUR 2009, 406; 也参见 GRUR-Stellungnahme, GRUR 2015, 861 (863 f.)。

③ 汉堡高等法院, GRUR-RR 2011, 396 (398); 批评见 Apel, ZUM 2011, 754 ff。

④ 联邦最高法院, GRUR 2013, 614-Metall auf Metall II。



不受艺术自由保护。^① 另外,最高法院还认为,其对适用自由使用抗辩提出的“同质重现”标准是恰当的。此标准与经济上的可期待性无关,完全是客观的,因为其取决于在当时条件下,一个一般音乐制作人客观上能否自行合成与原作品同质的音频。如果一位创作人不能承受该标准带来的法律上的不确定性,他除了可以自己创造同质音频外,还可以向权利人寻求许可,或者干脆不使用他人的录音片段。直接受该判决影响的人(《只为我》这首歌的作曲者、音乐制作公司)以及包括歌手塞特鲁在内的其他间接受影响者,针对最高法院的这一判决,向联邦宪法法院提起宪法诉愿。联邦宪法法院认为包括塞特鲁在内的间接受到该判决波及的人的诉愿没有可受理性,因为首先这些人自己并没有直接受判决的影响,其次他们之前并没有参与专业法院的诉讼,所以还保有其他权利救济的方式。

因此,对于诉愿人(作曲者和音乐制作公司)来说,问题的核心在于,取样他人录音这种侵犯录音制品制作者邻接权的行为,在多大程度上可以被艺术自由这一基本权利正当化。联邦宪法法院最终支持了诉愿人的请求,并从这一具体问题出发,阐述了对平衡著作权法所涉及的各项基本权利的基本立场(见第二部分),以及该领域内德国和欧盟两个层面对基本权利保护的关系(见第三部分)。现在“球”又回到了联邦最高法院的手上,其可以采用多种方法来结束这一场十余年的诉讼,除非将该案提请欧洲法院先行裁决(见第四部分)。

二、艺术自由、邻接权和著作权

1. 著作权法的框架

联邦宪法法院的出发点极其明确。在诉愿人一方,本案涉及的是艺术自由。对艺术自由的保护不限于作品领域(Werkbereich),它也涵盖某些效果领域(Wirkbereich)。置言之,艺术自由既保护艺术作品本身,也保护为使公众接触艺术作品而必要的表演和传播。^② 而在录音制品制作者一方,受到影响的基本权是财产权。这种认定揭示了两种保护的分野。与狭义的著作权不同,对录音制品制作者的保护不涉及对其艺术自由和人格权利的保护。^③ 这是由邻接权保护投资的特性所决定的。另外尚需注意的是,著作权并不涉及国家对个人权利的侵犯,毋宁关涉的是,根据“实践调和”原则平衡两个私主体的各项权利。于是,只要立法者建立的法律框架总体上能使法院对相冲突的法益进行符合宪法要求的平衡,换言之,立法者就拥有相对而言更大的空间。^④

联邦宪法法院正确地指出,宪法保护邻接权的核心在于确保对它的使用是符合该权利

① 联邦最高法院, GRUR 2013, 614 Rn. 13 ff. (特别是 Rn. 23 关于言辞引用)-Metall auf Metall II。批评见 Apel, ZUM 2013, 487; Hoeren, MMR 2013, 464; GRUR-Stellungnahme, GRUR 2015, 861 (863 f.); 目前的趋势见 Riesenhuber, LMK 2013, 347704。

② 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 68-Metall auf Metall。

③ 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 69-Metall auf Metall。参见判决中提到总体上第二位的权利人的艺术自由, GRUR 2016, 690 Rn. 106-Metall auf Metall。

④ 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 70-Metall auf Metall。



本质和社会意义的,对它的利用是合理、适当的。^① 自联邦宪法法院 1971 年的“教堂和学校使用”案(Kirchen-und Schulgebrauch)判决提出如下区分后,这已经成了一贯裁判:^②对作者或者录音制品制作者之处分权(即禁止他人使用的权利)进行限制,比较容易通过公共利益之名得以正当化;然而对于权利人之(经济性的)利用权进行限制,要求则严格得多,只能通过更高的公共利益来加以正当化。^③ 在这种区分下,会出现这样的立法可能,即权利人在有些情况下不能阻止别人使用,但可以请求一定的补偿金,即所谓的补偿金请求权。虽然如此,与排他性的专有权相比,补偿金请求权之于权利人来说只是一个补充,因为它使权利人丧失了自行协商对价的重要砝码。同时需要注意的是,联邦宪法法院认为,立法者并不存在宪法上的义务,将每一项经济上的利用可能性作为权利赋予邻接权人;只有“那些经过衡量后,被认为是基于邻接权人的投入所应得的补偿,才归其享有”。^④ 同时,联邦宪法法院认为,著作权人(或者邻接权人)的处分权作为禁止权对第三人的艺术自由构成潜在的威胁。^⑤ 尽管如此,在现行著作权法的框架下,仍然有足够的空间去实现“实践调和”^⑥。⑦ 举例而言,第 85 条的保护客体 and 范围已经——尤其同样在国际法的视角下^⑧——将第三人的艺术自由纳入考量,如在提取(录音制品中)极小的部分进行使用时,适当地限制该条保护的 range。另外,第 85 条第 4 款也列明了保护的 limit 和例外,尤其是允许引用。与此同时,自由使用制度可以适用于创造性再加工中。此外,立法规定,如果构成自由使用,原则上使用人无须向权利人支付补偿金。联邦宪法法院认为这种立法是可以接受的,因为自由使用制度仅仅豁免了那些(创造性之高以至于)原作品的痕迹已经难以察觉的艺术再加工行为。

联邦宪法法院进一步认为,即使为了保护艺术自由,也并非只有对第三人的艺术性使用给予全部豁免这一种立法可能。宪法完全允许立法者只限制权利人的处分权(即禁止他人使用的权利),而保留经济上的求偿权。比如在适用自由使用的情况下,当使用人的再创作在商业上特别成功时,仍可赋予权利人主张补偿金的权利。^⑨ 联邦宪法法院的上述观点大

① 自然而然,迄今为止相关合宪的判决都是以此为基础的,确保制作者以自我答责和排他的方式,自由地行使这项权利。参见联邦宪法法院判决全文, GRUR 2016, 690 Rn. 72-Metall auf Metall。

② 联邦宪法法院 31, 229 = GRUR 1972, 481 (483 f.)-教堂和学校使用; 联邦宪法法院, 49, 382 = GRUR 1980, 44 (48)-教堂音乐; 联邦宪法法院 79, 29 = GRUR 1989, 193 (196 f.) - Vollzugsanstalt。

③ 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 73-Metall auf Metall。

④ 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 74-Metall auf Metall, 根据联邦宪法法院 79, 29 (42) 的提示,与物权相比较,这里提出的区分,很早就已经通过无形财产权和物权的不同特性明确地加以论证了。因为就后者来说,生活中已经直接体现了出让人和受让人的划分,然而作者(可分)的经济成果——在现今用语中即所谓公共财产——在一部分权利属于作者的情况下,他人也可以享有该财产的权利。

⑤ 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 75-Metall auf Metall。

⑥ “实践调和”(praktische Konkordanz)原则,请见 Konrad Hesse: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Auflage, Rn. 72, C. F. Müller. 中译本请参见康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,第 49~50 页,商务印书馆 2007 年版。——译者注

⑦ 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 76 ff.-Metall auf Metall。

⑧ 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 111-Metall auf Metall; 也可参见 Leistner, JZ 2014, 846 (849); GRUR-Stellungnahme, GRUR 2015, 861 (862)。

⑨ 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 80-Metall auf Metall。



体上期望立法者考虑纯补偿金模式的解决机制,以实现著作权法所涉及的基本权利在比现在更广的范围内进行“实践调和”。这样的出发点能够应对几年来在专业文献中提及的各种要求,以及网络上存在的不同补偿模式对著作权提出的挑战。^① 联邦宪法法院认为,著作权人因其处分权而获得的禁止性权能^②和在特定情况下^③第三方为寻求事先许可^④而付出的交易成本,是第三人艺术自由的主要问题。具体在音乐取样领域,第三人的艺术自由不仅包含对批判的、知识上的研究,还包含单纯创造性地使用原作品。补偿金模式提供了一种平衡地解决此问题的中间道路。并且在言词辩论阶段,诉愿人就已经暗示,补偿金解决模式可以有效地适用于艺术界。

这就引出一个法政策上的问题:判决思路是仅限于邻接权领域,还是也可以适用于包含艺术和人格权元素的著作权领域? 联邦宪法法院的判决在一定程度上显示出一般化适用的倾向,即扩展适用到具有独创性的作品上。但是这一倾向又被小心翼翼地限制在所涉的具体案件中。在判决中一个不引人注目的地方,联邦宪法法院认为,原告通过阻止其音乐作品以特定形式出现而获得的(非经济性的)利益,并不是艺术自由保护的重点;当然需要考虑的还有,原告并不是艺术家或者作者,而是录音制品制作者。因此,受到影响的是其沟通艺术家和公众的中介功能。^⑤ 进一步需要注意的是,那些在判决中被引用来论证排他权和补偿金请求权关系的先例,都囿于狭义的著作权法领域。所以,基于宪法,联邦宪法法院对将补偿金解决模式审慎地、具体地扩张适用于狭义著作权法领域,是持开放态度的;但就目前来讲,联邦宪法法院只在以投资保护为导向的邻接权领域内,向立法者作出明确且正式的示意。

2. 最高法院关于“Metall auf Metall”案的系列判决

对于现已被撤销的、最高法院的“Metall auf Metall II”判决,以及之前“Metall auf Metall I”判决中所采取的进路,联邦宪法法院的判决又具有何种意义呢? 联邦宪法法院认为,在本案所涉及的情形下,“Metall auf Metall II”判决的主旨,从一开始就误解了第三人艺术自由的保护范围。最高法院认为,艺术自由根本不保护擅自利用他人的知识产权进行艺术创作的行为,因为它并不包含要为促进本人的艺术自由创造最有利的经济条件。在联邦宪法法院看来,基本法并未要求相较艺术自由,原则上优先保障财产权。^⑥ 值得赞同的是,联邦宪法法院同时明确指出,反过来第三人的艺术自由也不是永远优先于权利人的财产权的——当受宪法保护的 personal 权利相互冲突时,不能从宪法中推导出“存疑时倾向自由”的基本原则。^⑦ 合宪的可以接受的解决方案,毋宁是取决于个案中对比衡量该决定对权利人和第三人的基本权利影响的结果。

① 参见 Leistner 在 ZUM 2016, 580 中对于相关佐证最新的总结。

② 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 96-Metall auf Metall。

③ 在音乐取样领域,具体而言,例如混音(Mash-ups)或者 DJ 领域,会使用不计其数的音乐取样。

④ 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 98-Metall auf Metall。

⑤ 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 106-Metall auf Metall。

⑥ 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 90-Metall auf Metall。

⑦ 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 90-Metall auf Metall。



联邦宪法法院认为最高法院第二个应加以批评的错误观点主要如下:^①原则上是允许最高法院类推适用《著作权法》第24条作为法官造法的一种模式的,但是最高法院就类推适用第24条提出的标准,即在客观允许的情况下须自行制作音频的指示,忽视了艺术专业视角的必要性,^②即对于嘻哈音乐来说,插入原曲样品是其重要的艺术风格,这不仅仅是为了节省成本。除此之外,如果实行该标准,会给嘻哈音乐领域造成巨大的成本以及法律上的不确定性。最后,最高法院的这一进路还有可能带来实质上的“寒蝉效应”,这样就有必要由联邦宪法法院对最高法院提出的方案进行实质性的严格审查。针对该威慑作用,最高法院提出的许可途径是不足的,因为它低估了著作权人的禁止权所产生的潜在的、原则上的阻隔作用,没有全面意识到组合大量样品的剪贴技术导致的搜索、交易成本的问题,以及嘻哈音乐领域创作发展的瓶颈问题,即只能使用已经在样品库中存在的(常见或者说差劲的)样品。总体而言,该标准将给嘻哈音乐领域带来极大的限制,而最高法院所建议的解决方式却不能足够减少这一限制所导致的危害。反过来考虑,在邻接权领域,也绝不当然要将每一项来自二级市场的利用都以排他性使用的方式赋予录音制品制作者。赋予录音制品制作者邻接权的目的是历史上是防止盗版。将本案与该目的相比较,原告利润减少的风险并不存在,因为所涉的两段音乐没有任何相似性,所以并不存在相应的竞争关系。^③仅仅样品使用者意图节省因自己录制而产生的花费,也难以正当化权利人对节省出来的成本的参与分配请求权。总体上,衡量比较双方基于最高法院的进路所产生的后果,一方面是对第三人艺术发展可能性的极大减损,另一方面是对录音制品制作者经济权利上毫不显著的极小侵犯。如此一来,将特定艺术上的使用作为排他性权利的例外,并不会给邻接权人造成过分的影响。因为录音制品制作者在面对第三人非艺术上的使用或者狭义上的竞争第三方时,还是享有排他性的保护的。联邦宪法法院认为,截取极小段旋律用于艺术上的再创作,从而产生与原作有巨大不同,且面向完全不同受众的新艺术作品,并不是侵犯录音制品制作者权的行为。最高法院在“Metall auf Metall”案中将这种行为涵摄在《基本法》第14条第1款财产权的保护范围内,是一种违宪的扩张。

三、协调著作权法语境下的德国和欧盟的基本权利

2001年出台的《关于信息社会的版权与邻接权指令》在2002年12月22日已经生效,

① 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 94 ff. -Metall auf Metall。

② 联邦宪法法院早在“Germania 3”的裁决中就展开了对著作权的释疑工作,见联邦宪法法院, GRUR 2001, 149 (151 f.) -Germania 3。

③ 针对这一观点, Ohly 在 DJT-Gutachten F, 41 中已经论述; Spindler, NJW 2014, 2550 (2552); 也可参见 GRUR-Stellungnahme GRUR 2015, 861 (862)中关于音乐取样反倒可以给原作品带来可观收入的论述。



相关复制权、录音制品制作者、电影制作者和广播电台企业的公开再现权^①尤其在(作品的)部分保护问题^②上已经实现了欧盟内部的协调化,^③因此,“Metall auf Metall”案判决所依据的法规范状态已变得十分复杂。在成员国已经将该指令关于著作权人权利限制的规定(包括本案可能涉及的引用权)转化为国内法的情况下,根据指令虽然成员国对这部分规定是否转化具有选择权,^④但欧洲法院遵循全面协调化的原则,往往对相关规则也进行欧盟范围内一致、连贯的解释。在欧盟法的背景下,德国《著作权法》第24条规定的自由使用制度很难被当作具体某项权利的限制和例外。正确的理解应该是,将其作为对改编性复制保护客体的内在限制,而这一内在限制,并不是由欧盟内缔结的关于国内法限制的上限所决定的,而是遵从于欧洲法院对部分复制权全面协调化的(及遵循经济上全面观察的方法而得出的)解释。^⑤从2002年年底开始,很明显的,无论是部分复制、公开再现权,还是《著作权法》第85条录音制品制作者权的保护范围,抑或是《著作权法》第24条自由使用的适用范围,都被全面地协调化了。

联邦宪法法院对这一问题的清晰分析,十分具有借鉴意义,并且其关于本案欧盟法背景的陈述似乎展现了与本文相同的观点。^⑥鉴于应由最高法院来作出本案的最终判决,联邦宪法法院在这里明智地进行了保留,仅就基本权利审查和向欧洲法院提起在先裁决的义务提示了最高法院:如何正确地处理欧盟范围内可能存在的全面协调化问题,该问题存在于录音制品制作者权保护领域和对该权利可能的限制上。^⑦尤其是在已经全面协调化的领域,

① 在国内法针对特定领域只规定了补偿金请求权时,就公开再现权来说,针对公开再现这一概念,是否应该在面对不同主体时——作者和邻接权人——作一致的解釋,一直到最近都还有争议。《《关于信息社会的版权与邻接权指令》只赋予了邻接权人“对公众提供权”。与之相对,《知识产权领域中的出租权、出借权及某些邻接权的指令》带来的最低程度的协调化针对其他公开再现行为只赋予单纯的补偿金请求权。》支持应作一致解释的,参见 Leistner, GRUR 2014, 1145 (1149); Lucas-Schloetter, ZGE 2014, 84 (94 ff.); v. Ungern-Sternberg, GRUR 2014, 209 (211)。相反意见,参见 Grünberger, ZUM 2015, 273 (283)。现在欧洲法院已经正确地决定将概念解释保持一致,见 EuGH, GRUR 2016, 684 Rn. 31 ff. -Reha Training/GEMA。过去明确且一直无争议的是,当国内法较《知识产权领域中的出租权、出借权及某些邻接权的指令》进一步地赋予邻接权人排他的公开再现权时,那么就应该与《关于信息社会的版权与邻接权指令》第3条第1款保持一致的解释。可见欧洲法院相关最新的论述,GRUR 2016, 60 Rn. 13 ff. -SBS/SABAM。

② 实际上判决总体上已经开始关注欧盟著作权法中,尤其是片段保护问题中的作品的概念的含义,参见 EuGH, GRUR 2009, 1041 Rn. 31 ff. -Infopaq; 关于这一点详见 Leistner, ZGE 2013, 4 (6 ff.)。

③ Leistner, GRUR 2014, 1145 (1149 ff.); 特别鉴于“Metall auf Metall”裁决 v. Ungern-Sternberg, GRUR 2014, 209 (216); i. Erg. GRUR-Stellungnahme(其论述部分较为保守)也持同样观点, GRUR 2015, 861 (864); 不同意见(但仅仅是结论与本文的不同)见 Grünberger, ZUM 2015, 273 (284); 只要基于国内法邻接权人被赋予公开再现的排他权,那么基于国内立法者相应的决定对两者的解释应保持一致。

④ Leistner, FS 50 Jahre UrhG, 2015, 251 (259 ff.); v. Ungern-Sternberg, FS Bornkamm, 2014, 1007 (1013); 批评见, Stieper, ZGE 2012, 443 (448)。

⑤ 参见 v. Ungern-Sternberg, GRUR 2012, 1198 (1204 f.); Leistner, ZGE 2013, 4 (28 ff.); Leistner, JZ 2014, 846 (849); 不同意见参见 Rosati, GRUR Int 2014, 419 (427 f.); 也参见 GRUR-Stellungnahme, GRUR 2015, 861 (863)。

⑥ 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 112 ff. (特别是 Rn. 117 f.) -Metall auf Metall。

⑦ 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 114 ff. -Metall auf Metall。



那些成员国没有转化空间的领域,审查的基准即为欧盟基本权利,而联邦宪法法院对此的审查仅仅限缩为是否满足基本法不可克减的最低标准的同一性审查。^①这一区分取决于对将要转化的条文的逐项判断,这样,在某一部甚至同一部指令中,如果某条的转化存在一定的空间,那么德国的基本权利就变得至关重要;如在上述条款之外,并不存在这样的空间,那么就必须按照欧盟基本权利进行审查。^②但是上述审查在工业产权保护和著作权法的实践中一直都没有得到充分的展示。^③为了说明该情形的显著重要性,以《欧盟不正当商业行为指令》的全面协调为例,在转化过程中,对于该指令引起的对于言论自由的侵犯,毫无争议地是按照《欧盟基本权利宪章》进行审查的。这同样适用于商标法的大部分内容。^④

这就意味着,按照本文观点,《关于信息社会的版权与邻接权指令》带来的全面协调化,导致在需要的情况下,应当选择满足《欧盟基本权利宪章》第13条保护艺术自由要求的解释。欧洲法院的判决在利用权领域已经体现了足够的灵活性,从注重使用的经济价值角度,兼顾使用录音片段进行艺术上再加工的第三人的利益。对此,已经有其他文献进行了基本的探讨。^⑤欧洲法院在若干判决中也已经基本承认,欧盟基本权利对著作权实体规则和权利行使规则的具体化具有重要意义。^⑥并且在欧盟法的背景下,欧洲法院针对著作权的具体对象的判决恰好大部分都专注于适当补偿金的概念。^⑦这就完全有理由希望,如果向欧洲法院提起先行裁决,那么它会在参酌德国联邦宪法法院对“Metall auf Metall”案判决的基础上,根据欧盟对艺术自由基本权利的保护,在对他人利用录音片段进行演绎性使用时,对录音制品制作者权给予适当限制。结合《关于信息社会的版权与邻接权指令》前言部分提及的多方面的、衡平的立法理由,该指令实际上预留了足够的解释空间。^⑧这对于德国联邦最高法院意味着,一方面可以结合德国《著作权法》第24条(或是第51条关于引用作为限制和

① 联邦宪法法院明显愿意在此范围内保留有效和可靠的监督功能,请见联邦宪法法院(第二审判委员会), NJW 2016, 1149-Schuldgrundsatz。

② 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 119-Metall auf Metall。

③ 此类问题参见 Raue, GRUR Int 2012, 402; Obergfell/Stieper, FS 50 Jahre UrhG, 2015, 223 (231 ff.); Leistner/Roder, ZfPW 2016, 129 (147)。

④ Raue, GRUR Int 2012, 402 (404 f.)。

⑤ Leistner, GRUR 2014, 1145 (1148) f.; 更为详细的论述请见 Leistner/Roder 所著《转型使用 and 用户生成内容——版权法中新范例整合的创新性》,该篇文章收录在 Drexl 的《2015 年欧盟知识产权机构网络会议论文集——创新社会与知识产权》中。

⑥ 参见 EuGH, GRUR 2008, 241-Promusicae; EuGH, GRUR 2012, 265-Scarlet/SABAM; EuGH, GRUR 2012, 382-SABAM/Netlog; EuGH, GRUR 2014, 468-UPC Telekabel; EuGH, GRUR 2014, 972-Vandersteen。

⑦ 参见 Leistner, JZ 2011, 1140 (1141 f.) 在另一语境下对此的一般论述; Ohly, JZ 2013, 42 (43 f.); Leistner, CML Rev. 2014, 559 (574 ff.); 专门基于“Metall auf Metall”的论述见 v. Ungern-Sternberg, GRUR 2014, 209 (216)。

⑧ 因此这里为了完整性而引用联邦宪法法院的思考 (GRUR 2016, 690 Rn. 123-Metall auf Metall), 当联邦最高法院对指令是否符合欧盟基本权利存疑时,它向欧洲法院提请先行裁决就变得极为必要。在本文讨论的范围内,这一观点似乎只停留在理论上,因为指令,如德国著作权法一样,在结论上明显存在较大的符合基本权利解释的可能性。



例外的规定^①)对第 85 条直接进行符合指令的解释,并且在解释中将可能涉及的欧盟基本权利纳入考量。如此,则需要解释为什么最高法院不需要提请欧洲法院先行裁决,即它需要论证,针对邻接权的保护范围——片段保护这一实践中极其重要的问题,欧盟法已经足够清晰了。但是这一问题不仅在德国,更是在世界范围的比较法中,都尚处于争议之中。^②这就恰好说明了,在欧盟范围内至少在一定程度上,对指令相关内容的清晰性和明确性存在疑问。^③基于此,选择另一条进路更为可行,即就全面协调化的问题和《关于信息社会的版权与邻接权指令》第 2 条规定的录音制品制作者权的保护范围向欧洲法院提请先行裁决。这样做的另一个理由是,在已经全面协调化的领域,成员国(的司法机关)有义务通过先行裁决程序来促进欧盟基本权利的有效实现;而这一义务,构成了“不再依据德国基本权利,对这些由欧盟法规范的事项进行审查”的补偿。^④在这一背景下最高法院特别需要考虑的是,当专业法院认为其基于欧盟法没有向欧洲法院提起先行裁决的必要,而是很明确地由自己完全负责时,专业法院的判决^⑤就要接受联邦宪法法院的全面审查,因为专业法院的判决实际上决定了是否适用德国基本权利这一问题。^⑥

四、展望

当展望“Metall auf Metall”案判决之后的发展时,有必要将上面的论述再进行总结。最高法院可以以艺术专业的视角,将作曲者和音乐制作人的艺术活动纳入考量,利用众多机制对诉讼两造的基本权利进行合宜的对比衡量。^⑦当(第三人)对录音制品的使用影响了录音制品的正常使用,或者不可接受地损害了录音制品制作者的正当利益时,首先值得推荐的(也是本文的意见^⑧)进路是,自治地将《著作权法》第 85 条规定的对无形财产的保护——对录音制品制作者的投资保护(防止盗版带来的市场减损)——限制在对重要片段或者非重要

① 在此范围内应按照《关于信息社会的版权与邻接权指令》第 5 条第 3 款第 d 项或者也可以考虑第 5 条第 3 款第 i 项的标准衡量。对此并非毫无教义上的疑问,并且本文第四部分中提及的引用权的解决方式,从欧盟法角度看,成功的可能性较小。

② 参见 Apel 对此点有很好的概述, ZGE 2010, 331 中有更多的佐证。

③ GRUR-Stellungnahme, GRUR 2015, 861 (864)。

④ 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 121-Metall auf Metall。

⑤ 根据联邦宪法法院“Drucker und Plotter”案的裁决(请见 GRUR 2010, 999 Rn. 45 ff. 和 Dreier 的附注, GRUR 2010, 1002),其基于《基本法》第 101 条第 2 款第 2 项对先行裁决义务的监督主要局限于去审查专业法院,对先行裁决义务的实质分析是否包含相应的论述,该论述足以证明专业法院已经足够了解相关的欧盟法了。参见 Leistner, FS Bornkamm, 2014, 859 (872 f.), 认为在此需要一定的裁量空间;更为详细的论述 Leistner/Roder, ZfPW 2016, 129 (162 ff.) (每一个引注都有其他的佐证)。

⑥ 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 115-Metall auf Metall。

⑦ 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 110 f.-Metall auf Metall。

⑧ 参见联邦宪法法院讨论中的证据, 联邦宪法法院, GRUR 2016, 690 Rn. 110-Metall auf Metall。



片段重复的和系统的使用上。^① 由此,在制定之时并没有考虑到录音抽样、拼接问题的“录音制品制作者法”,就相当于在片段使用领域被引领至数据库制作者权^②的现代水平。^③ 其次,针对艺术再创作类推适用第 24 条自由使用也应该可以保留,但至少在那些专业人士看来,依赖加工他人音频或拼接大量音频的艺术领域上,放弃最高法院提出的、超越宪法的适用条件,即客观上不能合成同质音频的要求。第二条进路和最高法院两次判决的出发点十分相似,它只是通过上述方式扩大并且挣脱了判决的内在限制,以使特定的创造性艺术再加工不落入邻接权的保护领域。这样就特别需要保持值得期望的两种再利用的区分,一种与原作有艺术上的不同,另一种则没有。但是反对第二条进路的人表示,《著作权法》第 24 条的基本构想是激励创造,具体到本案,一方面是保护利用他人的材料进行创造性再加工,这在本质上就与保护投资的邻接权在教义上不相适,因为后者主要取决于特定被保护的市场机会是否以一种著作权上相关的方式被损害了。另一方面,最高法院在其“Metall auf Metall”案的系列判决中并没有真正地解决问题,而是爬上了耶林所讽刺的“法律难题爬杆”的顶端。^④ 最后,在本案中还有第三条进路可以考虑,即适用《著作权法》第 51 条规定的引用权,当然必须要对该条款做合宪性解释,使其从涉及精神讨论的案件扩张到音频艺术加工使用上。本条进路的优点,即作为被引用原作的制作者,根据《著作权法》第 61 条第 1 款确定的邻接权人可以要求署名。^⑤ 联邦宪法法院在此前的“Gemanía 3”裁判中提出了适用《著作权法》第 51 条的基本原则,遵循此原则,需要考虑同样一个问题,即《著作权法》第 51 条的适用,究竟能否在教义上与邻接权和纯粹的音频拼接领域相适应。^⑥

所有这些进路——尤其是本文更倾向的通过限定《著作权法》第 85 条内在界限的进路——因《关于信息社会的版权与邻接权指令》带来的著作权协调化,从 2002 年 12 月 22 日起当然都在(作品的)使用方面进行了重构。由此,根据本文观点,本案应该向欧洲法院提起先行裁决,以期在欧盟范围内澄清这个对音乐产业如此重要的问题。为使法律规定的连贯性不产生问题,自然还需要对德国法的解释追溯地向欧盟法看齐,以期在本案中达到一致的解决方法。希望欧洲法院也能在进行经济学的整体考量和欧盟基本权利的考虑之后,将指

① OLG Hamburg, GRUR Int 1992, 390 (391) 最初认为如果使用极小的片段不在邻接权保护的范围内; OLG Hamburg, NJW-RR 1992, 746 (748) (每一项引注都有更多的佐证); 在这之前就有人支持更广泛的邻接权保护的例外,参见 Hoeren, GRUR 1989, 11。此外早在本案尚处于 OLG Hamburg 审理时 [GRUR-RR 2007, 3 (4)], 通过尝试论证一种类似但更为一般化的区分,就强调了,如果从原始录音中提取一段重要的、循环出现的部分,并且通过不断地循环往复使其也成为新录音中使人印象深刻的,仍然能够被明显认知的元素,那么整段音频录音就是新制作人的了。

② 参见与——针对本文提到的对使用不重要部分的灵活适用的——国际上和欧盟著作权的三阶测试之相关的 Art. 7 V Datenbank-RL; § 87 I 2 UrhG。

③ 这一思考特别参见 Leistner, JZ 2014, 846 (849), Ohly 通过 Stellungnahme 对以保护目的为导向的最低标准的补充思考, DJT-Gutachten F, 数字世界的著作权, 2014, F 41。

④ 作者在这里用典,参见耶林:《法学的概念天国》,中国法制出版社,2009 年版,第 15 页。——译者注

⑤ 也可特别参见 GRUR-Stellungnahme, GRUR 2015, 861 (862 f.)。

⑥ 在这一问题上欧盟也存在很大的疑问,因为相应的扩张似乎不能符合所涉强制性上限的语义,该上限限定了《关于信息社会的版权与邻接权指令》第 5 条第 3 款第 d 项(也可能包括第 i 项)规定的可能限制。